a cura di Michele Monteleone

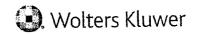
EVOLUZIONE DEGLI ORGANI DELLA CRISI D'IMPRESA

OCRI, Commissario giudiziale, Liquidatore giudiziale, Curatore nella liquidazione giudiziale, OCC

> Prefazione di Renato Rordorf







SOMMARIO

Profilo autoriXXX	Ι
Prefazione XXXV	Į.
	•
PARTE I	
Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi - OCRI	
Capitolo 1 – Profili giuridici	
di Stefania Pacchi	
La tempestività come "cifra" del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza I doveri del debitore e dei creditori	4 6 2 4 7
L'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile	2
2. L'ampliamento degli organi di controllo nelle società a respon-	J
sabilità limitata	
sindacale e revisione legale. conseguenze 40 4. Gli indici dell'allerta 44	
4.1. Centralità del Debt Service Coverage ratio e dei sistemi di pianificazione e di budgeting	

	5,1.	Procedimenti di allerta paralleli e autonomi: l'intervento degli organi di controllo societario concorre con quello dei creditori pubblici qualificati	55
no	pitolo mina Patrizia	o 3 – Organismo di composizione della crisi di impresa: e composizione del collegio. l'audizione del debitore	
1. 2.	Nom L'albe	ina e composizione del collegio o nazionale e il regime transitorio	59 62
Ca di l		4 – Procedimento di composizione assistita della crisi	
1.	Ruole	o del collegio nominato dall'OCRI: tra consulenza e con-	
 3. 4. 	un co ruolo za di Misu	onfronto con fattispecie che presentano criticità similari. il odell'OCC e quello del commissario giudiziale (in presenofferte concorrenti)re protettive	68 70
5. 6.	segna	lusione del procedimentoalazione al pubblico ministerodazione del compenso	73 73 75
	pitolo	5 – Misure premiali	
	Patrizio		
	Misu	essaessa in atura concorsuale	77 79
3.	Wilsu	re premiali di natura fiscale	81
4.	Misu	re premiali di natura penale	81
		Parte II Commissario giudiziale	
Ca	pitolo	o 1 – Funzione e ruolo del commissario giudiziale	
di i	Michele	² Montelcone	
1.	Cons	iderazioni generali: ccii, concordato preventivo, commis-	
2. 3.	Sario Disci Il ruo	giudiziale plina applicabile lo e le funzioni del commissario giudiziale: la funzione di Inza	87 91 99

* Welters Elister Italia VII

4.	3.1. (Segue): la funzione di consultazione	103 107 111
	apitolo 2 – Il commissario giudiziale nel concordato con riserva	ı
di '	Vincenzo Moccia	
1. 2. 3. 4.	Premessa: evoluzione normativa La nomina e la funzione del commissario La documentazione riservata ed i termini per il deposito Il rapporto con il debitore ricorrente e gli altri organi di control-	118 119 122
5.	lo	123 124 124 128 128 130 133 135 142 143 145
6. 7.	La funzione di consultazione	145
8. 9. 10.	La cessazione dalla carica e il compenso al commissario giudiziale	148 148 148 149 152
Ca	pitolo 3 – Adempimenti iniziali Michele Montelcone	152
1. 2.	Provvedimenti immediati: scritture contabili e convocazione dei creditori	155 156
3.	Relazione ex art. 105 CCII	158

* Wolters Klinwer Italia IX

Capito	lo	4		Attività	di	i inventariazione	
--------	----	---	--	----------	----	-------------------	--

п	7	1/	11100	1170	0.4	occia

1.	L'inv	entario del C.G.	163
	1.1.	Oggetto e scopo dell'inventario	164
	1.2.	La data di riferimento dell'inventario	165
2.	La fo	rmazione dell'inventario del C.G.	165
	2.1.	Riscontri ordinari	165
	2.2.	Riscontri specifici	167
	2.3.	Crediti e debiti della concordante	167
	2.4.	Beni dell'azienda	168
	2.5.	Rimanenze	168
3.	Conc	lusione	169
co	pitolo ncorda mpres	5 – Trattamento dei crediti erariali (e fiscalità) nel to preventivo (anche) alla luce del nuovo codice della c sa	risi
di.	Pietro 1	Paolo Papaleo	
1.	Prem	essa	173
2.	Trans	sazione fiscale e previdenziale nella legge fallimentare	
	(Art.	182-ter)	175
	2.1.	Principi e fruibilità	175
	2.2.	Ambito oggettivo di applicazione	176
	2.3.	Condizioni ed "effetti" della falcidia	177
	2.4.	lter procedurale: consolidamento del debito	179
	2.5.	Segue: procedura di voto e classamento del credito	1.,,
		erariale chirografario	180
	2.6.	Trattamento dei crediti contributivi	180
3.	Tratta	nmento e "falcidia" dei crediti erariali nel nuovo codice	100
	della	crisi	181
	3.1.	Inquadramento: il nuovo art. 88 CCI	181
	3.2.	Condizioni di falcidia dei crediti erariali	182
	3.3.	Profili attestativi e "nuovi" principi ex art. 85, comma	102
		7, CCI.	183
	3.4.	Il (tema del) classamento obbligatorio	185
	3.5.	Procedura e voto e nuovo cram down fiscale	185
4.		patto delle altre disposizioni "fiscali" sul trattamento dei	180
1.	dehit	erariali	107
5.	Profil	i specifici di fiscalità del (piano di) concordato	186
J.	5.1.	Sopravyonionzo attivo da sidugione di daltiti	188
	J.1.	Sopravvenienze attive da riduzione di debiti e plusva-	100
		lenze da cessioni di beni	189

Som	

	5.2.	IRAP	192
	5.3.	Tassazione ai fini dell'imposta di registro del decreto	
6.	A 400	di omologazione	193
		di "indagine" del commissario giudiziale	194
Ca fin	pitolo anza r	6 – La sorte dei rapporti giuridici pendenti e della nuo nel nuovo concordato preventivo	va
di .	Maria A	Azzurra Guerra	
1.	I cont	ratti con la pubblica amministrazione	197
	1.1.	Premessa	197
	1.2.	La conservazione dei contratti pendenti con le P.P.A.A	198
	1.3.	La partecipazione alle procedure di affidamento di un contratto pubblico	200
	1.4.	La partecipazione alle gare dell'impresa in concordato	
	1.5.	in forma plurisoggettiva	201
2.		rte degli altri contratti pendenti in generale	202
	2.1.	Le novità del c.d. Decreto Correttivo. I contratti autoli-	205
	۷.1.	quidanti	206
	2.2.	La locazione finanziaria	200
3.		ededuzioni nel concordato preventivo	207
	3.1.	In generale	207
	3.2.	La nuova finanza	211
		3.2.1. I finanziamenti interinali	211
		3.2.2. I finanziamenti in esecuzione del concordato	212
		3.2.3. I finanziamenti dei soci	212
	3.3.	Le altre ipotesi di prededuzione	213
4.	Il pag	amento dei debiti pregressi	213
Ca		7 – Proposte ed offerte concorrenti	215
	Michele		
1.	Long	omagta gangawan ti	
1.	1.1.	oposte concorrenti	217
	1.2.	L'apertura al mercato: la concorrenza dei creditori La legittimazione ed il termine	217
	1.3.	Il dovere informativo del commissario	218
	1.4.	Il contenuto della proposta concorrente	221
	1.5.	Il sindacato del Tribunale	221 222
	1.6.	La votazione e l'approvazione dei creditori	
	1.7.	Il giudizio di omologa della proposta approvata	223 224
	1.,.	a bradizio di omoroga dena proposta approvata	224

- Wolters Klasser Balia

Sommario

2.	1.8. Le off 2.1.	L'esecuzione della proposta concorrente ferte concorrenti La nuova disciplina delle offerte concorrenti: rinvio	225 226 226
pre	ocedin	8 – Il ruolo del commissario giudiziale nel sub- nento di revoca art. 106 - atti in frode	
di l	Michele	Monteleone	
1.	La "co 1.1. 1.2.	essazione" del concordato preventivo nel nuovo codice L'art. 173 l. fall L'art. 106 CCII	232 234
2.	Il pro	cedimento di revoca e il potere d'impulso del commissa- udiziale	235 238
	2.1.	Le caratteristiche processuali del procedimento di re- voca nel nuovo Codice	240
3.	La co	municazione ai creditori (e al debitore)	241
4.	Le co	ndotte rilevanti: gli atti in frode e gli "altri atti in frode"	243
	4.1.	Gli "atti in frode"	247
		4.1.1. La volontà di ingannare (il dolo)	248
	4.2.	Gli atti anteriori e gli atti successivi alla domanda di	
		concordato	250
	4.3.	4.2.1. Il compimento di atti non autorizzati	250
5.		Altre ipotesi di frodelevanza della disclosure ("confessio salvifica") e l'accerta-	252
٥.	mente	o del commissario giudiziale alla luce del nuovo CCII	252
	5.1.	La discovery del commissario giudiziale	255
6.	IL ruc	olo del commissario giudiziale rispetto alla mancanza del-	200
	le con	ndizioni di ammissibilità ex art. 106, comma 3, CCII	255
	6.1.	Il nuovo sindacato del tribunale e l'art. 106 CCII	257
7.	L'arre	esto della procedura di concordato nella fase di omologa.	259
Ca pro	pitolo ocedui	9 – Le operazioni di voto e i possibili epiloghi della ra concordataria	
di i	Maria A	Azzurra Guerra	
1.	Gli ac	lempimenti preliminari. Rinvio	261
	1.1.	La relazione del C.G. In generale	262
2.	Le op	erazioni di voto	262
	2.1.	L'abolizione dell'adunanza dei creditori	262
	2.2.	L'ammissione provvisoria dei crediti contestati	265
	2.3.	Il calcolo delle maggioranze	265
	2.4.	Gli adempimenti successivi al voto	267

3.	Gli es	iti della votazione	267
	3.1.	L'omologazione del concordato	267
	3.2.	Il mancato raggiungimento delle maggioranze	267
Ca	pitolo	10 - Il commissario giudiziale nel concordato in contin	uità
di	Marcel	lo Pollio	
1.	Inqua	dramento e nuovo codice della crisi	272
2.	Il con	nmissario giudiziale nel D.Lgs. n. 14/2019	277
3.	Princi	ipi e best practice del (piano nel) concordato con continui-	
	tà		286
	3.1.	I principi generali di redazione del piano	288
	3.2. 3.3.	Piano e cessione a terzi	291
	3.3. 3.4.	L'arco temporale del piano	293
	3.4. 3.5.	Le analisi propedeutiche alla definizione del piano	294
	J.J.	La struttura base del piano	298 298
		3.5.2. Il piano finanziario e la ristrutturazione delle pas-	298
		sività	300
		3.5.3. Le proiezioni economico-finanziarie	300
	3.6.	Le «linee guida» per lo sviluppo del piano	301
	3.7.	I requisiti essenziali di un piano credibile	302
	3.8.	Emergenza sanitaria Covid-19 e incertezza straordina-	
		ria nella formulazione delle previsioni	305
	3.9.	Il modello di piano di risanamento aziendale nel con-	
	3.10.	cordato	306
	3.10.	La situazione patrimoniale di partenza	310
	3.12.	Continuazione o liquidazione	311
	J.12.	dividuati	311
	3.13.	L'action plan	312
	3.14.	I dati prospettici	313
	3.15.	I contenuti minimi del piano	313
4.	La ge	nerazione e l'utilizzo dei flussi di cassa provenienti dalla	
	contir	nuità aziendale	315
	4.1.	Il degrado dei crediti nella nuova transazione fiscale e	
		contributiva	317
	4.2.	La convenienza della proposta e il confronto con lo	
		scenario fallimentare	320

	4.3.	I principi per la redazione della perizia di stima dei beni non sufficienti a soddisfare integralmente i credi-	
	4.4.	tori prelatizi	321
	4.4.	I criteri di valutazione della stima per il degrado dei crediti	324
	4.5.	La data di riferimento della stima per il confronto della convenienza	325
	4.6.	Il rapporto di derivazione tra ricavato in caso di liqui- dazione e valore di mercato	325
	4.7.	La graduazione dei crediti e l'attivo disponibile alla soddisfazione	
	4.8.	Le risorse necessarie a soddisfare i creditori incapienti	327
	4.9.	degradati	328
<u> </u>		aziendale	329
fas	ipitoio se esec	11 – Funzioni e compiti del commissario giudiziale ne cutiva	lla
di.	Marcell	o Pollio	
1.	La fas	se di esecuzione del concordato in continuità e codice del-	
	la cris	si	337
2. 3.	Le ve	nmissario giudiziale nel D.Lgs. n. 14/2019 rifiche del commissario e le "aree" di indagine nella rela-	338
	zione	ai creditori	341
	3.1.	La funzione di vigilanza sulla prosecuzione dell'attivi-	
	2.2	tà	343
4.	3.2.	La funzione di vigilanza prima dell'omologazione	346
4.	4.1.	nzione di vigilanza nella fase esecutiva	353
5.		Le (tre) caratteristiche della fase esecutiva	353
J.	alla fa	di concordato approvato dai creditori e collegamento	
	5.1.	ase esecutivaL'art. 118 CCII e il potere integrativo del Tribunale	355
6.		o centrale del commissario giudiziale	357
U.	6.1.	Valutazione prognostica e diagnostica della continua-	358
	0.1.	zione	358
	6.2.	Poteri di vigilanza in relazione ad eventuali accordi "para-concordatari"	
	6.3.	Obblighi di informazione e sorveglianza anticipata	359
	6.4.	Gli adempimenti esecutivi	360 361
	J. 1.	on adempment esecutivi	301

onur	nario

XV

	6.5.	Eventuale aggiornamento e adeguamento del piano per l'adempimento della proposta e interesse dei creditori	362
		Parte III Liquidatore giudiziale	
Ca le	pitolo lla cris	1 – Il liquidatore giudiziale. Profili di novità nel codice si	:
li.	Antonio	Pio Morcone	
	Introd Il per	duzione preliminaremanente richiamo alle "cessioni dei beni" quale perime-	375
3.	tro or	perativo del liquidatore ura del liquidatore giudiziale tra vecchie problematiche e	378
ŀ.	nuov	e soluzioni: analisi dell'attuato restyling normativo noscimento "tipizzato" delle azioni esperibili dal liquida-	382
	tore g	judiziale	399
		Parte IV	
		Curatore nella liquidazione giudiziale	
Ca	pitolo	1 – Profili giuridici	
		n Pacchí	
	Nomi	ina del curatore	407
	1.1. 1.2.	Criteri e presupposti della nomina	412
	1.3.	controllo delle procedure (art. 356 CCII)	415
	1.4.	Requisiti per l'iscrizione all'Albo Apertura a nuove categorie professionali per gli incari-	417
		chi di cui agli artt. 356-358	418
	Accet	tazione-incompatibilità artt. 35, comma 4-bis, 35, comma	
	1 e 35	, comma 2 del codice antimafia l. n. 54/2018	420
). 	Nomi	ina del curatore nelle liquidazioni di gruppo	422
į.	Revo	onsabilità del curatore	426 427
	Rend	iconto della gestione e compenso del curatore	427

Sommario

Capitolo 2 – Profili gestori: la custodia e l'amministrazione dei di Michele Monteleone	beni
Accettazione dell'incarico da parte del curatore e comunicazio- ne al registro delle imprese dell'indirizzo di posta elettronica certificata	433
Comunicazioni conseguenziali da parte del curatore Adempimenti operativi: la ricognizione dei beni	435 436 437 438 440
5. La stima dei beni6. La corrispondenza7. Nomina del comitato dei creditori	441 452 453
Capitolo 3 – Relazioni e rapporti riepilogativi del curatore di Michele Monteleone e Alessia Santamaria	
 Premessa	456 457 464 496 505
Capitolo 4 – Effetti della liquidazione giudiziale sui rapporti giuridici pendenti di Luigi D'Orazio	
 I rapporti pendenti	534 534 537 538

2.	La disciplina prima del D.Lgs. n. 5/2006. la compravendita e la permuta					
3.						
٠.	3.1. Il subentro del curatore					
	3.2. La continuità "spuria" in caso di liquidazione giudi-					
		ziale	550			
4.						
	struire					
	4.1.	La tutela del promissario acquirente. I primi vagiti	551 553			
	4.2.	Il promissario acquirente dopo il D.Lgs. n. 122/2005	554			
	4.3.	La fideiussione	555			
	4.4.	La polizza assicurativa	556			
	4.5.	Il contenuto del contratto preliminare	557			
	4.6.	La prelazione	558			
	4.7 .	Il fondo di solidarietà	558			
	4.8.	I contratti ad effetti reali e ad effetti obbligatori	560			
	4.9.	La tutela del promissario acquirente per la casa di abi-				
	tazione prima del codice della crisi La tutela "reale" del promissario acquirente per la casa	561				
		di abitazione dopo il C.C.I.i. (Art. 173)	562			
	4.11.	I poteri del giudice delegato dopo la stipulazione del				
		contratto definitivo	564			
	4.12.	Gli acconti già versati dal promissario acquirente (Art.				
		172, comma 4, C.C.I.)	565			
	4.13.	Esecuzione specifica dell'obbligo di concludere il con-				
		tratto ex art. 2932 c.c. condizionata al pagamento del				
		prezzo	566			
	4.14.	La trascrizione della domanda giudiziale ai sensi				
		dell'art. 2932 c.c. ed il potere potestativo di scioglimen-				
	435	to del curatore	568			
	4.15.	L'efficacia esoconcorsuale del decreto di esecutività				
5.	Lagari	dello stato passivo in materia di diritti reali	570 573			
6.	I contratti di carattere personale (Art. 175 C.C.I.)					
7.	Lima	nziamenti destinati ad uno specifico affare	575 579			
/.	== 10 the little					
	La struttura del contratto. <i>Leasing</i> finanziario ed operativo	500				
	7.2.	Il leasing quale contratto pendente	582			
	7.3.	Il risarcimento del danno in caso di risoluzione	584 586			
	7.4.	Le clausole nel contratto di <i>leasing</i>	586 587			
	7.1. De clausoic her contratto di leusing					

7.5.	La domanda di equo compenso da parte della conce- dente
7.6.	L'opponibilità e la prova del contratto di leasing
7.7.	L'art. 72 quater l. fall.: ambito di applicazione e discipli- na specifica
7.8.	La risoluzione dei contratti di <i>leasing</i> prima del fal- limento: diffida ad adempiere, clausola risolutiva espressa e termine essenziale
7.9.	Le due tesi a confronto sull'applicabilità dell'art. 72-quater l. fall. in caso di risoluzione del <i>leasing</i> prima del fallimento
7.10	Ambito di applicazione
7.11	
7.12	Il leasing nel nuovo art. 177 C.C.I.
7.13	Il credito del concedente nella giurisprudenza. Gli interessi sia prefallimentari che post-fallimentari (l'ammissione al passivo)
. Ven	dita con riserva di proprietà (Art. 178 C.C.I.)
Con	tratti ad esecuzione continuata o periodica (Art. 179
C.C	I.)
0. Rest	ituzione di cose non pagate (Art. 180 C.C.I.)
I. Il co	ntratto di borsa o a termine (Art. 181 C.C.I.)
2. Asso	ciazione in partecipazione (Art. 182 c.c.)
3. Con	to corrente ordinario e bancario (Art. 183 C.C.I.)
4. Mar	dato e commissione (Art. 183 C.C.I.)
5. Con	tratto di affitto d'azienda
6. Con	tratto di locazione di immobili (Art. 185 C.C.I.)
	modato
8. Il co	ontratto di appalto come contratto pendente (Art. 186
	L)
	La struttura della norma. Lo scioglimento semiauto-
	matico
18.2	
	di appalto
18.3	Le azioni civilistiche compatibili con il subentro nel
18.4	Contratto
18.5	== O wer continued at apparto
18.6	Il passaggio della proprietà del bene e l'accessione
10.0	II PASSAEETO CICHA DI ODITICIA CIPI DEDE E L'ACCESSIONE

Som	

XIX

	18.7. L'azione diretta degli ausiliari dell'appaltatore nei confronti del committente	(20
19.		639 640
		641
20		642
21.		643
	pitolo 5 – La gestione dei rapporti di lavoro	043
	Roberto Belè	
1.	······································	
1.	I lavoratori come creditori e come titolari di un rapporto pen-	
2.		645
۷.	La disciplina dei rapporti di lavoro pendenti secondo il regime	
3.	della legge fallimentare: l'azienda inattiva	646
٥.	La disciplina dei rapporti di lavoro pendenti secondo il regime	
4	della legge fallimentare: l'esercizio provvisorio di impresa	648
4.	Regime dei rapporti di lavoro pendenti all'apertura della liqui-	
_	dazione giudiziale dopo il codice della crisi	648
5.	La fase di sospensione dei rapporti di lavoro e il sostegno al	
,		651
6.		652
7.		653
8.		654
9.	La collocazione dei crediti di lavoro nella massa passiva	656
10.		658
11.	Indennità per mancato preavviso – il c.d. ticket licenziamento.	661
12.		663
13.	Il ruolo del consulente del lavoro nella crisi di impresa	665
Ca	pitolo 6 – Accertamento del passivo e dei diritti compresi nella	
	uidazione giudiziale	
di I	Domenico Fauceglia e Andrea Tanga	
1.	Premessa	667
2.	L'avviso ai creditori e le fonti informative a disposizione del	007
		668
3.		674
4.	Il soggetto ammesso alla liquidazione giudiziale quale terzo	5/4
	1 . 10 .	677
5.	T 1	681
6.		688
7.		690
-	The second state proof to the second state p	UJU

