

CRISI E RISANAMENTO

Strumenti, tecniche e soluzioni concorsuali

Diritto

Vizi e virtù del nuovo albo dei curatori, commissari e liquidatori	<i>Nicla Corvacchiola</i>	3
Composizione negoziata della crisi e imprenditore insolvente	<i>Ettore Maria Negro</i>	14
Presupposti di accesso alla composizione negoziata della crisi	<i>Federico Colognato</i>	23
La meritevolezza del sovraindebitato. Aspetti (anche) probatori	<i>Domenica Capezzerà</i>	35
La valutazione dell'alternativa liquidatoria deve tenere conto anche delle azioni revocatorie e di responsabilità esperibili dalla curatela	<i>Ernestina De Medio</i>	45
La sospensione della prescrizione dei crediti riconosciuti nel concordato preventivo	<i>Alessandro Biasioli</i>	56
Il concordato minore fra continuità e cessazione dell'attività d'impresa	<i>Giulio Pennisi</i>	64
Gli appalti privati nella liquidazione giudiziale con il Codice della crisi	<i>Valerio Sangiovanni</i>	72
Il ruolo dell'ausiliario del giudice e dell'esperto nella composizione negoziata – Parte seconda	<i>Danilo Cannella e Francesco Carnevali</i>	81

Operatività

La valutazione del curatore per l'accesso alla definizione delle liti pendenti

Gianfranco Antico 91

I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi nel nuovo Codice

Maurizio Stella 99

Il Codice della Crisi sulla scrivania

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a puntate

Massimo Conigliaro e Nicla Corvacchiola 109

Osservatorio

Osservatorio di giurisprudenza della crisi

Massimo Conigliaro 120

Crisi e risanamento n. 56/2023

Vizi e virtù del nuovo albo dei curatori, commissari e liquidatori

Nicla Corvacchiola – dottore commercialista docente a contratto presso l'Università Carlo Cattaneo LIUC

Il Ministero della giustizia con la [circolare n. 1769/2023](#) e con la nota n. 14359/2023 ha fornito chiarimenti sui requisiti di iscrizione all'albo dei gestori della crisi; tali indicazioni, tuttavia, hanno suscitato notevoli dubbi e incertezze, da parte degli addetti ai lavori, soprattutto per quanto riguarda i requisiti formativi, di onorabilità e professionali richiesti ex lege per l'iscrizione all'albo.

Premessa

Il D.Lgs. 14/2019, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Codice), in vigore dal 15 luglio 2022, ha istituito¹ il nuovo albo unico nazionale dei gestori della crisi e dell'insolvenza, per individuare i:

“soggetti che su incarico del giudice svolgono, anche in forma associata o societaria, funzioni di gestione, supervisione o controllo nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza”.

In particolare, ai sensi dell'[articolo 356](#), comma 1, D.Lgs. 14/2019 (c.d. Codice):

“è istituito presso il Ministero della giustizia un albo dei soggetti, costituiti anche in forma associata o societaria, destinati a svolgere, su incarico del Tribunale, le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore, nelle procedure previste nel Codice della crisi e dell'insolvenza. È assicurato il collegamento dati con le informazioni contenute nel registro di cui all'articolo 125, comma 4. Il Ministero della giustizia esercita la vigilanza sull'attività degli iscritti all'albo”.

Le disposizioni di cui al Capo II, Titolo X, Codice, come modificato dal D.Lgs. 147/2020 e, successivamente dal D.Lgs. 83/2022, si riferiscono rispettivamente:

– all'istituzione dell'albo, nonché ai requisiti di iscrizione e agli obblighi informativi (articolo 356, Codice);

¹ Articolo 2, comma 1, lettera n), Codice.

- al funzionamento dell'albo ([articolo 357](#), Codice);
- ai requisiti per la nomina agli incarichi nelle procedure ([articolo 358](#), Codice).

L'accesso all'albo è garantito a professionisti persone fisiche, ma anche agli studi professionali associati e Stp (società tra professionisti)² purché, all'atto dell'accettazione dell'incarico, sia designata la persona fisica responsabile della procedura.

Non dovranno iscriversi al nuovo albo dei gestori della crisi:

- i professionisti che assumono l'incarico di Occ, per la cui individuazione si continua ad attingere dall'albo dei gestori della crisi (di sovraindebitamento) di cui al D.M. 202/2014;
- il professionista che esercita il ruolo di esperto nella composizione negoziata, per il quale è previsto uno specifico elenco.

Professionista indipendente

All'albo devono iscriversi non solo i professionisti che intendano assolvere le funzioni di curatore, commissario giudiziale e liquidatore, ma anche il “*professionista indipendente*” come definito dall'[articolo 2](#), comma 1, lettera o), Codice.

Il professionista indipendente, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera o), Codice, è:

“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, cod. civ.; 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 e i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi 5 anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa”.

Dal tenore letterale della norma emerge come, nonostante tale figura non sia esplicitamente indicata dall'[articolo 356](#), Codice, anche il professionista indipendente incaricato dal debitore (salvo i casi in cui la designazione avvenga da parte del Tribunale) è tenuto a iscriversi presso l'albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza delle imprese, nonché nel Registro dei revisori legali e deve essere in possesso di specifici requisiti di indipendenza.

² Sempre che i soci delle stesse siano avvocati, dottori commercialisti ed esperti contabili o consulenti del lavoro.

Di fatto, la nuova disposizione, ricalca quella già prevista dall'[articolo 67](#), comma 3, lettera d), L.F., a eccezione del fatto che la vecchia norma non richiedeva l'iscrizione a un albo ma richiamava esclusivamente i presupposti dell'[articolo 28](#), L.F., ovvero la mera possibilità di diventare curatore fallimentare.

La nuova norma ha creato scompiglio tra gli addetti ai lavori in quanto dal prossimo 1° aprile i professionisti in possesso dei requisiti ex articolo 67, comma 3, lettera d), L.F., che hanno incarichi in corso per attestare piani di risanamento dovranno affrettarsi a farlo prima di tale data perché dopo il 1° aprile l'attestazione potrebbe essere ritenuta inadeguata per carenza dei presupposti professionali, cioè l'iscrizione all'albo ex [articolo 356](#), Codice.

Requisiti per l'iscrizione all'albo

Ai fini dell'iscrizione e del mantenimento della stessa nell'albo, occorre il possesso dei requisiti di³:

- professionalità;
- formativi;
- onorabilità.

Requisiti professionali

Possono ottenere l'iscrizione all'albo⁴:

- a) i professionisti iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro;
- b) gli studi professionali associati (associazioni tra professionisti) o Stp (società tra professionisti), sempre che i soci siano in possesso dei requisiti professionali di cui sopra e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura⁵;
- c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti la dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

³ Articoli 356, commi 2 e 3, 358, comma 1, Codice.

⁴ Articolo 358, comma 1, Codice.

⁵ Ai sensi dell'articolo 356, comma 2, Codice, i requisiti devono essere posseduti dalla persona fisica responsabile della procedura, nonché dal legale rappresentante della Stp o da tutti i componenti dello studio professionale associato

Requisiti formativi

Occorre, poi, dimostrare di aver assolto gli obblighi di formazione di cui all'[articolo 4](#), comma 5, lettere b) e d), D.M. 202/2014, recante i requisiti di iscrizione nel registro degli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla L. 3/2012.

La scuola superiore della magistratura è stata investita del compito di delineare le linee guida generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione e di aggiornamento⁶.

Il Codice, modificando l'[articolo 356](#), comma 2, primo periodo, Codice, ha semplificato i requisiti formativi necessari per l'iscrizione all'albo dei professionisti iscritti all'ordine degli avvocati e dei dottori commercialisti ed esperti contabili, nonché dei consulenti del lavoro, riducendoli rispetto all'originaria previsione normativa.

Per tali categorie di professionisti, in particolare, ai fini dell'iscrizione all'albo, è sufficiente documentare la partecipazione a corsi di durata non inferiore a 40 ore, anziché 200, come previsto dal D.M. 202/2014, richiamato dall'articolo 356, Codice.

In ragione del mancato richiamo, all'interno dell'articolo 356, comma 2, Codice, dell'[articolo 4](#), comma 6, ultimo periodo, D.M. 202/2014, restano salvi, in ogni caso, gli obblighi di formazione previsti dall'articolo 4, comma 5, lettera c), D.M. 202/2014, ossia il tirocinio professionale per un periodo non inferiore a 6 mesi.

Per il successivo mantenimento dell'iscrizione, sarà quindi necessaria l'acquisizione di una specifica formazionale biennale e il Ministero della giustizia, con la [circolare n. 14359/2023](#), ha chiarito che la sua durata, al pari della formazione iniziale, è di 40 ore e che, ai fini della decorrenza, si computano i 2 anni successivi alla data di iscrizione all'albo.

Requisiti di onorabilità

Per quanto riguarda i requisiti di onorabilità il comma 3, articolo 356, Codice, a cui si rinvia, fa un'elencazione dettagliata degli stessi.

Costituiscono requisiti per l'iscrizione all'albo:

- non versare in una delle condizioni di ineleggibilità o decadenza previste dall'[articolo 2382](#), cod. civ. (lettera a);
- non essere stati sottoposti a misure di prevenzione disposte dall'Autorità giudiziaria ai sensi del D.Lgs. 159/2011 (lettera b);

⁶ Cfr. il documento della scuola superiore della magistratura n. 16218/2019, recante le "Linee Guida generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione e di aggiornamento nella materia della crisi di impresa e dell'insolvenza (art. 356 comma 2, quinto periodo C.C.I.) e l'aggiornamento del 1° febbraio 2023".

– non essere stati condannati con sentenza passata in giudicato, salvi gli effetti della riabilitazione (lettera c):

- a pena detentiva per uno dei reati previsti dalle norme che disciplinano l'attività bancaria, finanziaria, mobiliare, assicurativa e dalle norme in materia di mercati e valori mobiliari, di strumenti di pagamento;
- alla reclusione per uno dei delitti previsti nel Titolo XI, Libro V, cod. civ. (sulle disposizioni penali in materia di società e di consorzi) o dei delitti previsti dal Codice;
- alla reclusione per un tempo non inferiore a un anno per un delitto contro la P.A., contro la fede pubblica, contro il patrimonio, l'ordine pubblico, l'economia pubblica, ovvero per un delitto in materia tributaria;
- alla reclusione per un tempo superiore a 2 anni per un qualunque delitto non colposo;

– non avere riportato negli ultimi 5 anni una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dai singoli ordinamenti professionali (lettera d)).

Primo popolamento dell'albo

Il comma 2, terzo periodo, [articolo 356](#), Codice, stabilisce che, ai fini del primo popolamento dell'albo degli incaricati della gestione e del controllo della procedura, possono ottenere l'iscrizione anche i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'[articolo 358](#), comma 1, lettere a), b) e c), Codice, che documentino di essere stati nominati, alla data del 16 marzo 2019 (data di entrata in vigore della norma), “*in almeno 2 procedure negli ultimi 4 anni, curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali*”. Pertanto, ai fini del primo popolamento, non sarà necessario per tali soggetti dimostrare di aver assolto agli obblighi formativi di cui all'[articolo 4](#), comma 5, lettere b), c) e d), D.M. 202/2014.

La [circolare n. 1769/2023](#), in proposito precisa che:

“in detta finestra temporale, deve essere intervenuto il provvedimento di “nomina”, non essendo sufficiente che l’incarico si sia svolto nel quadriennio sulla base di una nomina antecedente, e restando irrilevante altresì l’eventuale mera comunicazione o notificazione della nomina durante il quadriennio. Di tal ché non rilevano, ai fini dell’iscrizione all’albo, nomine conferite prima del quadriennio ma comunicate dopo il 17 marzo 2015, e risultano utili invece nomine conferite prima del 16 marzo 2019 ma comunicate successivamente a tale data.

Cionondimeno, le eventuali ulteriori nomine, sia precedenti sia successive al quadriennio, possono essere comprovate dall’interessato nell’ambito dei documenti facoltativi ulteriori (non necessari, dunque, ai fini dell’iscrizione all’albo) ai sensi dell’articolo 4, comma 2, lettera e), D.M. 75/2022,

mediante upload nell'apposita voce del portale dedicato alla presentazione delle domande, così da valere quali titoli preferenziali nella scelta, da parte dell'autorità giudiziaria, del soggetto iscritto cui conferire l'incarico".

Funzionamento dell'albo

Con il D.M. 30 dicembre 2022, il Ministero della giustizia ha adottato le specifiche tecniche per il funzionamento dell'albo dei gestori della crisi di impresa, in attuazione del richiamato [articolo 357](#), Codice, con efficacia a decorrere dal 5 gennaio 2023.

In particolare, sono state definite:

- le modalità di iscrizione all'albo (di cui all'[articolo 356](#), Codice);
- le modalità di sospensione e cancellazione, volontaria o disposta dal Ministero della giustizia, dall'albo anche a seguito del mancato versamento del contributo previsto dal comma 2, [articolo 358](#), Codice;
- le modalità di esercizio del potere di vigilanza da parte del Ministero della giustizia;
- l'importo del contributo che deve essere versato per l'iscrizione e per il suo mantenimento, tenuto conto delle spese per la realizzazione, lo sviluppo e l'aggiornamento dell'albo.

L'accesso all'albo ha luogo con modalità telematiche presso il sito *internet* del Ministero, ove si distinguono 2 aree:

1. area ad accesso libero, che contiene i dati presenti nella parte pubblica dell'albo;
2. area ad accesso riservato, contenente i dati presenti nella parte riservata dell'albo.

Possono accedere alla parte riservata dell'albo: i magistrati e i dirigenti degli uffici giudiziari e i loro delegati; il personale del DAG; gli iscritti all'albo; i soci incaricabili e associati, rispettivamente, di Stp e studi professionali associati; ordini professionali e P.A..

Il D.M. 30 dicembre 2022 indica, all'allegato A, le specifiche tecniche per il funzionamento dell'albo dei gestori della crisi di impresa, in attuazione del richiamato articolo 357, Codice, con efficacia dal 5 gennaio 2023.

Solo a partire dal 1° aprile 2023 l'albo sarà accessibile in consultazione al pubblico e ai magistrati nei limiti e con le modalità previste dall'[articolo 3](#) e nei termini di cui all'[articolo 5](#), D.M. 75/2022.

Struttura dell'albo

L'albo è tenuto con modalità informatiche ed è suddiviso in 2 parti:

- una parte pubblica, accessibile a qualsiasi soggetto interessato, dove sono inseriti i dati identificativi del soggetto iscritto, compreso l'indirizzo di pec, la sezione dell'albo nella quale è iscritto e l'eventuale ordine professionale di appartenenza;
- una parte riservata, accessibile solamente ai magistrati e agli iscritti all'albo, dove sono contenute le eventuali comunicazioni relative ai provvedimenti adottati nei confronti degli iscritti per inadempienze ai doveri inerenti alle attività di gestione e di controllo nelle procedure previste dal Codice; le richieste di sospensione o cancellazione volontaria dall'albo e i provvedimenti di sospensione o cancellazione adottati, anche d'ufficio, dal responsabile.

Iscrizione nell'albo

L'iscrizione avviene su istanza dei soggetti interessati che dimostrino di possedere i requisiti professionali e di onorabilità di cui all'[articolo 356](#), commi 2 e 3, Codice.

Viene demandato al responsabile il compito di:

- approvare il modello della domanda;
- fissare le modalità di svolgimento delle verifiche, con l'indicazione degli atti, dei documenti e dei dati a corredo della domanda.

Presentazione della domanda di iscrizione

La domanda di iscrizione è redatta con modalità telematica e si articola in 4 distinti passaggi, che seguono l'autenticazione all'area privata da parte del soggetto richiedente.

Il richiedente l'iscrizione all'albo dovrà collegarsi al portale del Ministero della giustizia, alla scheda "*Albo dei gestori della crisi di impresa*", presente nell'area servizi della pagina <https://pst.Giustizia.it/PST/it/services.page>.

Alla domanda dovranno inoltre essere allegati:

1. certificazione, o dichiarazione ai sensi degli articoli [46](#) e [47](#), D.P.R. 445/2000, attestante l'albo professionale presso il quale è iscritto e la data di iscrizione;
2. certificazione, o dichiarazione ai sensi degli articoli 46 e 47, D.P.R. 445/2000, di non avere riportato negli ultimi 5 anni sanzioni disciplinari più gravi di quella minima prevista dall'ordinamento professionale di appartenenza;
3. certificazione dell'ordine di appartenenza, o dichiarazione ai sensi degli articoli 46 e 47, D.P.R. 445/2000, di essere in regola con i crediti formativi professionali di cui agli obblighi previsti dal programma di formazione del medesimo ordine;

4. certificazione, o dichiarazione ai sensi degli articoli [46](#) e [47](#), D.P.R. 445/2000, di aver assolto agli obblighi di formazione di cui all'[articolo 4](#), comma 5, lettere b), c) e d) D.M. 202/2014, e successive modificazioni, mediante frequenza dei corsi di formazione definiti dalle linee guida generali elaborate dalla Scuola superiore della magistratura, oppure copia conforme degli atti giudiziari di nomina, di data anteriore alla data di entrata in vigore dell'[articolo 356](#), Codice (16 marzo 2019), quale curatore fallimentare, commissario o liquidatore giudiziale in almeno 2 procedure negli ultimi 4 anni anteriori alla data di entrata in vigore del citato articolo 356, Codice (il periodo va dal 17 marzo 2015 al 16 marzo 2019);

5. eventuale dichiarazione ai sensi degli articoli 46 e 47, D.P.R. 445/2000, attestante la sussistenza di altri fatti idonei a dimostrare il possesso dei requisiti di professionalità (il DAG potrà richiedere la trasmissione di eventuale documentazione comprovante i fatti dichiarati);

6. l'attestazione del pagamento del contributo di cui all'[articolo 357](#), comma 2, Codice.

Inserite tutte le informazioni richieste, il sistema procede con la loro memorizzazione, attribuendo all'utente la possibilità di generare e scaricare il *file* della domanda compilata.

Il richiedente dovrà procedere a firmare digitalmente la domanda così scaricata, per poi procedere, sempre attraverso la medesima piattaforma, con l'*upload* della stessa.

A seguito dell'invio della domanda il sistema genera un *file* in formato pdf, contenente il numero identificativo della pratica e attestante l'avvenuta presentazione della stessa.

Sospensione e cancellazione d'ufficio

Il regolamento distingue tra procedimento di sospensione e cancellazione che può essere d'ufficio o volontaria.

La cancellazione "ufficio" è prevista:

- decorso inutilmente il termine (non superiore ai 6 mesi) concesso dal responsabile ai fini della regolarizzazione della posizione dell'iscritto (per accertata insussistenza o venir meno dei requisiti ex articolo 356, comma 2, Codice;
- immediatamente, qualora vengano meno i requisiti di onorabilità di cui all'articolo 356, comma 3, Codice;
- a seguito di almeno 4 revoche dagli incarichi.

La cancellazione dall'albo è disposta, inoltre, in caso di omissione del pagamento del contributo che perduri oltre il decorso di 6 mesi dall'adozione del provvedimento di sospensione, con decreto succintamente motivato comunicato senza ritardo all'interessato.

In tal caso non è consentita una nuova iscrizione all'albo prima che sia decorso almeno un anno dalla comunicazione della cancellazione.

Il responsabile ha il potere di disporre la sospensione dall'esercizio dell'attività per l'interessato per un periodo non superiore a un anno quando sono segnalati fatti che *"compromettono gravemente l'idoneità al corretto svolgimento delle funzioni di gestione e di controllo delle procedure"* di cui all'[articolo 356](#), comma 1, Codice, e in particolare:

- nell'ipotesi in cui siano state disposte dall'organo competente 3 revoche degli incarichi conferiti. In caso di ulteriore revoca durante il periodo della sospensione, come anticipato, il responsabile può disporre la cancellazione dell'iscritto dall'albo;
- con l'avvio di procedimento disciplinare per illeciti che possono comportare una sanzione disciplinare più grave di quella minima prevista dai singoli ordinamenti professionali.

Inoltre, la sospensione è prevista anche:

- in caso di procedimento penale a carico dell'iscritto per taluno dei reati di cui all'articolo 356, comma 3, lettera c), Codice, fino all'esito del procedimento o fino alla pronuncia di sentenza di I grado di proscioglimento o assoluzione, anche se soggetta a impugnazione;
- per l'omissione di pagamento del contributo – decorsi 3 mesi dalla scadenza prevista per il pagamento – con decreto del responsabile succintamente motivato e comunicato senza ritardo all'interessato.

I provvedimenti di sospensione o di cancellazione sono adottati con decreto succintamente motivato che il responsabile comunica all'interessato a mezzo pec.

Prima dell'adozione dei provvedimenti di sospensione e cancellazione, il responsabile comunica, a mezzo pec, i motivi che comportano l'adozione del provvedimento e assegna all'interessato un termine di 30 giorni dal ricevimento della comunicazione per eventuali osservazioni scritte.

Sospensione e cancellazione volontaria

L'iscritto all'albo può chiedere:

- in presenza di gravi e comprovate ragioni di salute, familiari o professionali, la sospensione dall'iscrizione per un periodo non superiore a 6 mesi, prorogabile una sola volta per ulteriori 6 mesi;
- in qualsiasi momento la cancellazione dall'albo o da una delle sezioni in cui esso si articola.

Sulle domande provvede il responsabile con decreto.

Contributo per l'iscrizione e per il mantenimento dell'albo

È previsto un contributo:

- per l'iscrizione all'albo di 150 euro;
- annuo, da versarsi entro il 31 gennaio di ogni anno, di 50 euro per il mantenimento dell'albo, dovuto dall'anno successivo a quello dell'iscrizione.

In attesa che siano rese disponibili le modalità di pagamento PagoPA, è possibile effettuare versamenti in favore della Tesoreria provinciale di Roma, sull'IBAN IT42B0100003245348011241324, dimostrando l'avvenuto pagamento mediante produzione della relativa ricevuta di versamento.

Conclusioni

La piena operatività dell'“*albo dei gestori della crisi di impresa*” recato dall'[articolo 356](#), Codice è ora definitivamente certificata e dal 5 gennaio scorso è possibile presentare la domanda d'iscrizione attraverso l'apposita procedura telematica. I primi accessi al portale, opportunamente calmierati dalla circolare 4 gennaio 2023 del Ministero della giustizia, hanno scontato un rallentamento dovuto ad alcune difficoltà operative legate alla corretta interpretazione del dato normativo e regolamentare e alla conseguente allegazione documentale.

L'attuale sistema normativo, quindi, consente al professionista specializzato in un preciso ramo della crisi e dell'insolvenza, al ricorrere dei requisiti di legge, di iscriversi:

- all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, per l'assolvimento delle funzioni di curatore, commissario, liquidatore e professionista indipendente;
- all'elenco dei gestori della crisi (da sovraindebitamento), per l'assolvimento delle funzioni di gestore nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento;
- all'elenco degli esperti, per l'assolvimento delle funzioni di esperto nella composizione negoziata della crisi.

Il proliferare di albi ed elenchi, a cui segue un distinto obbligo formativo, tuttavia, genera numerosi dubbi e incertezze tra gli operatori del diritto.

A oggi l'albo, nella sua prima popolazione, sembra destinato a quei pochi “*fortunati*” che hanno maturato nomine giudiziarie collocate tra il 17 marzo 2015 e il 16 marzo 2019, ovvero 2 incarichi nei 4 anni precedenti l'entrata in vigore del Codice.

Come confermato dalla circolare del Ministero della giustizia n. 0014539/U/2023, i corsi abilitanti sono quelli espressamente previsti dalle norme primarie e secondarie, elencati al punto A)1).

I corsi devono essere conformi, dunque, all'[articolo 4](#), comma 2, D.M. 202/2014, ovvero erogati da un'Università, pubblica o privata, o analogo corso organizzato ex comma 6, [articolo 356](#), Codice, da ordini professionali, in convenzione con Università pubbliche o private, da uno degli enti indicati nel D.M. 202/2014.

Non possono essere considerati validi i corsi erogati da enti pubblici e privati, senza convenzione con un'Università, né i corsi erogati da enti diversi da quelli indicati nell'articolo 4, comma 2, D.M. 202/2014. Altra anomalia è la circostanza che da tutto questo groviglio di norme gli ordini professionali sono esclusi dalla formazione iniziale, ma possono erogare l'aggiornamento biennale senza necessità di apposita convenzione universitaria.

A ciò si aggiunga che per avvocati, dottori commercialisti e consulenti del lavoro, in sede di prima popolazione dell'albo lo svolgimento del corso di 40 ore non è sufficiente in quanto è obbligatorio anche lo svolgimento di un tirocinio⁷ di 6 mesi.

La stessa circolare ha anche chiarito che, ai fini dell'iscrizione all'albo, non sono validi né i corsi utili per l'iscrizione quali gestori di organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento⁸ né tantomeno quelli utili per l'iscrizione all'albo degli esperti indipendenti⁹ in materia di composizione negoziata della crisi.

Da ultimo, oltre alle problematiche inerenti gli obblighi formativi, vi è la stortura costituita dall'intervallo di tempo indicato per la ricezione degli incarichi in almeno 2 procedure come curatori, commissari o liquidatori giudiziali. Gli anni di riferimento citati dalla norma riguardano il periodo 2015-2019, tenendo fuori più di 3 anni (quelli di differimento dell'entrata in vigore effettiva), durante i quali in particolar modo i colleghi giovani potrebbero aver maturato il requisito richiesto. Sul punto è intervenuto anche il Cndcec segnalando al Ministero della giustizia l'opportunità di considerare il periodo fino all'entrata in vigore del Codice.

⁷ Anche se ancora viene chiarito quale tipo di tirocinio debba essere svolto.

⁸ Articolo 4, comma 5, lettera b), D.M. 202/2014.

⁹ D.M. del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021.

Crisi e risanamento n. 56/2023

Composizione negoziata della crisi e imprenditore insolvente

Ettore Maria Negro – avvocato

Riflessioni in tema di possibilità di accesso alla composizione negoziata da parte dell'imprenditore insolvente, attraverso l'esame del concetto di insolvenza reversibile, alla luce della tradizionale concezione dell'insolvenza come situazione strutturale e definitiva.

Introduzione

Il D.L. 118/2021 (convertito in L. 147/2021 – Misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale) ha introdotto l'istituto della “*composizione negoziata*” per la soluzione della crisi d'impresa, finalizzato a consentire agli imprenditori di beneficiare di una ristrutturazione che consenta loro di continuare a operare prima che venga meno qualsiasi prospettiva di risanamento. Lo strumento approntato dal Legislatore, in linea con le disposizioni della Direttiva 2019/1023/UE, è finalizzato a offrire all'imprenditore un percorso che pone l'accento sulle trattative con le parti interessate alla ristrutturazione (creditori, ma anche fornitori e lavoratori dipendenti) prima dell'ingresso in una procedura concorsuale. Il ruolo centrale delle trattative è evidenziato dalla nomina di un esperto indipendente, che ha il compito di agevolarle e favorire gli accordi che ne possono derivare ([articolo 4](#), D.Lgs. 118/2021). L'imprenditore conserva la gestione dell'impresa, con la previsione di particolari garanzie a tutela delle altre parti ([articolo 9](#), D.Lgs. 118/2021). E, infine, nell'ambito di una concezione dell'istituto che ne esclude la natura di procedura concorsuale, ponendolo in una fase anteriore, è previsto l'intervento incidentale dell'Autorità giudiziaria che consenta all'imprenditore di operare in un ambiente protetto, mediante l'applicazione di misure protettive del patrimonio o l'adozione di provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative ([articoli 6 e 7](#), D.Lgs. 118/2021).

Le disposizioni sulla composizione negoziata sono state trasfuse a opera del D.Lgs. 83/2022 nel Capo I, Titolo II ([articoli 12 – 25-quinquies](#)), Codice (D.Lgs. 14/2019) entrato in vigore il 15 luglio 2022.

I presupposti oggettivi

I presupposti oggettivi della composizione negoziata¹ sono stabiliti dall'[articolo 12](#), Codice (e in precedenza dall'[articolo 2](#), D.L. 118/2021). L'ambito di applicazione dell'istituto ne consente l'accesso all'imprenditore:

“quando si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa”.

Va chiarito che prima dell'entrata in vigore del Codice il concetto di crisi insito nella previsione dell'articolo 2, D.L. 118/2021 non poteva che richiamare, a livello legislativo, quello ricavabile dall'[articolo 160](#), comma 3, L.F., dettato in tema di concordato preventivo². Concetto generico, secondo cui per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza, e dal quale poteva ricavarsi che l'insolvenza costituisce una delle forme, la più grave, della crisi³. Inevitabile quindi il ricorso a concetti, peraltro non sempre omogenei, ricavabili dalle dottrine aziendalistiche⁴.

L'articolo 2, comma 1, lettera a), Codice, introduce invece una definizione di crisi:

“lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi”.

Quanto all'insolvenza, l'[articolo 2](#), comma 1, lettera b), Codice, la definisce come *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*, ricalcando sostanzialmente la definizione dell'[articolo 5](#), L.F..

Alla luce di tali definizioni, risulta che l'imprenditore può chiedere la nomina di un esperto, dando avvio alla composizione negoziata, quando si trova in condizioni che rendono probabile la *“probabilità dell'insolvenza”* (i.e. la crisi)⁵, oltre che in condizioni di vera e propria crisi (i.e. probabilità di insolvenza).

¹ Secondo A. Rossi, *“Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa”*, in Fallimento, 2021, pag. 1501, poiché *“la composizione negoziata della crisi (“CNC”) non è, a stretto rigore, una procedura concorsuale né l'Autorità giudiziaria procede all'apertura o alla chiusura delle trattative, che ben potrebbero condursi e concludersi su un piano di rigorosa autonomia negoziale”* sarebbe lecito obiettare che *“non esistono presupposti di accesso alla CNC, nella loro tradizionale declinazione del “soggettivo” e dell’“oggettivo”, e degli stessi, quindi, non avrebbe senso discettare”*. L'Autore richiama I. Pagni - M. Fabiani, *“La transizione dal codice della crisi alla Composizione negoziata (e viceversa)”*, in [dirittodellacrisi.it](#), 2 novembre 2021, pag. 17, secondo i quali è lecito porsi il dubbio che sussistano dei presupposti oggettivi *“purché non si confonda la composizione negoziata con una procedura”* e si introduca *“un giudizio di ammissibilità”*; ma concludono sostenendo che *“non si hanno dunque presupposti di accesso ma condizioni per la perseguibilità della Composizione negoziata”* (ivi, pag. 18).

² Cfr. F. Lamanna, *“Criticità del presupposto oggettivo della Composizione negoziata”*, in [ilfallimentarista.it](#), 20 aprile 2022, pag. 3.

³ Cfr. L. Jeantet, *“I presupposti per l'accesso al concordato”*, in R. Amatore, L. Jeantet, *“Il nuovo concordato preventivo”*, Milano, 2016, pag. 15 e dottrina ivi richiamata.

⁴ Per un ampio excursus sul punto cfr. S. De Matteis, *“L'emersione anticipata della crisi di impresa”*, Milano, 2017, pag. 29 e ss..

⁵ È stata definita, già riguardo al D.Lgs. 118/2021, *“un po' goffa”* l'introduzione *“di un ennesimo concetto oggettivo: il pericolo del pericolo di insolvenza, leggi: pericolo di crisi”* da D. Galletti, *“Breve storia di una (contro) riforma annunciata”*, in [ilfallimentarista.it](#), 1° settembre 2021, pag. 12. Cfr. inoltre L. Panzani, *“Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid”*, in [dirittodellacrisi.it](#), 25 agosto 2021, pag. 10, secondo cui *“il Legislatore considera oltre alla probabilità d'insolvenza anche la probabilità di crisi, potremmo dire, facendo riferimento alla nozione del codice della crisi, la “probabilità della probabilità d'insolvenza”*.

L'espressione (alquanto barbara) “*probabilità della probabilità dell'insolvenza*” può efficacemente riassumersi nel termine “*pre-crisi*”⁶.

Per inciso, la definizione di crisi, frutto di diverse modifiche anche in conformità a quanto disposto dalla Direttiva 2019/1023/UE (che all'[articolo 2](#), comma 2, dispone che debbano essere definiti secondo il diritto nazionale l'insolvenza e la probabilità di insolvenza), si dovrebbe interpretare come previsione normativa aperta, non condizionata unicamente dalla inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici. Tanto è vero che l'[articolo 3](#), Codice, commi 3 e 4, prevede ulteriori indici per “*prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa*”.

Va poi rimarcato che l'accesso alla composizione negoziata impone che risulti “*ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*” ([articolo 12](#), Codice; [articolo 2](#), D.L. 118/2021).

La dottrina

I presupposti oggettivi per l'accesso alla composizione negoziata sembrerebbero escludere, in base al tenore letterale delle norme esaminate, che possa avvalersene l'imprenditore che si trovi in stato di insolvenza. Non solo, infatti, il puntuale riferimento alla pre-crisi e alla crisi sembra circoscrivere l'ambito di applicazione dell'istituto a una fase anteriore all'insolvenza (alla fase, cioè, della probabilità di insolvenza), ma anche il presupposto della ragionevole perseguibilità del risanamento appare in conflitto con la tradizionale interpretazione della definizione di insolvenza data dall'[articolo 5](#), L.F. e riprodotta nell'[articolo 2](#), comma 1, lettera b), Codice:

“*Lo stato d'insolvenza dell'imprenditore commerciale ... si realizza in presenza di una situazione d'impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni ...*”⁷, e va inteso “*come situazione irreversibile, e non già come una mera temporanea impossibilità di regolare l'adempimento delle obbligazioni assunte*”⁸.

Tuttavia, fa sorgere dei dubbi la disposizione dell'[articolo 9](#), D.L. 118/2021 (ora [articolo 21](#), Codice) secondo cui:

“*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*”.

Inoltre, il documento allegato al Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021, alla Sezione III, § 2.4,

⁶ Per il termine “*pre-crisi*” cfr. D. Fico, “*Probabilità di crisi (pre-crisi), probabilità di insolvenza (crisi) e insolvenza nel CCI*”, in *ilfallimentarista.it*, 14 novembre 2022.

⁷ Cassazione, SS.UU., n. 115/2001.

⁸ Cassazione n. 10952/2015.

prevede che:

“se l’esperto ravvisa ... la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata”.

In presenza di indici – almeno apparentemente – discordanti, la dottrina ha offerto diverse interpretazioni⁹.

Si è sostenuto che l’elemento letterale dell’[articolo 12](#), Codice, come valorizzato dalla definizione di crisi di cui all’[articolo 2](#), Codice, non lascerebbe spazio all’accesso alla composizione negoziata da parte dell’imprenditore in stato di insolvenza¹⁰. E non contrasterebbe con tale assunto la norma dell’[articolo 9](#), D.L. 118/2021 (ora [articolo 21](#), Codice), che si limita a consentire che le trattative possano continuare quando sopravviene l’insolvenza: sicché la composizione negoziata può proseguire in caso di insolvenza sopravvenuta, ma non può iniziare se il soggetto che vi accede sia già insolvente, come pure si dovrebbe evincere dal disposto dell’[articolo 17](#), comma 5, Codice ([articolo 5](#), comma 5, D.L. 118/2021) secondo cui, qualora all’avvio della composizione negoziata l’esperto non ravvisi concrete prospettive di risanamento, va disposta l’archiviazione¹¹.

Per converso, si è sostenuto che, proprio sulla scorta dell’articolo 9, D.L. 118/2021 (articolo 21, Codice) e del decreto dirigenziale, nulla impedisce che acceda alla composizione negoziata un debitore insolvente: la funzione dell’istituto sarebbe quella di verificare la perseguibilità del risanamento attraverso le trattative, per cui:

“se l’esperto, ... ravvisa la presenza di uno stato di insolvenza, potrà avviare la composizione negoziata a patto che scorga concrete prospettive di risanamento”¹².

La giurisprudenza

Anche la giurisprudenza ha avuto modo di confrontarsi con le condizioni per l’accesso alla composizione negoziata. Come si è esposto, infatti, l’imprenditore può richiedere l’applicazione di misure protettive o l’adozione di misure cautelari (articoli [18](#) e [19](#), Codice; articoli [6](#) e [7](#), D.L. 118/2021). Inoltre, l’imprenditore può chiedere al Tribunale competente l’autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili o a trasferire l’azienda senza gli effetti previsti dall’[articolo 2560](#), comma 2, cod. civ. ([articolo 22](#), Codice; [articolo 10](#), D.L. 118/2021).

⁹ Per una esposizione delle diverse tesi cfr. D. Fico, *cit.*

¹⁰ F. Lamanna, *“Criticità del presupposto oggettivo della composizione negoziata”*, *cit.*, pag. 4.

¹¹ *Ibidem*; cfr. inoltre, dello stesso Autore, *“Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d’impresa”*, Milano, 2021, pag. 28 ss..

¹² M. Fabiani - I. Pagni, *“Introduzione alla composizione negoziata”*, in *Fallimento*, 2021, pag. 1483; cfr. inoltre A. Rossi, *cit.*, pag. 1504.

Ora, è inevitabile che il giudice cui sia richiesto di adottare i provvedimenti previsti da quelle norme, destinati a incidere sui diritti delle altre parti, verifichi preliminarmente se l'imprenditore sia legittimato all'accesso alla composizione negoziata e quindi se sussistano (anche) i presupposti oggettivi, ovvero le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendano probabile la crisi dell'impresa o l'insolvenza dell'imprenditore, oltre alla ragionevole perseguibilità del risanamento.

A poco più di un anno dall'entrata in vigore del D.L. 118/2021, la giurisprudenza è stata chiamata a decidere, quindi, se l'accesso alla composizione negoziata sia consentito, oltre che all'imprenditore in stato di pre-crisi o di crisi, anche all'imprenditore insolvente.

Una articolata pronuncia¹³ del Tribunale di Siracusa ha decisamente negato che all'imprenditore in stato di insolvenza sia consentito accedere alla composizione negoziata, con argomenti attinti dalla dottrina sopra richiamata¹⁴. La decisione parte dal considerare che dal tenore letterale della disposizione dell'[articolo 2](#), D.L. 118/2021 (ora [articolo 12](#), Codice), debba ritenersi precluso l'accesso alla composizione negoziata all'imprenditore insolvente.

Tale conclusione sarebbe confermata dall'[articolo 9](#), D.L. 118/2021 (ora [articolo 21](#), Codice): secondo il Tribunale la norma – che attiene alla gestione delle trattative e non alle condizioni di accesso – prevede l'insolvenza dell'imprenditore nel solo caso in cui tale risultanza emerga nel corso della Composizione negoziata: *“L'apparente dicotomia tra l'articolo 2 (ora 12) - ove non si fa riferimento allo stato di insolvenza - e l'articolo 9 (ora 21) - che invece lo menziona espressamente - va dunque risolta distinguendo tra condizioni di accesso al procedimento e presupposti di prosecuzione delle trattative, e ciò nel senso che lo stato di insolvenza preclude l'accesso alla composizione ma non osta alla sua prosecuzione”*¹⁵ purché, precisa lo stesso giudice, sussistano concrete prospettive di risanamento. Non mancano riferimenti alla Direttiva 2019/1023(UE), segnatamente ai considerando 22 e 24, e all'articolo 3, § 1¹⁶:

*“Si impone ... una ricostruzione che assicuri piena coerenza di intenti tra la Direttiva e il nuovo istituto, entrambi dovendo risultare incentrati sulla necessità di stimolare il debitore a organizzarsi adeguatamente, in modo da cogliere con sollecitudine i segnali delle difficoltà in cui versa la sua impresa e attivarsi diligentemente per scongiurarne la degenerazione in insolvenza”*¹⁷.

¹³ Tribunale di Siracusa, 14 settembre 2022, in [dirittodellacrisi.it](#). Cfr. inoltre Tribunale di Milano, 8 marzo 2022, in [Ilfallimentarista.it](#), secondo cui *“quanto alle condizioni per l'accesso (condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, articolo 2, comma 1), esse non devono esprimersi in uno stato di insolvenza bensì in una situazione che renda probabile la crisi o l'insolvenza, con evidente intento anticipatorio del momento rilevante”*.

¹⁴ F. Lamanna, *“Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa”*, cit..

¹⁵ Tribunale di Siracusa, 14 settembre 2022, cit., pag. 9.

