

Dipartimento di Giurisprudenza

CATTEDRA DI DIRITTO DELLE CRISI D'IMPRESA

PRESIDI DI CONTINUITÀ IN SCENARI DI CRISI

RELATORE:

Chiar.mo Prof.
Vincenzo De Sensi

CANDIDATO:

Matteo Sabato
Matr. 147053

CORRELATORE:

Chiar.mo Prof.
Nicola De Luca

ANNO ACCADEMICO 2021/2022

*A mia Madre e a mio Padre, alla mia Famiglia,
E a Chi ha reso speciale questo cammino.*

INDICE

ABSTRACT	6
 CAPITOLO I: GLI ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI, AMMINISTRATIVI E CONTABILI	
1.1 La disciplina degli assetti societari ante Dlgs.14\2019	8
1.2 La L.155\2017: gli obiettivi alla base della delega conferita dal legislatore per la modifica della disciplina codicistica	19
1.3 Gli assetti, organizzativi, amministrativi e contabili	22
1.4 Adeguati assetti e <i>business judgment rule</i>	27
1.5. La disciplina degli adeguati assetti nel Dlgs. 14\2019	33
1.5.1 Ambito soggettivo di applicazione degli adeguati assetti e coordinamento con la rinnovata disciplina in materia di controllo nelle S.r.l.	40
1.5.2 Gli assetti organizzativi ed il nuovo concetto di <i>crisi</i>	44
1.6. La continuità aziendale	53
1.6.1 Gli indicatori della continuità aziendale: la <i>compromissione</i> e la <i>perdita</i> di continuità	56
1.7 La cultura del risanamento e la Direttiva <i>Insolvency</i>	59
1.7.1 Aspetti di diritto comparato relativi alla <i>rescue culture</i>	63
(... <i>segue</i>) L'esperienza tedesca	64
(... <i>segue</i>) L'esperienza francese	68
(... <i>segue</i>) Esperienze trans europee	69

CAPITOLO II: LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI DI IMPRESA E LA TUTELA DELLA CONTINUITA' AZIENDALE

2.1 Introduzione: il contesto fattuale di riferimento	73
2.2 Caratteri generali e natura giuridica	76
2.3 Condizioni per l'accesso alla composizione negoziata della crisi	79
2.3.1 Il presupposto soggettivo	79
2.3.2 Il presupposto oggettivo e il requisito funzionale-teleologico	80
2.3.3 Il duplice requisito di carattere processuale	83
2.4 Il procedimento per accedere alla composizione negoziata e l'operatività della nuova Piattaforma Telematica Nazionale	84
2.5 La figura dell'esperto e le trattative	89
2.6 Elementi di tutela della continuità aziendale all'interno della disciplina della composizione negoziata della crisi di impresa	97
2.6.1 I doveri delle parti in pendenza delle trattative	97
2.6.2 Il <i>debtor in possessionis</i>	101
2.6.3 Gli atti soggetti ad autorizzazione del tribunale	106
2.6.3.1 Le misure cautelari e protettive	106
(... <i>segue</i>) I vantaggi <i>collaterali</i> delle misure protettive	109
2.6.3.2 Il regime giuridico di speciali atti di straordinaria amministrazione	111
(... <i>segue</i>) I finanziamenti prededucibili	112
(... <i>segue</i>) Il trasferimento d'azienda o di suoi rami	113
2.7 Casi particolari di composizione negoziata	115
2.7.1 La composizione negoziata per le imprese <i>sotto-soglia</i> : il problema delle <i>start-up innovative</i>	115

2.7.2 La composizione negoziata di gruppo	118
(...segue) I finanziamenti infragruppo	121
CAPITOLO III: STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E TUTELA DELLA CONTINUITA' AZIENDALE	
3.1 Gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza	122
3.2 Gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento: considerazioni generali	126
3.2.1 Disciplina e tutela della continuità aziendale	128
3.3 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti	133
3.3.1 Natura e struttura	133
3.3.2 Omologazione: disciplina ed effetti comuni	134
3.4 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa	138
3.5 Il concordato preventivo	143
3.5.1 Aspetti procedurali: cenni	143
3.5.2 Gli effetti della domanda di omologazione	146
(...segue) Effetti sul debitore e sui creditori	146
(...segue) Effetti sui contratti pendenti	148
3.6 Il concordato preventivo in continuità aziendale	150
(...segue) Gli incentivi alla continuità	155
CONCLUSIONI	158
BIBLIOGRAFIA	161
GIURISPRUDENZA	167
SITOGRAFIA	168

ABSTRACT

Il presente Elaborato si propone di analizzare ed esaminare la disciplina con cui il Legislatore ha inteso tutelare la continuità aziendale in scenari di crisi, nonché le finalità perseguite.

L'elaborato prende in considerazione un'accezione estensiva della tematica affrontata, nella sua definizione etimologica quale evento *ipotetico* o *reale*; accezione che presenta un inevitabile elemento di indeterminatezza cronologica. L'analisi qui proposta abbraccia in tal senso tanto il frangente in cui i presidi di continuità aziendale si innestano in un momento nel quale non sussiste un concreto pericolo di *crisi*, quanto la loro operatività in situazioni qualificabili come *pre-crisi*, per giungere, infine, a delinearne i profili allorquando sopraggiunga la crisi o l'insolvenza (*reversibile*).

La disciplina di riferimento risulta essere il C.C.I. (D.Lgs. n. 14/2019), così come modificato dai successivi *Decreti Correttivi*.

La scelta legislativa ha introdotto strumenti, procedimenti e valutazioni societarie idonei al riconoscimento di elementi rilevatori di crisi potenziali e, successivamente, a crisi o insolvenza (*reversibile*) maturati, ad individuare un percorso a carattere prevalentemente *negoziale* di recupero del *going concern*.

La disciplina e gli strumenti offerti mirano, innovativamente, ad uscire da una percezione e valutazione sanzionatoria della crisi e, complessivamente, a tutelare la continuazione dell'attività dell'impresa, quale valida alternativa rispetto a soluzioni di tipo liquidatorio; tale tutela costituisce, cumulativamente, un presidio anche per i creditori ed i lavoratori. Il capoverso che precede rappresenta il filo conduttore di tutto l'elaborato che risulta suddiviso in III capitoli.

Il primo capitolo è stata sviluppata l'analisi dell'evoluzione storica del concetto di *adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, anche alla luce delle esperienze europee e *trans-europee* (tedesca, francese ed americana), che da molto tempo dimostrano un nutrito interesse verso la tutela della prosecuzione della vita dell'impresa in momenti pregiudizievoli.

Si perviene quindi all'esame del nuovo articolo 2086 c.c. , la cui rinnovata rubrica, «*Gestione dell'impresa*», coniugata con la relativa disciplina, configura l'*adeguato*

assetto come un obbligo di natura gestionale in capo all'imprenditore *in bonis* strumentale alla salvaguardia della vita dell'impresa e della relativa continuità aziendale. Obbligo *gestorio* che ha importanti ripercussioni sulle modalità con cui viene applicata la c.d. *business judgment rule*. Della continuità aziendale viene inoltre offerto un inquadramento concettuale dal punto di vista aziendalistico e contabile prendendo come importante riferimento i principi contabili internazionali (IAS).

La c.d. *Composizione negoziata della crisi di impresa*, costituisce l'oggetto dell'analisi sviluppata nel capitolo II.

L'istituto diviene operativo già in un momento qualificabile come *pre crisi*, sviluppandosi compiutamente nel procedimento di *composizione negoziata* di cui ne vengono analizzate modalità e caratteristiche.

Il perno centrale dell'istituto è appunto, quello della tutela della continuità aziendale, rispetto cui di particolare rilievo risulta essere l'articolo 12 C.C.I. che esprime la scelta del Legislatore di ancorare la relativa percorribilità alla ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa.

Vengono infine analizzate le disposizioni del C.C.I. che si riferiscono a figure particolari di composizione negoziata, quali le *start up innovative* e i gruppi di imprese.

Il conclusivo capitolo III è volto all'analisi dei principali strumenti, di natura concorsuale e negoziale, messi a disposizione dell'imprenditore dal C.C.I., allorquando risulti maturata la crisi o l'insolvenza (*reversibile*): gli accordi in esecuzione di un piano attestato di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa e il concordato preventivo in continuità. Di tali istituti viene messa in luce l'idoneità a tutelare la continuità aziendale sia in modo *diretto*, mediante caratteristiche loro proprie, sia *indiretto*, mediante aspetti della più generale disciplina.

CAPITOLO I

GLI ADEGUATI ASSETTI ORGANIZZATIVI, AMMINISTRATIVI E CONTABILI

SOMMARIO: -1.1. La disciplina degli assetti societari ante Dlgs.14\2019 -1.2 La L.155\2017: gli obiettivi alla base della delega conferita dal legislatore per la modifica della disciplina codicistica -1.3 Gli assetti, organizzativi, amministrativi e contabili -1.4 Adeguati assetti e *business judgment rule* -1.5 La disciplina degli adeguati assetti nel Dlgs. 14\2019 -1.5.1 Ambito soggettivo di applicazione degli adeguati assetti e coordinamento con la rinnovata disciplina in materia di controllo nelle S.r.l. -1.5.2 Gli assetti organizzativi ed il nuovo concetto di *crisi* -1.6.1. La continuità aziendale -1.6.2. Gli indicatori della continuità aziendale: la *compromissione* e la *perdita* di continuità -1.7 La cultura del risanamento e la Direttiva *Insolvency* -1.7.1 Aspetti di diritto comparato relativi alla *rescue culture* –(... segue) L’esperienza tedesca –(... segue) L’esperienza francese –(... segue) Esperienze *trans* europee

1.1 La disciplina degli assetti societari ante D.Lgs. n. 14\2019

Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili costituiscono un presidio per la tutela della continuità aziendale in un possibile scenario di crisi, e sono previsti dall’articolo 2086 comma II c.c., introdotto dal D.Lgs.14\2019 (C.C.I.). Gli stessi, ai sensi dell’art. 2381 c.c., comma V, devono ulteriormente essere adeguati alla natura e alle dimensioni dell’impresa.

L’analisi deve prendere le mosse necessariamente dall’evoluzione storica per comprendere la portata innovativa introdotta dalla riforma rispetto alla previgente disciplina e perverrà a delineare una visione della tutela delle continuità aziendale

«prevalentemente dinamica»¹, legata a un obbligo positivo per l'imprenditore di gestione dell'impresa in *bonis*.

Negli ultimi decenni è stato avviato un processo di rivalutazione del concetto di gestione aziendale, il cui obiettivo è stato migliorare il monitoraggio, da parte dell'imprenditore, del reale stato di salute dell'impresa, nonché la tutela di tutti coloro che possono essere interessati a salvaguardare la vita dell'impresa: creditori, lavoratori e consumatori.

L'articolo 123 *bis* del D. Lgs. 24 febbraio 1998 n. 58 (immesso però solo con l'art. 4, comma II, del D.Lgs. 19 novembre 2007, n. 229 e, successivamente, sostituito dall'articolo 5, comma I, del D.Lgs. 3 novembre 2008, n. 173)² può essere considerato il primo vero passo verso la regolamentazione del tema dell'organizzazione interna dell'impresa e della gestione dei rischi. La disposizione in esame, limitatamente alle società emittenti valori mobiliari ammessi alle negoziazioni in mercati regolamentati, imponeva di aggiungere un'ulteriore sezione alla relazione sulla gestione denominata “«*Relazione sul governo societario e gli assetti proprietari*»”. Coerentemente con l'obiettivo, i commi I e II della disposizione, richiedevano che la relazione dovesse contenere informazioni relative alla società, alla sua *governance*, agli assetti proprietari, ai sistemi di controllo interno e di risk management, informazioni sugli organi sociali, sulla loro composizione, durata in carica, funzionamento e attribuzioni. Risulta quindi evidente come l'obiettivo della norma fosse quello di mettere i mercati in grado di conoscere gli strumenti di cui la società si è dotata per operare in maniera efficiente sui mercati regolamentati; già in quel primo testo normativo risultava quindi centrale l'importanza assegnata alle informazioni su quelli che oggi potremmo qualificare come «*sistema di gestione dei rischi e di controllo interno*» o assetti organizzativi.

La norma in esame normativizzava l'esigenza già sottesa al primo intervento teso a spingere tutte le società quotate a dotarsi di un sistema di *governance* attraverso l'adozione di un Codice di *Corporate Governance*, costituito dal *Codice di autodisciplina delle società quotate* del 1999. Quest'ultimo aveva però (e mantiene anche nella versione entrata in vigore in data 31.1.2020) carattere eminentemente privato e volontario

¹ F. PACILEO, *La continuità aziendale*, estratto da *Digesto Aggiornamento IX*, a cura di R. Sacco, UTET, Milano, 2022 pag. 73.

² Rubricato «*Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52.*».

nell'adesione. Anche a ragione della giurisprudenza (Cfr. Cass. Civ. Sez. II, 3 gennaio 2019, n. 5), che valutava l'assenza o lo scostamento dalle regole della Governance ai fini della valutazione della *irregolarità rilevante ex art. 149 T.U.F.*, va però rilevato come al 2019 al Codice di autodisciplina aderiva il 94% delle società quotate al MTA gestito da Borsa italiana, rappresentanti il 99% della capitalizzazione di borsa ³.

Tornando al testo normativo ma in chiara adesione a quanto ora richiamato in ordine alla quota volontaristica dell'adesione al modello, ai sensi delle lettere a), b), e d) del comma II dell'art. 123 *bis* cit., la società deve rendere conto sia dell'eventuale «adesione ad un codice di comportamento in materia di governo societario promosso da società regolamentati o da associazioni di categoria», eventualmente «motivando le ragioni dell'eventuale mancata adesione ad una o più disposizioni», sia delle «pratiche di governo societario effettivamente applicate dalla società al di là degli obblighi previsti dalle norme legislative o regolamentari»; inoltre, la società è tenuta ad indicare il sistema di *risk management* concretamente adottato, e, sopra tutto, le «principali caratteristiche dei sistemi di gestione dei rischi e di controllo interno esistenti». Da ultimo, la norma prevede che all'interno della relazione sulla gestione siano riportate informazioni concernenti «la composizione e il funzionamento degli organi di amministrazione e controllo e dei loro comitati» ovvero l'organizzazione degli organi sociali.

L'esame della disposizione rivela come il legislatore, seppur in un primo momento limitandosi settorialmente alle «società ammesse a negoziazioni in mercati regolamentati», abbia inteso recepire e introdurre normativamente il tema dell'organizzazione dell'attività d'impresa e degli assetti organizzativi quale modello di gestione della società, in precedenza considerato prettamente attinente alle scienze aziendalistiche piuttosto che al diritto societario.

Tale disciplina arricchisce di contenuto la normativa concernente l'organo amministrativo, e specularmente di quelli di controllo, andando ad occuparsi non più esclusivamente di ciò che l'organo amministrativo fa per realizzare l'oggetto sociale, ma anche di come esso organizza la vita dell'impresa a tale scopo; ci si è dunque focalizzati

³ P.MARCHETTI, in *Rivista delle Società*, Fasc. 1, 2020, Milano, GIUFFRÈ', pag 268.

sugli aspetti interni del funzionamento dell'impresa e sull'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui lo stesso organo amministrativo è chiamato a rispondere ⁴.

Il percorso allora intrapreso dal Legislatore si è poi mantenuto costante e teso ad ampliare il rapporto fra *Governance* ed attività di gestione dell'Impresa, attraverso successivi interventi che hanno avuto quale scopo quello di tutelare situazioni diverse da quelle riguardanti i soggetti sottoposti al controllo delle autorità di vigilanza.

Tale evoluzione si è concretizzata nel D.Lgs. 8 giugno 2001 n. 231 recante «*Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica, a norma dell'articolo 11 della legge 29 settembre 2000, n. 300*».

Il Decreto introduce un regime di responsabilità amministrativa ⁵ degli enti (persone giuridiche e associazioni), che scaturisce dalla commissione di specifici illeciti penali (i c.d. “*reati-presupposto*”) da parte di «*persone che rivestono funzioni di rappresentanza, di amministrazione o di direzione dell'ente o di una sua unità organizzativa dotata di autonomia finanziaria e funzionale nonché da persone che esercitano, anche di fatto, la gestione e il controllo dello stesso*» o «*da persone sottoposte alla direzione o alla*

4 R. RODORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Rivista delle società*, 2019, Fasc.5, Milano, GIUFFRÈ', pag. 929.

5 Non è questa la sede per addentrarsi circa la natura della responsabilità societaria, qualificata come *amministrativa*, ma accertata in sede penale (principio secondo cui *societas delinquere non potest*). Il principio della personalità della responsabilità penale, di cui all'articolo 27 della Costituzione, non consentiva di imputare all'ente di reati commessi a vantaggio o nell'interesse dello stesso, lasciandolo così immune da conseguenze accertate in sede di giudizio penale di natura sanzionatoria, ferma la possibilità dell'Ente pubblico - ad esempio - colpito dall'attività corruttiva della società di costituirsi parte civile con richiesta a carattere risarcitorio. Tale problematica è stata superata ricostruendo la tradizionale concezione psicologica della colpevolezza, che è stata sostituita da una concezione normativa e costruita come rimproverabilità di un comportamento anti-giuridico. Il dibattito, sviluppatosi per superare il principio della personalità della responsabilità e sganciarla dal soggetto quale persona fisica, ha portato ad elaborare una teoria che fa riferimento alla c.d. “*colpa di organizzazione*” ruotante intorno alla *culpa in eligendo* o *in vigilando*. A riprova di ciò, nella Relazione Governativa al decreto legislativo 231 del 2001 si legge che «*ai fini della responsabilità dell'ente occorrerà non soltanto che il reato sia ad esso ricollegabile sul piano oggettivo; di più, il reato dovrà costituire anche espressione della politica aziendale o quanto meno derivare da una colpa di organizzazione*».

vigilanza di uno dei soggetti di cui alla lettera a)» nell'interesse o a vantaggio dell'ente stesso («L'ente non risponde se le persone indicate nel comma 1 hanno agito nell'interesse esclusivo proprio o di terzi»).

La disciplina prevede la facoltà (e non l'obbligo) di adottare un modello di organizzazione, gestione e controllo (e quindi un assetto organizzativo) finalizzato alla prevenzione della commissione dei reati-presupposto sopracitati.

Anche in questo caso, analogamente alla prospettiva sopra indicata dell'adesione volontaria al Codice di Autodisciplina da parte delle società quotate, l'adesione avviene soprattutto per il conseguimento di possibili vantaggi conseguenti all'adozione e aggiornamento del modello 231 adottato, purchè sia valutato come idoneo ed efficace e concretamente applicato: si veda in tal senso l'art. 12 del suddetto DLgs («2. La sanzione è ridotta da un terzo alla metà se, prima della dichiarazione di apertura del dibattito di primo grado: ... b) è stato adottato e reso operativo un modello organizzativo idoneo a prevenire reati della specie di quello verificatosi.») e correlato art. 17, quanto alle sanzioni interdittive.

Ulteriormente l'impresa avrà utilità nell'adozione del modello organizzativo efficace, anche ai sensi dell'art. 80 D.L.gs 50/2016, in tema di capacità a contrattare con le Pubbliche Amministrazioni (sul tema si rinvia, fra le tante a Consiglio di Stato Sez. V, 11/01/2021, n.386, trattandosi di argomento che esula dal tema della presente tesi).

Quanto alla disciplina, nel caso l'imprenditore opti per l'adozione di un modello organizzativo, ai fini dell'esenzione da *responsabilità amministrativa*, devono ricorrere determinate condizioni.

In primo luogo, il *modello* prescelto deve: «a) individuare le attività nel cui ambito possono essere commessi reati; b) prevedere specifici protocolli diretti a programmare la formazione e l'attuazione delle decisioni dell'ente in relazione ai reati da prevenire; c) individuare modalità di gestione delle risorse finanziarie idonee ad impedire la commissione dei reati; d) prevedere obblighi di informazione nei confronti dell'organismo deputato a vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli; e) introdurre un sistema disciplinare idoneo a sanzionare il mancato rispetto delle misure indicate nel modello».

In secondo luogo, gli amministratori devono curare, ex art. 7, commi III e IV, la predisposizione «di misure idonee a garantire lo svolgimento dell'attività nel rispetto della legge e a scoprire ed eliminare tempestivamente situazioni di rischio», «in relazione

alla natura e alla dimensione dell'organizzazione nonché al tipo di attività svolta», ed effettuare «una verifica periodica e l'eventuale modifica dello stesso quando sono scoperte significative violazioni delle prescrizioni.». L'istituzione di un adeguato modello organizzativo non è di per sé sufficiente per esentare la società da responsabilità amministrativa. Coerentemente con quanto rappresentato in ordine al carattere gestionale dei modelli di *governance*, è necessario che vengano assolte tre ulteriori condizioni per ottenere l'esimente in caso di imputazione amministrativa a carico della società, soggetti a specifico onere probatorio: « [...] il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza dei modelli di curare il loro aggiornamento [sia stato] affidato a un organismo dell'ente dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo; le persone hanno commesso il reato eludendo fraudolentemente i modelli di organizzazione e di gestione [...] non vi è stata omessa o insufficiente vigilanza da parte dell'organismo di cui alla lettera b)» (articolo 6, c. 1, lett. b), c), d).

Da queste disposizioni emerge come il legislatore abbia voluto dare un rilievo preponderante all'istituzione di un assetto organizzativo dell'impresa finalizzato alla prevenzione dei *reati-presupposto* e, coerentemente, al ruolo dell'organo di gestione che ha l'obbligo di predisporlo⁶. Pur tuttavia la normativa sopra esaminata, al pari del di poco successivo D.Lgs. 17 gennaio 2003, n.6 (recante “«*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*»”) continuavano però a non porre quale elemento centrale da salvaguardare quello della continuità aziendale anche in un'ottica di rilevazione tempestiva della crisi.

Il decreto da ultimo citato ha normativamente formalizzato per la prima volta il concetto di adeguati assetti organizzativi amministrativi e contabili, ma limitatamente alla disciplina delle società per azioni, modificando diversi articoli del Codice.

Di particolare rilevanza, ai fini che qui interessano, risultano le modifiche apportate agli articoli 2381 e 2403 del Codice civile, attinenti all'amministrazione ed al controllo delle società per azioni.

Le novellate disposizioni riversano sull'organo amministrativo e sull'organo di controllo societario tre obblighi: curare *la predisposizione di adeguati assetti organizzativi,*

6 R. RODORF, op. cit. in nota 4, pag. 929.

*amministrativi e contabili; valutare l'adeguatezza degli assetti istituiti; vigilare e controllare l'adeguatezza degli assetti adottati dalla società*⁷.

L'art. 2381 c.c. rubricato «*Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*» disciplina, in particolare, l'attività degli amministratori, precisando i ruoli da loro svolti in seno al C.d.A.

Ai sensi del comma V della disposizione in esame, la predisposizione di tali *presidi*, si sostanzia nella costituzione di un «*assetto organizzativo, amministrativo e contabile [...] adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa*», ed è affidata al C.d.A. o ad un comitato esecutivo da quest'ultimo delegato in virtù del comma II.

Seppure onere di diretta competenza del suddetto organo, va rilevato come anche il Tribunale (eventualmente adito) possa, a ragione del superamento delle irregolarità riscontrate, assegnare agli amministratori un termine entro cui adottare un regolamento dell'attività consiliare: «*volto a conformare ex ante e in via generale l'attività del consiglio di amministrazione alle regole dettate dall'art. 2391 c.c., in applicazione della regola di buon governo societario di organizzare la gestione e l'amministrazione della società secondo assetti adeguati alla natura e alle dimensioni dell'impresa sociale ai sensi degli artt. 2086, comma 2, 2380-bis, comma 1 e 2381, commi 3 e 5, c.c.*» (Tribunale Milano Sez. spec. Impresa, 16/07/2020).

La scelta operata dal legislatore pare logica, in quanto «*spettando loro la gestione day by day della società, sono i più idonei a percepire le concrete esigenze dell'impresa e conseguentemente a dotarla di assetti consoni*»⁸. Il ruolo del Consiglio di amministrazione è centrale nell'ambito dell'attività gestoria ed è correlato ad un dovere di supervisione sull'attività degli amministratori delegati, come confermato dal potere conferitogli dal comma III dell'art. 2381, c.c., ovvero quello «*di impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega*». Risulta ulteriormente coerente il compito assegnato all'organo di amministrazione (nella sua interezza) dal comma sopra citato di valutare: «*sulla base delle informazioni ricevute, [...] l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società*».

⁷ Cfr. A. LOLLI e M. G. PAOLUCCI, *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi d'impresa*, 1\04\2020, in www.ilcaso.it, pp.1 ss.

⁸ A. LOLLI e M. G. PAOLUCCI, op. cit. .

Quest'ultimo aspetto si collega alla disciplina attinente ai flussi informativi che debbono necessariamente intercorrere tra organi delegati e deleganti come previsto dal comma VI dell'articolo 2831 c.c. . La norma oltre a sancire *che «gli amministratori sono tenuti ad agire in modo informato»*, dispone che *«ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società»*. L'organo amministrativo deve svolgere i propri compiti essendo in possesso delle informazioni necessarie e per poter operare in tal senso è titolare del diritto di richiedere le informazioni ritenute necessarie all'esercizio delle funzioni.

Infatti da una parte, il Cda deve fare in modo che *«adeguate informazioni sulle materie iscritte all'ordine del giorno vengano fornite a tutti i consiglieri»*, mentre dall'altra sono previsti stringenti e periodici obblighi informativi in capo agli organi delegati sia nei confronti del Consiglio che dell'organo di controllo, al fine di mantenerlo stabilmente al centro della gestione della società. A tal fine gli organi delegati sono tenuti a comunicare *«al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi»* non solo la predisposizione, e la relativa valutazione di adeguatezza degli assetti societari, ma anche informazioni il cui contenuto verta *«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»*.

Sul tema, particolare rilievo assume la valutazione giurisdizionale (definitasi con Sentenza Cass. Civ., Sez. III, 22/06/2020 n.12108) intercorsa sulla nota vicenda Monte dei Paschi di Siena, la quale agiva in giudizio nei confronti dell'ex Direttore Generale per atti di *mala gestio*, non comunicate al CdA - come doveroso, in ragione della rilevanza che esse avevano - e non appostate correttamente nel bilancio chiuso al 2008; operazioni rivelatesi in concreto rovinose per BMPS.

A fronte del tentativo da parte del D.G. di dimostrare come il C.d.A. sarebbe stato comunque a conoscenza delle attività, anche per successiva segnalazione delle operazioni da parte della Banca d'Italia, i Giudici rigettavano la prospettazione.

Pur ritenendo che l'obbligo di *agire informato* del C.d.A., e connessi e conseguenti obblighi di intervento, non fossero limitati dalle segnalazioni provenienti dai rapporti degli amministratori delegati, i Giudici ritenevano come il comportamento non reattivo dei componenti del CdA, una volta resi edotti del rapporto della Banca d'Italia, a due anni di distanza dai fatti omissivi addebitati al Direttore Generale, da una parte non potesse

avere autonomo valore indiziario circa una loro pregressa e informale acquisizione di conoscenza delle operazioni effettuate dall'amministratore esecutivo, dall'altra non potesse ritenersi fungibile con l'obbligo di informativa da parte del D.G. che: *«si pone a garanzia di una corretta gestione societaria, improntata a uno scambio trasparente e circolare di informazioni tra i componenti esecutivi e non esecutivi dell'organo gestionale sulle operazioni di maggiore rilevanza per la società»*. Pertanto, concludeva la Corte, l'inosservanza degli obblighi di informazione risultava rilevante ai fini della valutazione del comportamento assunto dall'amministratore onerato di tale obbligo cui gravava anche l'onere probatorio quanto alla sua effettiva e formale comunicazione al CdA con riferimento al tempo dell'operazione rilevante effettuata : *«non potendo essere dimostrata con elementi presuntivi di avvenuta conoscenza, da parte dei soggetti destinatari dell'informazione, tratti dal comportamento inerte successivamente tenuto dagli altri componenti del CdA rispetto alla conoscenza tardiva dell'informazione precedentemente omessa»*.

L'esito giurisdizionale suddetto sembra ben chiarire la rilevanza assegnata dalla disciplina normativa al tema della circolazione informativa all'interno dell'organo amministrativo. A completamento del quadro finora delineato, la riforma del 2003 introduce all'art. 2403 c.c., rubricato "*«Doveri del collegio sindacale»*", l'obbligo dell'organo di controllo di vigilare *«sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento»*. L'inserimento di questo dovere a carico dell'organo di controllo rappresenta un ulteriore presidio ai fini di un'efficiente organizzazione dell'impresa, di cui lo stesso deve farsi carico vigilando periodicamente sulla permanente sussistenza dell'adeguatezza degli assetti e sul loro corretto concreto funzionamento.⁹

9 Specifica l'art. 5.3 delle *Norme di comportamento del collegio sindacale: principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, 2015, CNDCEC* che *« Laddove l'attività di vigilanza dovesse evidenziare significativi rischi di inadeguatezza dell'assetto amministrativo-contabile, il collegio sindacale richiede all'organo amministrativo l'adozione di azioni correttive e ne monitora la realizzazione nel corso dell'incarico. Nel caso in cui le azioni correttive poste in essere siano ritenute dal collegio non sufficienti, ovvero in casi di urgenza, di particolare gravità o di avvenuto riscontro di violazioni, il collegio adotta le iniziative previste dalla legge per la rimozione delle violazioni riscontrate. Il collegio sindacale riassume le conclusioni dell'attività di vigilanza posta in essere in un apposito paragrafo della relazione da proporre all'assemblea in occasione dell'approvazione del bilancio di esercizio»*.

Dalla normativa citata risulta come gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili fossero ancora avulsi da obblighi di natura gestoria aventi ad oggetto la salvaguardia del *going concern*, restando invece ancorati ad obblighi di natura «statica»¹⁰ legati a un preponderante scambio di flussi informativi tra i diversi organi.

Tale limite permane anche nella più recente disciplina di cui agli articoli 6 e 14 del D. Lgs. 19 agosto 2016, n. 175, rubricato “«*Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica*»”, recente intervento del legislatore che pure per diversi aspetti ha anticipato le logiche sottese alla Riforma degli assetti societari.

L’art. 6, al comma II, prevede che le società a controllo pubblico hanno l’obbligo di predisporre specifici «*programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale*», nonché la facoltà di dotarsi degli «*strumenti organizzativi*» previsti al comma III¹¹. All’interno della relazione sul governo societario devono essere indicati sia gli strumenti adottati sia, eventualmente, il perché della loro mancata adozione, secondo il meccanismo del *complain or explain* previsto dal successivo comma V.

Obbligatoria è invece la presentazione della relazione sul governo societario ai sensi del comma IV, disciplinante la predisposizione annuale a chiusura dell’esercizio sociale e la pubblicazione contestuale al bilancio d’esercizio.

Analoga *ratio* anticipatrice della compiuta disciplina volta alla prevenzione di *crisi aziendali*, possiamo rintracciare nella particolare meccanismo di cui all’articolo 14 del D.Lgs. n. 175 cit.

10 Cfr. F. PACILEO, op. cit., pag. 73.

11 E segnatamente : « [...]a) regolamenti interni volti a garantire la conformità dell’attività della società alle norme di tutela della concorrenza, comprese quelle in materia di concorrenza sleale, nonché alle norme di tutela della proprietà industriale o intellettuale; b) un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell’impresa sociale, che collabora con l’organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all’organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l’efficienza della gestione; c) codici di condotta propri, o adesione a codici di condotta collettivi aventi a oggetto la disciplina dei comportamenti imprenditoriali nei confronti di consumatori, utenti, dipendenti e collaboratori, nonché altri portatori di legittimi interessi coinvolti nell’attività della società; d) programmi di responsabilità sociale d’impresa, in conformità alle raccomandazioni della Commissione dell’Unione europea.» .

La norma, in particolare, dopo aver previsto al comma I che tutte le società a partecipazione pubblica siano soggette alle disposizioni sul fallimento, al comma II recita: «*Qualora emergano, nell'ambito dei programmi di valutazione del rischio di cui all'articolo 6, (comma 2), uno o piu' indicatori di crisi aziendale, l'organo amministrativo della società a controllo pubblico adotta senza indugio i provvedimenti necessari al fine di prevenire l'aggravamento della crisi, di correggerne gli effetti ed eliminarne le cause, attraverso un idoneo piano di risanamento*». La mancata adozione di provvedimenti adeguati da parte dell'organo amministrativo, ai sensi del successivo terzo comma, potrebbe costituire *grave irregolarità nella gestione*, con le possibili conseguenze di cui all'articolo 2409 c.c. (“*«Denuncia al tribunale»*”).

La disciplina da ultimo richiamata tende a delineare un assetto che, seppur concepito per le società a controllo pubblico, finisce con « *con l'anticipare la logica dei meccanismi che la L. n. 155/2017 ha stabilito in via generale, affidandone l'attuazione alla normativa delegata*»¹² .

12 P. VALENSISE, *Organi di controllo nelle procedure di allerta*, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, GIUFFRÈ, 2019, Fascicolo 4, p.583.

1.2 La L. n. 155/2017: gli obiettivi alla base della delega conferita dal legislatore per la modifica della disciplina codicistica

La normativa in epigrafe risulta rubricata «*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*» e promulgata per ottemperare al bisogno di disciplina sistematica della materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali. Mira in particolare ad introdurre nel nostro ordinamento gli strumenti di allerta e le procedure di composizione assistita della crisi d'impresa.

Sin d'ora si vuole rappresentare come non tutti i Decreti attuativi, in particolare il D.Lgs. 17.06.2022 n. 83, hanno poi portato a compiuta attuazione le finalità perseguite dalla Delega, in particolare non dotando di compiuta organicità i sistemi di allerta della crisi.

Va peraltro anche rilevato come alcuni degli obiettivi principali della riforma (art. 6 lett. i n.ri 1 e 2 in particolare) vennero ritenuti, pur in assenza dei suddetti Decreti attuativi, immediatamente precettivi (Trib. Ravenna, 15 gennaio 2018: «[...] tali principi già costituiscono legge dello Stato e ben possono essere richiamati quale dato positivo nella indagine ermeneutica delle disposizioni attualmente vigenti [...]»).

Nella sua opera il Legislatore ha tenuto in grande considerazione gli indirizzi di stampo europeo: in particolare il «*regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014*»¹³ e la Direttiva *Insolvency* (Direttiva europea 2019\1023, di cui *infra par. 1.7*)

Nel tentativo di dotare di efficacia ed effettività tali innovativi sistemi di allerta della crisi, il Legislatore ha fatto preponderante affidamento sulla capacità degli organi gestori e di controllo di captare tempestivamente i sintomi delle situazioni di dissesto per fronteggiarle propriamente e tempestivamente¹⁴. La finalità risulta perseguita attraverso la predisposizione di idonei assetti interni, la cui compiuta e puntuale disciplina è l'obiettivo perseguito dal legislatore.

Per inquadrare al meglio la questione occorre operare una lettura congiunta degli articoli 14 c. I, lett. b) e 4 c. I, lett. c), della L. n. 155/2017. Per quanto concerne il primo, esso

¹³ Art. 1 L. 19 ottobre 2017, n. 155, recante *Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*.

¹⁴ R. RODORF op. cit., pag. 929.

delega il Governo ad apportare le modifiche ivi indicate al Codice Civile e, alla lettera b) sancisce «*il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*». Al successivo art. 4 c. 1, lett. c), viene conferito all'organo di controllo ed al revisore contabile un ruolo generale di vigilanza sull'attività di gestione volta alla prevenzione della crisi di impresa: «*ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, ha l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi*» .

La lettura congiunta dell'art. 14 e dell'art. 4 mette in evidenza come la concreta adeguatezza e il corretto funzionamento degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili costituiscano le condizioni necessarie ai fini di una tempestiva attivazione degli amministratori dei sindaci e dei revisori contabili in caso di difficoltà dell'impresa, e pone quindi in risalto il dato essenziale che «*essi costituiscano un elemento fondamentale per il buon funzionamento degli strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi*»¹⁵. La centralità di un'adeguata organizzazione interna relativa all'attività di impresa è quindi strettamente correlata all'obiettivo cardine perseguito dal legislatore delegante, corrispondente a quanto previsto dalla citata raccomandazione 2014/135/UE: «*consentire alle imprese sane in difficoltà finanziaria di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire l'attività*» in quanto le possibilità «*di salvaguardare i valori di un'impresa in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore*»¹⁶.

L'intervento operato dal legislatore risulta anche sostenuto da studi di settore dai quali emerge come le imprese siano incapaci di «*promuovere autonomamente processi di*

15 V. C. BUONAURA, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, GIUFFRÈ', 2020, parte I, p. 5. Per una più attenta analisi si rimanda a L.

PANZANI, *L'obbligo di predisposizione degli assetti adeguati anche per la prevenzione della crisi*, in rivista *il societario*, Milano, GIUFFRÈ', 07/05/2022, pp. 1 ss.

16 D. D. L. 11 marzo 2016, n.C.3671, *Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*.

ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività»¹⁷; la rinnovata disciplina degli assetti societari si colloca in questa cornice per porre rimedio a deficit di organizzazione interna e spesso anche di competenza proprie degli organi gestionali.

Così facendo vengono poste le basi per la corretta operatività degli strumenti di prevenzione al fine di «scongiurare la progressiva distruzione del valore aziendale» e dunque con la finalità di «massimizzarne il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale», come prevede l'obiettivo principale posto nella raccomandazione n. 2014/135/UE»¹⁸.

17 Tra detti fattori vengono elencati, all'interno del D.D.L. n.C.3671\2016 *«sottodimensionamento, capitalismo familiare, personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, debolezza degli assetti di corporate governance, carenze nei sistemi operativi, assenza di monitoraggio e di pianificazione, anche a breve termine»*, sottolineandosi in tal modo come gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili siano di fondamentali per il perseguimento degli obiettivi della riforma.

18 D. D. L. n.C.3671/2016.

1.3 Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili

Preliminare rispetto all'analisi della nuova disciplina introdotta dal Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza, è l'indagine circa il significato degli *assetti* e le implicazioni dovute al loro inserimento all'interno dell'impresa.

Come detto *supra*¹⁹, il tema degli assetti organizzativi e della relativa adeguatezza è stato introdotto nel 2003 e, sin da allora, era opinione diffusa che avrebbe comportato una procedimentalizzazione dell'attività dell'impresa con evidenti ripercussioni sul piano gestorio, anche in funzione dell'individuazione della ripartizione della responsabilità. Infatti si è sottolineato come detta espressione debba essere ricondotta a procedure e metodologie aventi l'obiettivo di garantire l'efficienza dei processi interni all'azienda: tramite il citato articolo 2403 c.c. il legislatore ha inteso adottare come modello «*un sistema integrato e coordinato di operazioni (tra loro correlate) che fosse idoneo a garantire risultati soddisfacenti riducendo (tramite la ripartizione per “fasi” dei diversi processi) le possibilità di errore*»²⁰.

Come chiarito dal CNDCEC, per assetti organizzativi si intende «*il complesso delle direttive e delle procedure stabilite per garantire che il potere decisionale sia assegnato ed effettivamente esercitato a un appropriato livello di competenze e responsabilità*»²¹; inoltre, come previsto dall'articolo 2381 c.c, dette procedure e direttive devono essere predisposte in modo tale da essere proporzionali alla natura e alle dimensioni dell'impresa.

Come si può evincere dal disposto sopra-citato, il profilo organizzativo attiene all'aspetto funzionale dell'impresa e in particolare concerne le procedure relative all'esercizio degli specifici compiti posti in capo ai vari organi²². Quindi, attraverso la costituzione di un assetto organizzativo adeguato, si vuole costituire un organigramma dal quale emergano

19 Cap 1.1.1 .

20 R. RUSSO, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in Giur. comm., Milano, GIUFFRÈ 2018, fasc. 1, pag.119.

21 Art. 3.4, *Norme di comportamento del collegio sindacale: principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, 2015, CNDCEC.*

22 Cfr. S. AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, 15\10\2019, in www.ilcaso.it, pp. 1 ss. .

con chiarezza una serie di informazioni: a chi sia attribuito il potere di rappresentanza e decisionale, quali siano i soggetti titolari delle funzioni e delle deleghe di firma.

La valutazione di adeguatezza degli assetti organizzativi è vincolata sia all'esistenza di detto organigramma, sia alla presenza di altri requisiti; in particolare devono essere predisposte procedure che assicurino l'efficacia e l'efficienza del sistema di controllo interno e di *risk management*, ovvero di procedure volte alla predisposizione di adeguati flussi informativi che circolino tempestivamente affinché possano essere prese decisioni informate (si richiama a tal proposito l'esito giurisdizionale sopra richiamato in ordine al caso MPS).

Per quanto concerne gli assetti amministrativi e contabili, essi sono qualificati come *«l'insieme delle procedure, delle direttive e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di un'informativa societaria attendibile, in accordo con i principi contabili adottati dall'impresa»*²³.

Il criterio dell'adeguatezza, secondo le scienze aziendalistiche, implica che il sistema predisposto dall'imprenditore abbia determinate caratteristiche:

- presenza degli strumenti idonei alla corretta, tempestiva e attendibile rilevazione contabile e rappresentazione dei fatti di gestione;
- idoneità degli stessi a fornire informazioni utili e veritiere ai fini di una migliore conduzione della gestione e idonee a salvaguardare il patrimonio aziendale;
- idoneità del sistema a fornire dati attendibili per la redazione del bilancio di esercizio.

Come sottolineato dal CNDCEC ²⁴*«l'esistenza di un adeguato sistema amministrativo-contabile comporta la ragionevole garanzia della completa e attendibile rilevazione e rendicontazione di tali fatti»*. ²⁵

Il concetto di *adeguatezza* degli assetti presenta evidenti margini di discrezionalità e relatività.

23 24 Art. 3.6, Norme di comportamento del collegio sindacale: principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, 2015, CNDCEC.

24 Art. 3.6, Norme di comportamento del collegio sindacale: principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate, 2015, CNDCEC.

25 L' Art.5.3 , inoltre, prevede che *«Laddove l'attività di vigilanza dovesse evidenziare significativi rischi di inadeguatezza»*.

In primo luogo in quanto, come specificato dal nuovo articolo 2086 c.c., l'istituzione di presidi interni deve rispettare il requisito della proporzionalità con riferimento sia alle dimensioni e alla natura dell'attività svolta dall'imprenditore, sia al modello di *business* nel quale si trova ad operare. Pertanto, come sottolineato da autorevole Dottrina²⁶, gli assetti organizzativi non possono essere configurati come “*universalmente validi*” poiché risultano vincolati sia al piano strategico sia a quello operativo dell'impresa. La necessaria e logica conseguenza è che le linee guida, le norme deontologiche e gli schemi tecnico-aziendalistici, non assurgono al rango di «*fonti eteronome di automatica integrazione della norma giuridica*»²⁷, ma rimangono indicazioni di indirizzo, specificando regole generali senza costituire paradigmi assoluti o regole fisse, anche se - come rivendicato dal Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 16 luglio 2020 - la relativa violazione può essere assunta a fonte di responsabilità.

In secondo luogo, sul piano della responsabilità, la relatività del concetto di adeguatezza si rinviene nel limite insindacabile delle scelte gestorie (o *business judgment rule*) di cui mi occuperò specificatamente nel prossimo paragrafo.