· Wolfers Elawer Balta

ommario	
---------	--

9. 10.	Le comunicazioni	692 694 697 700				
l'ai	pitolo 7 – Il programma di liquidazione e gli atti conservativi fitto di azienda	:				
di l	Michele Montelcone e Marcello Parrinello					
1.	Considerazioni generali: la funzione del programma di liquidazione	706				
2.	Il contenuto del nuovo programma di liquidazione – la struttura codificata e le sezioni	707				
3.	I «tempi» nel programma di liquidazione – flessibilità	716				
4.	I Supplementi del programma di liquidazione	719				
5.	Il procedimento di approvazione del programma di liquida-					
	zione	721				
6.	La derelictio	724				
7.	Gli atti conservativi: l'affitto di azienda – gli interessi in gioco 7.1. La formazione del contratto di affitto: la fase prelimi-	726				
	nare	729				
	7.2. Il procedimento di gara	732				
	The best der mignor ofference	739				
	7.4. Il bene concesso in affitto7.5. Il ramo aziendale e la minima unità aziendale	742				
	7.6. Il regolamento contrattuale	746 749				
	7.7. Il diritto di prelazione	752				
	7.8. La retrocessione dell'azienda	753				
a v	pitolo 8 – Le decisioni sulla continuazione dell'attività d'impi antaggio della procedura di liquidazione giudiziale					
di A	Antonio Costa					
1.	Premessa	757				
2.	Piano di prosecuzione delle attività imprenditoriali: attendibi-					
	lità secondo la prospettiva aziendalistica	759				
3.	La conservazione dei livelli occupazionali	762				
4.	4. L'esercizio dell'impresa in liquidazione giudiziale 764					

XX

	apitolo 9 – La nuova disciplina di liquidazione dell'attivo				
ai.	Pasquale Russolillo				
1.	Le modalità delle vendite e la maggiore soddisfazione dei creditori				
2.	Vendita competitiva dei beni mobili e dei beni immobili nel	780			
	2.1. La natura coattiva delle vendite competitive a forma	787			
	2.2. L'efficienza e celerità delle operazioni di liquidazione e la nuova disciplina della sospensione delle vendite	789			
3.	Particolari tipologie di vendita	792 794			
	3.1. La cessione del complesso aziendale	794 798 801			
Ca	apitolo 10 – Il concordato nella liquidazione giudiziale				
	Michele Monteleone				
1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9.	Il concordato fallimentare Il contenuto della proposta concordataria La presentazione e l'esame della proposta (o delle proposte) L'espressione del voto e la formazione della maggioranza Il giudizio di omologazione Efficacia del decreto (e del concordato) e facoltà di proporre reclamo L'esecuzione, la risoluzione e l'annullamento Effetti della riapertura della liquidazione giudiziale e nuova proposta di concordato	805 806 807 809 810 811 811 813			
	apitolo 11 – Liquidazione giudiziale nei gruppi di imprese Pasquale Russolillo				
1. 2.	I Gruppi di imprese nell'economia italiana Contesto normativo sovranazionale in cui si inserisce la soluzione della crisi di gruppo	816 823			
3.	3.1. Procedimento per la dichiarazione della liquidazione	827 831			

4.5.	po (art. 287 C.C.I.)
Ca	pitolo 12 – Cessazione della procedura di liquidazione giudi
	Michele Monteleone e Alessia Santamaria
1. 2.	Effetti della revoca della liquidazione giudiziale
3. 4.	Oneri pubblicitari
5. 6.	Compenso del curatore
7. 8. 9.	Decreto di chiusura
le	pitolo 13 – Liquidazione giudiziale e misure cautelari reali p interferenze tra procedure
	Luca D'Amore
1.	Premessa: il sistema progressivo delle misure di prevenzione ablative e non ablative – i sequestri penali
	dell'insolvenza
2.	Liquidazione giudiziale successiva al sequestro
3. 4.	Sequestro successivo alla liquidazione giudiziale Le misure di prevenzione patrimoniali non ablative e rapporti
5.	con la liquidazione giudiziale
6.	Imprese sottoposte a misura cautelare reale penale e procedure
	di allerta

3.2. La fase esecutiva della liquidazione giudiziale di grup-

PARTE V ORGANISMO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI (OCC)

Capitolo 1 – Organis di Stefania Pacchi	smo di composizione della crisi	
vraindebitamento	dell'ordinamento verso una disciplina del so-	958
Ambito applicative tamento	o delle procedure per le crisi da sovraindebi-	96:
3. I difetti della L. n.4. Il sistema e le solu	3/2012 e le necessitate riformezioni proposte dal CCII	968 970
Le procedure fam	iliari	97. 970
8. Gli OCC	il sovraindebitamento nel CCII	97 98
mia	sovraindebitamento al tempo della pande-	980
della domanda e atti	ıra di ristrutturazione dei debiti – presentaz vità dell'OCC – omologazione del piano	zione
di Giulio Pennisi		
1. La procedura di : La domanda e gli	ristrutturazione dei debiti del consumatore. allegati	993
Il trattamento dei ternativa liquidate	crediti garantiti da cessione del quinto, al- oria e continuità del mutuo ipotecario sulla pale	990
3. La presentazione	della domanda. la relazione dell'organismo	990
Le condizioni sog	gettive ostativemologazione	1003
	one del piano del consumatore	
di Felice Ruscetta e Mar	cella Caradonna	
 Esecuzione del pia Revoca dell'omolo 	anoogazione	101 101
3. Conversione in pr	ocedura liquidatoria	101

Capitolo	4 - Procedura	uı	concordato	minore
di Michele	Cunco			

1.	Generalità	1021
2.	Aspetti procedimentali	1022
	2.1. Il deposito del ricorso	1022
	2.2. La preliminare valutazione di ammissibilità	1026
	2.3. Il decreto di apertura	1026
	2.4. La votazione	1027
	2.5. L'omologa	1030
3.	Il contenuto negoziale	1033
	3.1. La proposta	1033
	3.2. Il piano	1035
4.	Il sindacato del giudice	1038
5.	L'esecuzione	1041
6.	La patologia	1046
	6.1. La revoca	1046
	6.2. La risoluzione	1048
Ca	apitolo 5 – La liquidazione controllata	
	Antonio Pio Morcone	
1.	Introduzione. novità e confronto con la precedente disciplina.	1055
2.	Domanda e presupposti di accesso alla procedura	1058
3.	Provvedimento di apertura e suoi effetti	1068
4.	Fase esecutiva e chiusura della procedura	1075
Ca	apitolo 6 – Esdebitazione	
	Antonio Pio Morcone	
1.	L'istituto dell'esdebitazione in seno al codice della crisi d'im-	
	presa. inquadramento normativo	1082
2.	Le condizioni di accesso al beneficio dell'esdebitazione post li-	
	quidazione e il requisito della 'meritevolezza' per il debitore	
	incapiente	1086
3.	L'esdebitazione del sovraindebitato. esdebitazione di diritto e	
	dell'incapiente	1091

50			

XXV

de	pitolo 7 – Rapporti tra le procedure "ristrutturazione dei deb l consumatore", "concordato minore" e "liquidazione control l sovraindebitamento"	iti Ilata
di.	Felice Ruscetta e Marcella Caradonna	
1. 2.	Premessa	1101
3.	sumatore e di liquidazione controllata	1103
4.	zione controllata	1105 1106
ne	pitolo 8 – Misure protettive nel concordato minore, nel piano Ila liquidazione controllata	е
di .	Michele Cuoco	
1. 2.	Misure protettive nel procedimento unitario: cenni	1109 1113
3.	Misure protettive nel piano di ristrutturazione	1116
4.	Misure protettive nella liquidazione controllata	1119
	Parte VI	
	Profili di responsabilità penale	
giı	pitolo 1 – La responsabilità penale del curatore della liquida udiziale e del commissario giudiziale del concordato prevent r i reati previsti dal codice della crisi d'impresa e della insolv	ivo
di .	Luigi Giarratana	
1.	d'impresa e della insolvenza	1126
2.	Il curatore della liquidazione giudiziale e il commissario giudiziale del concordato preventivo quali pubblici ufficiali	1145
3.	La responsabilità penale del curatore della liquidazione giudiziale e del commissario giudiziale del concordato preventivo	1145
	per i reati previsti dal codice della crisi d'impresa e della insol-	
	venza: generalità	1148
	la liquidazione giudiziale <i>ex</i> art. 334 CCII: le questioni	
	di legittimità costituzionale	1150 1153

S. Wolters Klimser Italia

Son	ıma	rio

	3.4.	La condotta: nozione di «presa di interesse» privato	
		negli atti della liquidazione giudiziale	1154
	3.5.	L'oggetto della condotta: nozione di «qualsiasi atto»	
		della liquidazione giudiziale	1158
	3.6.	Ulteriori elementi della condotta: atti compiuti diretta-	
		mente, o per interposta persona; atti simulati	1159
	3.7.	L'elemento psicologico: dolo generico	1159
	3.8.	Il momento di consumazione del reato. Il tentativo	1160
	3.9.	Il concorso dell'extraneus	1160
	3.10.	Rapporti con altre norme del codice penale in materia	
		di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.: concussio-	
		ne, corruzione, istigazione alla corruzione	1161
	3.11.	Pena. Prescrizione	1163
	3.12.	Note processuali	1163
4.		tto di accettazione di retribuzione non dovuta ex art. 335	
	CCII:	ratio legis	1163
	4.1.	I soggetti attivi	1164
	4.2.	La condotta	1165
	4.3.	Il concetto di «retribuzione»	1165
	4.4.	Il concorso di persone nel reato: terzo promittente o	
		solvente	1166
	4.5.	L'elemento psicologico: dolo generico	1166
	4.6.	Il momento di consumazione del reato. Il tentativo	1166
	4.7.	Rapporti con altre norme del codice penale in materia	
		di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.: concussio-	
		ne, corruzione	1167
	4.8.	Pena. Prescrizione	1169
	4.9.	Note processuali	1169
5.	Il deli	tto di omessa consegna o deposito di cose della liquida-	
	zione	giudiziale ex art. 336 CCII: generalità e ratio legis	1170
	5.1.	I soggetti attivi	1171
	5.2.	L'elemento oggettivo: l'ordine del giudice. La condotta	
		omissiva	1172
	5.3.	L'elemento psicologico: dolo generico; colpa	1175
	5.4.	Il momento di consumazione del reato	1176
	5.5.	Rapporti con altre norme del codice penale in materia	
		di delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.: peculato	1177
	5.6.	Pena. Prescrizione	1180
	5.7.	Note processuali	1180

XXVI · Wolten Klinger Italia

Som	

XXVII

am so pe	iminis cietà, c r i rea	2 – Profili di responsabilità penale dell'imprenditore, stratori, dei direttori generali, dei sindaci e dei liquidato degli institori dell'imprenditore, nel concordato preven ti previsti dal codice della crisi d'impresa e della insolv	ori di tivo.
di l	Luigi G	iarratana	
1.	penal	itto previsto dall'art. 341, comma 1, CCII: responsabilità le dell'imprenditore nel concordato preventivo. generalità o legis	1186 1187
	1.3.	Il momento di consumazione del reato. Il tentativo	1193
	1.4.	L'elemento psicologico: dolo specifico	1194
	1.5.	Concorso di persone nel reato proprio	1195
	1.6.	Pena. Prescrizione	1196
	1.7.	Note processuali	1196
	1.8.	Le fattispecie incriminatrici previste dall'art. 341, comma 2, ccii: generalità	1196
de de	ll'OC lla cris	3 – La responsabilità penale del debitore e dei compor C, dei componenti dell'OCRI, per i reati previsti dal con si d'impresa e della insolvenza Garratana	ienti dice
1.	dell'C	esponsabilità penale del debitore e dei componenti OCC per i reati previsti dall'art. 344 CCII: generalità e ratio	
	1,2.	Leagratti attivi	1204
	1.3.	I soggetti attivi Le condotte	1206 1207
	1.4.	Il momento di consumazione del reato. Il tentativo	1218
	1.5.	L'elemento psicologico: dolo specifico; dolo generico	1220
	1.6.	Concorso di persone nel reato proprio	1221
	1.7.	Pena. Prescrizione	1221
	1.8.	Note processuali	1222
2.	La re	sponsabilità penale dei componenti dell'OCRI per il rea-	
	to di	falso nelle attestazioni ex art. 345 CCII: generalità e ratio	
	legis		1222
	2.1.	I soggetti attivi	1224
	2.2.	La condotta	1225
	2.3.	Il momento di consumazione del reato. Il tentativo	1227

· Wobers Khaver Ridia

5	m	۱m	aı	o	

	2.4. 2.5. 2.6. 2.7. 2.8.	L'elemento psicologico: dolo generico; dolo specifico Circostanze aggravanti del reato Concorso di persone nel reato proprio Pena. Prescrizione	1227 1227 1227 1228 1228
		Appendice Covid-19 Emergenza sanitaria e crisi d'impresa	
Sea	zione l	I – L'impatto del virus Covid-19 sul diritto della crisi	
		Pacchi	
1.	Preme	essa	1233
2. 3.	Le ur	genze: scongiurare la dichiarazione di fallimentogenze: mettere al riparo le procedure compositive in	1235
	corso		1237
4. 5. 6.	Evitar Alla r vid-19	genze: la sequenza automatic stay – piano attestatoe il fallimento. si può rileggere l'art. 5 l. fall.?icerca del sistema migliore per fronteggiare la crisi da Co- b: la scelta tra legge fallimentare e il codice della crisi e	1240 1242
7.	dell'ir	nsolvenza	1248
8.	Ripen	lemi del legislatore dell'emergenzasare la negozialità	1255 1260
9.	Concl	usioni	1263
Sea e d	zione l	II – L'incidenza del diritto emergenziale sullo stato di o lvenza. La dirompente "insolvenza reversibile"	risi
di I	Michele	Monteleone	
1.	Preme	essa	1267
2.		e insolvenza nell'attuale sistema concorsuale	1270
3. 4.	Crisi	olvenza prospetticae insolvenza nel codice della crisi d'impresa e dell'insol-	1275
5.	Venza	dyonga la nandomia a i rannosti abbligatari	1280
6.	Legisl	olvenza, la pandemia e i rapporti obbligatoriazione emergenziale e non fallibilità: la causa di forza	1283
7.	Concl	ioreusioni	1288 1292

XXVIII

10 Wolfers Khiwer India

Sezione III – L'impresa fra illiquidità e solidità economica una visione aziendalista

di Maria Lucetta Russotto

1.	Premessa	129:
2.	L'illiquidità quale possibile segnale di crisi	1296
3.	La crisi come concetto economico.	1298
	3.1. La teoria del valore	1299
	3.2. La manifestazione della crisi	1302
4.	La crisi d'impresa e l'analisi di bilancio	1304
5.	L'insolvenza	1300
6.	Conclusioni	131
Inc	dice analitico	1313

2 Webers Kluwer fialia

XXIX

PROFILO AUTORI

- CURATORE E AUTORE -

MICHELE MONTELEONE

Presidente del Collegio Esecuzione/Fallimenti – G.D. del Tribunale di Benevento; Professore a contratto presso l'Università LUM Giuseppe Degennaro in "Diritto e gestione delle Crisi di Impresa"; già Docente presso l'Università degli Studi di Lecce e Bari; Coautore di numerose opere scientifiche tra cui "Curatore fallimentare" e "Commissario e liquidatore giudiziale"; Componente dell'Osservatorio sulle crisi d'Impresa (OCI) e dei Comitati Scientifici Associazione Osservatorio Internazionale sul Debito (AOID) e Adusbef.

- ALTRI AUTORI -

ROBERTO BELLÈ

Consigliere della Corte di Cassazione.

MARCELLA CARADONNA

Dottore Commercialista e Revisore Legale; Consulente d'Impresa; Presidente ODCEC Milano; Autrice di numerose pubblicazioni in materia economico – aziendale.

ANTONIO COSTA

Ordinario di Economia Aziendale presso l'Università del Salento; Dottore Commercialista iscritto all'Ordine di Lecce; Autore di altre pubblicazioni in materie economico aziendali e di crisi di impresa.

MICHELE CUOCO

Giudice delegato ai fallimenti e alle esecuzioni immobiliari presso il Tribunale di Benevento.

LUCA D'AMORE

Avvocato, amministratore giudiziario.

LUIGI D'ORAZIO

Consigliere Corte di cassazione.

DOMENICO FAUCEGLIA

Avvocato; Assegnista di ricerca presso l'Università di Roma Tor Vergata Facoltà di Economia.

LUIGI GIARRATANA

Avvocato penalista; già Professore a contratto dell'insegnamento di diritto penale, didattica integrativa presso l'Università di Bari Aldo Moro, Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali; Cultore dell'insegnamento di diritto penale presso l'Università di Bari Aldo Moro; Autore di altre pubblicazioni in materia penale.

MARIA AZZURRA GUERRA

Magistrato ordinario presso la Sezione civile del Tribunale di Trani.

VINCENZO MOCCIA

Commercialista; fondatore nel 1972 dello Studio Moccia - commercialisti ed avvocati - Melfi (PZ); Autore di altre pubblicazioni in materia concorsuale.

ANTONIO PIO MORCONE

Avvocato concorsualista; già cultore della materia di diritto civile e commerciale presso l'Università degli Studi del Sannio in Benevento; Autore di altre pubblicazioni in materia concorsuale.

STEFANIA PACCHI

Avvocato; già Ordinario di diritto commerciale nell'Università di Siena, Cattedra d'eccellenza Università Carlos III di Madrid; Professore a contratto di diritto fallimentare nell'Università di Siena, Presidente dell'Associazione Osservatorio internazionale sul debito, Presidente emerito e socio fondatore del Instituto IberoAmericano de derecho concursal.

PIETRO PAOLO PAPALEO

Dottore Commercialista e Revisore Legale; Socio fondatore PVG Consulting, specializzato in crisi d'impresa e ristrutturazione del debito; Relatore nell'ambito di master e corsi di specializzazione; nonché Autore e Coautore di contributi ed opere collettanee in materia concorsuale.

GIULIO PENNISI

Dottore commercialista e revisore legale, Founder *Pennisi&Partners*; Autore di pubblicazioni in materia di diritto della crisi.

ADELE PESSOLANO

Avvocato in Salerno, specializzato in diritto commerciale e diritto della crisi di impresa; membro di "Redatti" dell'Osservatorio sulle crisi d'Impresa (OCI); componente del Comitato Scientifico di Adusbef; ha collaborato ai Manuali per la professione "Curatore fallimentare" e "Commissario e liquidatore giudiziale".

MARCELLO POLLIO

Professore incaricato di Crisi e risanamento d'impresa presso l'Università Telematica Pegaso e di Revisione aziendale presso l'Università degli studi della Magna Graecia di Catanzaro; Dottore commercialista; Revisore legale in Genova e Milano.

PATRIZIA RIVA

Ph.D., Professore Associato nell'Università del Piemonte Orientale; Dottore Commercialista e Revisore in Monza e Milano; Vicepresidente Apri e Componente Commissione Codice della Crisi Cndcec.

FELICE RUSCETTA

Professore a contratto in Contabilità informatizzata per le imprese presso l'Università degli Studi "G. D'Annunzio" di Chieti-Pescara per l'a.a. 2020-2021; Dottore Commercialista e Revisore legale; Presidente del Comitato Scientifico ADR e Mediazione dell'Associazione nazionale ADR e Crisi.

PASQUALE RUSSOLILLO

Giudice delegato presso il Tribunale di Avellino.

MARIA LUCETTA RUSSOTTO

Professore aggregato Dipartimento di scienze per l'Economia e le Imprese (DISEI), Università di Firenze, Docente Scuola Superiore della Magistratura; Dottore commercialista; autore di altre pubblicazioni in materia giuridico-aziendale.

ANDREA TANGA

Avvocato; Doltorando di ricerca in Economia e politica dei mercati e delle imprese presso l'Università di Salerno.

- COLLABORATORI -

PATRIZIA DE NUNZIO

Dirigente Cancelleria Esecuzione/Fallimenti Tribunale Benevento; Responsabile dell'Ufficio per il Processo del settore di riferimento; ha collaborato, in qualità di Coordinatore del Comitato Scientifico ai manuali per la professione "Curatore fallimentare" e "Commissario e liquidatore giudiziale".

MARCELLO PARRINELLO

Professore Aggregato di diritto commerciale presso l'Università di Messina; Avvocato esperto in diritto commerciale e nel diritto della crisi d'impresa; Autore di molteplici pubblicazioni in materia di procedure concorsuali.

MAURELLI PASQUALE

Ingegnere; Valutatore Immobiliare certificato da IMQ ai sensi della norma UNI 11558:2014 profilo professionale avanzato; Componente del direttivo nazionale di *E-Valuations* Istituto di Estimo e Valutazione; Autori di testi e pubblicazioni in materia civile.

ALESSIA SANTAMARIA

Magistrato ordinario in tirocinio presso il Tribunale di Napoli; assegnata al Tribunale di Torino con funzioni di giudicante civile; Componente del Comitato Scientifico di Adusbef; ha collaborato ai manuali per la professione "Curatore fallimentare" e "Commissario e liquidatore giudiziale".

- COMITATO SCIENTIFICO -

CLAUDIA CAMILLERI, LUCA ORLANDO, ANTONIO PEPE

In Tirocinio Formativo ai sensi dell'art. 73, D.L. n. 69/2013 e componenti dell'Ufficio per il Processo presso il Tribunale di Benevento.



CAPITOLO 2 GLI STRUMENTI DI ALLERTA

di Patrizia Riva

Nel marzo 2018 Banca d'Italia¹ ha pubblicato una ricerca condotta su larga scala ossia su di un dataset costituito da circa 3.350 procedure di concordato preventivo e circa 400 accordi di ristrutturazione ammessi nel periodo 2009-2015. Le analisi condotte hanno messo in luce che le condizioni economico-finanziarie delle imprese che utilizzano le procedure di gestione delle crisi appaiono migliori per le imprese che ricorrono agli accordi di ristrutturazione, intermedie per i concordati e peggiori per i fallimenti. Ciò è in parte fisiologico e correlato alla natura delle diverse procedure poiché è il legislatore stesso ad averle ipotizzate con livello di coinvolgimento giudiziale crescente, in funzione dei diversi livelli di crisi dell'impresa Sotto questo profilo, il sistema disegnato a partire dal 2005, che ha reso disponibili una pluralità di strumenti di natura negoziale, pare aver contribuito ad anticipare l'emersione della crisi per facilitarne la soluzione. Con riferimento ai concordati, le analisi svolte nella ricerca hanno mostrato che una più precoce individuazione della crisi è associata a una migliore performance. La procedura di allerta introdotta dalla riforma del Codice della Crisi e dell'Insolvenza è chiamata a dare un significativo contributo in questa direzione ossia nel favorire l'emersione delle situazioni di crisi. In particolare elemento fondante la riforma è la previsione di misure che mirano a superare l'inerzia del debitore mediante il rafforzamento della governance e della responsabilità degli organi di controllo e con la previsione di meccanismi premiali. Nello stesso tempo il coinvolgimento di soggetti professionali overanti nell'ambito dell'Organismo di Composizione della Crisi (OCRI) e incaricati di assistere il debitore nella ricerca di soluzioni concordate con i creditori, dovrebbe contribuire in modo importante a favorire l'utilizzo del concordato e degli altri strumenti negoziali per il risanamento delle imprese. Per "allerta" devono in sostanza intendersi le misure volte a prevenire la crisi di impresa2. In particolare l'art. 2 del CCI definisce

Walters Kluwer Italia 31

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

la crisi e l'insolvenza quali concetti autonomi: la crisi rappresenta lo stato di squilibrio economico-finanziario3 che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate; l'insolvenza è definita, invece, come lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. L'istituto dell'allerta, disciplinato negli artt. 12 ss. del Codice della crisi, è rappresentato pertanto dagli strumenti d'allerta, ovvero dagli obblighi di segnalazione posti a carico degli organi di controllo societario e dei creditori pubblici qualificati, aventi la finalità di rilevare tempestivamente gli indizi di crisi dell'impresa. In particolare gli obblighi amministrativi a carico dell'imprenditore sono previsti nell'art. 3 che stabilisce l'obbligo per l'imprenditore individuale di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte e l'obbligo per l'imprenditore collettivo di adottare un assetto organizzativo adeguato ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative. Di fondamentale importanza è il riferimento a tutti i soggetti operanti nel sistema economico indipendentemente dalla forma e complessità organizzativa: tutti devono essere consapevoli – non solo le società, ma anche individui singoli – del fatto che è indispensabile essere in grado di valutare giorno per giorno lo stato di salute della propria attività economica e che a tale fine ci si deve dotare di strumenti utili e proporzionati.