¹⁶ Recita l'articolo 3, § 1, Direttiva 2019/1023(UE): *“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”*.

¹⁷ Tribunale di Siracusa, 14 settembre 2022, cit., pag. 15.

La giurisprudenza allo stato maggioritaria ha, invece, ritenuto che lo stato di insolvenza non precluda l'accesso alla composizione negoziata: e ha posto l'accento sul fatto che la condizione necessaria per avviarla risieda piuttosto nella sussistenza di “concrete prospettive di risanamento” ([articolo 9](#), D.L. 118/2021; [articolo 21](#), Codice; e anche Sezione III, § 2.4 del documento allegato al decreto dirigenziale), e nella circostanza che debba risultare “ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa” ([articolo 2](#), D.L. 118/2021; [articolo 12](#), Codice)¹⁸. Significativa una pronuncia del Tribunale di Bologna secondo cui, a prescindere dalla questione relativa all'esistenza di uno stato d'insolvenza, diventa centrale per la conferma delle misure protettive non tanto il punto di partenza della procedura, ma il punto di approdo e cioè il risanamento dell'impresa attraverso le trattative con i creditori¹⁹.

Ciò posto, a diverse pronunce²⁰ non dev'essere sfuggita la contraddizione insita nell'accostare il concetto di risanamento a quello di insolvenza, intesa come situazione irreversibile, strutturale e non transitoria di impossibilità ad adempiere. Si è quindi fatto ricorso al concetto di insolvenza reversibile, che richiama una suggestione contenuta nella Relazione illustrativa al DDL per la conversione del D.L. 118/2021, secondo cui alla composizione negoziata può accedere “L'imprenditore in difficoltà, in crisi, o in stato di insolvenza reversibile”²¹, in quanto la finalità dell'istituto sarebbe quella di:

“fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti ... per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili”²².

In particolare, posto che al concetto di risanamento spetterebbe un ruolo primario nel D.L. 118/2021, si è affermato che:

“a essere incompatibile con la composizione negoziata” è “la sussistenza di un'insolvenza irreversibile e l'assenza di una concreta prospettiva di risanamento”²³.

Così delineata, l'insolvenza reversibile costituisce un'insolvenza pur sempre attuale e conclamata. Figura diversa, quindi, dall'insolvenza prospettica che nella dottrina e nella giurisprudenza formatasi anteriormente al Codice coincide con:

¹⁸ Cfr. Tribunale di Bergamo, 15 febbraio 2022; Tribunale di Bergamo, 15 marzo 2022; Tribunale di Modena, 8 agosto 2022; Tribunale di Piacenza, 22 dicembre 2022, tutte in [ilfallimentarista.it](#).

¹⁹ Tribunale di Bologna, 8 novembre 2022, in [ilfallimentarista.it](#).

²⁰ Tribunale di Arezzo, 16 aprile 2022, in [il caso.it](#); Tribunale di Bergamo, 25 maggio 2022, in [ilfallimentarista.it](#); Tribunale di Roma, 6 ottobre 2022, in [dirittodellacrisi.it](#); Tribunale di Mantova, 20 dicembre 2022, in [ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it](#).

²¹ Relazione illustrativa al disegno di legge per la conversione del D.L. 118/2021, pag. 3.

²² Ivi, pag. 1.

²³ Tribunale di Arezzo, 16 aprile 2022, *cit.*

“la situazione in cui è ragionevole prevedere che l'imprenditore attualmente in grado di adempiere regolarmente le obbligazioni assunte, entro un prevedibile futuro non ne sarà più in grado”²⁴.

È evidente che se l'insolvenza prospettica consista in una probabilità di insolvenza, essa coincide con lo stato di crisi previsto dall'[articolo 2](#), comma, lettera a), Codice²⁵. E se, invece, configura un'insolvenza prossima e certa, allora il dibattito va riportato alle opposte categorie della reversibilità e della irreversibilità, legate alla sussistenza o meno di concrete prospettive di risanamento²⁶.

L'insolvenza reversibile e la contraddizione insita nel termine: una proposta di soluzione

Bisogna tuttavia chiedersi se l'attributo “reversibile” possa qualificare il concetto di insolvenza, che nell'interpretazione tradizionale è connotato dal requisito della definitività. Se, infatti, lo stato di insolvenza consiste nell'impossibilità strutturale e definitiva di adempiere le proprie obbligazioni²⁷, non può sussistere la possibilità che l'insolvenza retroceda a uno stadio anteriore. Non è mancato, in verità, chi ha ritenuto che l'insolvenza possa anche non essere irreversibile²⁸, potendo darsi, ad esempio, il caso di un aumento di capitale o quello di una vincita al gioco. Ma bisogna tenere conto che l'insolvenza, fenomeno strutturale, dipende anche da cause esogene (ad esempio, la perdita del mercato di riferimento) o endogene (ad esempio, obsolescenza degli impianti) e non si limita a un “rimediabile” squilibrio patrimoniale.

La soluzione, allora, potrebbe consistere nel ritenere che un fenomeno connotato dalla reversibilità non possa che configurare uno stato, per quanto grave, di crisi. Ma la questione non è soltanto terminologica dato che, come si è visto, l'[articolo 9](#), D.L. 118/2021 e l'[articolo 21](#), Codice (oltre che il decreto

²⁴ S. Fortunato, “Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci”, in La riforma delle procedure concorsuali, a cura di A. Jorio e R. Rosapepe, Milano, 2021, pag. 72. L'Autore ritiene che in base a tale definizione l'insolvenza prospettica, facendo comunque riferimento all'impossibilità di regolare adempimento delle proprie obbligazioni in mancanza di prospettive di ripristino della continuità aziendale, sia assimilabile all'insolvenza attuale. Per un panorama del dibattito sull'insolvenza prospettica, cfr. la giurisprudenza e della dottrina ivi citate, in particolare alla nt. (37); cfr. inoltre Tribunale di Milano, 9 ottobre 2019, in Giurisprudenza Commerciale, 2020, II, pag. 1468 ss., con nota di A. Jorio, “Sulle nozioni di crisi e di insolvenza prospettica”.

²⁵ Riporta D. Fico, “Probabilità di crisi (pre-crisi), probabilità di insolvenza (crisi) e insolvenza nel CCF”, cit., pag. 4, che “è stato comunque osservato come l'attribuzione alla nozione di insolvenza di una capacità di proiettare la qualificazione del presente in una prospettiva futura sia del tutto analoga alla probabilità di crisi”.

²⁶ Cfr. Tribunale di Roma, 6 ottobre 2022, cit., secondo cui “La procedura [di Composizione negoziata] può essere attivata nei casi in cui si presenti una situazione di squilibrio economico, e dunque quando l'insolvenza è solo prospettica, ovvero anche nei casi - assai più frequenti nelle prime applicazioni - in cui sussiste una situazione di insolvenza conclamata ma non irreversibile”.

²⁷ Cfr. la giurisprudenza della Suprema Corte richiamata alle note 7 e 8. Cfr. inoltre M. Sandulli, “Il presupposto oggettivo”, in Trattato delle procedure concorsuali a cura di A. Jorio e B. Sassani, Milano, 2014, v. 1, pag. 143 ss..

²⁸ Cfr. M. Sandulli, op. cit., pag. 155; più perentorio D. Galletti, “L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza”, in infallimentarista.it, 27 settembre 2012, pag. 10: “Non esiste, infatti, com'è noto, alcuna crisi o insolvenza che possa dirsi realmente irreversibile”.

dirigenziale) fanno espressamente riferimento all'insolvenza. Rimane, quindi, da chiedersi come possano convivere insolvenza e risanamento.

Per accennare a un'ipotesi di soluzione si impone, ad avviso di chi scrive, una ricognizione delle 3 distinte fattispecie di imprenditore, impresa e azienda. Come autorevolmente affermato:

“il codice civile “identifica l'imprenditore, come soggetto, l'impresa come attività economica e professionale organizzata per la produzione o lo scambio, l'azienda come complesso di beni organizzati per l'esercizio dell'attività. Profili ognuno dei quali richiama gli altri e dal cui collegamento emerge” – nella sua “totalità” o “globalità” – la “realtà, giuridica dell'impresa”²⁹.

Sulla base di tali distinzioni si può affermare che:

“la crisi è riferibile all'attività di impresa, di cui descrive lo stato di malfunzionamento; l'insolvenza riguarda invece il soggetto di diritto divenuto incapace di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni”³⁰.

E ancora:

“Quale condizione del soggetto, l'insolvenza non può connotare una attività. Quale condizione di un'attività (economica), la crisi non può connotare un soggetto. Solo questa distinzione può consentire una corretta ricostruzione dei fenomeni che si verificano nella realtà”³¹.

Traendo delle conclusioni da tali presupposti, bisogna ritenere che le “concrete prospettive di risanamento” che consentono di proseguire nelle trattative quando “risulta che l'imprenditore è insolvente” ([articolo 9](#), D.Lgs. 118/2021; [articolo 21](#), Codice) non riguardano il soggetto che esercita l'impresa. Il risanamento non può che riguardare l'attività (ovvero l'impresa), che con il suo malfunzionamento ha determinato l'insolvenza dell'imprenditore.

Si potrebbe quindi ritenere che:

a) all'imprenditore insolvente sia consentito l'accesso alla composizione negoziata, e sia consentita la prosecuzione delle trattative nel caso in cui l'insolvenza emerga successivamente;

²⁹ Cfr. G. Oppo, “Realtà giuridica globale dell'impresa nell'ordinamento italiano”, in Rivista diritto civile, 1976, pag. 591-592, come riportato da G.C. Rivolta, “La teoria giuridica dell'impresa e gli studi di Giorgio Oppo”, in Rivista diritto civile, 1987, I, pag. 203 segg., ora in Scritti giuridici, Milano, 2021, v. 1, pag. 50.

³⁰ F. Di Marzio, “Obbligazione, insolvenza, impresa”, Milano, 2019, pag. 82.

³¹ Ivi, pag. 100. E prima, pag. 99: “L'imprenditore in crisi, di cui pure non ha mancato di discorrere il diritto positivo, potrebbe apparire più un soggetto afflitto da una sofferenza psicologica che qualcuno in stato di pre-insolvenza. Ma non diversamente strana si mostra la locuzione, di origine aziendalistica, di “impresa insolvente” ampiamente recepita dalla legislazione sull'amministrazione straordinaria (...). Sappiamo che la solvenza è una caratteristica del soggetto (debitore); non può, dunque, connotare una attività (che piuttosto che essere incapace di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni può al massimo accusare difetti di funzionamento)”.

- b) il risanamento vada necessariamente perseguito, in tali casi, con una soluzione liquidatoria, tramite la cessione dell'azienda liberata dai debiti con l'intervento del giudice che può escludere gli effetti dell'[articolo 2560](#), comma 2, cod. civ. ([articolo 10](#), D.L. 118/2021; [articolo 22](#), Codice;
- c) il la ripresa dell'attività avverrà a opera del (diverso) imprenditore che ha acquistato l'azienda;
- d) l'imprenditore che ha promosso la composizione negoziata rimarrà irreversibilmente e definitivamente insolvente, cessando di svolgere l'attività di impresa³².

Master di specializzazione

in convenzione con



eCAMPUS UNIVERSITÀ



ORDINE DEI
DOTTORI COMMERCIALISTI
E DEGLI ESPERTI CONTABILI DI RAGUSA
CIRCOSCRIZIONE DEL TRIBUNALE DI RAGUSA



Euroconference

Diretta web dal 21 febbraio

GESTORE DELLA CRISI D'IMPRESA

Curatore, commissario liquidatore e attestatore

Corso abilitante per l'iscrizione nel nuovo albo Gestori della Crisi, tenuto dal Ministero di Giustizia
 Percorso Formativo di 44 ore che permette l'iscrizione all'Albo dei Gestori della Crisi ai sensi dell'art. 365 del D.Lgs. 14/2019, nel rispetto del D.M. 202/2014, del D.M. 75/2022 e delle Linee Guida emanate dalla Scuola Superiore della Magistratura e tenendo conto della Circ. del Ministero della Giustizia n. 45/2023.

Il corso è organizzato in convenzione con l'Università eCampus (www.uniecampus.it) e in accordo con l'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Ragusa ed è allineato alle indicazioni Ministeriali e alle linee guida della Scuola Superiore della Magistratura

ACCEDI AL SITO

Per partecipare alla sede Web, è necessario disporre di un computer personale con webcam e audio perfettamente funzionanti

³² Sulla necessità di distinguere fra insolvenza dell'imprenditore e crisi d'impresa per spiegare le soluzioni liquidatorie cfr. D. Di Marzio, "Obbligazioni, insolvenza, impresa", cit. pag. 101.

Crisi e risanamento n. 56/2023

Presupposti di accesso alla composizione negoziata della crisi

Federico Colognato – avvocato

Premessa una breve ricostruzione dell'istituto, si analizzeranno due interessanti provvedimenti del Tribunale di Roma dell'ottobre scorso, il primo, in ordine alla verifica dei presupposti per l'accesso alla procedura di composizione negoziata della crisi di impresa e, il secondo, in ordine alla possibilità che il giudice designato (già in sede di esame dell'istanza della richiesta di conferma delle misure protettive richieste dal debitore istante) sia tenuto o meno a una predelibazione sull'effettiva ammissibilità dello strumento proposto per la risoluzione della crisi.

Una breve ricostruzione della composizione negoziata

All'indomani dell'introduzione del procedimento di composizione negoziata, con il D.L. 118/2021 (convertito, con modificazioni, dalla L. 147/2021) e il Codice della crisi, è sorto il dubbio tra gli interpreti se si trattasse o meno di una vera e propria procedura concorsuale¹. A tale quesito, hanno risposto le Sezioni Unite della Cassazione, statuendo che trattasi:

“di un istituto che pacificamente non integra una procedura concorsuale, ma egualmente implica, con la scelta unilaterale del regime protettivo e il controllo del Tribunale, preclusioni alle azioni di tutela del credito”².

La composizione negoziata, in particolare, non può annoverarsi tra le procedure concorsuali, date alcune peculiari caratteristiche: la libertà di eseguire pagamenti, l'assenza di qualunque cristallizzazione del debito e la mancanza di uno spossessamento in capo all'imprenditore. Si tratterebbe, piuttosto, di un percorso di carattere negoziale che, per la particolare rilevanza degli interessi da mediare, è sottoposto

¹ Cfr. S. Ambrosini, “La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato”, in Diritto fallimentare, 2021, I, pag. 919 e ss., “... nella specie non sembra potersi riscontrare la compresenza di quegli elementi, ritenuti indispensabili, costituiti da: (i) una qualsiasi forma di interlocuzione con l'autorità pubblica, con finalità protettive nella fase iniziale e di controllo in quella finale; (ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori; (iii) una qualche forma di pubblicità della procedura. La stessa Relazione illustrativa, definendo ripetutamente (e in modo volutamente atecnico) la composizione negoziata come “percorso”, mostra di compiere una scelta astensionistica rispetto alla questione in parola, anche se, rifuggendo deliberatamente dall'utilizzo del termine “procedura”, conferma l'obiettivo difficoltà a qualificare sic et simpliciter come tale la composizione negoziata; sebbene vada rimarcato come il rimedio, per così dire, si “concorsualizzi” nel caso in cui il debitore richieda al tribunale le misure protettive”.

² Cassazione, sentenza n. 42093/2021.

all'impulso e alla vigilanza da parte dell'esperto, oltre che all'intervento dell'Autorità giudiziaria³ nei casi (formalmente eventuali, ma di fatto frequenti) in cui la negoziazione preveda/presupponga la richiesta di misure protettive e cautelari⁴.

È bene precisare che l'interesse principale tutelato è generalmente individuato nell'esigenza di proteggere il debitore durante le trattative con i suoi creditori, purché finalizzate in concreto al superamento dello stato di crisi o di insolvenza, solo se reversibile (quindi, con prospettiva di prosecuzione poi dell'attività d'impresa), senza eccessivo pregiudizio dell'interesse del ceto creditorio di soddisfare, per quanto possibile e quanto prima possibile, le proprie pretese.

Le misure di protezione ex [articolo 18](#), Codice hanno, quindi, la funzione di evitare che l'iniziativa di un singolo creditore possa pregiudicare lo svolgimento delle trattative e provocare la dispersione delle potenzialità economiche dell'impresa in un momento di difficoltà ancora "superabile".

La richiesta dell'imprenditore di confermare le misure protettive può trovare accoglimento, infatti, solo allorché il Tribunale, assunto il parere dell'esperto nominato, ravvisi, pur nei limiti derivanti da una cognizione sommaria, una ragionevole prospettiva di risanamento – anche solo parziale – dell'impresa e si ritenga che tali misure siano effettivamente funzionali al buon esito delle trattative⁵. Tali misure, inoltre, saranno concedibili solo allorché sia ponderato correttamente il bilanciamento tra l'interesse dell'imprenditore alla soluzione negoziale della crisi e quello dei creditori di non subire un significativo e irreparabile aggravamento delle posizioni debitorie, a seguito dell'applicazione di dette misure protettive⁶.

Si consideri comunque che il sistema consente non solo di valutare dinamicamente la meritevolezza e funzionalità delle misure di protezione, ma anche di intervenire tempestivamente sulla loro

³ La competenza in ordine alla conferma delle misure protettive e cautelari spetta al Tribunale del luogo ove ha sede l'impresa richiedente.

⁴ Relazione su novità normativa. Nuovo Codice - Attuazione della Direttiva UE 1083/2019 c.d. *Insolvency* - D.Lgs. 83/2022, in Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione del 15 settembre 2022, ove si prosegue argomentando anche che "l'assenza di spossessamento dell'imprenditore è temperata, in un gioco di checks and balances di nuovo conio, da un obbligo di disclosure circa gli atti di straordinaria amministrazione che il debitore intende intraprendere, cui corrisponde l'attribuzione all'esperto di un potere di opposizione, dotato di pubblicità notizia verso i terzi mediante pubblicazione nel Registro Imprese. Tale contemperamento è inoltre perseguito dall'esigenza di autorizzazione giudiziale per taluni atti eccedenti l'ordinaria gestione, più gravi e in un certo senso "pericolosi" per il ceto creditorio, quale l'assunzione sotto varie forme di finanziamenti prededucibili o la cessione dell'azienda o di suoi rami, con il beneficio dell'esenzione della solidarietà passiva, ex articolo 2560, cod. civ."

⁵ Lo stato di scioglimento/liquidazione della società in crisi o insolvente non è di per sé preclusivo del procedimento in discorso, giacché rilevante è solo la possibilità concreta dell'impresa, a dispetto dell'anzidetta condizione, a restare sul mercato: prospettiva inconciliabile solo dall'insolvenza irreversibile, cfr. Tribunale di Arezzo, 16 aprile 2022.

⁶ Si consideri, poi, che le misure protettive ex articolo 18, Codice, scattano automaticamente dalla pubblicazione nel Registro Imprese della istanza di applicazione delle stesse e dell'accettazione dell'esperto. Dal giorno di pubblicazione dell'istanza di nomina dell'esperto e sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza, non può essere pronunciata la sentenza di fallimento (ancorché il relativo procedimento sia pendente) o di accertamento dello stato di insolvenza, operando in via automatica una causa di sospensione o, più tecnicamente, di improcedibilità *ex lege* (quindi, senza necessità alcuna di conferma da parte del Tribunale), salvo che non emergano elementi idonei a far ritenere lo stato di crisi irreversibile. Cfr. anche Tribunale di Bergamo, 5 aprile 2022, il quale ha statuito che, in sede di conferma o revoca delle misure protettive richieste dal debitore, spetta ai creditori, l'onere di indicare specificamente le ragioni ostative alla loro conferma.

rimodulazione o rimozione, qualora non siano più idonee ad assicurare il buon esito delle trattative o appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori.

Punto centrale del procedimento è la sussistenza di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore (cioè situazioni in cui l'impresa si trovi in pre-crisi, in crisi o sia addirittura insolvente⁷, ma ancora conservando prospettive di reversibilità), qualora le prospettive di risanamento dell'impresa vengano meno, il giudice designato non potrà che modificare e finanche revocare le misure di protezione concesse⁸.

Si tratterà in tale ultima ipotesi di casi in cui, oltre allo stato di insolvenza del debitore, le trattative in corso non consentano di delineare uno scenario favorevole per il raggiungimento di fattivi accordi e operazioni con i creditori per una realistica riduzione del passivo o, peggio, di situazioni all'evidenza invero patologiche, in cui la concessione di misure cautelari possa solo pregiudicare ulteriormente la garanzia patrimoniale dell'impresa e, quindi, anche la successiva apertura della liquidazione giudiziale. Altro elemento fondamentale delle valutazioni in ordine alla concessione/permanenza delle misure protettive, attiene al rispetto del dovere di buona fede e correttezza da parte del debitore istante: l'[articolo 4](#), comma 1, Codice, recita:

“nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza”.

Indubbio, infatti, che le ragioni del debitore, a tentare di conciliare il superamento della crisi, incontrino l'ovvio limite dell'osservanza delle regole del procedimento attivato dallo stesso debitore e dei principi immanenti dell'ordinamento nella conduzione delle trattative tra le parti, essendo la composizione negoziata diretta a creare un clima collaborativo e di fiducia fra debitore e creditori.

Il che deriva l'obbligo del debitore di:

- rappresentare la propria situazione in modo completo e trasparente;
- fornire all'esperto tutte le informazioni in proprio possesso, al fine di consentirgli la verifica sulla ragionevole perseguibilità del risanamento;

⁷ Contra, Tribunale di Siracusa, 14 Settembre 2022, “*deve ritenersi precluso l'accesso alla composizione negoziata a quelle imprese che siano decotte già al momento della richiesta di nomina dell'esperto*”, ben potendo, invece, emergere lo stato di decozione anche antecedentemente alla composizione negoziata.

⁸ Tribunale di Bologna, 8 novembre 2022, il quale, pur ritenendo di difficile realizzazione il risanamento dell'impresa ricorrente e avendo, rigettato la richiesta di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (non ritenendoli utili alla soddisfazione dei creditori), ha invece accolto la richiesta di conferma delle misure protettive in ragione della incapacità dell'alternativa liquidatoria a soddisfare, se non in misura risibile, le ragioni creditorie.

- di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare dolosamente gli interessi dei creditori.

Ai creditori, all'esperto e al giudice designato, infatti, deve essere fornito un quadro informativo completo, affidabile e aggiornato e devono essere posti nelle condizioni di ottenere, direttamente e in qualsiasi momento, ogni documento utile all'esperimento di tale verifica.

Ciò al precipuo fine di rilevare l'effettiva e concreta volontà di soluzione soddisfacente dei crediti, sterilizzando la possibilità di atteggiamenti dilatori o poco trasparenti.

Di contro, non è ammissibile una trattativa "parziale" e "riservata" tra l'imprenditore e alcuni creditori soltanto, o in assenza del coinvolgimento dell'esperto nominato dal Tribunale, in quanto con ciò si frustrerebbe il ruolo di indipendenza e di mediazione dell'esperto stesso, nonché i principi di buona fede, chiarezza, correttezza e collaborazione tra tutte le parti interessate, trattandosi evidentemente di condotte contrarie all'intenzione di raggiungere, in modo trasparente, una composizione negoziata assistita e consapevole⁹.

L'esperto e il Tribunale non si limiteranno, però, a vagliare esclusivamente la sussistenza della disponibilità a trattare dei creditori, dovendo verificare anche l'effettiva probabilità di raggiungimento dell'accordo. Non si tratterà tuttavia di un'analisi prognostica circa un concreto e sicuro risanamento (purché comunque non manifestamente implausibile), ma atterrà a una valutazione circa l'attitudine del piano prospettato dall'impresa al suo risanamento e senza che tale obiettivo debba risultare già di prossimo raggiungimento.

Le condizioni che possano condurre al riequilibrio economico-finanziario della società debitrice vanno considerate quindi in una dimensione di "ragionevolezza prospettica", dato che lo scrutinio dell'esperto¹⁰ e del giudice si collocano in un momento ancora embrionale del risanamento, da definire nelle sue articolazioni concrete (e.g. la dismissione di cespiti non essenziali all'attività d'impresa principale, il recupero di crediti o beni, l'apporto di finanza personale o esterna, il compimento di operazioni straordinarie, etc.).

Ovviamente, affinché l'esperto e il Tribunale siano nelle condizioni di poter valutare le possibilità di risanamento dell'impresa, è necessario che la domanda di conferma delle misure protettive sia corredata da un piano che, per quanto sommario e incompleto, contenga una reale possibilità di superamento della crisi finanziaria e industriale, preservando la continuità aziendale (non essendo percorribile il procedimento, come detto, in caso di soluzioni la liquidatorie dell'impresa), potendosi poi

⁹ Si veda Tribunale di Milano, 14 maggio 2022.

¹⁰ Il quale non potrà limitarsi "a riportare quanto rappresentatogli da parte dell'imprenditore senza svolgere al riguardo alcuna considerazione critica o verifica di sorta (e quindi neppure in termini sommari, come pur imposto dalle esigenze di speditezza della procedura e dalla dimensione embrionale del percorso negoziato)", Tribunale di Brescia, 15 settembre 2022, cit..

trovare completa definizione ed elaborazione all'esito della negoziazione condotta con l'ausilio dell'esperto.

È bene inoltre rilevare che l'[articolo 54](#), comma 2, Codice, dispone che la domanda di accesso possa essere, anche successivamente, integrata con una richiesta di misure protettive che sia iscrivibile nel Registro Imprese: la richiesta di misure protettive può essere pertanto avanzata anche successivamente all'iniziale deposito della domanda ex [articolo 40](#), Codice di accesso a uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Sostanzialmente, quindi, l'esigenza di ottenere misure protettive ben può sorgere solo in un momento posteriore rispetto al deposito della domanda di accesso¹¹.

Il debitore e i creditori, infatti, non sono necessariamente vincolati alla proposta originariamente formulata: in sede di conferma o revoca delle misure protettive, il Tribunale non è, quindi, chiamato a un'immediata delibazione in ordine all'effettiva ammissibilità degli strumenti di composizione della crisi "proposti" dal debitore, in quanto tale proposta può subire variazioni all'esito delle trattative in corso e potrà essere compiutamente valutata solo all'esito degli accordi raggiunti.

Da notare che, in mancanza di una diversa indicazione da parte dell'imprenditore all'atto di richiesta di nomina dell'esperto, le misure protettive del patrimonio hanno un effetto *ex lege* automatico verso tutti i creditori in generale (con l'unica esclusione dei lavoratori). In fase di conferma poi, ex [articolo 7](#), comma 4, Codice, possono anche essere limitate dal giudice, sentito l'esperto, a determinati creditori o categorie di creditori, sempreché sia l'imprenditore a richiedere tale restrizione protettiva (magari a fronte degli accordi raggiunti e quale "partita di scambio" richiesta dai creditori), potendo egli invocarne *tout court* la conferma di efficacia *erga omnes*, senza lesione del diritto al contraddittorio qualora il ricorso sia notificato a tutti i creditori¹².

Oltre alla richiesta di misure protettive, inoltre, il debitore può anche chiedere (per necessità o anche solo per utilità) che, nel corso delle trattative della composizione negoziata, sia ammesso a contrarre finanziamenti purché funzionali al raggiungimento di migliori condizioni prospettiche di sostentamento della continuità aziendale e di risanamento dell'attività di impresa.

In sede di autorizzazione a contrarre tali finanziamenti, l'autorizzazione giudiziale non può prescindere dalla verifica del:

¹¹ Altra questione di rilievo attiene alla proroga delle misure protettive, relativamente alla quale l'articolo 7, D.L. 118/2021 dispone che "... 4. Il Tribunale provvede con ordinanza con la quale stabilisce la durata, non inferiore a 30 e non superiore a 120 giorni, delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari disposti. Su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori. 5. Il giudice che ha emesso i provvedimenti di cui al comma 4, su istanza delle parti e acquisito il parere dell'esperto, può prorogare la durata delle misure disposte per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative. La durata complessiva delle misure non può superare i 240 giorni".

¹² Tribunale di Milano, 27 febbraio 2022.

1. piano di risanamento proposto dall'imprenditore in crisi (o del suo successivo aggiornamento¹³); e
2. il complessivo fabbisogno finanziario del debitore, la cui situazione, con il nuovo e ulteriore credito concessogli, risulterà ancora più aggravata per i creditori pregressi (trattandosi di un nuovo credito prededucibile)¹⁴.

Il decreto del Tribunale di Roma del 10 ottobre 2022

Con il decreto del 10 ottobre scorso, la sezione fallimentare del Tribunale di Roma, ha respinto il reclamo proposto da una società avverso il decreto con cui il giudice designato, in prima istanza, aveva rigettato il ricorso proposto per la conferma delle misure protettive e connessa domanda cautelare. Il giudice designato aveva, infatti, respinto le domande ritenendo che: non sussistesse una reale condizione di squilibrio patrimoniale ed economico – finanziario della ricorrente; quest'ultima avesse violato i doveri di buona fede e correttezza e abusato tanto dello strumento della composizione negoziata della crisi, quanto della richiesta di misure protettive; la cessione dei principali rami di azienda non rappresentasse una possibile soluzione della crisi.

Contro tale provvedimento, la ricorrente propone reclamo, richiedendo, tra gli altri, il ripristino delle misure protettive e l'assunzione di tutti i conseguenti provvedimenti funzionali a proteggere nel corso della composizione negoziata, l'ordine di rilascio di alcuni beni aziendali oggetto di sequestro nell'ambito di una procedura innanzi al giudice amministrativo.

Con il decreto in esame, il Tribunale romano ha puntualizzato alcuni principi di "sistema".

Innanzitutto, quanto all'eccezione d'incompetenza formulata dalla ricorrente, rileva che la competenza, in ordine alla conferma delle misure protettive e cautelari nell'ambito della composizione negoziata:

"è rimessa dal comma 1, articolo 7, D.L. 118/2021 al Tribunale del luogo ove l'impresa richiedente ha la sede, senza che tale competenza possa essere subordinata a quella del giudice del luogo ove eventualmente già penda altra causa relativa a una misura cautelare già adottata, potendo porsi casomai un dubbio sull'ammissibilità di una domanda volta a sterilizzare la misura cautelare già assunta".

Né può in alcun modo ritenersi ammissibile che questo giudice "del cautelare negoziale" possa sovrapporsi a quello della misura cautelare in precedenza concessa in altro ambito e, così, pronunciare in merito all'efficacia o meno della misura stessa:

¹³ In ogni caso, previo deposito di una relazione aggiornata anche da parte dell'esperto.

¹⁴ Si veda Tribunale di Bergamo, 5 luglio 2022.

“quand’anche si trattasse di richiesta inerente queste misure, in ogni caso a questo Tribunale rimarrebbe la competenza (ove la richiesta fosse accolta) di pronunciare l’inibitoria, rimanendo sempre sottratta la pronuncia dell’eventuale inefficacia dei provvedimenti già emanati da altro ufficio”.

Non può essere interpretato in senso contrario il disposto dell'[articolo 7](#), comma 5, Codice, (secondo cui:

“su richiesta dell’imprenditore e sentito l’esperto, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori” “che va letto nel senso del mero limitato dispiegamento dell’ombrello ad alcuni creditori o misure, e non anche che il giudice della misura protettiva possa sovrapporsi sulla misura emessa a quello competente per l’azione esecutiva o cautelare”.

In generale, viene ricordato poi che lo scopo della composizione negoziata della crisi è:

“favorire l’emersione quanto più anticipata possibile della crisi dell’impresa, al fine di attuarne il possibile risanamento quando ancora la situazione finanziaria ed economica non si è completamente deteriorata. La procedura può essere attivata nei casi in cui si presenti una situazione di squilibrio economico, e dunque quando l’insolvenza è solo prospettica, ovvero anche nei casi – assai più frequenti nelle prime applicazioni – in cui sussiste una situazione di insolvenza conclamata ma non irreversibile, quando alla composizione negoziata si accede tardivamente ed è necessario il ricorso a rimedi economici e finanziari drastici e comunque le probabilità della soluzione positiva si riducono drasticamente”.

Al percorso della composizione negoziata (che, si ricorda, si svolge in un ambito non giudiziale) si può eventualmente accompagnare, su richiesta del debitore, il dispiegarsi delle misure protettive e della sospensione delle azioni cautelari, per impedire che le iniziative dei creditori possano ostacolare il perseguimento degli obiettivi di risanamento. Tuttavia, ricorda il provvedimento:

“proprio per l’attitudine di tale automatica protezione a incidere pesantemente sui diritti dei creditori e dei terzi, la legge ne sottopone la conferma al vaglio del giudice sulla presenza dei presupposti di legge costituiti: a) dalla sussistenza di una situazione di squilibrio economico e finanziario e b) dall’effettiva e realistica possibilità di pervenire al risanamento dell’impresa”.

In particolare, in tale ambito:

“va sottolineata la particolare importanza e delicatezza dei temi connessi alla valutazione delle possibilità di risanamento, la cui realistica affermazione deve dal giudice essere pienamente verificata nell’esistenza di un progetto concreto che delinei quantomeno l’obiettivo di fondo che s’intende

perseguire e le linee principali degli interventi che l'impresa intende assumere: ... il dispiegamento di strumenti giudiziari fortemente incisivi sui diritti dei terzi e dei creditori si giustifica solo nella prospettiva del recupero dell'efficienza aziendale e imprenditoriale, quale obiettivo coerente con l'interesse generale di rango costituzionale di tutela dell'economia nazionale e con i principi propri ... della Direttiva Insolvency”.

È la ragionevole possibilità di risanamento dell'impresa a costituire:

“uno degli obblighi centrali che la normativa pone a carico del debitore e che deve essere verificato con rigore, poiché l'ampiezza dell'ombrello protettivo costituisce un vulnus particolarmente incisivo e pericoloso per i creditori, ai quali può essere imposto solo nei casi in cui il debitore renda chiaramente plausibile il dispiegamento di un'azione risanatrice connotata da realismo ed effettività ed evitare abusi e ostruzionismi”.

Infatti, la concessione di misure che impediscano ai creditori di esercitare i propri diritti deve essere supportata (e controbilanciata) da una reale funzionalità degli atti al superamento della crisi finanziaria e industriale, che consenta di mantenere la continuità aziendale, mentre risulta del tutto inopportuna in soluzioni che comunque conducano alla liquidazione dell'impresa.

È chiaro, quindi, che:

“già la domanda di conferma delle misure protettive deve essere accompagnata non solo da una adeguata documentazione sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa, ma anche dalla presenza di un progetto finanziario adeguato e di un'attestazione di risanamento che, seppure non pienamente dispiegata in un piano articolato, tuttavia deve presentare al giudice un adeguato e leggibile sviluppo nella direzione della continuità aziendale, tale da consentire una valutazione prognostica o quantomeno di realistica possibilità di riuscita.

L'assenza di un progetto di massima, realisticamente apprezzabile dal giudice in termini quantomeno di verosimiglianza e coerenza con risanamento imprenditoriale finirebbe per ricondurre il requisito in questione alla mera affermazione del debitore e di conseguenza a consentire il sicuro pregiudizio dei creditori sulla base di mere ipotesi del debitore, che potrebbero risultare irrealistiche, fantasiose o addirittura finalizzate unicamente a paralizzare o procrastinare le azioni a tutela dei crediti”.

In mancanza di tale requisito, il debitore, allorché non sia ancora prospettabile una via credibile al risanamento, potrà beneficiare – eventualmente – della protezione connessa al ricorso delle (vere) procedure concorsuali, quali il concordato preventivo o degli AdR (con l'avvento del Codice della crisi, gli strumenti di regolazione della crisi).

In ogni caso, il sindacato in ordine alla sussistenza dei presupposti della situazione di crisi e del suo possibile superamento appartiene direttamente ed esclusivamente al giudice designato per l'eventuale conferma e non può essere rimesso alle valutazioni, pur rilevanti e oggetto di esame nell'ambito del giudizio di convalida, rese dall'esperto:

“il vaglio del giudice si svolge su un piano parallelo e con finalità diverse rispetto a quello dell'esperto, la cui opinione opera ai fini delle trattative e non è a tal fine subordinata rispetto a quella eventualmente diversa del giudice”.

A tal fine, merita un accenno la questione legata alla posizione di indisponibilità manifestata da un creditore a dar luogo alle trattative, quale tema che necessariamente s'intreccia con quello del possibile risanamento.

Ritiene il collegio che:

“la questione non sia da trattare in astratto, poiché è evidente che la mera contrarietà di un creditore alle trattative non può valere di per sé né a impedirne lo svolgimento, né il dispiegarsi dell'ombrello protettivo. [Pertanto] Il quesito è invece se in concreto, ... detta indisponibilità costituisca o meno - per l'ammontare del credito, per la sua portata percentuale rispetto all'intera debitoria e soprattutto in relazione al concreto dispiegarsi della situazione economica in termini di mera situazione di crisi risolvibile con la continuità o di vera e propria insolvenza - un ostacolo tale da impedire il risanamento dell'impresa”.

Nella fattispecie, il piano del proponente con il ricorso consisteva in una serie di operazioni (l'utilizzazione dei flussi del quinquennio seguente derivanti dai rapporti con il GSE¹⁵; la vendita degli impianti aziendali al termine del quinquennio; lo stanziamento di un finanziamento soci irredimibile), senza tuttavia prospettare interventi industriali e finanziari che consentirebbero il superamento della crisi.

E, invero, la creditrice contraria all'accordo, vantava da sola un credito che, anche al netto degli interessi e dei ricavi di gestione futura, era (seppur di poco) superiore alla metà del totale delle passività e soprattutto lamentava di voler essere soddisfatta non in danaro, bensì mediante il trasferimento di compendi aziendali in tempi invero rapidi (anteriori ai 5 anni previsti per le generazioni di cassa ipotizzate dal debitore e, comunque, contrari alla finalità di risanamento del rimedio negoziale), rendendo di fatto impossibile perseguire effettivamente il proposto programma di risanamento.

¹⁵ I quali, seppur in parte già maturati (1,5 milioni su 5 milioni), erano oggetto di contenzioso amministrativo (e oggetto di sequestro conservativo, in quanto ritenuti non dovuti dal GSE) per cui indisponibili e altamente aleatori.

Data la percentuale dei crediti contrari, comunque, ciò avrebbe impedito altresì anche il raggiungimento gli accordi e le maggioranze per le procedure indicate dall'[articolo 11](#), D.L. 118/2021.

Apparivano, quindi evidenti tanto l'impossibilità delle trattative, quanto la risanabilità dell'impresa (in fin dei conti, il piano ipotizzato risultava essere di tipo liquidatorio).

L'[articolo 7](#), comma 6, D.L. 118/2021, sancisce una regola di proporzionalità tra le misure adottate e il pregiudizio arrecato ai creditori istanti, applicabile anche in sede di conferma, che deve essere negata nei casi in cui il peso del risanamento gravi in maniera sbilanciata in danno di alcuni creditori o di un terzo interessato.

Infine, come sopra indicato, durante le trattative, le parti sono tenute a comportarsi secondo buona fede e correttezza:

“da declinarsi in termini di rappresentazione completa e trasparente della propria situazione e di gestione del patrimonio e dell'impresa che non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori”.

In particolare, come già evidenziato dal giudice designato, l'operato del debitore ricorrente era carente del presupposto di legge relativo alla corretta rappresentazione delle vicende societarie che hanno condotto allo stato di squilibrio e che, pertanto, impediscono di ritenere sussistente quell'onere di trasparenza che sta alla base della composizione negoziata¹⁶.

L'ordinanza del Tribunale di Roma del 4 ottobre 2022

A scioglimento della riserva assunta, il Tribunale romano ha confermato le misure cautelari richieste dalla ricorrente-debitrice, la quale aveva proposto istanza per l'accesso alla composizione negoziata della crisi d'impresa.

In particolare, dopo l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, la debitrice chiedeva la conferma delle misure richieste, ex [articolo 18](#), Codice, in sede di proposizione dell'accordo, consistenti in:

- divieto ai creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore (e salvo sempre il dissenso dell'esperto);
- divieto ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio e sui beni e diritti attraverso i quali viene esercitata l'attività di impresa;

¹⁶ Nel caso di specie, era emerso che una grossa parte dei debiti della società era verso altra società, controllata al 90% dal socio unico della prima, per cui è stata rilevata una situazione di correlazione societaria non dichiarata dal debitore e dal particolare creditore, ritenuta perciò potenzialmente concertata tra gli stessi, allo scopo eventuale di consentire la sottrazione dei compensi aziendali da cedere, idonea a tradursi in un danno per gli altri creditori.