Il tema dell'adeguatezza degli assetti, introdotto dalla riforma del 2003 limitatamente alle società per azioni²⁸, costituisce - insieme al dovere di istituire un adeguato sistema di controllo interno - un corollario del principio di *corretta amministrazione* desumibile dall'articolo 2403 c.c.: tali fattori rappresentano il nuovo modello di condotta nella gestione dell'impresa.

La *correttezza* deve essere intesa come completezza informativo- procedurale del processo decisionale, ed essendo suscettibile di coinvolgere profili di responsabilità viene collocata in una in una categoria intermedia tra legalità e merito ²⁹. Quest'ultima viene qualificata dalla dottrina aziendalistica alla stregua di una *clausola generale* relativa al comportamento degli amministratori, che si sostanzia nell'indicazione di regole di condotta relative al contenimento del rischio di impresa nel limite del canone della

26 S. FORTUNATO, *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Rivista delle società*, Milano, GIUFFRÈ', 2019, p. 7.

27 P. Montalenti, *Dritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societari della crisi: appunti*, in *Giurisprudenza commerciale, Fascicolo I*, Milano, GIUFFRÈ', 2018, p.62.

28 Vedi *supra* paragrafo 1.1.

29 Cfr P. MONTALENTI, op. cit., p. 62.

normalità della gestione. Tale impostazione, all'evidenza, richiama un paradigma imprenditoriale che qualifica come corretta l'amministrazione di colui il quale non si limita a rispettare, nella gestione dell'impresa, uno *standard* minimo legale idoneo a non farlo incorrere in responsabilità, bensì ricerca le soluzioni più efficaci per la gestione e la salvaguardia della stessa.³⁰

Dunque appare logico che gli assetti societari, così come inquadrati, rappresentino un corollario del principio di corretta amministrazione: la configurazione di congrui assetti consente di conseguire la completezza informativo-procedurale tramite la creazione di una rete di flussi informativi finalizzati all'adozione ponderata e consapevole di decisioni operative.

Pertanto il controllo interno non è più da intendersi come ancorato a una mera verifica *ex post*, in un momento in cui la situazione di difficoltà si sia già manifestata, bensì come elemento connaturato all'esercizio dell'attività di impresa. Ciò è particolarmente vero con riferimento al sistema di *risk assessment* e *risk management*³¹.

In conclusione, se è vero che il dovere di istituire adeguati assetti organizzativi è stato previsto per la prima volta dalla riforma del 2003 in relazione alle S.p.A., sin da subito si manifestò la percezione che il dovere in questione costituisse un corollario del dovere di diligenza caratterizzante l'attività gestoria, quindi destinato ad essere applicato a tutti i tipi societari. D'altronde l'art. 2082 c.c.³², nel definire la figura dell'imprenditore - indica tra i requisiti quello dell'*organizzazione*.

La problematica principale che è stata messa in luce dalla prassi, e che ha reso evidente la non assoluta efficacia del sistema, è che spesso gli amministratori intervengono quando la crisi economica e finanziaria si trova in uno stadio già avanzato³³.

Alla luce di quanto detto, il C.C.I. predispose una nuova configurazione degli adeguati assetti, ora normativamente posta quale corollario e estrinsecazione dell'attività gestoria; non è un caso che la rubrica dell'art. 2086 c.c. sia stata modificata da “«*Direzione e gerarchia nella impresa*»” in “«*Gestione dell'impresa*»” ad opera della medesima

30 R. RUSSO, op. cit., pag.119.

31 Cfr. P. Montalenti, op. cit., pp. 62 ss.

32 Rubricato “Imprenditore”.

33 A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Il Fallimento*, Milano, IPSOA, 2019, Fascicolo 4, pag. 57.

disciplina normativa (D.Lgs. 14 cit.) che ha poi immesso il comma secondo nella disposizione. Guardando al contesto nel quale si sono formati i rinnovati assetti organizzativi, amministrativi e contabili è stato efficacemente sostenuto in dottrina ³⁴ che si sia passati da uno *share-holder oriented model* ad un canone di condotta nella gestione dell'impresa rivolto al c.d. “*successo sostenibile*”, comportante l'obbligo per gli amministratori «*di dialogare anche con tutti quegli altri interessi che ruotano intorno alla impresa e che si riferiscono appunto agli stakeholders*»³⁵.

34 Cfr. M. VENTORUZZO, *Il nuovo codice di corporate governance 2020: le principali novità*, in *Rivista delle società*, Milano, GIUFFRÈ, 2020, pp.492 ss. .

35 V.DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, 16\04\2021, in dirittodellacrisidiimpresa.it p. 3.

1.4 Adeguati assetti e *business judgment rule*

L'adeguatezza degli assetti societari, come detto, introduce un elemento di discrezionalità nelle scelte gestorie degli amministratori che – ove correttamente esercitata - li garantisce, in base alla regola della *business judgment rule*, rispetto alla valutazione operata da parte dell'organo di controllo nell'adempimento dei doveri istituzionali di cui all'articolo 2403 c.c. (in merito all'*adeguatezza*) e da responsabilità di cui all'articolo 2409 c.c. .

Risulta opportuna una premessa.

La *business judgment rule*, per opinione consolidata³⁶, è una regola implicitamente riconosciuta all'interno del nostro ordinamento che ha quale elemento centrale il riconoscimento della discrezionalità nelle scelte imprenditoriali non definibili *ex ante* (escludendo i casi di conflitto di interessi, mala fede, istruttoria inadeguata e irrazionalità intrinseca) «*presumendo altresì la ragionevolezza aziendale delle scelte gestorie degli amministratori, senza necessità di motivazione, né di rispetto del principio di prudenza*»³⁷.

La *ratio* sottesa a tale *rule* è quella di imporre agli amministratori scelte oculate, anche al fine di limitare il rischio di essere giudicati responsabili per l'assunzione di scelte imprenditoriali che si rivelino in concreto poi inadeguate; *la rule* si concretizza nella preclusione della valutazione nel merito (necessariamente *ex post*) da parte del giudice di quelle «*decisioni che siano state il prodotto di un procedimento razionale e per le quali*

36 Così V. DE SENSI in *Adeguati assetti e business judgment rule* , in dirittodellacrisidiimpresa.it, 16\04\2021, relativamente alla dottrina in materia :«*Icastica la definizione di Shade – Epstein, Business Structure in a Nutshell, St. Paul, 2003, p. 209, secondo i quali tale regola è basata: «(...) on a policy of leaving business decisions to business people.»* In generale nella dottrina italiana si veda C.AMATUCCI, *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giurisprudenza commerciale* Milano, GIUFFRÈ, 2016, *Fascicolo I*, p. 643 ss., e R.FORMISANI, *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *Rivista delle società*, Milano, GIUFFRÈ', 2018, p. 479 ss. .

37 A.MIRONE, *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale, Fascicolo I*, GIAPPICHELLI, 2020, pag. 31.

gli stessi amministratori si siano avvalsi di tutte le informazioni materiali ragionevolmente disponibili»³⁸.

Ciò premesso, è opportuno richiamare le due tesi relative all'applicabilità o meno della BJR³⁹ anche a scelte di tipo organizzativo poste in essere dagli amministratori.

La prima tesi, contraria all'applicazione di detta regola, prende le mosse dalla duplice concezione relativa alla natura degli atti finalizzati all'adempimento del dovere di istituire adeguati assetti organizzativi.

In primis, partendo dalla netta distinzione tra violazione di obblighi a contenuto specifico e di obblighi a contenuto generico, si sostiene che la BJR si dovrebbe applicare esclusivamente alle scelte imprenditoriali che non sono previste come obbligatorie da norme contenenti precetti determinati; atteso che gli atti di predisposizione di assetti organizzativi inadeguati integrano la violazione di un obbligo a contenuto specifico, le relative scelte non sono coperte dalla BJR: non residua quindi alcuno spazio per la discrezionalità amministrativa⁴⁰. Secondo tale impostazione, infatti, l'obbligo relativo all'istituzione di adeguati assetti inciderebbe sul profilo organizzativo e non sul merito del piano gestorio, essendo, in ogni caso, funzionale ad una corretta esplicazione del processo decisionale⁴¹.

In secundis, si perviene alla medesima conclusione attraverso una differente prospettiva, distinguendo tra atti di gestione ed atti di organizzazione.

Da una parte sarebbe possibile configurare una presunzione di razionalità in merito alle scelte tipicamente gestionali (ad esempio quelle relative a cosa e come produrre e alle modalità di offerta di beni e servizi), dal momento che in tali materie anche strategie azzardate debbono essere considerate legittime e ricondotte in via presuntiva nell'alveo del rischio di impresa. Dall'altra, sul versante degli atti organizzativi, l'ordinamento (come conferma lo stesso C.C.I.) sembra valorizzare un principio di prudenza, in base al quale sarebbe possibile sindacare sul piano oggettivo le relative scelte, qualora non siano oggettivamente coerenti con principi di efficienza produttiva e si «*distacchino senza*

38 L. BENEDETTI, *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale, Fascicolo II*, GIAPPICHELLI, 2019, pag. 413.

39 *Business judgment rule*.

40 L. BENEDETTI, op. cit., pag. 424.

41 S. FORTUNATO, op. cit., pp. 10 ss.

valida motivazione dagli standard di settore, che possono essere invece assicurati mediante adesione a codici di autodisciplina, ricorso a sistemi di certificazione aziendale o consulenze esterne, etc.»⁴².

La tesi ora esposta ha incontrato delle critiche da parte della dottrina che invece sostiene l'applicabilità della BJR alla materia in questione.

Si fa in tal senso rilevare come, sebbene l'istituzione di adeguati assetti sia nominalmente prevista dall'articolo 2086 c. 2 c.c., ciò non comporta che tale obbligo assurga ad avere un "*contenuto specifico*" e quindi puntualmente predeterminato dalla legge. Al contrario, l'adeguatezza deve essere letta come una clausola generale: gli assetti organizzativi adeguati, per quanto possano essere oggetto di studi e di definizioni da parte delle scienze aziendalistiche, delle *best practices*, dei codici di autodisciplina delle società quotate, delle linee guida o delle normative regolamentari, non possono essere concepiti «*come "assetti universalmente validi" sia perché correlati alla "natura" e/o alla "dimensione" dell'impresa sia perché connessi alle "scelte strategiche e al "contesto operativo" della singola concreta impresa*»⁴³. Dunque, per quanto concerne la predisposizione degli assetti societari, la citata normativa non impone l'adozione di un modello predeterminato che elimini qualsiasi spazio alla discrezionalità dell'organo gestorio, ma prevede un dovere di portata generale riconducibile all'ambito dello *standard* (come anche dimostrato dal riferimento al criterio elastico dell'adeguatezza⁴⁴).

In secondo luogo, si sostiene come l'esclusione dell'applicazione della BJR alle scelte gestionali comporterebbe una eccessiva semplificazione del sistema delle competenze sociali, trascurandosi in simile prospettiva il fatto che «*i due livelli dell'impresa (a cui è pertinente la "gestione") e della società (che si compendia in attività estranee alla gestione economica di impresa, riconducibili solitamente alla "organizzazione") sono sì distinti, ma naturalmente compenetrati*»⁴⁵. Si conclude quindi che, dal momento che le scelte organizzative sono strumentali all'attività di impresa (e dunque alla funzione gestoria), la natura organizzativa dell'atto non comporta la sua sottrazione dall'ambito della gestione complessiva.

42 A. MIRONE, op. cit. p. 35.

43 S. FORTUNATO, op. cit., p. 13.

44 Cfr. A. MIRONE, op. cit. pp. 36 ss.

45 L. BENEDETTI, op. cit., pag. 426.

Tale prospettiva affonda le sue radici nella constatazione dell'esistenza di un ambito di discrezionalità amministrative nelle scelte compiute dal *management*. Tale discrezionalità, viene sostenuto, deriverebbe dalla scelta operata dal Legislatore di legare l'istituzione degli assetti alla clausola generale ed elastica dell'adeguatezza (ex. art. 2086 c. 2 c.c.). Il dovere di istituire adeguati presidi interni non configura un obbligo specifico bensì a contenuto generico; quanto disposto dagli artt. 2086 c. 2 e 2381 c. 5 c.c. non comporta necessariamente l'epurazione del carattere della discrezionalità da quella che risulta essere una scelta di tipo gestorio ⁴⁶.

Pertanto le decisioni degli organi amministrativi in merito agli assetti non sono sindacabili dal giudice sul piano del contenuto intrinseco degli stessi, potendo invece rilevare il diverso profilo della ragionevolezza, coerenza e completezza del processo informativo e decisionale seguito .

L'adesione all'orientamento che ritiene applicabile in questo caso la protezione data dalla *business judgment rule*, dunque, implica la necessaria verifica di come si sia svolto tale processo, prendendo anche in considerazione la totalità «*delle circostanze conosciute o, verosimilmente conoscibili, dagli amministratori al momento dell'attuazione della c.d. "gestione organizzativa"*» ⁴⁷ .

Da queste premesse si può dunque concludere che il requisito dell'adeguatezza, oltre ad essere legato alla "natura" e alle "dimensioni" dell'impresa, deve essere necessariamente parametrato ad una dimensione fattuale relativa alle concrete circostanze in cui opera l'impresa.

Diversamente, un eventuale giudizio di merito effettuato *ex post* comporterebbe la sostanziale riformulazione da parte del giudice delle scelte imprenditoriali, avendo egli

46 Come sottolinea A.Mirone in op. citata , pag 435-435 «*Negli usi linguistici correnti, infatti, la nozione di "clausola generale" designa diverse categorie di norme, tutte caratterizzate dalla presenza, all'interno del testo normativo, di "sintagmi indeterminati", cioè di termini che richiedono un'attribuzione di significato che lascia all'interprete ampi margini di discrezionalità e impone il ricorso a giudizi di valore, al fine di scegliere fra diversi possibili parametri di giudizio*».

47 I.CAPELLI, *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale, Fascicolo II*, GIAPPICHELLI, 2019, pp. 342 -343. L'adeguatezza, in questa prospettiva, si pone quale parametro del corretto svolgimento dell'attività di gestione e delle modalità concrete con cui la scelta organizzativa viene effettuata.

però come scenario di riferimento vicende successive al momento organizzativo-gestionale, le quali potrebbero includere circostanze non verosimilmente prevedibili o prevenibili.

Parte della dottrina, pur essendo favorevole alla tesi ora esposta, ridimensiona il problema constatando che difficilmente l'inadeguatezza degli assetti sarà idonea di per sé a causare un danno risarcibile: al massimo, qualora la scelta dell'organo amministrativo sia stata poco informata a causa dell'inadeguatezza degli assetti, quest'ultima potrebbe rilevare quale argomento per sostenere la violazione del dovere di agire in modo informato, come aspetto del più generale dovere di diligenza⁴⁸.

La valutazione sull'adeguatezza organizzativa potrebbe, inoltre, rilevare sotto altri profili, potendo costituire legittimo motivo di revoca per giusta causa degli amministratori, e, presupposto di un eventuale giudizio risarcitorio nei confronti degli amministratori revocati; inoltre potrebbe contribuire a fondare il presupposto della denuncia al Tribunale (ex art. 2409 c.c.) in presenza di gravi irregolarità gestionali, specialmente nel caso dell'omessa, ritardata o inidonea reazione alla crisi, sulla falsariga di quanto espressamente disposto per le società pubbliche .

Occorre infine evidenziare come i sostenitori della tesi da ultimo analizzata distinguano tra due categorie di ipotesi nella prospettiva di un giudizio di responsabilità. Da un lato, il caso in cui l'organo amministrativo, tenendo un comportamento meramente omissivo, non predisponga alcun tipo di assetto organizzativo interno, radicando in tal modo una responsabilità da inadempimento a carico degli amministratori; in questa fattispecie la BJR non trova applicazione, poiché il dovere di configurare adeguati presidi interni integra un obbligo specifico (seppur generico nella sua attuazione concreta) previsto dall'art. 2086, c.2, c.c..

Dall'altro lato, si presentano due situazioni che conducono alla medesima conclusione: a) l'organo amministrativo ritiene, con decisione espressa non manifestamente irrazionale (ma che si riveli *ex post* erronea), di non predisporre assetti in realtà necessari in base alla dimensione ed alla natura dell'impresa; b) l'organo gestorio predisporre assetti organizzativi interni che si rivelano successivamente inadeguati. In entrambe le ipotesi

48 F.BRIZZI, *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale*, Fascicolo II, GIAPPICHELLI, 2019, pp. 383 ss. .

considerate, infatti, si applica la BJR, ed il giudice potrà sindacare solo le modalità con cui è stato svolto il processo decisionale da parte di coloro che hanno curato (o istituito) gli assetti interni.

A parziale conferma delle conclusioni raggiunte dalla sopra citata Dottrina si colloca la massima ricavabile da ciò che ha disposto il Tribunale di Roma, segnatamente la Sezione specializzata in materia di impresa, con la sentenza del 24 settembre 2020 in merito alla richiesta avanzata dal Collegio sindacale di un'impresa, *ex art. 2409 c.c.*, di revoca dei componenti del consiglio di amministrazione e di conseguente nomina di un amministratore giudiziario.

I Giudici hanno preso posizione sulla possibilità di configurare la *business judgment rule* all'interno del dovere di istituire gli adeguati assetti, distinguendo tra varie casistiche.

Nel caso in cui l'amministratore ometta del tutto di istituire una qualsivoglia struttura organizzativa relativa agli assetti societari, in caso di successiva crisi, deve considerarsi responsabile. Viceversa, non può ritenersi responsabile l'amministratore che abbia istituito misure organizzative che, attraverso una valutazione *ex ante*, potessero risultare astrattamente adeguate. Allo stesso modo, non può ritenersi responsabile l'amministratore che, sebbene avesse rilevato tempestivamente il venir meno della continuità aziendale grazie all'operatività degli assetti societari, abbia posto in essere manovre tese ad evitare l'aggravamento o l'insorgenza della crisi poi rivelatesi inadeguate, sempre che tali manovre, sulla base di una valutazione *ex ante* non fossero manifestamente irrazionali ed ingiustificate.

1.5 La disciplina degli adeguati assetti nel D. Lgs. n.14/2019

Una delle norme cardine della disciplina attuativa in epigrafe, recante il «*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*», si rinviene nell'articolo 3 rubricato «*Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa*», non a caso collocato nella Sezione I del Capo Secondo inerente i «*Principi Generali*».

Tale articolo costituisce insieme all'articolo 4, rubricato “«*Doveri delle parti*»”, una sorta di «*sotto-codice etico della crisi*»⁴⁹, recante regole di comportamento a cui devono attenersi sia i debitori che i creditori e va a completare il quadro di attuazione del dovere di organizzativo già previsto per l'organo di amministrazione delle S.P.A dall'articolo 2381 c.c.⁵⁰.

L'articolo 3 impone all'imprenditore - debitore un dovere specifico *di carattere organizzativo*, diversificandolo a seconda che lo stesso agisca in qualità di imprenditore individuale o collettivo.

Nella prima ipotesi, il comma I dell'articolo 3 prevede che l'imprenditore individuale debba «*adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte*»; quanto all'imprenditore collettivo, il successivo comma 2 dispone l'obbligo di «*adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*».

Da una parte l'imprenditore individuale deve quindi adottare solo «*misure*», lì dove impone invece l'imprenditore collettivo di dotarsi di un «*adeguato assetto*». La diversità nella formulazione è un chiaro segnale di una diversa complessità organizzativa che non consente, però, di concludere che il dovere organizzativo sia posto in capo alle sole imprese collettive, come se le *misure* non implicassero a loro volta un dovere organizzativo.

49 F. LAMANNA, *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, GIUFFRÈ, 2022, p.86.

50 Vedi *supra* cap. 1.1.

Tra le due ipotesi, è stato fatto notare da autorevole Dottrina⁵¹, sembrerebbe sussistere un diverso nesso *funzionale-finalistico* solo apparente.

Per quanto concerne le *misure*, viene infatti rilevato come l'articolo 3 disponga che debbano essere «*idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi*» (e null'altro, poiché la successiva congiunzione «*e*» sembra delineare quello di «*assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte* » come un obbligo autonomo dell'imprenditore individuale, che scatta una volta che lo stato di crisi sia rilevato in forza delle misure organizzative adottate [con riferimento all'assetto, invece, viene in rilievo che esso debba essere adeguato-N.d.A.] ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile» sia «*ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi*», che «*dell'assunzione di idonee iniziative*» (in tal caso la congiunzione «*e*» sembra riferire entrambi tali fini all'assetto organizzativo e non individuare il secondo come autonomo dovere dell'imprenditore)⁵².

Tale apparente diversità può essere superata tramite un'operazione interpretativa che ha come base il coordinamento con il successivo articolo 375 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza, il quale nel disporre la modifica dell'articolo 2086 c.c., separa chiaramente, con riferimento esclusivo alle imprese operanti in forma collettiva, la finalità della «*rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale* » dall'obbligo, che nasce autonomamente dopo la positiva rilevazione della crisi, 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*».

Tale norma, che è una delle più complete nel delineare le finalità del *monitoraggio* e del contenuto dell'obbligo di *reazione* volto a fronteggiare situazioni di crisi o di perdita di continuità aziendale, non fa che «*estrapolare con maggiore chiarezza ciò che comunque può considerarsi già implicito nelle più scarse espressioni dell'articolo 3 rispetto a tale finalità di rilevazione e reazione*»⁵³.

Pertanto, è possibile concludere che tanto le *misure* relative all'impresa individuale quanto l'*assetto organizzativo* adottato invece dalle imprese collettive, debbano essere considerati *strumenti organizzativi*, quand'anche di diverso contenuto e di progressiva

51 Cfr. F. LAMANNA in op. citata., pp. 94 ss.

52 F. LAMANNA in op. citata p. 95.

53 F. LAMANNA in op. citata p.96.

crescente complessità⁵⁴; che inoltre entrambi tali strumenti abbiano la specifica finalità di rilevare tempestivamente la crisi e la perdita di continuità; che infine, a prescindere dalla forma concretamente impiegata, l'organo di amministrazione abbia l'obbligo 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*». Si tratta quindi di assetti e funzioni di prevenzione transtipici ovvero che vanno oltre il tipo societario prescelto.

Per quanto concerne il contenuto degli adeguati assetti, il comma III dell'articolo 3 dispone che , al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi, le misure di cui al comma I e gli assetti di cui al comma II devono consentire di « *a) [...] rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore; b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al comma 4 ; c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13 comma 2 ».*

Con riferimento agli specifici segnali idonei a rilevare tempestivamente l'emersione di una crisi, che operano dunque come segnali di allarme o *alert*, il comma IV, collocando l'operatività degli adeguati assetti in un momento antecedente il momento di crisi, ha quale *ratio* di fondo quella di attuare l'obbligo più importante imposto agli Stati membri dalla Direttiva UE 1023\2019 (cd Direttiva *insolvency*) all'articolo 3 paragrafo 1, ovvero di quello di introdurre degli *early warning tools*⁵⁵.

E' da sottolineare che il Codice della Crisi aveva già regolato, nella sua versione originaria, in esecuzione della direttiva *insolvency*, tale aspetto. Infatti veniva delineato

54 Di questa opinione anche che M. BIANCA in *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale*, Fascicolo I, 2020, p. 67, il quale sostiene che «*se è giusto commisurare gli "assetto" dell'imprenditore collettivo alla sua struttura, lo è anche commisurare gli obblighi organizzativi che costituiscono le "misure" dell'imprenditore individuale*».

55 Si legge che «*Gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio*».

non soltanto un sistema di *allerta interna*, ma anche un sistema di *allerta esterna* (propria dei creditori pubblici qualificati), rispetto il quale il primo poteva essere considerato un *plus*.

Il primo dei due rappresentava il vero istituto cardine della direttiva che l'ha strutturato in modo funzionale all'intervento dell'OCRI e rafforzato con la previsione di ulteriori segnali di allerta relativi al superamento di determinate soglie di indebitamento, oltre le quali l'imprenditore non avrebbe potuto usufruire delle misure premiali di cui all'originario articolo 24.

In senso inverso è sembrato essere stato emanato il D.L. n 118\2021 che, introducendo l'istituto della composizione negoziata della crisi di impresa, ha eliminato quasi completamente ogni riferimento a tale disciplina.

A ragione delle numerose critiche che ne sono scaturite, il Legislatore, ha avuto un ripensamento durante l'*iter* di approvazione del Secondo Correttivo (D.lgs. 17 Giugno 2022 n.83), reintroducendo un sistema di allerta, modellandolo sulla falsariga dell'originaria disciplina del codice.

Infatti, per quel che concerne l'allerta interna, il comma IV dell'articolo 3 ripropone, con qualche modifica, i segnali di allerta relativi al superamento delle soglie di indebitamento elencate nell'originaria articolo 24 (inserito all'interno del capo quarto del titolo secondo rubricato «*Misure premiali*») che non rendevano possibile l'accesso alle misure premiali contemplate all'interno dello stesso, rendendo l'iniziativa del debitore «*non tempestiva*».

Nella versione attuale del Codice, tali segnali vengono inquadrati come strettamente connaturati all'operatività degli stessi adeguati assetti, atteso che questi ultimi, nel perseguimento dei fini normativamente previsti dal comma III, possono concretamente consentire l'emersione anticipata della crisi di impresa anche in base alla sussistenza delle circostanze di cui al comma IV. Infatti tale ultima disposizione precisa che costituiscono segnali idonei a rilevare l'emersione anticipata della crisi di impresa «a) *l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni*⁵⁶ ; b) *l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni, di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti*⁵⁷ ; c) *l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri*

56 L'ex articolo 24 faceva riferimento ad un termine temporale di 60 giorni.

57 Il precedente articolo 24 faceva riferimento a 120 gg.

*intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma, purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni.*⁵⁸».

La finalità dell'allerta interna, inoltre, è concretamente perseguita e si interseca con due ulteriori strumenti, di cui il secondo risulta essere finalisticamente connesso al primo: la possibilità di segnalazione da parte dell'organo di controllo e i flussi informativi societari. Il neo introdotto articolo 25 *octies* del Codice della Crisi, rubricato «*Segnalazione dell'organo di controllo*» trae spunto e ragione dalla più compiuta ed organica disciplina dell'allerta interna, disciplinata nell'originaria versione del codice. In particolare, se compariamo tale l'articolo con il vecchio articolo 14 del C.C.I.⁵⁹, notiamo come si sia ridotta l'incidenza dei poteri dell'organo di controllo tanto da poter qualificare l'attuale sistema come una *allerta-light*⁶⁰. Infatti l'organo di controllo potrà esclusivamente, ai sensi del comma I, segnalare per iscritto e motivandola «*la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17 [ovvero la domanda di accesso alla composizione negoziata N.d.A.]*» all'organo amministrativo, il quale ha l'obbligo di rispondere entro un termine massimo di trenta giorni in merito alle iniziative intraprese. La differenza maggiore con il vecchio articolo 14, però, si riscontra in quelle che sono le conseguenze della mancata risposta o della mancata adozione di misure idonee da parte dell'organo gestorio.

Differentemente dalla vecchia disciplina, in cui in siffatte circostanze l'organo di controllo avrebbe potuto procedere con una segnalazione all'O.C.R.I.⁶¹, nella

58 Mentre l'ex articolo 24 si riferiva invece al superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13 commi 2 e 3.

59 Art 14 comma I «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, nonche' di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.*».

60 F. LAMANNA in op. cit. p. 253.

61 Articolo 14 comma II In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1

formulazione dell'articolo 25 *septies* tale possibilità non è prevista, coerentemente con il generale depotenziamento del sistema dell'allerta interna operato in sede di Secondo Correttivo. Analogamente altra differenza sostanziale si può rintracciare con riferimento alle conseguenze della segnalazione da parte dell'organo di controllo in tema di responsabilità: a fronte della previsione della totale esenzione, ai sensi del comma III dell'articolo 14, attualmente tale beneficio non è previsto, essendo stato sostituito da una generica “*valutazione*” in caso di giudizio ex 2407 c.c. .

La disciplina dei poteri dell'organo di controllo, risultante dal Secondo Correttivo, risulta comunque essere in linea con la tendenza⁶² alla valorizzazione del suo ruolo in riferimento all'aspetto gestorio dell'impresa: le sue funzioni assumono una caratterizzazione in senso dinamico, ossia volte a «*disciplinare realtà, processi e finalizzate ad assicurare la conformità alle leggi, o a interessi sovraordinati, di altre attività, per mezzo di corrispondenti poteri da parte di soggetti diversi da quelli agenti*»⁶³, in particolare degli amministratori, nell'adempimento delle loro prerogative volte alla conduzione dell'impresa. Infatti i doveri dell'organo di controllo devono essere espletati non solo in un momento di mera rilevazione di un'irregolarità (dunque necessariamente *ex post*, come valutazione dell'operato dell'organo gestorio) bensì, incidendo direttamente sulla funzione gestoria, in un momento che si colloca ancor prima dell'atto gestionale da cui può derivare un pregiudizio, assolvendo in tal senso una finalità di tipo *preventivo*, seppur ridimensionata dalla mancata possibilità di procedere, in caso di inadempienza degli amministratori, alla segnalazione all'O.C.R.I..

L'altro aspetto dell'allerta interna, finalisticamente connesso con i poteri dell'organo di controllo, è rappresentato dai flussi informativi, che risultano essenziali per una corretta

informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza.

62 In particolare la tendenza alla connotazione anche gestoria della funzione di controllo è ravvisabile nella riforma societaria del 2003(D.L17 gennaio 2003, n. 6), nelle Istruzioni di Vigilanza che la Banca di Italia ha emesso nell'esercizio della vigilanza regolamentare ex art. 53 D.lgs. 385\1993 e nell' articolo 69.*quater* del testo Unico Bancario. Cfr. P.BENAZZO, *Il controllo nelle società di capitali tra diritto “comune” e codice della crisi di impresa*, in *Rivista delle società*, GIUFFRÈ', 2020, p.1157 ss. .

63 P.BENAZZO in op. cit. p. 1153.

esplicazione della funzione di tale organo sia nella sua connotazione statica (volta alla rilevazione di un'irregolarità) sia, e sopra tutto, in quella dinamica.

In particolare, tali flussi devono, ai sensi del combinato disposto degli articoli 2381 comma V e 240 *septies* del Codice civile, intercorrere tra gli amministratori delegati e il collegio sindacale e tra quest'ultimo e il soggetto incaricato della revisione legale dei conti, e sono volti essenzialmente a consentire al collegio sindacale di svolgere al meglio i compiti istituzionali suoi propri *ex* articolo 2403⁶⁴ e, adesso, anche *ex* articolo 25 *octies* C.C.I.

Si può notare a conclusione della disamina relativa all'allerta interna, che il sistema attualmente introdotto dal Legislatore, così come modificato dal Secondo Correttivo, seppur avulso da una disciplina unitaria dell'allerta (intesa come sequenza coordinata di atti destinati ad un fine predefinito), basa invece la sua efficacia sull'operatività sinergica degli adeguati assetti organizzativi amministrativi e contabili, sulla rinnovata connotazione in senso gestorio della funzione dell'organo di controllo e sulla efficienza dello scambio dei flussi informativi.⁶⁵

Una volta chiarito quale sia il contenuto degli adeguati assetti così come delineato dalla Riforma, occorre soffermarci sul suo ambito soggettivo di applicazione e sulle rilevanti conseguenze relative alla disciplina delle S.r.l. .

64 Tale considerazione può essere estesa anche alla disciplina dei flussi informativi relative alle società quotate di cui all'articolo 150 del T.U.F.. Infatti all'interno di tale disciplina si ravvisa la medesima la finalità di consentire all'organo di controllo di adempiere al meglio i suoi compiti istituzionali, con la differenza che per le società quotate vi sono peculiarità *«dirette sia a rendere più frequente il suddetto obbligo gravante sugli amministratori sia, soprattutto, ad ampliare i canali informativi diretti all'organo di controllo nonché i poteri di "attivazione" dei medesimi concessi allo stesso organo; più esteso è, inoltre, l'ambito delle materie oggetto dei flussi di informazioni destinate a circolare mediante tali canali»* G.STRAMPELLI, *I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale*, in *Rivista di diritto privato*, Cacucci Editore, Bari, 2017, pag. 81.

65 Viene efficacemente sottolineato come *«Dimensione organizzativa e dimensione informativa- essenziali all'attivazione di tempestivi, continui e puntuali flussi informativi- sono dunque i cardini imprescindibili affinché gli assetti e gli organi interni alla società siano rapidi(ed efficaci) nella percezione tempestiva e anticipata dello stato di potenziale pre-crisi(prima ancora che della crisi stessa)* ». P. BENAZZO, in op. cit. p. 1564.

1.5.1 Ambito soggettivo di applicazione degli adeguati assetti e coordinamento con la rinnovata disciplina in materia di controlli nelle S.r.l.

La generalizzata applicabilità del disposto di cui all'articolo 3 del Codice della crisi sia *all'imprenditore individuale* che *all'imprenditore collettivo* è ribadita dal disposto di cui all'articolo 377 del C.C.I. (rubricato «*Assetti organizzativi societari*») che «*estende a tutti i tipi di società gli obblighi previsti dall'articolo 2086, secondo comma del Codice civile*»⁶⁶.

Con riferimento alla *governance* relativa agli assetti societari, l'art. 377 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza modifica importanti norme concernenti l'amministrazione delle società per azioni (articoli 2380-*bis* c.c. e 2409-*novies* c.c.), delle società di persone (articolo 2257 c.c.) delle società a responsabilità limitata (art. 2475, c.c. al quale, inoltre, viene aggiunto un sesto comma⁶⁷).

Ognuna di tali disposizioni relative alle diverse forme societarie, vede sostituito il proprio primo comma con la analoga previsione che: «*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*». La regola generale ora indicata trova un'eccezione nell'art. 2409-*novies* c.c., il quale indica che, nell'ipotesi in cui nell'atto costitutivo di una S.p.a si opti per un sistema di amministrazione e controllo di tipo dualistico, la gestione dell'impresa spetta esclusivamente al consiglio di gestione.

Dal coordinamento degli articolo 375 (modificativo della rubrica dell'art. 2086 c.c.) e 377 C.C.I , si può notare la centrale importanza della predisposizione di adeguati assetti societari ed in modo particolare della loro funzionalizzazione all'interno dell'impresa collettiva: gli amministratori, in quanto organi direttamente coinvolti nella gestione dell'impresa, hanno il compito della procedimentalizzazione dell'attività d'impresa, della creazione di una struttura organizzativa, amministrativa e contabile in grado di verificare lo stato di salute dell'azienda e di rilevare prontamente gli indizi di crisi o di perdita della continuità aziendale ed, inoltre, idonea a permettere una pronta reazione a tali eventi.

66 Come si evince dalla Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo introduttivo del «*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155*».

67 Il quale dispone che «*Si applica, in quanto compatibile, l'articolo 2381*».

In tale contesto si colloca il disposto di cui all'articolo 379, C.C.I. (rubricato «*Nomina degli organi di controllo*») che, intervenendo sull'articolo 2477 c.c., ha abrogato il comma secondo della disposizione citata e modificato i commi III e IV⁶⁸, andando a rettificare i parametri al superamento dei quali è fatto obbligo di nominare il collegio sindacale, o il revisore, nelle S.r.l.

Relativamente all'analisi della norma di cui *supra*, da un lato sono state riproposte le fattispecie di cui alle lettere a) e b) del comma II dell'articolo 2477 c.c. (rispettivamente s.r.l. tenuta al bilancio consolidati e s.r.l. controllante una società obbligata alla revisione legale dei conti); dall'altro, sono state apportate modifiche ai limiti dimensionali il cui superamento genera il suddetto obbligo e contestualmente fissate le condizioni di superamento del detto obbligo (rispettivamente, art. 2477, c.2, lett. c) e c.3, c.c.)⁶⁹.

In un secondo momento, il Legislatore ha nuovamente rettificato le citate disposizioni così come modificate dall'articolo 379 C.C.I., rinnovando ulteriormente i parametri dimensionali previsti all'art. 2477, c.c.; tali modifiche si rinvergono all'interno dell'articolo 2-bis, comma 2, D.L. 18 aprile 2019, n. 3266 (convertito in L. 14 giugno 2019, n. 55), il quale è intervenuto direttamente sul Codice civile, lasciando inalterato l'articolo 379 C.C.I.

Ai fini di una maggiore chiarezza nell'esposizione si riporta in modo integrale il testo dell'art. 2477, commi secondo e terzo, c.c., alla luce dei citati interventi normativi: «C.2. *La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società: a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato; b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti; c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità*; C. 3. *L'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c) del secondo comma cessa quando, per tre esercizi consecutivi, non è superato alcuno dei predetti limiti*».

68 Nella rinnovata versione dell'art. 2477, c.c., risultano essere, rispettivamente, il secondo ed il terzo comma.

69 Cfr. S. FORTUNATO, op. cit., pp. 113 ss. .

E' opportuno sottolineare come la volontà propria del Legislatore di ampliare la platea dei soggetti, organizzati in forma di S.r.l., tenuti ad istituire un organo di controllo ⁷⁰, si può rinvenire all'interno della lettera c) sopra riportata, atteso che tale previsione comporta che al superamento di uno solo dei limiti di cui ai numeri 1, 2 e 3 (anziché del duplice superamento previsto dalla previgente disciplina) sorga l'obbligo di nomina di un organo di controllo interno o di un revisore. Analogamente rilevante risulta la modifica del terzo comma dell'articolo 2477 c.c, la cui nuova formulazione prevede che l'obbligo di nomina venga meno qualora per tre esercizi consecutivi i limiti di cui ai numeri 1, 2 e 3 del comma due alla lettera c) non vengano superati⁷¹.

L'incremento del numero di s.r.l.⁷² che dovranno dotarsi di organi di controllo o di revisori è strettamente legato ai fondamentali ruoli (assegnati a questi ultimi dal Codice della crisi) di vigilanza sull'attività gestoria che si sostanzia anche, in particolare, in un ruolo di verifica dell'adeguatezza degli assetti (predisposti dal *management*) e sulla relativa idoneità a rilevare tempestivamente segnali di crisi o di perdita di continuità⁷³.

Come ulteriore presidio volto a garantire la presenza dell'organo di controllo, interviene poi il successivo comma del medesimo articolo che, così come integrato dall'art. 379 c. 2 C.C.I., dispone che *«L'assemblea che approva il bilancio in cui vengono superati i limiti indicati al secondo comma deve provvedere, entro trenta giorni, alla nomina dell'organo di controllo o del revisore. Se l'assemblea non provvede, alla nomina provvede il tribunale su richiesta di qualsiasi soggetto interessato o su segnalazione del conservatore del registro delle imprese»*. L'integrazione concerne l'introduzione della possibilità di nomina dell'organo di controllo da parte del tribunale, in caso di inerzia dell'assemblea,

70 Come si legge anche all'interno della Relazione illustrativa del Codice della crisi del 10 gennaio 2019.

71 Nella previgente formulazione si faceva riferimento, invece, a solo due esercizi consecutivi.

72 Occorre segnalare, però, che, come emerge da alcune rilevazioni statistiche condotte dal CERVED, il numero della S.r.l. obbligate a dotarsi di un organo di controllo sarà molto basso *«si tratterebbe, quanto alle S.r.l., di circa 14,300 società su un totale di circa un milione e mezzo (rilevate precisamente in un numero di 491.000), ossia solo il 3% circa, mentre il restante 97%, pari a 476.000 società, sarebbe privo dell'organo di controllo sindacale»* F. LAMANNA in op. cit., p. 364.

73 Questa lettura può essere data dal collegamento normativo che si instaura tra il disposto di cui al comma 4 dell'art.2477 c.c. che dispone *«nel caso di nomina di un organo di controllo, anche monocratico si applicano le disposizioni sul collegio sindacale previste per le società per azioni»* e l'art. 2403 in tema di doveri di vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto del collegio sindacale.

su iniziativa non soltanto di *qualsiasi soggetto interessato* ma anche su *segnalazione del conservatore del registro delle imprese*. Quest'ultimo infatti attraverso la prestazione della propria opera volta alla verifica delle risultanze di bilancio, viene messo in condizione di constatare il superamento delle soglie di cui al comma due dell'articolo 2477 alla lettera c)⁷⁴.

Per quanto concerne le indicazioni temporali relative all'applicazione della nuova normativa, il successivo comma 3, così come modificato dal d.l. 24 agosto 2021 n. 118⁷⁵, dispone in primo luogo che la nomina deve avvenire « *entro la data di approvazione dei bilanci relativi all'esercizio 2022, stabilita ai sensi dell'articolo 2364, secondo comma, del codice civile*»; e che « *fino alla scadenza del termine, le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia anche se non sono conformi alle inderogabili disposizioni di cui al comma 1*». La normativa prescrive inoltre l'obbligatorietà dell'istituzione dell'organo di controllo, dovuta al superamento dei parametri sopra citati, con riferimento « *ai due esercizi antecedenti la scadenza indicata nel primo periodo* ».

Infine è utile richiamare il comma cinque dell'articolo 377 del C.C.I. che, favorendo l'adempimento degli obblighi organizzativi ex. art 2086 , aggiunge un sesto comma all'articolo 2475 c.c. il quale prevede ora che « *Si applica , in quanto compatibile , l'articolo 2381* ». Tale norma, venendo estesa alle S.r.l e alle società cooperative costituite in tale forma (ex.art.2519 c.2 c.c.) , generalizza l'obbligo di applicazione della disciplina di cui all'art. 2381 relativa ai flussi informativi favoriti dagli assetti societari : « *un chiaro indizio in merito si ricava facilmente dal fatto che tanto l'art. 2086, secondo comma, c.c. quanto l'art. 2381 c.c. parlano di assetti "adeguati alla natura ed alla dimensione dell'impresa"*»⁷⁶.

74 G.GUERRIERI, *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477, c.c. e 14, c.c.i.i.*, in *Rivista orizzonti di diritto societario, Fascicolo I*, GIAPPICHELLI,2020, pag. 216.

75 Convertito in L. 21 ottobre 2021 n. 147.

76 Bianca, op. cit., pag. 67. Puntualizza che si tratta di un intervento normativo L'autore puntualizza come si tratti, « *più che altro chiarificatore, visto che in dottrina era già ampiamente diffusa l'idea che, per quanto non espressamente richiamato dall'art. 2475 c.c., l'art. 2381 c.c. potesse almeno in parte applicarsi ai consigli di amministrazione delle s.r.l.* ».

La penetrante normativa sin d'ora delineata, che si articola attraverso l'opera congiunta degli amministratori nella predisposizione degli adeguati assetti, e dell'organo di controllo, in virtù anche della sua rinnovata generale applicazione, fa sì che la concreta gestione societaria debba essere riletta alla luce dei nuovi canoni di impresa. Nel successivo paragrafo 1.2.3 si analizzeranno le ripercussioni e implicazioni che tale nuovo canone gestorio ha sul diritto della crisi di impresa.

1.5.2 Gli assetti organizzativi ed il nuovo concetto di crisi

Si è sottolineato come il Legislatore abbia voluto valorizzare al massimo l'operatività di strumenti interni all'impresa volti a cogliere preventivamente i segnali della crisi: la disciplina dell'allerta interna e l'introduzione della possibilità di preventiva segnalazione da parte dell'organo di controllo ne costituiscono un chiaro esempio. Tale *ratio* è sottesa anche all'istituto cardine intorno al quale ruota tutto il sistema di prevenzione della crisi: gli adeguati assetti.