Sommario: 1. L'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile – 2. L'ampliamento degli organi di controllo nelle società a responsabilità limitata – 3. Alternatività tra attività non equivalenti: vigilanza del collegio sindacale e revisione legale. conseguenze – 4. Gli indici dell'allerta – 4.1. Centralità del Debt Service Coverage ratio e dei sistemi di pianificazione e di budgeting – 5. Crisi, allerta e gestione del turnaround: una possibile scansione temporale – 5.1. Procedimenti di allerta paralleli e autonomi: l'intervento degli organi di controllo societario concorre con quello dei creditori pubblici qualificati

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 2, 3, 4, 12, 13, 14, 15, 24, 37, 375, 377 c.c.i.; artt. 2381, 2386, 2389, 2391, 2400, 2401, 2402, 2403, 2403-bis, 2406, 2408, 2409, 2409-bis, 2409-septies, 2412, 2425, 2426, 2435-bis, 2477 c.c.; art. 154-bis, D.Lgs. n. 58/1998 (TUF); art. 24, D.Lgs. n. 231/2001.

32 Wohen Johnson hale

¹ Danovi A.-Giacomelli S.-Riva P.-Rodano G., Strumenti negoziali per la soluzione delle crisi d'impresa: il concordato preventivo, Quaderno n. 430, Questioni di Economia e Finanza (Occasional Papers), Banca d'Italia, marzo 2018.

² L'entrata in vigore della riforma era inizialmente prevista per il 15/08/2020, ovvero decorsi 18 mesi dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del D.Lgs. 12/01/2019, n. 14, recante il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Con il D.L. 08/04/2020, n. 23 è stato previsto (all'art. 5) il differimento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza alla data del 01/09/2021. La relazione tecnica al D.L. n. 23/2020 (altrimenti denominato "Decreto Liquidità") ha dato conto delle ragioni del rinvio individuate in via principale nella nota situazione di emergenza sanitaria "Covid19" che sta interessando l'intero territorio nazionale, la quale costituisce il vero e proprio presupposto della legislazione emergenziale stessa. Restano in vigore le norme del CCI già entrate in vigore ai sensi dell'art. 389, comma 2, CCI ossia tutte le modifiche al Codice Civile in tema di assetti organizzativi.

³ Si tiene conto del D.Lgs. Correttivo n. 147 del 26/10/2020, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 05/11/2020, che ha previsto la seguente formulazione con riferimento alla definizione di crisi riportata all'art. 2: "Ai fini del presente codice si intende per: a) 'crisi': lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate".

1. L'adeguatezza del sistema organizzativo, amministrativo e contabile

L'"assetto organizzativo" si valuta "adeguato" se presenta una struttura compatibile con le dimensioni della società nonché con la natura e con le modalità di perseguimento dell'oggetto sociale. Il Codice contiene alcune disposizioni immediatamente operative entrate in vigore con decorrenza dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione del D.Lgs. n. 14/2019 nella Gazzetta Ufficiale intercorso il 14/02/2019 e dunque vigenti a far tempo dal 16/03/2019, che completano il percorso di modifica del sistema della responsabilità degli enti e dei soggetti che li amministrano e controllano, avviato dal legislatore da alcuni anni. È opportuno, infatti, ricordare che il principio dell'adeguatezza degli assetti è stato introdotto nel nostro ordinamento con la riforma del diritto societario attuata dal D.Lgs. n. 6/2003, anche se con riferimento alle sole società per azioni. L'art. 2381, comma 3, c.c. prevede infatti che il consiglio di amministrazione, sulla base delle informazioni ricevute, valuti l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società. Il comma quinto della medesima disposizione prevede che gli organi delegati curino che lo stesso sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscano al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo Statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi. Infine, ai sensi dell'art. 2403 c.c., il collegio sindacale vigila sull'adeguatezza dell'assetto societario e sul suo concreto azionamento. Il principio dell'adeguatezza dunque non rappresenta una novità per il nostro ordinamento, anche se le modifiche introdotte dagli artt. 375 e 377 del Codice si pongono in una nuova prospettiva (quella della tempestiva rilevazione dello stato di crisi) e - soprattutto - si riferiscono a tutte le società, sia di persone sia di capitali⁴.

€ Wolters Klinver Italia 33

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

Il CCI, inoltre, attribuisce al controllo di gestione e più in generale agli obblighi di organizzazione e pianificazione dell'attività d'impresa una funzione centrale ai fini della gestione dei rischi cui l'attività d'impresa è per sua natura soggetta, ciò nella prospettiva di assicurare adeguata tutela agli interessi di tutti i cosiddetti stakeholders (investitori, risparmiatori, lavoratori, clienti, fornitori, e talora semplici cittadini), sulla cui sfera giuridica, economica e personale tali rischi si riverberano. L'intervento del legislatore è stato incisivo sulle disposizioni generali e particolari che disciplinano la materia, ponendo al centro dell'intero sistema della responsabilità dei soggetti investiti di funzioni di amministrazione e controllo dell'impresa - è importante ripeterlo sia essa collettiva o individuale - l'obbligo di dotarsi di strumenti idonei a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e di assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte. Si può affermare che tutto il sistema delle responsabilità sia stato strutturato in funzione dell'obbligo di gestire in modo adeguato il rischio di crisi e di salvaguardare la continuità d'impresa⁵. Tale obbligo deve essere inteso in modo commisurato alle dimensioni e alla complessità della realtà aziendale.

Proprio al fine di meglio comprendere come possa essere applicato il principio di proporzionalità è necessario, a parere di chi scrive, porre attenzione ai modelli di riferimento che, sia pure ad oggi riferiti – dalla nor-

caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate". Si tratta di quella che si potrebbe configurare come "norma-matrice", là dove si attribuisce all'organo amministrativo delegato il compito di curare gli assetti, cioè di stabilirne la configurazione e al consiglio di amministrazione nel suo complesso e agli amministratori non esecutivi di valutarli. Per logica inferenza, il collegio sindacale nella sua attribuzione principe di organo di controllo di legalità, ai sensi dell'art. 2403 c.c. "vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento". Sono pertanto concetti pre-esistenti che l'inserzione nel codice della crisi, tuttavia, consente di contestualizzare e rendere meno vaghi.

s "L'impresa in crisi è bene che trascende la tutela dei creditori, raggruppando interessi altrettanto meritevoli di considerazione in capo ad eterogenee classi: lavoratori, Fisco, finanziatori, enti di previdenza, fornitori. La protezione delle realtà produttive risponde di per sé, olisticamente, all'interesse generale dell'economia e del mercato. Con le allerte l'universo concorsuale smarrisce le sembianze tradizionali: non più regolazione del momento patologico dell'impresa, ma disciplina che disegna supporti e strumenti funzionali a scelte di strategia imprenditoriale. L'egida è quella di una nuova concorsualità negoziale, che sensibilizza i creditori a partecipare nei processi decisori dell'impresa in anticipo rispetto alla collocazione giudiziale della crisi. Le regole sostanziali e procedimentali della preconcorsualità tengono in piedi going concern e miglior soddisfacimento dei creditori, neutralizzando con la negoziazione le situazioni di conflitto e incanalandole in un ordinato concorso. La procedura davanti all'OCRI è il "luogo d'incontro" inaugurato a tal fine.". Così Leuzzi S., in "La scommessa dell'allerta: inquadramento, regole, criticità", intervento nell'ambito del Convegno della Scuola Superiore della Magistratutra "Il codice della crisi d'impresa e le misure d'allerta", 4-6/11/2020.

· Wolters Klinver Italia

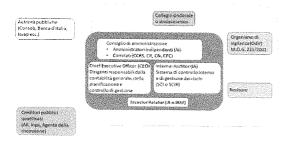
⁴ Sul tema si vedano per approfondimenti: Riva P., Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF, Egea, 2020; Fabiani M., Assetti societari, attività d'impresa e doveri solidaristici a margine della crisi d'impresa, Relazione al Corso Scuola Superiore della Magistratura "ll codice della Crisi d'impresa e le misure d'allerta" tenutosi dal 4 al 6/11/2020. Quest'ultimo, in particolare, evidenzia lo stato dell'arte all'alba del codice della crisi. In particolare ricorda che nell'art. 2381 c.c. si legge (e si leggeva), prima, che "Il consiglio di amministrazione determina il contenuto, i limiti e le eventuali modalità di esercizio della delega; può sempre impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega. Sulla base delle informazioni ricevute valuta l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società; quando elaborati, esamina i piani strategici, industriali e finanziari della società; valuta, sulla base della relazione degli organi delegati, il generale andamento della gestione"; poi, che "Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o

mativa e dai codici di comportamento – alle aziende più complesse, rappresentano senza dubbio il benchmark cui ogni imprenditore è chiamato a porre la propria attenzione. Solo conoscendo le potenziali articolazioni degli assetti organizzativi sarà infatti possibile poi valutare in quale misura strutturare il proprio sistema di governance e quindi in sostanza individuare: i- da un lato quali presidi implementare in quanto valutati utili e necessari a prescindere dagli obblighi normativi; ii- dall'altro quali presidi consapevolmente non implementare in quanto valutati ridondanti o eccessivi per le caratteristiche strutturali dell'azienda gestita ove naturalmente i medesimi non siano prescritti dalla norma. Si deve trattare in altri termini di una scelta dell'imprenditore basata sulla conoscenza del modello che rappresenta il benchmark di riferimento..

Come ogni sistema di *corporate governance* anche quello italiano è caratterizzato dalla presenza da un lato di soggetti con ruolo gestionale e dall'altro lato di soggetti con ruolo di controllo. La configurazione delle due categorie si differenzia in funzione delle caratteristiche strutturali, tra cui la dimensione e il settore in cui opera l'azienda e, come già evidenziato, delle valutazioni aziendali.

Una sintetica mappatura dei possibili soggetti coinvolti, ipotizzando l'applicazione del più diffuso modello tradizionale, è rappresentata nella figura che segue:

Figura 1: Assetti organizzativi. Il modello di riferimento



Fonte: Rielaborazione da Riva P., "La mappa dei ruoli e compiti degli attori della governance societaria in situazione di going concern", in "Ruoli di Corporate Governance. Assetti organizzativi e DNF", Egea, 2020.

Nel modello di corporate governance raffigurato si prevede la presenza con ruolo amministrativo gestionale del consiglio di amministrazione o

Wolters Kluwer Italia 35

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

amministratore unico che svolge il ruolo di indirizzo strategico dell'attività aziendale ed è responsabile della implementazione di adeguati assetti informativi. Nell'ambito del consiglio sono poi individuati alcuni ruoli rilevanti in quanto utili per rendere maggiormente attivo ed efficace il funzionamento dell'organismo stesso. Ciò ad oggi è diffuso soprattutto nelle realtà di maggiori dimensioni, ma tale modalità operativa è destinata a diffondersi proprio alla luce della riforma introdotta con il CCI che richiede una particolare attenzione ad aspetti differenti della gestione aziendale in particolare ai rischi che possono avere un impatto sull'equilibrio economico, finanziario e patrimoniale dell'azienda con potenziali conseguenze sulla continuità aziendale. Si tratta in via principale: di uno o più amministratori esecutivi impegnati nella gestione corrente della stessa; di uno o più amministratori indipendenti, tra i quali quello incaricato dell'istituzione e del mantenimento di un efficace sistema di controllo interno e di gestione dei rischi; nonché di uno o più comitati composti in massima parte da amministratori indipendenti focalizzati sul presidio di alcune specifiche aree rilevanti (rischi aziendali CCR). remunerazione CR, nomine CN, rapporti con le parti correlate CPC, Tra i Comitati, il Comitato Controllo e Rischi (o CCR) assume senz'altro una rilevanza strategica specifica in quanto ad esso è demandato il compito di supportare, con un'adeguata attività istruttoria, le valutazioni e le decisioni del consiglio di amministrazione relative al sistema di controllo interno e di gestione dei rischi, nonché quelle relative all'approvazione delle relazioni finanziarie rivolte a tutti gli interlocutori aziendali6.

Il Consiglio deve poter contare su dirigenti amministrativi che presidino con la loro attività da un lato la contabilità generale finalizzata alla composizione del bilancio e delle situazioni infrannuali consuntive, dall'altro lato la pianificazione e il controllo di gestione e che quindi siano in grado di preparare rendiconti periodici. Questi documenti sono senz'altro rielaborazioni di informazioni provenienti dalla contabilità generale, ma sono solitamente composti anche da cruscotti di dati generati dalla contabilità analitica e provenienti da ulteriori differenti e specifici database aziendali extra-contabili (o non finanziari). Per poter essere utili alla gestione tali rendiconti devono essere aggiornati in modo tempestivo e devono essere

Wohels Kluwer fining

[°] È il caso di ricordare per completezza che nelle realtà di maggiori dimensioni sarà istituita anche la figura del Dirigente Preposto alla redazione dei documenti contabili, figura istituita a seguito della L. n. 262/2005 ha introdotto nell'ambito del D.Lgs. n. 58/1998 (TUF) l'art. 154-bis. Il Dirigente Preposto (DP) è incaricato di predisporre adeguate procedure amministrative e contabili per la formazione del bilancio d'esercizio e, ove previsto, del bilancio consolidato nonché di ogni altra comunicazione di carattere finanziario. La norma citata prevede inoltre che l'adeguatezza e l'effettiva applicazione di queste procedure siano oggetto di un'attestazione da parte del medesimo Preposto nell'ambito di una relazione allegata al bilancio d'esercizio o, eventualmente, al bilancio consolidato.

sottoposti con periodicità al consiglio così che possa essere compreso l'effettivo andamento aziendale consuntivo e la prevista evoluzione dello stesso verificando l'impatto delle strategie impostate sulla gestione e ponendo rimedio di conseguenza agli eventuali scostamenti rispetto alle iniziali previsioni.

Il modello proposto in Figura 1 rappresenta poi con ruolo di controllo una serie di figure, di solito tutte contemporaneamente presenti nelle realtà maggiormente articolate, ma anch'esse, come già evidenziato, destinate a trovare, sia pure nel rispetto del principio di proporzionalità richiamato anche dal codice di corporate governance 2020, una maggiore diffusione proprio alla luce del dettato del CCI. Si tratta:

- del responsabile della funzione di internal auditor che opera in staff direttamente al consiglio di amministrazione ed è incaricato, quando presente, di implementare il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e di monitorarne nel tempo il funzionamento e l'adeguatezza⁷;
- del collegio sindacale che svolge l'attività di vigilanza ex ante sull'operato del consiglio e si assicura che siano stati implementati dal medesimo adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili;
- del revisore unico o della società di revisione che è l'organo preposto a svolgere attività di revisione legale sulla contabilità generale ossia responsabile del controllo ex post sul bilancio e quindi sui dati contabili consuntivi redatti dall'azienda in coerenza con gli standard di auditing;
- dell'organismo di vigilanza, istituito dal D.Lgs. n. 231/2001, dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, cui è assegnato specificamente il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello di Organizzazione e di Gestione funzionale alla prevenzione dei reati-fattispecie di cui all'art. 24 del medesimo decreto.

2. L'ampliamento degli organi di controllo nelle società a responsabilità limitata

È opportuno un approfondimento con riferimento agli obblighi introdotti in passato e modificati ora con il CCI per le società a responsabilità limitata.

A tutela degli stakeholder, il legislatore ha previsto un articolato sistema di controlli che riguardano, da un lato, l'osservanza delle norme di legge relative alla redazione del bilancio e quindi l'affidabilità dell'informativa contabile in conformità ai principi contabili di riferimento, e dall'altro l'os-

servanza della legge e dello statuto. In relazione al controllo di legalità, ai fini della tutela dell'integrità del capitale assume particolare importanza la vigilanza sulla tempestiva attuazione dei provvedimenti obbligatori in caso di perdite significative, tali da pregiudicare la continuità aziendale. La funzione di controllo del bilancio rientrava originariamente fra i doveri del collegio sindacale previsti dall'art. 2403 c.c., la cui formulazione iniziale imponeva a tale organo l'obbligo di "accertare la regolare tenuta della contabilità sociale, la corrispondenza del bilancio e del conto dei profitti e delle perdite alle risultanze dei libri e delle scritture contabili e l'osservanza delle norme stabilite dall'art. 2425 per la valutazione del patrimonio sociale".

A seguito della riforma del diritto societario apportata con il D.Lgs. 17/01/2003, n. 6 fu introdotto l'istituto del "controllo contabile" di cui all'art. 2409-bis c.c., successivamente sostituito dalla "revisione legale", funzione distinta dalla vigilanza anche se esercitabile dal medesimo organo, e cioè dal collegio sindacale se composto da revisori iscritti nell'apposito registro, per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato. Il collegio sindacale incaricato della sola funzione di vigilanza conserva la responsabilità di esprimere il consenso all'iscrizione in bilancio, tra le immobilizzazioni immateriali, dei costi di impianto e ampliamento, dei costi di sviluppo aventi utilità pluriennale e dell'avviamento, e di sottoporre ai soci la relazione sui risultati dell'esercizio sociale e sull'attività svolta nell'adempimento dei propri doveri nonché le osservazioni e le proposte sul bilancio, acquisendo preliminarmente dai revisori le informazioni relative all'esito dei controlli da essi svolti. La concreta applicazione delle norme in materia di informazione contabile risulta così sottoposta al giudizio di professionisti qualificati, in conformità con il quadro giuridico europeo e con la prassi internazionale. L'attuazione da parte degli organi sociali dei provvedimenti a tutela del capitale e della solvibilità aziendale è soggetta alla vigilanza dell'organo di controllo, che nel sistema di governance tradizionale è costituito dal collegio sindacale. Ai sensi dell'art. 2409-septies c.c. il collegio sindacale e i soggetti incaricati della revisione legale dei conti si scambiano tempestivamente le informazioni rilevanti per l'espletamento dei rispettivi compiti, garantendo così il corretto funzionamento del sistema dei controlli societari.

Prima dell'approvazione del CCI, al rigoroso sistema di controlli previsto dal legislatore sfuggivano le numerose società a responsabilità limitata che non superavano due dei parametri relativi ai ricavi (8,8 milioni di euro), all'attivo (4,4 milioni di euro) e al numero di dipendenti (50 occupati in media durante l'esercizio) previsti dall'art. 2435-bis c.c. La trasparenza dell'informazione contabile fornita dalle società che non superavano tali parametri dimensionali risultava poi notevolmente compromessa dalla carenza informativa consentita nel bilancio abbreviato, che può omettere il rendiconto finanziario e non essere accompagnato dalla relazione sulla ge-

 $^{^7}$ La funzione è ulteriormente suddivisa nelle situazioni più complesse tra due figure professionali il risk manager e il compliance officer.

stione. Tale falla nel sistema dei controlli societari è stata ulteriormente allargata negli anni 2011 e 2012 a seguito delle modifiche all'art. 2477 c.c. approvate con procedura d'urgenza sotto la spinta dell'emergenza finanziaria, con il dichiarato scopo di ridurre gli oneri per le società. Tali modifiche, tuttavia, hanno prodotto l'effetto di indebolire la disciplina del controllo societario consentendo alle società a responsabilità limitata, anche di rilevanti dimensioni, di sottrarsi alla vigilanza obbligatoria del collegio sindacale ovvero del sindaco unico. A fronte di un modesto risparmio nei bilanci delle società interessate, è stata così pregiudicata l'applicazione generalizzata del sistema dei controlli creato dal legislatore nel corso di svariati anni a seguito di approfonditi dibattiti tecnici.

Il CCI estende, invece, i controlli societari alle società che per due esercizi consecutivi hanno superato anche uno solo dei limiti di attivo, ricavi e dipendenti, ridotti rispettivamente a 4 milioni di euro (sia per l'attivo sia per i ricavi) e 20 dipendenti occupati in media.

Art. 2477 c.c.			
Testo previgente	Testo modificato dall'art. 379, D.Lgs. n. 14/2019		
[3] La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società: a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato; b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti; c) per due esercizi consecutivi ha superato due dei limiti indicati dal primo comma dell'articolo 2435-bis.	[3] La nomina dell'organo di controllo o del revisore è obbligatoria se la società: a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato; b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti; c) ha superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale: 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite delle prestazioni: 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio: 20 unità.		
[4] L'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lettera c) del terzo comma cessa se, per due eser- cizi consecutivi, i predetti limiti non ven- gono superati.	[4] L'obbligo di nomina dell'organo d controllo o del revisore di cui alla lettera c) del terzo comma cessa quando, per tra esercizi consecutivi, non è superato alcu no dei predetti limiti.		