- sospensione delle procedure esecutive promosse da alcuni creditori avverso, le quali la ricorrente ha proposto opposizione a precetto e opposizione all'esecuzione;
- divieto di emissione della sentenza di fallimento, ovvero di apertura della liquidazione giudiziale¹⁷.

In particolare, la ricorrente aveva proposto un piano di risanamento, da attuare mediante un accordo di ristrutturazione dei debiti, a efficacia estesa ai sensi degli articoli [57](#) e [61](#), Codice, articolantesi, in sintesi, ne:

1. la prosecuzione dell'attività di impresa in continuità indiretta (con cessione dell'azienda a soggetto terzo all'esito dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione e, comunque, previo esperimento di procedura competitiva e con mantenimento dei livelli occupazionali);
2. il pagamento integrale degli oneri della continuità per la predisposizione del piano;
3. la destinazione del patrimonio mobiliare residuo al pagamento dei crediti, secondo le cause legittime di prelazione.

Importante rilievo nell'ordinanza in commento attiene alla considerazione che:

“lo strumento della composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa ha la funzione di individuare soluzioni per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza anche mediante il trasferimento dell'azienda o parte di essa”.

Tale strumento negoziale, inoltre:

“ha la funzione di individuare uno strumento idoneo al superamento della crisi d'impresa e, pertanto, il debitore non è necessariamente vincolato alla proposta originariamente formulata”.

Per tale motivo, nell'ambito del procedimento relativo alle misure protettive:

“il Tribunale, non è chiamato a una predelibazione in ordine alla effettiva ammissibilità degli strumenti di composizione della crisi “proposti” dal debitore in quanto tale proposta può subire variazioni all'esito delle trattative stesse e dovrà essere valutata solo se e nei limiti di quanto effettivamente proposto secondo il procedimento prescritto per il tipo di strumento individuato”, ma, al contrario, “il Tribunale è chiamato a valutare, sentito l'esperto nominato, se la richiesta di misure si inserisce nell'ambito di uno schema procedimentale tipico, se vi sia la concreta possibilità che possa addivenirsi a una

¹⁷ Cfr. Tribunale di Milano, 24 febbraio 2022 circa l'obbligo di porre richieste specifiche di misure protettive e cautelari, ritenendo inammissibile “la richiesta di misure protettive e cautelari “che l'esperto dovesse ritenere necessarie o opportune per assicurare il buon esito delle trattative”, tenuto conto della necessità di determinare con precisione il contenuto delle misure in questione e i soggetti passivi ai quali notificare il ricorso e il relativo decreto di fissazione dell'udienza”.

soluzione concordata e se le misure appaiono funzionali a favorire il raggiungimento delle trattative stesse”.

La proposta di accordo di ristrutturazione prima di essere omologata, come detto, può essere modificata successivamente e per più volte, in dipendenza dell'evolversi delle trattative tra le parti, anche all'esito delle interlocuzioni sorte, su stimolo anche dell'esperto, nell'ambito del procedimento di concessione delle misure.

Nell'ambito del procedimento volto alla conferma delle misure protettive il Tribunale, tuttavia, non può essere tuttavia chiamato anche a una predelibazione in ordine all'effettiva ammissibilità degli strumenti di composizione della crisi “*proposti*” dal debitore (nello specifico, il ricorso a un accordo di ristrutturazione dei debiti): ciò sarà possibile - fatti salvi i casi di insanabilità palese e manifesta (e quindi di rigetto dell'istanza volta, non solo a confermare le misure cautelari, ma anche all'accesso a tale procedimento) - solo al termine delle interlocuzioni tra le parti e previa mediazione dell'esperto nominato; antecedentemente, il giudice designato è e resta un giudice “*del cautelare negoziale*” (nei limiti evidenziati dal decreto commentato al § precedente).

ec Euroconference
Editoria

GUIDA AGLI STRUMENTI DEFLATTIVI

Autori: Gianfranco Antico

Prezzi di listino	Versione cartacea	Versione e-book
	€ 15,00	€ 12,50 + IVA 4%

ACQUISTA ORA

La meritevolezza del sovraindebitato. Aspetti (anche) probatori

Domenica Capezzerà – giudice delegato Tribunale di Pescara

La meritevolezza del consumatore continua a essere uno dei temi di maggiore criticità del sovraindebitamento, fino a costituire lo snodo tormentato dell'istituto. In questo contributo, sullo sfondo di una recente pronuncia della Corte di Cassazione, tale requisito viene analizzato alla luce delle novità legislative che sono intervenute e che si sono riversate anche sul piano probatorio.

Introduzione

Di recente la Cassazione si è soffermata su uno dei temi più spinosi che riguardano il sovraindebitamento, quello della meritevolezza del consumatore, fornendo all'interprete nuovi spunti di riflessione su ciò che, ad avviso di chi scrive, rappresenta da sempre lo snodo tormentato dell'istituto. Il caso esaminato dagli Ermellini attiene a un soggetto sovraindebitato che per lungo tempo aveva fruito di una fonte di reddito eccezionale, rinnovata tuttavia con costanza e regolarità, al punto da creare nel percettore, debitore sovraindebitato, un affidamento sul quale lo stesso aveva deciso di conformare il proprio tenore di vita¹.

Dalla lettura della sentenza si desume che il sovraindebitato, in presenza di tali redditi aggiuntivi, aveva pure fatto ricorso a finanziamenti e aveva anche assunto nuove obbligazioni nella convinzione di poterli onorare, convinzione poi venuta meno nel momento in cui l'incarico eccezionale è venuto a mancare, determinandosi così un vero e proprio squilibrio finanziario non più arginabile con le ridotte entrate reddituali.

Il sovraindebitato si rivolgeva al Tribunale per ottenere l'omologa di un piano del consumatore che gli permettesse l'esdebitazione per le obbligazioni assunte e non onorate.

Il Tribunale in prima istanza omologava il piano atteso che, il creditore reclamante rappresentato da un istituto di credito non aveva sufficientemente provato le ragioni per le quali, da un certo momento in poi, il debitore non aveva più potuto sostenere i nuovi oneri che, comunque, attenevano a spese non voluttuarie ma pur sempre straordinarie, come quelle deliberate dal condominio per la ristrutturazione

¹ Cassazione ordinanza n. 27843/2022.

dell'immobile e quelle necessarie all'acquisto di una nuova autovettura in conseguenza di un incidente stradale che aveva interessato il debitore il quale viaggiava per lavoro quotidianamente.

Ebbene, *in primis* la Corte di Cassazione ha reputato la motivazione errata in punto di diritto in quanto la disposizione normativa applicabile alla fattispecie concreta era quella di cui all'[articolo 12-bis](#), comma 3, L. 3/2012 che dispone(va) che il giudice avrebbe potuto omologare il piano del consumatore solo escludendo che costui:

- a) aveva assunto le obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere; ovvero
- b) aveva colposamente determinato il sovraindebitamento anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali.

Secondo gli Ermellini la prova dei requisiti per l'accesso alla procedura, in quel contesto normativo, gravava sull'istante al quale competeva, dunque, l'onere di dimostrare non solo di essersi indebitato con la ragionevole prospettiva di poter adempiere le obbligazioni assunte ma anche di aver fatto ricorso al credito in misura proporzionata alle proprie capacità patrimoniali e di essere stato per ciò solo impossibilitato a fronteggiare il debito assunto a causa di eventi sopravvenuti e a sé non imputabili.

Il giudice di legittimità, parimenti, ha considerato irrilevante l'origine "*non voluttuaria*" della spesa e, invece, ha valorizzato sia la circostanza che essa era stata assunta senza considerare l'eccezionalità degli incarichi e, dunque, la precarietà delle entrate che essi generavano sia il rilievo sia il debitore non aveva adeguatamente preso in considerazione il rischio che gli incarichi eccezionalmente affidatigli non gli sarebbero più stati confermati tanto da decidere di non accantonare una quota delle maggiori retribuzioni anche ingenti percepite negli anni e considerando in ogni caso che l'acquisto dell'auto, sebbene necessario in ragione dei quotidiani spostamenti per lavoro, non richiedeva certamente la scelta di un modello così costoso come quello verso il quale il debitore si era orientato.

Il provvedimento si è dunque focalizzato sul requisito della meritevolezza del sovraindebitato che proponga un piano del consumatore.

Sicché, sebbene la Corte si sia pronunciata su di un tema oggettivamente superato in quanto riferito a una fattispecie anteriore al D.L. 137/2020 che come noto ha riformulato i requisiti d'accesso alla procedura del sovraindebitamento per il consumatore, non si possono non riconoscere indicazioni utilizzabili anche nell'attuale modificata normativa che soltanto apparentemente ha lasciato alle spalle la condizione della meritevolezza come contropartita dell'assenza del voto da parte dei creditori.

Riflessioni sulla nuova procedura di ristrutturazione dei debiti

L'esegesi di questo *decisum* della Corte spinge verso una necessaria riflessione rivolta all'istituto della nuova "Ristrutturazione dei debiti del consumatore" ex [articolo 67](#) e ss., Codice, e alla stessa natura del requisito della "meritevolezza".

Ciò in quanto cattedra e Foro, all'indomani delle modifiche apportate alla L. 3/2012 con il D.L. 137/2020, avevano concluso che il requisito della meritevolezza fosse tramontato e sostituito con quello assai più elastico della colpa grave nella determinazione del sovraindebitamento.

E, in effetti, oggettivamente, una cosa è per il debitore dover dare dimostrazione che al momento dell'assunzione delle obbligazioni godesse di una situazione reddituale o patrimoniale tale da reggere programmaticamente l'impatto dell'obbligazione derivante dal finanziamento, altra ancora è lasciare ai creditori la dimostrazione che l'origine del sovraindebitamento poggia su una sua condotta gravemente colposa.

Il D.L. 137/2020, responsabile del cambio nel requisito soggettivo come noto ha anticipato per alcuni aspetti, anche importanti, il testo del D.Lgs. 14/2019, come la legittimazione alla falcidia dei finanziamenti garantiti da 1/5 dello stipendio o pensione, la possibilità di conservare il mutuo dell'abitazione principale e di avviare procedure di sovraindebitamento di origine familiare, operando un innesto nel tessuto della L. 3/2012.

Le novità introdotte in quel tessuto normativo avevano dato l'impressione di un alleggerimento della pressione e della (parziale) severità della L. 3/2012, a tutto vantaggio di un maggior supporto ai consumatori indebitati, in un periodo storico già segnato da grandissimi sconvolgimenti sociali ed economici che avevano messo in ginocchio un elevato numero di imprese così come pure la categoria dei consumatori.

In parte quella lettura appariva corretta, soprattutto perché rafforzata dall'introduzione dell'ulteriore novità della necessità di indagare sul rispetto, al momento della concessione del credito, del merito creditizio del debitore, penalizzando quel creditore (soggetto finanziario) che avesse concesso credito senza l'opportuna verifica della capacità di restituzione del debito nel rispetto della conservazione di un livello di vita dignitoso del debitore, il cui *standard* è agganciato al parametro dell'assegno sociale moltiplicato per i coefficienti indicati dalla scala di equivalenza ISEE in rapporto al numero dei componenti della famiglia.

Tuttavia, quelle aggiunte altro non erano se non elementi prelevati da un tessuto normativo diverso, la cui introduzione nel tessuto economico veniva ritardata perché ritenuto troppo rigido se messo a confronto con la ridotta capacità del mercato di reggere l'onda d'urto che avrebbe determinato.

Quindi, quelle stesse “*novità*” che avevano fatto ritenere un allentamento della severità, reintrodotte nella loro sede d'origine vanno reinterpretate nel contesto dal quale traggono origine, che è il Codice.

Ebbene, c'è da osservare come il Codice, che contiene le nuove norme che disciplinano le soluzioni della crisi da sovraindebitamento si muove su postulati chiari, volti in primo luogo a prevenirla attraverso l'adozione tempestiva di misure per farvi fronte, ragione per la quale quegli stessi postulati dovranno necessariamente incrociarsi con la nozione di colpa grave che è certamente un principio astratto e di difficile collocazione esatta e che per ciò solo deve essere contestualizzato entro i confini al cui interno lo stesso è chiamato a operare in concreto.

La stessa nozione di colpa grave, ad esempio, assume, in un contesto fortemente regimentato un significato totalmente differente rispetto a quello nel quale un individuo si muova in assoluta libertà morale e fisica.

Dunque, non si può prescindere dai postulati che il Codice pone anche per la misura della meritevolezza che altro non è se non l'altra faccia della stessa medaglia sulla quale troviamo la proiezione della colpa posto che nessuno dubita che è meritevole chi non versa in colpa grave.

Del resto, la meritevolezza si inquadra all'interno di precisi diritti e obblighi atteso che se è vero che il soggetto meritevole ha il diritto alla conservazione dell'abitazione principale di cui paga il mutuo secondo il piano d'ammortamento nonché il diritto di sottrarsi alla cessione del quinto della pensione o dello stipendio che può incidere anche gravemente sul suo tenore di vita, è altresì indubitabile che la condizione necessaria è che egli reagisca ai primi sintomi di crisi (che anche per il consumatore si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi finanziari a far fronte alle obbligazioni programmate indicata all'[articolo 2](#), comma 1, lettera a), Codice, adottando tutte le misure necessarie a farvi fronte.

Deve dunque ammettersi come il contesto nel quale assai meglio si armonizzano le nuove misure sia completamente cambiato e un ulteriore segnale è rappresentato dalla modifica della nozione stessa di sovraindebitamento che, infatti, si è allontanata dalla dimensione patrimoniale utilizzata dalla L. 3/2012 per attrarre a sé l'accezione fluida della situazione di squilibrio economico e accostandosi, così a quella finanziaria molto ben tracciata dalla nozione di crisi di cui all'[articolo 2](#), comma 1, lettera a), Codice.

Ancora si ritiene che un altro importante elemento che permette di inquadrare la nuova situazione in cui (anche) il consumatore si muove e che tornerà senza dubbio utile per la misurazione della colpa grave, è che il gestore della crisi non sembra di certo aver perso le sue facoltà di indagine sulle cause della crisi, sulla diligenza nell'assumere le obbligazioni e sulle ragioni che hanno impedito al consumatore di farvi fronte, segno questo che appare senz'altro utile esplorare questi fattori soggettivi proprio per raccogliere elementi al fine di misurare lo stadio della colpa nel momento in cui il consumatore ha assunto le obbligazioni.

Infine, va sottolineato che tra i documenti che il debitore deve allegare alla domanda non è più presente l'elenco degli atti dispositivi nel quinquennio, sostituito con l'elenco degli atti di straordinaria amministrazione, che altro non sono se non quegli atti capaci di provocare il rischio di alterazione del patrimonio al fine di agevolare il compito del gestore volto a comprendere se il consumatore, quando ha contratto il debito, fosse nella condizione di restituirlo.

Orbene, questi elementi che fino a qui si sono analizzati così come i requisiti di nuova formulazione che si sono appena ricordati vanno tutti a inquadrarsi in una procedura che evidenziando una differente *"causa concreta"* ne giustifica la loro stessa applicazione.

La precedente normativa, in vero, si proponeva lo scopo, anche se del tutto statico, di *"porre rimedio alle situazioni di sovraindebitamento"* ([articolo 6](#), L. 3/2012) attraverso la proposizione di *"un piano che prevedesse scadenze e modalità di pagamento dei creditori"* ([articolo 7](#), L. 3/2012); l'[articolo 67](#), Codice richiede, invece, che il *"consumatore proponga un piano che indichi tempi e modalità per superare la crisi"* prevedendo *"il soddisfacimento dei crediti in qualsiasi forma"*.

Dunque, mentre la precedente normativa aveva come obiettivo sostanziale l'esdebitazione del debitore, da centrare attraverso il pagamento dei creditori, quella attuale si pone l'ambizione di rimettere il debitore in una condizione di precrisi in cui egli sia in grado di programmare le proprie obbligazioni finanziarie con un orizzonte temporale di media lunghezza.

Anche questo a ben guardare è un elemento che incide sensibilmente sulla valutazione della colpa del debitore in quanto, sebbene esso sia rivolto al futuro, costituisce un obiettivo che solo il debitore esente da colpa grave, intesa come espressione di totale disordine finanziario, sarà in grado di raggiungere; mentre tale obiettivo appare certamente molto più difficile per chi ha fatto approdo agli strumenti di soluzione della crisi dopo avere ampliato senza giudizio e con condotte seriali il proprio debito (spesso di natura fiscale) mostrando scarsa sensibilità verso gli obblighi di collaborazione sociale che impongono *in primis* di non pregiudicare i diritti dei creditori ([articolo 4](#), comma 2, Codice).

A tale riguardo, occorre anche aggiungere che un'ulteriore recente pronuncia della Cassazione ([n. 28013/2022](#)) ha stabilito, proprio con riferimento a un caso di sovraindebitamento del consumatore, che il soddisfacimento del debito, per essere tale, non può essere rappresentato da ristori puramente simbolici, contribuendo ad aggiungere un'ulteriore linea di perimetro per la contestualizzazione della nozione della colpa grave.

Il requisito della meritevolezza all'interno del nuovo Codice

Dunque, a valle di questa digressione, la considerazione a cui si perviene è che, anche il consumatore all'epoca del Codice deve “*meritarsi*” l'ammissione e poi l'omologa del piano proposto che gli permette di esdebitarsi e ritornare in una condizione appunto di pre-crisi in cui egli possa avere il governo della propria spesa, nei limiti delle proprie attuali e concrete risorse finanziarie.

Quello che si vuole dimostrare, in definitiva è che la condizione di *fresh start*, a cui mira senza dubbio anche la nuova legge, non è sganciata dal pre requisito della responsabilità economica e finanziaria che deve animare i soggetti che fanno ricorso alla procedura di sovraindebitamento, istituto che continua a essere considerato in ogni caso come “*strumento eccezionale*”, alternativo alla liquidazione controllata di “*abbandono dei beni*”, riservato a quei soggetti che mostrino di aver tenuto una condotta quantomeno non disordinata, caotica e seriale nella formazione del debito e che si avvicina molto con la nozione di meritevolezza.

Posto dunque che il requisito della meritevolezza appare anche oggi lungi dall'essere stato annichilito dal nuovo contesto normativo, va in ogni caso evidenziato che un elemento distintivo rispetto al passato esiste ed è senz'altro legato all'elemento della prova che, un tempo, poggiava sulle spalle del debitore, mentre ora rappresenta un onere di cui è gravato il creditore, o eventualmente rimesso alla valutazione del giudice nella verifica dell'ammissibilità giuridica che deve precedere l'omologa.

Appare dunque oltremodo evidente che anche nel nuovo panorama normativo prima preannunciato, quanto al requisito soggettivo della meritevolezza, il sindacato giudiziale resta ancorato all'“*assenza di colpa*” e di “*atti in frode*”, ma esso si arricchisce, nell'ottica del *favor debitoris*, di un ulteriore elemento di valutazione selettiva, ovvero il grado di rilevanza della colpa, ora limitato ai soli casi di “*colpa grave*” e “*mala fede*”.

Ciò vuole significare che il novero delle condotte negligenti o contrarie a buona fede idonee a escludere l'accesso del debitore sovraindebitato alla procedura di piano del consumatore è limitato a quelle sole che mostrino *prima facie* se non la dolosa preordinazione della situazione di incapienza patrimoniale, quantomeno una prudenza o cautela notevolmente inferiori alla media. Tale condizione (colpa grave),

ostativa alla concessione del beneficio di parziale esdebitazione – che il piano del consumatore offre indipendentemente dal consenso dei creditori – ricorre quasi certamente in almeno 2 ipotesi: la prima si verifica quando, a passività invariate, il consumatore si sia privato di risorse patrimoniali gratuitamente o a prezzo incongruo a beneficio di terzi ovvero al fine di soddisfare, tanto più se con mezzi anomali, crediti preferenziali, sottraendo dunque incautamente beni su cui la massa dei creditori anteriori aveva fatto affidamento; in tal caso dovendo l'indagine giudiziale incentrarsi essenzialmente sul coefficiente soggettivo di artificiosa preordinazione da parte del debitore; la seconda, invece, quando il consumatore, assumendo nuove obbligazioni, senza minimamente considerare l'insostenibilità dell'accresciuta esposizione né ponderare le esigenze poste alla base del ricorso al credito, abbia incautamente reso la garanzia patrimoniale generica insufficiente rispetto alle passività complessivamente assunte.

A tale ultimo riguardo qualche decisione aveva già considerato meritevole, non solo la condotta del consumatore che contragga il debito per far fronte a esigenze imprevedute e sopravvenute (si pensi ai costi da sostenere per una malattia), ma anche quella del consumatore che, benché già sovraindebitato per situazioni altrettanto involontarie (come, ad esempio, la perdita del lavoro), abbia dovuto contrarre ulteriori obbligazioni onde conservare risorse fondamentali alla propria vita (si pensi a finanziamenti contratti per onorare il mutuo contratto per l'acquisto dell'abitazione), ovvero per far fronte a primarie esigenze di vita personale e familiare.

Si era ritenuto dunque che non fosse sufficiente a escludere l'omologa la circostanza che, alla data dell'insorgenza di nuovi debiti, il consumatore era già sovraindebitato, occorrendo invece valutare in ogni caso i motivi dell'assunzione di nuove passività, le quali non potrebbero mai dirsi giustificate ove siano volte a procurare all'indebitato o a terzi ingiustificati vantaggi (ad esempio, acquisto di beni voluttuari o esecuzione di pagamenti preferenziali) ovvero qualora consentano all'indebitato la conservazione di condizioni di vita sproporzionate al proprio reddito, dilazionando oltremodo i tempi di soluzione della crisi da sovraindebitamento.

E allora, se questi sono i binari tracciati dalle norme di nuovo conio e se dunque l'istituto del sovraindebitamento che deve per ciò solo tendere a risollevere le sorti del debitore risolvendo la sua situazione di crisi o di insolvenza, non ha mai perso il "faro" della meritevolezza va necessariamente ridimensionato, ad avviso di chi scrive, l'assunto secondo il quale tale requisito, sotto l'egida del Codice, non dovrà più essere oggetto di prova da parte del debitore dovendo il creditore fornire al giudice gli elementi della colpa grave o mala fede in capo al sovraindebitato.

A questo punto ci si chiede come sia possibile risolvere il *rebus*.

La risposta potrebbe semplicemente passare attraverso la valorizzazione dei requisiti della completezza e attendibilità del corredo documentale prodotto dal sovraindebitato il cui controllo è affidato alla figura tuttora centrale del gestore della crisi.

Nessuno potrebbe dubitare infatti che, dinanzi a una documentazione lacunosa circa le cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere le obbligazioni ovvero circa le ragioni dell'incapacità del debitore di adempiere le obbligazioni assunte, diventa quanto meno arduo per il giudice accertare l'esistenza della sola colpa lieve ed escludere automaticamente quella grave o addirittura la mala fede in capo al sovraindebitato.

Si vuol dire, più semplicemente, che è pur sempre il debitore a dover adeguatamente provare l'origine del proprio sovraindebitamento, sia pure nei limiti in cui tale indagine appaia necessaria per acquisire da parte del giudice un sereno giudizio di probabile non colpevolezza grave o di mala fede del debitore ([articolo 69](#), Codice).

In definitiva, non sembra omologabile un piano allorché non sia possibile escludere, ragionevolmente che il ricorrente abbia determinato la propria situazione di sovraindebitamento con colpa grave, malafede o frode, attese le lacune esistenti circa la prova degli eventi elencati che avrebbero dato origine alla crisi in cui versa il debitore.

La presunzione di non colpevolezza concessa al debitore è, per ciò solo, valida in presenza di documentazione chiara completa e attendibile.

La meritevolezza nella liquidazione controllata

Nella liquidazione controllata, invece, manca, quale presupposto di accesso alla procedura la verifica del compimento di atti in frode negli ultimi 5 anni e, più in generale, del requisito della meritevolezza (così come previsto dall'abrogato [articolo 14-quinquies](#), comma 1, L. 3/2012). Va subito precisato che nel Codice il requisito della meritevolezza permane letteralmente solo per l'esdebitazione del sovraindebitato incapiente ([articolo 283](#), Codice) e non per la liquidazione controllata (si veda infra).

Per ciò che concerne, invece, gli atti in frode, tra le novità introdotte dal Codice, vi è la legittimazione attiva del liquidatore, previa autorizzazione del giudice delegato, a esercitare (o, se pendenti, a proseguire) le azioni dirette a far dichiarare inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori ([articolo 274](#), comma 2, Codice).

L'introduzione, tra le facoltà del liquidatore, di intraprendere l'azione di revocatoria ordinaria o *actio pauliana* ex [articolo 2901](#), cod. civ., unitamente all'abrogazione della verifica del compimento di atti in

frode in sede di apertura della procedura, fa propendere per il superamento definitivo di tale requisito ostativo e dunque per l'irrelevanza degli atti compiuti in pregiudizio dei creditori.

Del resto, non avrebbe senso riconoscere al liquidatore il potere di esercitare un'azione revocatoria, conservando quale presupposto per l'apertura della liquidazione l'assenza di atti in frode; ciò in quanto gli atti revocabili dal liquidatore sarebbero gli stessi che dovrebbero comportare l'inammissibilità dell'apertura della procedura di liquidazione.

.... la meritevolezza nell'esdebitazione del sovraindebitato incapiente ...

Il D.L. 137/2020 (c.d. Decreto Ristori), convertito dalla L. 176/2020 pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 24 dicembre 2020 ha introdotto nella L. 3/2012 alcune novità estratte dal Codice che come noto è entrato in vigore lo scorso 15 luglio 2022.

Un intervento di significativo rilievo è stata sicuramente l'introduzione dell'istituto dell'esdebitazione del "*debitore incapiente*" (che peraltro, è stato integralmente richiamato dal Codice) secondo cui la persona fisica, che sia meritevole per assenza di atti di frode o responsabilità nella formazione dell'indebitamento e che non sia in grado di offrire ai creditori alcuna utilità, nemmeno in prospettiva futura, può accedere in via immediata alla esdebitazione, fatto salvo l'obbligo di destinazione al soddisfacimento dei creditori delle eventuali sopravvenienze superiori al 10% dell'intero debito.

Il Legislatore vuole così evitare il passaggio del debitore impossidente attraverso una procedura liquidatoria non utile per assenza di beni da liquidare e scarsità di risorse da distribuire e tale da assorbire in costi professionali, gran parte se non tutte, le poche risorse sufficienti solo al mantenimento suo e della famiglia.

C'è da osservare che in favore di un'applicazione rigida del presupposto della meritevolezza militano plurimi argomenti: prima di tutto, ragioni letterali. Il Legislatore fissa la meritevolezza del debitore quale presupposto, solo a questi riservando l'accesso all'istituto; viene poi demandato all'Occ di illustrare le cause del sovraindebitamento, nonché la diligenza mostrata dal debitore persona fisica nell'assunzione delle obbligazioni.


Ancora, si impone al giudice di verificare a tal fine l'assenza di atti in frode e la mancanza di dolo o colpa grave nella formazione dell'indebitamento. Nel medesimo senso, poi, vi sono ragioni sistematiche: gli istituti della L. 3/2012 prima e ora del Codice, nel consentire in danno del ceto creditorio un sensibile grado di sacrificio, continuano a pretendere dal debitore, quantomeno, l'assenza di stati soggettivi colposi o negligenti come diversamente descritti.

L'aspetto non superabile in questo ambito potrebbe concernere, ad esempio, l'impossibilità di giustificare le (se non totali, quantomeno altamente significative e reiterate) omissioni tributarie e

contributive riferibili all'attività del debitore, libero professionista, con i finanziamenti resi in favore della società unipersonale, quest'ultima soggetto giuridico distinto, di cui egli sia l'amministratore unico.



Si pensi, ad esempio, al caso del debitore che riferisca di avere onorato i debiti nei confronti dei fornitori della detta società (gran parte dei quali chirografari) ritardando tuttavia il pagamento dei debiti tributari relativi all'attività professionale svolta in proprio magari in spregio alle cause legittime di prelazione. La meritevolezza dunque rimane, anche alla luce del nuovo assetto normativo, il prisma attraverso cui misurare e declinare in concreto l'ambito operativo dell'intero sotto-sistema del "sovraindebitamento".

Special Event

 **Euroconference**
Centro Studi Tributari

Special Event Lavoro di 1 giornata intera - Diretta web

**REGOLE DI BASE PER LO SVOLGIMENTO
DEL LAVORO DI REVISIONE CONTABILE
IN VISTA NOMINA SU NANO IMPRESE**

 23 febbraio 2023  09.00 - 13.00 / 14.00 - 17.00

ACCEDI AL SITO

Per partecipare alla sede Web, è necessario disporre di un computer personale con webcam e audio perfettamente funzionanti

Crisi e risanamento n. 56/2023

La valutazione dell'alternativa liquidatoria deve tenere conto anche delle azioni revocatorie e di responsabilità esperibili dalla curatela

Ernestina De Medio – avvocato

In sede di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il potere del giudice non è limitato alla sola verifica della regolarità formale degli adempimenti procedurali, ma si estende alla verifica degli aspetti di legalità sostanziale.

La configurazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, infatti, quali atti di autonomia privata, non può far trascurare la rilevanza pubblicistica del relativo procedimento di omologa, il quale comporta la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive e produce deroghe molto rilevanti, in caso di successivo fallimento, al regime generale dell'insolvenza con particolare riferimento al principio della par condicio creditorum.

Nell'effettuare il confronto con l'alternativa liquidatoria, il Tribunale deve prendere in considerazione la proposizione di azioni revocatorie, di responsabilità e di recupero crediti volte a incrementare l'attivo liquidabile in favore dei creditori, e quindi anche del creditore pubblico, soprattutto in presenza di un'ipotesi di cram down.

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice: natura e contenuto

Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono strumenti negoziali stragiudiziali soggetti a omologazione da parte del Tribunale, e sono disciplinati, con l'entrata in vigore del Codice, dall'[articolo 57](#) e ss., Codice (in precedenza erano previsti nell'[articolo 182-bis](#) e ss., L.F.)

Differentemente dal piano attestato di risanamento, l'accordo di ristrutturazione del debito è uno strumento che può essere utilizzato anche ai fini liquidatori dell'impresa.

Gli accordi di ristrutturazione sono conclusi dall'imprenditore in stato di crisi con i creditori che rappresentano almeno il 60% dei crediti e sono soggetti a omologazione da parte del Tribunale. A tal fine l'imprenditore deve, infatti, depositare l'accordo unitamente al piano di risanamento, il cui contenuto è indicato dall'[articolo 161](#), L.F. e dall'[articolo 56](#), Codice, una relazione di un professionista che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo nonché

l'attuabilità dell'accordo stesso con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:

- a) entro 120 giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;
- b) entro 120 giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

L'accordo è pubblicato nel Registro Imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione.

Dalla data della pubblicazione e per 60 giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati.

Entro 30 giorni dalla pubblicazione i creditori e ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il Tribunale, decise le opposizioni, procede all'omologazione.

L'accordo di ristrutturazione consente, in caso di successivo fallimento, l'esenzione da revocatorie e reati fallimentari: tali salvaguardie si concretizzano con l'omologazione.

L'[articolo 60](#), Codice prevede, inoltre, la possibilità di accordi con il 30% dei crediti quando il debitore:

- a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi¹;
- b) non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee.

Altra peculiarità della nuova disciplina è quella prevista dall'[articolo 59](#), Codice che prevede l'estensione degli effetti degli accordi ai coobbligati, ai soci illimitatamente responsabili e agli obbligati in via di regresso.

L'accordo di ristrutturazione, infine, può contenere una convenzione di moratoria ([articolo 62](#), Codice) e la transazione fiscale (oggi disciplinata dall'[articolo 182-ter](#), L.F. e dall'entrata in vigore del Codice dall'[articolo 63](#), Codice).

Gli accordi "ordinari" di ristrutturazione dei debiti possono contenere le pattuizioni più varie: *datio in solutum*, *pactum de non petendo*, riduzione del debito (c.d. saldo e stralcio), dilazione temporale.

I creditori estranei agli accordi devono essere pagati integralmente nel termine di 120 giorni dall'omologazione, se i crediti sono già scaduti a quella data, ovvero dalla scadenza negli altri casi.

Il Codice introduce, dunque, nuove "varianti" degli accordi di ristrutturazione:

¹ La convenzione di moratoria, disciplinata dall'articolo 62, Codice, è uno strumento di regolazione della crisi diretto a disciplinarne in via provvisoria gli effetti e regolamentare in via negoziale tra imprenditore e creditori aderenti le conseguenze dell'inadempimento già verificatosi o di probabile verifica. La convenzione, infatti, è finalizzata a ottenere una moratoria delle scadenze dei crediti, oppure, la sospensione delle azioni esecutive o cautelari (c.d. *stand still*). Come per gli accordi a efficacia estesa, anche gli effetti di questo istituto sono estesi ai creditori non aderenti alle condizioni specificatamente individuate dal Legislatore.

1. accordi di ristrutturazione agevolati, ove i creditori aderenti sono dimezzati rispetto agli accordi “ordinari” (30%) a condizione che l'imprenditore non proponga la moratoria dei creditori estranei e non abbia richiesto le misure protettive del patrimonio;
2. accordi di ristrutturazione a efficacia estesa, definita anche la punta di diamante dell'intero Codice in quanto in grado di superare possibili atteggiamenti ostruzionistici da parte di creditori riottosi, ai quali il Legislatore prevede che, in presenza di determinate condizioni, siano estese le medesime condizioni pattuite con i creditori aderenti.

Il Legislatore ha altresì introdotto il c.d. *cram down* erariale, che consente, a determinate condizioni, di estendere forzatamente gli effetti dell'accordo ai creditori pubblici (ad esempio, Agenzia delle entrate, agente della riscossione, Inps, Inail), la cui inerzia costituisce spesso un ostacolo determinate del percorso di risanamento.

Infine, una novità di assoluta rilevanza è rappresentata dalla previsione di una norma circa la rinegoziazione degli accordi o modifiche al piano ([articolo 58](#), Codice).

L'accordo con efficacia estesa

Con la nuova disciplina del Codice è stata quindi ampliata dal nuovo [articolo 61](#), Codice la possibilità, già prevista dall'[articolo 182-septies](#), L.F., di accordi di ristrutturazione a efficacia estesa in deroga agli articoli [1411](#) e [1472](#), cod. civ., in presenza dei requisiti espressamente indicati (omogeneità delle categorie, buona fede nelle trattative, informative complete e aggiornate, soddisfazione in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale).

La possibilità di un'estensione forzata dell'accordo ai creditori non aderenti viene prevista anche nei confronti dei creditori non finanziari, solo però in caso di finalità di risanamento e non liquidatorie e, quindi, nel caso in cui l'accordo preveda la prosecuzione dell'attività di impresa in via diretta o indiretta. In entrambi i casi i crediti degli aderenti devono rappresentare la metà dell'indebitamento complessivo e devono rappresentare il 75% di tutti i crediti appartenenti alla categoria.

In tal caso il debitore deve notificare l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo.

Al fine di dare nuova linfa all'istituto, a oggi penalizzato anche dalla mancata adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria alle proposte di accordo, l'[articolo 63](#), comma 2-bis, Codice, comma 5, Codice, prevede che:

“Il Tribunale omologa gli accordi di ristrutturazione anche in mancanza di adesione da parte dell’Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l’adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all’articolo 57, comma 1 e 60, comma 1 e, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all’alternativa liquidatoria”.

Il necessario confronto tra lo strumento di regolazione della crisi proposto da debitore e le prospettive attese dall’alternativa liquidatoria

Le disposizioni del Codice dettate in materia di accordi di ristrutturazione a efficacia estesa così come la convenzione di moratoria ([articolo 62](#), comma 2, lettere c) e d), Codice) e la transazione su crediti tributari e contributivi ([articolo 63](#), commi 1 e 2-bis, Codice), ampliano il raggio dell’attestazione richiesta al professionista indipendente, introducendo la necessità di effettuare un confronto tra le prospettive di soddisfacimento dei creditori in base allo strumento di regolazione della crisi proposto rispetto a quelle attese nella alternativa liquidatoria.

Più precisamente, negli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa e nella convenzione di moratoria, è richiesto al professionista indipendente di esprimersi anche in merito al fatto che il trattamento del creditore non aderente al quale vengono estesi gli effetti dell’accordo o della moratoria, sia non inferiore rispetto a quello ottenibile nel caso di liquidazione giudiziale.

Nell’ambito della proposta di pagamento parziale o dilazionato previsto dalla transazione su crediti tributari e contributivi e della ristrutturazione coattiva dell’indebitamento tributario e previdenziale per il tramite del c.d. “*cram-down fiscale*” ([articolo 63](#), comma 2-bis, Codice), l’attestazione del professionista indipendente dovrà giudicare la soluzione proposta più conveniente rispetto alla liquidazione giudiziale.

Al riguardo, stando alla terminologia utilizzata dal Legislatore, pare che l’indagine sulla convenienza richiesta all’attestatore nell’ambito dell’articolo 63, Codice comporti l’accertamento di un *quid pluris* (in ipotesi correlato anche alla “*continuazione*” dei rapporti con i creditori istituzionali) derivante dalle soluzioni proposte rispetto alla liquidazione giudiziale (e non solo il rispetto della condizione secondo la quale il soddisfacimento quantitativo dei creditori interessati sia non inferiore a quello atteso nella liquidazione giudiziale).

Pertanto, in tutti i casi sopra indicati, i raffronti dell'attestatore dovranno essere svolti alla luce delle seguenti premesse:

- da un lato, il confronto quantitativo tra le alternative implica, ad esempio, che il giudizio si preferenza rispetto alla liquidazione giudiziale sia strettamente connesso all'accertamento di un incremento patrimoniale-finanziario complessivo generato dalla continuazione dell'attività, oppure alla possibilità di evitare un peggioramento rispetto a un ipotetico esercizio provvisorio, oppure ancora allo svolgimento di un processo liquidatorio avente risultati uguali o migliorativi rispetto a quello demandato agli organi della procedura di liquidazione giudiziale;
- dall'altro lato, il medesimo confronto implica che lo scenario di soddisfacimento della liquidazione giudiziale non sia limitato alla stima del risultato della liquidazione (o della cessione dell'azienda a seguito di esercizio provvisorio) ma bensì incorpori anche le stime di eventuali risultati utili provenienti dall'esercizio di azioni revocatorie e/o recuperatorie. Ciò in analogia a quanto accade in relazione alla verifica delle condizioni di miglior soddisfacimento offerte dal concordato in continuità rispetto alla alternativa liquidatoria;
- ancora, laddove ci si trovi in presenza di coobbligati del debitore e soci illimitatamente responsabili, l'attestatore dovrà stimare anche la capienza patrimoniale dei fidejussori e coobbligati, nonché dei soci illimitatamente responsabili. Nella liquidazione giudiziale tali soggetti sarebbero aggredibili, mentre invece negli ADR la previsione di cui all'[articolo 1239](#), cod. civ., si applica soltanto ai creditori che hanno concluso gli accordi di ristrutturazione. Va in particolare segnalato che l'[articolo 59](#), comma 3, Codice prevede l'estensione della efficacia degli accordi di ristrutturazione ai soci illimitatamente responsabili (salvo patto contrario o nel caso in cui abbiano prestato garanzie).

In sede di confronto tra gli accordi e la liquidazione giudiziale, quindi, andrà considerato che nella liquidazione giudiziale tale limitazione non opera, non potendo l'attestatore svolgere valutazioni in merito all'eventuale esdebitazione (con i relativi effetti previsti dall'[articolo 278](#), comma 5, Codice).

La maggior profondità degli accertamenti dell'attestatore incontra un limite nei fatti che l'organo amministrativo o gli *advisor* dell'impresa debitrice gli rappresentano, in primo luogo fornendo la documentazione relativa agli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore.