Come si osserverà nel proseguo di questo paragrafo, il Legislatore ha inteso, con specifico riferimento alla natura e alle finalità degli *assetti*, porre l'accento, e conseguentemente intervenire, sulla eziologia della crisi, ora legata ad una concezione squisitamente aziendalistica. Sulla base di tale ultimo rilievo e come verrà specificato meglio in seguito, la crisi viene a qualificarsi come un progressivo deterioramento delle attività aziendali che ha nell'insolvenza irreversibile il suo esito finale e ultimo. Si rende necessario, pertanto, analizzare il rapporto intercorrente tra gli adeguati assetti e il concetto di crisi dell'impresa alla luce del Codice della Crisi.

Come prospettato dalla dottrina di cui si accoglie in questa sede l'interpretazione quanto all'operatività della BJR, l'istituzione di adeguati assetti viene inquadrata all'interno della c.d. «*gestione organizzativa*⁷⁷».

Ciò ha due importanti implicazioni.

In primo luogo, la funzione gestoria acquisisce una sfumatura di tipo qualitativo: ai sensi dell'art. 2086 comma II, l'imprenditore dovrà ora tenere in considerazione tali assetti nella conduzione dell'attività di impresa, anche ed in particolare quando operi *in bonis*⁷⁸. Ciò

⁷⁷ Vedi *supra* par. 1.2.2.

⁷⁸ Vedi *infra*.

in quanto la funzione gestoria, essendo connaturata alla funzione organizzativa e viceversa, deve essere posta in essere nel rispetto di tale parametro qualitativo legato ad un profilo di *prevenzione*.

La seconda conseguenza di questa rinnovata concezione, si può estrapolare dalla lettura di quello che rappresenta il nocciolo finalistico di tali presidi che devono essere predisposti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale. L'operatività di tali presidi si colloca in un momento antecedente la situazione di crisi, qualificabile come *pre-crisi*; come è stato efficacemente affermato in dottrina, gli obblighi organizzativi consistono infatti in *«doveri di monitoraggio che non hanno ad oggetto la crisi in senso stretto (e tipico) ma che attengono a quella dinamica dell'attività di impresa che può essere caratterizzata da segnali di malessere propedeutici alla "probabilità di insolvenza"»*⁷⁹. Da ciò deriva la centrale importanza di questo strumento di *«pre-allerta»*⁸⁰ per l'efficienza di questo rinnovato sistema degli adeguati assetti.

A conferma della rilevanza pratica, oltre che teorica, di tali implicazioni si può analizzare il provvedimento del Tribunale di Cagliari, Decreto 19 gennaio 2022, che recita: *«la mancata adozione degli adeguati assetti organizzativi da parte di un'impresa in situazioni di equilibrio economico finanziario è addirittura più grave della mancata adozione degli stessi da parte di un'impresa in crisi, in quanto gli adeguati assetti sono funzionali proprio ad evitare che l'impresa scivoli inconsapevolmente verso una situazione di crisi o di perdita della continuità, consentendo all'organo amministrativo di percepire tempestivamente i segnali che preannunciano la crisi, e così di assumere le iniziative opportune»*⁸¹.

La finalità degli adeguati assetti, dunque, è duplice: da un lato, la rilevazione tempestiva della crisi che colloca tale strumento in un momento temporale anteriore al verificarsi della situazione pregiudizievole, dall'altra la salvaguarda della continuità aziendale. Risulta pertanto opportuno soffermarci sulla ricostruzione storica e sul significato del

79 A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in *ilcaso.it*, 11 gennaio 2019, p. 5.

80 Così F. LAMANNA in op citata pag 97.

81 F. LAMANNA in op.cit. pag.96.

primo per poi passare all' analisi della nozione di continuità aziendale nel successivo paragrafo.

La definizione di crisi risulta formulata normativamente per la prima volta con il Codice della crisi di Impresa, in quanto la legge fallimentare, sebbene riferendosi a tale termine, non ne aveva mai chiarito il contenuto inquadrandola come un *genus* rispetto alla *species* insolvenza. Infatti, in tema di presupposti per l'accesso alla procedura di concordato preventivo, l'art. 160 L. Fallimentare veniva modificato nel suo terzo comma dal D.L. n. 273\2005, convertito con L. 51\2006.

La norma novellata disponeva «*Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*⁸²». Tale definizione si poneva in linea con l'utilizzo che si rinveniva all'interno di molti atti normativi: basti pensare alla possibilità introdotta dalla c.d. legge Prodi per le grandi imprese *in crisi* di accedere all'amministrazione straordinaria; ancora, al riferimento di cui al titolo IV del T.U. bancario (rubricato «*Disciplina della crisi*»); all'introduzione della nozione di «*strumenti di gestione della crisi*» da parte del D.L. n. 59\2016.

Si rinveniva dunque una tendenza nell' «*uso giuridico-formale della parola «crisi» intesa , in senso lato, come situazione di difficoltà economico-finanziaria riferita ad imprese e/o aziende, senza ulteriore specificazione sul relativo grado di gravità*»⁸³.

Alla luce di tale concezione si spiega il richiamato intervento sull'articolo 160 L.F. che, nel tentativo di chiarire come l'insolvenza potesse costituire solo una delle modalità attraverso cui poteva emergere una crisi dell'impresa, individuava nella crisi, intesa in modo generico, il presupposto *necessario e sufficiente* per accedere alla procedura concordataria anche in situazioni non qualificabili come incapacità da parte dell'imprenditore di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni (c.d. «*situazioni di pre-crisi o di declino accentuato*»⁸⁴).

La lettura di tale articolo ha posto problemi applicativi in quanto la prassi ha dimostrato come le imprese utilizzassero questo *escamotage* dai confini incerti per poter accedere a forme di ristrutturazione dei debiti aventi quale effetto la falcidia dei debiti, andando quindi a ledere profili concorrenziali.

82 Art.160 L. Fallimentare.

83 F.LAMANNA, in op.cit., p.27.

84 F.LAMANNA, in op. cit. p. 27.

La proposta di Direttiva UE del 22 novembre 2016 (Considerando n.17) e la Direttiva *Insolvency* n.10232\2019 (Considerando n.24) hanno precisato, al fine di evitare il ricorso abusivo agli strumenti concorsuali, che le difficoltà finanziarie devono riflettere *quanto meno una probabilità di insolvenza*.

La Legge delega n.155 cit. ha epurato l'ordinamento da ogni problema interpretativo, prescrivendo all'articolo 2 comma 1 lett c) di *«introdurre una definizione di crisi , intesa come probabile futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica »*.

Tale enunciazione di principio è stata sviluppata e arricchita dall'articolo 2 del Codice della crisi d'impresa, il quale però ha subito diverse modifiche.

Nel testo originario la crisi veniva definita come *«lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate»*. Il disposto poteva essere suddiviso in due parti: la prima era volta al delineamento del concetto di crisi nella sua accezione generale (*«lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore»*); la seconda relativa all'esplicazione delle modalità con cui lo stato di crisi poteva esteriorizzarsi per le (sole) imprese (*«per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate»*).

Successivamente, il Primo Correttivo (D.Lgs. n. 147/2020) ha sostituito l'espressione *«difficoltà economico-finanziaria»* con quella di *«squilibrio economico finanziario»*, anche alla luce della relativa Relazione illustrativa, ove si evidenziava la correttezza della modifica atteso che il nuovo parametro risultava maggiormente conforme ai *«parametri della scienza aziendalistica»* cui la Legge n. 155 cit. faceva rinvio.

Infatti riferirsi genericamente ad una situazione di *«difficoltà»* non risultava oramai coerente con la centralità della tematica ai fini del coordinamento con quanto disposto dall'articolo 13 in tema di indicatori della crisi, a mente del quale era *«essenzialmente lo “squilibrio” (di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario) a costituire il dato*

comune caratterizzante il concetto di indicatori di crisi e perciò stesso, a cascata, a corroborare anche la definizione di crisi».^{85 86}

Successivamente, il D.Lgs. n. 83 del 17 giugno 2022 (c.d. Secondo Correttivo) ha introdotto rilevanti modifiche. In primo luogo, ha esteso l'applicabilità del concetto di crisi anche a coloro che non sono imprenditori⁸⁷, in tal modo rendendola applicabile anche alle soggettività cui era riferito il sovraindebitamento.

In secondo luogo, ha eliminato importanti dati testuali:

- sono stati eliminati sia i riferimenti alla «difficoltà» ed allo «squilibrio»;
- analogamente elise risultano essere state le due connotazioni predittive della «regolarità» e della «pianificazione», riferite ai flussi di cassa prospettici («inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate»);
- infine risulta fissato un arco temporale di riferimento più lungo rispetto al quale parametrare l'inadeguatezza dei flussi a far fronte alle obbligazioni: 12 mesi.

Alla luce di dette modifiche, ora per crisi si intende «*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*»⁸⁸.

Tale formulazione presenta evidenti aspetti di novità rispetto alla precedente.

In primo luogo, i sintomi tipici della crisi relativa alle sole imprese vengono ora riferiti al debitore *sic et simpliciter*, scomparendo in tal modo la biforcazione originaria della norma. Di conseguenza risulta, inoltre, abbandonato il riferimento allo «squilibrio» (prima riferito solo alle imprese) che trovava la sua *ratio* nell'operatività degli indicatori della crisi previsti dall'articolo 13, che avrebbero dovuto ampliarne e specificarne il contenuto anche

85 F. LAMANNA in op. cit. p. 29.

86 L'elaborazione degli «indicatori della crisi», precedentemente al Secondo Correttivo, permetteva il raccordo tra il disposto di cui all'articolo 2, lett a) e l'articolo 13 comma 2, in quanto quest'ultima norma prescriveva l'elaborazione da parte del CNDCEC, con cadenza almeno triennale, di appositi indici finalizzati a valutare la (non) sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi, al momento della loro misurazione e (l'assenza di) prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o comunque per i sei mesi successivi. Di fatto con l'emanazione del Secondo Correttivo, di cui *infra*, l'elaborazione di tali indicatori è rimasta lettera morta.

87 Precedentemente si faceva esclusivamente alle sintomatologie di crisi concernenti le imprese.

88 Art 2 c.1 C.C.I.

alla luce della correlazione con la definizione di crisi contenuta nell'articolo 2. In ogni caso, non potendo prescindere la valutazione dello stato di un'impresa da tale elemento, quest'ultimo è stato riallocato all'interno dell'art. 3 comma 3 lett. a) del C.C.I. ove si prevede che, al fine della rilevazione tempestiva della crisi, gli *asseti* e le *misure* devono essere idonee a «rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario». ⁸⁹

Un'ulteriore modificazione relativa alla nozione di crisi si può ravvisare nell'eliminazione dei termini «regolarmente» e «pianificate», riferiti alle obbligazioni. Con l'elisione del primo termine si è espressa la volontà del legislatore di tracciare una netta linea di demarcazione con lo stato di insolvenza, ove l'incapacità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni risulta ormai definitiva. ⁹⁰

Viceversa risulta difficile ritenere che l'eliminazione del riferimento alle «obbligazioni pianificate» ⁹¹, alla luce della centralità della rilevazione *tempestiva* dei segnali di crisi attraverso gli adeguati assetti, possa davvero aver fatto perdere rilevanza alla *pianificazione* ⁹². Tutta l'impostazione dell'intervento normativo si basa su un approccio *forward-looking*: la possibilità di prevenire scenari di crisi o di insolvenza, in caso di attuale stato di difficoltà economico-finanziaria, deve necessariamente tenere conto di oggettivi dati di pianificazione finanziaria, i quali possono emergere anche dall'operatività degli assetti, senza i quali qualunque previsione sarebbe arbitraria. ⁹³

89 «In sostanza, resta comunque indirettamente confermato che lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza è il risultato o l'espressione di squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario» F. LAMANNA in op cit. pag. 31.

90 L'art.2 alla luce del Secondo Correttivo, riproduce fedelmente la definizione di insolvenza qualificata come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» così come intesa nella legge fallimentare.

91 F.LAMANNA in op. citata pag. 30.

92 «Per "pianificate" sembra ragionevole intendere, infatti (in senso non restrittivo, ma funzionale), non solo le passività già assunte, ma anche quelle che si progetta di assumere nel medesimo arco temporale in cui dovrebbero provenire i redditi/ricavi attesi, stante la necessaria omogeneità di comparazione temporale e quantitativa (potremmo dire quasi sinallagmatica) sottesa alla valutazione del possibile squilibrio». F. LAMANNA in op. cit. pag.32.

93 Tale approccio risulta essere un ulteriore corollario degli obblighi organizzativi posti in capo all'imprenditore il quale dovrà « predisporre un protocollo operativo che consenta di monitorare il rischio

Risulta coerente con il rinnovato approccio anche la modifica temporale (da semestrale ad annuale sopra indicata), che palesa la volontà del legislatore di favorire ulteriormente la ricognizione anticipata delle possibili crisi e di rimarcare la differenza con lo stato di insolvenza.

Mentre l'insolvenza si manifesta come l'attuale incapacità da parte del debitore di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, la novellata definizione pone come sintomo di crisi (già attuale) l'emersione di uno stato meno grave, caratterizzato dalla possibilità di un regolare adempimento delle obbligazioni ma comunque tale da far propendere per una previsione probabilistica del sopraggiungimento dell'insolvenza nell'arco temporale di un anno.

L'analisi finora svolta disvela importanti conseguenze.

L'impostazione accolta, se ci si sofferma su un dato squisitamente testuale, facendo coincidere lo stato di crisi con la probabilità di insolvenza, differenzia da un punto di vista contenutistico e caratteristico i due stadi, a seconda della reversibilità o meno della circostanza pregiudizievole. Come viene autorevolmente fatto notare in Dottrina, la nozione di crisi «*esclude l'esistenza a attuale dell'insolvenza anziché ricomprenderla*», come invece accadeva nel sistema concorsuale pre-riforma⁹⁴. Relativamente al fattore cronologico, deve essere ulteriormente rilevato come, se normalmente la crisi è prodromica all'insolvenza, non è sempre vero che quest'ultima sia preceduta da uno stato di crisi (si pensi, per esempio, al terremoto che distrugga l'azienda), né risulta certo che uno stato di crisi, caratterizzato come si è detto dalla reversibilità, sia destinato a sfociare inevitabilmente in insolvenza irreversibile. Come si osserverà con specifico riferimento ai presupposti per l'accesso alla composizione negoziata⁹⁵, la distinzione di ordine concettuale e letterale tra crisi e insolvenza sembrerebbe venire meno nella prassi giurisprudenziale (Cfr. Tribunale Ordinario di Bologna del 8 Novembre 2022).

economico-finanziario secondo un approccio forwardlooking, 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» M.TALONE, Il codice punta sul risk governance, in Il Sole - 24Ore, 29 gennaio 2019, p. 20.

94 D.GALLETTI, *una nuova definizione per la crisi d'impresa : bisogna che tutto cambi perché tuttora com'è ora* , in fallimentarista.it ,21 aprile 2022.

95 Cap. II, par. 2.3.2.

Ulteriormente, l'accoglimento di tale impostazione comporta l'irrelevanza e la non autonomia concettuale della c.d. "insolvenza prospettica". Secondo tale tesi interpretativa⁹⁶, qualora lo stato di insolvenza, sebbene destinato a manifestarsi solo successivamente, fosse già rilevabile tramite indici oggettivi, il debitore sarebbe dovuto essere considerato già insolvente, sulla base della ritenuta *inevitabilità* del sopraggiungere della stessa⁹⁷, e pertanto titolare di una situazione diversa da quella del debitore semplicemente in difficoltà. Non si può concordare con una simile prospettiva: la rinnovata nozione di crisi di cui all'articolo 2 del C.C.I. sembra idonea a ricomprendere al proprio interno anche l'insolvenza prospettica, con la logica conseguenza che non potranno essere risolte tramite la procedura di fallimento (ora liquidazione giudiziale) «*fenomeni di deterioramento aziendale già "gravi", anche se non ancora manifestati "esteriormente" nella dinamica dei pagamenti*»^{98 99}. In questa direzione si muove anche altra autorevole Dottrina¹⁰⁰. Più specificamente, nel sostenere la completa assimilazione anche a fini procedurali relativi all'accesso alla composizione negoziata tra il concetto di crisi e il concetto di insolvenza prospettica, tale Dottrina pone l'accento sul disposto di cui alla lettera a) dell'articolo 2 del Codice della crisi, relativo alla nozione di *crisi*: la probabilità del verificarsi dell'insolvenza deve essere misurata attraverso la valutazione dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate nei successivi dodici

96 Cfr. Ilcaso.it, Sez. Giurisprudenza, 22/01/2019, con riferimento al commento relativo alla sentenza della Cass. civ. sez. I, del 20 novembre 2018 n.29913.

97 A conferma di tale impostazione si richiama D. Galletti, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, IL MULINO, Bologna, 2006, p. 191. In tale scritto l'autore, sulla base di uno studio effettuato, ipotizza che l'inadeguatezza dei flussi di cassa a far fronte alle obbligazioni pianificate in modo regolare fosse da ricondurre ad uno stato di insolvenza già attuale.

98 D.GALLETTI op. cit. p.91.

99 Occorre segnalare che all'interno della sentenza del 9 ottobre 2019 (caso "Moby"), il tribunale fallimentare di Milano ha rifiutato un'istanza di fallimento nei confronti della compagnia di navigazione Moby, dicendo che non la si può considerare fallita ma che «*avrebbe necessità di monitoraggio e di ricorrere a strumenti di superamento di una crisi che ha caratteristiche importanti e che potrebbero diventare molto gravi*», facendo così anticipare, di fatto, la definizione di crisi del Codice idonea, come analizzato, a far coincidere la situazione di insolvenza prospettica con la crisi.

100 Cfr. B.INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in www.dirittoeconomiaimpresa.it, 18 marzo 2021, pp 142 ss. .

mesi, sicchè risulterebbe opportuno ricomprendere nella nozione di crisi anche quella di insolvenza prospettica che si pone in un rapporto di species a genus rispetto alla prima. Come già rilevato, attraverso la nozione di crisi, si fa riferimento a uno stato patologico ma ancora reversibile abbastanza grave da poter divenire irreversibile e sfociare nell'insolvenza.

Quanto, infine, al riflesso che tale rinnovata nozione di crisi ha in merito al presupposto oggettivo di accesso alle procedure regolate dal Codice della crisi d'impresa ¹⁰¹, è da segnalare come siano 8 gli *strumenti\procedure* che hanno quale presupposto la *crisi*: 1) il concordato preventivo ex art. 85; 2) il piano di ristrutturazione soggetto ad omologa ex art.64-*bis*; 3) la convenzione di moratoria ex art. 62; 4) gli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa ex art. 61; 5) gli accordi di ristrutturazione dei debiti agevolati ex art.60; 6) gli accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore ex art. 57 ; 7) gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento ex art. 56; 8) il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata ex art. 25-*sexies*.

Merita aggiungere che anche la composizione negoziata della crisi, affrontata nel prossimo capitolo, ha quale presupposto la *crisi* (e finanche la *pre-crisi*) non essendo, però, stata classificata dal Codice della crisi d'impresa come strumento\procedura ma come «*mero iter per pervenire, tramite trattative, ad una soluzione regolatoria* ». ¹⁰²

101 Non si tengono in considerazione le procedure da *sovraindebitamento* che a sua volta implica uno stato di crisi.

102 F. LAMANNA in op. cit. pag. 34.

1.6. La continuità aziendale

Il concetto di “*continuità aziendale*” è centrale per comprendere il precetto di cui all’articolo 2086 c. II c.c. .

All’interno dell’ordinamento italiano, in ossequio ai precetti di matrice europea e ai principi contabili e di revisione internazionali, la continuità è normativamente inserita tra i principi che regolano la redazione del bilancio di esercizio delle S.p.A. (art. 2423-*bis* c.c.). Questa risulta essere regola da osservare nella gestione di un’impresa *in bonis* dal principio di revisione internazionale ISA Italia N.570 (rubricato “«*Continuità aziendale*»”) ¹⁰³ e dal principio contabile internazionale IAS n.1 (intitolato “«*Presentazione del bilancio*»”) ¹⁰⁴). In particolare, il Principio n. 570, § 2, riconduce la sussistenza della continuità qualora un’impresa venga «*normalmente considerata in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro*» in base «*al presupposto che l’impresa sarà in grado di realizzare le proprie attività e far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell’attività aziendale*» ¹⁰⁵. Il principio n. 570 riprende un concetto già esplicitato all’interno del sopra citato Principio n.1, ai paragrafi 25 e 26, secondo i quali «*Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell’entità di continuare a operare come una entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto 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*». La valutazione delle voci di bilancio secondo criteri «di funzionamento», dispongono inoltre i principi contabili nazionali, deve essere effettuata considerando il momento finalistico dei beni ovvero come «*strumento di produzione del reddito*» in rapporto all’attività svolta. ¹⁰⁶

103 Di seguito principio n.570.

104 Di seguito principio n.1.

105 A. MAZZONI, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Liber amicorum* A. Piras, Torino, 2010, p.831.

106 Cfr. OIC n. 5 («Bilanci di liquidazione»), § 2.3.

In merito al «*prevedibile futuro*», il paragrafo 26 del Principio IAS n. 1 specifica che questo «è relativo ad almeno, ma non limitato a, dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio».

Parallelamente a questa nozione «*per certi versi statica, di continuità aziendale contabile*»¹⁰⁷, il Codice ha introdotto un'esplicita previsione della «*continuità aziendale, certamente dinamica, correlata ai doveri gestori dell'imprenditore*»¹⁰⁸. Ci si riferisce al sopra-citato articolo 2082 comma 2 c. c. relativo al dovere di predisporre assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati «*anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale*». A tal proposito viene rilevato che il diritto societario viene a connotarsi come «*diritto dell'espansione dell'impresa in condizioni di equilibrio, condizione che deve presidarsi, per l'appunto, ad opera degli adeguati assetti non tanto (e non più) tarato sul solo elemento(statico) costituito dalla natura e dalle dimensioni dell'impresa medesima, ma anche su quello (dinamico) rappresentato dal fine di una rilevazione e di una gestione egualmente tempestive*»¹⁰⁹

Per quanto concerne il contenuto concreto di tale concetto è opportuno analizzare la ricostruzione operata dai documenti aventi ad oggetto i principi contabili e di revisione. Dall'analisi dei suddetti si può ricavare che, innanzitutto, si attribuisce rilievo al criterio di «normalità»: «*l'impresa viene infatti «normalmente» considerata in grado di continuare la propria attività in un prevedibile futuro; l'impresa realizza le proprie attività e fa fronte alle proprie passività «durante il normale svolgimento dell'attività aziendale*»¹¹⁰. Da ciò si può ricavare che la continuità aziendale, essendo inquadrata come canone generale di condotta, rientri all'interno dei principi di corretta gestione imprenditoriale positivizzati dall'art. 2497 c.c.; assumono quindi carattere normativo e obbligatorio le regole tecniche elaborate dalla prassi e dalle scienze aziendalistiche che qualificano la continuità aziendale come importante parametro di riferimento. Inoltre tale principio comporta l'esclusione della possibilità per un imprenditore di svolgere sistematicamente e programmaticamente la propria attività mediante operazioni

107 F. PACILEO in op.cit. p. 73.

108 F. PACILEO in op. cit. p.73.

109 P. BENAZZO, in op. cit. p. 1153.

110 F. PACILEO op. cit. p.73.

straordinarie o apporti esterni di ricchezza¹¹¹. La forte correlazione e interconnessione tra il criterio della «“normalità”, da una parte, e la “realizzazione delle proprie attività dell’impresa” unitamente al “far fronte delle passività”, dall’altra, implica una programmazione del ciclo produttivo, sotto i profili economico, industriale e finanziario, incentrata soprattutto sulla gestione caratteristica »¹¹².

In aggiunta, l’essenza del concetto di continuità aziendale si rinviene nel «funzionamento» dell’entità imprenditoriale, da intendersi –anche in correlazione a quanto osservato precedentemente– come autosufficienza e produttività, ossia idoneità della gestione caratteristica di generare flussi reddituali e finanziari che permettano all’imprenditore di perseguire la sua *mission* riuscendo a far fronte alle proprie passività¹¹³.

I principi contabili e di revisione, ulteriormente, distinguono «una continuità aziendale, si passi il termine, “attiva” ed una “passiva”»¹¹⁴ fra loro strettamente interdipendenti. La continuità aziendale “attiva” attiene all’idoneità dell’impresa a realizzare le proprie attività: tale capacità consiste nel portare a compimento il proprio ciclo produttivo mediante i flussi reddituali e finanziari generati dall’attività svolta, per il tramite delle risorse patrimoniali destinate all’esercizio dell’impresa. La continuità aziendale “passiva” attiene invece alla capacità dell’impresa di far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell’attività aziendale. Come emerge da tale ultima considerazione la continuità aziendale presuppone la solvenza in quanto l’articolo 4 -nel definire l’insolvenza- si riferisce a una situazione in cui non risulta possibile soddisfare regolarmente le obbligazioni contratte.¹¹⁵

111 Cfr. S. SCIARELLI, *La crisi d’impresa. Il percorso gestionale di risanamento nelle piccole e medie imprese*, CEDAM, Padova, 1995, pp. 4, 7 ss. .

112 F. PACILEO in op. cit. p 74, il quale rinvia , per un’attenta analisi a M.UTIGLIANO, *Equilibrio economico e finanziario di impresa, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti, ruolo della banca*, www.dea.univr.it, 2010, pp.133 ss. .

113 «Ovviamente tutto ciò` non ha nulla a che vedere, in linea di principio, con la distinzione tra autofinanziamento ed eterofinanziamento, essendo di regola fisiologico ad un corretto esercizio dell’impresa un equilibrato impiego di mezzi propri e di capitale altrui.» F. PACILEO, in op. cit., nota a pag. 74.

114 F. PACILEO in op. cit. p. 75.

115 Lo stato di insolvenza, ai sensi dell’art.2 del C.C.I, si caratterizza per essere «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di

L'arco temporale da prendere in considerazione per verificare la sussistenza della continuità aziendale è normalmente riferibile all'esercizio in corso ed a quello successivo, dato che il periodo minimo di dodici mesi in concreto abbraccia due esercizi. Ciò non esclude che possano essere presi come riferimento periodi differenti, soprattutto qualora sussistano quanto meno dubbi sulla continuità aziendale. Chiaramente, più è ampio un arco temporale più diviene aleatoria una prognosi, così come una previsione inferiore all'anno rischia di essere miope.

Infine, vengono individuati limiti di massima rispetto al tema della continuità e, segnatamente, l'intenzione o la necessità di mettere l'impresa in liquidazione o di cessare l'attività. Nell'ambito di tale contesto è possibile operare una suddivisione ulteriore: da una parte, fra limiti di «*ordine volontaristico (l'intenzione)*»¹¹⁶ e limiti di carattere oggettivo concernenti situazioni di necessità; dall'altra fra liquidazione e cessazione dell'impresa. Concetti tra loro assimilabili ma con la differenza che la continuità aziendale può venir meno o al termine di un procedimento liquidatorio o, invece, immediatamente.

1.6.1 Gli indicatori della continuità aziendale: la *compromissione* e la *perdita* di continuità

Il paragrafo 26 del Principio IAS n. 1, relativo all'attività del revisore legale dei conti, dispone che non è necessario analizzare dettagliatamente la sussistenza della continuità aziendale qualora l'impresa sia stata storicamente redditizia e sia in grado di accedere agevolmente alle proprie risorse finanziarie¹¹⁷; ma –prosegue il medesimo paragrafo–,

soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni», in ciò ponendo l'accento sulla percepibilità esteriore degli inadempimenti e sulla *regolarità* di questi ultimi. Pertanto è possibile affermare che si possa definire insolvente non solamente chi non possa pagare nessuno, ma anche chi possa pagare solo taluni tra i creditori, o chi possa adempiere le proprie obbligazioni pecuniarie parzialmente o chi, integralmente, in epoca posteriore. *Cfr.* F. PACILEO in op. cit. pp 77 ss. .

116 F. PACILEO in op. cit. p.75.

117 Segnatamente «*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*».

nell'ipotesi in cui si renda necessaria «un'analisi dettagliata»¹¹⁸ ai fini della verifica relativa alla sussistenza della continuità aziendale, devono essere presi in considerazione gli indici forniti dal Principio n. 570, al § A2 che rinvia alle Linee Guida ivi contenute.

In tali Linee Guida si prospetta un elenco esemplificativo e non esaustivo di «*indicatori finanziari*», «*gestionali*» e di «*altri indicatori*» che, valutati singolarmente o complessivamente ed in relazione alla concreta situazione economica, patrimoniale, finanziaria dell'impresa, possono determinare *dubbi significativi* sulla sussistenza della continuità aziendale. Come prevede il Principio IAS n. 1, l'espressione «*incertezza significativa*» corrispondente ai «*significativi dubbi*» di cui al Principio n. 570, deve essere intesa con riferimento ad eventi o circostanze che possono far sorgere dubbi in merito alla capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento.

E' opportuno fare alcune considerazioni in merito a tali indici.

Può essere osservato che gli indicatori «*finanziari*», più numerosi, spesso coincidono con i «*fatti esteriori*» adoperati dalla giurisprudenza ai fini dell'accertamento dell'insolvenza di cui all'art. 5 L.F.¹¹⁹. Altri indicatori, specie quelli «*gestionali*», corrispondono invece a quelli adottati dalla dottrina aziendalistica a fini della rilevazione della fase del *declino* oltre che della crisi¹²⁰. Specifica attenzione viene data da tali indicatori alla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale e, in generale, al rispetto o meno delle regole sul capitale; prevalgono inoltre analisi legate alla sussistenza di un equilibrio economico-finanziario, individuabili mediante un *liquidity test*, ma si attribuisce rilievo anche a profili patrimoniali, indagabili tramite un *balance sheet test* ed un *capital adequacy test*¹²¹.

Il Principio n. 570 prevede, inoltre ed espressamente, che la rilevanza di questi indicatori possa spesso essere attenuata da altri fattori tra cui assume particolare rilievo «*la previsione di un piano di ristrutturazione degli asset societari o dei debiti, finalizzato a*

118 Principio IAS 1 par.26 «*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*».

119 Cfr. F. PACILEO in op.cit. pp. 55 ss. .

120 F. PACILEO, in op. cit. p. 61 ss. .

121 Per il concetto di «*solvency test*» si rinvia a PACILEO, op. cit., pp. 146 ss. .

*ristabilire un equilibrio economico-finanziario attraverso i flussi di cassa previsti»¹²². Parte della dottrina relativa alla continuità aziendale ha posto l'enfasi sul profilo dello squilibrio finanziario, accostato alla nozione di «*stato di crisi*»¹²³. Si ritiene corretta tale opinione ¹²⁴, che pur non negando la rilevanza del tema, puntualizza «*che la continuità aziendale, così come il suo venir meno, possono essere legati anche ad altri profili, tra cui quelli di ordine economico e patrimoniale*»¹²⁵.*

Ciò implica che il *discrimen* fra la sussistenza o meno della continuità aziendale può anche prescindere da un'attuale criticità di ordine finanziario ¹²⁶.

Occorre pertanto trarre la conclusione che, ove sussistano significativi dubbi o appaia «*compromessa la continuità aziendale*», tale circostanza assume un'autonoma valenza anche sul piano giuridico rispetto alla «*perdita di continuità*». Pertanto tale compromissione ricomprende una situazione diversa dalla «*crisi di impresa*» (sia nell'accezione economico-aziendale sia in quella giuridica di «*stato di crisi*» di cui agli artt. 160 e 182-bis L.F. e poi di cui all'art. 2 C.C.I.), pervenendo ad assorbire anche fasi di declino definibili come «(pre) crisi» a cui, come detto *supra*, gli adeguati assetti, nella loro funzione di strumenti di *pre-allerta* sono anche preposti ad evitare.

122 F. PACILEO in op cit. pag .76.

123 Cfr., tra i molti, RACUGNO, *Venir meno*, cit., 209 ss.; F.PACIELLO, *Riflessioni*, cit., 289 s.; TRONCI, *Perdita*, cit., 1272 ss., 1278; V. C. BUONAURA, *La gestione societaria dell'impresa in crisi*, in *Liber amicorum* Pietro Abbadessa, III, Torino, 2014, 2593 ss., 2597.

124 Cfr. CINCOTTI, op. ult. cit., 1241; BACCETTI, *La gestione*, cit., 588 ss. Nella letteratura aziendalistica, cfr. RUTIGLIANO, *Equilibrio*, cit., passim spec. 137.

125 F. PACILEO in op cit. p 78.

126 E' calzante a tal proposito quanto affermato da F.PACILEO in op. cit. pag.78 «*Si pensi ad un'impresa in bonis sotto il profilo finanziario che realizzi esclusivamente un prodotto o un servizio che divengano obsoleti ovvero che subisca una dismissione dei principali assets aziendali. In tali ipotesi è prevedibile che la continuazione dell'impresa senza una riorganizzazione non generi adeguati flussi reddituali e che ciò, in seconda istanza, determini difficoltà di ordine finanziario. Sussistono egualmente, pur in assenza di uno squilibrio finanziario attuale, tutti gli elementi che richiedono le cautele connesse alla compromissione o alla mancanza di continuità aziendale.*».

1.7 La cultura del risanamento e la Direttiva *Insolvency*

Anche per le procedure inerenti la crisi e l'insolvenza, di fondamentale importanza risulta essere stata l'armonizzazione normativa operata dall'Unione Europea, volta ad indicare e sollecitare una uniforme disciplina fallimentare nei vari Stati membri. E' stato efficacemente fatto rilevare in Dottrina che la tutela della continuità aziendale abbia rappresentato «*il veicolo dell'armonizzazione europea della disciplina della crisi*»¹²⁷.

In un primo momento, in verità, il diritto euro-unionale non ha preso in considerazione la regolamentazione nazionale della crisi delle imprese nei diversi Stati europei, occupandosi esclusivamente delle procedure di insolvenza che assumessero caratteri transfrontalieri, al fine di evitare il fenomeno del *forum shopping*¹²⁸. In particolare, il Regolamento CE 29 maggio 2000 n. 1346/2000 del Consiglio, relativo alle procedure di insolvenza, individuava norme speciali contenenti i criteri per determinare la legge applicabile alle procedure di insolvenza transfrontaliere¹²⁹.

Solo successivamente, la normativa europea si è orientata verso la promozione, in un'ottica di armonizzazione delle discipline interne, di una politica volta alla «*seconda possibilità*», la cui *ratio* ispiratrice si basava sull'eliminazione degli svantaggi legati ad una concezione negativa e punitiva del fallimento. È da questa impostazione che è nata l'idea di prevenzione dello stato di crisi dell'impresa basata non tanto sulla liquidazione del valore dell'attività, bensì sulla riorganizzazione della stessa¹³⁰, in tal modo incentivando il dinamismo imprenditoriale.

127 M.SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, GIUFFRÈ', Milano, 2017, p. 2.

128 Cfr. M. MIOLA, *Mercato delle regole e diritto societario della crisi alla luce della disciplina europea sulle procedure d'insolvenza*, in *Rivista delle società*, GIUFFRÈ', Milano, 2016, pp.619 ss. .

129 Il Regolamento disciplinava, inoltre, il coordinamento tra procedure (principale e secondarie, o locali), relative al patrimonio situato in uno Stato diverso da quello in cui si apriva la procedura principale.

130 «[...]considerando quindi un eventuale declino della produttività come una fase fisiologica dell'impresa, che può derivare da ragioni sia interne alla gestione sia da fattori esterni, si perviene a superare la percezione del fallimento tipica dei secoli precedenti, e a configurare la liquidazione come *extrema ratio* e puntare a una emersione tempestiva dello stato di crisi in modo da prevenire l'insorgere stesso dell'insolvenza» E.FOIS, *Continuità aziendale e scelte organizzative delle società in crisi*, UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CAGLIARI, Cagliari, Aprile 2021, p. 37.

Per poter correttamente perseguire la riorganizzazione dell'impresa e pertanto agire in un momento precoce della crisi, venivano quindi individuati parametri strettamente contabili relativi all'equilibrio di bilancio¹³¹.

Una prima concretizzazione dei fini sopra-citati si è avuta con la Raccomandazione della Commissione, del 12 marzo 2014 n. 135, con cui veniva delineato un nuovo approccio al fallimento delle imprese ed alla relativa insolvenza e che poneva l'accento sull'elemento della *reorganization*. L'obiettivo, delineato fin dal considerando n.1 della citata Raccomandazione, è duplice: da un lato, prevedere la possibilità per gli «*imprenditori onesti*» di avere una seconda possibilità in caso di fallimento; dall'altro, garantire «*l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta la ristrutturazione in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale*». A tal fine la Commissione, prendendo atto dell'eterogeneità delle normative dei singoli Paesi membri, puntava all'armonizzazione e incoraggiava una maggiore coerenza normativa per incentivare gli investimenti transfrontalieri e promuovere le ristrutturazioni precoci delle imprese, in particolare quelle dei gruppi.^{132 133}. La Raccomandazione rilevava anche sotto un altro aspetto: veniva infatti data una definizione del concetto di *ristrutturazione*: secondo l'art.5 lettera *b* si intende «*la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore, o una combinazione di questi elementi, diretta a consentire la prosecuzione, in tutto o in parte, dell'attività del debitore*». Il piano di ristrutturazione, a tal fine, deve essere volto ad impedire l'insolvenza e garantire la redditività dell'impresa. Per poter perseguire tale obiettivo, l'art. 6 della Raccomandazione delineava, seppur in forma generica, gli strumenti, i poteri e le prerogative del debitore: è necessario che l'intervento volto alla ristrutturazione dell'impresa avvenga in una fase precoce della crisi; che

131 Cfr. Parere del Comitato Economico e Sociale Europeo in merito alla Comunicazione della Commissione per superare la stigmatizzazione del fallimento, espresso nel 2008 ,e il Piano d'azione imprenditorialità 2020 della Commissione europea del 9 gennaio 2013.

132 Ai sensi del Considerando n. 5 , con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione della raccomandazione, esso estende i soggetti interessati dalla normativa prevedendo ulteriormente rispetto al rispetto al Regolamento che si applichi anche «*alle procedure di prevenzione che promuovono il salvataggio del debitore economicamente valido*».

133 Si veda il Considerando da 1 a 8.

l'imprenditore sia messo in condizioni di mantenere il controllo della gestione; che vengano sospese le azioni esecutive individuali; che il piano di ristrutturazione possa avere efficacia nei confronti di tutti i creditori, mediante l'omologazione di un giudice, e che la procedura sia flessibile.¹³⁴

Sebbene nei primi anni seguenti all'emanazione della raccomandazione, l'attenzione del Legislatore europeo sia rimasta concentrata sulla disciplina dell'insolvenza transfrontaliera, un ulteriore e più maturo approccio al tema della ristrutturazione dell'impresa è poi maturato¹³⁵.

La normativa europea si è focalizzata, infatti, sul tema del risanamento, transfrontaliero o meno, nell'ottica di un processo di armonizzazione tra le normative dei singoli Paesi: con le successive direttive «*si delinea chiaramente l'interesse del legislatore europeo al mantenimento della continuità aziendale delle imprese, tale da mettere in secondo piano, qualora sia necessario al fine di realizzare un piano di ristrutturazione, gli interessi dei soci*»¹³⁶.

In particolare, con la proposta di direttiva del 22 novembre 2016 del Parlamento Europeo e del Consiglio¹³⁷), che modifica la direttiva 2012/30/UE, viene evidenziato come la differenziata normativa statale del diritto fallimentare sia tra i principali ostacoli che impediscono l'integrazione dei mercati. Obiettivi della proposta risultano: evitare la liquidazione di entità economicamente sostenibili e la conseguente perdita di posti di lavoro; la riduzione degli ostacoli al libero flusso dei capitali che derivano dalle divergenze tra le normative nazionali; facilitare la ristrutturazione transfrontaliera.

134 Elementi che ritroviamo nella neo-istituita composizione negoziata della crisi. Si veda Cap. II.

135 Cfr. Regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza transfrontaliere. In particolare, il Regolamento ha quale obiettivo quello di risolvere i problemi relativi a giurisdizione, riconoscimento e legge applicabile nelle procedure a carattere transfrontaliero, così da evitare fenomeni di *forum shopping*. A tale fine, viene individuata la legge applicabile in quella dello Stato in cui l'impresa ha il suo centro di interessi principale (C.O.M.I), di cui ne viene data una definizione.

136 E.FOIS in op. cit. p. 40.

137 Proposta di DIRETTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO concernente «*i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE - Strasburgo, 22.11.2016 – COM (2016) 723 final -2016/0359 (COD)*».

A distanza di poco tempo, il 20 giugno 2019, veniva poi emanata la direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio (c.d. *Direttiva Insolvency*), concernente «*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 modificativa della direttiva 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).

La direttiva prendeva le mosse dai principi promossi dalla normativa precedente e si focalizzava sull'importanza degli strumenti di allerta e di prevenzione della crisi, ritenuti essenziali per poter perseguire il risanamento.

Tra queste misure vengono incluse, tra le altre, «*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, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, [...] e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o [...] una combinazione di questi elementi*».

Per quanto concerne le procedure di allerta, inoltre, la suddetta direttiva prevedeva che gli strumenti di allerta precoce includessero: «*a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi*». Tali strumenti risultavano strumentali per accertare preventivamente la crisi e predisporre azioni di ristrutturazione da porre in essere prima che l'impresa diventasse insolvente per il diritto nazionale. Per poter accedere ai suddetti strumenti, l'imprenditore deve trovarsi in una situazione di difficoltà che agevolmente possa tramutarsi in insolvenza: l'efficacia delle azioni di ristrutturazione si valuta, pertanto, sull'idoneità dello stesso ad impedire l'aggravio della situazione di crisi e che la stessa si tramuti in stabile insolvenza. L'accesso alla procedura di ristrutturazione preventiva è, infatti, subordinato ad una verifica sulla sostenibilità economica della ristrutturazione stessa.

Al debitore, inoltre, viene offerta la possibilità di mantenere il controllo totale o almeno parziale dell'impresa, anche se affiancato da un professionista.

La Direttiva era volta a contemperare gli interessi di tutte le parti coinvolte, attraverso la focalizzazione della prevalenza dell'interesse al risanamento, inteso quale bene della vita che garantisce al meglio gli interessi di tutte le parti coinvolte.

Coerente diviene quindi la scelta di consentire all'imprenditore il mantenimento del controllo, totale o parziale, dell'impresa; coerente la scelta di incentivare l'afflusso di nuovi finanziamenti finalizzati al recupero, che la direttiva tutela rispetto all'ipotesi di una successiva insolvenza del debitore.

La disciplina del C.C.I., quanto alla neo- costituita composizione negoziata della crisi di impresa, risulta coerente con la Direttiva Insolvency, come si analizzerà nel successivo capitolo, seppur non pienamente attuata per altri aspetti.