Ciò costituisce una condivisibile inversione di rotta da parte del legislatore che ora prevede l'applicazione dei controlli societari ad una platea di imprese molto più ampia. Si riconosce, quindi, a differenza di quanto avvenuto nel recente passato, che il beneficio atteso per l'intero sistema economico e sociale dalla migliore e più tempestiva gestione delle crisi connessa con la presenza degli organi di controllo è di gran lunga superiore al costo che le società devono sostenere per dotarsi di tali organi e al costo che sosterrebbero le imprese e indirettamente il sistema economico in caso di Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

crisi. Non si può che condividere in proposito quanto recentemente e con forza affermato da autorevole dottrina8: "è chiaro che l'imprenditore italiano, insofferente ai controlli in genere, percepisce questi soggetti come inutili sovrastrutture, moltiplicatrici di costi, ma la scommessa del successo di questa legge sta nel renderli consapevoli della loro utilità, tale da giustificare i costi presenti e abbattere in prospettiva quelli futuri della lotta alla crisi (che sono rilevanti)", e ancora "è logicamente indispensabile per rendere evidente la più grossa novità del codice che, timidamente si era affacciata in precedenza ma ora è affermata a chiare lettere: non può più pensarsi ragionevolmente che l'attività imprenditoriale di qualunque dimensione essa sia, possa essere gestita come lo è stata in passato. Vi è l'assoluta necessità che la creatività non regimentata ed il pressappochismo «spannometrico» tipici della gestione delle imprese italiane cessino".

3. Alternatività tra attività non equivalenti: vigilanza del collegio sindacale e revisione legale. conseguenze

L'art. 14 del CCI pone a carico degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo mantenga costantemente un adeguato assetto organizzativo dell'impresa, conservi l'equilibrio economico finanziario e valuti il prevedibile andamento della gestione, nonché l'obbligo di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi. Mentre per le società per azioni le funzioni e gli obblighi degli organi di vigilanza e di revisione sono chiari e distinti, per le società a responsabilità limitata la poco felice formulazione delle norme sopra richiamate richiede uno sforzo interpretativo per comprendere l'intenzione del legislatore. È necessario riflettere sul fatto che letteralmente l'art. 2477 c.c. – anche nella nuova formulazione – prevede la nomina "o" dell'organo di controllo "o" del revisore. L'alternatività nella nomina presuppone la considerazione che - secondo il legislatore – vi sia una sostanziale equipollenza e intercambiabilità tra le due figure professionali quanto a compiti e a ruoli. Tale impostazione non può essere condivisa e ha suscitato dissensi sia da parte delle istituzioni professionali - Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Consiglio Nazionale del Notariato9 - sia da parte della

40

⁶ Paluchowski A., Una nuova concezione di gestore (e controllore) dell'impresa, in I nuovi conpiti degli organi sociali, Fascicolo VI a cura di P. Riva, Collana crisi d'impresa Il Sole24Ore, Danovi A., Acciaro G., aprile 2019.

⁹ Si vedano sul punto: Gruppo di Lavoro Codice della Crisi del CNDCEC, Audizione Atto del Governo 175. Seconda Commissione Giustizia Camera dei deputati, pp. 43-45, luglio 2020; Consiglio Nazionale del Notariato, Codice della crisi d'impresa. Gli adeguamenti alla nuova disciplina

dottrina¹⁰ perché le due figure professionali sono chiamate al contrario dalla legge e dai principi professionali nazionali e internazionali a svolgere

La revisione legale è stata introdotta dal D.Lgs. 27/01/2010, n. 39 che ha attuato la Dir. 2006/43/CE. Si tratta di un'attività distinta dalla vigilanza, tuttavia si è già ricordato che per le società non tenute alla redazione del bilancio consolidato essa può essere svolta dall'organo di controllo societario, e cioè dal collegio sindacale – o dal sindaco unico – se composto da revisori iscritti nell'apposito registro. Ai sensi dell'art. 11, D.Lgs. n. 39/2010, la revisione legale è svolta in conformità ai principi di revisione internazionali ISA Italia, adottati con determina del Ragioniere generale dello Stato¹¹. Si tratta della traduzione in lingua italiana dei principi di revisione internazionali International Standars on Auditing (ISA) emanati dall'International Auditing and Assurance Standards Board (IAASB), integrata con considerazioni specifiche nell'ambito delle disposizioni normative e regolamentari dell'ordinamento italiano. In base a tali principi professionali, la finalità della revisione contabile è l'espressione da parte del revisore di un giudizio in merito al fatto se il bilancio sia redatto, in tutti gli aspetti significativi, in conformità al quadro normativo sull'informazione finanziaria applicabile¹². Assume cioè soltanto l'incarico di esprimere un giudizio professionale consuntivo sulla conformità del bilancio d'esercizio alle disposizioni applicabili, dopo aver acquisito ogni elemento probativo necessario a tale scopo. Nell'ambito della propria attività, il revisore deve apprezzare la valutazione della direzione aziendale in merito alla capacità dell'impresa di continuare ad operare come un'entità in funzionamento per un periodo non inferiore a dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio^{13,¹}. In altri termini tra gli elementi probativi necessari al revisore per l'espressione del giudizio è compreso l'accertamento del presupposto della continuità aziendale, ma solo alla data del bilancio oggetto del giudizio. Per poter identificare e valutare i rischi di errori significativi nel bilancio, il revisore deve acquisire nelle fasi preliminari del proprio lavoro una comprensione

Woher, Kluver Julia 41

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

dell'impresa e il contesto in cui essa opera, inclusi gli aspetti del suo controllo interno rilevanti ai fini della revisione contabile¹⁴.

Al contrario l'art. 2403 c.c. attribuisce al collegio sindacale il dovere di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione e in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento. L'obbligo di verificare periodicamente la valutazione dell'equilibrio economico finanziario nel corso dell'esercizio e di segnalare immediatamente all'organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi rientra nell'ordinaria attività di vigilanza svolta dai sindaci, da esercitarsi con periodicità almeno trimestrale. In estrema sintesi, la vigilanza si sostanzia nelle seguenti attività: a) Vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto: verifica della conformità degli atti e delle deliberazioni degli organi delle società alle norme di legge ed alle disposizioni dello statuto; b) Vigilanza sul rispetto dei principi di corretta amministrazione: verifica degli aspetti di legittimità e razionalità economica delle scelte di gestione degli amministratori, senza entrare nel merito dell'opportunità e convenienza delle scelte stesse; c) Vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento: verifica dell'adeguatezza e del funzionamento delle direttive e delle procedure aziendali, comprese quelle attinenti alla raccolta e alla produzione delle informazioni di bilancio. Ai fini dello svolgimento della propria attività il collegio sindacale, oltre all'effettuazione delle proprie periodiche riunioni e dei controlli suddetti deve assistere alle adunanze del consiglio di amministrazione, alle assemblee sociali e alle riunioni del comitato esecutivo. Il collegio sindacale è investito di autonomi poteri, consistenti principalmente: negli atti di ispezione e di controllo e nella richiesta di notizie agli amministratori (art. 2403-bis c.c.); nella convocazione degli organi sociali in caso di omissione o di ingiustificato ritardo da parte degli amministratori, ovvero qualora il collegio ravvisi fatti censurabili di rilevante gravità e vi sia urgente necessità di provvedere (art. 2406 c.c.); nell'indagine sui fatti censurabili denunciati dai soci (art. 2408 c.c.); nella denuncia al tribunale in caso di fondato sospetto di gravi irregolarità compiute dagli amministratori (art. 2409 c.c.). In caso di cessazione di tutti gli amministratori, il collegio sindacale può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione (art. 2386 c.c.). Prescindendo dall'eventuale esercizio della revisione legale, l'attività di vigilanza del collegio sindacale comprende attività specificatamente previste dalla normativa, quali il controllo dell'andamento generale della gestione e la prevedibile evoluzione, nonché delle operazioni gestionali di maggior rilievo effettuate dalla società e dalle sue controllate (art. 2381 c.c.); l'espressione del parere sul compenso da riconoscere agli amministratori investiti di

42

sulla nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle cooperative e il richiamo all'art. 2409, c.c., in

¹⁰ In questo senso si vedano: Riva P.-Difino M., Controllo societario e revisione nel Codice della crisi d'impresa, in Il Fallimentarista, 03/07/2019; Riva P.-Difino M., Crisi d'impresa: controlli societari più ampi per le società a responsabilità limitata, Ipsoa quotidiano, 23/04/2019; De Angelis L., Dalle novità sulla crisi molti poteri al sindaco unico, meno al revisore, Eutekne, 04/04/2019; Bava F., La revisione legale nelle srl è sempre obbligatoria, Eutekne, 05/07/2019; Cioccarelli A.-Gavelli G., Srl. dal revisore unico al collegio, i dubbi su nomina e funzioni, in Sole24Ore, 25/11/2019; Meneghetti P., Organo di controllo e revisori svelano la crisi in due step, in Sole24Ore, 09/09/2019. ¹¹ Determina 23/12/2014, 15/06/2017, 31/07/2017 e 12/01/2018.

¹² Principio di revisione ISA Italia n. 200.

¹³ Principio di revisione ISA Italia n. 570.

¹⁴ Principio di revisione ISA Italia n. 315.

particolari cariche (art. 2389 c.c.); il controllo delle operazioni poste in essere dagli amministratori in situazioni di conflitto di interesse (art. 2391 c.c.); il controllo e l'attestazione dei limiti all'emissione di prestiti obbligazionari (art. 2412 c.c.); l'espressione del consenso all'iscrizione in bilancio, tra le immobilizzazioni immateriali, dei costi di impianto e ampliamento, dei costi di sviluppo aventi utilità pluriennale e dell'avviamento (art. 2426 c.c.); la formulazione della proposta motivata sul conferimento dell'incarico di revisione legale e l'espressione delle proprie osservazioni in caso di revoca del medesimo (art. 13, D.Lgs. 27/01/2010, n. 39). Inoltre, è necessario ricordarlo in questa sede, proprio con il CCI è riconosciuto al Collegio sindacale il potere di richiedere il fallimento della società (art. 37, comma 2, CCI).

L'attuale formulazione della bozza di art. 2477 c.c. che, si è visto, valuta come alternativi i due ruoli, pregiudica potenzialmente a parere di chi scrive l'efficacia dell'utilizzo degli indicatori per la prevenzione delle crisi, potendo essere interpretata nel senso di consentire paradossalmente a ogni singola società di decidere se dotarsi o meno dell'organo di controllo, ossia del collegio sindacale o sindaco unico, limitandosi alla nomina del solo revisore che non ha alcun potere di vigilanza. In tal modo non si può tacere che risulta gravemente indebolito il meccanismo di prevenzione delle crisi. Le funzioni del revisore si limitano all'espressione di un parere professionale - ex post - sulla correttezza del bilancio, e sono codificate dai principi di revisione pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea. Esse non sono in alcun modo assimilabili alle funzioni di vigilanza attribuite dal Codice Civile agli organi di controllo societario (v. artt. 2400 ss. per i sindaci). In particolare, il revisore: non partecipa ai consigli di amministrazione; non vigila sulla gestione e sugli adeguati assetti, né gli è riconosciuto il potere posizionale necessario per pretendere l'impostazione degli stessi; non può esprimere pareri sulle situazioni contabili infrannuali (cf doc Assirevi 173). È pertanto auspicabile che tale previsione venga prima o poi - modificata per prevedere la compresenza delle funzioni di vigilanza e di revisione legale.

Tale intervento non provocherebbe un aumento dei costi per le PMI, perché il legislatore già prevede che il sindaco possa svolgere anche le funzioni di revisore (mentre non prevede il contrario). Vale solo la pena di evidenziare che, per altro, l'attuale impostazione parte dall'idea, tutta da verificare e, a parere di chi scrive, inverosimile perché contraria ai principi di revisione stessi, che qualora il revisore unico o la società di revisione si trovi a svolgere attività nuove e diverse in funzione delle previsioni sull'allerta del CCI, non addebiti le ore di attività svolte in più, ma operi gratuitamente per l'azienda controllata.

Al contrario recependo la modifica suggerita si avrebbe un controllore dotato dei poteri di vigilanza e di controllo contabile necessari per fare sì che le aziende siano prontamente dotate degli opportuni assetti e per dare l'allerta. Infatti, per effetto del rinvio alle disposizioni previste per le SpA

contenuto nel comma 5 dell'art. 2477, non oggetto di modifica, si applicherebbe automaticamente l'art. 2409-bis che prevede la possibilità per il sindaco di esercitare la revisione legale nelle situazioni *ivi* previste, consentendo così alle società di minori dimensioni di optare per la nomina di un unico soggetto che svolga entrambe le funzioni. Quindi il soggetto avrebbe tutti i poteri necessari per il perseguimento delle finalità dell'allerta¹⁵.

Chiedendo al revisore di dare l'allerta, invece, nei fatti gli si chiede impropriamente di "fare il sindaco". L'esercizio da parte del revisore di funzioni parziali di vigilanza allo scopo di assicurare comunque il monitoraggio periodico ex art. 14 CCI risulta problematico sia dal punto di vista letterale sia sistematico. Infatti, come già ricordato, l'art. 14 prevede il monitoraggio da parte degli organi di controllo e del revisore "nell'ambito delle rispettive funzioni", che per il revisore non comprendono, lo si ripete, la valutazione trimestrale del controllo interno, della situazione patrimoniale, economica e finanziaria né della continuità aziendale. Inoltre, il revisore non ha l'incarico di svolgere la funzione di controllo propria dei sindaci ai sensi del Codice civile, né le ulteriori funzioni previste dal Codice della crisi; egli non partecipa alle riunioni degli organi sociali, non ha i poteri di intervento del sindaco e non assume le relative responsabilità. Pertanto, nei fatti sarà necessario il conferimento implicito (o più probabilmente esplicito) al revisore di un incarico parziale di vigilanza, non disciplinato dal Codice civile né dai principi di revisione e non retribuito, senza assumere inoltre le relative responsabilità con il risultato calviniano di nominare un "sindaco dimezzato" per cercare di ottenere comunque un parziale monitoraggio ex art. 14 finalizzato alla prevenzione della crisi.

Una interpretazione della normativa, di tipo sistematico, anche in considerazione dei ripetuti riferimenti del Codice della crisi all'organo di controllo, porta a concludere che in assenza dell'organo sindacale e quindi dell'attività di vigilanza l'assetto organizzativo societario risulterebbe inadeguato e quindi non conforme alle finalità del Codice. Tale interpretazione appare di gran lunga preferibile. Infatti, come rilevato da numerosi commentatori, fra cui il Consiglio Nazionale del Notariato, non vi è motivo per differenziare il sistema dei controlli delle Spa da quello delle Srl, poiché la necessità di entrambe le funzioni – vigilanza e revisione – dipende dai parametri dimensionali e non dai rapporti fra i soci, ed è correlata con le finalità di prevenzione della crisi¹⁶. In caso di crisi, l'omessa nomina

¹⁵ Pertanto come suggerito nel già citato documento "Audizione Atto del Governo 175" del Gruppo di lavoro Codice della Crisi del CNDCEC con la sola modifica della congiunzione "O" nella congiunzione "E" (sia nel primo sia nell'ultimo capoverso del comma 1 del modificando art. 2477 c.c.) si rafforzerebbe enormemente il meccanismo di controllo sulle società a responsabilità limitata, che è strumentale alla prevenzione delle crisi.

b Si veda il già citato documento emesso dal Consiglio Nazionale del Notariato "Codice della crisi d'impresa. Cli adeguamenti alla nuova disciplina sulla nomina degli organi di controllo

dell'organo sindacale potrebbe, pertanto, comportare l'omessa rilevazione infrannuale e/o tempestiva della perdita della continuità aziendale, che costituisce secondo recente giurisprudenza una grave irregolarità suscettibile di essere denunciata al Tribunale ex art. 2409 c.c.¹⁷.

A ciò si aggiunga che recentemente la giurisprudenza (Trib. Roma, Ufficio del Giudice del Registro delle Imprese, 01/06/2020; Trib. Bologna, 23/05/2019) ha interpretato l'art. 2477 c.c. nel senso che la S.r.l. può nominare il solo organo di controllo societario e non il revisore, in coerenza con la formulazione attuale della norma. Anche tale interpretazione, pur essendo maggiormente in linea con le finalità del CCI, diminuisce l'affidabilità del sistema informativo aziendale.

4. Gli indici dell'allerta

In base a quanto previsto al primo comma dell'art. 13, per indizi della crisi il Codice intende gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili con appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi¹⁸. A questi fini, sono indicatori significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi, i ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'art. 24 CCI.

Wohers Klaver Julia

45

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili, ha proposto come indicatori della crisi **tre elementi**: 1) ritardi di pagamento significativi e reiterati, anche sulla base di quanto previsto nell'art. 24 CCI; 2) pregiudizio alla continuità aziendale nell'esercizio in corso o, quanto meno, nei successivi sei mesi; 3) non sostenibilità del debito nei successivi sei mesi, sviluppando indici in ottemperanza alla delega conferitagli dall'art. 13, comma 2 del Codice della Crisi.

I ritardi nei pagamenti si valutano sempre reiterati e significativi se superano le soglie previste dalla lett. a) e dalla lett. b) dell'art. 24, comma 1, CCI o di cui all'art. 15 CCI, ossia: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno 60 gg per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 gg per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; ovvero comportino non episodiche azioni esecutive da parte dei fornitori. I ritardi di pagamento nei confronti delle banche sono considerati reiterati se superano i 90 giorni.

Il pregiudizio alla continuità aziendale rileva ai fini degli obblighi segnaletici nei limiti degli eventi che compromettano la continuità per l'esercizio in corso e, qualora la durata residua dello stesso sia inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi. L'imprenditore ha il compito di monitorare la sussistenza di tali minacce e valutare eventuali rimedi; gli organi di controllo hanno il compito di verificare il costante monitoraggio da parte dell'imprenditore. In via generale possono influenzare negativamente le prospettive di continuità pessimi andamenti gestionali con riduzione dei ricavi e/o incrementi dei costi e grave peggioramento dei margini. Queste minacce alla continuità tipicamente presentano prima o poi riflessi finanziari, come incapacità di generare sufficienti flussi di cassa per sostenere il debito ma, se l'orizzonte temporale richiesto dal Legislatore è quello di un esercizio, molto probabilmente questo tipo di minacce alla continuità (individuabili da un'analisi gestionale a livello principalmente di conto economico) si saranno già tradotte in criticità per la sostenibilità del debito. Il pregiudizio alla continuità richiamato dal Legislatore rappresenta una categoria più ampia della non sostenibilità dei debiti. La non sostenibilità dei debiti è una minaccia alla continuità, ma vi possono essere minacce alla continuità correlate ad altro tipo di eventi. Alcuni di questi sono intercettabili da un affidabile sistema di risk management, quali, ad esempio, rilevanti perdite per danni ambientali, controversie giudiziarie che coinvolgono i vertici della società, profondi dissidi nella proprietà, perdita improvvisa di clienti o fornitori fondamentali. Si tratta di minacce che non sono rilevabili dagli indici di cui alla delega, in quanto avulse dal sistema dei valori di bilancio al quale tali indici si riconnettono, ma che devono essere attentamente monitorate da parte dell'organo amministrativo19,

46 - Wolfer Johnson Balan

nelle s.r.l. e nelle cooperative e il richiamo all'art. 2409, c.c.", CNN Notizie numero 33 del 20/02/2019.

¹⁷ Trib. Venezia 06/02/2019.

¹⁸ Si tiene conto del D.Lgs. Correttivo n. 147 del 26/10/2020, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 05/11/2020, che ha previsto la seguente formulazione, con riferimento all'art. 13: "Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24".

¹⁹ Sul punto si crede opportuno segnalare che l'OIBR - Organismo Italiano Business Repor-

Infine il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili ha affrontato il tema della non sostenibilità del debito nei successivi sei mesi, sviluppando un paniere di indici rilevanti in ottemperanza alla delega conferitagli dall'art. 13, comma 2 del Codice della Crisi. In particolare il Cndcec ha preso in considerazione come punto di partenza quanto già previsto dal primo comma dell'art. 13 CCI e ha definito un sistema gerarchico di indicatori al vertice del quale vi è la rilevazione di un patrimonio netto negativo: in presenza di questo evento, e in mancanza di ricapitalizzazione, si presume la crisi. Se il patrimonio non si è azzerato è necessario verificare l'indice DSCR (Debt Service Coverage Ratio). Questo indice misura la capacità di una azienda di far fronte ai propri debiti: se è inferiore a uno significa che l'impresa non è in grado di produrre, nei successivi sei mesi, redditi che si tramutano in flussi finanziari operativi sufficienti a coprire i propri debiti futuri prospettici e che, pertanto, si prospetta la ragionevole presunzione dello stato di crisi. Tuttavia se tale indice non può essere calcolato o se il calcolo dello stesso non risulta sufficientemente affidabile in quanto l'azienda non dispone di un sistema di pianificazione e di budgeting o lo stesso non è robusto, è necessario verificare altri cinque indici da confrontare con valori soglia identificati dal Cndcec quali riferimenti diversi a seconda dei settori di attività in cui opera l'azienda, elemento questo che era stato richiesto esplicitamente dalla previsione normativa²⁰.

Wolfers Klimer Haler
 47

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

Nel prospetto riportato di seguito si riassume il sistema gerarchico di indicatori individuato dal Cndcec.

Il sistema gerarchico di indicatori individuato dal Cndcec. Indici che fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa

1) Patrimonio netto negativo

48

- 2) DSCR (Debt Service Coverage Ratio) a sei mesi inferiore a 1
- 3) Qualora non sia disponibile il DSCR, devono essere superate congiuntamente le seguenti soglie:
- a) indice di sostenibilità degli oneri finanziari in termini di rapporto tra oneri finanziari e il fatturato;
- b) indice di adeguatezza patrimoniale, in termini di rapporto tra patrimonio netto e debiti totali;
- c) indice di ritorno liquido dell'attivo, in termini di rapporto da cash flow e attivo;
- d) indice di liquidità, in termini di rapporto tra attività a breve termine e passivo a breve termine;
- e) indice di indebitamento previdenziale e tributario, in termini di rapporto tra indebitamento previdenziale e tributario e l'attivo.

Dal punto di vista logico il sistema è gerarchico e l'applicazione degli indici deve avvenire nella sequenza indicata. Il superamento del valore soglia del primo (1) ossia il patrimonio netto rende ipotizzabile la presenza della crisi. In assenza di superamento del primo (1), si passa alla verifica del secondo (2) ossia il DSCR, e in presenza di superamento della relativa soglia è ipotizzabile la crisi. In mancanza del dato o in mancanza di un dato affidabile, si passa, invece, alla verifica alternativa del terzo (3) ossia del paniere di cinque indici di cui all'art. 13, comma 2 come identificati appunto dal Cndcec.