Su questo punto occorre segnalare che, a differenza del piano concordatario disciplinato dall'[articolo 87](#), comma 1, lettera h), Codice, l'elencazione contenuta nell'[articolo 56](#), Codice al quale rinvia l'[articolo 57](#), Codice, non comprende l'obbligo di indicare le azioni risarcitorie (oltre

che recuperatorie) esperibili nella liquidazione giudiziale. E ancora, la documentazione che deve corredare gli ADR ex articolo 57, Codice di cui gli accordi a efficacia estesa costituiscono un “sottotipo”, non annovera la relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore, di cui al comma 2, [articolo 39](#), Codice, che, al contrario, deve integrare la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

In questo quadro, e nei limiti della documentazione resa disponibile, l’attestatore potrebbe esaminare i seguenti profili:

- l’accertamento dei presupposti di avvio di azioni risarcitorie e revocatorie;
- la stima del risultato utile derivante da tali azioni.

Quanto al primo profilo, la fondatezza di azioni risarcitorie sarà stimata dall’attestatore in applicazione dei principi elaborati dalla dottrina e giurisprudenza che richiedono, tra l’altro, l’accertamento di operazioni censurabili causalmente correlate al verificarsi di un danno. Sotto il profilo tecnico, quando l’azione ipotizzata si fonda sulla violazione da parte degli organi sociali di conservare l’integrità del capitale sociale quale garanzia generica dell’adempimento delle obbligazioni verso terzi, tenuto anche conto della formulazione dell’[articolo 2486](#), comma 2, cod. civ., la determinazione dell’eventuale danno si svolge lungo i seguenti passaggi:

- determinazione del momento temporale in cui si è manifestata la causa di scioglimento;
- determinazione dei risultati economici (utili o perdite) effettivamente conseguiti dopo il manifestarsi della causa di scioglimento;
- stima del “risultato teorico di liquidazione”, ovvero il risultato (utile o perdita) che si sarebbe prodotto nel caso in cui gli amministratori avessero operato nell’ottica conservativa e senza assunzioni di nuovi rischi imprenditoriali;
- stima del danno in termini di “minore utile” o “maggiore perdita” che scaturisce dalla differenza tra i risultati economici effettivamente conseguiti e quelli che sarebbero stati conseguiti nel caso di liquidazione.

In ordine alle azioni revocatorie, l’analisi dell’attestatore andrà svolta nella consapevolezza che l’apertura della liquidazione giudiziale comporta il teorico vantaggio dell’avvio delle azioni revocatorie previste dall’[articolo 166](#), Codice.

Com’è noto, invece, le azioni revocatorie ordinarie ex [articolo 2901](#), cod. civ., sono promuovibili anche al di fuori della liquidazione giudiziale e pertanto risultano neutrali al fine del confronto (anche se la descrizione della percorribilità di tali azioni andrà effettuata nell’ambito della *disclosure* demandata alla società).

L'analisi della fondatezza delle azioni andrà poi rapportata alla stima dei relativi esiti e, in ogni caso, alla prognosi di *recovery*. In questa prospettiva, assumono ruolo preminente le verifiche sugli indicatori di capienza (attuale e prospettica) delle controparti. L'analisi è normalmente svolta a partire dalla capienza "attuale" dei patrimoni immobiliari, in funzione della concreta possibilità che in futuro un patrimonio immobiliare possa essere tendenzialmente aggredibile con maggior successo rispetto a un patrimonio mobiliare (per sua natura liquido, non verificabile dall'attestatore nel caso di valori mobiliari, o caratterizzato da volatilità come i redditi di carattere professionale).

La possibilità di ipotizzare una aggressione *ante causam* di eventuali ulteriori beni non più nella disponibilità dei soggetti in ipotesi responsabili, postula a sua volta un giudizio di elevata probabilità da parte dell'attestatore in ordine alla fondatezza della azione e alla correlata possibilità di ottenere una qualche forma di tutela anche in via cautelare.

A ogni modo, va considerato che la [circolare n. 34/E/2020](#) intitolata "*Gestione delle proposte di transazione fiscale nelle procedure di composizione della crisi di impresa*", nel § dedicato alla valutazione della proposta da parte dell'ufficio pone l'accento sulle analisi quantitative dell'attestatore, piuttosto che sulla ricerca di profili di convenienza connessi anche alle azioni revocatorie e recuperatorie nel caso di liquidazione giudiziale.

Allo stato, considerata l'incertezza dei confini dell'incarico e delle relative modalità di svolgimento, la prassi professionale si sta sviluppando con l'affiancamento all'attestatore di terzi professionisti delegati a svolgere specifiche indagini sulla pregressa attività degli organi sociali, e a esprimere un parere legale in ordine a:

- probabili esiti dei relativi giudizi revocatori o recuperatori;
- rischi;
- costi delle spese processuali;
- tempistiche

La sentenza del Tribunale di Lecce del 17 ottobre 2022 e il necessario confronto con l'alternativa liquidatoria e azioni recuperatorie

Il Tribunale di Lecce con sentenza del 17 ottobre 2022 nell'esaminare un accordo di ristrutturazione depositato unitamente alla relazione del professionista a norma del comma 1, [articolo 182-bis](#), L.F., ha affermato che in sede di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti, il potere del giudice non è limitato alla sola verifica della regolarità formale degli adempimenti procedurali, ma si estende alla verifica degli aspetti di legalità sostanziale.

La configurazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, infatti, quali atti di autonomia privata, non può far trascurare la rilevanza pubblicistica del relativo procedimento di omologa, il quale comporta la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive e produce deroghe molto rilevanti, in caso di successivo fallimento, al regime generale dell'insolvenza con particolare riferimento al principio della *par condicio creditorum*.

Rilevando, infatti, nel caso sottoposto al proprio esame, che il debito dell'istante nei confronti degli enti di riscossione rappresentava quasi il 60% dell'intera esposizione debitoria, e che erano stati raggiunti accordi con i creditori diversi dall'Amministrazione finanziaria, che rappresentavano solo una percentuale di poco maggiore al 10% dell'esposizione debitoria complessiva, ha ritenuto che l'adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria e degli enti di previdenza fosse decisiva ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui al comma 1, [articolo 182-bis](#), L.F..

A ciò si aggiunga che il medesimo Tribunale ha stimato gli immobili a disposizione della procedura di un valore superiore a quello determinato da una perizia giurata di parte, al punto da ritenere che la proposta non fosse conforme non solo ai valori reali di mercato del patrimonio immobiliare della società e dei soci, ma anche che, come tale, non avrebbe assicurato la veridicità dei dati esposti nella proposta che si palesava inidonea a garantire i creditori e a consentire al Tribunale l'esercizio consapevole del *cram down*, indispensabile a fronte della non adesione dei vari creditori pubblici².

Dunque, il Tribunale non ha ritenuto sussistenti i presupposti del *cram down* che, ove applicato, avrebbe compresso i diritti del creditore pubblico in presenza di un motivato voto di dissenso in presenza di una evidente più conveniente alternativa liquidatoria (patrimonio immobiliare superiore a quello stimato dal perito di parte con conseguente ragionevole probabilità di un maggior soddisfacimento del creditore in sede di liquidazione giudiziale).

Inoltre, e di maggior interesse per l'analisi che stiamo effettuando, il dato di confronto con l'alternativa liquidatoria che il Tribunale si è trovato a esaminare è sicuramente penalizzante per le sorti dell'istanza presentata dalla società debitrice, laddove deve considerarsi che in sede fallimentare è possibile valutare anche la sussistenza dei presupposti per la proposizione di azioni revocatorie, di responsabilità, di recupero crediti, tutte volte a incrementare l'attivo liquidabile in favore dei creditori - e quindi anche del creditore pubblico.

Ebbene nel caso all'esame del Tribunale di Lecce nell'attestazione non viene fatta la benché minima valutazione sul punto, tanto che il collegio, rifacendosi alla lettera della legge che parla genericamente

² Si precisa al riguardo che la *ratio* del *cram down* è quella di superare l'inerzia ingiustificata e irragionevole da parte dell'Amministrazione finanziaria e non quella di comprimere i diritti del creditore pubblico: diverso infatti è se l'Amministrazione finanziaria non si esprima affatto (colpevolmente) rispetto al caso in cui si esprima con voto contrario.

di maggiore convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria, ha ritenuto di dover considerare i risultati ragionevolmente ottenibili dal creditore che avrebbe dovuto subire il *cram down*, in concreto e non in astratto, e per l'appunto considerare - nel potere del giudice di verificare gli aspetti di legalità sostanziale e non solo formale degli adempimenti procedurali - che il procedimento di omologa comporta la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive e produce deroghe molto rilevanti in caso di successivo fallimento (cfr. esenzioni) che danno rilevanza pubblicistica al relativo procedimento al punto da non poter esimere il giudicante dal valutare che il notevole abbattimento che subirebbe il credito dell'Amministrazione finanziaria, in presenza di valori stimati dei beni immobili risultati inattendibili alla luce dei valori risultanti dalle tabelle OMI, palesa la non convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria atteso che il maggior valore dell'attivo che si otterrebbe in caso di liquidazione fallimentare arrecherebbe un maggior soddisfacimento del debito erariale rispetto a quello offerto con la proposta.

Nell'effettuare il confronto con l'alternativa liquidatoria, il Tribunale, in conclusione, deve prendere in considerazione la proposizione di azioni revocatorie, di responsabilità e di recupero crediti volte a incrementare l'attivo liquidabile in favore dei creditori, e quindi anche del creditore pubblico, soprattutto in presenza di un'ipotesi di *cram down*, valutando le percentuali di soddisfacimento che si otterrebbero con il rigoroso rispetto delle regole che disciplinano la responsabilità patrimoniale del debitore e la partecipazione dei creditori al concorso nel rispetto della *par condicio creditorum* in relazione al credito erariale e a quanto disposto dagli articoli [148](#), comma 3, L.F. e [2776](#), cod. civ..

L'orientamento della giurisprudenza di merito

Il Tribunale di Castrovillari con decisione dell'8 giugno 2022 ha dichiarato l'inammissibilità di un accordo di ristrutturazione dei debiti depositato da un'impresa individuale, per l'assenza di un'intesa da omologare e per le criticità individuate nell'attestazione del professionista, definita come meramente "*apparente*".

La decisione del Tribunale calabrese suscita particolare interesse per i profili di inammissibilità delineati dal collegio, che palesano per certi versi un "*abuso di diritto*".

La vicenda trae origine dalla presentazione, da parte di una ditta individuale, all'Agenzia delle entrate di una domanda di ammissione all'accordo di ristrutturazione dei debiti (ex [articolo 182-bis](#), L.F.).

La ditta in questione, senza attendere l'eventuale assenso alla proposta da parte dell'Amministrazione finanziaria, ha depositato la domanda presso il Tribunale, con richiesta di omologa dell'accordo raggiunto solo con alcuni creditori, con successiva iscrizione del ricorso nel Registro Imprese.

Ciononostante l'ufficio ha espresso la propria mancata adesione, su parere conforme della direzione regionale, indicando all'impresa proponente i motivi del dissenso, tra i quali la mancata dimostrazione che l'accordo fosse stato concluso con i creditori rappresentanti almeno il 60%, nonché la svalutazione arbitraria di alcune poste dell'attivo, non ancorata a criteri oggettivi di natura fiscale.

Il Tribunale ha dichiarato l'inammissibilità dell'accordo depositato dall'impresa ricorrente, osservando come la domanda di ammissione fosse relativa a una proposta a cui avevano previamente aderito solo i creditori prededucibili, il cui credito (per il quale è previsto l'integrale soddisfacimento) è sorto in occasione della presentazione della domanda di ammissione all'accordo di ristrutturazione.

Il collegio ha preso atto, che alla predetta proposta non avesse aderito nessuno dei creditori anteriori, ai quali la stessa è stata semplicemente trasmessa solo pochi giorni prima del deposito del ricorso, rilevando come non si trattasse di un vero e proprio accordo. Per tali ragioni è stata resa una pronuncia di inammissibilità.

Anche in tal caso, va dunque rilevato come l'accordo potrebbe essere raggiunto, indipendentemente dal numero di soggetti nei confronti dei quali detto ammontare è maturato, purché gli stessi siano titolari di crediti il cui ammontare complessivo sia pari almeno al 60% del totale dei debiti maturati dall'impresa debitrice al momento della presentazione dell'istanza di omologazione, con particolare rilevanza attribuita dal Legislatore alla fase negoziale e con il necessario requisito, affinché l'accordo possa essere omologato anche in mancanza di adesione da parte dell'Amministrazione finanziaria, che il soddisfacimento dei crediti fiscali proposto dall'impresa debitrice, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista indipendente, sia più conveniente rispetto a quello derivante dall'alternativa liquidatoria.

Il Tribunale di Castrovillari ha, in primo luogo, constatato l'assenza dell'adesione dell'Amministrazione finanziaria, in quanto decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60%, prevista dall'[articolo 182-bis](#), comma 1, L.F..

Dopodiché ha valutato, ai fini dell'eventuale omologa dell'accordo, la convenienza della proposta di soddisfacimento dell'Amministrazione finanziaria rispetto all'alternativa liquidatoria.

Il collegio ha rilevato come il professionista abbia integralmente svalutato alcuni crediti vantati dall'impresa ricorrente e che tale svalutazione non fosse adeguatamente giustificata, in quanto nell'attestazione resa non sono stati indicati i profili di criticità ostativi alla riscossione dei suddetti crediti.

Tali carenze hanno, pertanto, reso impossibile la valutazione della convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria, non consentendo al Collegio di procedere all'omologa forzata dell'accordo. Per tali ragioni il Tribunale ha ritenuto che, sul punto, l'attestazione fosse meramente "apparente".

Infine, è interessante evidenziare come il Tribunale non abbia neanche assegnato alla ricorrente un termine per l'integrazione dell'attestazione, in quanto, come preliminarmente rilevato, il ricorso sarebbe stato comunque dichiarato inammissibile per l'assenza di un vero e proprio accordo da omologare, essendo in presenza solo di una proposta, in relazione alla quale i creditori non sono stati neppure espressamente chiamati a esprimere previamente il proprio assenso o dissenso.



ec Euroconference
Editoria

! « **NUOVA USCITA** »
NOVEMBRE 2022 »

LA RIFORMA DELLA GIUSTIZIA TRIBUTARIA

E-book: € 15,00 + IVA 4%

ACQUISTA ORA

Crisi e risanamento n. 56/2023

La sospensione della prescrizione dei crediti riconosciuti nel concordato preventivo

Alessandro Biasioli – avvocato

La Corte di Cassazione, con la [sentenza n. 35960/2022](#), in tema di concordato preventivo precisa come – poiché secondo l'[articolo 184](#), comma 1, L.F. il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura, in base all'originaria versione della norma, e a quelli anteriori alla pubblicazione nel Registro Imprese del ricorso ex [articolo 161](#), L.F., in base al testo della disposizione risultante dal D.L. 83/2012 (convertito nella L. 134/2012) – si debba ritenere che la prescrizione del credito che risulti essere anteriore al decreto di omologazione del concordato, e alla sua pubblicazione, non decorra fintanto che, divenuto definitivo, la condizione di temporanea inesigibilità del medesimo venga meno: il che accade, in caso di completamento della fase esecutiva del concordato, con la predisposizione, da parte del liquidatore, del riparto che contempra tale credito.

I fatti di causa

La sentenza oggetto del presente contributo (Cassazione n. 35960/2022) è intervenuta in riferimento alla decorrenza e alla sospensione della prescrizione per i crediti riconosciuti nel concordato preventivo e ha precisato il compito affidato al liquidatore in tale procedura.

La doglianza sollevata dalla Alfa Spa era relativa al fatto che il giudice delegato al fallimento della Beta Srl – dichiarato dal Tribunale di Verona il 22 marzo 2012, a seguito della risoluzione del concordato della società omologato il 29 gennaio 2002 – aveva respinto la domanda di ammissione allo stato passivo depositata il 20 maggio 2013 dalla Alfa Spa stessa, per intervenuta prescrizione del credito insinuato, di 836.083,37 euro.

L'opposizione della Alfa Spa contro tale provvedimento era stata poi respinta dal Tribunale di Verona con decreto del 23 luglio 2015: il giudice del merito aveva escluso che potesse trovare applicazione la sospensione della prescrizione di cui all'[articolo 2941](#), n. 6, cod. civ., con riferimento al periodo di tempo in cui risultava aperta la procedura di concordato preventivo nei confronti della società poi dichiarata fallita. Il Tribunale aggiungeva, inoltre, che non poteva operare nemmeno la disciplina di cui all'[articolo](#)

[168](#), comma 2, L.F., osservando che le prescrizioni sospese in forza della disposizione indicata potevano essere solo quelle interrotte dagli atti vietati ai sensi del comma 1 dello stesso articolo, mentre nella fattispecie non veniva in questione alcuna azione esecutiva. Infine, aveva negato assumessero rilievo, ai fini interruttivi della prescrizione, le richieste di pagamento indirizzate al liquidatore giudiziale, il quale non aveva alcun potere di riconoscere diritti altrui.

Articolo 2941, cod. civ. – Sospensione per rapporti tra le parti

“La prescrizione rimane sospesa:

(... omissis ...)

6) tra le persone i cui beni sono sottoposti per legge o per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui e quelle da cui l'amministrazione è esercitata, finché non sia stato reso e approvato definitivamente il conto;

(... omissis ...)”

Il ricorso per Cassazione e la [sentenza n. 35960/2022](#)

Avverso il suddetto decreto del Tribunale di Verona, veniva proposto ricorso per Cassazione, articolato in 4 motivi.

I motivi del ricorso

Con il primo motivo si oppone l'omesso esame di fatto decisivo della controversia, oggetto di discussione tra le parti, e, inoltre, la violazione e falsa applicazione degli articoli [1372](#) e [2935](#), cod. civ., [168](#), L.F., [111](#), Costituzione.

Rammenta la Suprema Corte:

“... che nell'atto introduttivo del giudizio erano state sollevate contestazioni ulteriori rispetto a quella incentrata sulla sospensione della prescrizione: questioni di cui il decreto impugnato non si sarebbe occupato; si deduce, in particolare, essersi dibattuto della decorrenza del termine prescrizionale. L'istante ripropone tale tema; a suo avviso “ritenere che il termine di prescrizione abbia intrapreso il proprio decorso solamente con la sentenza dichiarativa di fallimento appare l'unica conclusione conforme al canone di correttezza e buona fede e soprattutto all'articolo 111, Costituzione”. Si osserva inoltre che la condotta del liquidatore giudiziale della società in concordato preventivo che non abbia mai contestato l'esistenza del credito assume un ruolo di assoluto rilievo ai fini dell'articolo 2935, cod. civ.”.

Alla base di tale motivo si pone il tema della decorrenza della prescrizione del diritto di credito nel caso di pendenza della procedura di concordato preventivo.

Con il secondo motivo si prospetta la violazione e falsa applicazione degli articoli 168, L.F. e 2941, n. 6, cod. civ..

Viene dedotto:

“... che la cessione dei beni del concordato liquidatorio si traduce nel conferimento di un mandato irrevocabile volto alla liquidazione e che i destinatari del trasferimento della facoltà di disposizione dei beni e dei connessi poteri di amministrazione risultano essere i creditori, i quali sono vincolati a esercitare dette facoltà per il tramite del liquidatore nominato dal giudice. In tal senso, il debitore è spogliato dell'amministrazione dei beni: con riferimento a questa situazione ricorrerebbe dunque la fattispecie di cui all'articolo 2941, n. 6, cod. civ. nella quale i beni del debitore sono sottoposti per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui”.

Con il terzo motivo il decreto impugnato è censurato per violazione e falsa applicazione degli articoli [182](#), L.F. e [2944](#), cod. civ..

Articolo 2944, cod. civ. – Interruzione per effetto di riconoscimento

“La prescrizione è interrotta dal riconoscimento del diritto da parte di colui contro il quale il diritto stesso può essere fatto valere”

Viene ricordato che il liquidatore giudiziale, nel corso del 2004, aveva chiesto alla banca di precisare l'ammontare del credito complessivamente vantato. Ad avviso della ricorrente, la richiesta di precisazione del solo ammontare del credito consentirebbe di attribuire alla dichiarazione la portata di un atto interruttivo della prescrizione, essendo nella fattispecie integrata l'ipotesi del riconoscimento dell'altrui diritto.

Il quarto motivo oppone la violazione e falsa applicazione degli articoli [168](#), L.F. e [2935](#), [2941](#), n. 6, e [2944](#), cod. civ., in combinato disposto con l'[articolo 100](#), c.p.c.. Deduce la ricorrente che a fronte della mancata contestazione dell'esistenza e dell'entità del credito, la banca titolare non aveva alcun interesse ad agire per ottenere un titolo giudiziale al riguardo e questo avrebbe determinato la mancata decorrenza del termine prescrizione.

La posizione della Suprema Corte

Il primo, secondo e quarto motivo

La Corte accoglie, il primo, il secondo e il quarto motivo di ricorso e respinge il terzo, cassa la sentenza impugnata in relazione alle censure accolte e rinvia la causa al Tribunale di Verona.

I motivi di ricorso pongono 3 ordini di censure:

- il primo e il quarto motivo sottopongono agli Ermellini il tema della decorrenza della prescrizione del diritto di credito nel caso sia pendente la procedura di concordato preventivo;
- il secondo motivo affronta la questione della sospensione della prescrizione che maturi nel corso dell'indicata procedura;
- il terzo motivo prospetta il tema del valore ricognitivo, ai fini dell'interruzione della prescrizione, da attribuirsi a una missiva inviata dal liquidatore.

Il primo, il secondo e il quarto motivo, poi accolti, vengono esaminati congiuntamente.

Tra le norme dedicate al concordato preventivo non esistono disposizioni che espressamente regolino il decorso della prescrizione: manca una norma come quella di cui all'[articolo 94](#), L.F., per il quale la domanda di ammissione al passivo produca gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento (dal che discende che con la presentazione dell'istanza di insinuazione al passivo fallimentare si determini l'interruzione della prescrizione del credito).

Della prescrizione dei crediti nella pendenza della procedura di concordato si occupa il solo [articolo 168](#), L.F., il quale – dopo aver previsto, al comma 1, che dalla data della pubblicazione del ricorso nel Registro Imprese, e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, a pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore – dispone, al comma 2, che le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano. Detta norma non prevede una sospensione generalizzata delle prescrizioni, riferita ai diritti di natura patrimoniale spettanti a tutti i creditori concordatari, ma limita l'effetto sospensivo in favore di coloro che hanno già intrapreso azioni esecutive e cautelari, che infatti, dalla stessa data, non possono più essere proseguite.

Precisano gli Ermellini che:

“Una sospensione della prescrizione in pendenza del concordato non può d'altro canto argomentarsi dall'articolo 2941, n. 6, cod. civ..

Tale norma contempla l'effetto sospensivo “tra le persone i cui beni sono sottoposti per legge o per provvedimento del giudice all'amministrazione altrui e quelle da cui l'amministrazione è esercitata, finché non sia stato reso e approvato definitivamente il conto”.

Questa S.C., nel vigore della disciplina anteriore alla riforma del diritto fallimentare, già si è espressa sul punto giungendo alla conclusione dell'inapplicabilità della disposizione nei rapporti tra creditore e liquidatore giudiziale, nel caso di concordato con cessione dei beni. Si è affermato, al riguardo, che il

concordato preventivo mediante cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni, ma dei soli poteri di gestione finalizzati alla liquidazione; in conseguenza, è stato detto, l'articolo 2941, n. 6, cod. civ., non è applicabile estensivamente ai rapporti tra debitore e creditori del concordato preventivo in questione, poiché la titolarità dell'amministrazione dei beni ceduti spetta esclusivamente al liquidatore, il quale la esercita non in nome o per conto dei creditori concordatari, ma nel rispetto delle direttive impartite dal Tribunale (Cassazione, n. 5663/2019, n. 3270/2009 e n. 17060/2007). Tale approdo va confermato anche nella vigenza della nuova disciplina del concordato. L'articolo 2941, n. 6 considera, infatti, il rapporto tra le persone i cui beni sono sottoposti all'amministrazione altrui e le persone da cui l'amministrazione è esercitata: e allora, la previsione in questione non si presta, già sul piano letterale, a comprendere i rapporti tra debitore e creditori concordatari, dato che amministratori del patrimonio del primo non sono i secondi, bensì il liquidatore; e del resto, quel che crea l'ostacolo di fatto giustificativo della sospensione è la titolarità e l'esercizio dei poteri di amministrazione dei beni altrui, che nel concordato preventivo con cessione dei beni competono non ai creditori, ma, appunto, esclusivamente al liquidatore (così Cassazione n. 17060/2007 cit., in motivazione)".

La Corte, inoltre, ha ritenuto priva di rilievo, con particolare riferimento alla questione del maturarsi della prescrizione nella pendenza del concordato liquidatorio, la regola, posta dall'[articolo 2935](#), cod. civ., che condiziona il decorso della prescrizione alla possibilità di far valere il diritto.

Articolo 2935, cod. civ. – Decorrenza della prescrizione

“La prescrizione comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere”

La questione del decorso della prescrizione dei crediti preesistenti al concordato non può risolversi senza tener conto del disposto dell'[articolo 184](#), comma 1, L.F. circa l'obbligatorietà del concordato omologato per tutti i creditori anteriori. Nella sua pur diversa modulazione tale regola è all'evidenza preordinata ad assicurare la *par condicio creditorum* nella fase di esecuzione del concordato, successiva alla sua omologazione.

Gli effetti del concordato possono essere di diversa natura e tra questi rientra senz'altro quello che incide in senso dilatorio sul soddisfacimento della pretesa, rendendo temporaneamente inesigibile un credito non soggetto, in precedenza, a condizione o a termine. Il succitato articolo 184, L.F., implicitamente, prevede che non possa darsi l'ipotesi di un pagamento di debito concorsuale al di fuori dei casi e dei modi previsti dal sistema e, di conseguenza, il credito concorsuale deve soddisfare in conformità delle previsioni del piano, in ragione dei riparti che siano in esso contemplati.

A tal proposito deve credersi che l'articolo 2935, cod. civ., reagisca con la condizione di temporanea inesigibilità del credito. È confermato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, con riferimento a una fattispecie simile a quella qui in esame, che, in presenza di un ostacolo giuridico all'esercizio del diritto, quale il *pactum de non petendo* concluso tra creditore e debitore, la prescrizione cominci a decorrere allo scadere del termine fissato con il patto stesso, senza che possa sommarsi il periodo decorso in precedenza (Cassazione n. 4128/1974; in tema cfr. pure: Cassazione n. 1776/1979, n. 10887/1995 e n. 8606/2006).

Proseguono gli Ermellini evidenziando come:

“La formulazione della L.F., articolo 168, conferma, in via indiretta, la centralità che assume la vincolatività del concordato sul piano del decorso della prescrizione.

L'articolo non prende in considerazione gli atti posti in essere nel periodo successivo al passaggio in giudicato del decreto di omologa e nemmeno prevede alcunché con riguardo alla sospensione delle correlative prescrizioni che si collochino oltre tale spartiacque. Il silenzio del legislatore quanto al blocco delle azioni esecutive e cautelari nel periodo successivo al momento in cui diviene definitivo il decreto di omologa si spiega, a ben vedere, in quanto in tale segmento di tempo l'eventuale improponibilità delle azioni esecutive e cautelari trova il proprio autonomo fondamento nel disposto della L.F., articolo 184, comma 1, (norma che, come si è visto, vincola tutti i creditori anteriori alla pubblicazione della domanda di concordato o all'apertura della procedura). Correlativamente, il limite temporale segnato dalla definitività del decreto non implica affatto che nel periodo successivo le prescrizioni di cui alla L.F., articolo 168, comma 2, riprendano a decorrere; l'assenza di una disposizione specifica circa il protrarsi della sospensione della prescrizione nel periodo che segue il passaggio in giudicato del decreto di omologa dipende, anche qui, da una ragione precisa: i creditori anteriori subiscono le modifiche, in senso remissorio e dilatorio, dei propri diritti di credito e sono tenuti ad accettare le modalità di soddisfacimento previste dal piano; in presenza di un termine dilatorio previsto nella proposta approvata e omologata, coloro che hanno intrapreso azioni esecutive e cautelari si avvalgono, dunque, del mancato decorso della prescrizione di cui all'articolo 2935, cod. civ., in conseguenza di una condizione di temporanea inesigibilità del credito, che è per loro vincolante, giusta il più volte citato L.F., articolo 184, comma 1.”

L'assenza di una disposizione sul decorso delle prescrizioni nel periodo in cui il decreto di omologa abbia acquisito definitività discende, in altri termini, dalla non utilità di una regolamentazione di tale fattispecie; il Legislatore, in buona sostanza, ha ritenuto superfluo intervenire sul punto in quanto il decreto di omologa, passato in giudicato, vincola i creditori anteriori e rende conseguentemente

operante, in presenza di una rimodulazione dei termini di adempimento, il mancato decorso della prescrizione dei crediti che non possono essere ancora soddisfatti.

La disciplina della decorrenza delle prescrizioni, una volta che il decreto di omologa è divenuto definitivo, è la stessa per tutti i crediti anteriori alla pubblicazione della domanda di concordato o al decreto di apertura della procedura, a prescindere dal fatto che per addivenire al loro soddisfacimento siano state anteriormente intraprese azioni esecutive e cautelari.

La prescrizione dei crediti non decorre finché questi sono temporaneamente inesigibili e cioè fino a quando il liquidatore abbia approntato il riparto ad essi riferito.

Il terzo motivo

Questo motivo è stato ritenuto infondato.

Come noto, il riconoscimento del diritto è idoneo a interrompere la prescrizione, ex [articolo 2944](#), cod. civ., purché provenga da colui contro il quale il diritto stesso possa essere fatto valere. Nel caso specifico di concordato preventivo con cessione dei beni, inoltre, si determina in capo agli organi della procedura il trasferimento non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma esclusivamente dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione e, di conseguenza, il citato riconoscimento non poteva essere effettuato dal liquidatore, soggetto che, appunto, non è subentrato nella titolarità del credito.

Conclusioni

Il Tribunale, secondo la disamina della Corte, doveva analizzare il profilo relativo al *dies a quo* del termine di prescrizione a seguito della pronuncia del noto decreto, su cui la ricorrente aveva già concentrato la propria attenzione.

Di conseguenza, secondo il rinvio disposto, il Tribunale medesimo dovrà conformarsi al seguente principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte:

"In tema di concordato preventivo, poiché' secondo la L.F., articolo 184, comma 1, il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura, in base all'originaria versione della norma, e a quelli anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso L.F., ex articolo 161, in base al testo della disposizione risultante dal D.L. 83/2012, convertito, con modificazioni, nella L. 134/2012, deve ritenersi che, avendo riguardo alle due discipline applicabili ratione temporis, la prescrizione del credito che risulti essere anteriore al detto decreto e, rispettivamente, alla detta pubblicazione, non decorra fintanto che, divenuto definitivo il decreto di omologazione del concordato, la condizione di temporanea inesigibilità del medesimo venga meno: il

che accade, in caso di completamento della fase esecutiva del concordato, con la predisposizione, da parte del liquidatore, del riparto che contempra tale credito".

Per completezza si evidenzia che, oggi, con l'entrata in vigore del D.Lgs 83/2022 che ha operato una sostanziale modifica del Codice, è stata modificata anche la materia del concordato preventivo. L'[articolo 84](#), Codice ha cambiato la descrizione della funzione del concordato preventivo, precisando che lo stesso deve realizzare il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, mediante la continuità aziendale, la liquidazione del patrimonio, l'attribuzione della attività a un assuntore o in qualsiasi altra forma. Nonostante tale intervento normativo, le questioni giuridiche, inerenti alla disciplina della prescrizione e analizzate con la sentenza in esame, rimangono sicuramente di attualità e con esse le conclusioni a cui è giunta la Corte di Cassazione.

ec Euroconference
Editoria

! « (**NUOVA USCITA**) »
NOVEMBRE 2022 »

LA RIFORMA DELLO SPORT

E-book: € 15,00 + IVA 4%

ACQUISTA ORA

Crisi e risanamento n. 56/2023

Il concordato minore fra continuità e cessazione dell'attività d'impresa

Giulio Pennisi – dottore commercialista e revisore legale

Il nuovo concordato minore introdotto dall'[articolo 74](#) e ss., D.Lgs. 14/2019 (c.d. Codice), entrato in vigore il 15 luglio 2022, rappresenta la procedura che ha sostituito l'accordo del debitore sovraindebitato. Tale strumento, a differenza della previgente formulazione, non è dissimile dalla procedura "maggiore" del concordato preventivo, cui la norma rimanda sul tema della continuità: la prosecuzione dell'attività svolta del debitore del concordato minore rappresenta una fra le condizioni per poter ottenere il beneficio della ristrutturazione delle obbligazioni dell'impresa minore o agricola ovvero del professionista e dell'artista e di tutti i debitori non assoggettabili alla liquidazione giudiziale. I temi dell'esclusività dello strumento per tali soggetti, escluso il consumatore, e della preferenza per la continuità, pongono le basi per una riflessione sull'attuabilità di siffatto strumento laddove il debitore non possa garantire la prosecuzione dell'attività, ovvero l'abbia cessata prima del deposito della domanda.

I requisiti soggettivi e oggettivi di accesso

La procedura di concordato minore è riservata ai debitori in stato di sovraindebitamento, intesi come coloro che si trovano nella situazione di crisi o di insolvenza descritta all'[articolo 2](#), comma 1, lettera c), D.Lgs. 14/2019 (c.d. Codice). I soggetti individuati nella norma, a esclusione del consumatore, possono depositare una proposta di concordato minore che contenga un piano di ristrutturazione dei debiti il cui contenuto è libero nella forma e nelle modalità di soddisfazione. Analogamente alla procedura del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore, la proposta di concordato non richiede la preventiva attestazione di un professionista indipendente che resta facoltativa in forza del principio descritto all'[articolo 65](#), comma 3, Codice, "la nomina dell'attestatore è sempre facoltativa". Le attestazioni, ove necessarie, saranno fornite dal gestore della crisi all'uopo nominato dall'organismo di composizione della crisi cui il debitore si rivolge sulla base del proprio domicilio, residenza o sede legale¹. La domanda

¹ A tal fine si ritiene applicabile anche nel sovraindebitamento la disposizione dell'articolo 27, Codice sulla competenza territoriale rispetto al centro degli interessi principali del debitore che nel caso della persona fisica esercente attività d'impresa, coincide con la sede legale risultante dal Registro Imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale, per la persona fisica non esercente attività d'impresa, con la residenza o il domicilio e, se questi sono sconosciuti, con l'ultima dimora nota o, in mancanza, con il luogo di nascita. Se questo non è in Italia, la competenza è del Tribunale di Roma. Per le persone giuridiche e gli enti, anche non esercenti attività d'impresa, il C.O.M.I. coincide con la

è pertanto formulata dal debitore per il tramite dell'Occ costituito nel circondario del Tribunale competente e, nel caso esso non sia presente, la funzione può essere svolta, analogamente a quanto si prevede nell'ipotesi del consumatore, da un professionista, ovvero da una Stp, che sia in possesso dei requisiti di cui all'[articolo 358](#), Codice – sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti professionali per assolvere al ruolo di curatore fallimentare, commissario giudiziale o di liquidatore – nominati dal presidente del Tribunale competente o da un giudice dal medesimo incaricato preferendo i soggetti iscritti presso l'albo dei gestori della crisi tenuto dal Ministero della giustizia come da Regolamento 202/2014. È l'organismo, e per esso il gestore nominato, che garantirà ausilio al debitore in tutte le fasi della procedura giudiziale incardinata a seguito del deposito della proposta.

Il nuovo concordato minore mantiene l'originaria natura negoziale del precedente accordo del debitore descritto dalla L. 3/2012 ed è assistito dal pubblico potere giudiziale che ne autorizza l'apertura, verifica la sua compatibilità con le norme imperative vigenti e, ottenuto il consenso del ceto creditorio in ragione della maggioranza degli aventi diritto, procede alla sua omologazione. Vi sono però differenze sostanziali fra i 2 istituti di cui è d'uopo approfondire i tratti principali.

Ebbene, l'accordo consentiva a tutti i debitori non assoggettabili alle specifiche procedure concorsuali (*in primis* i soggetti non fallibili), incluso il consumatore, di proporre un piano che, superata la valutazione di veridicità dei dati e di fattibilità da parte del gestore, oltre che quella di ammissibilità giuridica del giudice, fosse sottoposto al voto del ceto creditorio ammesso e avesse effetto sui rapporti obbligatori e sulla loro esecuzione. La norma previgente, di fatto, non impediva al consumatore, la persona fisica che agisce per debiti aventi natura esclusivamente personale, di intraprendere, in luogo del piano a lui destinato, l'accordo negoziale basato sul consenso dei creditori con ciò smussando il giudizio di meritevolezza caratterizzante la fase dell'omologa riportata all'[articolo 12-bis](#) della originaria Legge sul sovraindebitamento.

Quindi, sia la persona fisica qualificabile come consumatore in ragione delle obbligazioni assunte, sia il debitore divenuto tale a seguito della cessazione dell'attività di impresa o professionale e non più assoggettabile alle procedure liquidatorie ivi incluso il fallimento, potevano (consumatore) o dovevano (imprenditore) utilizzare quella specifica procedura: il primo ne aveva facoltà in assenza di un impedimento normativo che ne limitasse l'accesso, il secondo ne era di fatto obbligato attesa la natura “*commerciale*” delle obbligazioni residue che, per natura, non avrebbero consentito il ricorso alla procedura agevolata del consumatore.

sede legale risultante dal Registro Imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale o, se sconosciuta, secondo la residenza o il domicilio della persona fisica che ne è legale rappresentante.

In verità è stato proprio il dato dell'esperienza a suggellare la "necessità" dell'accordo del debitore anche per l'ex imprenditore: la giurisprudenza ha, infatti, risolto in senso affermativo tale obbligatorietà nella misura in cui il debitore, pur estraneo all'attività di impresa o professionale non più svolta, agisse per ristrutturare le obbligazioni residue, la cui valutazione economica di convenienza, non poteva essere sottratta al giudizio del ceto creditorio, come nel caso del consumatore, ove la valutazione si incardinava, ma a tratti resta incardinata nell'attuale formulazione, sul principio di diligenza rafforzata del giudizio di meritevolezza. Tali erano le valutazioni di merito che implicavano un *favor* per l'uso della procedura dell'accordo nell'ipotesi dell'imprenditore cessato cui ben si attaglia l'adesione del creditore che, all'atto della concessione dell'obbligazione, ne aveva valutato la sostenibilità su requisiti reddituali distinti da quelli privati consumeristici, bensì afferenti all'attività di impresa o professionale.

L'[articolo 74](#), comma 1, Codice, prevede che il professionista, l'imprenditore minore, imprenditore agricolo, le *start up* innovative e ogni altro debitore non assoggettabile a procedure liquidatorie previste per il caso di crisi o insolvenza, escluso esplicitamente il consumatore, possano proporre ai creditori un concordato minore che consenta di superare la crisi mediante la continuità (diretta o indiretta) dell'attività esercitata ovvero, in via residuale e quando essa continuità non possa essere garantita (il comma 2 recita testualmente "*fuori dai casi previsti dal comma 1*"), una proposta che preveda l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori.

La disposizione impedisce pertanto al consumatore, nel Codice inteso come "*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale eventualmente svolta, anche se socia di una delle società appartenenti a uno dei tipi regolati nei Capi III, IV e VI, Titolo V, Libro V, cod. civ.*", per i debiti estranei a quelli sociali, di utilizzare il nuovo strumento negoziale. Né tantomeno paiono emergere dubbi sulla possibilità di applicare il concordato in favore dell'imprenditore persona fisica cessato e ciò in ragione dell'esplicito divieto sancito in altra disposizione, l'[articolo 33](#), comma 4, Codice, che inibisce l'accesso alle procedure negoziali del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti per gli imprenditori assoggettabili alla liquidazione giudiziale e al concordato minore per quelli esclusi, laddove l'impresa, al momento del deposito della domanda in Tribunale, sia già stata cancellata dall'omonimo registro tenuto presso le CCIAA (fermo restando che tale evenienza non impedisce la possibilità di dichiararsi l'apertura della procedura liquidatoria giudiziale purché non sia elasso il termine annuale dall'effettiva cessazione dell'attività). La norma impedisce espressamente l'utilizzo del concordato minore, ovviamente nella distinta ipotesi descritta all'[articolo 74](#), comma 2, Codice, in luogo della continuità, all'imprenditore di qualsiasi tipo e forma, incluso quello minore, se

questi abbia cessato l'attività mediante la detta cancellazione e non sia nemmeno più assoggettabile alla liquidazione giudiziale in ragione del decorso del termine di 12 mesi.