1.7.1 Aspetti di diritto comparato relativi alla *rescue culture*

Le riforme relative al tema dell'insolvenza adottate negli Stati Uniti d'America ed in alcuni Paesi dell'Europa continentale, in particolare di Germania e Francia, rappresentano l'antecedente normativo su cui è stata modellata la disciplina Unitaria volta al risanamento dell'impresa in crisi. L'esperienza normativa in materia di crisi di impresa sviluppatasi nei suddetti Paesi europei nel XX secolo risulta essere stata indirizzata alla c.d. *reorganization* ed alla tutela del *going concern*. A differenza del secolo precedente, «*in cui l'interesse privatistico (e, particolarmente, quello al soddisfacimento dei creditori) assumeva carattere preponderante e ciò a prescindere dal fatto che tale interesse fosse soddisfatto con procedure di liquidatorie o conservative*»¹³⁸, la rinnovata concezione viene slegata dal un profilo strettamente liquidatorio e/o sanzionatorio della disciplina fallimentare, ed improntata alla «*conservazione dei valori dell'impresa, della struttura e dell'organizzazione aziendale nonché (quando possibile) dei livelli occupazionali*»¹³⁹. Obiettivi, come visto, poi fatti propri e perseguiti dalla normativa euro-unionale; risulta quindi utile esaminare alcune invarianti delle normative statali di riferimento di tale impostazione.

138 S.DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi di impresa, modelli attuali e prospettive di sviluppo*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, GIUFFRÈ, Milano, 2017, p.20.

139 S.DE MATTEIS, in op. cit. p. 18.

(...segue) L'esperienza tedesca

In una prima fase, l'ordinamento tedesco ha posto come principio cardine il soddisfacimento dei creditori¹⁴⁰, prediligendo piani di insolvenza formali e più sicuri, distanziandosi in tal modo da altri ordinamenti, in particolare quelli anglosassoni, che avevano già optato per una legislazione orientata maggiormente al mantenimento e alla tutela della continuità aziendale¹⁴¹.

Tale *sfavor legislatoris*, unitamente al contemporaneo affermarsi della libertà di stabilimento nell'Unione Europea, aveva però stimolato una tendenza, propria delle stesse imprese che nell'Unione avevano stabilito la propria sede, volta al *forum shopping*¹⁴².

Il Legislatore tedesco, conscio del rischio che le imprese potessero trasferire la loro sede altrove provocando così un danno all'economia nazionale, si è quindi indirizzato all'introduzione di una legge sull'insolvenza più attrattiva e che recepisce le esigenze di tutela dell'impresa in crisi.

Un primo approccio legislativo al tema della continuità aziendale si può rinvenire all'interno del testo originario dell'*Insolvenzordnung (InsO)*, del 1999¹⁴³ che, al §19, configurava come *eccessivo* l'indebitamento (*Überschuldung*) il caso in cui le attività del debitore non coprissero più le obbligazioni esistenti¹⁴⁴. Secondo l'interpretazione allora prevalente, la continuità aziendale assumeva una duplice rilevanza: come mero criterio valutativo della capacità del debitore di adempiere le proprie obbligazioni e come parametro valutativo del patrimonio del debitore che «*a seconda delle circostanze* [poteva essere valutato, *N.d.A*] *secondo la prospettiva della continuità aziendale*

140 Il diritto dei creditori all'integrale soddisfacimento del proprio credito «*valorizzato al punto da assurgere a diritto fondamentale costituzionalmente tutelato, conduce[va, N.d.A] parte della dottrina tedesca a negare la possibilità di intervenire per il recupero dell'impresa in crisi in una fase troppo precoce*». E. FOIS, in op. cit., p.29.

141 Cfr. S.DE MATTEIS in op. cit. pp.15 ss. .

142 In particolare verso i Paesi, come l'Inghilterra, che presentavano legislazioni favorevoli alla ricapitalizzazione e alla riorganizzazione dell'impresa in crisi.

143 Tale legge inerente l'insolvenza è entrata in vigore il 1° gennaio 1999 ed ha sostituito le precedenti leggi vigenti: il *Konkursordnung* del 1977 (la legge fallimentare), il *Vergleichsordnung* del 1935 (la legge sul concordato preventivo) e il *Gesamtvollstreckungsordnung* del 1976(la legge sulla procedura esecutiva concorsuale).

144 F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, GIUFFRÈ', Milano, 2017, pp. 134 ss.

(*Fortführungswerte*) o, altrimenti, secondo valori di liquidazione (*Liquidationswerte*)»¹⁴⁵. La ratio di tale impostazione si rinveniva nella permanente necessità di evitare un possibile pregiudizio per i creditori. Per perseguire tale fine, i giudizi prognostici avevano ad oggetto «*da un lato la capacità oggettiva dell'impresa di proseguire la propria attività, dall'altro la sua capacità di ottenere finanziamenti e la liquidità necessaria a fronteggiare le obbligazioni presenti e quelle attese*»¹⁴⁶. Tali giudizi richiedevano, inoltre, un'attenta pianificazione economico-finanziaria.¹⁴⁷

Dopo la crisi finanziaria del 2008, il §19 InsO, relativamente alla nozione di indebitamento, è stato modificato¹⁴⁸, in un primo momento provvisoriamente¹⁴⁹, e poi in modo definitivo con la *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* del 5 dicembre 2012 (c.d. *ESUG*). Alla luce di tale rinnovata disciplina, la prospettiva relativa alla continuità aziendale è mutata in modo radicale. Attualmente lo stato di *Überschuldung* si realizza solo nel caso in cui il patrimonio del debitore non è in grado di coprire le obbligazioni assunte dalla società, a meno che la continuazione dell'attività d'impresa non appaia verosimile in concreto; tale circostanza inoltre comporta che «*allo stesso tempo un'impresa in continuità aziendale non [possa N.d.A] essere costretta a subire una procedura di insolvenza*»¹⁵⁰. L'EUSG riveste un'importanza cruciale in quanto attraverso le sue disposizioni viene «*modernizzato il diritto concorsuale tedesco, attraverso la semplificazione della legge sull'insolvenza, con l'obiettivo di promuovere il tempestivo risanamento anche in via stragiudiziale delle imprese*».¹⁵¹

In tal modo si è reso più appetibile per il debitore fare ricorso agli istituti ivi previsti in un momento in cui la crisi non abbia assunto caratteri tali da non poter dare spazio a soluzioni

145F. PACILEO, in op. cit. p. 136.

146 E. FOIS in op. cit. p. 30.

147 Cfr. G. BITTER, M.KRESSER, in *Sanierung in der insolvenz- Der Beitrag von Trenue- and Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg*, DE GRUYTER RECHT, Berlino, 2010, pp.1740 ss. . .

148 Attraverso il *Finanzmarktstabilisierungsgesetz* del 17 ottobre 2008 (FMStG)

149 Originariamente la modifica aveva il termine del 31 dicembre 2010, successivamente prorogata al 31 dicembre 2013 dal *Gesetz zur Erleichterung der Sanierung von Unternehmen* del 24 settembre 2009 (c.d. FMStGÄndG).

150 F. PACILEO in op. cit. p. 145.

151 E. FOIS in op cit. p.30.

volte al risanamento dell'impresa. La Legge declina tale maggiore appetibilità attraverso diversi istituti: la possibilità per l'imprenditore di controllare l'*iter* relativo all'apertura della procedura concorsuale, introducendo anche un ricorso semplificato per accedervi; il rafforzamento dell'amministrazione in proprio (*Eigenverwaltung*); un procedimento di gestione autonoma protetto (*Schutzschirmverfahren*).

Infine la Riforma ha ampliato l'operatività del *piano attestato di risanamento*¹⁵² (*Insolvenzplan*), e ha semplificato la chiusura del procedimento fallimentare¹⁵³.

In una prospettiva di tipo comparatistico dei vari ordinamenti, l'*ESUG* è considerata particolarmente efficiente dalla Dottrina sotto il profilo della tutela della continuità dell'attività dell'impresa¹⁵⁴. Infatti, la legge tedesca istituisce un «*un sistema di semplificazione, che affianca all'obiettivo della soddisfazione dei creditori anche quello della conservazione dell'impresa, benché il risanamento sia visto come una strada, tra le possibili, per il soddisfacimento dei creditori*»^{155 156}. La riforma ha dunque trasportato il sistema tedesco da un approccio *creditor oriented*¹⁵⁷ ad uno *debtor oriented*, nel quale l'agevolazione del risanamento e la conservazione dell'impresa diventano il fulcro intorno al quale ruota la disciplina dell'insolvenza¹⁵⁸. In particolare, la sopra citata facoltà di autoamministrazione costituisce uno degli istituti cardine di questo rinnovato approccio: attraverso questa è possibile sfruttare efficacemente le conoscenze e l'esperienza gestoria dell'imprenditore, evitando pertanto il pericolo di un'ingerenza esterna nella conduzione dell'impresa da parte di un gestore o di un curatore nominato dal tribunale. Risulta inoltre

152 Il quale, ora, può prevedere tutte le soluzioni previste nel diritto concorsuale sia in un'ottica liquidatoria che di continuazione dell'attività di impresa.

153 Cfr. E. FOIS in op. Cit. pp.28 ss.

154 Cfr. WOLF, *Promoting an effective rescue culture with debt- equity swaps? A comparative study of restructuring public companies in Germany and England*, pp. 54-55.

155 E.FOIS p. 32.

156 A tal proposito è emblematico il disposto di cui al §1 InsO, del quale si riporta la traduzione integrale e che sancisce come la procedura sia «*diretta a soddisfare concorsualmente i creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore e la ripartizione del ricavato ovvero attraverso una differente disciplina predisposta in un piano di regolazione dell'insolvenza in particolare per la conservazione dell'impresa*».

157 Per un'analisi di tale aspetto si rinvia a P.R.WOOD, *Principles of international insolvency (Part I)*, in *International Insolvency Review*, IV, New York, 1995, pp.94 ss..

158 Cfr. DE.MATTEIS in op. cit. pp. 21-22. .

essere idonea sia a tutelare gli interessi della massa creditoria, mediante la conservazione del *know how* relativo alla produzione e le relazioni con la clientela, elidendo perdite di valore dovute al cambio nella gestione.

Come si osserverà nel prossimo capitolo, la disciplina della *Eigenverwaltung*, viene ripresa all'interno delle disposizioni del C.C.I. concernenti i poteri gestori dell'imprenditore in pendenza della procedura negoziata di composizione assistita della crisi.

Un ulteriore spunto utile dal punto di vista comparatistico, è rappresentato dalla recente introduzione nell'ordinamento tedesco, attraverso la legge StaRUG del Gennaio 2021 (*Unternehmensstabilisierungs-und-restrukturierungsgesetz* o, in inglese, *Corporate Stabilisation and Restructuring Act*), di un nuovo strumento di ristrutturazione che si colloca perfettamente in linea con i quadri di prevenzione previsti dalla Direttiva Insolvency. Più nel dettaglio, ai sensi del par. 1, viene prevista la possibilità per l'imprenditore che abbia concrete possibilità di divenire insolvente nei successivi 24 mesi di accedere ad un piano di ristrutturazione la cui negoziazione è completamente stragiudiziale.¹⁵⁹ Il riferimento al lasso temporale di 24 mesi non è casuale, in quanto collegato all'obbligo per gli amministratori di adottare sistemi di allerta interna (quelli che nel C.C.I. sono qualificabili come adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili).

La peculiarità di tale misura , rilevante in tema di comparazione con il sistema italiano, è che il debitore può, per agevolare le negoziazioni con i creditori, chiedere al Tribunale la nomina di un esperto negoziatore. Come vedremo, anche nella composizione negoziata ritroviamo tale figura, ma con una sostanziale differenza: se nella composizione negoziata di cui al C.C.I. ,l'esperto svolge i suoi compiti istituzionali per facilitare la composizione degli interessi all'interno delle trattative, nella StaRUG, in virtù della nomina da parte del Tribunale, tale figura viene posta «*in una posizione di controllo della contabilità dell'imprenditore e delle sue reali condizioni patrimoniali, divenendo quasi "a kind of a court's spy"*»¹⁶⁰.

159 Come verrà specificato, anche la composizione negoziata ha natura stragiudiziale.

160 V.DE SENSI, in op. cit.

(...segue) L'esperienza francese

La Francia è stata caratterizzata, a partire dalla seconda metà del secolo scorso, da un processo di riforma della materia fallimentare che ha comportato il passaggio «*du droit des faillites au droit des entreprises en difficulté*¹⁶¹». Gli interventi legislativi del 1955 e del 1967 delineano una concezione non punitiva del fallimento, parametrandola invece su profili strettamente economici che valorizzano il recupero delle potenzialità dell'impresa. Viene valorizzata massimamente la capacità di quest'ultima di generare ricchezza, anche a beneficio della massa creditoria. Sulla scorta di questa nuova impostazione, in particolare, si è pervenuti poi ad emanare la *Loi de sauvegarde des entreprises* (Legge n. 845/2005), che ha introdotto due strumenti per tutelare la continuità aziendale dell'impresa in crisi: *conciliation* e *sauvegarde*.

La *Conciliation*¹⁶² è uno strumento previsto per i debitori che si trovino da poco in uno stato di cessazione dei pagamenti, non qualificabile come insolvenza¹⁶³. La sua finalità è quella, mediante un accordo con la compagine creditoria, di ridurre al minimo il rischio che lo stato di difficoltà si aggravi, ed assuma il carattere della non reversibilità.

L'ambito soggettivo di applicazione, come anche le finalità, anticipa quello della composizione negoziata della crisi di impresa. La *Conciliation*, infatti, si applica ai debitori esercenti attività commerciale o artigianale che si trovano in difficoltà economico, finanziaria o giuridica già avvertasi o quanto meno prevedibile¹⁶⁴. Come la composizione negoziata, consente all'imprenditore di porre in essere una procedura di ristrutturazione in una fase di *pre-crisi*¹⁶⁵, mediante la presenza di un soggetto terzo, il conciliatore, che agevoli le trattative con i creditori. Infine, come nella procedura di composizione negoziata, le procedure esecutive sono sospese al momento della

161 E. FOIS, in op. cit., p. 34.

162 Cfr. G.GARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa Europea*, in *il Fallimento*, IPSOA, Milano, 2015, pp.1058 ss. .

163 Viene, infatti, fatta rientrare, insieme all'istituto del *Mandat ad hoc* che persegue le medesime finalità, all'interno delle c.d. *procedure pre-fallimentare*. La differenza intercorrente tra le due figure risiede nel fatto che mandato ad hd, avendo natura contrattuale, non necessita di omologazione da parte del tribunale come nel caso della *Conciliation*. In quest'ultimo caso, infatti, il tribunale potrà accordare efficacia esecutiva all'accordo e omologarlo su istanza del debitore, dopo aver sentito tutte le parti.

164 Si veda *Infra*. Cap II

165 Vedi Cap. II , par 2.2.1.

presentazione dell'istanza di accesso alla mediazione, per evitare che le stesse compromettano i negoziati e ostacolino le prospettive di ristrutturazione dell'impresa.

La *Conciliacion* rappresenta sicuramente uno degli strumenti presi a modello, come *best practice*, dalla normativa europea per l'armonizzazione delle procedure concorsuali.

Anche l'ulteriore procedura prevista dalla *Loi* in esame, la *Sauvegarde*, presenta indubbe affinità con la composizione negoziata, risultando infatti volta al perseguimento della continuazione dell'attività di impresa durante il periodo "d'osservazione", distinguendosi per il carattere concorsuale.

Cuore centrale di tutta la procedura è la predisposizione di un "*piano di salvaguardia*" volto a consentire la continuazione dell'attività economica e a ripagare il passivo. Tale piano ha con una finalità triplice: «*economico-finanziaria, ambientale e sociale, comprendendo quindi sia una componente relativa all'attività imprenditoriale sia una componente finanziaria*¹⁶⁶».

(...segue) Esperienze *trans* europee

Seppur la matrice della disciplina europea ed interna, relativa al recupero e alla salvaguarda delle continuità aziendale, debba essere rintracciata maggiormente nelle esperienze proprie di alcuni Stati Membri, vi è da rilevare come una visione avanguardista, tesa al salvataggio dell'impresa, ha avuto modo di manifestarsi e svilupparsi in contesti diversi da quello europeo che ne è stato inevitabilmente influenzato. Significativa in detta materia è l'esperienza americana, la quale risulta caratterizzata da un approccio *debtor-oriented*¹⁶⁷, il quale si concretizza sia nell'istituto della *discharge*¹⁶⁸,

166 Cfr. E. FOIS in op. cit. p. 35.

167 Cfr. V. DE SENSI, *La ristrutturazione dell'impresa in crisi: una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, LUISS GUIDO CARLI, Roma, 2006, p. 69 ss. .

168 Per poter sostenere l'inclinazione dell'ordinamento statunitense verso una disciplina della crisi aziendale *favor debitoris*, occorre analizzare la definizione di *discharge*, ovvero la possibilità di concedere al fallito la liberazione dai debiti. Tale istituto, di matrice anglosassone, è stato concepito per poter concedere un «*incentivo per indurre il fallito a rilasciare tutti i propri beni*» e viene introdotto all'interno dell'ordinamento americano con il *Bankruptcy Act* del 1800, il quale lascia trasparire «*un'attenzione dedicata dal legislatore agli interessi del debitore [...] superiore a quella dedicata agli interessi dei creditori*». A. CASTAGNOLA, *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, GIUFFRÈ, Milano, 1993. p. 275.

sia all'interno del rinomato *Chapter 11*; quest'ultimo completamente incentrato sulla *business reorganization*, il cui fulcro risiede nella massima valorizzazione dell'impresa anche nei momenti di squilibrio economico finanziario, al fine di mantenerne l'operativa, in alternativa alla liquidazione dei beni.

Ulteriormente, per quanto attiene alla *rescue culture*, si deve tenere in debita considerazione il punto di vista dell'ONU. L'Uncitral¹⁶⁹ ha emanato nel 2004 una *guide* avente ad oggetto la disciplina dell'insolvenza e contenente gli orientamenti per le future e successive legislazioni nazionali riguardanti tale materia¹⁷⁰.

Il fine ultimo che si prefigge l'Uncitral è di tipo assistenzialistico, volto alla creazione di un quadro normativo tanto efficiente quanto efficace a fronte delle situazioni di difficoltà finanziaria delle imprese: in particolare la Commissione pone l'accento sul tema della c.d. *reorganization*¹⁷¹.

Occorre notare, però, che rispetto a tale tema l'Uncitral esprime una posizione essenzialmente neutra e pragmatica: all'interno della *Legislative Guide*, nell'ipotesi in cui si debba optare tra la riorganizzazione e la liquidazione, viene disposto che si dovrà tenere conto della maggiore realizzabilità riscontrata nel caso concreto¹⁷². La Commissione, pur mantenendo la distinzione di carattere sostanziale e procedurale tra le due soluzioni, ne sottolinea la stretta interconnessione. Risultano numerosi i casi che testimoniano una maggiore fruttuosità della liquidazione laddove eseguita congiuntamente con metodi e

169 *Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale*.

170 E' da notarsi che la nozione di *going concern* è emersa come risposta alla crisi che coinvolse il sistema ferroviario alla fine del XIX secolo, si veda L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Il Fallimento*, IPSOA, Milano, 2015, n. 10, pp. 1013-1025.

171 Ai sensi della *Legislative Guide on Insolvency Law, Uncitral*, 7, essa viene definita come «*il processo mediante il quale il benessere finanziario e la redditività dell'attività del debitore possono essere ripristinati e l'attività continua ad operare, mediante l'utilizzo di vari mezzi, tra i quali la cancellazione, rinegoziazione e conversione del debito, nonché la vendita dell'attività (o di parti di essa) facendo fede al principio del going concern*».

172 *Legislative Guide on Insolvency Law, Uncitral*, 27.

tecniche attinenti alla riorganizzazione, e, viceversa, altrettanto numerosi sono i casi in cui il procedimento di *reorganization* può implicare rapide azioni di vendita di *assets* ¹⁷³. Sia la *Legislative Guide*, di matrice internazionalistica, che il *Chapter 11*, di matrice americana, sono state utilizzate dalle Istituzioni europee come principi guida¹⁷⁴ nel momento in cui queste hanno approcciato il tema inerente al diritto della crisi di impresa: ne è testimonianza la centralità della *business rescue culture*, collocata non tanto all'interno del tema della riorganizzazione quanto nella c.d. *early preventive restructuring*, ovvero cultura *del ricorso precoce alla ristrutturazione preventiva*.

Occorre sottolineare, però, che lo sviluppo normativo europeo concernente il salvataggio dell'impresa in crisi, prende le distanze - con riferimento a taluni elementi - da ciò che viene stabilito all'interno dei modelli americani, orientandosi¹⁷⁵ in via preferenziale verso una logica di recupero e di salvataggio rispetto all'alternativa fallimentare.

Tale preferenza si rileva osservando come - da una parte - la *Legislative Guide*, pur sostenendo l'adozione di procedure di *reorganization-restructuring*, non ne impone una loro assoluta centralità; dall'altra come il *Bankruptcy Code*, sebbene fautore della priorità della procedura di cui al *Chapter 11* ¹⁷⁶, non ha un atteggiamento restio nei confronti dell'alternativa liquidatoria che viene comunque prevista e disciplinata.

Le considerazioni fin qui fatte, sono suffragate dalla circostanza che la L. n.155\2017, come si è visto *supra*¹⁷⁷, ha quale contenuto principale quello di offrire all'imprenditore gli strumenti per valutare e rilevare tempestivamente la fase precedente la crisi

173 A tal proposito il *Legislative Guide on Insolvency Law*, Unictral, 29 si esprime come segue: «*Per queste ragioni, è auspicabile che la normativa in materia di insolvenza fornisca più di una mera scelta tra un unico tipo di riorganizzazione, in senso stretto definito, ed una liquidazione tradizionalmente intesa*».

174 L'influenza statunitense così come anche quella della *Legislative Guide* dell'Unictral sulla normativa europea è sostenuta da vari autori, tra i quali T. VERDOES e A. VERWEIJ, *The (Implicit) Dogmas of Business Rescue Culture*, in *International Insolvency Review*, New York, 2018, p. 400; B. WESSELS, *Business Rescue in Insolvency Law: Changing the laws and challenges for the profession*, in *Insolvency Review*, New York, 2015, p.2 ss.; P. DE CESARI, *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, in *Il Fallimento*, Milano, IPSOA 2017, vol. X, pp. 1109 ss. .

175 Come si è visto *Supra*.

176 L. PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Il Fallimento*, IPSOA, Milano, 2015, sostiene che «*i principi che dominano il diritto concorsuale americano sono la preferenza accordata alla conservazione dell'impresa [...]*».

177 Cap 1 par. 1.2.

dell'impresa, segnatamente attraverso gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

L'impatto di questa visione, legata a una logica di *pre-allerta*, sul nostro sistema è da subito parso significativo, in quanto precedentemente *«la percezione del rischio di crisi e delle sue conseguenze giuridiche è sbilanciata troppo in avanti alla luce del combinato disposto degli artt. 2446 e 2447 c.c.. Anche qui il vivace dibattito sulla funzione del capitale legale e della sua attitudine a rappresentare il riferimento contabile per stabilire l'entità della crisi aziendale, è una chiara evidenza della sua progressiva inidoneità a sollecitare interventi di prevenzione.»*¹⁷⁸

178 V.DE SENSI in op. citata pag.7.

CAPITOLO II

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI DI IMPRESA E LA TUTELA DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE

SOMMARIO: -2.1 Introduzione: il contesto fattuale di riferimento -2.2 Caratteri generali e natura della composizione negoziata della crisi di impresa -2.3 Condizioni per l'accesso alla composizione negoziata della crisi -2.3.1 Il presupposto soggettivo -2.3.2 Il presupposto oggettivo e il requisito funzionale-teleologico -2.3.3 Il duplice requisito di carattere processuale -2.4 Il procedimento per accedere alla composizione negoziata e l'operatività della nuova Piattaforma Telematica Nazionale -2.5 La figura dell'esperto e le trattative -2.6 Elementi di tutela della continuità aziendale all'interno della disciplina della composizione negoziata della crisi di impresa -2.6.1 I doveri delle parti in pendenza delle trattative -2.6.2 Il *debtor in possessionis* -2.6.3 Gli atti soggetti ad autorizzazione del tribunale -2.6.3.1 Le misure cautelari e protettive –(... *segue*) I vantaggi *collaterali* delle misure protettive -2.6.3.2 Il regime giuridico di speciali atti di straordinaria amministrazione –(...*segue*) I finanziamenti prededucibili –(...*segue*) Il trasferimento d'azienda o di suoi rami -2.7 Casi particolari di negoziata assistita -2.7.1 La composizione negoziata per le imprese *sotto-soglia* -2.7.2 La composizione negoziata di gruppo

2.1 Introduzione: il contesto fattuale di riferimento

L'avvento della pandemia globale, derivante dalla diffusione del Covid-19, ha radicalmente segnato e stravolto anche l'andamento delle imprese oltre che la vita delle persone.

Le misure adottate dai governi di tutto il mondo volte al contenimento del *virus* hanno inciso sugli equilibri di mercato, già caratterizzati da precarietà e instabilità derivante dalla crisi del 2008; interventi pandemici che hanno comportato un impatto particolarmente significativo con riferimento alle PMI. Queste ultime si sono in fatti trovate a dover affrontare problematiche complesse ed inattese, idonee a provocare ulteriori rilevanti squilibri di carattere economico, patrimoniale e finanziario. Squilibri ad origine pandemica i quali, però, trovavano nell'elemento di eccezionalità della causa che li aveva generati il proprio elemento connotativo; eventi quindi certamente negativi ma reversibili

a ragione della ritenuta temporaneità della causa. Quest'ultimo elemento ha indotto il Legislatore, anche sulla scia delle esperienze europee¹⁷⁹, ad introdurre nell'ordinamento italiano uno strumento astrattamente idoneo al recupero e al superamento di tale squilibrio, aggiuntivo ed integrativo rispetto a quelli già esistenti.¹⁸⁰

Con il D.L. n. 118/2021 è stata introdotta all'interno del nostro ordinamento la nuova composizione negoziata della crisi: l'istituto si presta però ad offrire un rimedio all'imprenditore in crisi che trascende l'emergenza sanitaria e si presta ad avere applicazioni generalizzata, anche al di fuori di crisi avulse dalla contingenza epidemiologica.

Obiettivo e fondamento dell'intervento legislativo era infatti quello di fornire alle imprese (e in particolare alle PMI) uno strumento idoneo a favorire la conoscenza del reale stato di salute dell'azienda e contemporaneamente a consentire il superamento della crisi mediante l'attuazione di efficaci procedure volte al superamento della stessa¹⁸¹. L'attenzione rivolta dal legislatore alle PMI costituisce l'elemento connotativo dell'istituto in esame. La novella portata all'art 2086 c. 1 c.c., , con il quale si è definita come obbligatoria l'istituzione da parte dell'imprenditore di *adeguati assetti*, ne è l'epicentro concettuale¹⁸². Va rilevato che molto spesso l'istituzione di questi ultimi da parte delle PMI si era infatti rivelato inadeguato o del tutto assente. Necessario quindi, secondo il Legislatore, introdurre uno strumento volto a sopperire a tale carenza, potenzialmente in grado di comportare un aumento esponenziale delle situazioni di insolvenza dovute al periodo pandemico con conseguente aggravamento di situazioni di crisi o pre-crisi delle imprese. Come si vedrà nei successivi paragrafi, infatti, l'intervento normativo colloca l'istituto in un momento temporale anteriore al verificarsi della

179 Vedi *supra* Cap.1.

180 «strumento che promette di ritagliarsi un ruolo di preminente importanza rappresentando di fatto una svolta culturale prima ancora che strettamente giuridica», così si esprimono N. ABRIANI E N. CAVALLUZZO, Crisi d'impresa: le nuove misure, strumenti, iter e responsabilità, in Focus del sole 24 ore, p. 2.

181 Cfr. N. ABRIANI E N. CAVALLUZZO in op. cit. pp. .2 ss. .

182 Di cui *supra* Cap.1.

situazione pregiudizievole per la vita dell'azienda, consentendo dunque di implementare le concrete possibilità di conservazione e preservazione della continuità aziendale.

2.2 Caratteri generali e natura giuridica

Il Secondo Correttivo (Dlgs n. 83/2022), riprodotivo della disciplina di cui al D.L. 118/2021, sostituisce in forma completa il Titolo II del C.C.I., avente ad oggetto la disciplina delle «*procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*». In particolare, la composizione negoziata della crisi, la piattaforma unica nazionale, il concordato semplificato ed il nuovo sistema di segnalazione per la anticipata emersione della crisi¹⁸³ rappresentano l'oggetto complessivo della disciplina. Pertanto, allo stato degli atti, la composizione negoziata della crisi di impresa risulta essere disciplinata all'interno del Capo I del Titolo II, negli articoli da 12 a 25-*quinques* C.C.I. .

La lettura della Relazione illustrative del D.L. sopra-citato conferma quanto sinora accennato. Esplicita infatti la Relazione che tra le finalità della disposizione normativa vi era quella di introdurre un nuovo strumento di ausilio alle imprese che versassero in situazioni di difficoltà «*di tipo negoziale e stragiudiziale*» attraverso cui perseguire il «*risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa*¹⁸⁴[affiancando N.d.a.] *all'imprenditore un esperto nel campo della ristrutturazione, terzo e indipendente e munito di specifiche competenze, al quale è affidato il compito di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa*».

Da tali considerazioni è agevole desumere che la composizione negoziata costituisce uno *strumento* finalizzato a consentire ad un'impresa che versi in uno stato di *crisi* o *pre-crisi* di svolgere trattative con i creditori in forma libera e senza intralci, per addivenire ad una

183Inoltre vi sono state apportate integrazioni ad opera del D.L. 6 Novembre 2021, n.152, convertito con modificazioni dalla Legge del 29 Dicembre 2021 n.233.

184 Viene infatti rilevato che «*la cessione precoce del complesso produttivo può rivelarsi in molte situazioni l'unica soluzione che consente la ristrutturazione perché assai spesso il tempo delle negoziazioni e ancor più quello delle procedure concorsuali di risanamento gioca contro l'imprenditore, il quale mantenendosi in sella all'impresa in difficoltà, finisce per allargare l'indebitamento complessivo sovente seminando nuove predeuzioni*» Così L. De Simone, *Le autorizzazioni giudiziali*, in www.dirittodellacrisi.it, 9 dicembre 2021, p.12.

soluzione negoziata che le permetta di risanarsi. Alcuni autori, alla luce di tale finalità, paragonano l'istituto in esame al pre-concordato in quanto anch'esso si sostanzia in «[...] uno strumento che consente ad un'impresa di fruire di un certo lasso di tempo per poter cercare, indisturbatamente, una soluzione "aperta" del suo stato di difficoltà, ossia senza alcuna preclusione quanto alla sua forma e ai suoi contenuti nel momento in cui lo strumento viene attivato».¹⁸⁵ Tuttavia, a differenza del pre-concordato, la composizione negoziata non ha natura giudiziale, in quanto l'intervento del tribunale è solo eventuale¹⁸⁶. Infatti «la tipicità della composizione negoziata sta[...] nel suo carattere stragiudiziale, riservato e volontario»¹⁸⁷, di fatto rappresentando una soluzione più agile e meno burocratica per la risoluzione della crisi di impresa da parte dell'imprenditore.

La composizione negoziata, pertanto, può essere inquadrata come un "mezzo"¹⁸⁸, un *iter*, per giungere ad un "fine" (ovvero la soluzione della crisi), comprensiva non solo della fase delle trattative ma di quelle aggiuntive: «alcune necessarie ed ineludibili [...] altre solo eventuali»¹⁸⁹.

Appurata la natura stragiudiziale dell'istituto in esame, occorre approfondire i suoi ulteriori elementi caratterizzanti, difettando un'indicazione in tal senso da parte del Legislatore, sia all'interno dello stesso decreto introduttivo, sia nei Decreti Legge emanati successivamente.

185 F.LAMANNA, in op. citata pag. 132 .

186 Vedi *Infra*.

187G. SANCETTA G.; BARATTA A.; RAVAZZIN C., *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, GIUFFRÈ, MILANO, 2022, p.6.

188 D.MANENTE in *Lineamenti di crisi impresa*, CEDAM, MILANO, 2022, p 25, la definisce come «una sorta di mediazione assistita».

189 F. LAMANNA in op. citata pag.133 ; con riferimento alle prime può essere ricompresa la presentazione dell'istanza introduttiva per la nomina dell'esperto , per quanto concerne le secondo si può fare riferimento , ad esempio , all'istanza attraverso cui può essere chiesta la concessione di misure cautelari o la conferma di misure protettive. Per un'analisi più compiuta di tali attività si veda *infra*.

In primo luogo viene escluso il carattere *concorsuale* della composizione negoziata¹⁹⁰. Si tratta infatti di un nuovo strumento di tipo «*negoziale e stragiudiziale*»¹⁹¹, sottratto sia al necessario presidio giudiziale (l'intervento del tribunale, seppur previsto, è residuale ed eventuale), sia alle regole proprie del concorso (inteso come possibilità di partecipazione di tutti i creditori con correlata eliminazione\compressione parziale o totale dei poteri di disposizione dell'imprenditore, unitamente alla cristallizzazione dell'esposizione debitoria ed all'applicazione della *par condicio creditorum*, e connessa pubblicità della procedura), sia al regime pubblicistico che trova applicazione per soluzioni convenzionali non stragiudiziali (come ad esempio nel concordato preventivo).

Viene inoltre posto l'accento sui caratteri della *volontarietà e della riservatezza*. Per quanto concerne il primo profilo, la composizione negoziata è attivabile infatti dagli imprenditori che decidono di farvi ricorso¹⁹². Fattore che esalta l'utilità potenziale del sistema di segnalazione di cui agli artt. 25-*octies*, 25-*novies* e 25-*decies*. Quanto alla riservatezza, come vedremo di seguito nel trattare dei *doveri delle parti*, la composizione negoziata è contrassegnata dalla confidenzialità.

Alla luce di tali considerazioni è possibile ricostruire la natura dell'istituto in esame: si tratta di un «*mezzo procedimentale di natura complessa e mista, in parte privatistico-negoziale, in parte amministrativo*».¹⁹³

190 Cfr. R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: La composizione negoziata e il Concordato semplificato*, www.ilcaso.it, 08\09\2021, pp. 14 ss. .

191 F. LAMANNA, in op. cit., p. 134.

192 Vedi *Infra*.

193 F. LAMANNA in op. cit. p.134.

2.3 Condizioni per l'accesso alla composizione negoziata della crisi

L'articolo 12 del C.C.I, rubricato “«*Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*»”, definisce le quattro condizioni necessarie per giungere alla nomina dell'esperto indipendente, momento indispensabile per poter accedere alla composizione negoziata.

Le prime tre condizioni devono sussistere in positivo e costituiscono rispettivamente il *presupposto* soggettivo, il *presupposto* oggettivo e uno speciale *requisito* funzionale-teleologico; la quarta, invece, ha carattere negativo ed integra uno speciale e duplice *requisito* processuale di ammissibilità avente finalità anti-abusiva, come meglio si specificherà nel par. 2.3.3.¹⁹⁴

2.3.1 Il presupposto soggettivo

Ai sensi dell'art. 12 C.C.I. viene data la possibilità di accedere alla composizione negoziata a qualunque «*imprenditore commerciale e agricolo*». Limitando per il momento l'analisi del *presupposto soggettivo* alle imprese sopra-soglia¹⁹⁵, viene fatto rilevare da autorevole Dottrina¹⁹⁶ come, a seguito di tale formulazione, non assumono alcuna rilevanza le soglie di *non fallibilità* previste dall'articolo 1 della L. fallimentare¹⁹⁷.

194 Cfr. F. LAMANNA, in op. cit., pp. 130ss. .

195 Per un' analisi del presupposto in esame alle imprese sotto soglia si rinvia al paragrafo 2.7.2 e a F.DIANA e A.NICOTRA, *Composizione negoziata della crisi per le imprese «sotto soglia» semplificata* , in www.eutekne.info.it, 30\8\2021.

196 Cfr. S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in www.Ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it, 23\08\2021.

197 «[...]Non sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo gli imprenditori di cui al primo comma, i quali dimostrino il possesso congiunto dei seguenti requisiti: a) aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; b) aver realizzato, in qualunque modo risultati, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; c) avere un ammontare di debiti anche

Pertanto, qualsiasi imprenditore che possieda congiuntamente o meno detti criteri normativi, viene abilitato a presentare l'istanza di accesso alla composizione negoziata. La *ratio* di tale scelta si rinviene all'interno della Relazione illustrativa del Decreto, ove si legge che «*Non vi sono requisiti dimensionali di accesso alla composizione negoziata, che è concepita come strumento utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali iscritte al registro delle imprese, comprese le società agricole*». Ne deriva, per esclusione, che non potranno utilizzare tale istituto coloro che non svolgono attività di impresa e, quindi, in particolare, chi esercita un'attività professionale. Rimane peraltro dubbio se possano rientrare nell'ambito soggettivo di applicazione gli imprenditori non iscritti al registro delle imprese o che abbiano cessato la propria attività e le imprese in stato di liquidazione.¹⁹⁸

2.3.2 Il presupposto oggettivo e il requisito funzionale-teleologico

Il sopra-citato articolo 12, ai fini dell'accesso alla composizione negoziata, richiede che l'imprenditore commerciale o agricolo si trovi in «*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendano probabile la crisi o l'insolvenza*», condizioni che integrano il presupposto oggettivo. Si rende inoltre necessaria la contemporanea¹⁹⁹ sussistenza dell'ulteriore condizione²⁰⁰, anch'essa di carattere oggettivo, relativa alla

non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila. I limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della Giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento».

198 Con riferimento al tema in oggetto si rimanda a F. LAMANNA in op.citata, pag. 136 ss.

199 Cfr. M. CIABATTONI, Decreto legge 24 agosto 2021 N.118: *Le condizioni di accesso alla composizione negoziata della crisi e il ruolo dell'organo di controllo*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 5 ottobre 2021, p. 2.

200 La possibilità di inquadrare la «*ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa*» quale "requisito" (da intendersi secondo il significato suo proprio di "condizione necessaria per perseguire uno scopo") è controversa. Infatti tale elemento viene in rilievo solo in un momento successivo alla domanda di nomina dell'esperto indipendente (e dunque di accesso alla composizione negoziata), il quale solo dopo

«ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa»: il c.d. requisito funzionale-teleologico.

Alla luce di tale condizione, vengono connotati di ulteriore razionalità le disposizioni in tema di gestione dell'impresa e doveri delle parti in corso delle trattative, che – come si vedrà *infra* - sono volte a favorire la tutela della continuità aziendale e contemporaneamente l'interesse dei creditori. Si arriverà a sostenere che la tutela della continuità aziendale, e dunque della ragionevole perseguibilità del risanamento, si coniuga con la tutela dell'interesse dei creditori, rappresentando un *unicum* di tutela.

Tra il presupposto oggettivo e il requisito funzionale-teleologico intercorre un nesso di priorità logica: l'analisi della sussistenza della possibilità di perseguire il risanamento dell'impresa è infatti subordinata alla verifica della condizione di squilibrio²⁰¹. Appurato tale nesso, occorre analizzare la perimetrazione del presupposto oggettivo.

L'articolo 12, riferendosi allo stato di crisi e allo stato di insolvenza, li connota con il parametro della «probabilità»; tenuto conto della definizione della stessa di cui all'articolo 2 del C.C.I. («lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza»), ne risulta confermato come il Legislatore abbia voluto estendere la possibilità di accesso a tale istituto anche alle imprese che si trovino in uno stato tale comunque da far apparire la crisi come un evento *futuro e probabile*²⁰². Tali situazioni prendono il nome di *twilight-zone* e sono qualificabili come situazioni di *pre-crisi*.

Con riferimento alla *probabilità di insolvenza*, invece, viene esclusa la possibilità di ricorrere a tale procedura in un momento in cui questo stato sia già attuale, quand'anche

aver accettato l'incarico ai sensi dell'articolo 15 c.5 C.C.I. «convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento».

²⁰¹«la ragionevole perseguibilità del risanamento è un fine, che può essere perseguito, necessariamente come *posterius*, sole se le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario siano la causa di un effetto rilevante nell'attualità sub specie di probabilità di crisi o di probabilità di insolvenza». F. LAMANNA p.137.

²⁰² Cfr S. AMBROSINI, in op. cit., p. 86.

reversibile²⁰³. A sostegno di tale conclusione concorrono due considerazioni a carattere testuale. In primo luogo, riferendosi la disposizione in esame ad un concetto probabilistico, la stessa non dovrebbe lasciare spazio alla possibilità di configurare l'insolvenza attuale quale presupposto oggettivo. Per quanto concerne la seconda, il Considerando n.24 del D.L. 118 cit. dispone che *«Onde evitare abusi dei quadri di ristrutturazione, è opportuno che le difficoltà finanziarie del debitore presentino una probabilità di insolvenza e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la sostenibilità economica dell'impresa»*.

Impedire l'insolvenza appare infatti incompatibile con uno stato di attualità della stessa.

E' opportuno, però, richiamare un orientamento giurisprudenziale di segno contrario e teso a fornire un'interpretazione estensiva delle suddette condizioni, in forma anche penetrante. La recente sentenza del Tribunale Ordinario di Bologna del 8 Novembre 2022 che ha ritenuto come l'ammissione all'istituto della composizione negoziata e la valutazione dell'eventuale conferma delle misure protettive da parte di imprese in stato di insolvenza conclamata possa basarsi *«non tanto sul punto di partenza della procedura ma sul punto di approdo, e cioè sul risanamento dell'impresa attraverso le trattative con i creditori, ai quali si presenta un piano che dovrebbe convincerli ad accettare la sospensione del potere di azione ex art. 2470 c.c. a fronte di una ragionevole risanabilità»*.

Nella fattispecie esaminata, il Tribunale di Bologna riteneva più idonea un'interpretazione sulla finalità della composizione negoziata, che si rapporti con la realtà del sistema italiano e con la *«ritrosia culturale dell'imprenditoria italiana a condividere le difficoltà economiche e strategiche»*, rispetto a quella di altri ordinamenti europei, per i quali la Direttiva *Insolvency* pone al centro il principio dell'*early warning*. Secondo il Giudice si rende necessaria *«una scelta consapevole di depotenziamento dell'early warning proposto dalla Direttiva Insolvency»*, che approda ad *«un'interpretazione del sostantivo probabilità dell'art.12 CCII neutrale, ossia rivolto sia allo stato di crisi sia a quello dell'insolvenza, mettendoli così sullo stesso piano»*.

203 Cfr F. LAMANNA in op. cit., p.139.

2.3.3 Il duplice requisito di carattere processuale

A conclusione della disamina delle condizioni per accedere alla composizione negoziata della crisi di impresa è necessario analizzare le disposizioni aventi ad oggetto i due requisiti processuali aventi finalità anti-abusiva, ultima delle condizioni indicate nel par. 2.3.

Il primo è contenuto all'interno dell'articolo 17 comma 9 del C.C.I, il quale pone una limitazione temporale alla presentazione di un'ulteriore istanza di accesso alla composizione negoziata, dopo una prima richiesta di accesso all'istituto che non abbia avuto riscontro positivo: dodici mesi dalla precedente *archiviazione* della richiesta, ridotti a quattro mesi nel caso in cui sia stato lo stesso imprenditore a richiederla «*entro due mesi dall'accettazione dell'esperto*».