· Wolte: - kinya Itali.

ting ha avviato nell'ottobre 2020 un Gruppo di lavoro multidisciplinare finalizzato all'approfondimento del tema: "Informazioni Non-Finanziarie e previsione delle crisi d'impresa delle PMI".

^{20 &}quot;Nel costruire l'allerta interna, il legislatore del CCII aveva due opzioni: adottare una metodologia "a consuntivo", prediligere un approccio previsionale. Nel primo caso si sarebbe dovuta captare la crisi in base alle situazioni contabili infrannuali elaborate dentro l'a-

zienda e tradottesi nella pubblicazione del bilancio. L'occhio sarebbe caduto sulla fotografia quantitativa della situazione finanziaria aziendale, evincibile dai saldi contabili ed implicante un giudizio sulla gravità di questa, in base alla combinazione di indicatori economico-finanziari. Il limite congenito sarebbe coinciso con la rigidità di una lettura retrospettica e, in certo senso, algebrica: la freddezza dei numeri mal consente di cogliere le disomogeneità tra le aziende, le loro prospettive gestionali, l'esito degli investimenti in corso. Il Riformatore ha puntato, perciò, a scrutare l'orizzonte dell'impresa, mettendo in cima, non i dati della gestione trascorsa, ma la dinamica di quella a venire e la pianificazione finanziaria delle relative attività.". Così Leuzzi S., op. cit., novembre 2020.

4.1. Centralità del *Debt Service Coverage ratio* e dei sistemi di pianificazione e di budgeting

Assume centralità il calcolo del *Debt Service Coverage Ratio*. In questa sede è pertanto senz'altro opportuno un approfondimento sulle modalità di calcolo di questo indice. Si deve ribadire preliminarmente che il DSCR, può essere utilizzato ai fini della valutazione della ragionevole presunzione dello stato di crisi a condizione che gli organi di controllo non reputino inaffidabili – secondo il proprio giudizio professionale – i dati assunti per il calcolo, a partire dal *budget* di tesoreria usato ai fini della costruzione dei flussi di cassa rilevanti²¹. La considerazione dei cinque indicatori alternativi – tutti consuntivi e in sostanza basati sulla rielaborazione delle situazioni contabili infrannuali prodotte dall'azienda – deve pertanto essere considerata un *second best* accettabile, in coerenza con quanto previsto dal Cndcec, ma solo in presenza di una strutturale, riconosciuta e ad evidenza dichiarata non capacità degli assetti amministrativi e contabili di produrre dati previsionali. Tale incapacità in qualche modo dovrà essere compresa e, qualora perdurasse, dovrà essere giustificata dagli organi amministrativi.

Il Cndcec evidenzia che per calcolare il DSCR possono essere alternativamente seguiti due approcci, entrambi basati sul *budget* di tesoreria redatto dall'impresa, che rappresenta le entrate e le uscite di disponibilità liquide attese nei successivi sei mesi.

2.A) Primo approccio

Il DSCR viene calcolato mediante il rapporto

flussi disponibili alla copertura del debito

(nei sei mesi successivi)

uscite previste per il rimborso di debiti finanziari (nei sei mesi successivi)

dove il numeratore – ovvero la somma di tutti i flussi disponibili alla copertura del debito – è calcolato quale differenza tra il totale delle entrate previste nei successivi sei mesi e tutte le uscite di liquidità previste riferite allo stesso periodo, ad eccezione dei rimborsi dei debiti finanziari (verso banche o altri finanziatori) posti al denominatore.

Wolkers Khaver Italia 49

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

2.B) Secondo approccio

Il DSCR viene calcolato mediante il rapporto

flussi di cassa complessivi al servizio del debito (nei sei mesi successivi)

flussi necessari per rimborsare il debito non operativo in scadenza (nei sei mesi successivi)

dove l'importo al numeratore è costituito da:

- flussi operativi al servizio del debito, che corrispondono al Free Cash Flow from Operations (FCFO) dei sei mesi successivi, determinato sulla base dei flussi finanziari derivanti dall'attività operativa, applicando il principio contabile Oic 10, al netto dei flussi derivanti dal ciclo degli investimenti e senza ricomprendere gli arretrati relativi al debito fiscale o contributivo scaduto e non versato e ai debiti verso fornitori insoluti eccedenti la normale fisiologia;
- disponibilità liquide iniziali;
- linee di credito disponibili che possono essere usate nell'orizzonte temporale di riferimento;
- linee di credito autoliquidanti²². Queste tuttavia dovrebbero essere considerate fruibili per la sola parte relativa ai crediti commerciali che, sulla base delle disposizioni convenute, sono effettivamente anticipabili.

e **dove** l'importo al denominatore corrisponde al debito non operativo che deve essere rimborsato nei sei mesi successivi ed è costituito da:

- · pagamenti previsti, per capitale e interessi, del debito finanziario;
- debito fiscale o contributivo, comprensivo di sanzioni e interessi, non corrente e cioè debito il cui versamento non è stato effettuato alle scadenze di legge, il cui pagamento, anche in virtù di rateazioni e dilazioni accordate, scade nei successivi sei mesi;
- debito nei confronti dei fornitori e degli altri creditori il cui ritardo di pagamento supera i limiti della normale fisiologia. Nel caso di debito derivante da piani di rientro accordati dai fornitori/creditori, rileva la parte di essi, comprensiva dei relativi interessi, che scade nei sei mesi;
- linee di credito in scadenza nei sei mesi successivi, salvo che se ne valuti ragionevole il rinnovo o il mantenimento.

La scelta tra i due metodi è rimessa agli organi di controllo e dipende dalla qualità e affidabilità dei relativi flussi informativi. Ai fini del calcolo del DSCR l'orizzonte temporale di sei mesi può essere ampliato alla durata residua dell'esercizio se superiore a sei mesi, se ciò rende più agevole e

50 Edward Ferrica Company

²¹ A tal proposito si evidenzia che la presenza di scostamenti tra i dati stimati dei flussi e i valori a consuntivo non è, di per sé, sintomatico di una scarsa affidabilità del modello di reperimento dei dati.

²² Le linee di credito "autoliquidanti" rappresentano una tipologia di finanziamento agevolato per le imprese, mediante le quali l'azienda ottiene l'anticipo fatture salvo buon fine.

affidabile il calcolo dell'indice stesso. In ogni caso, numeratore e denominatore devono sempre essere tra di loro confrontabili. Le procedure di costruzione ed utilizzo del modello quantitativo di previsione dei flussi devono essere controllabili e adeguate alla complessità ed alle dimensioni dell'impresa.

Pertanto in presenza di patrimonio netto positivo, si possono delineare le seguenti situazioni:

- DSCR positivo: si può escludere la presenza di sintomi di crisi senza proseguire con il calcolo degli indici;
- DSCR negativo: vi è la ragionevole presunzione dello stato di crisi.

5. Crisi, allerta e gestione del turnaround: una possibile scansione temporale

È possibile individuare la tipica scansione temporale delle situazioni che solitamente si presentano quando una azienda entra in crisi ed è possibile associare a ciascuna fase le azioni che i soggetti preposti a monitorare il presentarsi dei sintomi della crisi, e quindi a gestire gli interventi che il Codice prevede, devono compiere man mano che le difficoltà si presentano23. La fase di incubazione può considerarsi fisiologica, in quanto vi può incorrere strutturalmente qualsiasi impresa e si manifesta con la rilevazione di inefficienze gestionali o produttive. Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, abbiamo visto che hanno, a norma dell'art. 14 del CCI, l'obbligo: i) di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative: se l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile dell'impresa sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico finanziario patrimoniale, e quale sia il prevedibile andamento della gestione; ii) di informare immediatamente l'organo amministrativo per gli opportuni provvedimenti nel caso in cui siano rilevati fondati indizi della crisi.

La gravità ed evoluzione di una potenziale crisi deve essere valutata da parte degli amministratori anche con l'ausilio di strumenti previsionali quali il business plan per valutare l'evoluzione della gestione e intervenire con specifici correttivi. Gli organi di controllo societari hanno l'obbligo di vigilare sul comportamento dell'organo amministrativo assicurandosi che sia implementato, ove le dimensioni lo richiedano, un adeguato sistema di controllo interno in grado di monitorare la robustezza dei dati consuntivi e previsionali su cui si baserà il calcolo e la valutazione degli indici di rife-

3. Welfiels Klinser Bullia. 51

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

rimento individuati, come si è supra, dal Cndcec su esplicita delega dell'art. 13, comma 2, CCI²⁴.

Compito degli amministratori in questa delicata fase sarà imparare a comprendere l'importanza del ruolo degli organi di controllo societario, dei nuovi doveri, ma anche dei nuovi poteri che il novellato assetto normativo riconosce loro. Specialmente nelle realtà di minori dimensioni sarà necessario per gli amministratori, onde evitare inutili contrapposizioni e rischi di ripetute segnalazioni, sviluppare una migliore capacità di ascolto delle indicazioni degli organi di controllo e una migliore capacità di rendicontazione che dovrà essere sistematica, formalizzata e tempestiva delle azioni intraprese e dell'impatto delle stesse. Diventa in altri termini ancora più importante, l'impostazione di un dialogo - nel rispetto dei rispettivi ruoli - tra organi di controllo societario e organi amministrativi.

Gli organi di controllo, in particolare il collegio sindacale, sono chiamati a valutare, in questo frangente, se porre in essere un sistema di "allerta interna", che in un primo momento sarà "informale" in quanto volta ad assicurarsi che gli amministratori siano coscienti della sussistenza di una criticità più rilevante rispetto alla fase precedente e della necessità di intraprendere un percorso specifico per evitare la degenerazione della situazione di crisi. Se la fase di incubazione descritta non trova positiva soluzione, l'azienda può scivolare nella successiva fase detta di maturazione della crisi, nella quale le inefficienze che non sono state prontamente sanate producono effetti più consistenti che cominciano a intaccare le risorse aziendali. Se questo è il caso, una volta classificata la situazione come significativa e rilevato che non sono stati posti in essere adeguati provvedimenti a seguito delle interazioni meno invasive - in quanto appunto informali - con gli organi di controllo, questi ultimi non potranno che prendere atto dell'inerzia degli amministratori e dovranno procedere fase di "allerta interna formale". A questo punto sarà dato avvio ad una vera e propria prima procedura di segnalazione in coerenza con quanto previsto dal CCI, mediante specifica comunicazione scritta ufficiale - presumibilmente con invio di una pec – agli amministratori. Il Codice non considera sufficiente l'utilizzo dello strumento della verbalizzazione da parte del collegio nei propri libri delle riunioni piuttosto che in una specifica nota di richiamo al consiglio di amministrazione sempre in tali libri. Il documento con cui il collegio prende nei fatti una posizione precisa nei confronti dell'organismo amministrativo deve avere data certa – che le trascrizioni nei libri sociali non hanno – e ne deve essere comprovata la ricezione da parte dei destinatari. Conviene evidenziare che l'obbligo di segnalazione compete al collegio nel suo com-

52

²³ Si rinvia per approfondimenti a: Riva P.-Danovì A.-Comoli M.-Garelli A., Gli attori della governance coinvolti nelle fasi dell'allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I., in Giur. comm., n. 6/2020, Milano, 2018; Riva P.-Danovi A., Le cinque fasi della crisi e dell'allerta, in Il fallimentarista, Milano.

²⁴ In particolare si è occupata della individuazione degli indici e delle soglie di riferimento la Commissione Codice della Crisi di Impresa, Riforma Rordorf2 operativa in seno al CNDCEC dal 2018 (https://commercialisti.it/visualizzatore-articolo?plid=306883&_articleId=304238).

plesso, non ai singoli componenti. Nel caso in cui pertanto un componente sia dissenziente rispetto alla decisione di non segnalare, farà constatare il proprio dissenso, restando a quel punto esente da responsabilità in relazione alla scelta subita. E' fissato un termine non superiore a trenta giorni dal ricevimento della comunicazione, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in merito alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. Passati i trenta giorni, nel caso in cui gli interventi programmati siano considerati inadeguati ovvero nel caso, nuovamente, di inerzia degli amministratori cioè di mancata adozione di misure sufficienti, si dovrà rilevare che la società si trova in una situazione di crisi in senso giuridico nella quale si registra l'''inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate"25. In questa fase gli organi di controllo devono valutare se la società possa ancora uscire dalla crisi autonomamente, sotto la guida dei soli amministratori oppure se, al fine di mettere in sicurezza l'attività aziendale, sia necessario avviare un processo di "allerta interna verso l'esterno".

In proposito il nuovo assetto legislativo prevede che, nel caso di mancata adozione di misure sufficienti entro il termine di sessanta giorni (che va ad aggiungersi al precedente di trenta giorni), gli organi di controllo informino della situazione uno specifico ente terzo denominato OCRI, ossia "Organismo di composizione della crisi di impresa", costituito da una terna di professionisti indipendenti individuati a seguito della ricezione della segnalazione su impulso della Camera di Commercio competente.

Il nuovo codice individua, inoltre, una specifica categoria di soggetti definiti "creditori pubblici qualificati" a cui sono attribuiti rilevanti poteri nel processo di allerta (c.d. "allerta esterna verso l'esterno" o tout court "allerta esterna"). Si tratta dell'Agenzia delle Entrate, dell'INPS e dell'agente della riscossione delle imposte, a cui è attribuito il potere di dare avvio ad una autonoma e concorrente segnalazione all'OCRI. La procedura prevista è totalmente resa oggettiva in quanto opera secondo specifici automatismi in funzione del superamento di individuate soglie di incaglio dei debiti²⁶ e potrebbe pertanto venire già attivata anche in fasi precedenti.

Dal punto di vista temporale l'attività di allerta esterna può essere suddivisa in due momenti distinti. In primo luogo i creditori pubblici qualificati sono tenuti a informare tempestivamente il debitore del fatto che l'esposizione debitoria ha superato la soglia critica individuata dalla normativa quale rilevante. Una volta data l'allerta gli enti devono attendere il termine di novanta giorni per permettere al debitore di risolvere la situazione oggetto di segnalazione mediante uno dei seguenti interventi: estinzione integrale del debito; raggiungimento di un accordo con l'ente; presentazione di una istanza di composizione assistita della crisi o della domanda per l'accesso a una procedura di risoluzione concordata della crisi.

Sembra importante evidenziare, in questa sede, che la scelta di tacitare gli enti, mediante il ricorso alla prima, ma anche alla seconda, opzione, dovrà essere ben calibrata – a parere di chi scrive – sia dai funzionari operandi in seno agli enti, sia dagli amministratori della società. Costoro dovranno tenere in debita considerazione la più generale situazione in cui versa l'impresa, così da evitare la commissione di atti pregiudizievoli per la massa in favore di uno specifico soggetto. La lettera della norma infatti è chiara e prevede, esplicitamente e in alternativa a queste soluzioni, il ricorso a procedure che, come visto sono funzionali ad una gestione sistemica della crisi mediante il ricorso a composizione assistita della stessa piuttosto che a soluzioni concordate. Si tratta pertanto di una scelta che dovrà essere assunta consapevolmente da entrambe le parti.

Successivamente allo scadere dei novanta giorni, in caso di inerzia degli amministratori, gli enti sono tenuti a inviare una specifica segnalazione

fari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente è superiore ad euro 10.000.000; B) per l'istituto nazionale della previdenza sociale, quando il debitore è in ritardo di oltre sei mesi nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente, e comunque superiore alla soglia di euro 50.000,00; C) per l'agenzia della riscossione, la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione dopo la data di entrata in vigore del presente codice, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni superi, per le imprese individuali, la soglia di euro 500.000 e, per le imprese collettive, la soglia di euro 1.000.000. [...] I creditori pubblici qualificati di cui al presente articolo non procedono alla segnalazione di cui ai commi 1 e 4 se il debitore documenta: di essere titolare di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato che risultino dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni, predisposta dal ministero dell'economia e delle finanze ai sensi dell'art. 4 del decreto del ministro dell'economia e delle finanze 25/06/2012, pubblicato nella gazzetta ufficiale 02/07/2012, n. 152, e dell'art. 3 del decreto del ministro dell'economia e delle finanze 22/05/2012, pubblicato nella gazzetta ufficiale 21/06/2012, n. 143, per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato. La consultazione della piattaforma avviene con modalità telematiche definite d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze.

³⁵ È solo il caso di notare la totale coerenza tra il concetto di crisi e la definizione dell'indice individuato per il suo apprezzamento secondo le indicazioni del Cndcec che è appunto, in via principale, come si è visto supra, il Debt Service Coverage Ratio.

²⁶ L'esposizione debitoria è considerata di importo rilevante (art. 15, commi 2 e 5, si tiene conto del D.Lgs. Correttivo n. 147 del 26/10/2020, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 05/11/2020): A) per l'agenzia delle entrate quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazione periodiche di cui all'art. 21-bis del D.L. 31/05/2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30/07/2010, n. 122, è superiore ai seguenti importi: i- euro 100.000, se il volume d'affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore ad euro 1.000.000; ii- euro 500.000, se il volume d'affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore ad euro 10.000.000; iii- euro 1.000.000, se il volume d'affari risultante dalla dichiarazione relativa

all'OCRI²⁷. In caso di insuccesso delle trattative stragiudiziali, si entra pertanto strutturalmente nella fase che la dottrina qualifica come dell'insolvenza reversibile. Gli amministratori devono verificare che la situazione sia ancora recuperabile ossia che vi siano concrete possibilità di realizzazione di un turnaround in continuità diretta o indiretta oppure di implementazione di un piano di intervento liquidatorio vantaggioso per i creditori.

Se gli amministratori non ravvedono la possibilità di accedere ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza o queste ultime non hanno sortito l'esito sperato, la società viene a trovarsi nella fase finale del processo denominata dell'insolvenza conclamata. La situazione risulta ormai irreversibile, non sono più utilmente perseguibili obiettivi di risanamento, né sono disponibili mezzi finanziari sufficienti ad implementare una liquidazione concordata. L'unica strada percorribile rimane pertanto quella che il nuovo Codice chiama "liquidazione giudiziaria", con questa espressione volendosi intendere la procedura oggi denominata "fallimento". E rilevante in proposito richiamare la modifica rilevantissima e, forse, ad oggi sottovalutata dai commentatori, introdotta dal CCI con riferimento al potere posizionale del collegio sindacale e del sindaco unico. Il codice ha aggiunto, accanto al debitore, ai creditori e al pubblico ministero, anche gli organi di controllo societari e quindi appunto il collegio sindacale e il sindaco unico tra i soggetti legittimati a presentare istanza di apertura del procedimento di "liquidazione giudiziaria".

5.1. Procedimenti di allerta paralleli e autonomi: l'intervento degli organi di controllo societario concorre con quello dei creditori pubblici qualificati

Sembra importante soffermarsi a riflettere su di un punto molto rilevante ossia sul fatto che il CCI pone sostanzialmente in contrapposizione due categorie di soggetti ossia: da un lato gli organi di controllo societario e dall'altro lato i creditori pubblici qualificati (AdE, Inps, Agente della riscossione). I due procedimenti sono paralleli, autonomi e concorrenti. Non è previsto alcun coordinamento, né è esplicitamente richiesto che vi sia uno scambio di informazioni diretto e preliminare tra i due soggetti, anzi, la lettera della norma prevede che il soggetto che darà l'allerta potrà accedere alle misure premiali, che per gli enti si sostanziano in realtà in una

"non punizione" ossia nella non decadenza dai privilegi per le proprie ragioni creditorie. Questo effetto non è il frutto di una svista, ma sembra essere stato ricercato esplicitamente dal legislatore, occorre infatti notare che l'art. 4, comma 1, lett. d) della legge delega, aveva previsto che il creditore pubblico qualificato dovesse effettuare congiuntamente la segnalazione sia agli organi di controllo societario della società sia all'OCRI, ma tale segnalazione non è stata riportata nel CCI che prevede solo la segnalazione al debitore e omette qualsiasi comunicazione tra enti e collegio. L'intento pare altresì confermato dalla lettera dell'ultimo capoverso del primo comma dell'art. 15 CCI che prevede letteralmente che gli enti facciano segnalazione all'OCRI, "anche per la segnalazione agli organi di controllo della società". Questi ultimi saranno pertanto avvisati dell'intervenuta allerta esterna direttamente dall'Organismo.

Il collegio sindacale dovrà perciò senz'altro progettare e implementare autonome procedure periodiche di verifica utili per monitorare se vi siano i presupposti per una allerta esterna degli enti e, onde evitare di trovarsi in spiacevoli situazioni di asimmetria informativa, per verificare sistematicamente se siano pervenute all'azienda notifiche di "prima" allerta da parte degli enti sulla pec aziendale. A tale fine diventerà indispensabile l'ispezione periodica dei cosiddetti cassetti previdenziali e fiscali nonché la frequente verbalizzazione o in alternativa la sottoscrizione di apposite dichiarazioni scritte degli amministratori in ogni occasione utile - riunioni di consiglio o apposite riunioni richieste all'uopo dal collegio - circa l'assenza/presenza di comunicazioni degli enti rilevanti ai fini dell'allerta. È il caso di ricordare che, non casualmente, tra gli indici consuntivi identificati dal CNDCEC per il monitoraggio ai fini dell'allerta interna vi è anche l'indice di indebitamento previdenziale e tributario, utile proprio a focalizzare l'attenzione degli organi amministratori, in primo luogo, e degli organi di controllo societario in seconda istanza su questa specifica tipologia di indebitamento.

RIEPILOGO

■ Quali sono i ruoli di controllo nel modello di corporate governance di riferimento? Sono i seguenti: i) l'internal auditor che opera in staff al consiglio di amministrazione ed è incaricato di implementare il sistema di controllo interno e di gestione dei rischi e di monitorarne nel tempo il funzionamento; ii) il collegio sindacale che svolge l'attività di vigilanza ex ante sull'operato del consiglio; iii) il revisore che svolge un controllo ex post sui documenti contabili consuntivi, in coerenza con gli standard di auditing; iv) l'organismo di vigilanza dotato di autonomi poteri di iniziativa e di controllo, cui è assegnato il compito di vigilare sul funzionamento e l'osservanza del Modello di Organizzazione e di Gestione (MOG) funzionale alla prevenzione dei reati-fattispecie di cui all'art. 24 del medesimo

²⁷ È opportuno ricordare che a norma dell'art. 15, comma 4, CCI "i creditori pubblici qualificati di cui al presente articolo non procedono alla segnalazione di cui ai commi 1 e 4 se il debitore documenta di essere titolare di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni risultanti dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle cretificazioni, predisposta dal Ministero dell'economia e delle finanze (...) per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato".

decreto. Questi ruoli saranno contemporaneamente presenti nelle realtà più complesse, mentre potranno essere previsti nelle realtà di minori dimensioni avendo riguardo al criterio di proporzionalità richiamato nel Codice di Corporate Governance 2020.