Se tali sono i presupposti di ammissibilità, gli scenari sono i seguenti:

- a) è inammissibile la proposta di concordato minore in caso di cancellazione dal Registro Imprese;
- b) è ammissibile la proposta che è garantita dalla continuità di impresa;
- c) è ammissibile la proposta senza continuità di impresa, purché essa apporti risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori rispetto alla alternativa liquidatoria.

Le garanzie nel caso di continuità

La principale condizione oggettiva di accesso del concordato minore in continuità riposa nello stato di crisi che rende probabile l'insolvenza e:

“che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi”².

Tale ultimo riferimento, seppur implicito, va integrato con il rimando del comma 4 del medesimo articolo, alle norme regolanti il concordato preventivo: quella minore è una procedura concordataria pura, semplificata, esperibile mediante l'esclusività dell'Occ, e che vede potersi applicare, ove compatibili, le norme descritte al successivo Capo III. Da qui discende la compatibilità con il successivo [articolo 84](#), comma 4, Codice, che, in tema di concordato preventivo con liquidazione del patrimonio, stabilisce che, in quel caso, le risorse esterne – che devono garantire la migliore soddisfazione del ceto creditorio – devono incrementare di almeno il 10% l'attivo disponibile al momento della presentazione della domanda e assicurare il soddisfacimento dei creditori chirografari e dei privilegiati degradati per incapacità in misura non inferiore al 20% del loro ammontare complessivo. Si considerano risorse esterne anche gli apporti dei soci che non siano vincolati alla restituzione o con vincolo di postergazione se il piano ne prevede la destinazione a vantaggio dei creditori concorsuali cui si applicherà la deroga degli articoli [2740](#) e [2741](#), cod. civ..

Il tema della continuità consente ai creditori di essere soddisfatti in misura anche non prevalente dal ricavato prodotto dalla prosecuzione delle attività aziendali tanto che la proposta di concordato può prevedere 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. La continuità è a sua volta possibile nelle distinte ipotesi della conduzione

² Così descrive l'articolo 2, comma 1, lettera a), Codice.

basata sul mantenimento dell'impresa in capo all'imprenditore che provvede al risanamento (diretta) ovvero basata sul trasferimento dell'azienda a terzi che provvederanno al risanamento dell'impresa (indiretta). In tale ultimo caso la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività avviene da parte di un 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. Il tema è assolutamente innovativo rispetto alla precedente versione dell'accordo nel sovraindebitamento, tanto da essere l'ipotesi su cui si intende debba essere costruita la proposta. L'alternativa, ove essa non sia possibile, è quella descritta al comma 2, [articolo 74](#), Codice, che prevede la soddisfazione nella forma delle risorse esterne che garantiscano migliore apprezzamento per la soddisfazione dei creditori (alternativa liquidatoria). Se, quindi, la continuità è la medesima cui il codice si riferisce in tutte le vicende che interessano l'uscita dalla crisi o dalla insolvenza dell'imprenditore, allora il richiamo generale alle norme sul concordato preventivo, espresso nel successivo comma 4, articolo 74, Codice, implica che il concordato in continuità non possa derogare alle norme dell'omologo strumento del successivo Capo III, sezione I (concordato preventivo).

In particolare, ci si riferisce all'obbligo di garantire piena soddisfazione nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione sul valore di liquidazione e sul valore eccedente il valore di liquidazione dei crediti per retribuzioni per lavoro subordinato e al pagamento integrale dei contributi dovuti a Inps e Inail maturati a seguito del deposito ([articolo 84](#), commi 6 e 7, Codice).

L'imprenditore cessato e i debiti "ibridi"

L'approccio soggettivo della L. 3/2012 sulla figura del consumatore rispetto ai requisiti di accesso alla precipua procedura a lui riservata (articoli [6](#), [7](#) e [8](#), L. 3/2012), pare superata dalla dimensione oggettiva del debito che viene posto a parametro di riferimento per qualificare la natura del debitore. E, infatti, l'estraneità dei debiti rispetto alle attività imprenditoriali o professionali eventualmente svolte (nonché l'irrelevanza della detenzione di partecipazioni al capitale di società di persone) prevale sul requisito soggettivo: la debitoria che provoca la crisi o l'insolvenza qualifica il soggetto richiedente, rappresentandosi come una eccezione, quella del debitore che svolge attività di impresa o professionale ma in occasione di obbligazioni a esse estranee. Il Tribunale di Genova, con decreto di diniego dell'omologazione del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore del 16 novembre 2022

depositato dall'imprenditore professionale che aveva già cessato l'attività nel settembre 2018 (nella fattispecie tutti gli importi afferivano a una natura commerciale, finanziaria e tributaria per imposte anche relative ai preavvisi di irregolarità delle dichiarazioni dei redditi e Iva depositate nel periodo di svolgimento dell'impresa), non consente di procedere con il concordato minore a fronte del divieto espresso dall'[articolo 33](#), comma 4, Codice, ma non trasforma il debitore in consumatore. A parere dell'estensore, quindi, l'inammissibilità deriva dalla fattispecie che il debitore, trascinando con sé debiti maturati in una precedente vita professionale, in ragione della sua dimensione soggettiva, è comunque escluso dall'adozione del piano del consumatore. Il provvedimento di diniego si articola anche in ragione delle raccomandazioni espresse dalla Direttiva comunitaria "Insolvency" 1023/2019, laddove ci si auspica l'adozione nei Paesi membri di un'unica procedura solutoria per consumatore. Ciononostante, le indicazioni euro unitarie, conclude il decreto di rigetto, nel caso del consumatore, sono ben illustrate al considerando 21 della Direttiva³ ove, pur attribuita rilevanza alla vicenda dell'insolvente civile, si suggerisce l'adozione di una norma a livello nazionale che consenta soprattutto all'ex imprenditore di risolvere la situazione di sovraindebitamento che abbia la sua genesi in obbligazioni "ibride". A parere del Tribunale rivierasco, tale procedura per l'ex imprenditore esiste ed è descritta nel Codice nella ipotesi della liquidazione controllata ex [articolo 268](#), Codice, ma non nel piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore.

L'approccio è assolutamente coerente nella logica adottata ma non pare condivisibile nelle conclusioni perché, di fatto, consentirebbe al debitore di obbligazioni commerciali residue all'attività cessata di utilizzare una procedura, quella liquidatoria, che pur interessando l'intera posizione debitoria, non ha alcun tratto negoziale, non consente al debitore di garantire risorse esterne come nelle ipotesi delle procedure di cui al Titolo IV e non pare ordinata rispetto al richiamato approccio comunitario. La Direttiva, che è stata recepita dal nostro ordinamento con l'adozione del D.Lgs. 83/2022 poco prima dell'entrata in vigore del Codice, non inerisce la natura commerciale dell'obbligazione contratta in epoca pregressa, ma auspica l'adozione di una procedura che ne consenta la ristrutturazione quale, ad esempio potrebbe essere quella del concordato minore "aperto" anche a tali soggetti se rimossa la causa ostativa dell'[articolo 33](#), comma 4, Codice.

³ ""Il sovraindebitamento del consumatore è un problema di grande rilevanza economica e sociale ed è strettamente correlato alla riduzione dell'eccesso di debito. Inoltre, spesso non è possibile distinguere chiaramente tra debiti maturati in capo all'imprenditore nell'esercizio della sua attività o quelli maturati al di fuori di tali attività. Gli imprenditori non godrebbero efficacemente di una seconda opportunità per liberarsi dai debiti legati all'impresa e da altri debiti maturati al di fuori dell'impresa, se dovessero sottoporsi a procedure distinte con condizioni di accesso e termini. Pertanto, sebbene la presente direttiva non contenga norme vincolanti in materia di sovraindebitamento del consumatore, sarebbe opportuno che gli Stati membri applicassero al più presto le disposizioni della presente direttiva sull'esdebitazione anche al consumatore".

Tale appare anche l'orientamento giurisprudenziale dei primi dispositivi pronunciati nel 2023.

Il primo in ordine di data, è il decreto motivato ex articolo 78, comma 1, emesso il 3 gennaio 2023 dal Tribunale di Napoli nord⁴, con il quale il giudice ha ammesso alla procedura di concordato minore, il ricorrente persona fisica ex titolare di ditta individuale, che, versando in una situazione oggettiva da sovraindebitamento, intesa quale perdurante squilibrio tra gli obblighi assunti e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, garantisce il pagamento della debitoria complessiva di 235.795 euro, mediante la disponibilità differita di una somma complessiva di 70.200 euro (risorse proprie da corrisondersi nell'arco temporale di 8 anni e 4 mesi in 100 ratei mensili di pari importo). Il magistrato, consapevole che lo squilibrio del proponente, non risultasse esclusivamente connesso all'assolvimento di esigenze personali o familiari, bensì derivasse dal pregresso esercizio di attività d'impresa, lo ha ritenuto ammissibile *“alla procedura di cui agli articoli 74 e ss., Codice, in quanto debitore “non è assoggettabile alla liquidazione giudiziale ai sensi dell’articolo 2, comma 1, lettera c), Codice”, glissando rispetto al non citato divieto imposto dall’articolo 33, comma 4, Codice.*

Analoga fattispecie quella del decreto del Tribunale di Ancona con il quale si è concessa l'apertura del concordato minore a un imprenditore cessato. Il decreto⁵, pronunciato il 10 gennaio 2023, a fronte di una proposta iscritta a ruolo il 12 dicembre 2022, ha ritenuto ammissibile la proposta di concordato minore di una ricorrente socia accomandataria di 2 distinte società, le quali al momento della domanda risultavano inattive dal 2006 e poste in liquidazione volontaria, nonché in relazione ai debiti contratti nell'esercizio di una attività di impresa, anch'essa cessata al momento del ricorso.

A parere del giudice, il disposto dell'articolo 33, comma 4, Codice, non va inteso come ostativo al ricorso dell'impresa retta dalla persona fisica cancellata dal Registro Imprese, bensì solo di quella collettiva, organizzata nella forma societaria. L'imprenditore individuale cessato, si legge nel decreto, *“sopravvive alla cessazione della ditta e, qualora versi in stato di sovraindebitamento per debiti di impresa, e, perciò, di natura non consumeristica, non può accedere al piano di ristrutturazione dei debiti di cui all’articolo 67, Codice”* - piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore – è ciò non può comportare l'obbligo di ricorrere, come ritenuto dal Tribunale di Genova, alla sola liquidazione controllata che determinerebbe:

“una ingiustificata limitazione degli strumenti disponibili per la sua esdebitazione e una illogica e contraddittoria esclusione dall'accesso a strumenti di natura negoziale, in aperto contrasto con la ratio ispiratrice della legge”.

⁴ Tribunale di Napoli nord, sezione III civile, del 3 gennaio 2023.

⁵ Tribunale ordinario di Ancona, sezione II civile, 11 gennaio 2023.

Sullo stesso filone, altra pronuncia del medesimo Tribunale del successivo 24 gennaio 2023⁶, con la quale il medesimo giudice ha consentito l'accesso al concordato minore all'ex imprenditore persona fisica già dichiarato fallito nel 2006 e non beneficiario della esdebitazione ex [articolo 144](#), L.F. per mancanza del requisito oggettivo.

Tutte queste ricostruzioni sembrano assolutamente condivisibili nel limitare l'uso improprio di uno strumento, quello del consumatore, in favore di soggetti che, cessata l'attività, potrebbero evitare il voto del ceto creditorio avendo però certezza di non aver cagionato la situazione con colpa grave, malafede o frode, cause ostative alla omologazione del piano. Di contro, non pare adeguata la limitazione che si delinea laddove agli imprenditori cessati non resta che la liquidazione controllata senza alcuna opportunità negoziale come si auspica nella Direttiva unitaria.

E quindi? È necessaria una riflessione circa la necessità di lasciare immutato il vigente divieto dell'[articolo 33](#), comma 4, Codice. È palese che l'ex imprenditore deve potere utilizzare uno strumento che gli consenta l'approccio negoziale e non liquidatorio, ma tale fattispecie va opportunamente regolamentata consentendo una deroga al valore della continuità, attribuendo valori certi all'ammontare delle risorse esterne poste a sostegno della proposta.

⁶ Tribunale ordinario di Ancona, sezione II civile, 24.01.2023 (est. G. Filippello).

Crisi e risanamento n. 56/2023

Gli appalti privati nella liquidazione giudiziale con il Codice della crisi

Valerio Sangiovanni – avvocato e *Rechtsanwalt*

Cosa succede al contratto di appalto quando si apre la liquidazione giudiziale? L'[articolo 186](#), Codice, prevede lo scioglimento del contratto. Il curatore e la controparte si trovano così a dover regolare i rapporti pendenti al momento dell'apertura. In questo articolo si analizza la disciplina dei contratti pendenti al momento dell'apertura della liquidazione giudiziale con particolare riferimento al contratto di appalto, esaminando anche la giurisprudenza edita.

Il contratto di appalto nella liquidazione giudiziale

Secondo la definizione legislativa:

“l'appalto è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in danaro” ([articolo 1655](#), cod. civ.).

Le parti del contratto di appalto sono:

1. l'appaltatore, che realizza l'opera, oppure presta i servizi; e
2. il committente, che paga il corrispettivo per l'opera, oppure per i servizi.

Dalla definizione legislativa emerge che l'appaltatore organizza i mezzi necessari e gestisce a proprio rischio. Ne consegue, che laddove risulti insolvente, può essere assoggettato a fallimento (oggi: liquidazione giudiziale). Non vi è dubbio che l'appaltatore rientri nella categoria degli imprenditori. Dal canto suo, il committente può essere una persona fisica, oppure un soggetto fallibile (ora: liquidabile giudizialmente) e la sua obbligazione consiste solo nel pagare il corrispettivo una volta che l'opera o i servizi sono stati realizzati.

L'articolo 186, comma 1, Codice, disciplina la sorte del contratto di appalto quanto interviene la liquidazione giudiziale. La disposizione prevede che:

“il contratto di appalto si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler

subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di 60 giorni dall'apertura della procedura e offrendo idonee garanzie”.

La norma fa riferimento alla liquidazione giudiziale di una delle parti: possono difatti essere assoggettati a liquidazione giudiziale sia l'appaltatore (per definizione un imprenditore) sia il committente (qualora sia un imprenditore).

In questo articolo si analizza la disciplina del contratto di appalto nel caso subentri la liquidazione giudiziale di una delle parti del rapporto contrattuale¹. Può osservarsi che la normativa è piuttosto scarna, ma si tratta della tecnica seguita dal Legislatore, sia ora con il Codice sia prima con la L.F.. Del resto, il contratto di appalto è solo uno dei tanti rapporti pendenti che viene toccato dall'apertura della liquidazione giudiziale. Per completezza di esposizione si noti che l'[articolo 186](#), Codice, sostituisce l'[articolo 81](#), L.F., senza peraltro apportare modifiche sostanziali².

Vi è scioglimento automatico del contratto di appalto?

Laddove subentri la liquidazione giudiziale, l'articolo 186, Codice, prevede lo scioglimento del contratto di appalto. Si tratta di un'eccezione rispetto alla regola generale. Di norma, difatti, in caso di liquidazione giudiziale non si ha lo “scioglimento”, bensì la sola “sospensione” dei contratti. In tema di rapporti pendenti, l'[articolo 172](#), comma 1, Codice prevede che:

“se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito nelle prestazioni principali da entrambe le parti al momento in cui è aperta la procedura di liquidazione giudiziale, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del debitore, assumendo, a decorrere dalla data del subentro, tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo”.

In generale (ossia, al di fuori del contesto del contratto di appalto), il curatore ha dunque un periodo di tempo nel quale può riflettere se convenga subentrare nel contratto oppure sciogliersi dal medesimo. La legge non stabilisce espressamente la durata di tale termine, lasciando così la necessaria flessibilità

¹ In merito agli effetti del fallimento sui contratti di appalto cfr. L. A. Bottai, “La problematica convivenza tra subappalto e fallimento e le ragioni di politica del diritto”, in Fallimento, 2014, pag. 1296 e ss.; F. Di Marzio, “Il contratto di appalto nel fallimento”, in Riv. dir. priv., 2013, pag. 561 e ss.; F. Schiavottello, “Fallimento dell'appaltatore e sorte dei crediti dei subappaltatori. Le Sezioni Unite tra disciplina generale e principi del concorso”, in Diritto fallimentare, 2021, II, pag. 174 e ss.

² L'articolo 81, L.F., rubricato “contratto di appalto”, recitava come segue: “il contratto di appalto si scioglie per il fallimento di una delle parti, se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, non dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di giorni sessanta dalla dichiarazione di fallimento ed offrendo idonee garanzie” (comma 1), e “nel caso di fallimento dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto. Sono salve le norme relative al contratto di appalto per le opere pubbliche” (comma 2). Come si può notare, il nuovo articolo 186, Codice, e il vecchio articolo 81, L.F., sono quasi identici.

al curatore. Tuttavia, la legge specifica che:

“il contraente può mettere in mora il curatore, facendogli assegnare dal giudice delegato un termine non superiore a 60 giorni, decorso il quale il contratto si intende sciolto” ([articolo 172](#), comma 2, Codice).

La disposizione vuole evitare eccessivi temporeggiamenti del curatore che potrebbero danneggiare la controparte contrattuale.

Nel caso specifico del contratto di appalto, non si ha questo effetto automatico – previsto in via generale – della sospensione del contratto. La legge prevede, invece, uno scioglimento automatico per effetto dell’apertura della liquidazione giudiziale. Il senso di questa prescrizione legislativa è riconducibile alle caratteristiche del contratto di appalto.

Se è il committente ad andare in liquidazione giudiziale, è altamente probabile che il committente non sia in grado di pagare il corrispettivo dell’appalto. Si tenga presente che:

“salvo diversa pattuizione ... l’appaltatore ha diritto al pagamento del corrispettivo quando l’opera è accettata dal committente” ([articolo 1665](#), comma 5, cod. civ.).

Nel modello del codice civile, il pagamento avviene in unica soluzione quando l’opera è stata realizzata. Ma se il committente viene assoggettato a liquidazione giudiziale, è improbabile che sia in grado di corrispondere l’intero prezzo all’appaltatore. Va peraltro osservato che, frequentemente, gli appalti sono a stato avanzamento lavori, con pagamenti parziali man mano che l’opera prosegue: se l’opera è già stata ampiamente realizzata e pagata quasi per intero, può darsi che il curatore del committente abbia interesse alla continuazione del rapporto di appalto.

Se è, invece, l’appaltatore ad andare in liquidazione giudiziale, è anche in questo caso altamente probabile che l’appaltatore non sia in grado di realizzare l’opera promessa. Al di fuori dei casi di esercizio provvisorio dell’impresa, mancano difatti le risorse liquide per il completamento dell’opera.

La regola fissata dall’[articolo 186](#), comma 1, Codice, è dunque quella dello scioglimento automatico del contratto di appalto non appena viene dichiarata l’apertura della liquidazione giudiziale. Questo meccanismo dello scioglimento automatico si presta peraltro a critiche. Se difatti il curatore decide di subentrare nel contratto entro il termine di 60 giorni, si avrebbe la seguente situazione paradossale:

1. il contratto si è sciolto automaticamente per effetto dell’apertura della liquidazione giudiziale;
2. tuttavia il contratto “rivive” dopo – si immagini, per fare degli esempi – 40 o 50 giorni, quando il curatore dichiara di subentrare nel rapporto contrattuale.

Che senso ha che la legge dica che il contratto si scioglie subito, salvo poi permanere in forza se il curatore – nel termine consentito dalla legge - subentra? Non sarebbe stato più opportuno prevedere

che il contratto di appalto è semplicemente sospeso e si scioglie solo se, entro 60 giorni, il curatore non dichiara di voler subentrare? Dalla lettura dell'[articolo 186](#), comma 1, Codice risulta che il rapporto contrattuale di appalto si trova in una sorta di limbo, nel periodo intercorrente fra l'apertura della liquidazione giudiziale e i seguenti 60 giorni.

Non stupisce dunque che la sorte del contratto di appalto una volta che è stata aperta la procedura concorsuale è stata oggetto di una recentissima ordinanza interlocutoria della Corte di Cassazione, che ha rimesso la questione alle Sezioni Unite della medesima Cassazione³. Il caso affrontato dalla Corte di Cassazione riguardava una procedura di liquidazione coatta amministrativa, ma i ragionamenti svolti sono applicabili anche al fallimento (e ora alla liquidazione giudiziale).

La vicenda giunta all'attenzione della Corte di Cassazione può essere illustrata come segue. Viene concluso un contratto di subappalto fra 2 società contenente una clausola compromissoria. Realizzati i lavori, il committente non paga il corrispettivo dell'appalto e l'appaltatore chiede addirittura il fallimento del committente, assumendo che quest'ultimo non paghi trovandosi in una situazione di insolvenza. Successivamente il committente rinuncia alla domanda di fallimento.

Una delle parti attiva la clausola compromissoria. Nelle more del procedimento arbitrale, l'appaltatore viene a trovarsi in difficoltà finanziarie e viene aperta una procedura di liquidazione coatta sul suo patrimonio. Sennonché nessuno avverte gli arbitri della intervenuta liquidazione coatta amministrativa e gli arbitri pronunciano il lodo. Più precisamente, la tempistica degli eventi è la seguente:

- 16 ottobre 2014: ammissione dell'appaltatore alla procedura di liquidazione coatta amministrativa;
- 12 novembre 2014: deposito del lodo pronunciato dagli arbitri.

Come si può notare, la pronuncia del lodo avviene proprio durante il termine di 60 giorni. Il contratto di appalto – così recita la legge – si è sciolto per l'avvenuta apertura della procedura di liquidazione coatta, ma il commissario avrebbe ancora la possibilità nel termine di subentrare nel contratto⁴. La Corte di Cassazione si interroga se il contratto di appalto si possa realmente considerare come sciolto: in caso affermativo difatti, gli arbitri non avrebbe più avuto la possibilità di pronunciare il lodo, in quanto l'estinzione del contratto di appalto avrebbe portato con sé il venir meno della clausola compromissoria.

³ Cassazione n. 8591/2022.

⁴ Si consideri che la normativa sulla liquidazione coatta amministrativa richiama le disposizioni sul fallimento concernenti i contratti pendenti. Più precisamente, l'articolo 201, comma 1, L.F. prevede che "dalla data del provvedimento che ordina la liquidazione si applicano le disposizioni del Titolo II, Capo III, sezione II e IV". La sezione IV del Capo III è quella concernente gli "effetti del fallimento sui rapporti giuridici preesistenti" (articoli 72-83-bis, L.F., fra cui rientra l'articolo 81 sul contratto di appalto). La legge specifica poi che "si intendono sostituiti nei poteri del Tribunale e del giudice delegato l'autorità amministrativa che vigila sulla liquidazione, nei poteri del curatore il commissario liquidatore e in quelli del comitato dei creditori il comitato di sorveglianza" (articolo 201, comma 2, L.F.).

La Corte di Cassazione si avvede che la normativa prevede un periodo di incertezza fra il momento dell'apertura della liquidazione coatta amministrativa (o del fallimento, e ora della liquidazione giudiziale) e i primi 60 giorni entro cui il commissario (o il curatore) può comunicare di subentrare nel contratto di appalto. Secondo la Cassazione è sostenibile la tesi che il contratto di appalto non si sia realmente “*sciolto*”, ma si trovi solo in uno stato di “*quiescenza*” (o sospensione) finché il commissario o curatore non comunica cosa intende fare. Se così fosse, gli arbitri conserverebbero pieni poteri e potrebbero pronunciare il lodo.

La questione è così intricata che la Corte di Cassazione decide di rimettere la questione alle Sezioni Unite. Si tratta di un problema che ha rilevante impatto sull'economia reale e che assume i caratteri di una questione di massima di particolare importanza. La rimessione alle Sezioni Unite consentirà di fare chiarezza definitiva sul punto. Al momento non risulta che le Sezioni Unite si siano pronunciate al riguardo, ma la relativa decisione dovrebbe arrivare nel giro di pochi mesi.

La scelta del curatore di subentrare nel contratto di appalto

Si è appena visto che l'apertura della liquidazione giudiziale in capo a una delle 2 parti del contratto di appalto determina lo scioglimento del contratto. Peraltro, il Legislatore è consapevole della rigidità di un meccanismo che prevede in ogni caso lo scioglimento del contratto di appalto. Per questa ragione la legge statuisce che lo scioglimento non si verifica (e si ha, invece, la prosecuzione del contratto):

“se il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori ... dichiara di voler subentrare nel rapporto dandone comunicazione all'altra parte nel termine di 60 giorni dall'apertura della procedura ed offrendo idonee garanzie” ([articolo 186](#), comma 1, Codice).

Si noti in primo luogo che condizione della prosecuzione del rapporto contrattuale è il parere favorevole del comitato dei creditori. La legge si riferisce a una vera e propria “*autorizzazione*” del comitato. Ne consegue che, in difetto di essa, il curatore non può subentrare nel contratto di appalto. Si osservi altresì che l'autorizzazione deve essere rilasciata dal comitato dei creditori e non dal giudice delegato. Si reputa difatti che il comitato dei creditori sia in grado di valutare meglio di quanto possa fare il giudice se la prosecuzione del contratto di appalto sia vantaggiosa per i creditori.

Per il resto la dichiarazione di subentro è una semplice comunicazione inviata dal curatore alla controparte nella quale dichiara di voler continuare il rapporto contrattuale. La comunicazione può essere inviata con qualsiasi mezzo tracciabile, tipicamente a mezzo pec, oppure raccomandata con avviso di ricevimento.

La legge prevede altresì un termine di 60 giorni per la comunicazione del curatore. Del resto, si tratta del medesimo termine previsto dall'[articolo 172](#), comma 2, Codice, che il giudice può assegnare al curatore nel caso ordinario della sospensione del contratto affinché il curatore decida se proseguire il rapporto.

Il caso particolare della liquidazione giudiziale dell'appaltatore (comma 2)

Una disposizione particolare è dettata dalla legge per il solo caso di liquidazione giudiziale dell'appaltatore (e non per il diverso caso della liquidazione del committente). Prevede difatti la legge che:

“nel caso di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti dell'appaltatore, il rapporto contrattuale si scioglie se la considerazione della qualità soggettiva dello stesso appaltatore è stata un motivo determinante del contratto, salvo che il committente non consenta, comunque, la prosecuzione del rapporto” ([articolo 186](#), comma 2, Codice).

In deroga al comma 1, il comma 2 prevede uno scioglimento del contratto di appalto che è sottratto a qualsiasi valutazione di convenienza da parte del curatore. Presupposto di applicazione della disposizione è che le qualità dell'appaltatore fossero state decisive fin dall'inizio nella scelta del committente. Il contratto di appalto può essere considerato un contratto basato sull'*intuitus personae*. Con questa espressione della lingua latina ci si riferisce al fatto che le caratteristiche della controparte sono di fondamentale importanza nella decisione di contrarre. Se così è, il primo appaltatore non può essere liberamente sostituito con un secondo soggetto. In condizioni del genere, se l'appaltatore viene assoggettato a liquidazione giudiziale, il committente non ha più interesse alla continuazione del rapporto.

L'articolo 186, comma 2, Codice non considera l'*intuitus personae* un elemento necessariamente presente nel contratto di appalto, ma impone di fare una valutazione caso per caso. Il giudice dovrà dunque accertare se, nello specifico caso concreto, il committente ha scelto l'appaltatore per certe sue determinate caratteristiche, oppure no. Se la risposta a questo quesito è positiva (come avverrà nella maggior parte dei casi), il contratto di appalto è automaticamente sciolto in caso di liquidazione giudiziale dell'appaltatore.

L'ultima parola rimane tuttavia al committente. Questi difatti può consentire “*comunque*” la prosecuzione del rapporto. Con l'inciso “*comunque*” la legge si riferisce al caso in cui il committente ha sì scelto l'appaltatore in base alle sue caratteristiche specifiche; tuttavia, nonostante la liquidazione giudiziale dell'appaltatore, il committente desidera che il rapporto contrattuale continui. La legge non

vieta questa scelta, anche se il committente si accolla i rischi conseguenti, dovendo interfacciarsi – dal momento della liquidazione giudiziale in avanti – con una impresa edile in stato di decozione.

Conseguenze della liquidazione giudiziale del committente

Nel caso in cui si apra la liquidazione sul patrimonio del committente, il rischio per l'appaltatore è quello di non essere pagato. Se l'appaltatore ha realizzato i lavori, vanta un credito nei confronti del committente e dovrà chiedere l'ammissione al passivo.

Un interessante caso di fallimento del committente è stato trattato dalla Corte di Cassazione⁵. Si trattava di un rapporto fra 2 imprese in forza del quale venivano forniti servizi di assistenza tecnica. Il contratto viene denominato dalle parti come “*outsourcing*”, ma la Cassazione lo riqualifica come “*appalto di servizi*”. Si ricordava sopra, e ciò risulta dalla medesima definizione di contratto di appalto data dal codice civile, come il contratto di appalto possa avere a oggetto sia opere sia servizi. L'impresa che rende i servizi non viene pagata e la controparte (il committente) fallisce. L'appaltatore presenta domanda di ammissione al passivo, ma l'istanza viene rigettata dal curatore. Viene così presentata opposizione allo stato passivo da parte dell'appaltatore, al fine di ottenere il riconoscimento del proprio credito.

A fronte dell'opposizione dell'appaltatore, il committente (ora rappresentato dal curatore) sostiene che il corrispettivo per l'appalto non sarebbe dovuto in quanto le prestazioni tecniche presentano dei vizi. Tuttavia, l'eccezione di inadempimento viene rigettata dalla Corte di Cassazione. La Suprema Corte rileva come la denuncia di asseriti vizi sia stata presentata solo in sede giudiziale, ossia nell'ambito del giudizio di opposizione. Si tratta di un'eccezione tardiva, che viene rigettata. Conseguentemente il credito dell'appaltatore al pagamento del corrispettivo previsto in contratto viene ammesso al passivo.

Conseguenze della liquidazione giudiziale dell'appaltatore

In altri casi la liquidazione giudiziale viene dichiarata aperta sul patrimonio dell'appaltatore. Se il contratto di appalto continua, l'impresa appaltatrice dovrà realizzare l'opera prevista nel contratto. La legge si limita a stabilire che il curatore deve offrire “*idonee garanzie*” ([articolo 186](#), comma 1, Codice). Bisogna difatti considerare che la crisi di liquidità potrebbe rendere difficile all'impresa edile la realizzazione dell'opera.

⁵ Cassazione n. 14241/2018.

Se, invece, il rapporto contrattuale non continua e si scioglie definitivamente, bisogna regolare gli eventuali rapporti di debito/credito pendenti fra le parti. In linea di principio il committente non vanta crediti monetari verso l'appaltatore: questi difatti si obbliga solo a realizzare l'opera, e non a pagare somme di danaro al committente. Il flusso di danaro è insomma, di norma, in senso inverso: dal committente all'appaltatore.

Tuttavia, una volta aperta la procedura di liquidazione giudiziale, il committente potrebbe vantare dei crediti risarcitori nei confronti dell'appaltatore. A questo fine, come chiunque vanti un credito nei confronti di un soggetto in liquidazione giudiziale, il committente dovrà presentare domanda di ammissione al passivo della liquidazione, fornendo prova del credito.

La Corte di Cassazione ha affrontato alcuni interessanti casi in cui i committenti hanno presentato domande di ammissione al passivo degli appaltatori, chiedendo il pagamento di articolate voci di credito nei confronti degli appaltatori falliti. E in effetti la mancata realizzazione dell'opera (o anche solo il ritardo nella realizzazione) può cagionare danni in capo al committente.

Un caso molto recente è stato trattato dalla Corte di Cassazione nell'[ordinanza n. 17147/2022](#). La fattispecie può essere illustrata come segue: un ente di ricerca affida a una società un appalto per la realizzazione di laboratori che si occupano di energie rinnovabili. A causa, tuttavia, di inadempimenti gravi dell'appaltatore, il contratto di appalto viene dichiarato risolto. Successivamente la Spa appaltatrice viene dichiarata fallita.

L'ente di ricerca committente presenta domanda di ammissione al passivo, chiedendo somme per titoli diversi:

1. costi per il progetto di completamento delle opere non realizzate;
2. costi per il completamento dei lavori;
3. penale contrattualmente prevista per i ritardi in cui sarebbe incorsa l'impresa fallita;
4. importi corrisposti per legge ad alcuni lavoratori subordinati dipendenti della società subappaltatrice in ragione di retribuzioni non corrisposte.

Il Tribunale di Cagliari rigetta la domanda di ammissione al passivo in quanto l'ente committente non produce documentazione relativa alla risoluzione del contratto di appalto. La Corte di Cassazione conferma il rigetto dell'istanza di credito, in quanto le pretese risarcitorie avanzate dal committente trovano il proprio fondamento nella risoluzione del contratto, che non è però stata provata.

Un altro caso concernente gli effetti del fallimento sul contratto di appalto è stato affrontato dalla Corte di Cassazione nel marzo 2022, e riguarda la richiesta della società committente di restituzione di importi

anticipati alla società appaltatrice poi dichiarata fallita⁶. Fra le parti viene concluso un contratto di appalto e una parte del corrispettivo viene anticipato dall'impresa committente. Per assicurarsi la restituzione di detto importo, il committente ottiene dall'appaltatrice una polizza fideiussoria. Subentrato il fallimento dell'appaltatore, il committente si rivolge all'impresa di assicurazione per ottenere la restituzione di quanto anticipato.

La Corte di Cassazione, nel provvedimento del marzo 2022, ricorda che il fallimento determina lo scioglimento del contratto di appalto (ai sensi del vecchio [articolo 81](#), L.F.), con conseguente diritto del committente, in caso di fallimento dell'appaltatore, alla restituzione dell'anticipazione versata. Con la dichiarazione di fallimento i debiti del fallito si considerano scaduti. Il fallimento dell'appaltatore e la conseguente risoluzione del rapporto segnano – scrive la Cassazione – la definitività dell'inadempimento e il momento a partire dal quale il committente può avanzare le sue richieste contro il debitore. Poiché è sorto il diritto del committente alla restituzione, tale diritto può essere fatto valere nei confronti dell'impresa assicuratrice che ha rilasciato apposita garanzia per il caso di inadempimento dell'appaltatore.

**La professionalità
va riconosciuta**

**100
BEST IN CLASS**

2023 Edition

 Euroconference

| Forbes

sponsored by  TeamSystem

⁶ Cassazione n. 8995/2022.

Crisi e risanamento n. 56/2023

Il ruolo dell'ausiliario del giudice e dell'esperto nella composizione negoziata – Parte seconda

Danilo Cannella – dottore commercialista e revisore legale

Francesco Carnevali - dottore commercialista e revisore legale

Mentre l'esperto occupa una posizione centrale nella composizione negoziata, l'ausiliario viene in risalto tutte le volte che la composizione negoziata "interseca" la competenza del giudice, il cui intervento è solo eventuale; la nomina di un ausiliario potrà ricorrere tutte le volte che l'imprenditore richiederà il vaglio del Tribunale per ottenere che qualificati atti (finanziamenti e cessione d'azienda) producano determinati effetti in grado di incidere in modo rilevante sugli interessi dei creditori e dei terzi (prededuzione, esclusione responsabilità cessionario d'azienda per debiti pregressi, esclusione da revocatoria).

La nomina dell'ausiliario del giudice

La figura dell'ausiliario ricorre tutte le volte che l'imprenditore, presentata la domanda di nomina dell'esperto per l'accesso alla composizione negoziata, si rivolge al Tribunale e questo, nei casi previsti dalla legge, nomina un ausiliario ai sensi dell'[articolo 68](#), c.p.c., per l'espressione di un parere.

La figura dell'ausiliario ricorre:

- nella disposizione dettata nell'ambito del procedimento relativo alla conferma delle misure protettive e cautelari disciplinato dall'[articolo 19](#), Codice, allorché il giudice, al fine di assumere provvedimenti cautelari o di conferma, revoca o modifica delle misure protettive, se occorre, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68, c.p.c.;
- nell'[articolo 22](#), Codice, che disciplina il riconoscimento della prededuzione ai debiti maturati per effetto di finanziamenti contratti dall'imprenditore o, nel caso di gruppo d'impresе, da una o più società che appartengono allo stesso, con terzi e/o con propri soci, nonché la disapplicazione dell'[articolo 2560](#), comma 2, cod. civ., in caso di trasferimento d'azienda, allorché il giudice, al fine di valutare la sussistenza

della funzionalità di questi atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, provvede, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68, c.p.c.;

– nel concordato semplificato disciplinato dall'[articolo 25-sexies](#), cod. civ., dove la nomina dell'ausiliario appare sempre necessaria e si prevedono in capo allo stesso una funzione consultiva, una di vigilanza para commissariale sull'esecuzione del concordato e una eventuale di esecuzione della liquidazione di beni *ante omologa*¹.

Il ruolo dell'ausiliario nelle misure protettive e cautelari

Nel procedimento per la conferma delle misure protettive e cautelari disciplinato dall'[articolo 19](#), Codice, la nomina da parte del giudice di un ausiliario è solo eventuale; il giudice, se occorre, nomina un ausiliario, al quale affida la valutazione tecnica della documentazione contabile allegata al ricorso² e gli richiede un parere.

Le valutazioni espresse dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto sono vagliate dal giudice, chiamato a decidere sulla conferma o sulla modifica delle misure protettive e cautelari, in pendenza di trattative. La conferma delle misure protettive e cautelari e altre decisioni sulle stesse andranno sempre assunte avendo un occhio allo stato delle trattative, alla perseguibilità del risanamento e agli interessi dei creditori³.

Il giudice chiama l'esperto a esprimere il proprio parere sulla funzionalità delle misure richieste ad assicurare il buon esito delle trattative o sulla circostanza che tali misure non comprimono in maniera sproporzionata i diritti e gli interessi dei creditori che le subiscono⁴, ma anche di riferire sullo stato delle trattative, sulla gravità della crisi, anche alla luce del *test* pratico, sul progetto di piano di risanamento, sulle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi, sull'andamento della gestione, sui flussi finanziari attesi e sui possibili esiti delle trattative.

Analoghe valutazioni sono richieste all'ausiliario.

Se, da un lato, le misure protettive mirano a mettere il patrimonio dell'imprenditore al riparo da iniziative dei creditori che possono determinare una disaggregazione del suo patrimonio, minare

¹ Cfr. L. Panzani, "La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice", in *Diritto della crisi*, secondo cui il giudice può o deve avvalersi di un ausiliario nominato ai sensi dell'articolo 68, c.p.c. il cui parere si aggiunge a quello dell'esperto.

² Con il ricorso presentato al Tribunale per chiedere la conferma o la modifica delle misure protettive, l'imprenditore, ai sensi dell'articolo 19, Codice, deposita i bilanci degli ultimi 3 esercizi, una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata, l'elenco dei creditori, un progetto di piano di risanamento, un piano finanziario per i successivi 6 mesi, un prospetto delle iniziative che intende adottare, una dichiarazione che sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, attesta che l'impresa può essere risanata.

³ Cfr. Relazione tecnica al DDL per la conversione del D.L. 118/2021.

⁴ Il riferimento alla funzionalità delle misure protettive e cautelari ad assicurare il buon esito delle trattative lo si rinviene anche nei commi successivi che disciplinano la proroga e la revoca.

la continuità aziendale e mettere a rischio il processo di risanamento, dall'altro, la concessione delle misure protettive e cautelari, in assenza di ogni prospettiva di risanamento, con un andamento della gestione in perdita, con maturazione di ulteriori passività e la distruzione di risorse monetarie, espone i creditori a un pregiudizio.

L'ausiliario avrà a disposizione i documenti allegati al ricorso, previsti dall'[articolo 19](#), comma 2, Codice, e la sua attenzione si appunterà sull'esame dei bilanci, della situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata, del progetto di piano di risanamento che l'imprenditore ha predisposto secondo la lista di controllo, del piano finanziario per i successivi 6 mesi, del prospetto delle iniziative che l'imprenditore intende adottare e dello stesso parere dell'esperto.