Il secondo è previsto dall'articolo 25-*quinques*, che prescrive limiti di accesso anche per la prima volta alla composizione negoziata, nel caso in cui l'imprenditore abbia già attivato strumenti o procedure di risoluzione della crisi o dell'insolvenza: in pendenza del procedimento di regolazione della crisi e dell'insolvenza che egli abbia introdotto con ricorso depositato ai sensi dell'art.40, anche sub specie di domanda di pre-concordato ex art. 44 comma 1, lett a), o a seguito di proposta di accordi di ristrutturazione ex. art 54 comma 3, o di concordato minore ex art. 74. Infine tale disposizione prevede che «*l'istanza non può essere altresì presentata nel caso in cui l'imprenditore, nei quattro mesi precedenti l'istanza medesima, abbia rinunciato alle domande indicate nel primo periodo*».

Misure, come detto, che mirano ad evitare l'utilizzo strumentale della composizione negoziata, sopra tutto per quanto riguarda la possibilità di accedere alle c.d. *misure protettive o cautelari*.²⁰⁴

204 Cfr. F.LAMANNA in op. cit. pp. 142 ss.

2.4 Il procedimento per accedere alla composizione negoziata e l'operatività della nuova Piattaforma Telematica Nazionale

Il procedimento di composizione negoziata ha inizio nel momento in cui l'imprenditore commerciale e agricolo richiede «*la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa*», presentando tramite la neo istituita Piattaforma Telematica Nazionale, un'istanza» redatta sulla base di un modello *standard* il cui contenuto è stato definito con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia dell'8 settembre 2021 (in forza del rinvio di cui all'articolo 17 comma 2 C.C.I.).

All'istanza, *ex art.17 c.2*, devono essere allegati una serie di documenti e atti idonei a fornire un quadro dello stato di salute dell'impresa istante, caricati nella Piattaforma Telematica Nazionale²⁰⁵. Quest'ultima costituisce una delle novità del C.C.I e pertanto occorre soffermarsi sulle sue funzioni e caratteristiche operative.

Essa assolve tre funzioni principali²⁰⁶:

205 E segnatamente «*i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza; b) un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che intende adottare; c) l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia; d) una dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 46 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000 sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con la quale attesta di non avere depositato ricorsi ai sensi dell'articolo 40, anche nelle ipotesi di cui agli articoli 44, comma 1, lettera a), e 54, comma 3; e) il certificato unico dei debiti tributari di cui all'articolo 364, comma 1; f) la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate Riscossione; g) il certificato dei debiti contributivi e per premi assicurativi di cui all'articolo 363, comma 1; h) un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza*».

206 Cfr. C.SOTTORIVA, ACERRI, *Uno sguardo d'insieme sulla composizione negoziata all'esito della conversione del D.L. 118/2021*, in www.ilfallimentarista.it, 02\12\2021, pp. 3 ss. .

a) consentire alle imprese di operare *on line* una simulazione (*test pratico*), utile per testare la propria eventuale situazione di crisi o pre-crisi ed acquisire informazioni circa le modalità per accedere a strumenti di risoluzione della stessa ²⁰⁷

b) svolgere informaticamente le attività e le fasi amministrative del procedimento di composizione negoziata²⁰⁸

c) consentire le comunicazioni telematiche tra soggetti coinvolti nel procedimento.

Ai fini dell'attuazione della funzione di cui alla lettera a), viene introdotta dall'articolo 13 c.2 e resa disponibile sulla Piattaforma, una «*lista di controllo particolareggiata [contenente, N.d.a.] indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento*», cui si faceva riferimento in nota n.157, e un test pratico per la *verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento*.²⁰⁹

Il contenuto operativo di tali profili è indicato nel sopra-citato Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia adottato il 28 settembre 2021 rubricato “«*Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*»”) composto, in particolare, da 5 sezioni e tre allegati.

207 Tale funzione attua una delle indicazioni della Direttiva Ue n.1023\2019 al cui Considerando n.17 si legge che «*Al fine di aiutare tali debitori a ristrutturarsi a basso costo, dovrebbero essere altresì elaborate a livello nazionale e rese disponibili online liste di controllo particolareggiate per i piani di ristrutturazione, adeguate alle esigenze e specificità delle PMI.*». E l'articolo 8 al paragrafo 2 della direttiva viene prescritto appunto tale adempimento «*Gli stati membri rendono disponibile online una lista di controllo particolareggiata per i piani di ristrutturazione, adeguata alle esigenze delle PMI. La lista di controllo include indicazioni pratiche su come deve essere redatto il piano di ristrutturazione a norma del diritto nazionale*».

208 Dall'analisi della Sezione V del Documento allegato al Decreto ministeriale relativa alla descrizione dei caratteri generali della Piattaforma Telematica Nazionale, emerge che essa si identifica con un «*portale internet, che rende disponibili due aree principali, una pubblica contenente gli elementi informativi per l'accesso alla composizione negoziata, e una riservata ad utenti autorizzati (con diversi livelli di accesso\cassetti informatici), accessibile e esclusivamente mediante l'uso di identità digitale e contenete le funzionalità che consentono la presentazione delle istanze per la composizione negoziata e la gestione del successivo iter*». F.LAMANNA in op. citata pag. 149.

209 Vedi *infra*.

Nell'analisi di quest'ultimo assumono particolare rilevanza, e sono strettamente connesse ad un profilo di tutela della continuità aziendale, la Sezione I e la Sezione II; rubricate, rispettivamente, “«*Test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento*»” e “«*Check-list (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento per l'analisi della coerenza*»” .

Con la prima Sezione, viene data ulteriore concretizzazione al presupposto *teleologico-finalistico* necessario per accedere alla composizione negoziata, a cui viene data una rilevanza di tipo contabile.

Dall'analisi di tale Sezione emerge che il *test* è volto a permettere una valutazione preliminare del grado di complessità del risanamento che si intende realizzare, individuando il rapporto esistente «*tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al suo servizio*». Vengono, inoltre, individuati sia i criteri da utilizzare per la quantificazione del debito da ristrutturare, pari ad una specifica differenza tra passività e risorse attive²¹⁰, sia quelli per calcolare i «*flussi finanziari liberi*»²¹¹. Infine, la Sezione, aggiunge altri elementi utili per la comprensione, alla luce dell'esito del test, circa la realizzabilità del risanamento.²¹²

210 E segnatamente ai sensi del paragrafo 2 : «*debito scaduto di cui relativo ad iscrizioni a ruolo - (più) debito riscadenzato o oggetto di moratorie - (più) linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo - (più) rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi 2 anni 1 - (più) investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare - (meno) ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti (immobili, partecipazioni, impianti e macchinario) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale - (meno) nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, previsti - (meno) stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti TOTALE [A]*».

211 Cito di seguito: «*stima del Margine Operativo Lordo prospettico normalizzato annuo, prima delle componenti non ricorrenti, a regime - (meno) investimenti di mantenimento annui a regime - (meno) imposte sul reddito annue che dovranno essere assolte-TOTALE B*».

212 Ad esempio, al par. 4 si legge: «*Se l'impresa è prospetticamente in equilibrio economico e 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 rapporto fornisce una prima indicazione di massima: - del numero degli anni per estinguere la posizione debitoria; - del volume dell'esposizioni debitorie che necessitano di ristrutturazione; - dell'entità degli*

La Sezione II Del Documento indica il contenuto della *lista di controllo particolareggiata* per la redazione del piano e per l'analisi della sua *coerenza*. Essa si sostanzia in molteplici domande le cui risposte, date dall'imprenditore e talune anche dall'esperto, portano all'individuazione delle indicazioni operative per la redazione del piano che comunque «è utile anche se non imprescindibile, che l'imprenditore, nel momento in cui decide di intraprendere il percorso di risanamento abbia già redatto».²¹³ Dall'analisi del contenuto delle domande, che sono 45, emerge che :

-5 domande (di competenza dell'imprenditore) sono finalizzate ad analizzare «l'organizzazione dell'impresa»;

-10 domande (9 di competenza dell'imprenditore e 1 di competenza dell'esperto) sono volte alla rilevazione della «situazione contabile e dell'andamento corrente»;

-16 domande (10 di competenza dell'imprenditore, 4 di competenza dell'esperto, 2 di competenza di entrambi) sono relative all'individuazione delle «strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi»;

-12 domande (10 di competenza dell'imprenditore, 2 di competenza dell'esperto indipendente) sono finalizzate alla «stima dei flussi finanziari»;

-6 domande (5 dell'imprenditore e 1 dell'esperto) vertono in materia di «risanamento del debito»;

- 6 domande (5 proprie dell'imprenditore e 1 dell'esperto) sono incentrate sul tema dei «gruppi di imprese»;

Viene precisato al secondo periodo del par. 2 del Documento che «Esse debbono intendersi come recepimento delle migliori pratiche di redazione dei piani d'impresa e non come precetti assoluti» in quanto «Gli effettivi contenuti del singolo piano

eventuali stralci del debito o conversione in equity.» .Per una disamina analitica di tali criteri si veda il Decreto ministeriale, in particolare par. 4,5, e 6.

213 Viene fatto notare da F. LAMANNA in op. citata che «Nel passaggio dal D.L. 118\2021 al Secondo Correttivo la redazione del piano di risanamento di cui si discorre è divenuta in realtà –sia pure sotto forma di «progetto»-- non solo «utile», ma «obbligatoria» già all'inizio del procedimento».

dipenderanno infatti da una serie di variabili, e vi influiranno, tra le altre cose, la tipologia dell'impresa e dell'attività svolta, la dimensione e la complessità dell'impresa e le informazioni disponibili».

2.5 La figura dell'esperto e le trattative

L'esperto indipendente, di cui all'art. 17 C.C.I., costituisce un ulteriore ed importante elemento di novità introdotto dal Secondo Correttivo e riveste un ruolo fondamentale nelle *trattative* con le *parti interessate* al risanamento dell'impresa. Risulta pertanto opportuno analizzare le modalità con cui viene disciplinata questa figura istituzionale e le sue caratteristiche, prima di procedere all'analisi delle trattative e dei loro possibili esiti.

Le figura dell'«*esperto*» viene delineata dall'art. 2 comma 2 alla lettera *o-bis*) C.C.I. , il quale dispone che può assumere tale qualità chi risulta essere congiuntamente iscritto a uno speciale albo istituito «*Presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano*», la cui ammissione è subordinata al soddisfacimento di specifici requisiti indicati dall'art. 13 comma 3²¹⁴. L'esperto indipendente è connotato, ovviamente, da terzietà ed indipendenza²¹⁵. Per quanto concerne le funzioni, le stesse sono indicate

214 Vi possono fare accesso: «*gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e all'albo degli avvocati che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati. Possono inoltre essere inseriti nell'elenco coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza*». Inoltre viene precisato dal successivo comma quattro che «*l'iscrizione è altresì subordinata al possesso della specifica formazione prevista con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia di cui al comma 2*».

215 L'indipendenza è un requisito che presenta due dimensioni: una positiva e una negativa. Per quanto concerne la prima, si rimanda all'articolo 16 comma 2 del C.C.I (di cui *infra*). La seconda, invece, fa sì che, ai fini del riconoscimento dell'indipendenza in capo all'esperto, sia necessaria la mancata sussistenza sia delle cause di ineleggibilità sia delle cause di decadenza previste dall'art.2399 c.c. per i sindaci, al quale si rimanda. Inoltre viene precisato dall'articolo 16 comma 1 del C.C.I. che esso «*non deve essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale*» e che «*il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione*

nell'articolo 12 al comma 2, ove viene stabilito che esso «agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1 [ovvero quelle che legittimano il ricorso alla composizione negoziata, come si è visto *supra*, N.d.a.], anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa». Alla stregua di tali disposizioni, è andata consolidandosi in dottrina²¹⁶ l'idea per cui tale figura debba limitare il suo operato esclusivamente al *facilitare* le trattative, restando in una posizione *super partes*, in quanto il soggetto chiamato compiutamente a condurre il procedimento di composizione negoziata rimane l'imprenditore²¹⁷. A sostegno di tale tesi, si fa leva sulla previsione di *indipendenza* «che l'esperto deve avere per svolgere la sua attività» e che «induce a ritenere, a maggior ragione, che egli debba astenersi dall'agire come consulente dell'imprenditore, dovendo invece garantire la propria equidistanza fra le parti, e quindi l'assoluta neutralità rispetto agli interessi di cui esse sono portatrici²¹⁸». Neutralità esplicitata anche dall'articolo 16 del C.C.I, rubricato «*Requisiti di indipendenza e doveri dell'esperto e delle parti*», che al comma 2 prevede come «L'esperto è terzo rispetto a tutte le parti e opera in modo professionale²¹⁹, riservato²²⁰, imparziale e indipendente».

professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore né essere stati membri degli amministrazioni o controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa». Infine la disposizione prevede che «chi ha svolto l'incarico di esperto non può intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore se non sono decorsi almeno due anni dall'archiviazione della composizione negoziata.».

216 Cfr. P. RIVA, *Il ruolo dell'esperto "facilitatore"*, in *Ristrutturazioni aziendali.it*, 30\09\2021.

217 Quest'ultimo, in particolare può partecipare personalmente e può farsi coadiuvare da consulenti ai sensi dell'articolo 17 c.5.

218 F.LAMANNA in op. cit. p.72.

219 In ossequio a tale disposizione, l'esperto indipendente dovrebbe ricoprire la carica, prevista dall'art.26 della Direttiva *Insolvency*, di «*professionista nelle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione*».

220 Viene ampliato normativamente l'alveo di applicazione del segreto professionale in virtù del disposto di cui all'art. 16 comma 3 del C.C.I. , in quanto viene disposto che «*Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 19, comma 4, 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 le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e le garanzie*

I requisiti professionali per accedere all'«elenco» devono essere oggetto di una specifica «autocertificazione» presentata dall'esperto, unitamente ad altri documenti²²¹, all'atto della presentazione della domanda di ammissione; l'«elenco» è istituito presso gli ordini professionali o le camere di commercio²²². L'eventuale nomina per la singola procedura avviene poi, *ex art. 13 comma 6 C.C.I.*, da parte di una speciale commissione²²³.

Una volta chiarito il ruolo e le funzioni dell'esperto indipendente, occorre indagare l'alveo “*naturale*” dove esplica la propria attività.

Le trattative possono essere inquadrare come quella fase all'interno della quale l'esperto, unitamente all'imprenditore, cerca di raggiungere un accordo con la massa creditoria e le eventuali altre *parti interessate*²²⁴, volto a concordare una soluzione che agevoli il risanamento dell'impresa.

previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto compatibili».

221 Di cui all'art. 13 comma 5.

222 Ai sensi dell'art 13 comma 5.

223 Tale commissione, «*costituita presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura dei capoluoghi di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano, dei cui uffici di segreteria si avvale per lo svolgimento dei suoi compiti*», ha durata biennale ed è composta da «*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 cui all'articolo 17; 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'articolo 17*».

224 Non è infrequente all'interno della disciplina della composizione negoziata della crisi, il riferimento alla nozione di *parti e/o parti interessate*, di cui però, a differenza di altri concetti chiave le cui definizioni sono contenute all'art.1 C.C.I., manca un'indicazione normativa. Si accoglierà pertanto un'interpretazione che identifica la nozione in esame possa essere attribuita a «*qualunque altro soggetto che abbia un interessa al processo di risanamento, in funzione del quale si svolgono le trattative, compresi i creditori, e a partire da essi*» F.LAMANNA in op. cit. p 169.

L'esperto, entro 2 giorni lavorativi dalla ricezione dell'atto di nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione dell'incarico.²²⁵ Successivamente, per poter coscientemente intavolare delle trattative con cognizione di causa, l'esperto deve convocare «*senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica*». Nel caso in cui l'esperto ritenga che non vi siano concrete prospettive di risanamento, «*né all'esito della convocazione né in un momento successivo*», dovrà informare l'imprenditore e il Segretario generale della Camera di Commercio il quale ne disporrà l'archiviazione²²⁶. Viceversa, nel caso in cui tali prospettive vi siano, «*l'esperto incontrerà le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetterà loro le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata*». Solo in tale seconda ipotesi ha inizio la fase delle trattative, in quanto la mera audizione dell'imprenditore e l'analisi della documentazione da questi prodotta in sede di *istanza di nomina* hanno una funzione meramente prodromica al convincimento dell'esperto circa le possibilità di risanamento dell'impresa. Anche in ciò, e coerentemente con il requisito *funzionale-teleologico*²²⁷, si conferma come l'intera procedura sia vincolata al fine normativo, volto a tutelare la continuità della vita aziendale, nella forma del *risanamento*, che assurge a condizione di *accesso* alle trattative della composizione negoziata.

Le trattative hanno un limite temporale definito, ricavabile implicitamente dal disposto di cui al comma 7 dell'art. 17 C.C.I.: l'incarico dell'esperto si considera concluso «*se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina*²²⁸, le parti non hanno

225 E contestualmente, ai sensi del paragrafo 5 dell'articolo 16: «*inserisce nella piattaforma la dichiarazione di accettazione e una dichiarazione resa ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 20 = d.lgs. 12 gennaio 2019 n.14 = d.l. 30 aprile 2022 n. 36 conv. In l. 29 giugno 2022 n.79 = d.lgs. 17 giugno 2022 n. 83 = d.l. 24 agosto 2021 n. 118 conv. In l. 21 ottobre 2021 n. 147 = D.L. 21 giugno 2022, conv. in L. 4 agosto 2022 n. 122 = d.lgs. 26 ottobre 2020 n. 147 2000, sul possesso dei requisiti di indipendenza di cui all'articolo 16, comma 1. »*

226 Art 17 c.5.

227 Di cui *Supra*.

228 Nel caso «*di sostituzione dell'esperto o nell'ipotesi di cui all'articolo 25, comma 7,[di cui infra]*», il termine decorre dall'accettazione del primo esperto nominato, ai sensi dell'ultimo periodo del comma 7.

individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni [...], [di squilibrio N.d.a]». L'estensione temporale delle trattative ha, però, un alto grado di incertezza, dovuta alla presenza di fattori complessi e variegati che si intersecano reciprocamente²²⁹. Nel secondo periodo del medesimo comma, il Legislatore prende atto di tale complessità prevedendo infatti che «l'incarico può proseguire per non oltre centottanta giorni quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente»²³⁰.

Le soluzioni alle quali si può addivenire sono tipizzate, seppur in forma assai articolata, dall'articolo 23 C.C.I, rubricato “«*Conclusioni delle trattative*»”, sia nel caso in cui le

229 Solo per citarne alcuni: la complessità e rilevanza degli elementi coinvolti nella circostanza concreta, la quantità di risorse economiche a disposizione dell'imprenditore, dall'efficienza e dall'efficacia dell'attività dell'esperto “*facilitatore*”, e dalla disponibilità delle *parti interessate* a collaborare.

230 O anche qualora, prosegue, «*la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli articoli 19 e 22*» di cui *Infra.*

trattative vadano a buon fine sia nel caso contrario²³¹: in ciò si rinviene la forte duttilità di tale istituto anche alla luce del contesto²³² in cui è stato introdotto.

Cessato il suo incarico²³³, infine, l'esperto redige, ai sensi dell'art. 17 c. 8, una «relazione finale» da inserire all'interno della Piattaforma Telematica Nazionale; tale documento, non distinguendo il Codice tra esito positivo o fallimentare dell'operato dell'esperto, deve essere depositato alla luce di qualsiasi epilogo delle trattative stesse.

In conclusione la disamina di tale delicata e complessa fase della procedura di composizione della crisi fa emergere alcune riflessioni.

Attraverso la regolamentazione puntuale delle trattative, il Legislatore ha voluto dare rilievo preminente non tanto alla forma che ad esito assumerà la composizione degli interessi coinvolti nel processo di risanamento (ovvero il contratto concluso ad esito delle

231 Viene infatti disposto, rispettivamente al comma 1 e 2 dell'art. 23 C.C.I., che, nel caso di esito positivo delle trattative le parti possono: «a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 25-bis, comma 1, se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 17, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni; b) concludere la convenzione di moratoria di cui all'articolo 62; c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli articoli 166, comma 3, lettera d), e 324. Con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza»; viceversa se le trattative non hanno avuto esito positivo è possibile che le parti possano: «a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'articolo 56; b) domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61. La percentuale di cui all'articolo 61, comma 2, lettera c), è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto; c) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-sexies; d) accedere ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal presente codice, dal decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 o dal decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39. L'imprenditore agricolo può accedere agli strumenti di cui all'articolo 25-quater, comma 4».

232 Di cui *Supra*, "Introduzione".

233 Evento che si può verificare sia in caso di conclusione (positiva o negativa) delle trattative, sia in caso di rinuncia o revoca, sia in caso di morte (sua o dell'imprenditore), sia nel momento in cui le parti raggiungano un soluzione parallela o diversa rispetto a quelle percorribili attraverso il processo di composizione negoziata della crisi.

trattative), bensì all'operazione economica²³⁴ ad esso sottesa. Risultano in tal modo recepite le critiche mosse dalla Dottrina²³⁵ circa l'inadeguatezza del contratto, inteso come modello legale predefinito, a rappresentare compiutamente la complessità degli interessi che in esso trovano la propria composizione finale.

Tale rilievo preponderante dell'operazione economica comporta conseguenze rilevanti anche sul piano civilistico.

In particolare, viene invertito il rapporto intercorrente tra la *causa* del contratto e l'operazione economica ad esso sottesa: la composizione degli interessi delle parti, avvenendo nella fase delle trattative, risulta essere svincolata da un modello contrattuale tipico, sicché a rilevare sarà in primo luogo il profilo economico-individuale e solo successivamente la ricostruzione del temperamento degli interessi all'interno delle categorie civilistiche inerenti il contratto. Attraverso tale inversione viene realizzata la liberazione del tipo contrattuale dalla causa, venendo «meno anche la necessità di distinguere tra lo schema causale astratto, rappresentato dal tipo legale, e la causa concreta del singolo negozio». Così inquadrato, il contratto diviene, in definitiva, «quello che risulta dalla sua causa in concreto, ed il tipo esprime soltanto un modello di organizzazione di interessi»²³⁶.

La rilevanza della *causa concreta* del contratto comporta che le trattative rappresentino allo stesso tempo il luogo ove avviene il componimento degli interessi e lo strumento della gestione dell'impresa in crisi, in ciò realizzandosi il collegamento tra «diritto commerciale e diritto civile» sotteso alla disciplina della composizione negoziata della crisi. Come corollario logico-consequenziale di tale impostazione, vengono valorizzati al

234 Nell'accezione di «struttura unitaria composta nella quale intervengono vari momenti di regolazione e di comportamento che confluiscono poi nel momento di sintesi del contratto», così V. DE SENSI, in *Operazione economica e contratto nella composizione negoziata della crisi*, in giustiziacivile.com, 13.04.2022.

235 Cfr. E. GABRIELLI, *“Operazione economica” e teoria del contratto*, GIUFFRÈ, Milano 2013, in particolare p.69, ove si legge che «La valutazione dell'atto si sposta allora dal piano della causa e del tipo a quello dell'interesse, poiché la tipicità di un contratto non rappresenta di per sé un sicuro indice della sua meritevolezza. Si deve invece far capo alla natura dell'interesse in concreto perseguito [...]».

236 E. GABRIELLI, in op. cit., p.68.

massimo gli interessi delle parti coinvolte nelle trattative, qualificati come «*tensioni soggettive verso una o più utilità che cercano composizione in sede contrattuale*»²³⁷. Nella disciplina delle trattative, infatti, si rinviene una maggiore sensibilità rispetto alla distribuzione del rischio (sia nella forma di «*rischio sopravvenienza*» sia in quella di «*rischio di inadempimento*»²³⁸) che si concretizza, anche in virtù della compenetrazione di elementi civilistici all'interno della disciplina delle trattative, nell'introduzione all'interno del Codice della crisi di una disciplina peculiare sia con riferimento al principio di *buona fede*, che risulta essere maggiormente specificato rispetto alla generale previsione di cui all'articolo 1337 c.c., sia dei poteri gestori dell'imprenditore nel corso delle trattative.

237 V.DE SENSI, in op. cit.

238 V.DE SENSI, in op. cit.

2.6 Elementi di tutela della continuità aziendale all'interno della disciplina della composizione negoziata

All'interno della disciplina della neo-istituita composizione negoziata della crisi di impresa, vi sono norme che incentivano il ricorso da parte dell'imprenditore all'utilizzo di tale istituto e che pertanto, considerati i fini che questo si propone volti al *risanamento* dell'impresa e le condizioni che ne legittimano il ricorso²³⁹, tutelano in via diretta o indiretta la continuità dell'attività di impresa.

2.6.1 I doveri delle parti in pendenza delle trattative

L'esito delle trattative, svolgendosi su un piano extragiudiziale²⁴⁰, è rimesso del tutto al comportamento delle *parti interessate*, in particolare della compagine creditoria e dell'imprenditore. Il C.C.I. prende atto di tale circostanza, e introduce normativamente obblighi relativi ad una migliore conduzione delle trattative, distinguibili fra quelli comuni all'imprenditore e alle altre parti ed altri propri solo di queste ultime.

Con riferimento agli obblighi suscettibili di applicazione generalizzata, l'articolo 4 C.C.I., rubricato «*Doveri delle parti*», dispone che debitore e creditori, durante le trattative o i procedimenti di accesso alla regolazione della crisi, hanno l'obbligo di comportarsi *secondo buona fede e correttezza*. Tale previsione risulta essere un'ulteriore conferma della rilevanza preminente delle trattative all'interno della composizione negoziata: la buona fede e la correttezza assurgono a «*criterio di azione nell'ambito della composizione negoziata*»²⁴¹, risultando elementi imprescindibili per la soluzione della crisi dell'impresa e l'evasione di un modello contrattuale finale coerente con la causa in concreto.

Altri obblighi suscettibili di applicazione generalizzata sono contenuti all'interno dell'articolo 16, dal comma IV al VI, che riproduce simmetricamente, riformulandole,

239 Di cui si è ampiamente disquisito *Supra*.

240 Cfr. G. BATTISTINI NARDECCHIA, *La riforma della legge fallimentare: prima lettura del CODICE della crisi e dell'insolvenza*, Neldiritto Editore, Bari, 2019.

241 V.DE SENSI, in op. cit.

importanti disposizioni di cui all'articolo 4 C.I.I. Nel proseguo dell'analisi, pertanto, si farà riferimento a tale più specifica disposizione, fermo restando che, come detto²⁴², l'articolo 4 costituisce l'altra faccia della medaglia del c.d. «*sotto-codice etico della crisi*», insieme all'istituzione di *adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili*, ed è suscettibile di applicazione generalizzata.

Al comma sesto dell'articolo 16 viene declinato – ulteriormente - il canone della *correttezza*, prevista dagli artt. 1175 e 1337 c.c. e richiamata dall'art. 4 C.C.I., estendendolo in via generale e comune ai comportamenti posti in essere dalle parti che partecipano al percorso di composizione negoziata. Viene infatti previsto che «*Tutte parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto*» ed inoltre vengono introdotte due specifiche modalità di declinazione dell'obbligo di *leale collaborazione*. Le parti sono infatti tenute a dare «*riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata*»; sono inoltre tenute alla *riservatezza* sulla «*situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative*».

Al pari, una specifica declinazione del generale obbligo di buona fede nelle trattative tra le parti, in particolare tra debitore e creditore, può essere ravvisata²⁴³ nella disciplina della rideterminazione dei contratti divenuti eccessivamente onerosi prevista dall'art 17 comma 5 agli ultimi due periodi²⁴⁴.

242 Cap 1.2.1 p.25

243 Cfr. D.MANENTE, *Lineamenti del diritto della crisi di impresa*, CEDAM, Milano, 2022, pp. 142 ss. .

244 «*Nel corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute. Le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni alle mutate condizioni*».

Per quanto concerne gli obblighi specifici delle parti, è stato fatto notare come essi costituiscano «specificazioni, coerenti ed esplicative, dei principi di buona fede e correttezza sanciti dal comma 1 [dell'art.4 N.d.a]». ²⁴⁵

Per l'imprenditore la *correttezza* viene ulteriormente declinata in una duplice forma dal comma IV dell'articolo 16 C.C.I.

In primis, essa si sostanzia in un dovere di *disclosure* a favore dei soggetti coinvolti²⁴⁶ nella regolazione della crisi o dell'insolvenza affinché possano assumere consapevolmente le loro determinazioni: all'imprenditore viene prescritto l'obbligo di «illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente»²⁴⁷. *In secundis*, la correttezza assurge a canone *gestorio* «del patrimonio e dell'impresa» da parte del debitore, al quale viene imposto il divieto di «pregiudicare gli interessi dei creditori». ²⁴⁸ Il richiamo ad un gestione prudente si colloca in perfetta sintonia con la compenetrazione dei principi civilistici all'interno delle tematiche societarie: la buona fede e correttezza assurgono a veri e propri canoni di natura gestoria che devono guidare

245 G.BATTISTINI NARDECCHIA ,in op. cit. p 85.

246 L'articolo 4 al paragrafo 3, inoltre, impone uno specifico dovere di informativa ai lavoratori da parte dell'imprenditore che occupi più di 15 dipendenti nell'ambito della composizione negoziata o di uno strumento di regolazione della crisi. In particolare l'imprenditore «informa con comunicazione scritta, trasmessa anche tramite posta elettronica certificata, i soggetti sindacali di cui all'articolo 47, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, 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'insolvenza, 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». Successivamente, «I soggetti sindacali, entro tre giorni dalla ricezione dell'informativa, possono chiedere all'imprenditore un incontro. La conseguente consultazione deve avere inizio entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza e, salvo diverso accordo tra i partecipanti, si intende esauriti decorsi dieci giorni dal suo inizio.».

247 Tale previsione viene qualificata come un precipitato del dovere di agire informato degli amministratori in scenari avversi, inteso «sia nel senso di acquisizione di quel bagaglio di conoscenze operative e gestionali che servono agli amministratori per assumere decisioni consapevoli e ponderate, sia nel senso di essere in grado di poter dare informazioni corrette al mercato ed in particolare ai creditori.». Così V.DE SENSI, in op. cit. .

248 Questa regola viene poi ulteriormente specificata nell'art 21. Vedi *Infra*.

il debitore nella conduzione delle trattative, essendo rivolti non soltanto a singoli atti dispositivi bensì *«a tutto quel sistema organizzativo dell'attività che passa nell'articolazione tra visione, pianificazione, programmazione e controllo»*²⁴⁹. In particolare, attraverso la generalizzazione e la specificazione dei canoni sopra citati, si denota come il Legislatore ha inteso dare preponderante rilievo non solo ai momenti in cui la crisi è lontana, ovvero percepita attraverso l'operatività degli adeguati assetti societari, ma anche a momenti in cui la crisi è in atto, proprio attraverso la gestione prudente del patrimonio e dell'impresa.

Occorre sottolineare che, ferma rimanendo la tutela dell'interesse dei creditori, alla luce del canone gestorio di cui sopra, rimane ferma l'esigenza di non pregiudicare eccessivamente la posizione del debitore. Tale esigenza viene soddisfatta mediante l'individuazione di un equilibrio contrattuale relativo ai sacrifici (in termini di interessi concretamente perseguibili) esigibili dal debitore e dai creditori ad opera dell'esperto indipendente, che - come osservato - riveste un ruolo fondamentale nella conduzione e gestione delle trattative. Ciò che qui preme aggiungere, è che anche l'esperto deve conformare il suo operato ai principi di buona fede e correttezza: nel momento in cui *«prospetta le strategie di intervento»*, deve mirare ad un contemperamento degli interessi delle parti coinvolte nel processo di composizione della crisi, idoneo a non pregiudicare la posizione del debitore o dei creditori, andando a ricercare un punto di equilibrio circa i margini di sacrificio esigibile.

Viene posto infine un obbligo specifico, ex comma 6 dell'articolo 16, per le *«banche e gli altri intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti»*, i quali sono tenuti a partecipare alle trattative *«in modo attivo e informato»*. E' stato inoltre opportunamente precisato, nel secondo e terzo periodo, che *«L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore.»* fermo restando in ogni caso che *«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.»*

249 V.DE SENSI, in op. cit. .

Se dalle disposizioni in esame è possibile ricavare un *favor legis* per la posizione del ceto creditorio, occorre però sottolineare come la violazione positiva degli obblighi di collaborazione da parte di quest'ultimo potrebbe essere oggetto di un'eventuale azione risarcitoria da parte dell'imprenditore.²⁵⁰

Dall'analisi della disciplina dei *doveri delle parti* emerge come essa sia essenzialmente finalizzata ad una migliore conduzione degli obiettivi di risanamento cui è preposta e finalizzata la composizione negoziata, il cui raggiungimento non può prescindere da un contegno normativamente predeterminato.

2.6.2 Il *debtor in possessionis*

Il ricorso alla composizione negoziata è agevolato, inoltre, dalla disciplina dei poteri dell'imprenditore inerenti alla gestione delle trattative. In particolare, l'articolo 21 C.C.I.²⁵¹, al fine di consentire all'imprenditore un ampio margine di manovra durante tale fase cruciale, ha previsto che quest'ultimo «*conserv[i; N.d.A.] la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa*». Alla luce di tale discrezionalità²⁵², l'imprenditore è stato qualificato quale *debtor in possessionis* o debitore non spossessato.²⁵³ Ciò è coerente, secondo la Relazione illustrativa al C.C.I., con le previsioni contenute all'art. 5 del Capo II della Direttiva *Insolvency*, rubricato «*«Debitore non spossessato»*». Ai sensi del relativo

250 SI legge, infatti, nella Relazione illustrativa al d.l. che la violazione degli obblighi che fanno capo ai creditori: «*può venire in rilievo nell'ambito delle eventuali azioni risarcitorie che, nel caso in cui il dissesto dell'impresa derivi da comportamenti omissivi ingiustificati o non corretti delle parti coinvolte nelle trattative, possono essere esercitate, ad esempio dal curatore.*»

251 Rubricato «*«Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative»*»,

252 Limitata in parte dal secondo e terzo periodo del comma 1, ove viene precisato che, da una parte «*L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività*»; dall'altra che «*Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori*». Tali disposizioni non indicano un concreto canone gestorio, ma rimarcano il concetto per cui tutta la composizione negoziata è improntata alla tutela della continuità aziendale e della posizione del ceto creditorio.

253 Cfr. G.B. NARDECCHIA in op. cit. .

par. 1, gli Stati Membri vengono invitati a provvedere «*affinche' il debitore che accede alla procedura di ristrutturazione preventiva mantenga il controllo totale o almeno parziale dei suoi attivi della gestione corrente dell'impresa*»; nel Considerando n.30 viene motivato tale orientamento, attesa la ritenuta opportunità «*in linea di principio, che i debitori mantengano il controllo dei loro attivi e della gestione corrente dell'impresa [...] al fine di evitare costi inutili, di rispecchiare la natura precoce della ristrutturazione preventiva e incoraggiare i debitori a richiedere la ristrutturazione preventiva in una fase precoce delle loro difficoltà finanziarie*».

Il Legislatore, conscio del fatto che l'ampliamento della discrezionalità dell'imprenditore potesse avere risvolti negativi per la tutela del *going concern* e degli interessi dei creditori, ha introdotto due presidi che operano come contro-bilanciamento.

In primo luogo, viene in rilievo un vero e proprio *standard operativo*²⁵⁴ contenuto nel primo e secondo periodo del comma I dell'articolo 21. Viene infatti precisato che, rispettivamente, l'imprenditore «*in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività*» e che «*quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori*». Apparentemente i criteri cui deve attenersi la gestione dell'impresa in pendenza delle trattative sembrerebbero avere finalità diverse, in quanto diversi sono anche i presupposti che consentono a tali criteri di poter operare (la crisi da una parte e l'insolvenza dall'altra).

Da una lettura più analitica, emerge però come i criteri gestori cui l'imprenditore deve attenersi, rispettivamente *la salvaguardia della sostenibilità economico-finanziaria* e *gli interessi dei creditori* «*interagiscono tra di loro in termini concentrici; vale a dire l'uno comprende l'altro*». In particolare il criterio della tutela della sostenibilità economico-finanziaria deve essere inteso come un canone di gestione dell'impresa universale e trasversale, sempre presente nelle dinamiche aziendali a prescindere da una situazione di crisi, e che, nell'ipotesi in cui sopraggiunga l'insolvenza, si acuisce e viene specificato nel senso di dover prevalentemente tutelare gli interessi dei creditori. Pertanto, e

254 Cfr. V. DE SENSI, in op. cit. .

coerentemente, è possibile affermare che all'interno della stessa gestione dell'impresa in pendenza delle trattative si persegue una finalità, quella del risanamento, che non può prescindere dalla tutela degli interessi dei creditori, essendo i due concetti legati indissolubilmente.

Il canone gestorio così individuato conferma la rilevanza dell'operazione economica sottesa alla composizione negoziata, in quanto volto ad imporre uno *standard di gestione* che si interseca con le *rules*²⁵⁵, dotate differentemente dai primi di una efficacia più stringente, entrambi volti alla tutela della salvaguardia dell'impresa.

Il *non-spossessamento* costituisce il secondo contraltare alla discrezionalità dell'imprenditore nella gestione dell'impresa in pendenza delle trattative. È stato fatto giustamente rilevare in dottrina²⁵⁶ come tale caratteristica non copre l'intero arco degli atti che l'imprenditore può porre in essere: residuano ipotesi in cui si rende necessario o un controllo preventivo da parte dell'esperto o un'autorizzazione preventiva da parte del Tribunale²⁵⁷, che, come vedremo, risultano funzionali sia a una maggior tutela della vita dell'impresa sia a garantire il profilo della correttezza nei rapporti con i creditori.

Per quanto riguarda l'intervento dell'esperto, il comma 2 dell'articolo 21 C.C.I. prevede il dovere dell'imprenditore di informare *«preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.»*

La disposizione suscita qualche riflessione.

Occorre infatti definire l'esatta perimetrazione dell'obbligo di informativa. Secondo l'interpretazione che qui si accoglie²⁵⁸, l'ambito di applicazione di tale disposizione si estende sia ai pagamenti sia agli atti di straordinaria amministrazione ma, in entrambe le

255 Per citarne alcuni: il dovere di agire in modo informato, la disciplina dei flussi informativi e l'istituzione di adeguati assetti, amministrativi, organizzativi e contabili *ex art 2086 c.c.* .

256 Cfr. F. LAMANNA in op. cit. pp.180 ss. .

257 Su quest'ultimo aspetto si veda il successivo paragrafo.

258 Cfr. D. MANENTE in op.cit. 142 ss. .

ipotesi, solo quando gli stessi risultino *incoerenti* rispetto alle trattative e\o alle prospettive di risanamento; restando quindi esclusa l'ipotesi in cui gli stessi si pongano in linea di continuità ed appaiano quindi *coerenti*.²⁵⁹

La norma, dunque, ponendo quale parametro di relativa applicazione il requisito di *disfunzionalità*, introduce un elemento che difficilmente potrà essere sindacato dall'esperto (in quanto dotato di natura altamente soggettiva) a favore del quale non sono predisposti strumenti né di tipo conoscitivo né di tipo coercitivo.

Non è infatti previsto all'interno della composizione negoziata, un documento, redatto a fini probatori, contenente i dettagli della gestione *day-by-day* dell'impresa idoneo a mettere in grado l'esperto di poter valutare la *coerenza* o meno dell'atto²⁶⁰.

Quanto alla possibilità coercitiva di siffatti obblighi di tipo informativo, nessuna previsione può far propendere per una soluzione affermativa. La locuzione di cui al comma 2 «*informa*», non depone per la sussistenza di un vero e proprio obbligo coercibile; diversamente il Legislatore, ove avesse voluto operare una ricostruzione in tal senso, avrebbe dovuto /potuto utilizzare espressioni come «*deve informare*» o «*ha l'obbligo di informare*». Limitata risulta conseguentemente la rilevanza pratica del disposto di cui al comma 3, ai sensi del quale l'esperto è tenuto a segnalare per iscritto il proprio dissenso all'imprenditore e all'organo di controllo «*quando ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento*». Nel caso in cui manchi la comunicazione circa la volontà del compimento dell'atto da parte dell'imprenditore, su cosa si potrà basare la valutazione dell'esperto? E, ancora,

259 «*Sembra preferibile [tale impostazione, N.d.A.] visto che il secondo inciso («nonché dell'esecuzione dei pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive del risanamento») sembra logicamente e semanticamente autonomo rispetto al primo («l'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione»)».* F. LAMANNA in *op. cit.* p.181. E' da escludere pertanto l'interpretazione secondo cui l'obbligo di informativa riguarderebbe tutti gli atti di straordinaria amministrazione ma, quanto ai pagamenti effettuati in pendenza delle trattative, solo limitatamente all'ipotesi in cui gli stessi non siano *coerenti*.

260 Duramente criticata in dottrina, sotto il profilo dell'utilità e della tutela della *privacy*, è la previsione , ad opera del punto 8.5 della Sezione III del Documento allegato al Decreto dirigenziale, di un verbale o di una registrazione *audio-video* delle trattative da parte dell'esperto. *Cfr.* F.LAMANNA pp.184 ss.

come deve comportarsi nelle ipotesi in cui venga autonomamente a conoscenza del compimento dell'atto potenzialmente pregiudizievole e non per mezzo di segnalazione da parte del debitore²⁶¹?

La risposta che sembra emergere, ed appare coerente con la permanente capacità gestoria in capo all'imprenditore, è quella della responsabilità, anche eventualmente penale, dell'imprenditore stesso; specularmente l'esperto non può ritenersi obbligato ad operare segnalazioni, in difetto di preventiva comunicazione da parte dell'imprenditore.

Rimane quindi vero che l'obbligo di segnalazione pur non rivestendo carattere coercitivo rientra nei doveri di iniziativa, correttezza e competenza dell'imprenditore²⁶², potendo - l'inosservanza - assumere rilevanza rispetto a un profilo di tipo *sanzionatorio*²⁶³; sembra quindi più corretto configurare l'obbligo di informativa in termini di *onere*.

Qualora, invece, l'atto sia stato posto in essere nonostante l'indicazione in senso contrario da parte dell'esperto, quest'ultimo, ai sensi del comma 4, deve essere avvisato del compimento dell'atto e può ²⁶⁴, entro dieci giorni dalla comunicazione, «*iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese*».

La fattispecie in ipotesi implica importante conseguenza.

Il ricorso alla procedura negoziata della crisi ha quale presidio di tutela della vita dell'azienda quello di rendere esenti da azione revocatoria, ai sensi del comma 2 dell'art. 24, «*gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti*». L'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese

261 D. SAVI, *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, MAGGIOLI EDITORE, Milano, 2021 p. 225 ss. .

262 Parte della dottrina, pertanto, lo classifica alla stregua di un *onere* posto in capo all'imprenditore. Cfr. F. LAMANNA pag. 186.

263 Cfr. F. TOMMASI , *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, La Tribuna, Roma, 2022, pp. 4 ss. .

264 Nel caso, invece, in cui possano essere pregiudicati gli interessi dei creditori, tale atto assume la forma dell'obbligo: «*Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria.*»

da parte dell'esperto elide il beneficio della non revocabilità ai sensi del comma 3 dell'art.24, seppur limitatamente agli «*atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto*».