- Quali sono gli indici della crisi più rilevanti individuati dal CNDCEC? Il documento Indici della Crisi del Cndcec individua quali indici principali il Patrimonio netto e il DSCR ossia il Debt Service Coverage Ratio Solo nel caso in cui non sia possibile determinare quest'ultimo indice o il calcolo dello stesso non sia considerato attendibile, sarà possibile procedere con il calcolo dell'ulteriore paniere di cinque indici e con il confronto del risultato ottenuto con i benchmark di settore proposti dal medesimo Documento. Si tratta: a) dell'indice di sostenibilità degli oneri finanziari; b) dell'indice di adeguatezza patrimoniale; c) dell'indice di ritorno liquido dell'attivo; d) dell'indice di liquidità; e) dell'indice di indebitamento previdenziale e tributario.
- Quali sono i soggetti cui il CCI attribuisce gli obblighi di segnalazione ai fini dell'allerta? L'introduzione degli obblighi di segnalazione risponde all'esigenza di creare interessi contrapposti che abbiano l'effetto di incentivare l'emersione anticipata della crisi. Il legislatore ha individuato due diverse categorie di soggetti che dovrebbero disporre delle informazioni necessarie per procedere con le segnalazioni: da un lato l'organo di controllo societario ossia il collegio sindacale e revisore e dall'altro lato i creditori pubblici qualificati (AdE, Inps, Agente della riscossione).

Wolten Klimer bala 57

CAPITOLO 3 ORGANISMO DI COMPOSIZIONE DELLA CRISI DI IMPRESA: NOMINA E COMPOSIZIONE DEL COLLEGIO. L'AUDIZIONE DEL DEBITORE

di Patrizia Riva

Gli Organismi di Composizione della Crisi d'Impresa (OCRI) sono costituiti presso ciascuna Camera di Commercio con il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e di gestire le fasi dell'allerta e della composizione della crisi assistita. L'Organismo opera tramite un Referente, individuato nella figura del segretario generale della Camera di Commercio o di un suo delegato, al quale spetta il compito di assicurare la tempestività della procedura dell'allerta e il rispetto degli adempimenti e dei termini da parte di tutti i soggetti coinvolti e un Collegio di tre esperti, nominati di volta in volta per ogni singolo procedimento tra gli iscritti all'albo degli incaricati della gestione e del controllo nelle procedure.

SOMMARIO: 1. Nomina e composizione del collegio – 2. L'albo nazionale e il regime transitorio

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 2, 17, 352, 356 c.c.i.; art. 2399 c.c.

1. Nomina e composizione del collegio

La richiesta di designazione non deve contenere alcun riferimento idoneo all'identificazione del debitore, salva l'indicazione del settore in cui lo stesso opera e delle dimensioni dell'impresa, desunte dal numero degli addetti e dall'ammontare annuo dei ricavi risultanti dal registro delle imprese.

I componenti del Collegio degli esperti devono essere individuati in coerenza con le precise indicazioni del codice. Un componente deve essere nominato dal Presidente della sezione del Tribunale delle imprese competente. La scelta di indidicare la sezione del Tribunale delle imprese competente in luogo della sezione fallimentare è volta a sottolineare che non si tratta di un'apertura anticipata di una procedura concorsuale. Un componente deve essere nominato dal Presidente della Camera di Commercio presso cui opera l'OCRI o da un suo Delegato diverso dal Referente. Un componente deve essere infine designato dall'Associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, scegliendo tra tre nominativi indicati dal debitore al referente. Il Referente, sentito il debitore, provvede alla designazione anche quando risulta impossibile individuare l'associazione rappresentativa del settore di riferimento. La scelta di consentire al

Wolfen Khroo Jaha 59

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

debitore di partecipare alla selezione di uno dei componenti è finalizzata a fare in modo che il debitore percepisca l'organismo collegiale quale ente "amico" (aggettivo utilizzato nella relazione ministeriale illustrativa al nuovo Codice), incaricato del compito di assisterlo e agevolarlo nella gestione e nella risoluzione della situazione di crisi.

Da un punto di vista operativo è importante evidenziare che le designazioni da parte del Tribunale delle Imprese e delle Associazioni, devono pervenire al Referente in un periodo di tempo molto breve ossia entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta e che, in mancanza di indicazioni tempestive, spetta a quest'ultimo in prima persona procedere con la designazione in via sostitutiva anche dei componenti mancanti. Il CCI richiede esplicitamente che la scelta dei soggetti sia effettuata secondo criteri di trasparenza ed efficienza e tenendo in debita considerazione la specificità della situazione aziendale e quindi dell'incarico. Il Referente deve verificare che nel Collegio degli esperti vi sia la complementarietà delle professionalità necessarie per la gestione della crisi sotto il profilo aziendale, contabile, concorsuale e legale sostituendo, se del caso, il componente nominato dal presidente della Camera di Commercio. Inoltre, quando riscontra l'inerzia o il mancato adempimento da parte di uno dei componenti del collegio degli esperti ai propri compiti, lo segnala tempestivamente ai soggetti che li hanno individuati i quali provvedono alla designazione di un nuovo esperto in sostituzione di quello inerte o inadempiente.

È stato sottolineato in dottrina che la credibilità dell'OCRI nei confronti dei creditori e degli stakeholder è essenziale per il successo delle trattative¹. Il Collegio degli esperti nominato riveste un ruolo al contempo propulsivo, di vaglio critico e di mediazione delle parti e deve pertanto esaminare le azioni che il debitore intende attuare. Dopo aver reso attestazione della propria indipendenza² e aver scelto tra i propri componenti il presidente e il relatore (incaricato di acquisire e riferire i dati e le informazioni rilevanti), la terna di professionisti procede in via riservata e confidenziale con l'audizione del debitore e degli eventuali organi di controllo societari. Ciò dovrà essere programmato entro quindici giorni lavorativi dalla segnalazione o dall'istanza del debitore all'OCRI.

¹ Ranalli R., Le misure di allerta ed il correttivo: un dettaglio che rischia di fare naufragare uno strumento sulla carta efficace, in Il Fallimentarista, 13/01/2020.

² Si ricorda che il concetto di "indipendenza del professionista" è definito nell'art. 2, comma 1 del Codice, lett. O) richiamato in questa sede quanto ai soli punti: 2) è in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c.c.; e 3) non è legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale. Il Codice richiama altresì quale condizione il fatto che il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

Nella fase di apertura della procedura vige il vincolo di riservatezza rispetto all'esterno in merito alla figura del debitore. A presidio della tutela del debitore, nel caso di violazione delle regole di riservatezza, il legislatore ha previsto che l'apertura della procedura di allerta in nessun caso possa costituire causa di risoluzione di contratti pendenti, neppure di quelli stipulati con la pubblica amministrazione, né di revoca degli affidamenti bancari concessi, nonché la nullità dei patti contrari³.

Il nuovo Codice prevede che nel corso dell'audizione il Collegio raccolga dati e informazioni atti a rilevare la sussistenza o meno della crisi. A tal proposito è necessario che il debitore produca una rappresentazione dell'entità e della struttura dell'indebitamento estendendo l'analisi al fine di fornire una rappresentazione dinamica e prospettica dell'indebitamento, da confrontare con i flussi previsti futuri che l'impresa sarà ragionevolmente in grado di destinare al servizio del debito⁴. Dopo l'esame della documentazione che il debitore deve produrre al Collegio, l'OCRI ha due prime opzioni⁵.

Può in primo luogo procedere con l'archiviazione delle segnalazioni ricevute, qualora rilevi che non sussistano fondati indizi di crisi o qualora reputi che il debitore non sia assoggettabile alla disciplina dell'allerta. Il codice prevede un caso particolare per i casi in cui l'organo di controllo societario, se esistente o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesti l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie rilevanti.

Negli altri casi il Collegio degli esperti rilevata l'esistenza della crisi, individua di concerto con il debitore, alcune possibili misure idonee al superamento della situazione, e fissa un termine entro il quale i rappresentanti aziendali devono riferire in merito alla relativa attuazione. Ancora una volta si aprono più scenari. Se il debitore rimane inerte, allo scadere del termine il Collegio informa con una relazione scritta il Referente che a sua volta ne dà comunicazione agli autori della segnalazione. Se al contrario il debitore si adopera attivamente per risolvere la situazione, egli può decidere di presentare istanza di composizione assistita della crisi e pertanto adire al procedimento regolato dall'art. 19 e seguenti del CCI. È opportuno chiarire che la presentazione dell'istanza di composizione assisti-

ta avanti all'OCRI non è fatto obbligatorio, ma rappresenta una delle possibili opzioni. Il debitore pertanto: potrebbe riuscire a risolvere velocemente e autonomamente la propria situazione portando avanti alla terna nei termini concessi la bozza di un accordo stragiudiziale risolutivo; oppure, potrebbe scegliere di impostare direttamente una procedura di regolazione della crisi e quindi un piano attestato di risanamento, un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione; oppure ancora, realizzata la gravità della propria situazione, potrebbe optare per la strada della liquidazione giudiziaria.

2. L'albo nazionale e il regime transitorio

La nomina degli esperti dell'OCRI prevede un regime transitorio e uno definitivo. In particolare l'art. 17 CCI prevede che il referente nomini gli esperti scegliendoli tra quelli iscritti nell'albo nazionale di cui all'art. 356 CCI.

Fintanto che esso non diverrà funzionante, l'art. 352 stabilisce un regime transitorio stabilendo che i componenti nominati da Camera di Commercio e Tribunale debbano essere scelti: tra i dottori commercialisti e gli esperti contabili, o gli avvocati, che abbiano svolto funzioni di commissario giudiziale, attestatore o abbiano assistito imprese in crisi in almeno tre concordati preventivi ammessi, o tre accordi di ristrutturazione dei debiti omologati. In questa prima rosa di requisiti non rileva l'incarico di curatore fallimentare, figura professionale solitamente impegnata nella liquidazione degli asset, piuttosto che nella individuazione degli strumenti di conservazione del valore sistemico dell'impresa, che costituisce uno degli scopi dell'allerta. Al contrario accanto al Commissario Giudiziale, trovano un importante riconoscimento il ruolo dell'attestatore, in quanto professionista indipendente dedicato appunto ai controlli di veridicità e di fattibilità dei piani di risanamento, ma anche quello dell'advisor legale, dell'advisor finanziario usi alla individuazione, progettazione e sviluppo dei medesimi piani.

In una seconda fase, con l'entrata in funzione a regime dell'albo nazionale di cui all'art. 356 CCI per il vero immediatamente istituito, ma da istruire con un successivo regolamento del Ministero della Giustizia, non si avrà più la inclusione e quindi la valorizzazione delle figure sopra indicate (e richiamate nell'art. 352 CCI) ossia dei professionisti che assistono le imprese in crisi nell'ambito di ristrutturazioni con concordati preventivi o accordi di ristrutturazione che siano stati andati a buono fine. A regime, infatti, gli esperti verranno scelti in via esclusiva a norma del primo comma dell'art. 358 CCI tra gli avvocati, i commercialisti, i consulenti del lavoro, gli studi professionali associati o società tra professionisti, coloro che hanno svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di

³ In questo senso Sanzo S., Le procedure di allerta ed il procedimento unitario di regolazione della crisi e dell'insolvenza, in Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, a cura di Sanzo S.-Burroni D., Zanichelli Editore, Torino, 2019, p. 59 ss.

⁴ Riva P., La mappa dei ruoli di amministrazione e controllo, in I nuovi compiti degli organi sociali, a cura di Riva P., Il Sole 24 ore, Collana "Crisi d'Impresa", Milano, 2019, p. 19.

⁵ Cesare F., OCRI, il destinatario delle segnalazioni di allerta, in 1 nuovi compiti degli organi sociali, a cura di Riva P., Il Sole 24 ore, Collana "Crisi d'Impresa", Milano, 2019, p. 92.

capitali o cooperative dando prova di adeguate capacità imprenditoriali di comprovata esperienza. Con riferimento è stato evidenziato in dottrina che sarebbe auspicabile che tra gli esperti nominati tra gli OCRI vengano individuate le figure di comprovata esperienza che abbiano stabilmente assunto non tanto, o quantomeno non solo funzioni di management in situazione ordinaria, ma altresì funzioni di turnaround management così che abbiano dimostrato di essere esperti dotati di competenze aziendali e capaci di calarsi nel più complesso contesto della ristrutturazione.

Tutti i soggetti individuati sono ammessi all'elenco superato con successo un corso di formazione regolamentato dagli artt. 4, comma 5, lett. a), b) e c), D.M. n. 202 del 29/09/2014. È prevista una riduzione della durata di quest'ultimo corso per i professionisti iscritti agli ordini professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, dei consulenti del lavoro.

Il Codice stabilisce che per il primo popolamento ossia per le prime iscrizioni all'Albo potranno accedere anche i professionisti che dimostrino di aver ricoperto due incarichi di curatore, commissario giudiziale o liquidatore giudiziale nei quattro anni precedenti l'entrata in vigore dell'art. 356 CCI (nella formulazione originaria si prevedevano quattro incarichi). È interessante notare che tra il regime transitorio e l'istituzione dell'albo si registra un cambio di sensibilità nell'individuazione delle professionalità. Mentre l'art. 352 CCI focalizza il profilo dei professionisti nell'area della ristrutturazione (commissari giudiziali, attestatori e professionisti che hanno assistito efficacemente in un processo di ristrutturazione), l'albo di cui all'art. 356 CCI privilegia i curatori, che dispongono di attitudini spiccatamente versate in un contesto liquidatorio e recuperatorio.

Infine, si deve ricordare che il Codice condiziona il mantenimento dell'iscrizione all'Albo all'acquisizione di uno specifico aggiornamento biennale che dovrà rispettare le linee guida stabilite dalla Scuola Superiore della Magistratura.

Wolfers Kluwer Italia 63

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

RIEPILOGO

- Come sono designati i componenti del Collegio degli esperti? I tre componenti del Collegio degli esperti sono così designati: i) un componente deve essere nominato dal Presidente della sezione del Tribunale delle imprese competente; ii) un componente deve essere nominato dal Presidente della Camera di Commercio presso cui opera l'OCRI o da un suo Delegato; iii) un componente deve essere designato dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, scegliendo tra tre nominativi indicati dal debitore al referente. Il referente è incaricato di accertare la complementarietà delle professionalità presenti nel Collegio in particolare nell'ambito aziendale, contabile e legale.
- Nel regime transitorio, quali professionisti possono essere individuati dal Tribunale e dalla Camera di Commercio come componenti del Collegio? L'art. 352 CCI stabilisce che il Tribunale e la Camera di Commercio possono designare quali componenti del Collegio degli esperti i seguenti professionisti: dottori commercialisti e esperti contabili, o avvocati, che abbiano svolto funzioni di commissario giudiziale, attestatore o abbiano assistito imprese in crisi in almeno tre concordati preventivi ammessi, o tre accordi di ristrutturazione dei debiti omologati.
- Nel regime definitivo, come sarà costituito l'albo nazionale di cui all'art. 356 CCI? L'albo nazionale ricomprenderà avvocati, commercialisti, esperti contabili, consulenti del lavoro, studi professionali associati o società tra professionisti, coloro che hanno svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o cooperative e che abbiamo adempiuto specifici obblighi di formazione. Per le prime iscrizioni all'Albo potranno accedere i professionisti che dimostrino di aver ricoperto due incarichi di curatore, commissario giudiziale o liquidatore giudiziale nei quattro anni precedenti la data di entrata in vigore dell'art. 356 CCI.

- Wolfers Kinwa (India

⁶ Si veda sul punto: Cesare F., op. cit., 2019, p. 93.

⁷ Si tiene conto del D.Lgs. Correttivo n. 147 del 26/10/2020, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 05/11/2020, che ha previsto la seguente formulazione con riferimento all'art. 356: "Possono ottenere l'iscrizione i soggetti che, in possesso dei requisiti di cui all'art. 358, comma 1, dimostrano di aver assolto gli obblighi di formazione di cui all'articolo 4, comma 5, lettere b), c) e d) del Decreto del Ministero della Giustizia 24/9/2014, n. 202 e successive modificazioni. Per i professionisti iscritti agli ordini professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, dei consulenti del lavoro la durata dei corsi di cui al predetto articolo 4, comma 5, lettera b), è di quaranta ore. Ai fini del primo popolamento dell'albo, possono ottenere l'iscrizione anche i soggetti in possesso dei requisiti di cui all'articolo 358, comma 1, che documentano di essere stati nominati, alla data di entrata in vigore del presente articolo in almeno due procedure fallimentari negli ultimi quattro anni, curatori fallimentari, commissari o liquidatori giudiziali, ovvero, ai fini della nomina quali componenti dell'OCRI, i soggetti di cui all'articolo 352 [...]".

CAPITOLO 4 PROCEDIMENTO DI COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI

di Patrizia Riva

Il procedimento di composizione della crisi costituisce la fase più avanzata dell'allerta e implica da un lato la consapevolezza da parte del debitore dell'esistenza della crisi e dall'altro la volontà di predisporre un piano di turnaround. È avviato su iniziativa del debitore mediante deposito di un'istanza direttamente al Collegio già costituito, qualora l'allerta sia stata avviata e quindi quest'ultimo sia stato individuato, ovvero in caso contrario all'OCRI, che tramite il Referente, attiverà i meccanismi per la costituzione del Collegio.

SOMMARIO: 1. Ruolo del collegio nominato dall'OCRI: tra consulenza e controllo – 2. Un confronto con fattispecie che presentano criticità similari. il ruolo dell'OCC e quello del commissario giudiziale (in presenza di offerte concorrenti) – 3. Misure protettive – 4. Conclusione del procedimento – 5. Segnalazione al pubblico ministero – 6. Liquidazione del compenso

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 2, 18, 19, 20, 22, 23, 37, 38, 54, 55, 64, 87, 89, 90, 351; artt. 161, 163 l. fall.; artt. 2447, 2482-*ter*, 2484, 2631 c.c.

1. Ruolo del collegio nominato dall'OCRI: tra consulenza e controllo

A seguito della presentazione dell'istanza di composizione assistita, formulata, come visto nel precedente capitolo, anche all'esito dell'audizione di cui all'art. 18 CCI, il collegio fissa un termine non superiore a novanta giorni, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori novanta giorni solo in caso di positivi riscontri, per la ricerca di una soluzione concordata della crisi dell'impresa, incaricando il Relatore di seguire le trattative. In questo arco temporale il debitore è chiamato, infatti, ad affrontare la propria situazione esaminando la stessa con il supporto attivo del Collegio di esperti che svolge il compito di catalizzatore del processo di risoluzione della crisi. Per rendere possibile lo svolgimento del procedimento, l'art. 19 CCI prevede al comma 4-bis che, qualora sia presentata da soggetti diversi dal debitore domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, la stessa sia definita dal Tribunale all'esito del decorso dei termini, compiendo, però, in pendenza dei termini le attività istruttorie necessarie.

Per approfittare al meglio del procedimento di composizione assistita è necessario per i rappresentanti del debitore studiare e discutere in contraddittorio con il Collegio le possibili soluzioni. È il caso di evidenziare il ruo-

lo specifico assunto da quest'ultimo soggetto che può avocare a sé il compito di mediatore tra le differenti parti contrapposte. Se l'intervento è stato tempestivo e quindi la situazione finanziaria dell'impresa può essere riportata in equilibrio con interventi limitati, potranno essere considerati accordi di tipo stragiudiziale gestiti aprendo un tavolo di confronto con i creditori, o in molti casi solo con una parte di essi quali le banche e i fornitori strategici. L'iniziativa del debitore si potrà concretizzare a seconda dei casi ad esempio con l'impostazione di interventi di efficientamento dei costi, con la dismissione di alcune attività non strategiche o con l'impostazione di operazioni straordinarie. Nel caso in cui l'unica soluzione esperibile individuata sia il concordato preventivo, l'iniziativa si può concertizzare con il deposito dell'istanza di concordato in bianco e con la predisposizione della proposta di concordato corredata dal piano e dalla relazione di attestazione.

Il debitore può arrivare avanti al Collegio supportato dai propri consulenti che lo possono aiutare a fornire una rappresentazione strutturata e formalizzata della propria situazione al nuovo interlocutore. Il Codice prevede, infatti, che nella fase iniziale l'Organismo acquisisca dal debitore una relazione economico-patrimoniale-finanziaria aggiornata, nonché l'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali, con l'indicazione dell'ammontare dei crediti e delle eventuali cause di prelazione, nonché tutti gli ulteriori documenti considerati utili dal Collegio. L'assistenza del Collegio non dovrebbe limitarsi alla sola fase di avvio del processo, ma dovrebbe estendersi al monitoraggio del suo avanzamento e alla valutazione in continuo della adeguatezza della soluzione convenuta sino alla sua conclusione.