Il ruolo dell'ausiliario nell'autorizzazione di determinati atti

Su richiesta dell'imprenditore, il Tribunale può autorizzare lo stesso, ovvero una o più società appartenenti al medesimo gruppo di imprese che hanno chiesto l'accesso alla composizione negoziata:

– a contrarre finanziamenti, anche con soci o con società controllate o sottoposte a comune controllo, per i quali si richiede il riconoscimento della prevedibilità; ovvero

– a trasferire in qualunque forma dell'azienda o un suo ramo, senza gli effetti di cui all'[articolo 2560](#), comma 2, cod. civ., in capo all'avente causa,

a condizione che questi atti risultino funzionali alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

Ai fini della decisione il giudice, ove occorre, nomina un ausiliario ex [articolo 68](#), c.p.c., il quale è chiamato a verificare se gli effetti prodotti dagli atti che l'imprenditore intende porre in essere siano funzionali alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

La norma non indica quali documenti l'imprenditore debba allegare al ricorso per ottenere le suddette autorizzazioni. Si reputa che la documentazione sia quella indicata nell'[articolo 17](#), Codice, per l'istanza di nomina dell'esperto, eventualmente aggiornata, il *test* pratico per la ragionevole perseguibilità del risanamento compilato dall'imprenditore e verificato dall'esperto, la lista di controllo particolareggiata e il parere stesso dell'esperto, nonché i contratti di finanziamento, le proposte d'acquisto dell'azienda, la stima dell'azienda svolta dall'esperto, i documenti caricati nella *data-room*, la documentazione relativa alla selezione dell'acquirente, etc..

A tal fine l'ausiliario chiede all'imprenditore di essere autorizzato all'accesso alla piattaforma telematica, incontra l'esperto, gli *advisors* e gli esponenti aziendali.

Le fattispecie concrete possono essere le più diverse e le 2 tipologie di atti (finanziamenti e cessione d'azienda) potrebbero combinarsi e richiedere un giudizio congiunto sull'effetto complessivo dagli stessi prodotto sulla continuità aziendale e sulla migliore soddisfazione dei creditori.

Per quanto riguarda i finanziamenti, la verifica del presupposto della funzionalità degli stessi rispetto alla continuità aziendale, non appare particolarmente complessa, in quanto di norma si è in presenza di un'impresa in crisi, che presenta squilibri economici e/o finanziari che possono manifestarsi nel corso delle trattative, generando un fabbisogno finanziario da coprire che l'imprenditore dovrebbe avere già evidenziato nel piano finanziario per i successivi 6 mesi, previsto dall'[articolo 17](#), comma 3, lettera b), Codice. In questa circostanza, l'apporto di nuova finanza risulta fondamentale per mantenere in funzionamento l'azienda, con conservazione del suo valore di avviamento.

Qualche riflessione ulteriore meritano, invece, i finanziamenti destinati alla ristrutturazione del debito, in quanto, in questo caso, le trattative dovrebbero trovarsi a uno stadio avanzato e dare conto della disponibilità dei creditori a consentire un eventuale stralcio dei loro crediti, cosicché il debito, così ristrutturato, risulterà sostenibile alla luce del recuperato equilibrio economico-finanziario che viene preconizzato nel *business plan*, assicurando una *recovery* dell'impresa e il superamento dello stato di crisi.

Difficilmente, invece, potrà ritenersi funzionale alla continuità aziendale quel finanziamento destinato al pagamento di debiti anteriori, salvo che il mancato pagamento di questi debiti non abbia la finalità di scongiurare l'interruzione di una fornitura di beni e servizi essenziali alla prosecuzione dell'attività⁵ o il pagamento degli stipendi.

Più complessa appare, invece, la valutazione della funzionalità dei finanziamenti prededucibili rispetto alla migliore soddisfazione dei creditori. Infatti, la prededuzione riconosciuta a tali finanziamenti finisce per incidere sulla misura della soddisfazione dei creditori, anche di quelli divenuti tali in pendenza delle trattative o anche successivamente all'archiviazione della composizione negoziata, in caso di accesso dell'imprenditore a una procedura concorsuale, compreso il concordato semplificato ex [articolo 25-sexies](#), Codice, a seguito del mancato esito positivo delle trattative, con sbocco negoziale.

La prededuzione di questi finanziamenti è destinata, quindi, a “scaricarsi” al di fuori della composizione negoziata, nell'ambito di una successiva procedura concorsuale, che intervenisse, anche a distanza di tempo, a seguito dell'insuccesso della composizione negoziata.

⁵ Invero, in caso di concessione delle misure protettive, ai sensi dell'articolo 18, comma 5, Codice, i creditori non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori; analogamente, ai sensi dell'articolo 17, comma 5, Codice, le banche non possono sospendere o revocare gli affidamenti, salvo che ciò non sia richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale.

In altri termini, ci si trova a dover misurare l'effetto prodotto dai finanziamenti prededucibili non tanto nell'ambito della composizione negoziata, ma nella successiva procedura concorsuale.

Quali le valutazioni da fare per stabilire se un finanziamento prededucibile assicura la migliore soddisfazione dei creditori?

Si tratta di un giudizio prognostico tra 2 scenari alternativi, uno dei quali prevede il finanziamento prededucibile che ha consentito di mantenere in esercizio l'azienda, conservandone il valore di avviamento, mentre l'altro ipotizza una liquidazione disaggregata dei beni che compongono l'azienda, in quanto quel finanziamento era anche essenziale alla continuità aziendale.

Il beneficio derivante dal finanziamento erogato in pendenza di composizione negoziata si misura in termini di aumento/mantenimento del valore dell'azienda in funzionamento, che riporta al parametro della continuità aziendale, nella prospettiva dei creditori.

Nella successiva procedura concorsuale, invece, il beneficio derivante dal finanziamento erogato in pendenza di composizione negoziata si misura in termini di ragionevole aspettativa che questo maggior valore, assicurato dal finanziamento erogato in pendenza di composizione negoziata, si conservi anche nella successiva procedura concorsuale e risulti superiore all'ammontare dei crediti prededucibili discendenti dal finanziamento.

Pertanto, se il finanziamento di cui trattasi consente di mantenere in esercizio l'azienda, anche nella successiva fase concorsuale, mantenendone il valore di avviamento, esso risulterà funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori se il valore riveniente dalla vendita dell'azienda in esercizio, ridotto della prededuzione, risulterà comunque superiore a quello che si sarebbe realizzato con la cessione atomistica dei singoli beni che compongono l'azienda.

Va ulteriormente evidenziato che i 2 valori a confronto non presentano la medesima "qualità", in quanto la vendita disaggregata in ipotesi liquidatoria sconta maggiori incertezze, quanto a tempi e costi di collocamento, rispetto all'ipotesi di una cessione d'azienda unitaria, magari "preconfezionata" nel corso della composizione negoziata che, a seguito dell'insuccesso delle trattative con i creditori, sfoci verso un'ipotesi di concordato semplificato.

Per quanto riguarda la cessione d'azienda con l'esclusione della responsabilità solidale del cessionario, le valutazioni sono ancora diverse. Sotto l'aspetto della continuità aziendale, occorre verificare che l'operazione di trasferimento dell'azienda o di uno o più rami di essa, consenta la continuità indiretta mantenendo l'azienda in esercizio in capo all'avente causa.

Sotto l'aspetto della migliore soddisfazione dei creditori, invece, l'ausiliario dovrà esaminare il regolamento negoziale dell'operazione prospettata per comprenderne gli effetti sul patrimonio

dell'imprenditore, garanzia dei creditori, e sui soggetti interessati alla prosecuzione dell'attività, come dipendenti, imprese dell'indotto, Erario, etc..

Preliminarmente, andrà verificato se esiste una stima dell'azienda oggetto del trasferimento, se è stata svolta una procedura competitiva per l'individuazione dell'acquirente, se il corrispettivo risulti congruo rispetto al valore e, allo stesso tempo, coerente con la situazione debitoria che l'imprenditore intende ripianare, a quale stadio sono le trattative e se da esse ci si aspetta una soluzione negoziale che contempli una ristrutturazione del debito che ne riconduca la dimensione a un valore coerente con la provvista che si realizzerebbe con la cessione d'azienda, come si colloca la cessione d'azienda all'interno del piano di risanamento, quali sono gli sbocchi ragionevolmente prevedibili della composizione negoziata, se il trasferimento d'azienda è stabile o condizionato, se sono previste clausole di aggiustamento prezzo, se è previsto una rateizzazione del corrispettivo di cessione, se sono offerte garanzie, etc..

Indipendentemente dall'esito delle trattative, la cessione d'azienda al giusto prezzo, con i presidi assicurati dal rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente, dovrebbe ritenersi di norma funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, in quanto anticipando la cessione del complesso produttivo consente di superare le incertezze legate alla conservazione del suo valore di avviamento e allo stesso tempo evitare il sostenimento di ulteriore prededuzione.

Il ruolo dell'ausiliario nel concordato semplificato

Nel concordato semplificato, la nomina dell'ausiliario non pare facoltativa se si confronta la disposizione dell'[articolo 25-sexies](#), Codice, con le precedenti, nelle quali la nomina dell'ausiliario avviene "se occorre", nelle misure protettive e "ove occorre", nelle autorizzazioni ex [articolo 22](#), Codice. L'ausiliario del giudice, nel concordato semplificato, può svolgere diverse funzioni. Innanzitutto, egli svolge una funzione consultiva nella fase *ante* omologa; ove omologato, poi, all'ausiliario competono compiti di vigilanza, alla stregua del commissario giudiziale, per effetto del richiamo operato dall'articolo 25-sexies, comma 8, Codice, alla relativa normativa, applicabile in quanto compatibile e, nel caso in cui il piano di liquidazione preveda il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, ovvero di specifici beni, prima dell'omologazione, all'ausiliario viene affidato il compito di sondare il mercato per verificare che non vi siano soluzioni migliori rispetto a quella "preconfezionata" dall'imprenditore e, previa autorizzazione del Tribunale, di dare esecuzione al trasferimento del bene.

La funzione consultiva dell'ausiliario è legata al quesito che il giudice gli sottoporrà la cui ampiezza dipenderà dall'interpretazione della natura dei controlli che il Tribunale è chiamato a svolgere nella fase iniziale e nella successiva fase dell'omologazione.

L'attenzione dell'ausiliario si appunterà sull'analisi della documentazione versata in atti.

In particolare, rientreranno nel corredo documentale, oltre alla relazione finale dell'esperto e al suo parere sulle prospettive della liquidazione del patrimonio del debitore e sulle garanzie offerte⁶, anche la proposta di concordato, il piano di liquidazione, eventuali offerte irrevocabili di acquisto dell'azienda, di suoi rami o beni specifici, la documentazione prevista dall'[articolo 39](#), Codice, e quindi anche la relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore e gli altri documenti della fase antecedente, come, ad esempio, il "*progetto*" di piano di risanamento, allegato alla domanda di nomina dell'esperto, la stima del patrimonio fatta dall'esperto nel corso della composizione negoziata, come indicato dalla previsione 13.1 del Protocollo di conduzione⁷ e, ove questa stima non sia stata fatta dall'esperto, nel corso della composizione negoziata, egli dovrà contemplarla nel proprio parere ai sensi dell'[articolo 25-sexies](#), comma 3, Codice, come indicato dalla previsione 13.2 del protocollo di conduzione⁸.

Se il piano di liquidazione contempla una proposta d'acquisto "*preconfezionata*", da parte di un soggetto che si era palesato in pendenza di composizione negoziata, l'ausiliario dovrà esaminare anche i documenti relativi all'eventuale procedura competitiva di vendita svolta nel corso della composizione negoziata attraverso la quale si è giunti all'individuazione del proponente⁹, le offerte e le manifestazioni di interesse raccolte in esito alla procedura competitiva, nonché eventuali pareri dell'esperto sulle offerte e manifestazioni di interesse. L'ausiliario valuterà la congruità del prezzo offerto rispetto al valore stimato del bene, il risalto dato alla procedura competitiva e ogni altro elemento utile alla valutazione dell'offerta, come previsto dal punto 12.4 del protocollo, verificando, se del caso, la natura di parte correlata dell'offerente¹⁰.

⁶ Il generico riferimento alle garanzie offerte pare fare riferimento alle garanzie offerte dagli eventuali proponenti l'acquisto dell'azienda, di suoi rami o di singoli cespiti, come si ricava dal punto 13.2 del protocollo di conduzione delle trattative; ma non è da escludere che lo stesso debitore offra delle garanzie ai propri creditori.

⁷ La previsione 14.8 del protocollo di conduzione prevede che, nel caso in cui l'esperto abbia stimato l'effetto della liquidazione dell'intero patrimonio, ne darà conto nella propria relazione finale.

⁸ Si scorge una analogia con il piano di concordato che, all'articolo 87, lettera c), Codice, stabilisce che il piano deve contenere il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale.

⁹ Già in fase di composizione negoziata è possibile che sia stata svolta una procedura competitiva per la selezione dell'acquirente dell'azienda o di un suo ramo o di specifici beni.

¹⁰ L'articolo 2, lettera l), Codice, definisce "*parti correlate*" quelle così qualificate nel regolamento Consob in materia di operazioni con parti correlate, anche se si deve ritenere che in questa sede, il riferimento vada inteso in modo ampio, ricomprendendovi tutte quelle situazioni in

L'ausiliario dovrà rispondere al quesito del giudice sulla fattibilità o meno del piano di liquidazione, che potrà prevedere il trasferimento dell'azienda, di uno o più rami di essa o di specifici beni e la sua idoneità a consentire di realizzare un valore minimo da ripartire tra i creditori, non inferiore rispetto a quello che si ricaverebbe all'alternativa della liquidazione giudiziale¹¹. L'ausiliario, quindi, dovrà esprimere un giudizio prognostico su quale potrebbe essere l'esito della liquidazione giudiziale, da confrontare con il risultato atteso dalla liquidazione del patrimonio nell'ambito del concordato semplificato. Si tratta di mettere a confronto 2 valori congetturati che richiederanno una stima ragionevole dell'esito della liquidazione nei 2 scenari liquidatori alternativi.

Il riferimento della norma alla circostanza che la proposta di concordato non deve arrecare pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, presuppone che tale pregiudizio sia valutato non solo in termini quantitativi, ma anche qualitativi (ovvero, di probabilità di manifestazione del valore atteso dalla liquidazione) e temporali, risultando evidente che a parità di valore realizzabile nei 2 scenari alternativi, assumeranno rilevanza considerazioni legate alla ragionevolezza della assunzioni che stanno alla base dei 2 scenari in termini di probabilità di manifestazione e di momento nel quale i creditori verranno soddisfatti.

Nella determinazione del valore realizzabile in ipotesi di liquidazione giudiziale, si ritiene che l'ausiliario debba tenere conto anche di possibili risultati conseguibili attraverso l'esercizio di eventuali azioni della massa, ancorché non contemplati nel piano di liquidazione.

Con l'omologazione del concordato semplificato all'ausiliario è attribuita anche una funzione di vigilanza, in forza del rinvio ad alcune norme che disciplinano il ruolo del commissario giudiziale operato dall'[articolo 25-sexies](#), comma 8, Codice. L'ausiliario deve vigilare affinché l'imprenditore non compia atti in frode ai creditori o altri atti senza la preventiva autorizzazione del Tribunale. Per effetto del richiamo all'[articolo 106](#), Codice (norma corrispondente all'[articolo 173](#), L.F.) egli vigilerà anche sugli atti in frode eventualmente commessi prima dell'ingresso in procedura.

Per questa attività l'ausiliario potrà accedere alle informazioni sui debiti risultanti da banche dati pubbliche ai sensi dell'[articolo 367](#), Codice, in quanto il concordato semplificato è comunque un concordato preventivo e avrà a disposizione la relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione compiuti nel quinquennio anteriore di cui all'[articolo 39](#), comma 2, Codice¹².

cui emerga un "legame" con l'imprenditore di qualsiasi natura ovvero una interposizione fittizia di persona, che possa configurarsi come un atto in frode ai creditori.

¹¹ Nel concordato preventivo prevista dall'articolo 84, Codice, secondo cui la proposta di concordato deve realizzare il soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione giudiziale.

¹² Si annota una discrasia con l'obbligo di deposito delle scritture contabili dei soli 3 esercizi precedenti.

Infine, prima dell'omologazione, l'ausiliario può essere chiamato a liquidare l'azienda, suoi rami o specifici beni in esecuzione del piano di liquidazione, prima della omologazione.

Ai sensi dell'[articolo 25-septies](#), comma 3, Codice, quando il piano di liquidazione, allegato alla domanda di omologazione di concordato semplificato, prevede che il trasferimento della proprietà dell'azienda o di specifici beni avvenga prima della omologazione, all'offerta (alla vendita) darà esecuzione l'ausiliario, previa autorizzazione del Tribunale. L'ausiliario, alla stregua del liquidatore giudiziale, dovrà verificare l'assenza di "soluzioni migliori" sul mercato e dovrà riferire al Tribunale dell'esito della verifica svolta. Le valutazioni sono le medesime che si facevano nell'ambito di una procedura di concordato preventivo "con riserva", sotto il vigore dell'[articolo 163-bis](#), L.F. sulle offerte concorrenti, giusto rinvio operato dall'ultimo comma della medesima norma.

Ora come allora, la decisione di procedere con una vendita anticipata di *assets*, anche di valore significativo, si giustifica esclusivamente nella prospettiva del miglior soddisfacimento dei creditori; deve consentire di raggiungere l'obiettivo della massima valorizzazione del bene, a vantaggio dei creditori, indipendentemente dallo sbocco che avrà il concordato semplificato.

La necessità di far precedere la vendita all'omologazione, può essere dovuta alla natura stessa dell'offerta ricevuta, nella quale il proponente può aver posto un termine essenziale, che non consente di attendere l'omologazione del concordato semplificato, oppure dalla necessità di evitare un danno alla massa dei creditori, anticipando la vendita del bene, che potrebbe deprezzarsi o perdere gradualmente il valore, o ancora, dalla consapevolezza che si tratta della migliore offerta possibile, per aver svolto in pendenza di composizione negoziata, quelle procedure competitive previste dal protocollo di conduzione che hanno portato all'individuazione della migliore offerta, così da reputarsi non necessario attendere ulteriormente, per l'efficiente allocazione del bene.

In mancanza di precedenti valutazioni, previste dai § 12 e 13 del protocollo di conduzione da parte dell'esperto e di procedure di selezione di soggetti potenzialmente interessati, attraverso procedure competitive, le valutazioni che il Tribunale demanderà all'ausiliario richiederanno una maggiore profondità di analisi.

Innanzitutto, occorrerà verificare il valore di mercato del bene e la congruità del prezzo offerto. Se si tratta di beni "complex" il cui valore dipende dalla redditività futura o dai flussi finanziari attesi, l'ausiliario dovrà necessariamente essere un professionista che possiede capacità in materia di valutazione di imprese e marchi, così da poter stimare il valore di presunto realizzo del bene oggetto di valutazione. Il valore di mercato così stimato andrà confrontato con il prezzo offerto al fine di giudicarne

la congruità. In ogni caso, verificata la congruità del prezzo offerto rispetto al valore stimato del bene, è necessario che l'ausiliario svolga una procedura competitiva per la selezione del migliore offerente. Il riferimento della norma alla verifica da parte dell'ausiliario di accertare l'“*assenza di soluzioni migliori sul mercato*” non può interpretarsi nel senso di minore rigore nel sondare il mercato, rispetto a quanto si richiede nell'ambito della composizione negoziata, dove l'articolo 22, lettera d) del protocollo impone il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente.

Dunque, la verifica dell'ausiliario richiesta dall'[articolo 25-septies](#), comma 3, Codice, di accertare “*l'assenza di soluzioni migliori sul mercato*” dovrebbe essere intesa come possibilità di limitare temporalmente la procedura competitiva, laddove questa sia stata già svolta in pendenza di composizione negoziata, nel corso della quale l'esperto potrebbe aver dato conto delle modalità attraverso le quali si è arrivati all'individuazione dell'acquirente, della congruità del prezzo offerto, della mancanza di legami dell'offerente con l'imprenditore e su ogni altro elemento ritenuto utile dal Tribunale.

In questo caso, l'ausiliario potrà limitare l'attività di sondaggio del mercato, per assicurare l'efficiente e tempestiva allocazione del bene.

Diverso è il caso in cui, invece, il Tribunale non abbia autorizzato la deroga all'[articolo 2560](#), comma 2, cod. civ.. In questo caso, la procedura competitiva dovrà essere preceduta da idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti, come stabilito dagli articoli [91](#), comma 1 e [94](#), comma 5, Codice, che prescrivono che l'alienazione e l'affitto di azienda, suoi ramo o specifici beni sono effettuate, previa autorizzazione, tramite procedure competitive, precedute da stima e adeguata pubblicità. Si ritiene applicabile anche l'articolo 94, comma 5, Codice, che, in caso di urgenza, può autorizzare il trasferimento senza far luogo a pubblicità e alle procedure competitive, quando dal ritardo possa derivare un danno grave e irreparabile al miglior soddisfacimento dei creditori.

Crisi e risanamento n. 56/2023

La valutazione del curatore per l'accesso alla definizione delle liti pendenti

Gianfranco Antico – pubblicista

Gli addetti ai lavori in questi giorni di inizio anno sono alle prese con la Legge di Bilancio 2023 – L. 197/2022 – che ha introdotto tutta una serie di strumenti di favore per i contribuenti. In questo intervento si focalizza l'attenzione sulla chiusura delle liti pendenti - commi da [186](#) a [205](#), articolo 1, L. 197/2022 – istituito che obbliga i curatori fallimentari a valutarne la convenienza, fermo restando che una eventuale inerzia legittima il fallito all'accesso alla procedura, pur con tutte le problematiche che ne derivano.

Premessa

Come è noto, a norma dell'[articolo 43](#), comma 1, Codice:

“nelle controversie, anche in corso, relative a rapporti di diritto patrimoniale del fallito compresi nella liquidazione giudiziale sta in giudizio il curatore”.

In pratica, con la dichiarazione di fallimento, il debitore perde la propria capacità processuale a vantaggio del curatore, che assume la legittimazione ad agire e a resistere in tutti i giudizi facenti capo al fallito.

Per l'Amministrazione finanziaria – [circolare n. 23/E/2017](#) (punto 3.1)¹ - a seguito di fallimento del contribuente, la legittimazione a presentare l'istanza di definizione agevolata delle controversie pendenti va riconosciuta al curatore e, in caso d'inerzia di quest'ultimo, al fallito².

¹ La circolare fornisce risposta ad alcuni quesiti formulati dalle strutture territoriali in ordine alla vecchia definizione agevolata delle controversie pendenti, di cui all'articolo 11, D.L. 50/2017, convertito con modificazioni dalla L. 96/2017.

² Qualora il curatore fallimentare rimanga inerte, il fallito conserva in via eccezionale la legittimazione ad agire a tutela dei suoi diritti patrimoniali, sempre che l'inerzia del curatore sia determinata da un totale disinteresse e non anche quando consegua a una negativa valutazione circa la convenienza della controversia. La legittimazione suppletiva del fallito opera allorché vengano in questione diritti patrimoniali del soggetto di cui si disinteressino gli organi fallimentari e non quando si faccia questione dell'impugnativa di atti della procedura rispetto ai quali è dato lo speciale rimedio del reclamo fallimentare. Così Cassazione, sezione I, ordinanza n. 29462/2022.

Infatti, secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, alla legittimazione processuale del curatore si affianca, nel caso di inerzia dell'organo fallimentare, quella del medesimo soggetto sottoposto a procedura concorsuale³.

In particolare, con riguardo alla chiusura delle liti fiscali pendenti, nell'edizione prevista dall'[articolo 16](#), L. 289/2002, la Suprema Corte, con la [pronuncia n. 6248/2014](#), ha chiarito che:

“legittimato a proporre istanza di definizione agevolata, a seguito del fallimento del contribuente, dev'essere considerato, in caso d'inerzia del curatore, anche il fallito: quest'ultimo, infatti, non è privato, per effetto della dichiarazione di fallimento, della qualità di soggetto passivo del rapporto tributario, restando esposto ai riflessi anche sanzionatori che conseguono alla definitività dell'atto impositivo, ed essendo per tale motivo legittimato, nell'inerzia degli organi fallimentari, anche a ricorrere alla tutela giurisdizionale, tenuto conto che la perdita della capacità processuale derivante dalla dichiarazione di fallimento ha carattere relativo, potendo essere fatta valere soltanto dal curatore, nell'interesse della massa dei creditori (Cassazione n. 11068/2006)”⁴.

La chiusura delle liti pendenti

In forza di quanto disposto dai commi da [186](#) a [205](#), articolo 1, L. 197/2022⁵ (c.d. Legge di Bilancio 2023), le controversie attribuite alla giurisdizione tributaria in cui è parte l'Agenzia delle entrate, ovvero l'Agenzia delle dogane e dei monopoli, pendenti in ogni stato e grado del giudizio, compreso quello innanzi alla Corte di Cassazione, anche a seguito di rinvio, alla data del 1° gennaio 2023, possono essere definite, a domanda del soggetto che ha proposto l'atto introduttivo del giudizio o di chi vi è subentrato o ne ha la legittimazione, con il pagamento di un importo pari al valore della controversia, come indicato dal comma 2, [articolo 12](#), D.Lgs. 546/1992⁶.

La definizione agevolata delle controversie pendenti può avvenire dietro apposita istanza e pagamento di un importo variabile legato al valore della controversia e allo stato del contenzioso (cfr. [circolare n. 2/E/2023](#) e provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle entrate, prot. n. 30294/2023).

Somme da versare	
100%	→ Qualora, alla data del 1° gennaio 2023, il ricorso in I grado sia stato notificato all'Agenzia delle entrate, ma non ancora depositato o trasmesso alla segreteria della CGT di I grado

³ Cfr., tra le altre, Cassazione, n. 9434/2014 e n. 27277/2016.

⁴ Per l'esecuzione dei versamenti si deve attingere al fallimento, nell'osservanza della legislazione in tema di procedure concorsuali.

⁵ Norma costruita sulla falsariga dell'articolo 6, D.L. 119/2018, convertito, con modificazioni, dalla L. 136/2018 e letta dall'Agenzia delle entrate con la [circolare n. 6/E/2019](#).

⁶ Per valore della lite si intende l'importo del tributo al netto degli interessi e delle eventuali sanzioni irrogate con l'atto impugnato; in caso di controversie relative esclusivamente alle irrogazioni di sanzioni, il valore è costituito dalla somma di queste.

90%	→	In caso di ricorso pendente in I grado per il quale il contribuente si sia costituito in giudizio alla data del 1° gennaio 2023, ma non abbia ancora ottenuto, alla stessa data, una decisione giurisdizionale non cautelare
40%	→	Nell'ipotesi in cui l'Agenzia delle entrate sia risultata soccombente nella pronuncia di I grado
15%	→	Nell'ipotesi in cui l'Agenzia delle entrate sia risultata soccombente nella pronuncia di II grado
5%	→	Nel caso in cui la controversia sia pendente innanzi alla Corte di Cassazione alla data del 1° gennaio 2023 e l'Agenzia delle entrate sia risultata integralmente ⁷ soccombente in tutti i precedenti gradi di giudizio

In caso di reciproca soccombenza nella pronuncia della CGT di I grado, si applicherà il 40% sulla parte del valore della lite per la quale tale pronuncia ha statuito la soccombenza dell'Agenzia delle entrate e il 100% sulla restante parte; in caso di reciproca soccombenza nella pronuncia della CGT di II grado si applicherà il 15% sulla parte del valore della lite per la quale tale pronuncia ha statuito la soccombenza dell'Agenzia delle entrate e il 100% sulla restante parte.

Definizione controversie sanzionatorie		
Sanzioni non collegate al tributo	→	Pagamento del 15% del valore della controversia in caso di soccombenza della competente Agenzia fiscale nell'ultima o unica pronuncia giurisdizionale non cautelare, sul merito o sull'ammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio, depositata alla data del 1° gennaio 2023 e con il pagamento del 40% negli altri casi
Sanzioni collegate al tributo	→	Non è dovuto alcun importo, qualora il rapporto relativo ai tributi sia stato definito anche con modalità diverse dalla presente definizione agevolata

Atteso che la norma richiede che la lite fiscale sia pendente, anche a seguito di rinvio, alla data del 1° gennaio 2023, che il ricorso introduttivo del giudizio di I grado sia *“stato notificato alla controparte”* e che *“alla data di presentazione della domanda il processo non si sia concluso con pronuncia definitiva”*, la definizione delle liti può riguardare soltanto i rapporti pendenti alla data del 1° gennaio 2023 e, comunque, non esauriti alla data di presentazione della domanda.

Sono, quindi, esclusi, i rapporti esauriti alla data del 1° gennaio 2023, in quanto già regolati da pronunce divenute definitive per mancata impugnazione, ovvero da sentenze emesse dalla Corte di Cassazione, che non abbiano disposto il rinvio al giudice di merito (la pubblicazione della sentenza di cassazione, attraverso il deposito in cancelleria, individua la fase terminale del processo).

Non rientrano nella definizione i rapporti pur se pendenti alla data del 1° gennaio 2023, esauriti alla data di presentazione della domanda di definizione, a seguito di deposito di sentenza emessa dalla Corte di Cassazione, che non abbia disposto il rinvio al giudice di merito.

⁷ Non sono pertanto definibili con la riduzione al 5% le liti per le quali l'Amministrazione sia risultata anche parzialmente vittoriosa - indipendentemente dalla misura - in almeno uno dei precedenti gradi.

Così come sono fuori dal perimetro normativo i rapporti per i quali, alla data del 1° gennaio 2023 e a quella di presentazione della domanda si sia già perfezionata la mediazione tributaria, di cui all'[articolo 17-bis](#), D.Lgs. 546/1992, ovvero la conciliazione giudiziale, disciplinata dagli articoli [48](#), [48-bis](#) e [48-ter](#), D.Lgs. 546/1992.

Sono escluse dalla definizione agevolata le controversie concernenti anche solo in parte:

- a) le risorse proprie tradizionali previste dall'articolo 2, § 1, lettera a), delle decisioni 2007/436/CE, Euratom del Consiglio, del 7 giugno 2007, 2014/335/UE, Euratom del Consiglio, del 26 maggio 2014, e 2020/2053/UE, Euratom del Consiglio, del 14 dicembre 2020, e l'Iva riscossa all'importazione;
- b) le somme dovute a titolo di recupero di aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 16, Regolamento (UE) 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015.

La definizione agevolata si perfeziona con la presentazione della domanda e con il pagamento degli importi dovuti entro il 30 giugno 2023.

Nel caso in cui gli importi dovuti superano 1.000 euro è ammesso il pagamento rateale, con applicazione, in quanto compatibili, delle disposizioni dell'[articolo 8](#), D.Lgs. 218/1997, in un massimo di 20 rate trimestrali di pari importo, con decorrenza dal 1° aprile 2023 e da versare, rispettivamente, entro il 30 giugno 2023, il 30 settembre, il 20 dicembre e il 31 marzo di ciascun anno. Sulle rate successive alla prima sono dovuti gli interessi legali⁸, calcolati dalla data del versamento della prima rata. È esclusa la compensazione prevista dall'[articolo 17](#), D.Lgs. 241/1997.

Nel caso di versamento rateale, la definizione agevolata si perfeziona con la presentazione della domanda e con il pagamento degli importi dovuti con il versamento della prima rata entro il termine previsto del 30 giugno 2023.

Qualora non ci siano importi da versare, la definizione si perfeziona con la sola presentazione della domanda.

Entro il 30 giugno 2023 per ciascuna controversia autonoma è presentata una distinta domanda di definizione agevolata esente dall'imposta di bollo ed effettuato un separato versamento. Per controversia autonoma si intende quella relativa a ciascun atto impugnato.

Dagli importi dovuti ai fini della definizione agevolata si scomputano quelli già versati a qualsiasi titolo in pendenza di giudizio.

La definizione non dà comunque luogo alla restituzione delle somme già versate ancorché eccedenti rispetto a quanto dovuto per la definizione stessa.

⁸ A partire dal 1° gennaio 2023 il tasso di interesse legale passa dall'1,25% al 5%, per effetto del Decreto Mef del 13 dicembre 2022, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 292 del 15 dicembre 2022.

Gli effetti della definizione perfezionata prevalgono su quelli delle eventuali pronunce giurisdizionali non passate in giudicato anteriormente al 1° gennaio 2023.

Le controversie definibili non sono sospese, salvo che il contribuente faccia apposita richiesta al giudice, dichiarando di volersi avvalere della definizione agevolata.

In tal caso il processo è sospeso fino al 10 luglio 2023 ed entro la stessa data il contribuente ha l'onere di depositare, presso l'organo giurisdizionale innanzi al quale pende la controversia, copia della domanda di definizione e del versamento degli importi dovuti o della prima rata. In tal caso, il processo è dichiarato estinto con decreto del presidente della sezione o con ordinanza in camera di consiglio se è stata fissata la data della decisione. Le spese del processo restano a carico della parte che le ha anticipate.

Per le controversie definibili sono sospesi per 9 mesi i termini di impugnazione, anche incidentale, delle pronunce giurisdizionali e di riassunzione, nonché per la proposizione del controricorso in cassazione che scadono tra il 1° gennaio 2023 e il 31 luglio 2023.

Il diniego della definizione deve essere notificato entro il 31 luglio 2024 con le modalità previste per la notificazione degli atti processuali. È impugnabile entro 60 giorni dalla notificazione del medesimo dinanzi all'organo giurisdizionale presso il quale pende la controversia.

Se la definizione è richiesta in pendenza del termine per ricorrere, la pronuncia può essere impugnata dal contribuente unitamente al diniego della definizione entro 60 giorni dalla notifica di quest'ultimo, ovvero dalla controparte nel medesimo termine.

Per i processi dichiarati estinti, l'eventuale diniego della definizione è impugnabile dinanzi all'organo giurisdizionale che ha dichiarato l'estinzione.

Il diniego della definizione è motivo di revocazione del provvedimento di estinzione pronunciato e la revocazione è chiesta congiuntamente all'impugnazione del diniego.

Il termine per impugnare il diniego della definizione e per chiedere la revocazione è di 60 giorni dalla data di notificazione.

Il [comma 202](#), articolo 1, L. 197/2022 (c.d. Legge di Bilancio 2023) prevede che la definizione agevolata perfezionata dal coobbligato giova in favore degli altri, compresi quelli per i quali la controversia non sia più pendente, fatte salve le disposizioni del secondo periodo del [comma 196](#), articolo 1, L. 197/2022 (di conseguenza, la definizione non dà comunque luogo alla restituzione delle somme già versate ancorché eccedenti rispetto a quanto dovuto per la definizione stessa).

Si ricorda che, in forza di quanto prescritto dal [comma 204](#), articolo 1, L. 197/2022, restava ferma, in alternativa alla chiusura delle liti pendenti sopra illustrata, la possibilità di accedere alla definizione

agevolata dei giudizi tributari pendenti innanzi alla Corte di Cassazione di cui all'[articolo 5](#), L. 130/2022⁹.

Brevi note di riflessione in ordine alla valutazione di competenza del curatore

Come è noto, la V sezione della Corte di Cassazione, con l'[ordinanza n. 25373/2022](#), ha rimesso gli atti al primo presidente, per valutare il rinvio della causa alle Sezioni Unite civili, sulla controversa questione relativa alla legittimazione passiva del soggetto “*debitore*”, assoggettato a liquidazione giudiziale¹⁰.

Allo stato, il nodo centrale – al fine di ritenere sussistente la legittimazione straordinaria del contribuente insolvente a impugnare atti impositivi – è verificare se ciò risieda nella mera inerzia del curatore, intesa come omesso ricorso alla tutela giurisdizionale o, invece, occorra che l'inerzia sia frutto o meno di valutazione ponderata degli organi della procedura concorsuale.

Argomento di particolare interesse, in ambito fallimentare, in quanto investe la legittimazione straordinaria dell'imprenditore debitore, in presenza della procedura concorsuale, a utilizzare gli strumenti di tutela che l'ordinamento tributario mette a disposizione.

Infatti, il problema non investe solo l'impugnazione o meno degli atti ma anche l'accesso agli istituti deflativi ordinari (autotutela, ravvedimento operoso, accertamento con adesione, mediazione o conciliazione giudiziale), ovvero straordinari, come quelli previsti oggi dalla Legge di Bilancio 2023.

Se è vero che il debitore/fallito non può richiedere, in prima battuta, l'accesso a tali istituti¹¹, atteso che ciò incide sul patrimonio dello stesso, e quindi influisce sulla formazione dell'attivo e sulla soddisfazione dei creditori, è pur vero che la perdita della capacità di stare in giudizio non è assoluta,

⁹ Detta norma aveva già aperto le porte alla definizione agevolata dei giudizi tributari pendenti innanzi alla Corte di Cassazione alla data del 16 settembre 2022 – pur se con dei limiti – attraverso 2 modalità: le controversie tributarie pendenti innanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell'articolo 62, D.Lgs. 546/1992, per le quali l'Agenzia delle entrate risulti integralmente soccombente in tutti i precedenti gradi di giudizio e il valore delle quali, determinato ai sensi dell'articolo 16, comma 3, L. 289/2002, sia non superiore a 100.000 euro, sono definite, a domanda, con decreto assunto ai sensi dell'articolo 391, c.p.c., previo pagamento di un importo pari al 5% del valore della controversia; le controversie tributarie pendenti innanzi alla Corte di Cassazione, per le quali l'Agenzia delle entrate risulti soccombente in tutto o in parte in uno dei gradi di merito e il valore delle quali, determinato sempre ai sensi dell'articolo 16, comma 3, L. 289/2022, sia non superiore a 50.000 euro, sono definite previo pagamento di un importo pari al 20% del valore della controversia. Le controversie tributarie possono essere definite a domanda del soggetto che ha proposto l'atto introduttivo del giudizio o di chi vi è subentrato o ne ha la legittimazione. Entro lunedì 16 gennaio 2023 (poiché il 120° giorno successivo all'entrata in vigore della norma cade di sabato 14 gennaio), per ciascuna controversia autonoma, doveva essere presentata una distinta domanda di definizione, con il pagamento distinto degli importi dovuti.

¹⁰ Ai sensi dell'articolo 349, Codice, nelle norme vigenti, i termini “*fallimento*”, “*procedura fallimentare*”, “*fallito*” nonché le espressioni dagli stessi termini derivate devono intendersi sostituite, rispettivamente, con le espressioni “*liquidazione giudiziale*”, “*procedura di liquidazione giudiziale*” e “*debitore assoggettato a liquidazione giudiziale*”.

¹¹ A questa regola fanno eccezione solo le ipotesi in cui il debitore agisca per la tutela di diritti strettamente personali (Corte di Cassazione, n. 31843/2019).

in quanto è relativa alla massa dei creditori, alla quale soltanto è consentito ecciperla, ed è sostituiva dell'inerzia e disinteresse del curatore.

Ai fini del riconoscimento di tale legittimazione, avente carattere straordinario o suppletivo, non è tuttavia sufficiente che la curatela si sia astenuta da iniziative amministrative e/o processuali, occorrendo, invece, che essa si sia totalmente disinteressata della vicenda, con la conseguenza che la legittimazione del debitore deve essere esclusa ove l'inerzia degli organi fallimentari costituisca, invece, il risultato di una valutazione negativa in ordine alla convenienza della controversia¹².

Solo l'inerzia o il disinteresse del curatore o del liquidatore può determinare l'eccezionale legittimazione processuale suppletiva del fallito, ovvero il mancato esercizio di azioni che avrebbero potuto determinare l'annullamento della pretesa impositiva (autotutela) ovvero una sua diversa determinazione (accertamento con adesione/conciliazione giudiziale, chiusura lite pendente)?

Sul punto, se in dottrina¹³ è stato rilevato che *“al contribuente dichiarato fallito debba riconoscersi una piena capacità processuale, seppure di carattere eccezionale, e, quindi, meramente straordinaria, allorquando il disinteresse mostrato dagli organi della procedura (inerzia assoluta) non risulti legittimo e ragionevole, nonché ogniqualvolta gli organi medesimi abbiano erroneamente omesso (inerzia relativa) di considerare uno o più profili invalidanti, di carattere formale o sostanziale, che, interessando il provvedimento impositivo, appaiono sostenibili innanzi al giudice tributario”*, a nostro avviso, l'inerzia o il disinteresse non è equiparabile alla non condivisione delle scelte/strategie del curatore (presentazione o meno dell'istanza di adesione, per esempio). Pertanto, se tale inerzia, in via di principio, potrebbe sussistere nelle ipotesi di mancata adesione al condono fiscale (fatto salvo, a nostro avviso, una eventuale valutazione effettuata in tal senso¹⁴):

“non è possibile parlare di inerzia del curatore quando tale soggetto, omettendo di impugnare l'atto, presti acquiescenza a una pronuncia sfavorevole al contribuente fallito poiché in tal caso la non fruizione del gravame rappresenterebbe una modalità di gestione del processo”¹⁵.