2.6.3 Gli atti soggetti ad autorizzazione da parte del Tribunale

Come detto *supra*, la disciplina dei poteri gestori è volta ad assicurare sia una corretta gestione dell'impresa, finalizzata alla relativa sopravvivenza, sia la tutela degli interessi coinvolti.

Occorre pertanto analizzare le ipotesi in cui, per la rilevanza che assume l'atto, si renda necessaria un'autorizzazione da parte del tribunale, quale ulteriore aspetto che limita la discrezionalità nella gestione accordata dal C.C.I. all'imprenditore. Anche in questo caso è però confermata la necessità, per la concreta operatività dell'ipotesi in esame, di un'iniziativa da parte di quest'ultimo ai sensi dell'art. 22 C.P.I., rendendosi l'intervento del giudice meramente conseguente.

Le ipotesi normativizzate di intervento del tribunale riguardano da un lato le misure *protettive e cautelari* e, dall'altro, la disciplina prevista per *speciali atti di straordinaria amministrazione*.

2.6.3.1 Le misure cautelari e protettive

La disciplina del tema in epigrafe è contenuta negli articoli 18, 19 e 20 del C.C.I che risultano modellati sulla falsariga delle disposizioni di cui agli artt. 54 ss. C.C.I, relative al medesimo tema ma applicabili agli *strumenti di regolazione della crisi*²⁶⁵.

Si tratta, in estrema sintesi, da una parte, di provvedimenti cautelari di natura anticipatoria «*idonei ad assicurare provvisoriamente l'attuazione delle sentenze di omologazione di*

²⁶⁵ E in particolare in materia di «*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*».

strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e di apertura delle procedure di insolvenza» (secondo la definizione dell'art. 54 C.C.I. applicabile a tale fase in forza del c. III), e, dall'altra, di provvedimenti a carattere protettivo del patrimonio dell'impresa individuate dall'art. 18 C.C.I.

L'origine delle misure cautelari (cui sono sottese le usuali categorie del *periculum in mora* e *fumus boni juris*) può essere rintracciata nell'art. 15 della L. Fallimentare ma, nella fattispecie, se ne sovverte la logica: da esclusivo strumento di tutela del ceto creditorio diventano, con il C.C.I., legittimo strumento utilizzabile anche da parte dell'imprenditore. Nella definizione che di queste offre il C.C.I. alla lettera q) dell'art. 2, emerge infatti come il giudice adotti i provvedimenti su istanza di *parte* (dunque non solo dei creditori), «*a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore*».

Le misure cautelari non presentano un contenuto necessariamente predeterminato, diversamente da quelle protettive, coerentemente con la relativa funzione e finalità: «*assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi o e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza*».

Potranno quindi essere richieste misure già normativamente tipizzate (come la sospensione delle procedure esecutive e cautelari, la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, sulla falsariga del sequestro giudiziario di cui all'art 670 c.p.c), atipiche (come la «*sospensione degli amministratori di una società di capitali per affidare la gestione della società medesima a soggetti terzi*») anche di carattere inibitorio («*il divieto al debitore di compiere atti di gestione dell'impresa e/o disposizione del patrimonio*»²⁶⁶) rispetto al compimento di determinati atti.

Quanto alle misure protettive, l'articolo 2 C.C.I. alla lettera p) le definisce con la finalità cui sono preposte: evitare «*che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza*». Il relativo contenuto, come detto, risulta normativamente tipizzato dall'art. 18 C.C.I. . A richiesta dell'imprenditore, a far data dalla pubblicazione nel

266 D.MANENTE in op. cit. p. 112.

registro delle imprese della relativa istanza²⁶⁷, può essere impedito ai creditori di «*acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore*» e di «*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*».

Per entrambi tali strumenti, gli aspetti procedurali e le circostanze che possono portare alla loro *revoca e modifica*, risultano unitariamente disciplinati dall'art.19 C.C.I.²⁶⁸, anche perché tra le due misure si potrebbe prospettare una forte interazione e interdipendenza. E' stato addirittura sostenuto che la richiesta delle misure cautelari sia subordinata alla richiesta anche di quelle protettive sulla base del tenore testuale dell'art. 19, il quale sembrerebbe «*escludere che possa chiedersi l'applicazione autonoma ed esclusiva solo di queste ultime [ovvero le misure cautelari N.d.A.] senza aver chiesto anche le misure protettive*»²⁶⁹. Suscita in verità perplessità la ricostruzione offerta: il comma 1 dell'art. 54, disciplinante le misure protettive e cautelari all'interno degli strumenti di regolazione della crisi ma applicabile anche in parte alla composizione negoziata (in forza del c. 3), dispone infatti che «*Le misure cautelari possono essere concesse anche dopo la pubblicazione dell'istanza di cui all'articolo 18, comma 1, tenuto conto dello stato delle trattative e delle misure eventualmente già concesse o confermate ai sensi dell'articolo 19*». Pertanto alla luce di tale ricostruzione normativa risulta preferibile accordare

267 E' importante notare come, con riferimento sia alle misure protettive che a quelle cautelari, non si tratti di benefici concessi *ex lege* all'imprenditore per il sol fatto di aver presentato la domanda di nomina dell'esperto ma devono essere appositamente richieste dall'imprenditore. Una differenza rimarchevole tra le due *misure* è che, con riferimento all'operatività degli effetti, quelle *protettive* iniziano ad essere efficaci al momento della pubblicazione dell'istanza; mentre quelle *cautelari* richiedono un intervento del giudice per dispiegare i loro effetti. Cfr. F.DI MARZIO, in op. cit. pp. 113 ss. .

268 Per esigenze di chiarezza espositiva si rimanda a tale articolo. Infatti si tratta di un procedimento fortemente «*burocraticizzato*», Cfr.F.DI MARZIO in op. cit pp.116 ss. Occorre sottolineare che il giudice ,in ogni momento, può ,«*su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto*», revocare o abbreviare la durata di tali *misure* «*[...] sentite le parti interessate, e in ogni caso a seguito dell'archiviazione dell'istanza ai sensi dell'articolo 17, commi 5 e 8, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti*».

269 F. LAMANNA in op. cit. p.192.

indipendenza e autonomia alle due misure; anche rispetto alla finalità complessiva dell'istituto, l'autonoma gestibilità dei due strumenti appare di maggiore utilità.

(...segue) I vantaggi *collaterali* delle misure protettive

Le misure protettive comportano anche altre tre ulteriori «*vantaggi collaterali*»²⁷⁰.

Secondo il comma IV dell'art. 18, dal giorno della pubblicazione della relativa istanza nel registro delle imprese «*e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata*». Questa disposizione aveva suscitato numerose critiche in dottrina²⁷¹, atteso che la preclusione posta dalla norma si manteneva anche in caso di revoca o abbreviazione delle misure protettive²⁷². Accogliendo tali rilievi, il Legislatore ha quindi previsto con il *Secondo Correttivo* (articolo 6, comma I, del D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83) «*salvo che il tribunale disponga la revoca delle misure protettive*».

Ulteriore *vantaggio collaterale* delle misure protettive è previsto dal V comma dell'articolo 18, il quale fa derivare quale effetto automatico della pubblicazione dell'istanza, il c.d. *blocco dell'autotutela contrattuale*²⁷³, che impedisce ai creditori «*non solo l'esercizio attivo di azioni volte a realizzare il proprio credito, ma si impedisce loro anche l'esercizio passivo di eccezioni difensive con le quali rifiutarsi di effettuare prestazioni a favore dell'imprenditore quando costui è già stato inadempiente alle sue*»²⁷⁴.

La norma in esame ha ad oggetto i *contratti pendenti*, ovvero quei contratti a prestazioni corrispettive già in corso e non ancora eseguiti integralmente da entrambe le parti, secondo la nozione di *contratti pendenti* contenuta nell'art. 97 del C.C.I. in tema di concordato preventivo, seppur con qualche differenza nominalistica.

270 F. LAMANNA in op. cit. p. 198.

271 Cfr. DI MARZIO in op. cit. pp. 117 ss. .

272 Nell'ipotesi, prevista dal comma 6 dell'art 19, in cui «*esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti*».

273 Cfr. D. MANENTE, in op. cit. pp. 145 ss. .

274 F. LAMANNA in op. cit. p. 201.

Seppur comune la definizione, la *ratio* alla quale sono ispirate le predette norme risulta tuttavia diametralmente opposta, atteso che il concordato preventivo costituisce un tipico *strumento della crisi*²⁷⁵ e che l'interesse ivi tutelato del debitore è quello di potersi *sciogliere* dal vincolo contrattuale.

Particolarmente ampia risulta la tipologia di contratti rientranti in tale categoria, comprendendo sia i *contratti essenziali*²⁷⁶ che quelli *non essenziali*.

Come contraltare della estesa operatività di tale *effetto*, il Secondo Correttivo ha introdotto un ulteriore inciso al comma V dell'articolo 18, prevedendo la possibilità per i creditori interessati dalle misure protettive di «*sospendere l'adempimento dei contratti pendenti dalla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 fino alla conferma delle misure richieste*».

Limite all'operatività del *blocco* risulta l'inadempimento dell'imprenditore ai crediti sorti o maturati nel corso delle trattative o «*relativamente alle prestazioni che devono ancora effettuare in base a termini già scaduti anteriormente*»²⁷⁷.

Quanto alla durata del *blocco all'autotutela*, si ritiene che questo permanga sino a quando siano efficaci le misure protettive (e non le trattative²⁷⁸).

Il terzo *vantaggio collaterale* connesso con le misure protettive è previsto all'interno dell'articolo 20 del C.C.I., secondo il quale l'imprenditore *può* potestativamente e unilateralmente *dichiarare* che, sino alla fine delle trattative o all'archiviazione dell'istanza, non si applichino le norme del codice civile che impongono di ricapitalizzare una società di capitali in caso di perdite rilevanti, e prevedono anche che, in caso di

275 Tale *fase*, si colloca in un momento logicamente successivo e più grave rispetto all'arco temporale in cui opera la composizione negoziata (*pre-crisi*, di cui *supra*). Pertanto, la possibilità di rendere inoperante l'autotutela contrattuale, se per il debitore in una situazione di pre-crisi rappresenta un vantaggio, per l'imprenditore in concordato preventivo non sempre lo è e, soprattutto, la scelta non è completamente libera in quanto ai sensi dell'articolo 97 è necessaria l'autorizzazione del comitato dei creditori.

276 Ai sensi dell'articolo 7 parr. 4 e 5 della direttiva *Insolvency*, per contratti pendenti essenziali si intendono «*i contratti pendenti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione comporterebbe la paralisi dell'attività del debitore*».

277 F. LAMANNA in op. cit. p. 202.

278 D.MANENTE in op. cit. p. 140 ss

omissione, la società sia posta in liquidazione e si sciogla, quando le perdite abbiano ridotto il capitale sotto il minimo legge ²⁷⁹.

Anche tale disposizione è stata vivacemente criticata in Dottrina²⁸⁰, che ritiene eccessivi i vantaggi accordati all'imprenditore. In un'ottica di bilanciamento dei poteri delle parti, il Secondo Correttivo ha quindi introdotto il comma II all'articolo 20, il quale ora prevede che nel caso in cui l'imprenditore richieda l'applicazione di misure protettive, la sospensione di tali disposizioni cessi «*a partire dalla pubblicazione nel registro delle imprese del provvedimento con il quale il tribunale dichiara l'inefficacia delle misure richieste, ai sensi dell'articolo 19 comma 3, o ne dispone la revoca*».

2.6.3.2 Il regime giuridico di speciali atti di straordinaria amministrazione

Come detto *supra*, la disciplina della composizione negoziata è volta a tutelare sia l'interesse della stessa impresa a sopravvivere, sia quello dei creditori ad essere soddisfatti: la disciplina di cui all'art. 22 C.C.I. regolante particolari atti di straordinaria amministrazione coniuga perfettamente tali interessi, ancorando il rilascio dell'autorizzazione da parte del tribunale alla «*funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori*».

Fatta salva la disciplina analitica dei singoli atti di straordinaria amministrazione, di cui *infra*, è opportuno interrogarsi, alla luce della centralità dell'operazione economica sottesa alle trattative, su quali siano i criteri attraverso cui il Tribunale possa concretamente operare la valutazione circa la funzionalità dell'atto rispetto alle finalità di cui all'articolo 22.

A tal proposito è opportuno sottolineare la rilevanza di due profili: il ruolo dell'esperto negoziatore e l'obbligo di agire informato degli amministratori²⁸¹. Per ciò che concerne il primo, nell'espletamento dei suoi compiti istituzionali volti alla verifica delle condizioni

279 Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto delle società*, UTET, Vicenza, 2017, pp.517 ss., ovvero gli «*articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-ter del codice civile*» e inoltre «*non si verifica la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile*» .

280 Una sorta di «*«scudo spaziale»*», D. GALLETTI, *Breve storia di una (contro) riforma «annunciata»*, in *il fallimentarista.it*, 1 settembre 2021, p. 3.

281 V. DE SENSI, in *op. cit.* .

che rendano concretamente perseguibile il risanamento, l'esperto viene messo in condizione di raccogliere una serie di dati ed informazioni circa le condizioni oggettive in cui versa l'impresa strumentali all'autorizzazione che il Tribunale deve rilasciare.

Per quanto concerne invece l'obbligo di agire informato degli amministratori, esso deve essere inteso non solo come predisposizione di documenti idonei a rappresentare fedelmente le implicazioni dell'atto dispositivo per il quale si richiede l'autorizzazione ma anche come obbligo di dare compiute informazioni al Tribunale, idonee a consentire la valutazione in ordine all'autorizzazione.

(...segue) I finanziamenti prededucibili

La prima tipologia di atto che deve essere sottoposto ad autorizzazione da parte del Tribunale, concerne la richiesta dell'imprenditore di contrarre finanziamenti a cui viene accordato il beneficio della *prededucibilità*²⁸². Secondo il disposto del comma secondo dell'articolo 22, vengono in rilievo tre tipologie di finanziamento che possono formare oggetto di richiesta di autorizzazione:

- a) il finanziamento erogabile da qualunque soggetto terzo a favore dell'imprenditore che abbia promosso la composizione negoziata;
- b) il finanziamento erogabile a favore della società che fatto accesso alla composizione negoziata;
- c) il finanziamento erogabile a favore della società che abbia promosso la composizione negoziata da un'altra società appartenente al medesimo gruppo societario.

282 Il legislatore ha ritenuto meritevole di tutela il bisogno di liquidità dell'imprenditore che versi in stato di pre-crisi o crisi, sostenendo come tale previsione agevoli il risanamento e dunque favorisca la soddisfazione degli interessi creditori. Cfr. Relazione illustrativa al D.L. 118\2021, ove si legge che «*la disposizione non è dannosa per i creditori titolari di diritti maturati in epoca anteriore e muniti di una causa legittima di prelazione, ed in particolare per i creditori pubblici, posto che si tratta di finanziamenti che consentono la prosecuzione dell'attività e migliori prospettive di soddisfacimento per tutti i creditori.[...] essendo indubbio infatti che il risanamento dell'impresa, che garantisce il ripristino delle sue capacità solutorie, rappresenta per tutti i creditori la migliore alternativa rispetto alla gestione della crisi in sede concorsuale.* ».

Il beneficio della prededuzione, nel caso di concessione dell'autorizzazione da parte del tribunale, potrà essere fatto valere esclusivamente in caso di una successiva liquidazione giudiziale, e non all'interno della medesima procedura di composizione negoziata²⁸³.

La norma in esame esclude dal proprio ambito di applicazione, e pertanto li svincola dall'autorizzazione del tribunale, sia i finanziamenti destinati a rimanere privi del beneficio della prededuzione (i quali resteranno disciplinati dalle norme in materia di atti di straordinaria amministrazione all'interno della composizione negoziata), sia quelli a favore di terzi da parte dell'imprenditore.²⁸⁴ Non rientra nel campo di applicazione della norma neppure il finanziamento erogato nell'ambito di un gruppo di imprese in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo²⁸⁵.

(...segue) Il trasferimento d'azienda o di suoi rami

L'operazione giuridica in epigrafe, in qualunque forma attuata, risulta il secondo specifico atto di straordinaria amministrazione soggetto ad autorizzazione da parte del tribunale, che si rende però necessario, specifica la lettera *d*) del comma due dell'articolo 22, solo qualora l'imprenditore voglia rendere inoperante il disposto di cui all'articolo 2560 c.c. comma 2; norma che attribuisce la responsabilità solidale degli acquirenti con il cedente, per i debiti sorti anteriormente al trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, come risultanti dai libri contabili.

La *ratio* di tale disposizione è quella di predisporre un incentivo volto a rendere più appetibile l'acquisto dell'azienda²⁸⁶; l'intervento del tribunale si rende necessario in

283 In ciò avvalorandosi la tesi per cui tale istituto non può essere annoverato fra gli istituti tipicamente concorsuali in cui risulta applicabile il principio della *par condicio creditorum*.

284 «[...]la norma è infatti finalizzata ad incentivare i terzi a finanziare l'imprenditore in pre-crisi o crisi attribuendo loro il beneficio della prededuzione, e non ad incentivare l'imprenditore in pre-crisi o crisi ad assumere la veste di finanziatore in favore di terzi». F. LAMANNA in op. cit. p.207.

285 Di cui *Infra*.

286 Infatti, la responsabilità solidale dell'acquirente costituisce un vero e proprio disincentivo all'acquisto dell'azienda, sopra tutto nei momenti in cui il cedente sia un'impresa in crisi in quanto è agevole immaginare che i debiti cui si dovrà rispondere in via solidale saranno molti.

quanto ciò comporta una vistosa deroga alle norme del c.c.²⁸⁷ . Nel caso in cui l'imprenditore non voglia sfruttare il beneficio concessogli dalla norma in esame, il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo saranno soggetti alla disciplina di cui all'articolo 21 concernente gli atti di straordinaria amministrazione²⁸⁸ .

A fronte del rischio di un possibile utilizzo strumentale della disposizione, a ragione della possibilità di consecuzione del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio alla composizione negoziata nel caso in cui quest'ultima venisse archiviata, il Secondo Correttivo ha aggiunto l'inciso, di natura cautelativa, per cui «*Il tribunale verifica altresì il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente*».

Sotto il profilo procedimentale, va solo segnalato come sia il procedimento volto ad accordare ai finanziamenti il beneficio della prededucibilità, sia quello volto al rilascio dell'autorizzazione relativa al trasferimento dell'azienda o di un suo ramo nel caso in cui si voglia rendere inoperante la regola di cui all'articolo 2560 c.2, hanno una disciplina unitaria contenuta all'interno del comma due dell'articolo 22: si tratta di un procedimento giudiziale incidentale rispetto alla composizione negoziata e che segue le forme del procedimento in camera di consiglio.²⁸⁹

287 Tale regola normativa, secondo la giurisprudenza, è imperativa, ossia non derogabile dalle parti nel contratto di cessione, nei rapporti di diritto comune, in quanto posta a tutela non tanto delle parti, bensì dei terzi creditori. Cfr. Trib. Treviso, 29 settembre 20202, in *Redazione Giuffrè, 2021* e Cass. Civ. Sez. III, 11 novembre 2019, n. 32135.

288 Di cui *Supra*.

289 Cfr. D. MANENTE in op. cit. pp. 149 ss. .

2.7 Casi particolari di composizione negoziata

Per esigenze di completezza è opportuno analizzare due ipotesi particolari di composizione negoziata: *la composizione negoziata per le imprese sotto-soglia* e *la composizione negoziata di gruppo*. Come si vedrà le caratteristiche di tali istituti risiedono non tanto nei fini che questi si perseguono (i medesimi della composizione negoziata “semplice”), bensì nel peculiare atteggiarsi di alcuni elementi caratteristici.

2.7.1 La composizione negoziata per le imprese *sotto-soglia*: il problema delle *start up innovative*

Come si è avuto modo di osservare *supra* (cap.2.3.1), l’art. 12 del C.C.I. tende ad estendere al massimo il presupposto soggettivo, necessario ai fini dell’accesso alla composizione negoziata, e quindi la platea dei soggetti che possono accedere all’istituto. Risulta quindi opportuno analizzare quali siano le conseguenze operative nel caso sia un’impresa *sotto-soglia* (o *minore*) a voler accedere all’istituto; ossia un’impresa commerciale o agricola che non superi le soglie indicate dall’articolo 2 alla lettera *d*)²⁹⁰. Per queste l’articolo 25-*quater* del C.C.I. detta una disciplina specifica.

Le differenze rispetto alla composizione “ordinaria” hanno natura esclusivamente procedimentale e sono improntate ad una semplificazione del procedimento. Relativamente al presupposto oggettivo, anche in tale tipo di composizione negoziata rilevano le «*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza*» e la circostanza per cui risulti «*ragionevolmente perseguibile il risanamento dell’impresa*».

290 L’impresa deve presentare 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’articolo 348».

A ragione del rinvio operato alla disciplina generale²⁹¹, le differenze riguardano i documenti che l'imprenditore deve obbligatoriamente produrre ed i possibili esiti delle trattative. Con riferimento ai primi, fermo restando che le disposizioni che interessano entrambe le tipologie di imprese avranno un grado di complessità attuativa diverso, solo per le *imprese sotto-soglia* non si rende obbligatoria la produzione di «*un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che intende adottare*». Ciò risulta coerente con le esigenze di speditezza di tale tipo di composizione negoziata per la crisi di impresa.

Per quanto concerne gli esiti delle trattative, sia in positivo che in negativo, essi risultano leggermente diversi rispetto a quelli previsti per il procedimento "ordinario" e sono descritti, rispettivamente, dal comma 3 e 4 dell'articolo 25-*quater*.²⁹²

L'articolo in questione lascia poi aperto il dubbio circa il tipo di composizione assistita della crisi di impresa alla quale possono accedere le c.d. *start up innovative*²⁹³, atteso che

291 In virtù del disposto del comma 5 dell'articolo 25-*quater*, infatti «*Si applicano, per quanto non specificamente previsto dalle disposizioni del presente articolo, gli articoli 12, 13, commi 1,2, 3, 4, 5 e 9, 14, 15, 16, 17, commi 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10, 18, 19, 20, 21, 22, 24, commi 3 e 4, 25, 25-bis, 25-ter, 25-quinquies, 25-sexies, 25-septies e 25- octies, in quanto compatibili*».

292 Nel caso di esito positivo le parti possono «*a) concludere un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi e idoneo ad assicurare la continuità aziendale; b) concludere un accordo avente il contenuto dell'articolo 62 c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre gli effetti di cui all'articolo 25-bis, comma 5. Con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.*». Viceversa, nel caso di esito negativo delle trattative, l'imprenditore può «*a) proporre la domanda di concordato minore di cui all'articolo 74; b) chiedere la liquidazione controllata dei beni ai sensi dell'articolo 268; c) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-sexies; d) per la sola impresa agricola, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61.*»

293 Ai sensi dell'articolo 25 del D.L. 179\2012, per *start up innovativa* si intende una «*società di capitali, costituita anche in forma cooperativa, le cui azioni o quote rappresentative del capitale sociale non sono quotate su un mercato regolamentato o su un sistema multilaterale di negoziazione*», che presenti i seguenti requisiti : «*b) e' costituita da non piu' di sessanta mesi; c) e' residente in Italia ai sensi dell'articolo 73 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, o in uno degli Stati membri dell'Unione europea o in Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo, purché abbia una sede produttiva*

alle stesse non viene fatto alcun riferimento né all'interno dell'articolo 12, né all'interno dell'articolo 25-*quinques* e neppure nella relazione illustrativa al D.L. 118\2021. Poiché l'unico riferimento normativo in merito è contenuto alla lettera c) del comma 1 dell'articolo 2, relativa alla definizione di «*sovraindebitamento*», si ritiene possibile assoggettare tali tipo di imprese alla disciplina delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui agli articoli 65 ss. C.C.I. , istituto differente dalla composizione negoziata della crisi di impresa sia *maior* che *minor*.

A tal proposito sono state distinte interpretazioni.

o una filiale in Italia; d) a partire dal secondo anno di attivita' della start-up innovativa, il totale del valore della produzione annua, cosi' come risultante dall'ultimo bilancio approvato entro sei mesi dalla chiusura dell'esercizio, non e' superiore a 5 milioni di euro; e) non distribuisce, e non ha distribuito, utili; f) ha, quale oggetto sociale esclusivo o prevalente, lo sviluppo ,la produzione e la commercializzazione di prodotti o servizi innovativi ad alto valore tecnologico; g) non e' stata costituita da una fusione, scissione societaria o a seguito di cessione di azienda o di ramo di azienda; h) possiede almeno uno dei seguenti ulteriori requisiti: 1) le spese in ricerca e sviluppo sono uguali o superiori al 15 per cento del maggiore valore fra costo e valore totale della produzione della start-up innovativa. Dal computo per le spese in ricerca e sviluppo sono escluse le spese per l'acquisto e la locazione di beni immobili. Ai fini di questo provvedimento, in aggiunta a quanto previsto dai principi contabili, sono altresì da annoverarsi tra le spese in ricerca e sviluppo: le spese relative allo sviluppo precompetitivo e competitivo, quali sperimentazione, prototipazione e sviluppo del business plan, le spese relative ai servizi di incubazione forniti da incubatori certificati, i costi lordi di personale interno e consulenti esterni impiegati nelle attivita' di ricerca e sviluppo, inclusi soci ed amministratori, le spese legali per la registrazione e protezione di proprieta' intellettuale, termini e licenze d'uso. Le spese risultano dall'ultimo bilancio approvato e sono descritte in nota integrativa. In assenza di bilancio nel primo anno di vita, la loro effettuazione e' assunta tramite dichiarazione sottoscritta dal legale rappresentante della start-up innovativa; 2) impiego come dipendenti o collaboratori a qualsiasi titolo, in percentuale uguale o superiore al terzo della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di titolo di dottorato di ricerca o che sta svolgendo un dottorato di ricerca presso un'universita' italiana o straniera, oppure in possesso di laurea e che abbia svolto, da almeno tre anni, attivita' di ricerca certificata presso istituti di ricerca pubblici o privati, in Italia o all'estero, ovvero, in percentuale uguale o superiore a due terzi della forza lavoro complessiva, di personale in possesso di laurea magistrale ai sensi dell'articolo 3 del regolamento di cui al decreto del Ministro dell'istruzione, dell'universita' e della ricerca 22 ottobre 2004, n. 270; 3) sia titolare o depositaria o licenziataria di almeno una privativa industriale relativa a una invenzione industriale, biotecnologica, a una topografia di prodotto a semiconduttori o a una nuova variet  vegetale ovvero sia titolare dei diritti relativi ad un programma per elaboratore originario registrato presso il Registro pubblico speciale per i programmi per elaboratore, purch  tali privative siano direttamente afferenti all'oggetto sociale e all'attivita' di impresa»

Alcuni autori²⁹⁴, partendo dal presupposto che non ci sia alcun motivo valido per escludere le *start-up innovative* dalla disciplina dettata per le imprese *sotto-soglia*, fanno leva una possibile “svista” del Legislatore. Altri²⁹⁵, invece, propendo per l’applicazione integrale dell’art. 17 «*solamente alle start up innovative sotto-soglia, mentre a quelle sopra soglia potrebbe applicarsi una forma mista che combini i profili procedurali della forma ordinaria con le soluzioni per la conclusione delle trattative ovvero per la prosecuzione del percorso in caso di esito negativo delle stesse, stabilite invece, per la forma semplificata*». Secondo l’interpretazione che si ritiene preferibile, in difetto di una disposizione chiarificatrice in merito, si dovrebbe ritenere applicabile a tale tipo di imprese «*il criterio discrezionale ordinario, che fa leva sul superamento o meno delle soglie di cui all’art.2, comma 1, lett d)*»²⁹⁶.

2.7.2 La composizione negoziata di gruppo

Per gruppo di imprese si intende, ai sensi della lettera *h*) del comma 1 dell’articolo 2 «*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*»²⁹⁷.

Nell’ipotesi in esame, la disciplina della composizione negoziata si differenzia, rispetto al modello “ordinario”, per la peculiare disciplina prevista per la *conduzione delle trattative* e per i finanziamenti infragruppo.

Quanto al primo tema, va premesso come l’articolo 25²⁹⁸ preveda due modalità per la presentazione dell’istanza di nomina dell’esperto indipendente al segretario generale della

294 Cfr. F. PLATANIA, , Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c., in ilfallimentarista.it, 07\10\2021, pp. 6 ss. .

295 Cfr. M.DI SARLI, *Composizione negoziata della crisi e concordato semplificato: il d.l. 118\2021 ha dimenticato le start-up innovative?*, www.ilcaso.it, 21 settembre 2021, p. 4.

296 F. LAMANNA in op. cit. p. 233.

297 Tale situazione fattuale è oggetto di una presunzione relativa, infatti, ai sensi dell’ultimo periodo di detta disposizione «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».

298 Rubricato “«Conduzione delle trattative nel caso di gruppo di imprese»”.

camera di commercio competente²⁹⁹: un'unica domanda per le imprese appartenenti al medesimo gruppo o più domande distinte e separate; in entrambe le ipotesi, ciascuna delle imprese del gruppo deve trovarsi «*nelle condizioni indicate nell'articolo 12, comma 1*» e avere «*ognuna il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato*»;³⁰⁰ all'istanza, inoltre, devono essere allegati i documenti di cui al comma 3³⁰¹.

La conduzione delle trattative si differenzia nel caso di istanza unitaria o disgiunta e risulta analiticamente disciplinata dai commi 5 e 7 dell'articolo 25; unitariamente rimane fermo che l'esperto è nominato con le modalità di cui all'articolo 13³⁰² e svolge le funzioni facilitatorie di cui *supra*,

Nel primo caso, l'esperto assolve i propri compiti 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 svolgere le trattative per singole imprese*».

299 La camera di commercio competente per ricevere l'istanza di nomina nel caso di istanza unitaria, viene individuata tramite i criteri dettati dal comma 2 del medesimo articolo «*L'istanza è presentata alla camera di commercio ove è iscritta la società o l'ente, avente il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato, che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, l'impresa avente il proprio centro degli interessi principali nel territorio dello Stato che presenta la maggiore esposizione debitoria, costituita dalla voce D del passivo nello stato patrimoniale prevista dall'articolo 2424 del codice civile in base all'ultimo bilancio approvato e inserito nella piattaforma telematica ai sensi del comma 4.*». Per quanto concerne, invece, la determinazione della competenza nel caso di presentazione di istanze disgiunte, l'articolo 25 non detta regole specifiche; pertanto si dovrà tenere conto degli ordinari criteri di competenza, per ciascuna impresa, indicati nell'articolo 12.

300 Autorevole dottrina sostiene che, pur non essendo previsto espressamente, è possibile ritenere che l'istanza possa riferirsi o essere presentata anche dalle imprese sotto-soglia; 2021 «*[...]prevalendo, in caso di domanda unitaria, e dovendo applicarsi, le modalità del procedimento ordinario e non quelle del procedimento semplificato*». Cfr. P. BOSTICCIO, *La composizione negoziata: trattative e gruppo di imprese*, in *ilfallimentarista.it*, 13\09\2021; e F.LAMANNA in op. cit. p. 236.

301 In particolare devono essere allegati «*oltre alla documentazione indicata nell'articolo 17, comma 3, 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 ai sensi dell'articolo 2497-bis del codice civile e il bilancio consolidato di gruppo, ove redatto*»

302 Ex art. 25 comma 3 .

In caso di istanza presentata singolarmente dalle imprese appartenenti al medesimo gruppo, invece, le trattative vengono portate avanti da più esperti nominati singolarmente per ciascuna impresa; il comma 7 prevede inoltre che gli esperti nominati, *sentiti i richiedenti e i creditori*, possano proporre che «*che la composizione negoziata si svolga in modo unitario oppure per più imprese appositamente individuate*»³⁰³.

Ulteriore profilo caratteristico relativo alla conduzione delle trattative è ravvisabile nel disposto di cui al comma sesto dell'articolo 25, che si adatta perfettamente alle esigenze e alle problematiche inerenti al tema dei gruppi di imprese. Per agevolare il coinvolgimento di tutti gli interessi coinvolti nel risanamento di gruppo, infatti, anche le imprese che «*non si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 12, comma 1, possono, anche su invito dell'esperto, partecipare alle trattative*». Tale disposizione risulta innanzi tutto coerente rispetto a quanto previsto dall'articolo 17 comma 5³⁰⁴, atteso che anche le imprese *in bonis* possono considerarsi quali parti interessate al processo di risanamento; dall'altro, la norma pone il problema circa l'ammissibilità della partecipazione di queste ultime agli accordi conclusivi delle trattative³⁰⁵. Ammissibilità negata da parte della Dottrina: se è pur vero che il primo comma dell'articolo 23 fa riferimento ad accordi conclusi dalle *parti*, il secondo comma, nell'elencarne i possibili epiloghi, «*considera quali possibili controparti negoziali (della parte che è l'imprenditore istante) solo i "creditori", e non qualunque altra parte interessata che abbia partecipato alle trattative.*».³⁰⁶

Conclusivamente si deve rappresentare come le soluzioni adottabili all'esito delle trattative sono individuate nel comma 9 dell'articolo 25, introdotto dal Secondo Correttivo, e sono le medesime previste per il procedimento "ordinario" dall'articolo 23 .

303 In tale circostanza, per altro, la composizione negoziata «*prosegue con l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati*» ; qualora manchi la designazione, «*la composizione prosegue con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata*».

304 Secondo il quale «*l'esperto incontra le altre parti interessate al processo di risanamento*»

305 Cfr. P. BOSTICCIO in op. cit.

306 F. LAMANNA in op. cit. p. 172

(...segue) I finanziamenti infragruppo

Un'ulteriore peculiarità della composizione negoziata di gruppo deve essere ravvisata nella disciplina dei finanziamenti. Dispone infatti il comma 8 dell'articolo 25 che *«I finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17, sono esclusi dalla postergazione di cui agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile»*.

Evidente la finalità della specifica disciplina, tesa ad evitare operazioni infragruppo ai danni, o in frode, degli ulteriori creditori.

Uniche condizioni che devono essere rispettate per l'operatività dell'istituto in esame sono, rispettivamente, *«che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto ai sensi dell'articolo 21, comma 2»*; e che *«l'esperto, dopo avere segnalato che l'operazione può arrecare pregiudizio ai creditori, non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, ai sensi dell'articolo 21, comma 4.»*

La norma, dunque, pur nel delimitare le condizioni di accesso all'istituto, incentiva il ricorso a tale tipologia di finanziamento *«sul presupposto che nella crisi di gruppo possa risultare utile, e non solo non pregiudizievole, un finanziamento infragruppo, anche quando fosse erogato da una società del gruppo in stato di crisi (che l'ha appunto indotta ad attivare la composizione negoziata)»*³⁰⁷.

Va sottolineato, in ogni caso, che il beneficio in esame è circoscritto esclusivamente all'inoperatività della postergazione. Il comma 8, infatti, non si occupa né di attribuire la prededuzione al credito di rimborso proprio dell'imprenditore nei confronti della società finanziata, né di eliminare l'obbligo di restituzione del rimborso che dovesse intervenire nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società finanziata.³⁰⁸

307 F. LAMANNA in op. cit. p. 210.

308 Come previsto dal secondo periodo del primo comma dell'articolo 2467 c.c. .

CAPITOLO III

PRINCIPALI STRUMENTI DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E TUTELA DELLA CONTINUITÀ AZIENDALE

SOMMARIO: -3.1 Gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza -3.2 Gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento: considerazioni generali -3.2.1 Disciplina e tutela della continuità aziendale -3.3 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti -3.3.1 Natura e struttura -3.3.2 Omologazione: disciplina ed effetti comuni -3.4 Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa -3.5 Il concordato preventivo - 3.5.1 Aspetti procedurali: cenni -3.5.2 Gli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo –(...segue) Effetti sul debitore e sui creditori –(...segue) Effetti sui contratti pendenti -3.6 Il concordato preventivo in continuità aziendale –(...segue) Gli incentivi alla continuità

3.1 Gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza

Come tematica finale dell'Elaborato è opportuno soffermarci nell'analisi dei presidi predisposti dal Legislatore a tutela della continuità aziendale.

Risulta infatti essenziale analizzare gli istituti che, differentemente dagli adeguati assetti e dalla composizione negoziata, collocano la loro operatività in un momento successivo ai primi, quando sia cioè maturata la situazione di crisi o insolvenza (reversibile) dell'impresa e le stesse siano oramai concretizzate.

Risulta opportuna una precisazione terminologica: dalla dizione della rubrica del Titolo III (“«Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza»”) e IV (“«Strumenti di regolazione della crisi»”) del C.C.I. sembrerebbe esserci una contrapposizione fra le discipline degli istituti ivi contenute, che viceversa è solo apparente.

Non è riscontrabile, infatti, una reale divergenza e/o contrapposizione che si fondi sul diverso presupposto oggettivo richiamato in rubrica per potervi ricorrere. Infatti il Titolo IV disciplina strumenti e procedure «che hanno come duplice ed alternativo presupposto oggettivo sia la crisi che l'insolvenza [reversibile N.d.A.] - a seconda che sussista l'una o l'altra -, sebbene ad entrambi i presupposti faccia riferimento la sola rubrica del precedente Titolo III e non invece la rubrica del Titolo IV, che si limita a fare invece

riferimento alla sola crisi, perdendo per strada l'insolvenza»³⁰⁹. All'interno del Titolo IV risultano quindi disciplinati anche quegli istituti alternativi alla liquidazione giudiziale che ha, invece, quale presupposto la sola insolvenza (irreversibile) e che viene disciplinata dal successivo Titolo V.

Le titolazioni non riescono quindi ad evadere un sistema classificatorio omogeneo con le discipline ivi contenute.

La disposizione che permette di operare una prima ricostruzione circa la finalità e la natura di tali strumenti (Titoli III e IV) viene offerta dalla lettera *m-bis* dell'comma I dell'articolo 2 C.C.I. che ricomprende: «*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*». La definizione assume carattere eccessivamente ampio e risultano pertanto opportune talune considerazioni, atteso che all'interno della stessa risultano essere ricompresi *strumenti* che presentano caratteristiche comuni e non.

La definizione di cui alla lettera *m-bis* ricomprende istituti che, cumulativamente, presentano un medesimo requisito oggettivo «*(costituito dalla crisi o dall'insolvenza) e dall'alternatività' rispetto alle procedure di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata del sovraindebitato*»³¹⁰; e che possono essere, su istanza del solo debitore, «*preceduti dalla composizione negoziata*».

Definito in tal modo il minimo comun denominatore, tali strumenti differiscono però sia per il *modus operandi*, potendo essere legittimamente perseguito sia il risanamento dell'impresa sia la liquidazione di questa, sia per la loro natura, essendo lasciata libera per l'imprenditore la scelta in merito al ricorso ad uno strumento concorsuale (inteso come «*strumen[*o*, N.d.A.] di regolamentazione e composizione coattiva dei rapporti tra il debitore e l'insieme dei suoi creditori in chiave di attuazione della responsabilità patrimoniale dello stesso debitore*»³¹¹) o negoziale.

Tale ultima opzione produce importanti conseguenze sia con riferimento alla possibilità che da un loro utilizzo possano discendere crediti qualificabili come *prededucibili* ; sia in

³⁰⁹ F. LAMANNA, in op. cit. pag. 264.

³¹⁰ R. BROGI, *Codice della crisi d'impresa: gli strumenti di regolazione della crisi di tipo negoziale*, in www.altalex.it, 20\12\2022, p.3.

³¹¹ S. AMATO, in op. cit., p. 10.

tema di applicabilità del principio della *par condicio creditorum*, di cui all'articolo 2741 c.c.³¹², invocabile solo in relazione agli strumenti aventi carattere concorsuale³¹³ (concordato preventivo, piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e - con riferimento alla composizione delle crisi da sovraindebitamento - concordato minore e piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore) e non anche a quelli operanti in ambito negoziale (accordi in esecuzione di un piano attestato di risanamento, convenzione di moratoria e, come si osserverà, accordi di ristrutturazione dei debiti).

All'interno di tale variegata previsione normativa di *strumenti* di regolazione della crisi e dell'insolvenza, il presente Scritto si propone di analizzare esclusivamente i principali istituti attraverso cui viene tutelata la continuità aziendale.

Continuità aziendale che, come si vedrà, risulta oggetto di una tutela non solo *diretta*, ponendosi quale condizione/obiettivo normativamente necessaria per l'accesso a specifici e particolari *strumenti* (quali gli accordi in esecuzione di un piano attestato di risanamento, il concordato in continuità aziendale e gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa), ma anche *indiretta*, attraverso le caratteristiche strutturali della disciplina generale dei singoli istituti (accordi di ristrutturazione e concordato preventivo).

Attesa l'ampiezza, già rilevata, della definizione di *strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza* di cui alla lettera *m-bis*), risulta ulteriormente opportuno chiarire se all'interno di tale categoria possano ricomprendersi anche gli strumenti messi a disposizioni del codice civile concernenti le c.d. *operazioni straordinarie*.

La risposta a tale quesito è positiva³¹⁴ alla luce nel disposto di cui al comma II dell'articolo 120 *bis* C.C.I. , collocato all'interno della Sezione VI *bis* rubricata “«*Degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società*»”, ove si legge, relativamente alla

³¹² Il quale dispone che «I *creditori hanno eguale diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, salve la disciplina delle cause legittime di prelazione*».

³¹³ Cfr., S. AMATO, *Diritto della crisi di impresa*, GIUFFRÈ, Milano, 2021, pp. 10 ss. Il quale riconduce la definizione in esame a quegli «*strumenti di regolamentazione e composizione coattiva dei rapporti tra il debitore e l'insieme dei suoi creditori in chiave di attuazione della responsabilità patrimoniale dello stesso debitore*».

³¹⁴ Cfr. A. NIGRO, *La nuova disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle società*, in www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 11\10\2022, pp.2 ss. .

fase di “«Accesso»” ad uno strumento di regolazione della crisi o dell’insolvenza, che il piano annesso possa prevedere legittimamente qualsiasi modificazione dello statuto della società facente ricorso allo strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza. Infatti il secondo periodo del comma II dell’articolo 120-*bis*, ove si specifica che all’interno delle modificazioni statutarie debbono ricomprendersi sia gli aumenti e le riduzioni di capitale³¹⁵, «*anche con esclusione o limitazione del diritto di opzione*», sia le «*altre modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, nonché fusioni, scissioni e trasformazioni*».

³¹⁵ Artt. 2441 e 2447 c.c. .

3.2 Gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento: considerazioni generali

Il primo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza che viene in rilievo è contenuto nell'articolo 56 C.C.I., rubricato «*Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*», così come sostituito dal D.Lgs. 147/2020.

Tale disciplina, insieme alle disposizioni di cui agli articoli 166 (in tema di revocatoria) e 284 (relativamente ai piani attestati di risanamento di gruppo) ripropone, completandola e aggiornandola alla luce del criterio direttivo contenuto nelle lettere *e*) ed *f*) del comma V dell'articolo 5 della legge-delega³¹⁶, la scarna disciplina dell'antecedente prototipo dei «*Piani attestati di risanamento*» contenuta nell'articolo 67 comma III lettera *d*) della Legge fallimentare.