È importante, però, evidenziare che l'art. 19 del Codice prevede la facoltà del debitore di incaricare il Collegio stesso di predisporre la documentazione richiesta ovvero la relazione economico-patrimoniale-finanziaria iniziale, gli elenchi creditori e quanto ulteriormente utile¹. Il debitore può preferire affidarsi a propri professionisti che hanno una conoscenza più approfondita dell'azienda, ma il CCI ha previsto la possibilità che il Collegio svolga, oltre che il ruolo di controllo sul procedimento e sull'esito dello stesso, anche un ruolo consulenziale. Ciò significa che il Collegio dovrà analizzare in prima persona la situazione amministrativa e contabile dell'istante che d'altra parte in molti casi potrebbe risultare "destrutturata" o

¹ Il comma 2 dell'art. 19 letteralmente recita: "il collegio procede nel più breve tempo possibile ad acquisire dal debitore, o su sua richiesta a predisporre, anche mediante suddivisione dei compiti tra i suoi componenti sulla base delle diverse competenze e professionalità, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione. Il collegio può acquisire dal debitore tutti i documenti ritenuti utili".

non del tutto aggiornata, rendendo complessa e articolata una ricostruzione attendibile della base dati di partenza da parte di un soggetto totalmente esterno. Una volta risolto questo tema, il Collegio dovrà poi proporre - a partire dalla ricostruzione effettuata a consuntivo - un piano previsionale finalizzato alla risoluzione della crisi. In altri termini in questa fase, di sostanziale ascolto e cooperazione con il debitore, l'OCRI potrà essere chiamato a svolgere il compito usualmente svolto dall'Advisor: accertare la situazione in essere, individuare gli errori gestori, verificare come porvi rimedio e, infine, sviluppare sulla base delle ipotesi formulate un piano di turnaround ragionevolmente attuabile entro un termine individuato. La complementarietà delle professionalità che devono essere presenti nel Collegio - aziendale, contabile e legale - rappresenta senz'altro un importante presupposto operativo in quanto permette al medesimo di porre in luce differenti profili della situazione dell'azienda oggetto di esame riuscendo, anche con una ragionevole suddivisione dei compiti tra i componenti del Collegio, richiesta esplicitamente dal Codice, a studiare i differenti profili di rischio e, di conseguenza, a configurare possibili opportunità di risoluzione che ne tengano compiutamente conto.

La redazione da parte del Collegio degli esperti della relazione iniziale comporta una importante attività di assunzione di informazioni, ma, innegabilmente, presuppone anche lo svolgimento di numerosi controlli e verifiche che richiedono competenze specialistiche di tipo prettamente economico aziendale. Utilizzando il linguaggio del Cndcec, ormai condiviso dalla dottrina e dalla giurisprudenza, deve essere verificata la veridicità della "base dati" messa a disposizione dall'azienda in coerenza con i principi di attestazione, recentemente aggiornati, e quindi utilizzando metodologie e tecniche proprie della revisione aziendale. Poiché infatti fine del procedimento di composizione della crisi è in prima battuta l'impostazione di una trattativa con i creditori per addivenire ai sensi del comma 4 dell'art. 19 del Codice ad un accordo in forma scritta che produrrà gli stessi effetti del piano attestato di risanamento e poiché non è prevista in questo frangente la nomina di un attestatore, sarà il Collegio di esperti, qualora richiesto dal debitore, a dover farsi carico di tutti i controlli necessari. L'implementazione delle verifiche sulla veridicità delle informazioni di partenza è indispensabile perché possa essere considerato robusto l'accordo proposto e quindi fattibile il piano. D'altra parte la necessità che il Collegio si faccia carico di queste verifiche secondo le modalità indicate si deduce anche dal fatto che il nuovo Codice prevede espressamente al comma 3 del medesimo articolo che il debitore possa chiedere all'OCRI – appunto - di attestare la veridicità dei dati aziendali, nel caso in cui si opti per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo. Ciò sarà possibile se almeno uno dei componenti del terna è in

Wolfers Kluwer Iralia

preventivo. Ciò sarà possibile se almeno uno dei componenti del terna è in possesso dei requisiti necessari.

Si può affermare che, in sintesi, qualora la società chiedesse l'intervento del Collegio ai sensi del comma 2 dell'art. 19 per la redazione della documentazione, quest'ultimo svolgerebbe contemporaneamente l'attività di Advisor (finanziario e legale) e l'attività di Attestatore del piano.

Paiono a chi scrive necessarie alcune riflessioni sul punto in quanto l'assunzione contemporanea dei due ruoli non può non destare perplessità. Essa infatti contraddice il principio generale e fondamentale della necessaria separazione tra soggetto controllato e controllore indispensabile per evitare situazioni di autoriesame. La deroga al citato principio sarebbe giustificata per il fatto che i componenti del Collegio sono individuati dal Referente dell'OCRI e quindi sono soggetti strutturalmente indipendenti rispetto alla società. Nondimeno, pare a chi scrive, che il tema del rischio di autoriesame sussista ugualmente in quanto connesso non tanto alla terzietà dei componenti del Collegio rispetto alla società, quanto alla diretta corrispondenza soggettiva tra chi analizza la situazione e ne tratteggia una rappresentazione documentale e chi attesta la correttezza del risultato dell'analisi e quindi del quadro delineato e della soluzione proposta.

2. Un confronto con fattispecie che presentano criticità similari. il ruolo dell'OCC e quello del commissario giudiziale (in presenza di offerte concorrenti)

Tale configurazione non è nuova al contesto delle riforme nel tempo apportate alla normativa. In particolare pare a chi scrive che ci siano due fattispecie che costituiscono precedenti in quanto regolamentano situazioni a questa raffrontabili.

In primo luogo il funzionamento dell'OCRI sembra essere mutuato da quello dell'Organismo di Composizione della Crisi da sovraindebitamento (OCC). Anche in quel caso, infatti, un solo soggetto assume l'incarico di analizzare la situazione dell'istante, di darne una compiuta e completa rappresentazione, di indentificare una possibile strategia risolutiva (dovrebbe certamente farlo l'istante, ma più spesso la strategia è individuata in contraddittorio) e, appunto, di valutare la completezza delle informazioni e la sostenibilità delle proposte. Pare, però, a chi scrive che senza dubbio la complessità delle operazioni che dovranno essere analizzate dall'OCRI con riferimento alle società in allerta sia molto maggiore rispetto a quella riscontrata dagli OCC. Pertanto la mancanza di separazione tra soggetto che redige il piano e soggetto che controlla il piano – permessa ex lege – potrebbe presentare nel primo caso maggiori criticità e maggiori rischi.

In secondo luogo la situazione tratteggiata per la composizione assistita della crisi è avvicinabile a quanto previsto – anche con l'attuale formulazione del Codice – per le offerte concorrenti quando al secondo offerente è chiesto di fare affidamento sulle verifiche svolte dal Commissario Giudiziale². L'art. 90, comma 4 del Codice attualmente prevede (così come l'art. 163, comma 4, l. fall. prevedeva), infatti, che la relazione di cui al comma 3 dell'art. 87, comma 2, CCI (precedentemente art. 161 l. fall.) presentata dall'Attestatore del proponente un piano concorrente - che ad evidenza sarà soggetto differente rispetto al professionista che ha attestato il primo piano presentato e proposto dalla azienda - possa essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già stati oggetto di verifica da parte del Commissario e, addirittura, che la relazione stessa possa essere omessa qualora non ve ne siano. In entrambe le fattispecie si deve notare che non si prevede che - l'OCRI e il Commissario Giudiziale - debbano attestare anche la fattibilità del Piano, ma solo la veridicità dei dati aziendali³. In caso di presentazione di domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione o di apertura del concordato preventivo, le verifiche sulla fattibilità pertanto non sarebbero svolte dal Collegio nominato dall'OCRI ma affidate a un attestatore esterno al Collegio e individuato dall'azienda. Tale scelta del legislatore vedrebbe quindi un attestatore estraneo alla terna di esperti affidarsi alle valutazioni svolte dai componenti della stessa sulla veridicità. La portata della norma – in entrambe le fattispecie – assume rilievo per le implicazioni sistemiche e per gli effetti operativi e comportamentali che ne conseguono. Le ragioni delle previsioni normative, la cui portata è stata forse scarsamente attenzionata in considerazione dell'inconsistenza numerica ad oggi di fattispecie applicative⁴, sono ragionevoli e possono essere ravvisate: i) da un lato nella necessità di imporre economie di tempo e di costo, imponendo comportamenti efficienti agli operatori in entrambe le fattispecie; ii) dall'altro lato nel solo caso delle offerte concorrenti, nella valutazione della situazione di asimmetria informativa in cui il creditore si troverebbe senz'altro ad operare, qualora dovesse svolgere una due diligence in evidente conflitto di interessi con i rappresentanti dell'azienda che hanno presentato la proposta originale. Conviene rilevare che in entrambi i casi non sarà sufficiente per il Collegio e per il Commissario allestire una data room a servizio dell'attestatore della fattibilità nominato dall'azienda in crisi, nel primo caso, o dal terzo concorrente nel secondo. La lettera della norma richiama, infatti, a chiare lettere una attestazione sulla veridicità della base dati e quindi prevede che il terzo attestatore della fattibilità richieda in un caso al Collegio e nell'altro al Commissario, i

quali difficilmente potranno sottrarsi, una vera e propria relazione che rendiconti sulle verifiche svolte e sulla attendibilità dei dati relativi alle attività e alle passività fornite e che si concluda con l'emissione del giudizio di attestazione. In caso di diniego Collegio e Commissario dovranno in qualche modo giustificarsi, il che implica che dovranno dichiarare di non avere ancora posto in essere o di non avere ancora concluso, a seconda del momento in cui vengono formulate le richieste, le necessarie verifiche. Il diniego, d'altra parte, potrebbe però rendere più complesso l'accesso ai dati da parte dell'azienda o del terzo (nel caso delle offerte concorrenti) con il rischio che qualora il Collegio o il Commissario non argomentassero in modo puntuale le proprie ragioni, i primi potrebbero ravvisare nel comportamento dei secondi una criticità ostativa all'esercizio dei propri diritti. D'altra parte qualora il Collegio o il Commissario rilasciassero la propria attestazione di veridicità dei dati e il terzo basasse su questa attestazione la redazione del proprio piano principale o alternativo (nel caso delle offerte concorrenti) aggiudicandosi la preferenza dei creditori, le eventuali discrasie rilevate in fase esecutiva tra quanto attestato dal Collegio o dal Commissario e quanto poi effettivamente rinvenuto potrebbero far ravvisare all'azienda o al terzo una potenziale responsabilità nei propri confronti. Collegio degli esperti e Commissario che abbiano impostato le proprie verifiche in coerenza con i principi di attestazione, potranno in questi casi però correttamente appellarsi agli stessi, per argomentare la bontà dell'impostazione delle proprie verifiche.

Rileva infine ricordare che la relazione illustrativa al Codice richiama il fatto che il falso nell'attestazione è sanzionato penalmente dall'art. 345 che titola specificatamente "Falso nelle attestazioni dei componenti dell'O-CRI". Il componente del Collegio che nell'attestazione di cui all'art. 19, comma 3, espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti ad esso allegati è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata e se dal fatto consegue un danno per il creditore la pena è aumentata fino alla metà.

Resta aperto un ulteriore tema di non poco conto, legato alla compatibilità tra la corretta applicazione dei principi di attestazione e la richiesta del codice di riservatezza del procedimento. A tale criticità, si legge, nella relazione, si è voluto rispondere con l'introduzione delle previsioni dell'art. 20 del Codice cui è dedicato il paragrafo seguente.

3. Misure protettive

L'art. 2 CCI definisce le misure protettive come misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possa-

² In questo senso anche: Roda A.-Roda C.-Regis N., L'intervento dell'advisor legale dell'azienda, in I nuovi compiti degli organi sociali, a cura di Riva P., Il Sole 24 ore, Collana "Crisi d'Impresa", Milano, 2019, p. 100.

³ Nel caso delle offerte concorrenti, in realtà, anche la fattibilità dovrà essere attestata nel caso, particolare, in cui il nuovo piano non si discosti dal primo presentato e in ogni caso per gli aspetti sovrapponibili.

⁴ Si ha evidenza di pochissimi casi di presentazione di offerte concorrenti.

no pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Si legge nel commento all'art. 20 della relazione illustrativa del Codice che mentre è possibile pretendere che la procedura di allerta si svolga in via riservata e confidenziale, essendo in essa coinvolti tendenzialmente solo il debitore, gli organi societari, i professionisti, gli uffici pubblici e l'OCRI, tale riservatezza non può essere del tutto mantenuta nel procedimento di composizione assistita della crisi, nella quale vengono necessariamente coinvolti, almeno in parte, i creditori. È quindi inevitabile che la notizia della crisi possa diffondersi e conseguentemente è necessario consentire al debitore di tutelare l'impresa da iniziative dei creditori che potrebbero vanificare le trattative.

L'art. 20 del Codice introduce pertanto la possibilità per il debitore, dopo aver depositato istanza per la soluzione concordata della crisi avanti all'OCRI, di chiedere presentando ulteriore apposita istanza alla Sezione del Tribunale specializzata in materia di Imprese competente per territorio in ragione della sede legale, per chiedere di poter usufruire delle misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso. Il giudice designato per la trattazione dell'istanza⁵ provvede dopo avere eventualmente sentito a chiarimenti i soggetti che hanno effettuato la segnalazione e il presidente del Collegio di esperti nominato dall'OCRI avanti al quale pende la procedura di composizione assistita.

Con decreto motivato il giudice può concedere al debitore di usufruire delle misure protettive inizialmente per un massimo di tre mesi. Il termine è prorogabile fino al termine massimo di durata delle trattative previsto dal Collegio ai sensi dell'art. 19, comma 1 e quindi di ulteriori novanta giorni. Anche la proroga è concessa su istanza del debitore, ma è richiesta una ulteriore condizione ossia il fatto che il Collegio degli esperti attesti che sono stati compiuti progressi significativi delle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo. Qualora le misure protettive siano concesse durante il procedimento di composizione assistita della crisi, i creditori per titolo o per causa anteriore al procedimento non potranno iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, a pena di nullità.

La previsione dell'art. 20 è finalizzata ad anticipare ed estendere l'ombrello del cosiddetto *stand still* anche a questa prima fase di gestione anticipata della crisi conseguente all'allerta. Essa non si sostituisce, ma si affianca alle previsioni di cui agli artt. 54, 55, 64 e 89 che regolamentano invece le misure protettive nel differente e successivo contesto degli eventuali accordi di ristrutturazione e di concordato preventivo. Accomuna la procedura prevista nell'art. 20 e quella prevista dall'art. 54 e rappresenta una novità

Wohers Kinger Balas 71

rispetto alle previsioni precedenti, il fatto che sia ora necessaria una specifica istanza di parte e che sia escluso qualsivoglia automatismo nella concessione delle misure protettive.

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

Tale automatismo ha influenzato le scelte e il *modus operandi* delle aziende in crisi nel contesto pre-CCI che potevano contare su di un *automatic stand still* conseguente alla semplice presentazione della sola istanza di ammissione ad una procedura di concordato preventivo in bianco. Sarà pertanto fondamentale per gli operatori porre attenzione alla rilevante novità legislativa per non omettere – se naturalmente il contesto lo richieda – l'istanza al Tribunale delle imprese.

L'art. 20 stabilisce al successivo comma 4 anche che, con il medesimo procedimento e quindi presentando apposita istanza al Tribunale delle Imprese, il debitore possa richiedere, anche in questa fase, il differimento della operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale. Nel caso in cui non si proceda con la richiesta, qualora la società si trovi in una situazione di perdita del capitale sociale rilevante ai fini degli artt. 2447 e 2482-ter c.c. e dunque in una condizione che può generare il suo scioglimento, gli amministratori devono dar corso alla convocazione dell'assemblea nei termini di legge, ossia non oltre trenta giorni dalla piena conoscenza della perdita, ai sensi dell'art. 2631 c.c., e il piano può essere messo in esecuzione solo se il capitale sociale viene riportato ad un valore non inferiore al minimo legale, mediante aumenti di capitale - anche con versamento dilazionato, limitatamente al settantacinque per cento della quota capitale - rinunzie a crediti, conferimenti in natura o altri strumenti. Resta inteso che fino all'avvenuta sottoscrizione dell'aumento di capitale o del venir meno della perdita, gli amministratori dovranno gestire la società con criteri conservativi come previsto dalla normativa ed in particolare dall'art. 2486 c.c. È opportuno evidenziare che la sussistenza di una situazione di crisi tale da rendere indispensabile il piano di risanamento non sempre comporta anche una perdita rilevante ai sensi dell'art. 2484, n. 4, c.c. In altri termini la presenza di incapacità di fare fronte ai propri impegni finanziari non è sempre correlata ad una manifestazione di perdite di esercizio e, soprattutto, non è sempre correlata alla manifestazione di perdite di esercizio tali da comportare la riduzione del capitale sociale al di sotto del limite legale e quindi l'obbligo di immediata copertura.

L'art. 20 in tema di misure protettive si chiude stabilendo infine che le stesse, qualora concesse, possono essere revocate immediatamente, anche d'ufficio, qualora risultino commessi atti in frode nei confronti dei creditori o qualora il Collegio segnali al Giudice l'impossibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi o l'assenza di significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi.

⁵ Si tiene conto del D.Lgs. Correttivo n. 147 del 26/10/2020, pubblicato in Gazzetta Ufficiale in data 05/11/2020.

4. Conclusione del procedimento

Come già anticipato, il termine inizialmente fissato per la conclusione del procedimento di composizione della crisi avanti all'OCRI non può superare i 90 giorni, prorogabili di ulteriori 90 giorni solo nel caso in cui risultino riscontri positivi sull'avanzamento delle trattative.

In caso di riscontri negativi non è possibile concedere alcuna proroga. Se, al contrario, all'esito delle trattative, il debitore raggiunge un accordo con i creditori, questo dovrà essere formalizzato per iscritto e depositato presso l'OCRI. Tale accordo ai sensi del comma 4 dell'art. 19 produce i medesimi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento e non è ostensibile a soggetti diversi da coloro che lo hanno sottoscritto, salvo che – sempre ai sensi dell'ultimo capoverso del medesimo comma – il piano non venga iscritto con il consenso di questi ultimi e su richiesta del debitore nel registro delle imprese.

In caso di esito negativo delle trattative, qualora la società nel termine prestabilito non riesca a concludere l'accordo con i suoi creditori e qualora permanga lo stato di crisi, il procedimento si concluderà con i due seguenti interventi: i) da un lato l'OCRI ne darà notizia ai soggetti tenuti alla segnalazione dell'allerta che non abbiano partecipato al procedimento; ii) dall'altro lato il Collegio inviterà il debitore a presentare entro 30 giorni una domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza previste dall'art. 37 CCI (ossia il piano attestato di risanamento, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo, ma anche se del caso la liquidazione giudiziale).

Solo successivamente, qualora il debitore non provveda ad alcuna presentazione nel termine indicato al precedente punto ii), il Collegio segnalerà la circostanza con relazione motivata al Referente dell'OCRI, il quale a sua volta ne darà notizia al Pubblico Ministero, come meglio dettagliato infra.

Conviene evidenziare che gli atti relativi al procedimento di composizione assistita e i documenti prodotti o acquisiti nel corso dello stesso possono essere utilizzati unicamente nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale o di un procedimento penale.

5. Segnalazione al pubblico ministero

Nell'ambito della crisi e dell'insolvenza delle imprese, il Pubblico Ministero si qualifica come soggetto neutro ed imparziale che agisce per tutelare la par condicio creditorum, gli interessi economici della collettività e la legalità nello svolgimento delle procedure concorsuali. Alla luce delle novità introdotte dal nuovo codice della crisi, i poteri di intervento e di controllo detenuti dal pubblico ministero risultano accentuati. Si evidenzia infatti che egli è chiamato a vigilare anche nelle situazioni imprenditoriali di crisi

e non solo in quelle di insolvenza conclamata. Più nel dettaglio il P.M. assume (ma già è così vigente la Legge fallimentare) un ruolo essenziale quando è chiamato a interloquire con le altre parti delle procedure che si possono innestare in questa situazione di analisi anticipata della situazione dell'impresa, mediante espressione di pareri o mediante interlocuzioni in momenti rilevanti. Con l'introduzione del Codice ha però la possibilità di porre l'attenzione investigativa in una fase ancora precedente in quanto è possono essere portate alla sua attenzione condotte realizzate da parte del debitore durante il procedimento avanti all'OCRI. L'analisi investigativa del Pubblico Ministero in materia concorsuale risulta pertanto potenzialmente anticipata, con conseguente aumento della complessità dei fatti e degli atti richiestigli che vanno ad incidere su realtà in difficoltà, ma ancora potenzialmente operanti in continuità. Il suo ruolo risulta investito di un rinnovato potere d'azione e di una maggiore responsabilità e diviene ancora più impellente la necessità che unisca alle proprie tipiche competenze anche i principali elementi di economia aziendale. Il rafforzamento dei poteri di controllo ed intervento del pubblico ministero evidenziano l'esigenza e l'opportunità di fornire all'organo inquirente la possibilità tecnica di interloquire con le parti coinvolte nelle procedure concorsuali. Si è sostenuto in dottrina che risulterebbe ottimale l'inserimento all'interno degli uffici della Procura della Repubblica di un soggetto specializzato in tematiche economico aziendali che affianchi i P.M. nello svolgimento delle analisi di atti e fatti relativi alle singole procedure⁶. Nella fase di componimento della crisi mediante l'ausilio dell'OCRI non è previsto espressamente un ruolo del Pubblico Ministero: vengono svolte trattative con il debitore per la ricerca di una "soluzione concordata della crisi" senza un esplicito potere di controllo del Pubblico Ministero. Tuttavia, ai fini del corretto e completo svolgimento del proprio ruolo, il Pubblico Ministero necessita della comprensione ed analisi degli "indicatori" della crisi aziendale. Il nuovo Codice all'art. 22 prevede che il Collegio degli esperti nominato dall'OCRI debba procedere con una segnalazione motivata al referente, che a sua volta informa immediatamente il Pubblico Ministero perché questi promuova il procedimento giudiziale per accertare lo stato d'insolvenza e per l'apertura della procedura liquidatoria qualora: i) il debitore non compaia per l'audizione; ii) in assenza di archiviazione della segnalazione da parte dell'OCRI, il debitore non assuma alcuna iniziativa allo scadere del breve termine fissato dal Collegio; iii) gli elementi acquisiti dal Collegio rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore e all'esito delle trattative il debitore non depositi domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Quando il Pubblico Ministero considera fondata la notizia di insolvenza esercita

[°] De Flammineis S., ll nuovo ruolo del p.m. tra crisi e perdita della continuità aziendale, in Diritto penale contemporaneo, Fascicolo 2/2019, p. 5 ss.

6. Liquidazione del compenso

Gli artt. 23 e 351 del nuovo Codice prevedono che gli importi spettanti all'OCRI a titolo di costi amministrativi e di compensi dei componenti del Collegio siano concordati con il debitore o, in difetto, liquidati dal Presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale o da un suo delegato.