La questione vera, infatti, come osservato in sede dottrinale¹⁶ è:

¹² Corte di Cassazione, n. 36894/2021.

¹³ Cfr. G. Di Gennaro, *“La legittimazione processuale del fallito avverso gli atti d'imposizione tributaria”*, in Il fisco, n. 36/2014, pag. 3560.

¹⁴ Cfr. Cassazione, sentenza n. 11572/2007. Cfr. G. Di Gennaro, *“La legittimazione processuale del fallito avverso gli atti d'imposizione tributaria”*, in Il fisco, n. 36/2014, pag.3560, secondo cui *“in merito al comportamento passivo del curatore, rileverà verificare se la rinuncia espressa o tacita a incardinare il giudizio tributario sia avvenuta in assenza di qualsiasi valida e fondata ragione giustificativa. Si consideri a titolo esemplificativo, l'errato calcolo dei termini perentori entro i quali impugnare il provvedimento, altra circostanza praticabile, per rimanere nel solco delle esemplificazioni, potrebbe consistere nell'erronea valutazione dei profili invalidanti che connotano l'atto impositivo”*. La stessa Cassazione – sentenza n. 24159/2013 - non ha ravvisato l'inerzia nelle ipotesi in cui il curatore abbia rinunciato ad adire il giudice tributario, previa valutazione dell'alea del giudizio.

¹⁵ N. Monfreda - F. Antonacchio, *“La soggettività passiva tributaria del contribuente dichiarato fallito alla luce delle recenti posizioni giurisprudenziali”*, in Il fisco, n. 29/2006, pag. 4488. Cfr. sul punto Cassazione, sentenza n. 7308/1996.

¹⁶ Cfr. A. Russo, *“La legittimazione processuale del fallito nelle liti tributarie”*, in Il fisco, n. 34/2013, pag. 5272.

“la distinzione tra mancato compimento, da parte del curatore, di una attività giudiziale, cioè di una effettiva “inerzia”, o (al contrario) di una condotta consapevole adottata da quest’ultimo mediante decisioni intraprese intorno la non opportunità dell’avviamento di attività processuali Palese è poi la sussistenza di una piena analogia tra il caso appena descritto e quello in cui il curatore decida di prestare acquiescenza alla decisione di I grado, scelta che non può essere equiparata a un comportamento inerte del curatore ma anch’esso a un modo di gestione del processo e all’esercizio di una opzione correlata alle rilevanze sortite da questo”.

Senza sottacere delle ipotesi in cui la valutazione di merito operata dal curatore fallimentare sia frutto di una errata valutazione.

Inoltre, si pone il problema del decorso del tempo e della conoscenza degli atti, atteso che il debitore potrebbe non essere a conoscenza della decisione assunta dal curatore, né delle ragioni a essa sottese, ovvero potrebbe esserne a conoscenza solo dopo che sono trascorsi i termini per accedervi, così che, per esempio, il debitore potrebbe essere costretto ad aderire alla definizione agevolata quando magari lo stesso curatore fallimentare ha in concomitanza intrapreso la stessa azione.

Per tali motivi, a nostro avviso, è opportuno/necessario che il curatore fallimentare ne dia comunicazione al fallito. Come rilevato da autorevole dottrina¹⁷ *“sia che si opti per una legittimazione processuale residuale sia che la si consideri parallela (o concorrente), il fallito ha diritto, infatti, a essere informato dell’esistenza di un atto che può incidere nella propria sfera patrimoniale”*, fermo restando la necessità di individuare il *dies a quo* per l’accesso alla definizione agevolata. Si ritiene, pertanto, che il curatore debba procedere con tempestività all’esame del carteggio relativo al contenzioso in essere, e darne comunicazione delle valutazioni e decisioni assunte sia al giudice delegato sia al debitore, così che quest’ultimo possa eventualmente agire.

La questione, come si è visto presenta diverse sfaccettature, che ci auguriamo le Sezioni Unite, almeno in parte, possano dissipare, autorizzando la legittimazione processuale concorrente, e superando l’attuale tesi che vede come eccezione – rappresentata dal curatore pigro inerte – la possibilità per il fallito di impugnare il diniego del condono¹⁸:

“dal momento che l’imposizione fiscale è suscettibile non solo di valutazione sotto il profilo strettamente patrimoniale, ma anche di ulteriori conseguenze negative per il fallito eventualmente tornato in bonis¹⁹”.

¹⁷ M. Conigliaro, *“Legittimazione processuale del fallito: vi sono ancora vere ragioni per considerarla residuale?”*, in Il fisco n. 20/2017, pag. 1-1951.

¹⁸ Cfr. Cassazione, sentenza n. 11068/2006.

¹⁹ Così M. Conigliaro, *“Difesa del debitore insolvente dinanzi al Fisco: chiaro interesse ad agire ma opaca legittimazione processuale”*, in Il fisco n. 47/2022, pag. 1-4553.

Crisi e risanamento n. 56/2023

I doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi nel nuovo Codice

Maurizio Stella – dottore commercialista e revisore legale

Gli articoli [2](#), comma 1, lettera a), [3](#), [12](#) e [25-octies](#), D.Lgs. 14/2019 (c.d. Codice), come modificato dal D.Lgs. 83/2022 sono stati recentemente oggetto di approfondimento da parte di Assonime che con la circolare n. 27/2022 ha illustrato le disposizioni del Codice che riguardano i doveri e le responsabilità degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi.

Premessa

Assonime con la circolare n. 27/2022 ha commentato le norme introdotte dal D.Lgs. 83/2022 osservando che le stesse:

“intervengono su 2 aree fondamentali della gestione della crisi d’impresa: la prima relativa agli strumenti per favorirne l’emersione tempestiva; la seconda sugli strumenti per garantire ristrutturazioni rapide ed efficienti. L’intervento normativo muove dal presupposto che tanto prima si intercetta una situazione di difficoltà dell’impresa tanto maggiori sono le possibilità di avviare ristrutturazioni efficienti che consentano di tutelare il valore della continuità aziendale, nell’interesse di tutti i soggetti coinvolti nella crisi e del sistema economico generale.

Le nuove regole preordinate all’emersione precoce della crisi rafforzano gli aspetti della prevenzione e incidono direttamente sui doveri degli organi sociali e sulle modalità di rilevazione, segnalazione e gestione della crisi e dell’insolvenza, mutando l’impostazione della formulazione originaria del Codice”.

L’analisi effettuata da Assonime fornisce diversi spunti di riflessione su alcune tematiche, in particolare sul concetto di crisi e sui diversi stati di difficoltà, sui doveri dell’organo amministrativo e dell’organo di controllo relativamente all’adeguatezza degli assetti organizzativi e sulla responsabilità dell’organo amministrativo e dell’organo di controllo in presenza di assetti non adeguati e/o non efficaci.

In un momento in cui tutti i professionisti del mondo aziendale e gli imprenditori sono alle prese con l’interpretazione e l’applicazione delle norme del nuovo Codice, la circolare in esame è utile al fine di

tracciare delle linee guida per implementare dei modelli organizzativi efficaci finalizzati all'adeguamento degli assetti organizzativi aziendali anche in funzione delle dimensioni delle imprese. Nel prosieguo si analizzeranno alcuni tratti della circolare cercando di cogliere gli aspetti più critici e controversi per i professionisti.

Il concetto di “crisi” e i diversi stati di difficoltà

La circolare osserva che la leva principale attraverso cui il D.Lgs. 83/2022 innova il sistema è la modifica della nozione di crisi che viene ampliata per ricomprendere la situazione di probabilità di crisi. Ciò comporta:

“una nuova sistematizzazione delle fasi di difficoltà dell'impresa: una prima fase che può essere individuata nella probabilità di crisi; una seconda fase che è la crisi; una terza fase che è sempre costituita dall'insolvenza”.

Un primo spunto di riflessione è come individuare i 3 diversi stati di difficoltà in cui può trovarsi l'impresa.

Se può apparire più semplice rilevare lo stato d'insolvenza, anche perché normalmente si manifesta in maniera abbastanza palese con l'esistenza di azioni monitorie, con la revoca di fidi bancari, con le carenze di forniture di merce, nei casi più gravi anche con la presenza di diversi protesti etc. certamente più complessa è l'individuazione dello stato di “precrisi” e di “crisi”.

A ogni stato di difficoltà evidentemente deve corrispondere un diverso grado di attenzione e di azione da parte dell'organo amministrativo sia da parte del collegio sindacale.

La circolare osserva che la nuova norma del Codice identifica la nozione di crisi con lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi 12 mesi.

“La nozione di crisi adotta sempre l'approccio di natura interna previsionale, secondo cui essa consiste nell'incapacità dei flussi di cassa di adempiere le obbligazioni, con una prospettiva temporale futura però non più di 6 mesi, ma di 12 mesi, allineandosi alle indicazioni di natura contabile in tema di continuità aziendale. Questo approccio si fonda su piani di natura previsionale che espongono le dinamiche future di gestione, attraverso la comparazione tra flussi di cassa futuri e debiti, e sulla cui base si può valutare la sostenibilità futura dell'attività. La dimensione temporale dei 12 mesi rende “irrilevanti meri scostamenti finanziari temporanei che l'impresa sia in grado di riassorbire entro l'esercizio annuale”.

Rispetto alla nozione previgente, inoltre, vengono meno i riferimenti al fatto che i flussi di cassa devono essere adeguati a soddisfare regolarmente le obbligazioni pianificate”.

Presupposto essenziale per separare lo stato di crisi da quello di insolvenza è che l'inadeguatezza dei flussi di cassa deve essere considerata uno stato di difficoltà reversibile che può essere risanato.

Quindi si può ritenere che gli strumenti di monitoraggio possano essere individuati nelle situazioni patrimoniali ed economiche consolidate, aventi cadenza trimestrale o semestrale secondo le dimensioni aziendali, per analizzare i dati a consuntivo da comparare con i *budget* previsionali sui ricavi attesi e sui conseguenti flussi di cassa. Questa analisi, di volta in volta, va proiettata in avanti per un arco temporale di almeno 12 mesi.

Da questi monitoraggi deve emergere la sostenibilità della futura attività anche in funzione della pianificazione di eventuali nuovi investimenti. Viene chiarito dalla circolare che il mero scostamento finanziario temporaneo entro l'esercizio annuale diventa irrilevante.

Appare però utile rilevare che l'eventuale stato di precrisi può emergere proprio dall'analisi degli scostamenti finanziari temporanei, che ove si manifestassero in più momenti potrebbero indurre l'imprenditore ad approfondire le cause e apportare eventuali rimedi tempestivi per evitare che gli stessi possano sfociare in uno stato di crisi ancorché reversibile.

A conferma di ciò si osservi che il nuovo strumento della composizione negoziata stabilisce anche i presupposti in presenza dei quali è possibile ricorrervi, ossia quando l'imprenditore si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza.

La circolare rileva che con tale strumento viene introdotto un nuovo concetto:

“la probabilità di crisi (c.d. precrisi) che si caratterizza per la sussistenza di uno squilibrio (patrimoniale o economico-finanziario), ma non tale da determinare la mancata copertura delle obbligazioni dei successivi 12 mesi con i corrispondenti flussi di cassa”.

Ancora la circolare pone ulteriore attenzione relativamente al rapporto tra la nozione di crisi e quella di continuità aziendale, che è nozione anch'essa richiamata in sede di finalità informative degli assetti organizzativi. Assonime osserva che:

“l'omologazione del periodo temporale prospettico da considerare – 12 mesi – induce a ritenere che la nozione di crisi e quella di continuità aziendale si siano avvicinate. Rimangono però alcune differenze in merito agli elementi che fondano la sussistenza di tali situazioni: mentre la nozione di crisi sembra delineata dal Legislatore con riferimento essenzialmente a dati di natura quantitativa, la continuità aziendale considera anche elementi qualitativi quali quelli di natura gestionale”.

La circolare richiama il principio di revisione Isa Italia n. 570, ove la valutazione della capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento comporta una valutazione, a un certo momento, sull'esito futuro di eventi o circostanze per loro natura incerti che si basa su indicatori di natura finanziaria, gestionale o di altra natura.

In sostanza si avverte che la situazione di crisi grave dell'impresa deve essere monitorata non solo sulla stima dei flussi di cassa futuri, ma anche tenendo conto di tutte le altre variabili che possono entrare in gioco nella valutazione dei fenomeni di difficoltà dell'impresa, ossia monitorando anche i fattori di rischio di natura gestionale che potrebbero non avere un riflesso diretto sui flussi di cassa futuri.

In definitiva Assonime sottolinea la necessità di porre una maggiore attenzione al profilo di prevenzione della crisi che impone un monitoraggio dell'andamento sociale (realizzato attraverso l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile) e un dovere di pianificazione degli interventi anche in una fase antecedente a quella della crisi.

I doveri dell'organo amministrativo e dell'organo di controllo relativamente all'adeguatezza degli assetti organizzativi

Assonime osserva che il perno delle regole per la rilevazione tempestiva e per la corretta gestione delle situazioni di crisi dell'impresa è costituito dagli obblighi imposti agli amministratori delle società di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato anche ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e della perdita di continuità aziendale; di assumere le idonee iniziative per superare la crisi e recuperare la continuità aziendale. Questi obblighi riguardano tutte le società di capitali, anche quotate.

Sul punto va ricordato che il comma 3, [articolo 2381](#), cod. civ. disciplina tale obbligo disponendo che il CdA sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione.

Il successivo comma 5 stabilisce che gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al CdA e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni 6 mesi, sul

generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate. La circolare sottolinea che è l'organo delegato che deve approntare la configurazione del modello e verificarne il concreto funzionamento, intervenendo quando riscontri profili di inefficienza o inadeguatezza. Spetta, invece, al CdA il potere di ripercorrere il giudizio dell'organo delegato, entrando nel merito delle scelte effettuate ed esercitando eventualmente il suo potere di impartire direttive. Qualora vi sia un CdA ma non vi siano deleghe di funzioni, oppure, in caso di amministratore unico, il compito di configurare il modello e verificarne il concreto funzionamento spetta al *plenum* o all'amministratore unico.

Va posta particolare attenzione alla disposizione indicata nell'articolo citato, ossia che gli organi delegati e/o gli amministratori unici devono riferire al CdA e al collegio sindacale sul generale andamento della gestione e sulla evoluzione e ciò deve essere effettuato almeno ogni 6 mesi, salvi diversi termini previsti nello statuto che evidentemente possono solo essere inferiori ai 6 mesi e mai superiori.

Preme osservare che del rispetto di tale termine e quindi delle valutazioni conseguenti, la circolare, nella parte dei flussi informativi verso il collegio sindacale, afferma:

“il primario organo sociale cui spetta monitorare il prevedibile andamento gestionale e il connesso equilibrio finanziario è l'organo amministrativo. Ecco che la scansione temporale delle informazioni previsionali a favore dei sindaci non potranno che essere quelle delineate anche per il CdA. Si tenga conto che il collegio sindacale partecipa alle riunioni dell'organo amministrativo, acquisendo in tali sedi le medesime informazioni del consiglio. Non vi è spazio in altre parole per un set informativo speciale per i sindaci diverso da quello previsto per il CdA”.

Nulla però indica in riferimento ai casi in cui le società siano governate da amministratori unici, ipotesi assai frequenti nella realtà imprenditoriale italiana. In tali casi il collegio sindacale deve incontrare l'amministratore unico con cadenza almeno semestrale per essere informato del prevedibile andamento gestionale del connesso equilibrio finanziario e delle verifiche sul concreto funzionamento dell'assetto organizzativo. Di tale incontro e dell'esito dello stesso va dato atto in seno a un verbale dell'amministratore unico da trascrivere sul relativo libro. In assenza di ciò sarà molto complesso provare che l'organo amministrativo abbia rispettato le previsioni dell'[articolo 2381](#), cod. civ., e soprattutto che il collegio sindacale abbia vigilato in modo corretto.

Analoga riflessione va estesa alle Srl, posto che il comma 1, [articolo 2475](#), cod. civ., stabilisce che l'istituzione degli assetti di cui all'[articolo 2086](#), comma 2, cod. civ., spetta esclusivamente agli amministratori, e che l'ultimo comma fa espresso rinvio, in quanto compatibile, all'[articolo 2381](#), cod. civ.. In tale ipotesi gli oneri di vigilanza si spostano sulla figura del sindaco unico previsto per le Srl. Relativamente all'adeguatezza degli assetti organizzativi la circolare, richiamando il testo del comma 3, [articolo 3](#), Codice, ricorda che essi devono consentire di:

- a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta;
- b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i 12 mesi successivi;
- c) rilevare una serie di situazioni debitorie significative;
- d) ottenere le informazioni per il *test* di verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento in sede di composizione negoziata ex [articolo 13](#), comma 2, Codice.

La circolare da un indirizzo generale sulla configurazione di un assetto organizzativo che deve basarsi sulla procedimentalizzazione delle varie fasi dell'attività d'impresa. Nello specifico, l'assetto organizzativo si realizza attraverso la creazione di un organigramma, la formalizzazione delle procedure, la predisposizione di un sistema di rilevazione contabile che sia efficace a rilevare tempestivamente tutti i fatti di gestione, e l'istituzione di un sistema di controllo interno e gestione dei rischi volto a identificare, misurare, gestire e monitorare i principali rischi.

Una indicazione assai condivisibile che emerge dalla circolare riguarda l'attenzione che deve essere posta alla pianificazione finanziaria da realizzare attraverso i bilanci di previsione e i connessi sistemi di raccolta dati che consentano di verificarne con tempestività gli scostamenti. Solo una valutazione portata avanti con tale impostazione può consentire di avere una visione prospettica al fine di prevenire le situazioni di crisi dell'impresa. Vale la pena ricordare, a integrazione di quanto rappresentato in seno alla circolare in esame, che anche le nuove linee guida EBA stabiliscono che i modelli organizzativi societari devono integrare il sistema di *risk governance* con una attività di controllo con un approccio "*forward looking*".

Tale approccio richiede necessariamente l'assunzione di valutazioni di natura previsionale, circa gli eventi che potranno verificarsi in futuro e le azioni che l'impresa potrà intraprendere.

Il Cndcec, nell'aprile 2021, ha pubblicato le linee guida sul rilascio dei visti sull'informativa finanziaria dal quale si rileva che l'approccio *forward looking* si basa sull'attento esame della documentazione prospettica economico-finanziaria significativa d'azienda, e in particolare:

- a) sul piano aziendale strategico e i piani operativi, comprensivi delle simulazioni economico-finanziarie relative allo scenario base atteso;
- b) sul *budget* d'esercizio, comprensivo del *budget* di tesoreria a 12/18 mesi;
- c) sulle valutazioni d'impatto di possibili scostamenti dagli obiettivi (impatto dei rischi e prove di *stress*) sui principali indicatori chiave (*Key Performance Indicators – KPI*) definiti dalla direzione societaria su base stocastica e multi-scenario e relativa all'adeguatezza patrimoniale e alla situazione di liquidità, ivi compresa la posizione dei debiti finanziari verso banche, società finanziarie e altri soggetti finanziatori non bancari;
- d) sulla valutazione finale della prospettiva di continuità aziendale, sia funzionale sia operativa, ai sensi e per gli effetti del Principio contabile Oic 11 e del principio di revisione, quando ritenuto maggiormente prudenziale, Isa Italia 570.

Il documento osserva che l'adeguatezza finanziaria prospettica si commisura al livello di liquidità associato alla capacità d'indebitamento finanziario d'impresa sostenibile, in un ragionevole arco temporale (ad esempio, 5 anni).

Pertanto, per quanto il Codice imponga una proiezione in avanti di almeno 12 mesi, un assetto organizzativo adeguato deve proiettarsi ancora più in avanti non limitando la pianificazione finanziaria rispetto alle situazioni debitorie in essere relativamente alle passività a breve e quelle consolidate, ma pianificando anche gli investimenti da fare sia nell'ottica della sostituzione o rinnovamento dei beni strumentali strategici, ma anche nell'ottica dell'evoluzione e dello sviluppo del mercato in cui opera.

La circolare ancora evidenzia che rispetto ai profili generali sin qui esposti, l'adeguatezza degli assetti è da valutare sotto 2 ulteriori profili:

“come capacità di intercettare preventivamente le situazioni di difficoltà rilevanti e come proporzionalità rispetto alle caratteristiche dell'impresa.

In sintesi, sotto il primo profilo (capacità di intercettare le situazioni di difficoltà), come rappresentato, gli obiettivi informativi che gli assetti organizzativi devono soddisfare attribuiscono rilievo a una gamma ampia di situazioni di difficoltà dell'impresa che comprendono non solo le situazioni di crisi ma anche quelle di probabilità di crisi (gli squilibri patrimoniali, economici o finanziari), le prospettive di continuità aziendale così come più in generale i dati consuntivi e previsionali da utilizzare nel *test* per la composizione negoziata.

Quindi, il complesso di mezzi e strumenti di cui si compongono gli assetti organizzativi devono consentire un monitoraggio dell'andamento aziendale, che renda edotti gli amministratori di tutte quelle situazioni che potrebbero giustificare un loro intervento per la prevenzione o il superamento della crisi, nonché permettere di disporre dei dati idonei per formulare un piano di risanamento.

Sotto il secondo profilo (proporzionalità rispetto alle caratteristiche dell'impresa), l'adeguatezza deve anche rispondere a un giudizio concreto degli amministratori sul livello di organizzazione da raggiungere alla luce della dimensione dell'impresa, della sua complessità e della natura delle attività esercitate. Le scelte gestorie, anche in campo organizzativo, sono assunte sulla base di un equilibrio tra costi e benefici. Su tale profilo, in futuro si affronteranno le maggiori questioni sulle responsabilità degli organi gestori. La circolare rettamente osserva che il dovere di istituire un assetto organizzativo adeguato costituisce sempre un obbligo specifico a contenuto aperto.

Ciò comporta che gli amministratori nella realizzazione dell'assetto organizzativo hanno ampia discrezionalità che si basa sui risultati della scienza aziendalistica.

Nei casi più critici, solo a posteriori si potrà avere una diagnosi certa se l'assetto organizzativo istituito dall'organo amministrativo era adeguato alle dimensioni e alle caratteristiche aziendali e in grado di intercettare per tempo i segnali di crisi. È assai prevedibile che su questo tema in futuro vi saranno molte pronunce della giurisprudenza di merito che affiancheranno la dottrina aziendalistica nell'individuazione delle misure "minime" affinché un assetto organizzativo possa ritenersi adeguato.

Allo stato attuale, la circolare osserva che dai primi commenti delle nuove norme emerge che le procedure adeguate dovrebbero riguardare almeno:

"l'individuazione di funzioni, compiti e linee di responsabilità, l'esercizio effettivo dell'attività decisionale da parte dei soggetti preposti, la completezza, tempestività, attendibilità ed efficacia dei flussi informativi generati, l'esistenza l'aggiornamento e la diffusione effettiva delle direttive e delle procedure aziendali, la gestione dei rischi e del sistema di controllo, la verifica dell'adeguata competenza del personale preposto alle diverse funzioni, ivi inclusi i consiglieri di amministrazione, la redazione di report trimestrali da parte degli amministratori, previsioni di tesoreria a dodici mesi".

In ultima analisi va ricordato che di fronte alle diverse situazioni di difficoltà economica che può attraversare l'impresa, gli amministratori ai sensi dell'[articolo 2086](#), cod. civ. hanno l'obbligo di attivarsi per adottare e attuare uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi.

Tra i diversi strumenti, nel Codice è stato introdotto l'istituto della composizione negoziata della crisi.

Il presupposto oggettivo in base al quale si può accedere a questo istituto è costituito dal trovarsi:

“in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza” quando ancora “risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento”.

Si ricorda che la sussistenza di tali presupposti comporta in capo all’organo di controllo un obbligo di segnalazione verso l’organo amministrativo in conseguenza del quale l’organo amministrativo stesso deve riferire sulle iniziative intraprese.

L’applicazione di questo istituto alle situazioni di precrisi che l’impresa può attraversare sarà certamente il primo termometro per testare l’adeguatezza degli assetti organizzativi adottati e l’efficacia di tutti i flussi informativi necessari per la formazione del piano di risanamento e per sostenere il *test* di verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento stesso.

La responsabilità dell’organo amministrativo e dell’organo di controllo in presenza di assetti non adeguati e/o non efficaci

Relativamente alle responsabilità dell’organo amministrativo sul tema degli assetti organizzativi, la circolare analizza alcune sentenze della giurisprudenza di merito (Tribunale di Milano 21 ottobre 2019, Tribunale di Cagliari 19 gennaio 2022 e Tribunale di Roma 15 settembre 2020) sottolineando che la stessa si è espressa nel senso che:

- a) la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporta di per sé una responsabilità dell’organo gestorio;
- b) l’assetto organizzativo predisposto può essere assoggettato a sindacato giudiziale, nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e della ragionevolezza;
- c) la verifica dell’assetto andrà effettuata sulla base di una valutazione *ex ante*, tenendo conto delle informazioni conosciute o conoscibili, a prescindere dai risultati concreti raggiunti;
- d) non è responsabile l’amministratore che pone in essere interventi, che successivamente si rivelino inutili a evitare la degenerazione della crisi, qualora, sulla base di una valutazione *ex ante*, non risultino manifestamente irrazionali e ingiustificati.

Le pronunce citate appaiono in linea con le riflessioni riportate nel paragrafo precedente.

Relativamente ai doveri e alle responsabilità dell’organo di controllo con riferimento alle varie situazioni di difficoltà dell’impresa, la circolare ricorda che spetta ai sindaci, in primo luogo, la vigilanza sull’adeguatezza e sul concreto funzionamento degli assetti organizzativi finalizzati alla rilevazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale.

Viene rappresentato che si va affermando un orientamento giurisprudenziale, secondo il quale la violazione dell'obbligo di istituire assetti organizzativi adeguati è qualificabile in termini di *“grave irregolarità nella gestione”* ai sensi dell'[articolo 2409](#), cod. civ..

Pertanto, il collegio sindacale deve valutare, nelle situazioni più delicate, l'ipotesi di presentare al Tribunale una denuncia per irregolarità nella gestione.

Il collegio sindacale ha l'obbligo di vigilare affinché l'assetto sia stato fondato sulla base di una corretta individuazione dei rischi da presidiare e delle misure da adottare in considerazione della natura e dimensioni dell'impresa, tenendo conto dei costi e benefici che comportano, al fine di evitare che la gestione dell'impresa prosegua senza un'adeguata percezione dei sintomi di squilibrio.

La circolare coglie uno degli aspetti più significativi dell'attività di vigilanza rappresentando che l'evoluzione normativa ha spostato il fulcro dell'attività del collegio sindacale da una mera verifica *ex post* di singoli atti a un'attività di natura preventiva e collaborativa.

In tema di responsabilità dell'organo di vigilanza appare ormai pacifico che spetta al collegio sindacale segnalare all'organo amministrativo la mancata istituzione di assetti organizzativi così come la non adeguatezza rispetto ai fini indicati dalla legge.

Ancora con riguardo al profilo di responsabilità dell'organo di controllo, la circolare ricorda che l'[articolo 25-octies](#), Codice prevede che la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo è *“valutata ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407, cod. civ.”*.

Si tratta della responsabilità solidale e concorrente dei sindaci per fatto proprio, ovvero sia per non aver impedito, attraverso la necessaria attività di vigilanza, i danni causati alla società dalle condotte degli amministratori.

Sulla questione la circolare rinvia alla relazione tematica della Cassazione che sottolinea come una segnalazione sicuramente intempestiva (che intervenga ad esempio, in una situazione ormai di perdita del capitale e della continuità aziendale) non potrà assumere alcun *“effetto deresponsabilizzante”* e come, negli altri casi, nell'ambito del complessivo giudizio di responsabilità, la tempestività della segnalazione potrebbe essere considerata al fine di indagare se, alla luce delle circostanze del caso concreto, essa sia stata idonea a spezzare il nesso di causalità tra il pregiudizio verificatosi in capo alla società e ai creditori e la condotta dei sindaci.

Crisi e risanamento n. 56/2023

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza a puntate

Massimo Conigliaro - dottore commercialista, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento

Nicla Corvacchiola - dottore commercialista, docente a contratto LIUC Castellanza

Si conclude l'analisi del nuovo Codice (D.Lgs. 14/2019) modificato dal D.Lgs. 83/2022 ed entrato in vigore definitivamente il 15 luglio 2022 dopo un lungo e complesso iter legislativo.

Il Capo V rubricato "Disposizioni di coordinamento in tema di liquidazione coatta amministrativa e in altre materie" contiene una serie di regole finalizzate a creare un raccordo tra il nuovo Codice e la disciplina dettata nella vecchia Legge Fallimentare relativa alla liquidazione coatta amministrativa delle imprese e la liquidazione degli enti non esercenti una attività commerciale.

Il successivo Capo VI disciplina le disposizioni di coordinamento della disciplina penale e il Capo VII nella parte II con le modifiche al codice civile e nella parte III con le modifiche in materia di garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire.

Norme di coordinamento con le disposizioni del D.Lgs. 385/1993 e del D.Lgs. 180/2015

L'[articolo 369](#), Codice, così come sostituito dal D.Lgs. 147/2020, modifica alcune disposizioni del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia. Sono interessate all'intervento anche le disposizioni in materia di competenza nel procedimento di liquidazione coatta amministrativa, giacché il criterio determinante diviene per tutte le procedure concorsuali quello del centro principale degli interessi, e tutte le disposizioni che rinviano a norme della L.F..

Norme di coordinamento con le disposizioni del D.Lgs. 209/2005

L'[articolo 370](#), Codice, disciplina le modificazioni apportate al codice delle assicurazioni private. Sono interessate all'intervento le disposizioni in materia di competenza nel procedimento di liquidazione coatta amministrativa, giacché il criterio determinante diviene per tutte le procedure concorsuali quello del centro principale degli interessi, e tutte le disposizioni che rinviano alla L.F..

Norme di coordinamento con l'articolo 16 delle disposizioni di attuazione del cod. civ.

L'[articolo 371](#), Codice, dispone la sostituzione degli articoli [201](#), [207](#), [208](#), [209](#), [210](#), [212](#) e [213](#), L.F., richiamati dall'[articolo 15](#) delle disposizioni di attuazione del codice civile, che disciplina la liquidazione di associazioni e fondazioni, con gli articoli [305](#), [309](#), [310](#), [311](#), [312](#), [313](#) e [314](#), Codice.

Nella sostanza non si rilevano particolari modifiche.

Il momento di decorrenza per l'applicazione delle nuove norme coincide con il deposito della domanda di liquidazione giudiziale, dalla richiesta del P.M. o del provvedimento presidenziale.

Modifiche al codice dei contratti pubblici di cui al D.Lgs. 50/2016

L'[articolo 372](#), Codice è stato introdotto recependo un condivisibile suggerimento del Consiglio di Stato, che ha evidenziato come, avendo il Legislatore richiesto al Governo di operare il coordinamento con le disposizioni vigenti *“anche modificando la formulazione e la collocazione delle norme non direttamente investite dai principi e criteri direttivi di delega, in modo da renderle a essi conformi, e adottando le opportune disposizioni transitorie”*, sia necessaria una riformulazione dell'[articolo 110](#) del vigente Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016, come modificato dal D.Lgs. 56/2017) per renderlo coerente con la nuova disciplina dei contratti pendenti con le P.A..

Tale modifica impone di intervenire, come ulteriormente segnalato dal Consiglio di Stato, anche sull'[articolo 80](#), del medesimo Codice dei contratti pubblici, al fine di chiarire l'esatta accezione dell'espressione utilizzata al comma 5, lettera b), laddove si fa riferimento ai casi in cui nei riguardi di un operatore economico *“sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”*.

Ragioni di coordinamento con le modifiche apportate agli articoli 80 e 110, D.Lgs. 50/2016 impongono, infine, anche la riformulazione dei commi 17 e 18, [articolo 48](#), D.Lgs. 50/2016.

La disposizione in esame, anche in considerazione del contrasto giurisprudenziale esistente al riguardo, modifica l'articolo 80, D.Lgs. 50/2016, chiarendo, attraverso il rinvio all'[articolo 95](#), Codice e all'articolo 110 del Codice dei contratti pubblici, che il deposito di una domanda di accesso al concordato preventivo, seppure con riserva di deposito della domanda concordataria e del piano, non osta alla partecipazione a procedure di affidamento. Lo scopo è quello di evitare che paradossalmente, tale domanda, da strumento di tutela per l'imprenditore, divenga un ostacolo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Quanto alle modifiche apportate all'articolo 110, D.Lgs. 50/2006, si ribadisce che il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio dell'impresa, può eseguire i contratti già stipulati dall'impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale su autorizzazione del giudice delegato,

con esclusione, invece, della possibilità di partecipare a nuove procedure di gara, coerentemente con quanto stabilito all'[articolo 211](#), Codice.

Per le imprese che hanno depositato la domanda di accesso al concordato preventivo la disposizione rinvia invece all'[articolo 95](#), Codice, che reca “*disposizioni speciali per i contratti con le P.A.*” e, poiché sono ben chiare le esigenze di evitare ritardi e incertezze legati ai dubbi su come evolverà la domanda “*con riserva*”, prevede che la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici tra il momento del deposito del decreto di apertura sia sempre necessario l'avvalimento dei requisiti di un altro soggetto.

La riformulazione del comma 6, laddove prevede che l'ANAC può subordinare ad avvalimento la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti solo quando l'impresa in concordato preventivo non è in possesso dei requisiti aggiuntivi individuati con apposite linee guida, tiene conto del fatto che è normale che un'impresa in crisi o insolvente abbia debiti erariali e contributivi e del fatto che, con il deposito della domanda di concordato non le è comunque più consentito il pagamento dei debiti anteriori che, peraltro, potrebbero essere soddisfatti in corso di procedura, anche in modo non integrale. I requisiti di regolarità contributiva devono essere perciò riferiti solo ai debiti sorti in costanza di procedura; sotto tale profilo, tuttavia, l'impresa ammessa al concordato preventivo non è diversa da un'altra qualsiasi impresa *in bonis*.

Il comma 2 dell'articolo in esame, al fine di prevenire incertezze interpretative e applicative, precisa che le nuove disposizioni si applicano unicamente alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del Codice, non è ancora stato pubblicato il bando di gara o non sono stati ancora trasmessi gli inviti a presentare le offerte.

Coordinamento con le norme di attuazione del codice di procedura penale

L'[articolo 373](#), Codice, interviene sull'[articolo 104-bis](#) delle norme di attuazione del c.p.p., contrassegnate con le lettere a) e b).

L'intervento normativo si è reso necessario al fine di precisare il contenuto della disposizione già vigente e a completarla e, infine, a rendere meno criptico il testo del comma 1-*quater*, articolo 104-*bis* delle norme di attuazione del c.p.p.. Le disposizioni di cui al Titolo IV, Libro I, D.Lgs. 159/2011 (articoli da [52](#) a [56](#)) nonché quelle da esso previste in materia di esecuzione del sequestro, di amministrazione e di destinazione dei beni sequestrati e confiscati si applicano dunque: ai casi di sequestro e confisca in casi particolari previsti dall'[articolo 240-bis](#), c.p. e dalle altre disposizioni di legge che a esso rinviano; nonché agli altri casi di sequestro e di confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui

all'[articolo 51](#), comma 3-*bis*, c.p.p.. Resta confermato il dovere di collaborazione dell'Agenzia con l'Autorità giudiziaria nell'esecuzione del sequestro, nella custodia e nell'amministrazione dei beni sequestrati sino alla loro confisca.

L'[articolo 373](#), Codice, si applica a decorrere dall'entrata in vigore del Codice.

Abrogazioni

Il Legislatore ha ritenuto necessario provvedere all'abrogazione espressa del comma 43, [articolo 23](#), D.L. 98/2011, ai sensi del quale gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli [182-bis](#) e [182-ter](#), L.F., in quanto norma assorbita negli articoli [57](#) e [63](#), Codice.

Assetti organizzativi dell'impresa

L'[articolo 375](#), Codice ha mutato la rubrica dell'[articolo 2086](#), cod. civ. che in precedenza faceva riferimento alla sola posizione dell'imprenditore come capo gerarchico dell'impresa. La norma è attualmente intitolata alla gestione dell'impresa, con riguardo ai doveri da osservarsi dall'imprenditore, pur nella sua confermata posizione di supremazia e direzione (come risulta dall'immutato comma 1, articolo 2086, cod. civ.), nell'interesse dell'ordine dei rapporti e dell'economia in generale.

Il nuovo comma 2, articolo 2086, cod. civ., obbliga l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, a istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi di impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

La disposizione così aggiunta all'articolo 2086, cod. civ. non è che la trasposizione del dettato di cui all'[articolo 3](#), Codice.

L'articolo in commento, entrato in vigore a decorrere dal 30° giorno successivo alla pubblicazione del Codice nella Gazzetta ufficiale avvenuta il 14 febbraio 2019 ([articolo 389](#), comma 2, Codice), riveste un ruolo centrale anche nell'attività dell'organo di controllo delle imprese, tenuto a verificare in continuo la sussistenza del presupposto.

Crisi dell'impresa e rapporti di lavoro

La norma prevede la modifica del comma 2, [articolo 2119](#), cod. civ., stabilendo che non costituisce giusta causa di risoluzione del contratto di lavoro la liquidazione coatta amministrativa dell'impresa e

rinvia interamente alle regole dettate dal Codice per la disciplina degli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro.

Il rinvio alle disposizioni del Codice è indirizzato agli articoli [172](#), quale norma generale disciplinatrice delle conseguenze della liquidazione sui rapporti giuridici pendenti; e [189](#), espressamente e diffusamente dedicato a regolare gli effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti di lavoro subordinato.

Assetti organizzativi societari

Il Codice apporta numerose modifiche alla disciplina vigente del codice civile in materia societaria. L'[articolo 377](#), Codice, raccoglie i mutamenti riferiti agli assetti organizzativi societari per coordinarli con il nuovo testo di cui al comma 2, [articolo 2086](#), cod. civ. il quale obbliga l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva, a istituire un adeguato assetto dell'impresa idoneo al suo scopo produttivo o di servizio e di saper far fronte alle situazioni di crisi e di perdita di continuità aziendale. Una volta posto anche a carico dell'imprenditore che opera in forma collettiva gli oneri di organizzazione e di predisposizione di mezzi previsti da questa norma, occorre poi adattarne il contenuto di principio alle specifiche tipologie che tale forma collettiva di volta in volta può assumere.

La disposizione di cui all'articolo 2086, comma 2, cod. civ., viene così inserita negli articoli [2257](#), [2380-bis](#), [2409-novies](#) e [2475](#) (con l'aggiunta del comma 6), cod. civ..

L'articolo in commento è entrato in vigore a decorrere dal 30° giorno successivo alla pubblicazione del Codice nella Gazzetta ufficiale avvenuta il 14 febbraio 2019 ([articolo 389](#), comma 2, Codice).

Responsabilità degli amministratori

L'[articolo 378](#), Codice, è intervenuto a modificare la disciplina della responsabilità degli amministratori di società commerciali con riferimento a 2 situazioni: quella degli amministratori di Srl e quella degli amministratori nel più generale caso di scioglimento di società di capitali. Le modifiche conseguenti costituiscono in pratica una delle poche innovazioni sostanziali apportate del Codice nella materia del diritto societario.

La norma dispone l'inserimento:

- del comma 6, [articolo 2479](#), cod. civ., responsabilizzando maggiormente gli amministratori rispetto agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale, in quanto si prevede espressamente che essi rispondono verso i creditori quando il patrimonio risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti;

- del comma 3, [articolo 2486](#), cod. civ. introducendo un criterio di liquidazione dei danni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, al solo fine di preservare integrità e valore del patrimonio. La norma si fa carico di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono tenute in modo irregolare.