La disposizione da ultimo citata aveva quale unico elemento caratterizzante³¹⁷ l'esenzione dalla revocatoria fallimentare per «*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse sui beni del debitore*» in esecuzione del piano, e sempre che quest'ultimo risultasse idoneo, previa attestazione di un esperto indipendente, «*a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria*». Tale effetto poteva essere utilmente apprezzato per il caso di una successiva apertura del fallimento, unitamente all'esenzione dalla possibilità di essere perseguiti per il reato di bancarotta previsto dall'articolo 217-*bis* l.fall. (ora articolo 324 C.C.I.)³¹⁸

Più articolata risulta essere, viceversa, l'attuale disciplina.

³¹⁶ Segnatamente la lettera *e*) ed *f*), dispongono rispettivamente, in merito agli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, che il piano attestato «*abbia forma scritta, data certa e contenuto analitico*» e che si debba «*imporre la rinnovazione delle prescritte attestazioni nel caso di successive modifiche, non marginali, dell'accordo o del piano*».

³¹⁷ Cfr. G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 64 ss. .

³¹⁸ La disciplina della revocatoria di siffatti atti in esecuzione di piani attestati di risanamento, poneva rimedio ai difetti strutturalmente connessi ai vecchi accordi stragiudiziali; scegliendo tale soluzione «*il debitore e i suoi creditori sono rassicurati sul fatto che in caso di insuccesso dell'iniziativa non saranno esperibili da parte dei creditori rimasti estranei azioni revocatorie: così che la perdita patrimoniale derivante dall'insuccesso del tentativo ricadrà anche su costoro*» .F.DI MARZIO, *Premessa*, VIII, in STANUOVO POLACCO, IANNACCONE, PICARDI, MORESCHINI, *La crisi d'impresa e i contratti*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 165.

Il C.C.I., pur avendo lasciato sostanzialmente inalterata la portata dell'istituto «*ha razionalmente separato la disciplina dello strumento di regolazione della crisi da quella degli effetti ed ha reso esplicito che lo strumento [di regolazione della crisi o dell'insolvenza N.d.A.] è rappresentato dagli accordi in esecuzione dei piani attestati e non da questi ultimi, isolatamente considerati*»³¹⁹. Ciò che assume rilevanza preminente non è il piano di per sé, quand'anche nella maggior parte dei casi esso sia frutto di un previo accordo tra debitore e creditori, bensì l'accordo esecutivo: il piano resta un atto unilaterale³²⁰ che risulta essere naturalmente «*collegato a sottesi o collaterali accordi di risanamento*»³²¹. Da qui discende la completa autonomia degli accordi, che indipendentemente³²² dall'esistenza di un piano, produrranno effetti secondo il diritto comune: il piano è idoneo, come vedremo, esclusivamente a mettere le parti al riparo da alcune conseguenze pregiudizievoli in caso di insuccesso. E' da sottolineare, inoltre, che anche gli accordi rimangono strumenti aventi natura negoziale e non concorsuale³²³, come il piano per come inquadrato all'interno dell'articolo 67 della legge fallimentare³²⁴.

³¹⁹ F. LAMANNA, in op. cit., p. 349.

³²⁰ Sulla natura del piano come atto unilaterale si veda S. AMATO, in op. cit. p. 275; per un'indicazione contraria si veda F.LAMANNA, in op. cit. p. 349, che sottolinea come tale assunzione collida con la mancanza di obbligatorietà dei piani, «*che non sono vere e proprie promesse*». Per una equiparazione dei piani a dei semplici «*piani programmatici aziendali*», si veda F.DI MARZIO, *La riforma delle discipline*, GIUFFRÈ', Milano, 2017, pp. 55-56.

³²¹ S. AMATO, in op. cit. p. 275.

³²² «*L'eventuale illegittimità del piano, se l'efficacia degli accordi non è esplicitamente o implicitamente ad esso condizionata, non impedisce che gli effetti propri degli accordi si producano ed eventualmente possano effettivamente determinare il superamento della crisi*». S. AMATO, in op. cit. p. 290.

³²³ «*A patto di intendere la riferita negozialità [...] agli accordi\intese\atti unilaterali collaterali al piano, e non al piano medesimo, che resta e non può che restare uno strumento\documento di mera programmazione aziendale*»; F. LAMANNA, *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*. Vol. 2, Giuffrè, Milano, 2019, p.25.

³²⁴ Per il carattere privatistico e stragiudiziale, si veda Cass. Civ., Sez. VI, 5 luglio 2016, n. 13719. Da tali considerazioni veniva escluso che da essi o in relazione ad essi, potessero sorgere crediti prededucibili (Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 25 gennaio 2018, n. 1895).

3.2.1 Disciplina e tutela della continuità aziendale

Il C.C.I. prevede testualmente, all'articolo 56, che il piano possa essere predisposto da chi «è imprenditore in stato di crisi o insolvenza».

In assenza di ulteriori specificazioni, come avviene in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti *ex* articolo 57 C.C.I., è da ritenersi che la legittimazione spetti sia all'imprenditore assoggettabile a liquidazione giudiziale, sia all'imprenditore c.d. minore ed a quello agricolo, benché questi ultimi non siano soggetti a liquidazione giudiziale bensì alla liquidazione controllata prevista per il caso di sovraindebitamento. Inoltre, tralasciando il dibattito esistente circa l'equiparazione dell'insolvenza irreversibile a quella reversibile ai fini dell'accesso al piano³²⁵, è da rilevare come il concetto stesso di crisi assuma una duplice rilevanza: «*come presupposto oggettivo ed al tempo stesso anche come requisito, operando da sbarramento per evitare il rischio che i piani, mediante la prevista esenzione da revocatoria, possano servire al debitore per alterare, in futuro, la par condicio creditorum, a scapito delle categorie dei creditori più deboli*»³²⁶.

Quanto alle finalità del piano, ai fini del presente Scritto risulta rilevante evidenziare come il comma I dell'articolo 56 C.C.I. realizza una forma di tutela della continuità aziendale *diretta*. Quest'ultima diviene canone normativamente vincolante per il legittimo esperimento dello strumento di regolazione della crisi. Viene infatti stabilito che il piano debba, oltre a «*essere rivolto ai creditori*»³²⁷, apparire «*idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria*»³²⁸. Inoltre, per poter legittimamente perseguire il

³²⁵ Per il quale si rimanda a F. LAMANNA, in op. cit. p. 355., il propende per la soluzione affermativa.

³²⁶ G.B. NARDECCHIA, *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI, Milano, 2010, p.238

³²⁷ Essendo meramente rivolto ai creditori, non si può ritenere che il piano possa essere qualificato «*come una proposta di accordo bilaterale con un creditore, né come accordo plurilaterale con tutti i creditori*»

Ciò non toglie, però, che questo debba essere «*oggetto di una comunicazione o di informativa ai creditori (c.d. disclosure)*». REDAZIONE LEGALE MEMENTO, *Crisi di impresa e fallimento*, Giuffrè, Milano, 2023, p.146.

³²⁸ Sembrerebbe essere di opinione contraria S.AMATO, in op. cit. p.277, il quale nell'interrogarsi circa la compatibilità di una finalità di tipo liquidatorio con il piano attestato dice : «*Sembra che all'interrogativo, malgrado la diffusa opinione contraria, fondata anche sulla Relazione illustrativa al decreto delegato, si*

risanamento dell'impresa, il piano deve avere «*data certa*», essere redatto in forma scritta³²⁹ e ³³⁰ contenere taluni documenti che sono indicati nel successivo comma II. In particolare devono essere allegati : «a) *la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; b) le principali cause della crisi; c) le strategie d'intervento*³³¹ e i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria³³²; d) i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative, nonché l'elenco dei creditori estranei, con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei loro crediti alla data di scadenza³³³; e) gli apporti di finanza nuova³³⁴ f) i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di

debba dare una risposta positiva poiché il risanamento dell'esposizione debitoria (con conseguente possibilità di adempiere regolarmente) e riequilibrio della situazione economico finanziaria (con conseguente adeguamento degli oneri finanziari) sono concetti compatibili anche con la liquidazione dell'azienda».

³²⁹ Sebbene tale requisito non sia specificato dall'articolo 56 C.C.I., si può ricavare dalla lettura dell'articolo 5 della legge delega. Inoltre ai sensi del comma V della medesima disposizione, anche «gli atti unilaterali e i contratti posti in essere in esecuzione del piano devono essere provati per iscritto e devono avere data certa».

³³⁰ Si ritiene, quand'anche si sia utilizzata la locuzione “*deve*”, che il contenuto del piano non debba comprendere necessariamente tutte le indicazioni previste dalla disposizione. Viene individuato infatti un contenuto minimo dal quale non si può prescindere nelle sole disposizioni di cui alle lettere a), b), c) ed f); essendo l'imprenditore ulteriormente libero di inserire ulteriori e diversi elementi. Cfr S. AMATO, in op. cit. pp. 277 ss. .

³³¹ Indicazione fondamentale per orientare il giudizio di fattibilità del professionista indipendente.

³³² Tale inciso rende chiaro come il Legislatore «*esiga un vero e proprio cronoprogramma, sì che i «tempi» costituiscono fondamentale articolazione della road-map programmatica, essendo gli steps in base ai quali verificare il rispetto dei convenants indicati nel piano»* F. LAMANNA , in op. cit. p. 29.

³³³«*Tale previsione è stata introdotta dal Primo Correttivo, ed agevola il controllo sul contenuto degli accordi e sulla ragionevolezza del piano da parte dei creditori aderenti e, eventualmente, da parte dell'autorità giudiziaria investita dell'azione revocatoria»* REDAZIONE LEGALE MEMENTO, op. cit. p. 147.

³³⁴ Risulta opportuno sottolineare come, a differenza degli accordi di ristrutturazione, del piano di ristrutturazione omologato e del concordato preventivo, la prededucibilità dei crediti derivanti da tali finanziamenti, in caso di successivo ed eventuale liquidazione giudiziale, viene esclusa. Sicché viene fatto rilevare come, rispetto alle procedure giudiziali di risoluzione della crisi, vi sia una disparità che non può

*verificarne la realizzazione, nonché gli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto*³³⁵. g) *il piano industriale e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario*».

Il piano così strutturato, deve essere approvato da un *professionista indipendente*³³⁶, il quale deve attestare la veridicità dei dati aziendali ivi contenuti e la fattibilità economica, ai sensi del comma III dell'articolo 56 C.C.I. .

Dall'attestazione discende l'effetto principale degli accordi stipulati in esecuzione del piano attestato di risanamento, il quale riprende a sua volta la disciplina originaria contenuta nella legge fallimentare: ai sensi della lettera d) del comma III dell'articolo 166 C.C.I. non sono revocabili, sia in caso in caso di successiva liquidazione giudiziale sia nell'ambito di un procedimento di revocazione ordinario di cui all'articolo 2901 c.c., «*gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'articolo 56 o di cui all'articolo 284 e in esso indicati*»³³⁷. Il regime di esenzione non opera viceversa, ai sensi del secondo periodo della medesima lettera, in caso di «*dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave*

essere superata in via interpretativa «*stante la natura eccezionale e di stretta interpretazione delle prededuzioni (e del resto considerando che anche la Suprema Corte ha finora escluso la natura prededucibile di crediti, come quelli professionali, sorti in correlazione con i piani attestati, cfr. Cass. 25 gennaio 2018, n.1895)*». F. LAMANNA, in op. cit. p.357.

³³⁵«*Tale disposizione normativizza la prassi, ormai invalsa soprattutto in ambito finanziario\bancario, intesa a fissare «convenants», ossia clausole di allarme che legittimano i creditori a porre in essere azioni volte alla salvaguardia dei propri interessi in presenza di scostamenti dalla previsioni contrattuali originarie*» REDAZIONE LEGALE MEMENTO, in op. cit. p.147.

³³⁶ Ai sensi della lettera o) del comma I dell'articolo 2 C.C.I., per *professionista indipendente* si intende «*il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa; ».*

del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia»³³⁸.

L'articolo 324 C.C.I. prevede inoltre la disapplicazione delle norme in tema di *bancarotta fraudolenta* (ex. art. 322 comma III C.C.I.) e *bancarotta semplice* (ex. art.323 C.C.I.) con riferimento ai *pagamenti e alle operazioni* posti in essere in esecuzione di un piano attestato di risanamento.

Tale regime di esenzione civilistica e penalistica presenta un indubbio profilo di criticità legato alla mancanza di un vero e proprio procedimento di approvazione del piano da parte del giudice o dei creditori.

L'idoneità dello stesso a perseguire i fini tipici di cui all'articolo 56 C.C.I. (da cui derivano i benefici di cui si è appena discusso) potrà infatti essere verificata, e sarà oggetto di un controllo vero e proprio, solo ed eventualmente in un momento successivo rispetto al momento in cui viene prodotta l'attestazione: o dal giudice civile nell'ambito di un giudizio di revocazione o dal giudice penale nell'ambito di un giudizio per bancarotta.³³⁹

Al di là di tale criticità, il regime delle esenzioni costituisce sia un incentivo per ricorrere a tale tipo di strumento di risoluzione della crisi, sia una forma di tutela *indiretta* della continuità aziendale.

Gli atti risultano infatti essere funzionali all'esecuzione del piano, il quale a sua volta è normativamente vincolato, come si diceva *supra*, al risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa.

Il comma IV dell'articolo 56 C.C.I. dispone infine che tanto il piano, quanto l'attestazione di cui al comma 3, così come gli accordi conclusi con i creditori, possono essere pubblicati nel registro delle imprese su richiesta del debitore. Tale previsione, introdotta dal Primo Correttivo, pur implementando il materiale conoscitivo messo a disposizione dei terzi,

³³⁸ E' opportuno segnalare che , mentre il dolo o la colpa grave dell'attestatore si possono verificare esclusivamente nel momento in cui viene prodotta l'attestazione; quelli del debitore sono concretamente possibili sia nel momento della predisposizione che nella fase esecutiva del piano *10quando sia cambiata la situazione e con essa le prospettive di risanamento»*. S. AMATO, in op. cit. p. 278.

³³⁹ *In queste ipotesi il giudice deve non solo verificare la regolarità formale del piano, ma anche valutare con un giudizio ex ante se esso appariva idoneo agli scopi previsti dalla legge* (Cass. Civ. Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3018; Cass. Civ. Sez. VI, n.13719\2016) *e accertare che gli atti compiuti sono stati effettivamente posti in essere in esecuzione del piano attestato»* S. AMATO, in op. cit. p 277.

presenta un limite invalicabile rappresentato dall'elemento della *dicrezionalità in capo al debitore* che influenza sia l'*an* che il *quomodo* di tale obbligo di disclosure: «in un sistema in cui l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi è visto con estremo favore [...] sarebbe stato più coerente rendere obbligatoria la pubblicazione del piano, preferendo così la trasparenza alla confidenzialità». ³⁴⁰

³⁴⁰ D.VATTERMOLI, *Piani attestati, il professionista attesta pure la fattibilità economica*, in www.IISole24ore.it, I Focus di Norme e Tributi, 6 luglio 2022, p. 3.

3.3 Accordi di ristrutturazione dei debiti

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti, come si è detto *supra*, assumono una peculiare rilevanza in quanto normativamente funzionali alla tutela della continuità aziendale sia in modo *diretto*, attraverso caratteristiche proprie di tale istituto, che *indiretto* attraverso elementi della più generale disciplina degli accordi di ristrutturazione di cui agli articoli da 57 a 59 del C.C.I..

3.3.1 Natura e struttura

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti vengono definiti significativamente dal C.C.I. ora come “*«strumenti negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione»*” (così nella rubrica della sezione II del titolo IV), ora come “*«procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza»*” (così nella rubrica del titolo III ed anche in quella della sezione II del capo IV dello stesso titolo). Si è venuta così a delineare la volontà del Legislatore di escludere la natura concorsuale degli accordi ³⁴¹, pur essendosi posto in risalto come un profilo concorsuale possa essere rintracciato nella procedura *«di omologazione, introdotta nelle forme del procedimento unitario»*³⁴².

³⁴¹ Con particolare riferimento ai crediti professionali sorti in esecuzione di accordi di ristrutturazione omologati, il C.C.CI. risolve un problema dibattuto in dottrina e in giurisprudenza circa la possibilità di inquadrali o meno nei paradigmi della concorsualità. In particolare, La *prededucibilità* di tali crediti veniva riconosciuta dalla Suprema Corte nel 2018 (Sentenze Cassazione Civile n.ri 1182\2018; 9087\2018; 16347\2018) *«in base al rilievo che la loro disciplina prevede forme di controllo e di pubblicità sulla composizione negoziata e, dall’altro, effetti protettivi»* (S.AMATO, in op. cit.p.9). Tale soluzione veniva contestata dalla giurisprudenza di merito e dalla dottrina sul rilievo che negli accordi di ristrutturazione: manca un provvedimento di apertura; non sono presenti *organi della procedura* ; non si realizza l’apertura del concorso tra i creditori; il debitore non subisce alcun *spossessamento*; *non rileva l’anteriorità o la posteriorità del credito*; *l’effetto automatic stay* è temporaneo, potendo cessare in pendenza del procedimento ; non è rispettato il principio della *par condicio creditorum*. (Cfr. Trib. Roma ord. 27 febbraio2019; Trib. Milano 20 dicembre 2018, in Fall. 2019, pagg.1330 e 1333). Il problema ha perso rilievo in quanto l’articolo 6 del C.C.CI. prevede esplicitamente come prededucibili i crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi. Questa disposizione non deve confondere circa la natura degli accordi di ristrutturazione dei debiti che rimane non concorsuale, e pertanto si ritiene che rivesta carattere di specialità rispetto alla più generale disciplina. Cfr. S. AMATO, in op. cit. pp. 10 ss.

³⁴²Alle cui norme, descritte negli articoli 37 ss. C.C.I., si rimanda.

La legittimazione a ricorrere a tale istituto, ai sensi dell'articolo 57 C.C.I., spetta agli *imprenditori commerciali ed agricoli*, diversi da quelli c.d. minori. I requisiti soggettivi ed oggettivi risultano pertanto essere più estesi rispetto a quelli previsti in tema di liquidazione giudiziale, risultando applicabili anche agli imprenditori agricoli non minori ed a situazioni di insolvenza (reversibile).

Tali accordi sono rivolti e sono conclusi con una parte dei creditori, caratterizzandosi pertanto per «*essere accordi con una qualificata maggioranza dei creditori e non un unico accordo a maggioranza che vincola anche i dissenzienti. Non si svolge infatti nessuna votazione*»³⁴³ Particolari considerazioni valgono, come si vedrà, qualora l'accordo abbia efficacia *estesa*.

Strutturalmente, pertanto questi accordi si presentano come singole pattuizioni negoziali con singoli creditori, liberi di disporre autonomamente del proprio credito, e non comportano alcun concorso di tutti i creditori sui beni del debitore. L'auspicabile successo dell'operazione di regolazione della crisi di impresa è da ricondurre pertanto all'autonomia negoziale delle parti, tanto che «*se le parti non subordinano l'efficacia degli accordi all'omologazione, restano validi ed efficaci anche se non vengono omologati*»³⁴⁴.

3.3.2 Omologazione: disciplina ed effetti comuni

L'accordo di ristrutturazione, ai sensi dell'ultimo periodo del comma I dell'articolo 57 C.C.I., è soggetto ad *omologazione* da parte del Tribunale secondo il procedimento di cui all'articolo 48 C.C.I., introdotto nelle forme relative al *procedimento unitario per l'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza* (di cui agli articoli 39 e seguenti C.C.I.).

Ai fini dell'omologazione, agli accordi deve essere necessariamente allegato un piano redatto con le stesse modalità previste per quello *attestato* (ex comma II dell'articolo 57 C.C.I.) cui è allegata la documentazione prevista dall'articolo 39 C.C.I., commi I e II (obblighi documentali necessari l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza). Ai sensi del comma IV dell'articolo 57 C.C.I., il piano deve essere

³⁴³ S. AMATO, in op. cit. p.281.

³⁴⁴ S. AMATO, in op. cit. p. 285.

corredato da un'attestazione asseverante la «*veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica*» redatta da un professionista indipendente.

Il contenuto dell'accordo di ristrutturazione risulta dirimente ai fini dell'individuazione degli effetti riconducibili al procedimento di omologazione che, salvo una disciplina comune, risultano essere diversificati a seconda che si tratti di un accordo di tipo *ordinario*³⁴⁵, *agevolato*³⁴⁶ o *esteso*³⁴⁷.

Di comune effetto risulta la volontà del Legislatore di predisporre una tutela a carattere *indiretto*, in quanto non normativamente vincolato, per la prosecuzione dell'attività dell'impresa, in pendenza di una procedura volta al superamento del momento pregiudizievole.

In primo luogo, dalla data di deposito della domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, ai sensi dell'articolo 64 comma I C.C.I., non si applicano a S.p.A. e S.r.l. gli obblighi dettati dal codice civile in presenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale³⁴⁸. Inoltre, ai sensi dell'ultimo periodo del medesimo comma, non opera la causa

³⁴⁵ La cui disciplina è contenuta all'interno dell'articolo 57 C.C.I.: deve essere raggiunto con il 60% dei creditori e il professionista indipendente deve attestare, ulteriormente, l'idoneità dell'accordo a soddisfare integralmente i creditori estranei « *a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data; b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione*».

³⁴⁶ Tale categoria particolare di accordo di ristrutturazione viene disciplinata dall'articolo 60 C.C.I. ed è definito *agevolato* in quanto stipulato con i creditori che rappresentano almeno il 30% dei crediti. La legge, ai fini della stipula di siffatti accordi, pone due condizioni particolari: l'accordo non deve prevedere la moratoria dei creditori estranei all'accordo (i quali dovranno essere pagati per intero e alle scadenze previste) e il debitore non deve aver richiesto e deve rinunciare a richiedere le misure protettive temporanee.

³⁴⁷ Cfr. REDAZIONE LEGALE MEMENTO, op. cit. p. 151 ss. .

³⁴⁸ Più precisamente si deroga alle seguenti discipline: 1) gli articoli 2446 comma II, in tema di S.p.A., e 2482-bis comma IV e V, in tema di S.r.l., impongono, nel caso la perdita sia superiore al terzo e non intacchi il capitale minimo, all'organo amministrativo di convocare l'assemblea per informare i soci circa la situazione patrimoniale della società. L'assemblea, a tal proposito, potrà adottare i provvedimenti opportuni ma, se entro l'esercizio successivo, la perdita non risulterà essere diminuita a meno di un terzo, si dovrà ridurre il capitale in proporzione delle perdite accertate. In mancanza, l'organo amministrativo o di controllo dovrà chiedere al tribunale che venga disposta la riduzione del capitale in ragione delle perdite accertate. Tale provvedimento assume la forma del decreto soggetto a reclamo e a iscrizione nel registro delle imprese; 2) gli articoli 2447, per le S.p.A., e 2492, per le S.r.l., che, nel caso in cui vi siano perdite superiori al terzo

di scioglimento della società per riduzione o perdita superiori a un terzo che intacchino il capitale sociale minimo, nei casi in cui l'assemblea non abbia provveduto a ridurlo, aumentarlo fino al minimo legale oppure non abbia disposto la trasformazione della società (articoli 2484 c.c. comma IV, per le S.p.a. e S.r.l. e 2545-*duodecies* c.c. per le cooperative).

Sempre con riferimento agli effetti comuni connessi all'omologazione, vengono in rilievo le disposizioni di cui all'art. 166 comma III C.C.I., disponente l'esenzione da revocatoria fallimentare e ordinaria degli atti, dei pagamenti effettuati e delle garanzie concesse sui beni del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione omologato³⁴⁹, e di cui all'articolo 324 C.C.I., il quale prevede la disapplicazione delle norme relative alla bancarotta fraudolenta (prevista dall'articolo 322 comma III C.C.I.I.) e alla bancarotta semplice (di cui all'articolo 323 C.C.I.).

Rilevante risulta anche il comma III dell'articolo 64 C.C.I., innovativamente introdotto dal Secondo Correttivo in tema di omologazione, e che costituisce un ulteriore presidio della vita dell'impresa sul piano della disciplina generale³⁵⁰.

La disposizione disciplina l'ipotesi in cui il debitore richieda la concessione di misure protettive o cautelari³⁵¹ nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi (*ex* articolo 54 comma III C.C.I.) o «*in funzione della*

e che intaccano il capitale legale minimo, prevedono l'obbligo per l'assemblea, convocata dall'organo amministrati, di ridurre il capitale in proporzione alle perdite e il successivo aumento fino al minimo di legge, oppure, in alternativa, la trasformazione.

³⁴⁹ Ai sensi del medesimo articolo, sono parimenti esentati «*i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo o all'accordo di ristrutturazione*». In particolare, viene rilevato come, a differenza che nei piani attestati, gli atti soggetti a revocatoria godano di una maggiore stabilità; «*la norma non prevede infatti che l'esenzione da revocatoria non operi in caso di dolo o colpa grave dell'attestatore o di dolo o colpa grave del debitore, quando il creditore ne era a conoscenza al momento del compimento dell'atto, del pagamento o della costituzione della garanzia*». REDAZIONE LEGALE MEMENTO, in op. cit., p. 153.

³⁵⁰ Le sole considerazioni in tema di misure protettive di seguito affrontate non risultano però essere applicabili anche agli accordi *agevolati*, in quanto, come si è visto, tale tipologia di accordo deve difettare di una richiesta in tal senso per poter dispiegare l'effetto tipico previsto dall'articolo 60 C.C.I.

³⁵¹ Di cui agli articoli 54 e 55 del C.C.I., e ai quali si rimanda per gli aspetti sostanziali e procedurali della relativa disciplina.

omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti»). In tale fattispecie 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 di non essere stati pagati dal debitore. Nel caso di misure protettive, il comma IV dispone analoghe limitazioni per i creditori interessati dalla misura con riferimento ai contratti qualificati come *essenziali* (ovvero quei contratti «*necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore*»).

Data la rilevanza degli effetti collegati all'omologazione di un accordo di ristrutturazione, quest'ultimo deve essere depositato e pubblicato nel registro delle imprese e «*acquista efficacia dal giorno della pubblicazione*» (comma IV dell'articolo 48 C.C.I.). Specularmente viene previsto, dal successivo articolo 48 comma IV C.C.I., la possibilità per i *creditori ed ogni altro interessato* di proporre «*opposizione entro trenta giorni dall'iscrizione della domanda [di omologazione N.d.A.] nel registro delle imprese*»³⁵². L'omologazione viene dichiarata o rigettata con sentenza ai sensi dell'articolo ai sensi dei commi V e VI dell'articolo 48 C.C.I.

Esigenze di completezza richiedono di richiamare l'efficacia degli accordi di ristrutturazione nei confronti di fideiussori, coobbligati e - per le società - dei soci illimitatamente responsabili. Di norma, salvo che per l'accordo ad *efficacia estesa*, la remissione accordata al debitore dai creditori aderenti all'accordo principale libera anche questi ultimi (*ex* articolo 59 comma I C.C.I. che richiama l'articolo 1239 c.c.). Per ciò che concerne l'estensione della responsabilità alla categoria di soci suddetta, gli accordi hanno efficacia anche nei loro confronti; solo se questi ultimi hanno prestato garanzia, continueranno a rispondere per tale diverso titolo, salvo che non sia diversamente previsto (*ex* articolo 59 comma III C.C.I.).

³⁵² E alla cui disciplina si rimanda per quanto concerne gli aspetti procedurali.

3.4 Gli Accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa

Tale particolare categoria di accordi di ristrutturazione dei debiti³⁵³ è stata introdotta per la prima volta nel nostro ordinamento con il D.L. n. 83/2015, mediante l'inserimento nella legge fallimentare dell'articolo 182 *septies*, con ambito di applicazione limitato alle ipotesi in cui la metà dell'indebitamento complessivo risultasse maturato nei confronti di banche e di intermediari finanziari.

Il C.C.I., all'articolo 61, ha rimodellato l'istituto prevedendone la possibilità di applicazione a *qualsiasi categoria di creditori*.³⁵⁴

L'efficacia estesa si sostanzia nella deroga, espressamente prevista dal Legislatore, alle regole generali dettate dagli articoli 1372 e 1411 c.c., in base ai quali, salvo che la legge disponga diversamente, il contratto vincola soltanto le parti anche quando prevede effetti favorevoli per i terzi. L'estensione degli effetti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti anche ai creditori non aderenti può essere legittimamente perseguito dal debitore al ricorrere di determinate condizioni che influenzano poi aspetti procedurali e il contenuto dell'accordo.

Ai fini dell'accesso all'efficacia estesa, il comma I dell'articolo 61 C.C.I. prescrive che il debitore debba preliminarmente individuare una o più *categorie di creditori* con omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici³⁵⁵. L'accordo deve essere

³⁵³ Gli accordi ad efficacia estesa, come si accennava nel precedente paragrafo, sono una *species* del *genus* accordi di ristrutturazione dei debiti e, pertanto, «*ne condividono la natura e soggiacciono alla loro disciplina (compresa la necessità dell'adesione di almeno il sessanta per cento dei creditori)*»

S.AMATO, in op. cit. p. 288.

³⁵⁴ Come risulta anche dall'articolo 5 della legge delega n. 175/2019, uno degli obiettivi da perseguire era quello di «*estendere la procedura di cui all'articolo 182-septies del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, all'accordo di ristrutturazione non liquidatorio o alla convenzione di moratoria conclusi con creditori, anche diversi da banche e intermediari finanziari, rappresentanti almeno il 75 per cento dei crediti di una o più categorie giuridicamente ed economicamente omogenee*».

³⁵⁵ Tale requisito è stato specificato, in assenza di un'indicazione del Legislatore, dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale «*l'omogeneità delle posizioni giuridiche [...] riguarda la natura oggettiva del credito e concerne le qualità intrinseche delle pretese creditorie, tenendo conto dei loro tratti giuridici caratterizzanti, del carattere chirografario o privilegiato, dell'eventuale esistenza di contestazioni sulla misura o sulla qualità del credito, della presenza di un eventuale titolo esecutivo provvisorio*». Viceversa l'omogeneità degli interessi economici, essendo un criterio volto a garantire la *par condicio* su

concluso con i creditori che rappresentano almeno il 75 % dei crediti appartenenti a quella determinata categoria ed è idoneo ad estendere i suoi effetti anche ai creditori non aderenti. Ai sensi del comma II dell'articolo 61 C.C.I. tutti i creditori devono essere stati informati dell'avvio delle trattative e devono essere stati messi in grado di parteciparvi «*in buona fede*», imponendosi la predisposizione di «*complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sull'accordo e sui suoi effetti*»; ai medesimi deve essere notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori «*nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo*»³⁵⁶.

Per ciò che concerne il contenuto dell'accordo, ai sensi della lettera *b*) del comma II dell'articolo 61 C.C.I., esso deve avere, per poter legittimamente ottenere l'efficacia estesa, «*carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta ai sensi dell'articolo 84*»³⁵⁷.

In ciò si coglie l'importanza di tale istituto per i fini che si pone il presente Scritto: mediante la lettera *b*) dell'articolo 61, il Legislatore ha offerto una tutela della continuità aziendale di tipo *diretto*, ponendola come vincolo normativo al legittimo esperimento dell'efficacia estesa degli accordi.

un piano sostanziale, «*ha riguardo alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito (banche fornitori, dipendenti) ed al peculiare tornaconto vantato dal suo titolare [...] al fine di garantire secondo canoni di ragionevolezza una maggiore adeguatezza distributiva in presenza di condizioni di omogeneità di posizioni*». F. LAMANNA, in op. cit. p. 85; Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 16 aprile 2018, n.9378.

³⁵⁶ Ai sensi del comma III dell'articolo 61 C.C.I., è da tale momento che decorre per i creditori dissenzienti appartenenti alla medesima categoria il termine di trenta giorni, *ex art. 48 comma IV* richiamato dall'articolo 61 comma III ultimo periodo, per proporre opposizione all'omologazione. In questo caso il giudizio verterà alla verifica anche delle specifiche condizioni richieste per ottenere l'estensione degli effetti. Cfr. S. AMATO, in op. cit. p. 289.

³⁵⁷ Il quale, rubricato «*«Finalità del concordato preventivo e del piano»*», dispone che la continuazione dell'attività di impresa 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*».

Con riferimento all'esatta perimetrazione del concetto di continuità, la Dottrina ha sottolineato come il C.C.I. non abbia *«inserito il concetto di continuità prevalente, promuovendo quindi il concetto di continuità cd “qualitativa”, [così come N.d.A.] statuito dalla pronuncia della Corte di Cassazione del 15 gennaio 2020 n.734»*³⁵⁸. In tale pronuncia è stato evidenziato come la regola posta dall'articolo 61 C.C.I. *«non riguardi la quantità delle porzioni di beni a cui sia affidato un destino diverso (e della conseguente prevalenza dell'una rispetto all'altra, in funzione delle risorse da devolvere alla soddisfazione dei creditori), ma la funzionalità di una porzione dei beni alla continuazione dell'impresa in uno scenario concordatario. Si tratta di una clausola elastica, fondata su un criterio qualitativo piuttosto che quantitativo, che investe una parte dei beni aziendali, da apprezzarsi non nella loro materiale consistenza, ma in funzione, per la porzione non destinata alla vendita, alla possibilità di poter essere organizzati, ex art. 2555 cod. civ., per l'esercizio dell'impresa o di una sua parte»*.

Sempre con riferimento al tema della componente *qualitativa*, risulta essere rilevante la pronuncia del Tribunale di Ravenna del marzo 2021 che introduce elementi di supporto relativamente alla valutazione di detta componente, specie con riferimento agli *accordi di natura mista*. La pronuncia rafforza la possibilità di qualificare come concordato in continuità *«quelle proposte che siano basate su piani di natura mista, in cui la componente liquidatoria possa anche essere prevalente»* a condizione che, con riferimento³⁵⁹ ai profili essenziali e rilevanti delle operazione di ristrutturazione del debito, la componente della continuità sia *«effettiva, reale e tale da incidere se non su di un piano maggioritario puramente quantitativo almeno su un profilo qualitativo»*³⁶⁰, e purché sussista la concreta prospettiva del recupero dell'equilibrio economico-finanziario dell'attività in vista della sua realistica prosecuzione.

Nei casi in cui più della metà dell'indebitamento complessivo sia maturato nei confronti delle banche ed intermediari finanziari (comma V dell'articolo 61 C.C.I.), viene meno il vincolo dell'accordo rispetto al criterio della continuità aziendale ai fini dell'estensione della sua efficacia anche ai creditori appartenenti alla categoria e non aderenti.

³⁵⁸ A. SANTANDREA, V. CASADIO, C. RUFFINI, *Accordi ad efficacia estesa: nuovo strumento, diverse opportunità*, in www.dirittodellacrisi.it, 13 dicembre 2021, p.3.

³⁵⁹ Cfr. A. SANTANDREA, V. CASADIO, C. RUFFINI, in op. cit. pp. 4 ss. .

³⁶⁰ Tribunale di Ravenna 8 marzo 2021 Pres. Leoni, Est. Farolfi, in www.dirittodellacrisi.it, p. 5.

In tali ipotesi l'accordo potrà presentare soluzioni aventi anche carattere esclusivamente liquidatorio-

Nelle ipotesi in cui l'estensione dell'efficacia venga accordata, in ogni caso, *«restano fermi i diritti dei creditori diversi da banche e intermediari finanziari»*.

Alla luce di una siffatta deroga alle norme civilistiche relative all'efficacia del contratto, il C.C.I. predispone alcune tutele a beneficio dei creditori appartenenti ad una determinata categoria che non abbiano aderito all'accordo.

Questi ultimi, infatti, non potranno essere soddisfatti in misura inferiore rispetto a quanto ricaverebbero in caso di liquidazione giudiziale³⁶¹ ed inoltre, ai sensi del comma IV dell'articolo 61 C.C.I., in nessun caso possono essere loro imposti *«l'esecuzione di nuove prestazioni³⁶², la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti»*

La Dottrina ha giustamente rilevato come una siffatta tipologia di accordi ha indubbiamente *«compiuto un passo nell'avvicinare gli accordi al concordato, visto che l'estensione subita dai dissenzienti indice sulla regolazione della crisi e concorre a renderla possibile»*.³⁶³ Effettivamente, attraverso l'efficacia estesa, la disciplina dell'efficacia del contratto viene "contaminata" con il principio di maggioranza tipico del concordato preventivo: l'accordo stipulato con il settantacinque per cento dei crediti è idoneo a vincolare anche i non aderenti. Nonostante tale avvicinamento, però, si deve osservare come all'interno di una siffatta tipologia di accordo manchino i caratteri propri di una procedura concorsuale così come definita all'interno del paragrafo 3.1. La Dottrina risolve la questione, alla luce della natura stragiudiziale di siffatti accordi, sottolineando come il Legislatore abbia optato per una considerazione unitaria *«quasi come si trattasse di un ente collettivo, dei creditori portatori di interessi omogenei sotto il profilo giuridico ed economico, concludendo che ciò che è approvato da un'elevata maggioranza (settantacinque per cento) vale anche per gli altri»*³⁶⁴ A riprova di ciò è calzante rilevare

³⁶¹ Ai sensi della lettera d) del comma II dell'articolo 61 C.C.I.

³⁶² Viene specificato, ai sensi dell'ultimo periodo del medesimo comma che non *«è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati»*.

³⁶³ S. AMATO, in op. cit. p 288.

³⁶⁴ S. AMATO, in op. cit. p 290.

come il Legislatore abbia utilizzato due terminologie diverse, rispettivamente *categoria*, nell'ambito dell'accordo ad efficacia estesa, e *classe*, con riferimento al concordato preventivo, per evidenziare il diverso momento di operatività della medesima fattispecie. Infatti la prima si riferisce all'individuazione, «*nell'ambito di rapporti ai quali è estranea la regola della par condicio, i creditori assoggettati al medesimo trattamento anche se estranei ad un accordo o comunque dissenzienti rispetto ad esso*»; mentre la seconda risulta funzionale a «*differenziare i creditori in base al diverso trattamento loro riservato e a farli votare separatamente nel contesto di procedure in cui dovrebbe in alternativa rispettarsi la par condicio creditorum* [in quanto procedure concorsuali *N.d.A.*³⁶⁵] ».

³⁶⁵ F. LAMANNA, in op. cit. p. 370.

3.5 Il concordato preventivo

Il concordato preventivo è uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza avente carattere *concorsuale*, cui viene dedicato il Capo III del titolo IV del C.C.I. (articoli da 84 a 120) e l'appendice integrativa di cui alla Sezione VI-*bis* (articoli da 120-*bis* a 120-*quinquies*).

E' un istituto che presenta un appesantimento degli aspetti procedurali necessari per rendere legittimo il suo esperimento, a ragione anche alla rilevanza degli effetti connessi al ricorso al concordato preventivo. Effetti che risultano essere, come si vedrà, dotati di una disciplina più pregnante e specifica rispetto a quella degli altri istituti in precedenza esaminati; ciò ha anche importanti ripercussioni sul corretto inquadramento della sua natura come *mista*³⁶⁶.

Anche l'istituto in esame presenta una disciplina a carattere generale e previsioni aventi ad oggetto una particolare *species* di concordato, quello in continuità aziendale, che tutelano la continuità aziendale, rispettivamente, in modo *indiretto e diretto*

3.5.1. Aspetti procedurali: cenni

La legittimazione al ricorso a tale istituto spetta, ai sensi dell'articolo 81 C.C.I., in via generale³⁶⁷ all'imprenditore commerciale qualificabile come non piccolo alla stregua dei parametri di cui alla lettera *d*) dell'articolo comma I, che si trovi in una situazione di crisi o insolvenza³⁶⁸. L'istituto ha dunque carattere *volontario*.

La domanda o *proposta* di concordato, introdotta con le modalità di cui all'articolo 40 C.C.I.³⁶⁹ e corredata dai documenti di cui all'articolo 39 C.C.I., deve essere accompagnata

³⁶⁶Cfr. S. AMATO, in op. cit. p. 293.

³⁶⁷ Tale previsione è suscettibile di alcune eccezioni: ai sensi dell'articolo 85 comma I e 296, al concordato possono accedere anche le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa; ai sensi dell'articolo 33 comma II, tale possibilità è preclusa all'imprenditore cancellato dal registro delle imprese.

³⁶⁸ La ragione del carattere esclusivo della legittimazione dell'imprenditore che presenti tali requisiti deve essere individuata nella tutela della libertà di iniziativa economica di cui all'articolo 41 della Costituzione «che sarebbe compromessa se, in presenza di una crisi ancora non sfociata nell'insolvenza, qualcuno si potesse sostituire all'imprenditore nell'assumere le iniziative necessarie» S. AMATO, in op. cit. p.294.

³⁶⁹ Disposizione che disciplina il *procedimento unitario* relativo alla domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza che risulta essere disciplinato anche dai successivi articoli 40 ss.; ai quali si rimanda.

da un piano³⁷⁰ il cui contenuto è indicato nell'articolo 87 C.C.I.³⁷¹, potendo esso prevedere, ai sensi dell'articolo 85 C.C.I., anche la suddivisione dei creditori in *classi*³⁷². Della veridicità dei dati in esso contenuti e della fattibilità dello stesso ne deve essere data attestazione da parte di un professionista indipendente, ai sensi del comma III dell'articolo 87 C.C.I.³⁷³

Per quanto concerne l'ammissione alla procedura, una volta che la domanda di concordato è completa di proposta e di piano (sin dal momento del deposito ovvero per successivo adempimento da parte del debitore³⁷⁴), il Tribunale, ai sensi dell'articolo 47 comma I C.C.I., verifica «*l'ammissibilità della proposta*³⁷⁵ e *la fattibilità del piano*³⁷⁶». In caso di esito positivo³⁷⁷, ai sensi del comma II del medesimo articolo, dichiara con *decreto* aperta la procedura di concordato e contestualmente «*a) nomina il giudice delegato b) nomina*

³⁷⁰ Proposta e piano sono due concetti distinti, in quanto la *proposta* indica il soddisfacimento che viene promesso al ceto creditorio; il piano invece, definisce le attività programmate per reperire le risorse necessarie al fine di salvaguardare l'aspettativa dei creditori. «*Proposta e piano sono però così strettamente connessi (art. 85, comma II: "la proposta deve fondarsi su un piano fattibile2) che la loro disciplina è dettata unitariamente [essendo elencati solo i requisiti del piano N.d.A.]*» S. AMATO, in op. cit. p. 301.

³⁷¹ Al quale si rimanda per esigenze di chiarezza espositiva.

³⁷² Per la nozione di *classe* si veda il paragrafo 3.3.3.

³⁷³ Analoga attestazione dovrà essere prodotta nel caso di modifiche sostanziali della proposta del piano, ai sensi del medesimo comma. Ogni proposta infatti può essere modificata fino a 20 giorni prima della votazione dei creditori e tale attestazione aggiuntiva dovrà essere presentata entro tale termine (art. 90 comma VIII C.C.I.).

³⁷⁴ In caso di domanda *con riserva*, di cui all'articolo 44 C.C.I. .

³⁷⁵ Ovvero la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso al concordato, la conformità della proposta e del piano alla legge, la completezza e la presenza sia delle documentazioni allegate *ex* articolo 39 C.C.I. sia dell'attestazione del professionista indipendente.