Quest'ultimo terrà conto, separatamente, dell'attività svolta per l'audizione del debitore e per l'eventuale procedura di composizione assistita della crisi, nonché dell'impegno in concreto richiesto e degli esiti del procedimento. Dovrà altresì considerare i seguenti parametri: a) in caso di mancata comparizione del debitore, il compenso deve essere commisurato al compenso minimo del curatore ridotto al 50%, di cui la metà all'ufficio del referente e la restante parte suddivisa tra i componenti del collegio; b) per la sola audizione del debitore, sarà considerato il compenso minimo del curatore, di cui un terzo all'ufficio del referente e due terzi da suddividere tra i componenti del collegio; c) per il procedimento di composizione assistita della crisi, i compensi e i rimborsi delle spese previsti per l'OCC dal Decreto del Ministro della giustizia 24/09/2014, n. 202, artt. 14, 15 e 16, in quanto compatibili, avuto riguardo all'attivo e al passivo del debitore risultanti dai dati acquisiti dall'organismo.

In particolare, l'art. 14 chiarisce che le soglie numeriche indicate, anche a mezzo di percentuale, sia nei minimi che nei massimi, per la liquidazione del compenso non sono vincolanti per la liquidazione medesima. L'art. 15 stabilisce che sono ammessi acconti sul compenso finale e che per la determinazione del compenso si tiene conto dell'opera prestata, dei risultati ottenuti, del ricorso all'opera di ausiliari, della sollecitudine con cui sono stati svolti i compiti e le funzioni, della complessità delle questioni affrontate, del numero dei creditori e della misura di soddisfazione agli stessi assicurata con l'esecuzione dell'accordo ovvero con la liquidazione. Infine l'art. 16, stabilisce che, come per l'OCC, il compenso sia determinato sulla base dei seguenti parametri: a) in percentuale sull'ammontare dell'attivo realizzato compresa tra quelle di cui all'art. 1, comma 1, del Regolamento

Wolfers Kluwer halta 75

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

concernente l'adeguamento dei compensi spettanti ai curatori fallimentari e la determinazione dei compensi nelle procedure di concordato preventivo (Decreto del Ministro della giustizia 25/01/2012, n. 30 e successivi adeguamenti); e, b) in percentuale sull'ammontare del passivo risultante dall'accordo compresa tra quelle di cui all'art. 1, comma 2, del medesimo Regolamento indicato alla lett. a). I compensi così determinati devono però essere ridotti in una misura compresa tra il 15% e il 40%.

Ai costi fissi che gravano sulle Camere di Commercio per consentire il funzionamento dell'OCRI si provvede, invece, mediante versamento dei diritti di segreteria.

RIEPILOGO

- Quale documentazione deve produrre il debitore avanti al Collegio degli esperti? Il Codice prevede che nella fase iniziale il Collegio degli esperti acquisisca dal debitore una relazione economico-patrimoniale-finanziaria aggiornata, l'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali, con l'indicazione dell'ammontare dei crediti e delle eventuali cause di prelazione, nonché tutti gli ulteriori documenti considerati utili dal Collegio stesso. L'art. 19 del Codice prevede la facoltà del debitore di incaricare il Collegio stesso di predisporre la documentazione richiesta, pertanto in questo caso il Collegio svolge, oltre che il ruolo di controllo sul procedimento e sull'esito dello stesso, anche un ruolo consulenziale.
- Quali attività e quali verifiche comporta la redazione della relazione iniziale del Collegio degli esperti? La redazione da parte del Collegio della relazione iniziale comporta una importante attività di assunzione di informazioni, ma, innegabilmente, presuppone anche lo svolgimento di numerosi controlli e verifiche che richiedono competenze specialistiche di tipo prettamente economico aziendale. Il Collegio è chiamato ad attestare la veridicità della base dati messa a disposizione dall'azienda in coerenza con i principi di attestazione e quindi utilizzando metodologie e tecniche proprie della revisione aziendale.
- Qual è il termine con cui possono essere concesse le misure protettive? Le misure protettive qualora siano concesse durante il procedimento di composizione assistita della crisi, comportano che i creditori per titolo o per causa anteriore al procedimento non potranno iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, a pena di nullità. Le misure protettive possono essere richieste dal debitore mediante apposita istanza al Tribunale delle imprese. Il giudice designato per la trattazione dell'istanza sentiti i soggetti che hanno effettuato la segnalazione e il presidente del Collegio avanti al quale pende la procedura di composizione assistita può concedere al debitore di usufruire delle misure protettive inizialmente per un massimo di 3 mesi. Il termine è prorogabile di ulteriori 90 giorni fino al termine massimo di durata delle trattative a condizione che il Collegio nominato dall'OCRI attesti che sono stati compiuti progressi significativi delle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo.

⁷ Soldati N., Un intervento tempestivo per rendere residuale la liquidazione dell'impresa, in Le novità del Codice, a cura di Nicola S., Il Sole 24 ore, Collana "Crisi d'Impresa", Milano, 2019, p. 14.

CAPITOLO 5 MISURE PREMIALI

di Patrizia Riva

Il legislatore ha introdotto nel Codice una serie di misure atte ad incentivare l'imprenditore ad anticipare l'emersione della crisi. Tali misure premiali hanno natura personale e patrimoniale, e trovano applicazione sotto tre diversi profili: concorsuale, fiscale e penale. Sono collocate nel titolo relativo al procedimento di composizione della crisi agli artt. 24 e 25, ma sono estese in gran parte anche alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Il sistema di misure premiali viene integrato da ulteriori disposizioni, tra cui l'art. 14, comma 3, che esclude la responsabilità solidale degli organi di controllo che segnalino tempestivamente all'organo amministrativo fondati indizi della crisi e, in assenza di adeguata risposta o in caso di mancata adozione delle misure necessarie per superare la crisi, rivolgano la segnalazione all'OCRI.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Misure premiali di natura concorsuale – 3. Misure premiali di natura fiscale – 4. Misure premiali di natura penale

RIFERIMENTI NORMATIVI: artt. 13, 14, 22, 24, 25, 39, 44, 90, 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333, 341 c.c.i., artt. 161, 163 l. fall., artt. 2086, 2749 c.c.

1. Premessa

Il presupposto per la applicazione è rappresentato dal tempestivo e positivo accesso alle procedure in oggetto. Il requisito di tempestività, come declinato nelle forme previste dall'art. 24, costituisce di fatto un ulteriore monito del legislatore nei confronti dell'imprenditore affinché intervenga sull'assetto organizzativo dell'impresa ai fini del monitoraggio degli indicatori e degli indici di crisi di cui all'art. 13 CCI, adempiendo all'obbligo disposto dall'art. 3, comma 2, che si riflette nell'art. 2086 c.c. Il concetto è declinato a *contrariis* dall'art. 24 del Codice che definisce iniziativa non tempestiva il deposito delle istanze per accesso alla composizione della crisi o alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza avvenute oltre un definito limite temporale. Quest'ultimo è fissato in tre mesi nel primo caso ed in sei mesi per il secondo dal verificarsi di una delle seguenti situazioni:

a) Prevalenza dei debiti scaduti da almeno 60 giorni per retribuzioni, rispetto al totale mensile delle retribuzioni. Letteralmente l'ammontare dello scaduto deve essere pari a oltre la metà del totale mensile e assumono rilievo i soli debiti per retribuzioni, restando esclusi, sia dai debiti scaduti sia dal totale dei debiti considerati, il Tfr o i debiti di natura erariale e previdenziale;

- Prevalenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni, rispetto a quelli non scaduti. Letteralmente l'ammontare dello scaduto deve essere superiore rispetto al non scaduto;
- c) Superamento nell'ultimo bilancio approvato o comunque per oltre tre mesi, degli indici della crisi di cui all'art. 13 CCI, commi 2 e 3.

Occorre constatare l'assenza di qualsiasi riferimento, nella formulazione testuale della disposizione, al momento nel quale l'imprenditore viene a conoscenza delle predette circostanze. Si valuta peraltro che tale assenza, lungi dal rappresentare un difetto della norma, sia in realtà estremamente funzionale a prevenire condotte intenzionalmente strumentali che volontariamente differiscano a proprio piacimento l'asserito momento nel quale si è verificata la conoscenza delle predette circostanze, per far sì che appaia tempestiva una segnalazione di crisi in realtà tardiva. Il tema centrale non è dunque la conoscenza, ma semmai la conoscibilità, dei fatti de quibus.

È evidente, di conseguenza, che non rilevando, ai fini dell'esimente, il momento in cui il debitore viene a conoscenza delle circostanze dalle quali decorrono i termini per la verifica della tempestività, bensì il momento della effettiva manifestazione delle circostanze medesime, si rende necessario, come già più volte evidenziato supra (si rinvia al capitolo 2) che l'imprenditore si doti di adeguati assetti e quindi, tra l'altro, di meccanismi contabili ma anche amministrativi di rilevazione dei fatti aziendali, quali di procedure di monitoraggio delle scadenze e degli insoluti, in grado di dare sollecitamente contezza del momento di verificazione delle predette circostanze.

L'art. 24, comma 2, CCI prevede che su richiesta del debitore, il Presidente del Collegio degli esperti nominato dall'OCRI attesti l'esistenza dei requisiti di tempestività svolgendo una attività di verifica e valutazione del rispetto dei termini e delle condizioni descritte dalla norma. Tale attestazione è finalizzata ad agevolare il debitore nel dimostrare poi *ex post* la sussistenza del presupposto per l'applicazione delle misure premiali.

Nella tabella che segue sono sintetizzate le differenti fattispecie previste dall'art. 25 commentate poi nei paragrafi *infra*.

79

MISURE PREMIALI			
Concorsuali	Fiscali	Penali	
> raddoppio del termine massimo (60 giorni) della proroga che può essere disposta per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 25, comma 1, lett. d); > riduzione (dal 30%) al 20% della soglia di soddisfacimento da garantire ai creditori chirografari, nel concordato in continuità, per escludere l'ammissibilità di proposte concorrenti (art. 25, comma 1, lett. e).	riduzione alla misura legale del tasso di interesse applicato ai debiti tributari dell'impresa, per la sola durata della procedura di composizione assistita della crisi (art. 25, comma 1, lett. a); riduzione alla misura minima delle sanzioni tributarie: per le quali sia ammesso il pagamento in misura ridotta entro un dato termine dalla comunicazione dell'ente impositore e che scadano successivamente all'accesso al procedimento di composizione della crisi o a procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 25, comma 1, lett. b); nel corso della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, riduzione della metà delle sanzioni e degli interessi afferenti debiti tributari che siano stati oggetto di precedente procedura di composizione assistita della crisi (art. 25, comma 1, lett. c).	, in caso di particolare tenuità del danno, causa di esclusione della punibilità di una serie di reati, tra cui le fattispecie di bancarotta e ricorso abusivo al credito, previsti dallo stesso Codice, a beneficio di chi abbia presentato istanza per l'accesso alla procedura di composizione o domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi o insolvenza (art. 25, comma 2, primo periodo); , in assenza di particolare tenuità del danno, attenuante a effetto speciale consistente nella riduzione della pena prevista fino alla metà, sempre a beneficio di chi abbia presentato istanza o domanda, qualora: il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori garantisca il soddisfacimento del 20%, del cento chirografario e il danno cagionato non superi due milioni di euro (art. 25, comma 2, secondo periodo).	

2. Misure premiali di natura concorsuale

Le misure premiali di natura prettamente concorsuale sostanzialmente consistono:

 nel raddoppio – da non oltre 60 a non oltre 120 giorni – del termine massimo (previsto dall'art. 44, comma 1, lett. a) del Codice) della proroga per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti in forma piena ossia accompagnata dal piano, dalla attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, comma 1;

Wolfgis Kluwer Balta

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

 nella riduzione della soglia di soddisfacimento garantita ai chirografari per beneficiare dell'esclusione delle proposte concorrenti nel concordato in continuità dal 30% (percentuale prevista dall'art. 90, comma 5 del Codice) al 20% (percentuale prevista dall'art. 25, comma 1, lett. e) richiamato dall'art. 90, comma 5 del Codice).

Questo gruppo di misure premiali ha quale scopo agevolare o tutelare l'imprenditore nell'iter per raggiungere soluzioni concordate, da una parte consentendo al tribunale di concedere più tempo all'imprenditore per predisporre piano concordatario o accordi di ristrutturazione, dall'altra "proteggendolo" maggiormente da proposte concorrenti. Quanto alla prima misura in esame, si può notare come il legislatore abbia in realtà inasprito il nuovo iter procedurale rispetto al regime previgente, che viene parzialmente ripristinato solo in forza della misura premiale in esame. La Legge fallimentare prevede infatti un termine tra i 60 e i 120 giorni per la presentazione del piano concordatario o per l'accordo di ristrutturazione a seguito del deposito di un ricorso ex art. 161, comma 6, l. fall. (il c.d. concordato in bianco) e tale termine può essere esteso dal tribunale di non oltre 60 giorni. Il CCI, invece, all'art. 44, comma 1, lett. a) prevede che, a fronte di una domanda del debitore di accedere a una procedura di regolazione concordata, il tribunale conceda un termine molto più breve, tra 30 e 60 giorni, per depositare la proposta di concordato preventivo con il piano o gli accordi di ristrutturazione. Detto termine può essere esteso per soli ulteriori 60 giorni. In questo contesto si inserisce la misura premiale che raddoppia la predetta possibile estensione portandola da 60 a 120 giorni; viene così allineato il complessivo termine astrattamente accordabile per il deposito ai sensi del Codice della crisi rispetto all'omologo termine massimo astrattamente accordabile ai sensi della Legge fallimentare, ovvero 180 giorni. Pertanto, pur classificando il raddoppio del termine come misura premiale, con questo impianto il legislatore della riforma ha voluto generalmente stringere le maglie della procedura di concordato in bianco e sanzionare l'intempestività. Condizione per l'incremento del termine astrattamente assegnabile dal tribunale è la mancata segnalazione da parte dell'OCRI al pubblico ministero della notizia di insolvenza ai sensi dell'art. 22 CCI1.

La seconda misura premiale in esame, invece, rappresenta un incentivo rispetto al regime delle proposte concorrenti dettato dalla Legge fallimentare all'art. 163, comma 5, sostanzialmente mantenuto dall'art. 90, comma 5, CCI: l'ammissibilità di proposte concorrenti, fattispecie ad oggi non frequente, è esclusa qualora sia attestato dal professionista incaricato un soddisfacimento del ceto chirografario almeno pari al 30% in base alla propo-

80 · Verifiers Kinner Baffer

¹ In questo senso Amadardo M., Le misure premiali all'imprenditore "virtuoso", in Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, a cura di Danovi A.-Acciaro G., Il Sole 24 ore, Collana "Crisi d'Impresa", Milano, 2019, p. 69 ss.

sta principale. La misura premiale in esame introduce una riduzione di tale soglia al 20%.

3. Misure premiali di natura fiscale

Le misure premiali di natura fiscale consistono sostanzialmente nella riduzione di interessi e sanzioni previste sempre dall'art. 25, comma 1, lett. a), b) e c). Occorre ricordare come gli interessi e le sanzioni tributarie siano crediti assistiti dal medesimo privilegio che assiste il tributo o l'imposta cui afferiscono ai sensi dell'art. 2749 c.c. nei limiti temporali dettati dalla medesima norma. Si precisa a tal proposito che le misure in commento consistono in una riduzione dell'entità del debito e non in una esclusione del privilegio che assiste il relativo credito erariale. Si tratta quindi di crediti che, secondo le regole ordinarie del concorso, dovrebbero essere, almeno per la parte assistita da privilegio, soddisfatti prioritariamente rispetto a crediti di rango inferiore e, in caso di accordo di ristrutturazione del debito e concordato preventivo, per intero. Sono rimasti esclusi dalla tipologia di misura premiale in esame i debiti previdenziali.

4. Misure premiali di natura penale

Il Codice elenca in modo tassativo le situazioni cui possono essere applicate le misure premiali di natura penale. Si tratta:

- da un lato dei reati perseguibili a seguito dell'apertura di una liquidazione giudiziale ossia la bancarotta fraudolenta (art. 322), la bancarotta semplice (art. 323), il ricorso abusivo al credito (art. 325), anche qualora commessi da soci illimitatamente responsabili di società di persone (art. 328), da persone diverse dall'imprenditore ossia dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci e dai liquidatori di società (artt. 329, 330, 331) e dall'institore dell'imprenditore (art. 333);
- dall'altro lato dei reati perseguibili a seguito dell'apertura di un concordato preventivo ai sensi dell'art. 341, comma 2, lett. a) che richiama le disposizioni degli artt. 329 e 330 applicabili agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società e b) che richiama le disposizioni dell'art. 333 applicabili all'institore.

Il Codice specifica che le misure premiali si applicano limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura.

Quando il danno cagionato è di speciale tenuità, non è punibile chi ha tempestivamente presentato l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudizia-

le o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Negli altri casi in cui è stato cagionato un danno – o più letteralmente fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità – per chi ha presentato l'istanza o la domanda la pena è ridotta fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicuri il soddisfacimento di almeno un quinto (20%) dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di euro 2.000.000.

In sintesi il Codice classifica la gravità del danno causato identificando tre intervalli di rilevanza che individuano tre differenti situazioni e cui sono correlate differenti conseguenze in termini di applicazione delle esimenti. La tabella seguente sintetizza il contenuto della norma:

CLASSIFICAZIONE DELLA GRAVITÀ DEL DANNO CAUSATO			
	CATEGORIA DI DANNO	PARAMETRI PER LA CLASSIFICAZIONE	ESIMENTE
A	Danno di "Speciale tenuità"	Non è fornita una definizione specifica.	Non punibile
В	DANNO NON CLASSI- FICABILE COME DI "SPECIALE TENUITÀ", MA INFERIORE ALLE SOGLIE DI RILEVANZA STABILITE DALL'ART. 25, COMMA 2, ULT. CA- POVERSO)	procedura di regolazione il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento almeno pari	Pena ridotta alla metà
С	Danno rilevante	Alla data di apertura della procedura di regolazione il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori NON assicura alcun soddisfacimento dei crediti chirografari o assicura il soddisfacimento per una percentuale inferiore al 20% e la quantificazione del danno causato è maggiore di euro 2.000.000.	Nessuna esimente

Occorre evidenziare che il danno rilevante nella fattispecie in esame è quello cagionato non già dall'apertura della liquidazione giudiziaria (ex fallimento) a seguito di una incapacità di tutti gli attori coinvolti di intercettare per tempo la crisi mediante il procedimento d'allerta e di gestirla efficacemente, bensì dallo specifico reato fallimentare commesso dal debi-

Capitolo 5 - Misure premiali

tore con la distrazione. Deve pertanto sussistere una connessione tra quanto il debitore abbia sottratto alla massa attiva e il danno che precisamente a causa di questa sottrazione abbiano subito i creditori sociali. Potrebbero infatti darsi casi di passivi fallimentari ingenti, in cui il danno causato dal fallimento sia rilevantissimo, associati tuttavia a distrazioni patrimoniali di speciale tenuità. In tale ipotesi dunque il danno – anche civilistico – ingente, determinato ai sensi del differente art. 378 CCI è quello provocato dal non avere gestito la crisi per tempo – e quindi nel non avere dato tempestivamente l'allerta – arrivando alla dispersione di valore e alla fine alla liquidazione giudiziaria, ma non quello generato dalla distrazione, e quindi, si considera sia conforme alla ratio della norma ammettere l'applicazione della misura premiale (vedi Cass. 26/11/2019, n. 52057)².

Le misure premiali di natura penale individuate dall'art. 25 descritte in tabella sono di due tipi: i) da un lato è prevista – per il caso A – una causa di non punibilità o esclusione; ii) dall'altro lato è invece individuata – per il caso B – un'attenuante a effetto speciale. Ai fini di un corretto inquadramento delle due misure, è opportuno ricordare che la causa di non punibilità esclude uno degli elementi costitutivi della fattispecie di reato (appunto la punibilità dello stesso). Il reato, pertanto, quando il danno sia classificato come di "speciale tenuità" non si configura con la conseguenza di mandare assolto l'imputato pur riconoscendosi astrattamente una sua responsabilità colpevole per l'illecito contestato. La circostanza attenuante, invece, attiene alla gradazione della pena e presuppone quindi la condanna per il reato. Solo nella prima ipotesi, pertanto, l'imputato, non avendo commesso il reato, non è sanzionabile nemmeno con pene accessorie quali l'inabilitazione all'esercizio dell'impresa commerciale o l'incapacità di esercitare uffici direttivi.

RIEPILOGO

In cosa consistono le misure premiali di natura prettamente concorsuale? Esse consistono: i) nel raddoppio – da non oltre 60 a non oltre 120 giorni – del termine massimo della proroga per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti in forma piena ossia accompagnata dal piano, dalla attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e dalla documentazione di cui all'art. 39, comma 1; ii) nella riduzione della soglia di soddisfacimento garantita ai chirografari per beneficiare dell'esclusione delle proposte concorrenti nel concordato in continuità dal 30% al 20%.

Wolfers Klimer Julia 83

Evoluzione degli organi della crisi d'impresa

- In cosa consistono le misure premiali di natura fiscale? Esse consistono: i) nella riduzione alla misura legale del tasso di interesse applicato ai debiti tributari dell'impresa, per la sola durata della procedura di composizione assistita della crisi; ii) nella riduzione alla misura minima delle sanzioni tributarie; iii) nella riduzione della metà delle sanzioni e degli interessi afferenti debiti tributari che siano stati oggetto di precedente procedura di composizione assistita della crisi.
- In cosa consistono le misure premiali di natura penale? Esse consistono: i) in caso di particolare tenuità del danno, nella causa di esclusione della punibilità di una serie di reati, tra cui le fattispecie di bancarotta e ricorso abusivo al credito, a beneficio di chi abbia presentato istanza per l'accesso alla procedura di composizione o domanda di accesso alle procedure di regolazione della crisi o insolvenza; ii) in assenza di particolare tenuità del danno, se il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento almeno pari al 20% dei crediti chirografari e la quantificazione del danno causato è minore/uguale a 2.000.000 di euro, nell'attenuante a effetto speciale consistente nella riduzione della pena prevista fino alla metà, sempre a beneficio di chi abbia presentato istanza o domanda.

44 - Walters Chinese Bales

² In questo senso: Baldissera A.-Riva P., Danno da fattispecie distrattive riconoscibile in sede penale. La nuova classificazione introdotta dall'art. 25, c. 2 cci, GdS Sidrea Crisi d'impresa, in corso di pubblicazione.