La norma riguarda tutte le azioni di responsabilità, anche quando siano state promosse senza che si sia aperta una procedura concorsuale; per le stesse ragioni il criterio di liquidazione del danno deve trovare applicazione in caso di apertura di qualsiasi procedura regolata dal Codice. La L. 155/2017 sul punto ([articolo 14](#), comma 1, lettera e)) non limita l'operatività della delega alle sole procedure concorsuali, ma impone semplicemente di disciplinare i criteri di quantificazione del danno risarcibile nei casi disciplinati dall'articolo 2486, cod. civ..

Nomina degli organi di controllo

L'[articolo 379](#), Codice dopo alcune modifiche attuate con alcuni interventi correttivi nel corso degli ultimi 2 anni, ha formulato l'attuale versione dell'[articolo 2477](#), cod. civ. riguardante la nomina dell'organo di controllo. L'attuale versione, in particolare, prevede dei limiti dimensionali ridotti rispetto al passato.

La nomina risulta quindi obbligatoria quando la società è:

*“a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;
b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;
c) ha superato per 2 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”.*

La modifica è stata ritenuta opportuna al fine di favorire l'emersione e la gestione tempestiva della crisi ampliando le ipotesi in cui è obbligatoria la nomina degli organi di controllo interno e dei revisori. L'articolo in commento è entrato in vigore a decorrere dal 30° giorno successivo alla pubblicazione del Codice nella Gazzetta ufficiale avvenuta il 14 febbraio 2019 ([articolo 389](#), comma 2, Codice).

Cause di scioglimento delle società di capitali

L'[articolo 380](#), Codice ha inserito il n. 7-bis nell'[articolo 2484](#), comma 1, cod. civ. prevedendo come ulteriore causa di scioglimento della società l'apertura della liquidazione giudiziale e della liquidazione

controllata. L'effetto dello scioglimento si verifica sin dal momento dell'apertura delle procedure di liquidazione con la conseguenza che gli amministratori cessano dalla loro carica e devono consegnare il rendiconto della gestione relativo al periodo successivo all'ultimo bilancio anche al curatore o al liquidatore della liquidazione controllata.

Disposizioni in materia di società cooperativa ed enti mutualistici

L'[articolo 2545-terdecies](#), cod. civ. ha subito nel comma 1, per effetto dell'[articolo 381](#), Codice, una modifica di mera terminologia, per la sostituzione della parola “*fallimento*” con quelle di “*liquidazione giudiziale*”.

Cause di scioglimento delle società di persone

Le modifiche apportate dal Codice alla disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali in genere ha reso necessarie alcune disposizioni di raccordo anche per quanto riguarda specificatamente il trattamento delle società personali esposte a eventi di dissesto economico patrimoniale. L'[articolo 382](#), Codice ha provveduto pertanto a modificare:

- l'[articolo 2272](#), cod. civ. aggiungendo il n. 5-*bis* con l'indicazione dell'apertura della procedura di liquidazione controllata;
- l'[articolo 2288](#), cod. civ. in tema di esclusione di diritto del socio ora cagionati dall'apertura o dall'estensione a carico del socio della procedura di liquidazione giudiziale o di liquidazione controllata;
- l'[articolo 2308](#), cod. civ. in tema di scioglimento hanno contenuto sostanzialmente identico a quelle che hanno interessato l'[articolo 2288](#), cod. civ..

Finanziamenti dei soci

L'[articolo 2467](#), cod. civ. ha subito un significativo intervento legislativo per effetto dell'[articolo 383](#), Codice.

I rimborsi dei finanziamenti soci a favore della società sono sempre postergati rispetto al soddisfacimento degli altri creditori, indipendentemente dal tempo in cui furono effettuati.

Si è inteso impedire il compimento di stratagemmi e manovre maliziose in danno di creditori in buona fede. E i soci che finanziano la loro società assumono in proprio il rischio di questa loro iniziativa.

Abrogazioni di disposizioni del codice civile

La norma abrogata dall'[articolo 384](#), Codice, l'[articolo 2221](#), cod. civ., conteneva l'indicazione degli imprenditori fallibili, ovvero di quegli imprenditori esercitanti un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, nel caso di loro insolvenza, fatte salve le disposizioni delle leggi speciali.

Modifiche all'articolo 3, D.Lgs. 122/2005

La parte III del Codice reca disposizioni che danno attuazione ai principi di delega contenuti nell'[articolo 12](#), L. 155/2017, in materia di garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire.

Il Codice (articoli [385](#), [386](#), [387](#) e [388](#)) è intervenuto a rafforzare con alcune modifiche al testo del D.Lgs. 122/2005 gli strumenti di difesa del soggetto contraente con l'impresa costruttrice.

L'articolo 385, Codice ha apportato modifiche all'[articolo 3](#), D.Lgs. 122/2005 che disciplina il rilascio, il contenuto e le modalità di escussione della fideiussione che all'atto della stipula del contratto preliminare il costruttore è obbligato a procurare e a rilasciare all'acquirente, a pena di nullità deducibile dal solo acquirente.

In particolare:

- viene eliminato il riferimento all'[articolo 107](#), Tub;
- al fine di apprestare tutela sostanziale all'acquirente per il caso di inadempimento del costruttore all'obbligo legale di rilascio della polizza assicurativa indennitaria decennale, si prevede che la fideiussione garantisca la restituzione delle somme versate (comma 3, lettera b)) anche in caso di recesso dal contratto preliminare dell'acquirente che abbia ottenuto da parte del notaio l'attestazione di non aver ricevuto per la data dell'atto di trasferimento della proprietà la polizza assicurativa; poiché la legge delega prevede che la mancanza di assicurazione determini nullità del contratto, qualora il mancato rilascio della polizza sia accertato dal notaio deve essere consentito all'acquirente di recedere dal contratto ricevendo tutela delle proprie ragioni restitutorie relative ai corrispettivi versati: conseguentemente, il comma 7 prevede che la fideiussione perda efficacia solo nel momento in cui il fideiussore riceva dal costruttore o comunque da uno dei contraenti copia dell'atto di trasferimento che contenga menzione degli estremi della polizza decennale e della sua conformità;
- infine, il comma 7-bis demanda al Mef la determinazione del contenuto e delle caratteristiche della polizza di assicurazione per danni e il relativo modello *standard*.

Modifiche all'articolo 4, D.Lgs. 122/2005

L'[articolo 4](#), D.Lgs. 122/2005 impone al costruttore 2 precisi obblighi: contrarre sull'immobile, a favore dell'acquirente, una assicurazione indennitaria decennale con effetto dalla data di ultimazione dei lavori a copertura dei danni materiali e diretti, compresi i danni ai terzi, cui sia tenuto ai sensi dell'[articolo 1669](#), cod. civ., derivanti da rovina totale o parziale oppure da gravi difetti costruttivi delle opere per vizio al suolo o per difetto della costruzione, e comunque manifestatesi successivamente alla stipula del contratto definitivo di compravendita o di assegnazione; e di conseguenza all'acquirente all'atto del trasferimento della proprietà la relativa polizza. L'[articolo 386](#), Codice, ha apportato le seguenti modifiche:

- viene previsto che all'inadempimento dell'obbligo assicurativo consegue la nullità (relativa) del contratto, che può essere fatta valere solo dall'acquirente;
- si demanda a un D.M. la determinazione del contenuto e delle caratteristiche della polizza decennale, nonché del relativo modello *standard*;
- si collega al recesso dell'acquirente in caso di mancato rilascio della polizza assicurativa il diritto di escutere la fideiussione;
- si prevede l'obbligo di menzionare nel contratto di trasferimento gli estremi della polizza decennale conforme al D.M..

Modifiche all'articolo 5, D.Lgs. 122/2005

L'[articolo 387](#), Codice integra l'[articolo 5](#), D.Lgs. 122/2005 in tema di disciplina del contratto preliminare per l'acquisto di immobili in costruzione.

In particolare, è aggiunto il seguente comma 1-ter.:

“Le modifiche apportate dal decreto legislativo di attuazione dell'articolo 12, L. 155/2017 si applicano ai contratti aventi a oggetto immobili da costruire per i quali il titolo abilitativo edilizio sia stato richiesto o presentato successivamente alla data di entrata in vigore del Decreto stesso”.

Nel complesso, si tratta certamente di una norma che rafforza la posizione della persona fisica acquirente di immobili da costruire, anche se sarebbe stata opportuna una specificazione quanto alla ristrutturazione edilizia c.d. maggiore e la previsione di un modello *standard* di polizza assicurativa decennale postuma.

Modifiche all'articolo 6, D.Lgs. 122/2005

L'[articolo 388](#), Codice ha apportato significative modifiche alla disciplina del contratto preliminare dettata dall'[articolo 6](#), D.Lgs. 122/2005.

Al testo originario dell'[articolo 6](#), D.Lgs. 122/2005 l'[articolo 388](#), Codice, ha aggiunto 2 disposizioni:

- i contratti preliminari di cui all'articolo 6 devono essere stipulati per atto pubblico o per scrittura privata autenticata;
- gli stessi contratti devono contenere, oltre alle altre, anche le indicazioni degli estremi della fideiussione e l'attestazione della sua conformità al modello ministeriale.

Le innovazioni hanno notevole rilievo giuridico e pratico. Esse riservano al notaio, professionista al quale è conferito un ruolo di vigilanza sull'osservanza delle pattuizioni private ai dettami del diritto positivo, la redazione dei contratti preliminari e gli affidano il controllo preventivo sulla validità del preliminare e del contratto definitivo per quanto riguarda l'osservanza delle forme di tutela apprestate dalla legge a favore del promissario acquirente e, poi, dell'acquirente.

Entrata in vigore

L'[articolo 389](#), Codice ha disposto momenti differenziati, nel tempo, per l'entrata in vigore del Codice. La norma distingue, ai fini dell'entrata in vigore del Codice, tra le disposizioni dirette a disciplinare gli istituti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, che dovevano entrare in vigore dopo 18 mesi dalla pubblicazione del Decreto in Gazzetta Ufficiale (si ricorda che il Codice è entrato definitivamente in vigore il 15 luglio 2022), allo scopo di consentire ai soggetti destinatari della disciplina di adottare le necessarie misure organizzative, oltre che un periodo adeguato di studio del testo e alcune disposizioni che sono entrate in vigore quasi immediatamente come la disposizione sulla competenza per le procedure di amministrazione straordinaria e i gruppi di imprese di rilevanti dimensioni (articoli [27](#), comma 1 e [350](#), Codice), nonché le modifiche al codice civile (articoli [375](#) – [384](#), cod. civ.) e quelle introdotte, nella parte III, a proposito della disciplina del contratto preliminare dettata dagli articoli [3](#) e [4](#), D.Lgs. 122/2005.

Disciplina transitoria e disposizioni finanziarie e finali

La disciplina transitoria è disposta secondo un criterio che risulta razionale:

1. le procedure radicate con il deposito del ricorso prima dell'entrata in vigore del Codice sono definite secondo le norme della L.F. e di quelle di cui alla L. 3/2012, vigenti all'epoca del detto deposito; esse proseguono conformemente alle vecchie discipline;
2. le procedure pendenti sono definite secondo le norme vigenti al momento della loro instaurazione, vale a dire, la Legge Fallimentare e la Legge sul sovraindebitamento; anche queste proseguono conformemente alle vecchie discipline;

3. le procedure radicate con il ricorso dopo l'entrata in vigore del Codice sono definite secondo le norme da esso dettate;

4. i fatti puniti dalle disposizioni penali dettate dalla Legge Fallimentare e dalla Legge sul sovraindebitamento restano disciplinate da queste leggi quando esse si applicano per la ricorrenza delle situazioni di cui ai 2 punti precedenti. Questa disposizione va letta in collegamento con quelle dettate dall'[articolo 2](#), c.p. in tema di successione di leggi penali nel tempo.

Una sorta di doppio binario che porterà alla sopravvivenza della Legge Fallimentare sin tanto che non si saranno concluse le procedure ancora soggette a tali disposizioni.

A promotional graphic for Euroconference Editoria podcasts. It features a yellow background with a white laptop keyboard, a small potted plant, and two black and silver speakers. The text is in black and blue. The word 'FISCALE' is in blue. The Euroconference logo consists of a yellow 'e' and 'c' intertwined, with a blue microphone icon to the right. The text 'Euroconference Editoria' is in black. The main text reads 'La nuova serie di **podcast** sulle riviste Euroconference'. At the bottom, it says 'Segui il canale Euroconference Editoria su Spotify e ascolta gli ultimi episodi'.

Crisi e risanamento n. 56/2023

Osservatorio di giurisprudenza della crisi

Massimo Conigliaro - dottore commercialista, Direttore Scientifico Crisi e Risanamento

Fido di fatto e rimesse ripristinatorie: fattispecie e onere della prova

Corte d'Appello di Perugia, 27 ottobre 2022. Pres. Matteini. Est. Salcerini

A fronte dell'espressa contestazione della validità delle pattuizioni (e delle sottoscrizioni) la banca non può sottrarsi all'onere di produrre tutti i contratti e gli estratti conto integrali dall'inizio del rapporto (in tal senso si veda Cassazione, [sentenza n. 9365/2018](#)), al fine precipuo di dimostrare la legittimità delle appostazioni effettuate, essendo pacifico che chi afferma in giudizio – e quindi allega – l'esistenza di un determinato fatto (nella specie: l'esistenza di valide pattuizioni contrattuali), pretendendo di farne derivare delle conseguenze giuridiche a sé favorevoli, non solo ha la convenienza, ma anche l'onere di fornire la prova dell'esistenza di quel fatto, tanto più se ha la piena disponibilità materiale della relativa prova documentale.

Si deve affermare, conformemente all'orientamento della Suprema Corte, che il correntista possa provare anche per *facta concludentia* l'esistenza del fido di fatto (conforme Cassazione, [n. 2463/2019](#) e [n. 19844/2022](#); principio che si desume a *contrariis* anche dalla Cassazione, sezione I, 5 gennaio 2022): in altri termini, l'esistenza del contratto di apertura di credito non deve essere provato necessariamente con la forma scritta, anche tenuto conto che le nullità in materia bancaria sono “*di protezione*” e possono essere fatte valere solo dal cliente ([articolo 127](#), comma 2, Tub).

Pertanto, allorquando il correntista provi l'esistenza di un fido di fatto attraverso tutti gli elementi sintomatici del caso (ad esempio, “*tasso fido*” e “*tasso extrafido*”; distinte competenze e la specifica delle clausole come fido ordinario, fido straordinario, scoperto – com'è noto, la previsione di aliquote differenziate costituisce un elemento da cui presumere l'esistenza di un'apertura di credito, e lo stesso dicasi per la previsione di esposizioni debitorie prolungate nel tempo), ne consegue che il saldo passivo del conto corrente non è indicativo di uno scoperto e che gli accrediti in essi annotati non costituiscano rimesse solutorie come tali prescrittibili nel decennio dalla data delle singole operazioni (conforme Cassazione, [ordinanza n. 6575/2018](#)).

Fondo di garanzia, presupposti per l'intervento in favore dei lavoratori

[Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenza n. 2233/2023](#)

La verifica dell'iniziativa del lavoratore che aspiri alla tutela previdenziale deve dipanarsi lungo la direttrice del fatto costitutivo della prestazione pretesa, modulata sul Tfr spettante al lavoratore assicurato o sulle 3 mensilità della retribuzione, e consistente non già nella cessazione del rapporto di lavoro (quanto al Tfr) o nel mero inadempimento dell'obbligazione retributiva (quanto alle 3 mensilità), ma nel verificarsi dei presupposti previsti dalla L. 297/1982, [articolo 2](#) rispettivamente, da un lato, la verifica del credito del lavoratore mediante l'insinuazione ai passivo del fallimento del datore di lavoro (articolo 2, commi 2 e ss., L. 297/1982) e, dall'altro lato, qualora il datore di lavoro non sia soggetto alle disposizioni della Legge Fallimentare o sia ritornato *in bonis*, il previo esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito, da cui risulti l'insufficienza, totale o parziale, delle garanzie patrimoniali del datore di lavoro stesso (articolo 2, comma 5, L. 297/1982). Concludendo, nella vicenda all'esame erano già presenti le descritte condizioni, costituenti elementi costitutivi del diritto alla prestazione previdenziale vantata dal lavoratore, vale a dire il titolo esecutivo (Tribunale di Lecce sentenza n. 1902/2011) e il vano esperimento della procedura esecutiva (pignoramento mobiliare del 22 maggio 2012 con esito infruttuoso), per cui nulla avrebbe dovuto opporre l'Inps al credito per le ultime 3 mensilità preteso dal lavoratore nei confronti del Fondo di garanzia.

No alla compensazione dei crediti erariali anteriori all'apertura del fallimento con crediti della massa maturati durante la procedura

[Corte di Cassazione, sezione tributaria, ordinanza n. 36400/2022 \(Pres. Cirillo, Rel. D'Angiolella\)](#)

È infondata la pretesa erariale di compensare un proprio credito, maturato anteriormente all'apertura del fallimento con un credito Ires spettante alla massa, maturato durante la gestione fallimentare. In effetti l'eccezione di compensazione ai sensi dell'[articolo 56](#), L.F., (oggi, in termini analoghi, [articolo 155](#), Codice), presuppone di necessità l'antiorità delle posizioni creditorie rispetto alla declaratoria di fallimento, stante la necessaria identità nella titolarità attiva e passiva delle contrapposte obbligazioni, rispettivamente a posizioni invertite, laddove compensando crediti erariali maturati anteriormente, con crediti derivanti dalla gestione fallimentare (e, dunque, posteriori all'apertura della procedura) tale requisito fa difetto, essendo debitore per i primi il fallito, mentre il creditore dei secondi è la massa. Inoltre, una diversa soluzione determinerebbe un indebito pregiudizio per i creditori concorsuali, in violazione del principio della *par condicio creditorum* (rispetto alla quale già la compensabilità di crediti e debiti anteriori costituisce un indubbio privilegio rispetto alla falcidia).

Omessa indicazione di un debito nei confronti dell'Erario: nessuna responsabilità in caso di mancata risposta alla richiesta

Tribunale di Mantova, 20 dicembre 2022. Est. Bernardi

La tempestiva richiesta di informazioni inoltrata dal gestore della crisi all'Agenzia fiscale cui non è seguita tempestiva comunicazione da parte della stessa dell'esistenza di un debito tributario del ricorrente, esclude che l'omissione della indicazione della posta passiva nel ricorso introduttivo possa qualificarsi come fraudolenta né, in ogni caso, può essere preclusa l'ammissione al concordato minore, trattandosi di credito (privilegiato) di importo modesto suscettibile di rateazione e di integrale soddisfacimento sicché non risulta intaccata la possibilità di soddisfacimento dei creditori secondo il piano proposto.

Concordato preventivo: presupposti per l'ammissione del credito professionale per attività finalizzata alla procedura

Corte di Cassazione, sezione I, n. 37799/2022. Pres. Ferro. Est. Pazzi

In sede di verifica del passivo fallimentare, il curatore è il solo legittimato a eccepire, ai sensi degli articoli [1218](#) e [1460](#), cod. civ., che il prestatore dell'attività professionale ha causalmente contribuito all'allestimento di un concordato preventivo in realtà privo della sua causa concreta, cioè inidoneo al superamento della crisi d'impresa attraverso la regolazione cui è finalizzata la procedura, in tal modo giustificando la non ammissione al passivo, totale o parziale, del credito, essendosi interrotto il nesso funzionale tra prestazione professionale e procedura.

La concreta prospettiva di risanamento nella composizione negoziata della crisi

Tribunale di Lecco, 2 gennaio 2023. Est. Tota

L'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento (articoli [17](#), comma 5 e [21](#), comma 1, Codice), intesa come ragionevole (cioè basata su dati attendibili e ipotesi realistiche) possibilità di superamento degli squilibri finanziari, patrimoniali ed economici dell'impresa, costituisce non soltanto un presupposto necessario per l'avvio e il fisiologico svolgimento della composizione negoziata ma anche una condizione imprescindibile per la conferma delle misure protettive, atteso che soltanto una prognosi positiva in ordine al buon esito delle iniziative già assunte o prefigurate per la regolazione della crisi o dell'insolvenza può giustificare un provvedimento giudiziale di compressione delle azioni

dei creditori sul patrimonio del debitore in un contesto – quello della composizione – marcatamente connotato in senso stragiudiziale e privo delle garanzie (nomina di un commissario giudiziale che riveste la qualità di pubblico ufficiale e obblighi informativi periodici) disposte per l'ipotesi di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza con riserva dall'[articolo 44](#), Codice.

Operazione di finanziamento ponte e prededucibilità: condizioni

[Corte di Cassazione, sezione I, ordinanza n. 43/2023. Pres. Cristiano. Est. Mercolino](#)

Nell'ipotesi in cui l'operazione di finanziamento avviata in epoca successiva all'omologazione del concordato preventivo non risulti espressamente contemplata dal piano concordatario né costituisca evoluzione fisiologica di finanziamenti autorizzati ed erogati anteriormente all'omologazione, la stessa non può ritenersi avvenuta *“in occasione”* o *“in funzione”* della procedura concordataria e preclude l'inquadramento del credito nella fattispecie di cui all'[articolo 111](#), comma 2, L.F., dovendo ritenersi escluso il rapporto di strumentalità tra la concessione di credito e il raggiungimento degli obiettivi previsti dal piano, che costituisce il presupposto di fatto indispensabile per il riconoscimento della prededuzione.

Rimesse solutorie sulla base del saldo rettificato

Corte d'Appello di Milano, 5 gennaio 2023. Pres. Est. Raineri

In tema di prescrizione dell'azione di ripetizione di somme indebitamente annotate sul conto corrente bancario, le rimesse solutorie devono essere individuate sulla base del saldo rettificato.

Infatti, per l'individuazione delle rimesse aventi una funzione di pagamento non ci si può affidare alla contabilità della banca e alle sue periodiche risultanze finali, in quanto queste sono spesso soltanto apparenti e virtuali.

Occorre prima effettuare una ricostruzione contabile del conto corrente bancario, depurandolo dalle conseguenze contabili di clausole e prassi nulle e inefficaci, con le quali la banca ha appesantito indebitamente il passivo e/o lo scoperto di conto corrente del cliente e soltanto dopo potrà stabilirsi, in relazione al limite dell'affidamento accordato dalla banca, se i singoli versamenti eseguiti abbiano avuto una reale ed effettiva natura solutoria.

I finanziamenti prededucibili nella composizione negoziata della crisi: condizioni

Tribunale di Bologna, 9 gennaio 2023. Est. Atzori

Nulla impedisce la proposizione di una seconda istanza per ottenere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili qualora sia mutata la situazione di fatto e ciò tanto più se la nuova richiesta sia finalizzata – come nel caso di specie – a ottenere lo stesso finanziamento oggetto di una prima istanza rigettata, a fronte di un avanzamento delle trattative e una più chiara leggibilità del *business plan* con riscontri anche sul piano dell'attività di impresa *medio tempore* realizzata.

Una tale possibilità è pienamente coerente con un sistema votato al recupero dell'impresa con il limite invalicabile del maggior soddisfacimento dei creditori il quale si deve realizzare attraverso le trattative, la cui stessa definizione richiama una modalità di raggiungimento dell'obiettivo mediante una dinamica evoluzione delle posizioni delle parti.

Condizioni per l'applicabilità del *cram down* fiscale

Tribunale di Brindisi, 10 gennaio 2023. Pres. Palazzo. Est. Natali

Ai fini dell'applicabilità del *cram down* fiscale in materia di accordi di ristrutturazione per superare il dissenso dell'ente impositore, deve ritenersi la alternatività – e non la cumulatività – dei 2 requisiti legali dell'essenzialità del consenso del dissenziente ai fini del raggiungimento delle maggioranze di legge e della maggiore convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria; deponendo in tal senso una lettura costituzionalmente orientata della norma – perché fondata sul principio di ragionevolezza [ex articolo 3](#), Costituzione – oltre che fedele alla *ratio* di tutela del *favor debitoris* e, in particolare del valore impresa, anch'esso di rilievo costituzionale [ex articolo 41](#), comma 1, Costituzione.

La *ratio* della norma - confluita nel Codice – è quella di consentire di far a meno del consenso del creditore, ogniqualvolta, in virtù dell'idoneità del piano a consentire la migliore soddisfazione del suo interesse, o il silenzio si riveli ingiustificato, oppure il rifiuto si traduca in una condotta oggettivamente abusiva o pretestuosa, con la conseguenza che la “*realità*” del consenso, ovvero la sua effettività, diviene valore immeritevole di tutela.

A contrario, ritenendo, cumulativi i 2 requisiti, si incorrerebbe nella conseguenza – aberrante logicamente – per cui, pur in presenza di una sostanziale (verosimile) maggiore convenienza della proposta per l'ente pubblico, sarebbero omologabili le fattispecie in cui vi siano meno creditori favorevoli, con conseguente essenzialità del consenso dell'ente pubblico dissenziente o silente, e non, invece, quelle, come quella di specie, in cui ricorrano maggiori soglie (quantitative) di consenso, con conseguente carattere non determinante del voto favorevole dell'ente pubblico.

Nel peculiare contesto espressivo della norma, il ricorso alla congiunzione “e” non è sufficiente, di per sé, per radicare l'obbligo di un accertamento sotto entrambi i suddetti profili, difettando una qualunque

locuzione che renda ineludibile la necessità di tale operazione esegetica del tipo: “*al contempo*”; “*contestualmente*”, in assenza di tale presupposto, dovendosi, invece, ritenere che quelle enucleate dal Legislatore siano, invece, 2 ipotesi distinte appartenenti a uno schema normativo c.d. per elencazione, laddove le ipotesi menzionate hanno carattere tassativo e non esemplificativo, con conseguente impossibilità di un suo ampliamento in sede interpretativa.

Merito creditizio sempre conoscibile dagli istituti finanziari

Tribunale di Napoli, 11 gennaio 2023. Pres. Scoppa. Est. Feo

La situazione debitoria del consumatore è, per gli istituti finanziari, sempre conoscibile, anche nel caso di mancanza o inesattezza delle informazioni fornite dal richiedente al momento della sottoscrizione del finanziamento.

In assenza di adeguato scrutinio del merito creditizio, è improcedibile il reclamo proposto dal creditore avverso l'omologa del piano del consumatore.

Rilevato che effettivamente, al momento della sottoscrizione del contratto la capacità di rimborso dell'istante, già gravata dal mutuo ipotecario, non sussisteva in fatto e che pertanto la concessione dell'ulteriore finanziamento ha ulteriormente aggravato una situazione di evidente sovraindebitamento non colpevolmente determinato dalla parte (al momento della sottoscrizione del mutuo esisteva il doppio stipendio e nemmeno era astrattamente ipotizzabile il congelamento dei dipendenti); pertanto, in mancanza di un adeguato scrutinio del merito creditizio, nemmeno può trovare ingresso la reazione giudiziaria.

Esclusa la qualità di consumatore per l'imprenditore individuale cancellato dal Registro

Imprese

Tribunale di Ancona, 11 gennaio 2023. Est. Filippello

La cancellazione della ditta individuale dal Registro Imprese non è ostativa all'apertura di procedura di concordato minore liquidatorio ex [articolo 74](#), comma 2, Codice, nonostante il disposto dell'[articolo 33](#), comma 4, Codice, da intendersi riferito al solo imprenditore collettivo, la cui cancellazione determina la definitiva estinzione ex [articolo 2945](#), cod. civ.. L'imprenditore individuale cessato che versi in stato di sovraindebitamento per debiti di impresa e non di natura consumeristica non può accedere al piano di ristrutturazione dei debiti di cui all'[articolo 67](#), Codice dovendosi escludere il ricorrere della qualifica di consumatore secondo la definizione di cui all'[articolo 2](#), comma 1, lettera e), Codice.

Riscossione esattoriale per il recupero dei contributi MCC

[Corte di Cassazione, sezione III, ordinanza n. 1005/2023, Pres. De Stefano, Est. Porreca](#)

In tema di interventi di sostegno pubblico erogati in forma di concessione di garanzia pubblica, l'avvenuta escussione di quest'ultima nei confronti di mediocredito centrale determina la surrogazione di detto garante nella posizione del garantivo, con l'attribuzione di un diritto di natura privilegiata, non più volto al recupero del credito di diritto comune originato dal primigenio finanziamento, bensì mirato a riacquisire risorse pubbliche alla disponibilità del fondo per le pmi, con conseguente legittimità della riscossione esattoriale ai sensi dell'[articolo 17](#), D.Lgs. 46/1999.

L'accertamento dei crediti nel concordato preventivo

[Corte di Cassazione, sezione IV, ordinanza n. 1099/2023, Pres. Tria, Est. Cinque](#)

La procedura di concordato preventivo, la quale, come noto, non prevede l'accertamento dei crediti ai fini del concorso, non preclude al creditore l'accertamento del proprio credito nell'ambito di un autonomo giudizio di cognizione avente a oggetto la quantificazione dell'importo originariamente dovuto, laddove il contenuto della sentenza costituisce la base su cui deve operarsi la c.d. falcidia concordataria.

Accordo di ristrutturazione e misure protettive in attesa della risposta dell'Erario

Tribunale di Roma, Decreto 18 gennaio 2023, G.D. dott. Tedeschi

In presenza di un ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione al quale acceda una proposta di transazione fiscale sulla quale l'Amministrazione finanziaria non si sia ancora pronunciata, non essendo ancora decorso il termine di 90 giorni alla stessa riservato, il Tribunale, anche allorché sia stata proposta una richiesta di apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del ricorrente, può confermare le misure protettive sul patrimonio del debitore per il periodo necessario affinché il creditore erariale possa manifestare il suo eventuale assenso sulla proposta rivoltagli.

Consecuzione di procedure e termini per l'esercizio dell'azione revocatoria

Tribunale di Venezia, 18 gennaio 2023. Est. Doro

Nel caso in cui alla presentazione di una domanda di concordato preventivo segua poi l'apertura di una procedura di fallimento, in applicazione del principio di consecuzione delle procedure il termine di 3 anni per l'esercizio dell'azione revocatoria previsto dall'[articolo 69-bis](#), comma 1, L.F. per l'esercizio

dell'azione revocatoria decorre dalla dichiarazione di fallimento e non dalla pubblicazione della domanda di concordato preventivo.

Divieto di azioni esecutive nella liquidazione controllata in deroga all'articolo 41, Tub

Tribunale di Treviso, 19 gennaio 2023. Est. Bianco

L'[articolo 150](#), Codice stabilisce che:

“salvo diversa disposizione della legge, dal giorno della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale nessuna azione individuale esecutiva o cautelare, anche per crediti maturati durante la liquidazione giudiziale, può essere iniziata o proseguita sui beni compresi nella procedura”.

L'inciso “salvo diversa disposizione della legge” si riferisce, tra l'altro, all'[articolo 41](#), comma 2, Tub riguardante l'azione esecutiva del creditore fondiario. Tuttavia, si deve considerare che la norma richiamata pone una deroga al divieto di azioni esecutive individuali solo per l'ipotesi del “fallimento del debitore” e non anche per la diversa ipotesi, che qui ricorre, della liquidazione controllata. Trattandosi di norma eccezionale, essa non può essere applicata in via analogica, né può essere estesa a procedure concorsuali diverse da quella specificamente contemplata nel testo della norma medesima (il “fallimento del debitore”).

Sovraindebitamento e riscossione: i limiti previsti dal D.P.R. 602/1973 per la notifica della cartella

CGT di I grado, Milano, sezione I, sentenza n. 166/2023 (Pres. Domenico Chindemi)

L'[articolo 25](#), comma 1-bis, D.P.R. 602/1973 prevede che per i crediti, anteriori alla data di pubblicazione della proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento o della proposta di piano del consumatore, il concessionario della riscossione - in deroga alle regole ordinarie - notifica la cartella di pagamento, a pena di decadenza entro il 31 dicembre del terzo anno successivo:

1. alla pubblicazione del decreto che dichiara la risoluzione o l'annullamento dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, ovvero la cessazione degli effetti dell'accordo, ai sensi L. 3/2012;
2. alla pubblicazione del decreto che revoca o dichiara la cessazione degli effetti del piano del consumatore, ai sensi della L. 3/2012.

Gli importi portati dalla cartella di pagamento impugnata non potranno essere oggetto di liquidazione mediante le normali vie riscossive di natura amministrativa, ma troveranno soddisfacimento dall'esecuzione del piano di composizione della crisi.

La disposizione assolve alla duplice funzione di conservare l'integrità del patrimonio dell'imprenditore da possibili azioni intraprese dai creditori concorsuali e di garantire il rispetto della *par condicio creditorum*, nella prospettiva di un negativo epilogo della procedura concordataria con conseguente dichiarazione di fallimento (cfr. Cassazione, [ordinanza n. 13514/2021](#). Il divieto in esame trova applicazione, sotto il profilo soggettivo, anche ai crediti dell'Erario sorti prima dell'apertura della procedura, per cui anche i crediti dell'agente della riscossione devono essere fatti valere nell'ambito della procedura concordataria, ancorché assistiti da titolo esecutivo (cfr. Cassazione n. 9201/1990).

La cartella, quindi, non può essere emessa se non all'eventuale esito negativo dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, ovvero alla cessazione degli effetti dell'accordo, verificandosi, di fatto, una "sospensione" *ex lege* dei termini decadenziali dell'azione esattiva. Inoltre, la notifica della cartella di pagamento in pendenza dell'accordo di composizione della crisi si presenterebbe priva di alcuna utilità pratica, non potendo assolvere né alla sua funzione propria di atto preordinato all'esecuzione, né rappresentare un atto utile per evitare la decadenza dalla potestà riscossiva, ai sensi dell'[articolo 25](#), comma 1-*bis*, D.P.R. 602/1973, in quanto per i crediti anteriori alla data di pubblicazione del ricorso per l'ammissione alla procedura, la notifica della cartella di pagamento, come già evidenziato, deve avvenire solo qualora l'accordo non sia andato a buon fine.

Adempimenti del liquidatore giudiziale nel concordato semplificato

Tribunale di Udine, 24 gennaio 2023. Pres. Venier. Est. Calienno

Le funzioni di liquidatore giudiziale del concordato semplificato possono essere affidate al professionista già nominato ausiliario, il quale, in detta veste provvederà:

1. prendere in consegna i beni della società;
2. prendere in consegna le somme oggetto del deposito fiduciario;
3. consolidare lo stato passivo della società;
4. liquidazione, previo esperimento di procedure competitive dei beni tutti con le modalità di cui all'[articolo 182](#), L.F. (compresa la pubblicazione sul portale delle vendite pubbliche di cui all'articolo 490 almeno 45 giorni prima della data prevista per la presentazione delle offerte) comparando con pienezza di poteri e senza necessità di altre autorizzazioni in ogni atto (anche pubblico) diretto ad alienare i cespiti indicati nel piano alle condizioni dallo stesso previste;

5. porre in essere gli atti di ordinaria gestione (compresi i pagamenti di debiti incontestati o correnti, o la decisione di agire o resistere in giudizio), senza alcun vincolo o limitazione, salva la necessità di previa autorizzazione del comitato dei creditori per conferire incarichi a professionisti di ogni genere, sottoponendo all'approvazione del comitato anche i relativi accordi sui compensi dovuti per quell'attività;

6. depositare le somme incassate in un apposito conto bancario o postale, mantenendovi un fondo disponibile per spese di procedura e imprevisti vari, provvedendo con il resto al pagamento immediato dei creditori concorsuali secondo quanto previsto nella proposta e nel piano, previa redazione di un progetto distributivo da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori e comunicato al giudice delegato.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'[articolo 182](#), L.F., il liquidatore provvederà con periodicità semestrale dalla nomina alla redazione di un rapporto riepilogativo delle attività svolte, accompagnato dal conto della sua gestione e trasmetterà copia del rapporto, unitamente agli estratti conto dei depositi postali o bancari relativi al periodo, ai componenti del comitato dei creditori – per le loro eventuali osservazioni scritte, provvedendo a comunicarlo, unitamente alle eventuali osservazioni del comitato dei creditori, ai creditori a norma dell'[articolo 171](#), comma 2, L.F..

Conclusa l'esecuzione del concordato, il liquidatore, al termine delle operazioni di liquidazione e di riparto, dovrà rendere il conto della gestione in conformità a quanto previsto dall'[articolo 116](#), L.F..

Presupposti del privilegio artigiano

[Corte di Cassazione, sezione I, ordinanza n. 2892/2023](#)

In tema di privilegio generale sui mobili ex [articolo 2751-bis](#), comma 1, n. 5 cod. civ., l'iscrizione nell'albo delle imprese artigiane (con conseguente annotazione nella sezione speciale del Registro Imprese) integra un presupposto formale necessario, anche se non sufficiente, per il riconoscimento del c.d. privilegio artigiano, ai cui fini occorre altresì verificare la sussistenza in concreto dei requisiti sostanziali, alla stregua ora dell'[articolo 2083](#), cod. civ., ora della L. 443/1985, a seconda che si tratti, rispettivamente, di crediti sorti prima o dopo la data di entrata in vigore del D.L. 5/2012 (convertito con modificazioni dalla L. 35/2012), il cui articolo 36 ha modificato il predetto articolo 2751-bis, comma 1, n. 5, cod. civ..

L'informazione quotidiana, attenta e completa, disponibile gratuitamente

**NOTIZIE E APPROFONDIMENTI
PER I PROFESSIONISTI DI TUTTA ITALIA**

Iscriviti alla mailing list e rimani informato su tutte le news

www.ecnews.it



EDITORE E PROPRIETARIO

Gruppo Euroconference Spa
Via E. Fermi, 11 - 37135 Verona

DIRETTORE RESPONSABILE

Fabio Garrini

DIREZIONE E COORDINAMENTO SCIENTIFICO

Massimo Conigliaro - dottore commercialista e revisore legale in Siracusa, pubblicista

COMITATO SCIENTIFICO

Fabio Battaglia - dottore commercialista in Arezzo, Studio Galeotti Flori Firenze

Domenica Capezzeri - giudice delegato Tribunale di Pescara

Ernestina De Medio - avvocato in Chieti

Nicla Corvacchiola - dottore commercialista in Pescara

Alessandro Solidoro - dottore commercialista, professore a contratto Università Bicocca di Milano

Roberta Zorloni - presidente Associazione Concorsualisti Milano

REDAZIONE

Milena Martini e Chiara Ridolfi

Registrazione del Tribunale di Verona n.1995 del 5 settembre 2013

Iscrizione ROC 13 marzo 2017 n.28049

ISSN 2499-1015

SERVIZIO CLIENTI

Per informazioni sull'abbonamento scrivere a: circolari@euroconference.it

SITO INTERNET

Per informazioni e ordini:
www.euroconference.it/editoria

I numeri arretrati sono disponibili nell'area riservata, accessibile tramite le proprie credenziali dal *link*:

http://www.euroconference.it/area_riservata_login.

In caso di smarrimento delle *password* è possibile utilizzare la funzionalità "Hai dimenticato la password?" disponibile nella pagina di login.

PERIODICITÀ E DISTRIBUZIONE

Bimestrale

Vendita esclusiva per abbonamento

ABBONAMENTO ANNUALE 2023

Euro 180 Iva esclusa

Per i contenuti di "Crisi e risanamento" Gruppo Euroconference Spa comunica di aver assolto agli obblighi derivanti dalla normativa sul diritto d'autore e sui diritti connessi. La violazione dei diritti dei titolari del diritto d'autore e dei diritti connessi comporta l'applicazione delle sanzioni previste dal capo III del titolo III della legge 22.04.1941 n.633 e succ. mod.

Tutti i contenuti presenti sul nostro sito *web* e nel materiale scientifico edito da Gruppo Euroconference Spa sono soggetti a *copyright*. Qualsiasi riproduzione e divulgazione e/o utilizzo anche parziale, non autorizzato espressamente da Gruppo Euroconference Spa è vietato. La violazione sarà perseguita a norma di legge. Gli autori e l'editore declinano ogni responsabilità per eventuali errori e/o inesattezze relative all'elaborazione dei contenuti presenti nelle riviste e testi editi e/o nel materiale pubblicato nelle dispense. Gli autori, pur garantendo la massima affidabilità dell'opera, non rispondono di danni derivanti dall'uso dei dati e delle notizie ivi contenute. L'editore non risponde di eventuali danni causati da involontari refusi o errori di stampa.