³⁷⁶ Da intendersi sia come fattibilità economica (come effettiva realizzabilità del piano) che giuridica (ovvero come insussistenza di profili di incompatibilità del piano con norme inderogabili). Il tribunale, secondo una giurisprudenza ormai consolidata (Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 22 maggio 2014, n. 11423) «*deve verificare non solo la prima, ma anche la seconda sia pure, in questo caso, solo nei limiti di una assoluta e manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati*» S. AMATO, in op. cit. p. 316.

³⁷⁷ Per le conseguenze e i risvolti procedurali in caso di esito negativo della valutazione si rimanda alla disciplina di cui al comma IV dell'articolo 80 C.C.I. . I casi di revoca del decreto di apertura del concordato risultano inoltre essere disciplinate dall'articolo 106C.C.I. .

ovvero conferma il commissario giudiziale; c) stabilisce, in relazione al numero dei creditori, alla entità del passivo e alla necessità di assicurare la tempestività e l'efficacia della procedura, la data iniziale e finale per l'espressione del voto dei creditori, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione, anche utilizzando le strutture informatiche messe a disposizione da soggetti terzi, e fissa il termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori; d) fissa il termine perentorio, non superiore a quindici giorni, entro il quale il debitore deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma, ulteriore rispetto a quella versata ai sensi dell'articolo 44, comma 1, lettera d), pari al 50 per cento delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal tribunale». Il decreto, che deve essere pubblicato nel registro delle imprese, viene poi comunicato, entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, al debitore, al pubblico ministero e agli eventuali creditori che hanno presentato domanda di apertura della liquidazione giudiziale.

Successivamente i creditori, essendo la procedura volta al *soddisfacimento* dei loro interessi, dovranno votare la proposta di concordato con le modalità di cui agli articoli da 104 a 107 C.C.I.: la proposta si intenderà accettata ai sensi dell'articolo 109 C.C.I., nel caso in cui i creditori aderenti rappresentino «*la maggioranza dei crediti ammessi al voto*»³⁷⁸; nel caso in cui il piano preveda la suddivisione dei creditori in classi, quando la maggioranza dei crediti è raggiunta anche nel maggior numero di classi.³⁷⁹

La proposta di concordato approvata dalla *maggioranza* è idonea a produrre effetti anche nei confronti dei creditori non aderenti.

Superata positivamente la fase dell'approvazione, si apre la fase dell'omologazione che risulta essere disciplinata, come anche l'opposizione a detta omologazione, dall'articolo 48 C.C.I.

³⁷⁸ Regole particolari sono inoltre previste nel caso delle *c.d offerte concorrenti e proposte concorrenti* di cui agli articoli 90 e 91 C.C.I. e alla cui disciplina si rimanda.

³⁷⁹ «Occorre, quindi, nel caso della suddivisione dei creditori in classi, una doppia maggioranza: per i crediti e per classi. Quest'ultima maggioranza impone in realtà l'unanimità quando le classi sono soltanto due (Cass. Civ. Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 2424)» S. AMATO, in op. cit. p. 342.

L'omologazione del concordato viene data dal Tribunale con sentenza *ex* articolo 113 C.C.I; tuttavia gli organi della procedura restano in carica per controllare l'esecuzione dello stesso ai sensi dell'articolo 118 C.C.I.³⁸⁰

Come emerge dagli aspetti procedurali, e differentemente dagli istituti precedentemente analizzati, il concordato preventivo, come si accennava in apertura del paragrafo 3.3.3., presenta una natura *mista*. Infatti risultano esservi contemporaneamente due elementi: uno negoziale, «*ovvero la volontà dei creditori di accettare la proposta di concordato*», ed uno *istituzionale o pubblicistico* rappresentato «*dall'intervento dell'autorità giudiziaria per dare alla minoranza dei creditori, che subisce la volontà della maggioranza, la garanzia giurisdizionale della regolarità della procedura*»³⁸¹

3.5.2 Gli effetti della domanda di accesso al concordato preventivo

Con riferimento alla disciplina generale del concordato preventivo, l'aspetto maggiormente rilevante per i fini dell'Elaborato è rappresentato dagli effetti prodotti dalla presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo. Questi ultimi, infatti, realizzano una forma di tutela *indiretta del going concern* che esplica i suoi effetti principali sul debitore e sui creditori e sulla disciplina dei contratti *pendenti*.

(*segue...*) Effetti sul debitore e sui creditori

Il debitore, dopo la presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo, subisce uno spossessamento c.d. attenuato³⁸² in quanto perde la piena disponibilità del proprio patrimonio. Ai sensi dell'articolo 94 commi I e II, infatti, il debitore, pur conservando «*l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale*», è legittimato compiere atti di *straordinaria*

³⁸⁰ E alla cui disciplina, per gli aspetti concernenti le specificità di detta fase, si rimanda.

³⁸¹ S. AMATO in op. cit. p. 293.

³⁸² Cfr. G.B. NARDECCHIA in op. cit. p. 83.

*amministrazione*³⁸³ soltanto se autorizzato dal giudice delegato³⁸⁴; ove manchi l'autorizzazione, gli atti posti in essere saranno *inefficaci* nei confronti dei creditori anteriori al concordato³⁸⁵ perdendo così il carattere della *prededucibilità*. Per agevolare la gestione dell'impresa, e allo stesso tempo contemperare le esigenze dell'imprenditore con quelle del ceto creditorio, il comma III dell'articolo 94 C.C.I. prevede che l'atto di straordinaria amministrazione possa essere autorizzato *prima dell'omologazione* dal giudice delegato, sentito il commissario giudiziale, «*se l'atto è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*».³⁸⁶ Regole specifiche valgono per atti di straordinaria amministrazione che hanno un oggetto particolarmente rilevante, di cui ai commi V e VI dell'articolo 94 C.C.I.³⁸⁷

Per quanto concerne la disciplina della posizione del ceto creditorio, l'articolo 96 C.C.I. richiama, con riferimento alla *data di presentazione della domanda di accesso*, alcune norme dettate per la liquidazione giudiziale (articoli 145 e da 153 a 162 C.C.I.).

Un elemento di novità rilevante che si pone come contraltare rispetto alla libertà concessa all'imprenditore in pendenza della procedura concordataria, deve essere rilevato nel mancato riconoscimento della regola dell'*automatic stay*. Il blocco delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio o «*sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività*

³⁸³ Dei quali il comma II dell'articolo 97 C.C.I. ci offre una elencazione non esaustiva di atti aventi tale natura: «*mutui, anche sotto forma cambiaria, le transazioni, i compromessi, le alienazioni di beni immobili e di partecipazioni societarie di controllo, le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni, le rinunzie alle liti, le ricognizioni di diritti di terzi, le cancellazioni di ipoteche, le restituzioni di pegni, le accettazioni di eredità e di donazioni*». Per la Cassazione civile (Sez. I, 29 maggio 2019, n. 14713), relativamente agli atti non specificatamente individuati, assume carattere discriminante la capacità dell'atto di incidere sulle finalità della procedura attraverso l'alterazione del patrimonio del debitore.

³⁸⁴ Il tribunale può in ogni caso, ai sensi del comma III dell'articolo 94 C.C.I., stabilire con decreto un *limite di valore* al di sotto del quale non è dovuta alcuna autorizzazione.

³⁸⁵ Rimane ferma in ogni caso la possibilità del debitore di compiere *atti urgenti* di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale (*ex* articolo 46 richiamato dall'articolo 94 comma II).

³⁸⁶ Il parere del commissario giudiziale non ha carattere vincolante, potendo l'atto essere sindacato sul tema della «*coerenza con il piano concordatario, sulla convenienza sotto il profilo economico, sull'utilità che esso venga autorizzato prima dell'omologazione*» REDAZIONE LEGALE MEMENTO, op. cit. nota a p. 218.

³⁸⁷ E, segnatamente, l'alienazione e l'affitto di azienda di suoi rami o di beni specificatamente indicati dal tribunale.

d'impresa» da parte dei creditori, non opera più in modo automatico *ex lege*, al momento della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, ma deve essere oggetto di un'apposita istanza formulata dal debitore nel ricorso introduttivo del concordato concernente la richiesta di applicazione di *misure protettive*.³⁸⁸

Nel caso in cui il debitore sia una società, infine, dalla data di deposito della domanda di accesso alla procedura concordataria siano all'omologazione, per le S.p.A. e le S.r.l. non si applicano gli obblighi dettati dal Codice civile in presenza di perdite superiore al terzo del capitale³⁸⁹. Per lo stesso periodo non opera inoltre la causa di scioglimento delle società per riduzione o perdita del capitale sociale *ex* articolo 89 comma I secondo periodo C.C.I.

(...segue) Effetti sui contratti pendenti

Anche la disciplina degli effetti dei contratti *pendenti* è volta a garantire una maggiore tutela della continuità aziendale all'interno della procedura concordataria. Viene infatti previsto dall'articolo 97 comma I C.C.I., con riferimento ai contratti «*ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti alla data del deposito della domanda di accesso al concordato preventivo*»³⁹⁰, la regola generale per cui questi ultimi proseguono in pendenza della procedura. Sono infatti inefficaci patti contrari, essendo però prevista la possibilità per il debitore di chiedere l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento di uno o più contratti *pendenti*³⁹¹, fatta eccezione per le figure contrattuali di cui al comma XIII dell'articolo 97 C.C.I., che proseguono inderogabilmente.³⁹² Regole particolari sono inoltre previste per determinati tipi di contratto, quali la *locazione finanziaria* (articolo 97 comma XII), il *finanziamento*

³⁸⁸ Ai sensi del comma II dell'articolo 54 C.C.I.

³⁸⁹ L'articolo 89 C.C.I. al comma I, esclude infatti l'applicazione degli artt. 24446 comma II e III, 2447, 2482 *bis* commi IV, V, VI e 2482 *ter c.c.*

³⁹⁰ Ai fini della nozione in esame, la Dottrina aggiunge che un contratto, per poter assumere la qualifica di *pendente*, debba altresì essersi già perfezionato e risultare opponibile alla massa creditoria. *Cfr.* LAMANNA, in op. cit., pp. 509- 510.

³⁹¹ Le regole applicabili in materia sono dettate dai commi da II a XI dell'articolo 97 C.C.I., ai quali si rimanda per esigenze di chiarezza espositiva.

³⁹² La norma fa riferimento ai rapporti di lavoro subordinato, nonché ai contratti di cui agli articoli 173, comma 3, 176 e 185, comma 1. C.c. .

bancario (articolo 97 comma XIV) e i *contratti con le pubbliche amministrazioni* (articolo 95 C.C.I.).

Come contro bilanciamento della regola della continuazione automatica dei contratti *pendenti*, vengono dettate norme particolari in tema di finanziamenti.

Il debitore per far fronte ai costi della procedura, anche alla luce della regola da ultimo richiamata, infatti potrebbe avere la necessità di attingere a risorse esterne sia nell'arco temporale che va dalla presentazione della domanda di accesso all'omologazione (c.d. *finanziamenti interinali o ante omologazione*), sia prima del deposito della domanda e in funzione della sua presentazione (c.d. *finanziamenti ponte*). Tali categorie di finanziamenti hanno la triplice caratteristica di produrre crediti *prededucibili*³⁹³ in caso di successiva apertura della liquidazione giudiziale (*ex* articoli 99 comma VI e 101 comma II C.C.I.), di esonerare da revocatoria gli atti funzionali posti in essere per contrarre i finanziamenti (*ex* articolo 166 comma III C e dai reati di bancarotta).

³⁹³ Il beneficio della prededuzione opera anche con riferimento ai finanziamenti erogati dai soci in qualsiasi forma, inclusa l'emissione di garanzie e controgaranzie, «*fino all'ottanta per cento del loro ammontare*» (articolo 102 C.C.I.).

3.6 Il concordato in continuità aziendale

Il concordato preventivo, a seconda delle modalità con cui vengono reperite le risorse da destinare ai creditori, viene distinto in *liquidatorio* e in *continuità aziendale*, con il limite per cui in entrambi in casi il ceto creditorio debba essere soddisfatto «*in misura a non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale*». Dal dato normativo emerge come il Legislatore abbia dato ampio spazio a tale figura concordataria rispetto all'alternativa liquidatoria, disciplinandola approfonditamente nei commi II e seguenti dell'articolo 84: A tal proposito, come correttamente osservato, è possibile affermare come il Legislatore, sulla scia della *rescue culture*, abbia dato ampio spazio alla tutela del *going concern* in situazioni di crisi, prevedendo la continuità come vincolo normativo per accedere a tale strumento di regolazione della crisi, costituendone una forma di tutela *diretta*. Inoltre, la continuità aziendale non viene inquadrata esclusivamente come una delle *figure* attraverso cui può essere concretamente esperita una soluzione concordataria, bensì come la modalità stessa di *soddisfazione dei creditori*³⁹⁴, che rimane il fulcro attorno a cui ruota l'intera procedura³⁹⁵. Accanto a tale fine cui è normativamente vincolata tale figura concordataria, il Secondo Correttivo ne ha affiancato un altro che concerne, *nella misura in cui sia possibile*, la tutela dei posti di lavoro.³⁹⁶

³⁹⁴ Il dato testuale di cui al comma II dell'articolo 87 ha fatto giungere a tali conclusioni la Dottrina maggioritaria. In particolare, viene sottolineato *come* «*La continuità ora semplicemente "tutela l'interesse dei creditori", il che vuol dire che non arretra rispetto a quest'ultimo, ma con esso tende almeno in linea di principio ad amalgamarsi*» S. LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 22 settembre 2022, p. 4. In altre parole, «*L'interesse dei creditori diventa la ragione stessa della continuità*» REDAZIONE LEGALE MEMENTO, in op. cit. p. 206.

³⁹⁵ In particolare, i creditori, dovranno essere soddisfatti in misura *anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla continuità aziendale*, ex articolo 84 comma III C.C.I. . Sull'evoluzione del criterio della *prevalenza* in senso quantitativo a *qualitativo*, si rimanda a G.P. MACAGNO, *Il criterio della prevalenza nel concordato preventivo del CCII*, in www.dirittodellacrisi.it 8 aprile 2021, pp, 3 ss. .

³⁹⁶ Viene introdotta, a tal proposito, una disciplina specifica per le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma, ai prestatori di lavoro subordinato di cui all'articolo 2751 *bis* n.1 c.c. (*ex* articolo 84 comma VII C.C.I.).

Le modalità con cui può essere perseguita la continuazione dell'attività di impresa sono due, *diretta e indiretta*, il cui *discrimen* è rappresentato dal ruolo attribuito al debitore nella prosecuzione dell'attività.³⁹⁷

La continuità è diretta ogni qualvolta venga pianificata l'ulteriore corso dell'attività economica ad opera dell'imprenditore che ricorre al concordato³⁹⁸. Il concetto di continuità che viene in rilievo non è soltanto quello che suppone che l'imprenditore rimanga al comando dell'impresa, ma anche quello «*che pone di fianco ad esso nuovi soggetti, mediante una conversione dei crediti in capitale sociale in esito all'omologazione del concordato, con un'esecuzione impostata su una datio in solutum di azioni di nuova emissione*».

La continuità indiretta può alternativamente consistere nella «*gestione dell'azienda in esercizio*» o nella «*ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore*». Lo svolgimento dell'attività d'impresa da parte dell'*extraneus* deve avvenire in forza di cessione, usufrutto, conferimento e l'affitto, oggetto di stipula anche anteriore alla presentazione del ricorso per l'ammissione alla procedura concorsuale³⁹⁹, ma strumentale alla domanda concordataria, o «*a qualsiasi altro titolo*», come espressamente previsto dall'ultimo periodo del comma II dell'articolo 84 C.C.I. In particolare, non vi è un

³⁹⁷ Riveste un valore storiografico il dissidio, emerso nelle more della vigenza della L. fall., fra sostenitori della continuità aziendale in senso indefettibilmente soggettivo e sostenitori della continuità in senso eminentemente oggettivo. La distinzione perda infatti rilievo alla luce del C.C.I. che si è conformato all'orientamento giurisprudenziale della Cassazione. In particolare la I Sez. civ., con la pronuncia del 19 novembre 2018, n. 29742, aveva affermato che la continuità aziendale è configurabile, «*anche quando l'azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d'affitto – recante, o meno, l'obbligo dell'affittuario di procedere, poi, all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) – può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile*».

³⁹⁸ Cfr. A. ROSSI, *Le condizioni di ammissibilità del concordato semplificato*, in www.ilfallimentarista.it, N.6 \2022 pp. 745 ss. .

³⁹⁹ Cfr. P.F. CENSONI, *IL contratto di affitto di azienda nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, N.8\ 2022, pp. 1049 ss. .

numerus clausus di strumenti negoziali adoperabili: per il legittimo perseguimento della continuità aziendale è possibile avvalersi anche delle fattispecie espressamente menzionate nel comma II⁴⁰⁰, come ad esempio ', «*l'attribuzione del ramo d'azienda mediante scissione o fusione*»⁴⁰¹.

In virtù di siffatte caratteristiche, il concordato in continuità è oggetto di una disciplina che presenta elementi peculiari rispetto alla più generale figura di concordato

In primis, viene in rilievo come, relativamente agli aspetti procedurali che di norma seguono la disciplina generale, il piano concordatario deve prevedere obbligatoriamente la suddivisione dei creditori in *classi* (*ex* articolo 85 comma II C.C.I.), indicare elementi aggiuntivi rispetto a quelli previsti dalla disciplina generale di cui all'articolo 87 C.C.I.: «*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*» e, 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*»⁴⁰². Il piano deve inoltre prevedere, ai sensi del comma IV dell'articolo 84 C.C.I., «*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*»⁴⁰³. Conseguentemente alla maggior specificità del contenuto del piano, l'oggetto dell'attestazione del professionista e del giudizio del tribunale in sede di omologazione risultano ampliati. Il professionista deve

⁴⁰⁰ Come la cessione, l'usufrutto dell'azienda «*in una o più società, anche di nuova costituzione, ovvero in forza di affitto*».

⁴⁰¹ S. LEUZZI , in op. cit. p.10.

⁴⁰² Lettere e) ed f) dell'articolo 87 C.C.I. .

⁴⁰³ «La soddisfazione del creditore non consiste più necessariamente nell'ottenimento di una somma di denaro «*potendosi ridurre al mero prosieguo di un rapporto giuridico, con l'effetto di una larvata ablazione di fatto della ragione di credito monetaria e di una sua coercitiva sostituzione con il vantaggio compensativo dell'ulteriore corso della relazione negoziale*» S.AMBROSINI, *Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo*, in *ristrutturazionaziendali.it*, 09 \06\ 2022, p. 2, ss. .

infatti attestare, oltre alla veridicità aziendali e alla fattibilità economica del piano, anche «che il piano è atto a impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale» (ex articolo 87 comma III C.C.I.). Il Tribunale, dal canto suo, oltre agli elementi fondanti il sindacato in tema di omologazione, dovrà verificare «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» (ex articolo 112 lettera f) C.C.I.).⁴⁰⁴

Regole particolari sono inoltre previste con riferimento al trattamento dei creditori nell'ottica del concordato in continuità aziendale. L'art. 11, par. 1, lett. c), della Dir. UE 1023/2019 contemplava come regola di riferimento la relative priority rule, dal momento che in ipotesi di ristrutturazione con più classi di creditori, nel caso in cui il piano non fosse in grado di ricevere l'approvazione, esso è suscettibile di vincolare le classi dissenzienti a condizione che riservi ad esse un trattamento almeno equipollente a quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi di rango inferiore. Benché la direttiva consentisse agli Stati membri di derogare alla regola tratteggiata, optando per la absolute priority rule, il legislatore italiano ha ritenuto di mutuarla in un secondo momento.

Nell'ordinamento interno ha operato, infatti, fino allo scorso 15 luglio 2022, la c.d. *absolute priority rule*⁴⁰⁵, che si fondava sull'impossibilità di soddisfazione del creditore di rango inferiore qualora il creditore di rango superiore non fosse stato pienamente soddisfatti.

In sede di Secondo Correttivo, il sistema è stato ripasmato, venendo incastonate nell'originario C.C.I. due disposizioni convergenti sul tema della *relative priority rule*.

⁴⁰⁴ Regole particolari valgono inoltre in tema di votazione del concordato, di cui all'articolo ex articolo 109 comma VII C.C.I.) e nell'ipotesi di cui all'articolo 112 comma XII concernente il c.d. *cram down*.

⁴⁰⁵ Cfr. G.LENER, *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 febbraio 2022, pp 4 ss. .

In particolare, è stato inserito un comma VI nell'art. 84 CCII., a tenore del quale, sulla ribadita premessa per cui «*nel concordato in continuità aziendale il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione*», si puntualizza che «*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*». Inoltre, è stato introdotto nell'art. 112 CCII un nuovo comma II in base al quale nel concordato in continuità aziendale, se una o più classi sono dissenzienti, il tribunale comunque omologa se è rispettata la «*graduazione delle cause legittime di prelazione*» e se il valore eccedente quello di liquidazione (il c.d. “surplus concordatario”) è distribuito in modo tale che «*i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore*»⁴⁰⁶. Si tratta, in altre parole di una positivizzazione della *relative priority rule*, che in attuazione dell'art. 11, par. 1, lett. c), Dir. UE 1023/2019, attribuisce all'imprenditore un ben più esteso margine di manovra rispetto a quello della *priority rule*⁴⁰⁷.

La nuova regola di distribuzione rimane in ogni caso rispettosa del principio di non alterabilità delle cause di prelazione: il valore di liquidazione dell'impresa continua a dover essere distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazioni, soggiacendo quindi alla *absolute priority rule*⁴⁰⁸. Ad essere parzialmente svincolato risulta essere solo il c.d. plusvalore da continuità, ossia il maggior valore prodotto dalla prosecuzione dell'impresa. Con il ricavato collegato ad esso se da un lato diviene possibile pagare i creditori appartenenti alle classi di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale di creditori di rango superiore, dall'altra ciò subisce una limitazione in quanto risulta essere possibile solo a condizione che detto pagamento non sia complessivamente più vantaggioso di quello riservato a questi ultimi. Risulta chiaro, pertanto, come lo

⁴⁰⁶ S. AMATO, in op. cit. p 18

⁴⁰⁷ Cfr. G.P. MACAGNO, *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità*, in www.dirittodellacrisi.it, 6 aprile 2022, pp. 5 ss. .

⁴⁰⁸ «*La distribuzione del ricavato delle dismissioni deve compiersi, in altri termini, secondo il criterio tradizionale, in base al quale in caso di soddisfacimento non integrale dei crediti di una classe, niente è distribuibile in favore dei crediti di rango inferiore*» S. AMATO, in op. cit. p. 2

svincolo del plusvalore da continuità non risulta essere incondizionato, dovendo assicurare in premessa un trattamento non inferiore ai creditori poziori.

(...segue) Gli incentivi alla continuità

In scenari di crisi, la permanenza dell'impresa sul mercato è particolarmente incentivata attraverso una serie di agevolazioni riferite esclusivamente alla soluzione concordataria in continuità.

Con riferimento ai contratti *pendenti*, l'art. 94 *bis* C.C.I., con disciplina qualificata espressamente *speciale*, dispone, in coerenza con la disciplina generale del già esaminato art. 97 C.C.I., la prosecuzione dei contratti in corso o *pendenti al momento «del deposito della domanda di accesso al concordato in continuità aziendale, dell'emissione del decreto di apertura di cui all'articolo 47 e della concessione delle misure protettive o cautelari»*. Viene infatti previsto che in tali momenti tipici 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»*⁴⁰⁹, essendo *inefficaci* eventuali patti contrari.

Altro incentivo è nella moratoria imponibile ai creditori prelatizi, che l'art. 86 CCII consente ora senza limiti di tempo. L'istituto consente di coagulare nell'immediato tutte le risorse monetarie disponibili per porle a sostegno della continuità, sempre che non sia ipotizzata la liquidazione dei beni o diritti sui quali grava la causa di prelazione.

Altra spinta è nella possibile soddisfazione extra concorsuale dei fornitori strategici: L'art. 100 CCII permette di sterilizzare le eventuali doglianze dei creditori dell'impresa essenziali allo svolgimento dell'attività economica, ottenendo l'autorizzazione giudiziale a pagarli, benché in deroga alle regole del concorso. A tal fine occorre una duplice

20.⁴⁰⁹ Con specifico riferimento alle misure protettive di cui all'articolo 54 C.C.I., il comma II dell'articolo 94 *bis*, prevede ulteriormente che i creditori interessati dalla misura *«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»*. Ove essenziale si intendono quei *«contratti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione impedisce la prosecuzione dell'attività del debitore»*.

attestazione da parte di un professionista indipendente concernente il carattere di essenzialità delle prestazioni rese per la prosecuzione dell'attività e di funzionalità rispetto ad una miglior soddisfazione dei creditori.⁴¹⁰. L'articolo 100 comma 2 C.C.I. prevede infine, per i soggetti che imbrocchino la via della continuità concordataria un ulteriore supporto, costituito dalla possibilità di ottenere l'autorizzazione a pagare alle scadenze le rate di mutuo con garanzia reale sui beni strumentali all'esercizio dell'impresa, eventualmente saldando i soggetti insoluti. Il presupposto è l'attestazione di un professionista indipendente relativa alla circostanza «*che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori*».

⁴¹⁰ La tutela dell'interesse creditorio è un aspetto che permea qualsiasi figura concordataria, costituendo un «*termine di rafforto ineludibile*» S. AMATO, in op. cit. p 17.

CONCLUSIONI

Il lavoro qui sviluppato ha cercato di cogliere e poi seguire un filo unitario e trasversale della ratio e della disciplina del C.C.I.: la tutela della continuità aziendale trova origine negli adeguati assetti di cui si dota l'impresa nel momento in cui versa in bonis, per proseguire, ed implementarsi, negli strumenti forniti nelle successive fasi di avvio e maturazione della crisi e dell'insolvenza (reversibile).

L'art. 2086 cit. connota l'agire dell'imprenditore in bonis, volto normativamente a istituire presidi idonei ad allertare (e poi superare) la crisi, per recuperare la continuità aziendale.

Il rinnovato paradigma gestionale dell'imprenditore non trova però, e correttamente, un rigido paradigma normativo predeterminato. Gli assetti debbono quindi essere parametrati a molteplici fattori tra i quali rientrano sicuramente la natura e le dimensioni dell'impresa; di fatto non esistono assetti universalmente validi, purché razionali e tempestivi in un giudizio *ex ante* (si richiama in tal senso la massima della Sezione specializzata in materia di imprese del Tribunale di Roma del 24 settembre 2020).

La complessa macchina degli assetti, come si è visto, non potrebbe operare correttamente se non fosse alimentata e coadiuvata da ulteriori strumenti che le consentono di esplicare la sua efficacia preventiva.

Il Collegio Sindacale già dal 2003 ha il compito infatti di vigilare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile; i flussi informativi, invece, svolgono un ruolo significativo nel delineamento dei profili di responsabilità degli amministratori (si richiama in tal senso la pronuncia della Cass. Civ., Sez. III, 22.06/2020 n. 12108).

Questo richiede però che le imprese vivano l'art. 2086 c.c. non solo come semplice obbligo di legge o come *escamotage* da utilizzare a fini penali e non punitivi per la società anche in tema di applicabilità della *business judgment rule* ai giudizi di cui all'articolo 2409 c.c., bensì lo praticino interpretandolo quale *best practise* nell'elaborazione della fase gestionale dell'impresa.

Ciò affinché non si riproduca lo scarso successo avuto dai modelli organizzativi di cui alla L. 231/2001 che non in molti casi hanno portato ad assoluzioni in sede penali delle società o ripristino della fiducia negoziale nei confronti della P.A. *ex art. 80 Dlgs. 50/2016*: atti formali non assunti a fattore gestionale, appunto.

Solo questo, si ritiene, potrà portare a compimento il perno della disciplina codicistica la quale, davvero innovativamente, ha cessato di parcellizzare e contrapporre i beni giuridici tutelati (creditori, imprenditore, impresa, occupazione) per cercare di operare un'elaborazione di bene giuridico tutelato quale *reductio ad unum*. I creditori saranno maggiormente soddisfatti dal recupero di produttività e redditività dell'impresa, al pari dell'imprenditore e dei lavoratori.

Questo ci è sembrato il punto di approdo concettuale della riforma del C.C.I.

E, rispetto a tale obiettivo, molti degli strumenti predisposti appaiono coerenti ed adeguati, anche attraverso l'individuazione del presupposto oggettivo e teleologico-finalistico della composizione negoziata.

Pur a fronte di spinte giurisprudenziali (Tribunale Ordinario di Bologna del 8 Novembre 2022) che equiparano crisi e insolvenza (*reversibile*) ai fini dell'accesso alla composizione negoziata, il filo rosso rimane quello della reversibilità della crisi, mantenendo dunque costante la finalità dell'istituto nel rientro in bonis dell'impresa.

Importante, poi, all'interno della procedura di composizione negoziata della crisi l'aver mantenuto sostanzialmente le redini dell'impresa in capo all'imprenditore, sulla scorta delle esperienze inerenti la *rescue culture* di matrice europea e *trans-europea*.

Fondamentale, infine, aver portato al centro delle relazioni comunicative e negoziali della procedura di composizione della crisi il concetto della buona fede.

Buona fede che lega l'imprenditore così come i creditori (anche i sindacati dei lavoratori avranno ovviamente il loro ruolo od i loro oneri): sforzo comune per perseguire un obiettivo che ha origine monosoggettiva e volontaristica per trasformarsi in vincolo che mantiene carattere prevalentemente negoziale e plurisoggettivo.

Il professionista indipendente è figura di garanzia (informativa e di analisi delle proposte dell'imprenditore) ma l'efficacia del modello e degli strumenti predisposti torna ad impernarsi sul concreto atteggiarsi delle parti, sulla finalità non speculativa dell'imprenditore.

Certamente alcune afasie sistematiche (*supra* Cap. 3.1) potevano essere meglio espresse e composte, ma il Legislatore ha anche dimostrato di essere attento allo sviluppo della iniziale disciplina intervenendo con già due *Decreti Correttivi* sulla originaria disciplina del 2019.

La giurisprudenza svolge la propria funzione rielaboratrice, correttiva, interpretativa (da qui il suo richiamo nelle presenti conclusioni); collante della ratio della disciplina con la casistica concreta.

Si ritiene in conclusione che il Legislatore abbia colto, nel superamento della concezione punitiva della crisi, l'occasione di una rielaborazione delle esperienze *trans*-nazionali adattandole al concreto porsi dell'imprenditoria italiana rispetto a fattori strutturali di crisi che vanno avanti dal 2008, implementati ulteriormente da elementi contingenti(Covid-19 e *crisi ucraina*), nel tentativo di un recupero di competitività del sistema italia.

BIBLIOGRAFIA

DOTTRINA

AMATO S., *Diritto della crisi di impresa*, GIUFFRÈ', Milano, 2021;

AMATUCCI C., *Adeguatezza degli assetti, responsabilità degli amministratori e business judgment rule*, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, GIUFFRÈ, 2016;

AMBROSINI S., *Brevi appunti sulla nuova "sintassi" del concordato preventivo*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 9 maggio 2022;

AMBROSINI S., *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, 15\10\2019, in *www.ilcaso.it.*;

BATTISTINI NARDECCHIA G., *La riforma della legge fallimentare: prima lettura del CODICE della crisi e dell'insolvenza*, Neldiritto Editore, Bari, 2019;

BENAZZO P., *Il controllo nelle società di capitali tra diritto "comune" e codice della crisi di impresa*, in *Rivista delle società*, GIUFFRÈ', 2020;

BENEDETTI L., *L'applicabilità della business judgment rule alle decisioni organizzative degli amministratori*, in *Rivista delle società, Fascicolo II*, GIUFFRÈ', Milano, 2019;

BIANCA M., *Allerta e dintorni: l'adozione delle misure idonee alla tempestiva rilevazione della crisi da parte dell'imprenditore individuale*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale*, GIAPPICHELLI, Milano, 2020;

BITTER G., KRESSER M., in *Sanierung in der insolvenz- Der Beitrag von Trenue- and Aufopferungspflichten zum Sanierungserfolg*, DE GRUYTER RECHT, Berlino, 2010;

BOSTICCIO P., *La composizione negoziata: trattative e gruppo di imprese*, in *ilfallimentarista.it*, 13\09\2021;

BRIZZI F., *Procedure di allerta e doveri degli organi di gestione e controllo: tra nuovo diritto della crisi e diritto societario*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale*, GIAPPICHELLI, Milano, 2019;

BROGI R., *Codice della crisi d'impresa: gli strumenti di regolazione della crisi di tipo negoziale*, in www.altalex.it, 20\12\2022;

BUONAURA V. C., *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, GIUFFRE', 2020;

BWESSELS B., *Business Rescue in Insolvency Law: Changing the laws and challenges for the profession*, in *Insolvency Review*, New York, 2015;

CAMPOBASSO, G. F. *Diritto delle società*, UTET, Vicenza, 2017,

CAPELLI I., *La gestione delle società di persone dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: una prima lettura del nuovo art. 2257, primo comma, c.c.*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale, Fascicolo II*, GIAPPICHELLI, 2019;

CASTAGNOLA A., *La liberazione del debitore (discharge) nel diritto fallimentare statunitense*, GIUFFRE', Milano, 1993;

CENSONI P. F., *Il contratto di affitto di azienda nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, N.8\ 2022;

CIABATTONI M., Decreto legge 24 agosto 2021 N.118: *Le condizioni di accesso alla composizione negoziata della crisi e il ruolo dell'organo di controllo*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 5 ottobre 2021;

CNDCEC, *Norme di comportamento del collegio sindacale: principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, 2015;

D. D. L. 11 marzo 2016, n. C 3671, *Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*;

DE CESARI P., *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, in *Il Fallimento*, Milano, IPSOA 2017;

DE SENSI V. in *Adeguati assetti e business judgment rule*, in dirittodellacrisidiimpresa.it, 16\04\2021;

DE SENSI V., in *Operazione economica e contratto nella composizione negoziata della crisi*», in giustiziacivile.com, 13.04.2022;

DE SENSI V., *La ristrutturazione dell'impresa in crisi: una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, LUISS GUIDO CARLI, Roma, 2006;

DI MARZIO F., *La riforma delle discipline*, GIUFFRÈ', Milano, 2017;

DI MARZIO F., *Premessa*, VIII, in STANUOVO POLACCO, IANNACCONE, PICARDI, MORESCHINI, *La crisi d'impresa e i contratti*, Giuffrè, Milano, 2018;

DI SARLI M., *Composizione negoziata della crisi e concordato semplificato: il d.l. 118\2021 ha dimenticato le start-up innovative?*, www.ilcaso.it, 21 settembre 2021;

FOIS E., *Continuità aziendale e scelte organizzative delle società in crisi*, UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI CAGLIARI, Cagliari, Aprile 2021;

FORMISANI R., *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *Rivista delle società*, Milano, GIUFFRÈ', 2018;

FORTUNATO S., *Codice della crisi e Codice civile: impresa, assetti organizzativi e responsabilità*, in *Rivista delle società*, Milano, GIUFFRÈ', 2019;

G.B. NARDECCHIA G. B., *Le esenzioni dall'azione revocatoria e il favor per la soluzione negoziale della crisi d'impresa*, in *Commentario alla legge fallimentare*, C. CAVALLINI, 2010;

GABRIELLI E., *“Operazione economica” e teoria del contratto*, GIUFFRÈ', Milano 2013;

GALLETTI D., *La ripartizione del rischio di insolvenza*, IL MULINO, Bologna, 2006;

GALLETTI. D, *Breve storia di una (contro)riforma “annunciata”*, in [il fallimentarista.it](http://ilfallimentarista.it), 1 settembre 2021;

- GUERRIERI G., *I sindaci nel nuovo sistema concorsuale: gli artt. 2477, c.c. e 14, c.c.i.i.*, in *Rivista orizzonti di diritto societario, Fascicolo I*, GIAPPICHELLI, 2020;
- GUIDOTTI R., *La crisi d'impresa nell'era Draghi: La composizione negoziata e il Concordato semplificato*, www.ilcaso.it, 08\09\2021;
- GUIOTTO A., *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Il Fallimento*, Milano, IPSOA, 2019;
- INZITARI B., *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in www.dirittoeconomiaimpresa.it, 18 marzo 2021;
- LAMANNA F. *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Vol. 2*, GIUFFRÈ, Milano, 2019;
- LAMANNA F., *Il codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, GIUFFRÈ, 2022;
- LENER G., *Considerazioni intorno al plusvalore da continuità e alla "distribuzione" del patrimonio (tra regole di priorità assoluta e regole di priorità relativa)*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 febbraio 2022;
- LEUZZI S., *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 22 settembre 2022;
- LOLLI A. e PAOLUCCI M. G., *L'adeguatezza degli assetti nel codice della crisi d'impresa*, 1\04\2020, in www.ilcaso.it;
- MACAGNO G. P., *Il criterio della prevalenza nel concordato preventivo del CCII*, in www.dirittodellacrisi.it, 8 aprile 2021
- MACAGNO G. P., *La distribuzione di valore tra regole di priorità assoluta e relativa. Il plusvalore da continuità*, in www.dirittodellacrisi.it, 6 aprile 2022;
- MANENTE D. *Lineamenti di crisi impresa*, CEDAM, MILANO, 2022;
- MANENTE D., *Lineamenti del diritto della crisi di impresa*, CEDAM, Milano, 2022;

- MARCHETTI P., in *Rivista delle Società, Fasc. 1*, 2020, Milano, GIUFFRE’;
- MAZZONI A., *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell’impresa priva della prospettiva della continuità aziendale*, in *Liber amicorum A. Piras*, Torino, 2010;
- MIOLA M., *Mercato delle regole e diritto societario della crisi alla luce della disciplina europea sulle procedure d’insolvenza*, in *Rivista delle società*, GIUFFRE’, Milano, 2016;
- MIRONE A., *L’organizzazione dell’impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Rivista orizzonti di diritto commerciale, Fascicolo I*, GIAPPICHELLI, 2020;
- MONTALENTI P., *Dritto dell’impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societari della crisi: appunti*, in *Giurisprudenza commerciale, Fascicolo I* Milano, GIUFFRE’, 2018;
- NIGRO A. *La nuova disciplina degli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza delle società*, in www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 11\10\2022;
- P. RIVA, *Il ruolo dell’esperto “facilitatore”*, in Ristrutturazioni.aziendali.it, 30\09\2021;
- PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, GIUFFRE’, Milano, 2017;
- PACILEO F., *La continuità aziendale*, estratto da *Digesto Aggiornamento IX*, a cura di R. Sacco, Milano, UTET, 2022;
- PANZANI L., *L’insolvenza in Europa: sguardo d’insieme*, in *Il Fallimento*, Milano, IPSOA, 2015;
- PANZANI L., *L’insolvenza in Europa: sguardo d’insieme*, in *Il Fallimento*, IPSOA, Milano, 2015;
- PANZANI L., *L’obbligo di predisposizione degli assetti adeguati anche per la prevenzione della crisi*, in *rivista il societario*, Milano, GIUFFRE’, 07\05\2022;
- PLATANIA F., *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, in ilfallimentarista.it, 07\10\2021;

REDAZIONE LEGALE MEMENTO, *Crisi di impresa e fallimento*, Giuffrè, Milano, 2023;

RODORF R., *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Rivista delle società.*, 2019, Milano, GIUFFRÈ' ;

ROSSI A., *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in *ilcaso.it* , 11 gennaio 2019;

ROSSI A., *Le condizioni di ammissibilità del concordato semplificato*, in *www.ilfallimentarista.it*, N.6 \2022;

RUSSO R., *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, GIUFFRÈ' 2018;

SANCETTA G.; BARATTA A.; RAVAZZIN C., *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, GIUFFRÈ', MILANO, 2022;

SANTANDREA A., CASADIO V., RUFFINI C., *Accordi ad efficacia estesa: nuovo strumento, diverse opportunità*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 13 dicembre 2021;

SAVI D., *La nuova composizione negoziata della crisi d'impresa*, MAGGIOLI EDITORE, Milano, 2021;

SCIARELLI S., *La crisi d'impresa. Il percorso gestionale di risanamento nelle piccole e medie imprese*, CEDAM, Padova, 1995;

SOTTORIVA C., CERRI A., *Uno sguardo d'insieme sulla composizione negoziata all'esito della conversione del D.L. 118/2021*, in *www.ilfallimentarista.it*, 02\12\2021;

SPIOTTA M., *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, GIUFFRÈ', Milano,2017;

STRAMPELLI G., *I flussi informativi nelle società quotate: poteri e doveri del collegio sindacale*, in *Rivista di diritto privato* ,Cacucci Editore, Bari,2017;

TALONE M., *Il codice punta sul risk governance*, in *Il Sole - 24Ore*, 29 gennaio 2019;

TERRANOVA G., Le procedure concorsuali, Giuffrè, Milano, 2004;

TOMMASI F., Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, La Tribuna, Roma, 2022;

UTIGLIANO M., Equilibrio economico e finanziario di impresa, piani di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti, ruolo della banca, www.dea.univr.it, 2010;

VALENSISE P., Organi di controllo nelle procedure di allerta, in *Giurisprudenza commerciale*, Milano, GIUFFRÈ', 2019;

VATTERMOLI D., Piani attestati, il professionista attesta pure la fattibilità economica, in www.IISole24ore.it, I Focus di Norme e Tributi, 6 luglio 2022;

VENTORUZZO M., Il nuovo codice di corporate governance 2020: le principali novità, in *Rivista delle società*, Milano, GIUFFRÈ', 2020;

VERDOES T. e VERWEIJ A., The (Implicit) Dogmas of Business Rescue Culture, in *International Insolvency Review*, New York, 2018;

WOOD P. R., Principles of international insolvency (Part I), in *International Insolvency Review*, IV, New York, 1995;

GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato Sez. V, 11 gennaio 2021, n.386

Cass. Civ. Sez. II, 3 gennaio 2019, n. 5

Cass. Civ. Sez. I, del 20 novembre 2018 n.29913;

Cass. Civ. Sez. III, 11 novembre 2019, n.32135;

Cass. Civ., Sez. VI, 5 luglio 2016, n. 13719;

Cass. Civ. Sez. I, 25 gennaio 2018, n. 1895;

Cass. Civ. Sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3018;

Cass. Civ. Sez. VI, 5 luglio 2016, n.13719;

Cass. Civ. Sez. I, 16 aprile 2018, n.9378;

Cass. Civ. Sez. I, 15 gennaio 2020 n.734;

Cass. Civ. Sez. I, 22 maggio 2014, n. 11423;

Cass. Civ. Sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 2424;

Cassazione civile, Sez. I, 29 maggio 2019, n. 14713;

Cass. Civ. Sez. I, 19 novembre 2018, n. 29742;

Trib. Ravenna, 15 gennaio 2018;

Trib. Milano, Sez. spec. Impresa, 16 luglio 2020;

Trib. Ravenna 8 marzo 2021;

Trib. Milano, Sez. Fallimento, 9 ottobre 2019;

Trib. Treviso, 29 settembre 2020;

Trib. Bologna, 8 Novembre 2022

Trib. Roma, Sez. Impresa, 24 settembre 2020

Tribunale Cagliari, Decreto 19 gennaio 2022

SITOGRAFIA

www.ilcaso.it;

www.dirittoeconomiaimpresa.it;

www.dea.univr.it;

www.dirittodellacrisi.it;

www.eutekne.info.it;

www.Ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it;

www.ilfallimentarista.it;

www.altalex.it;

www.IISole24ore.it;