

RISTRUTTURAZIONI AZIENDALI

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Rivista trimestrale
Fascicolo n. 3/2024

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

Dottrina e giurisprudenza sulla crisi d'impresa

Rivista trimestrale – ISSN 2785-6348

Direttore responsabile: **Paola Castagnoli**

Editore: Centro Studi Giuridici - APS, con Sede in Luzzara (RE), Via Grandi n. 5. Associazione di promozione sociale, iscritta nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS) con atto Num. 20609 del 27/10/2022 BOLOGNA. Già iscritta nel Registro Regionale delle Associazioni di Promozione Sociale della Regione Emilia-Romagna al n. 3889, a far tempo dal 6 novembre 1995. Già iscritta nel Registro Provinciale delle Associazioni di Promozione Sociale della Provincia di Reggio Emilia al n. 53298/31/2011, a far tempo dal 2 novembre 2011. P.Iva: 02216450201; C.F.: 01762090205.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

DIREZIONE SCIENTIFICA

Stefano Ambrosini, *Ordinario nell'Università del Piemonte Orientale*
Franco Benassi, *Avvocato*

COMITATO SCIENTIFICO

Marco Arato, *Ordinario nell'Università di Genova*
Luigi Balestra, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Paolo Bastia, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Giovanni Caruso, *Ordinario nell'Università di Padova*
Paolo Felice Censoni, *Ordinario f.r. nell'Università di Urbino*
Maurizio Dallochio, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Giustino Di Cecco, *Ordinario nell'Università di Roma Tre*
Giuseppe Fauceglia, *Ordinario nell'Università di Salerno*
Francesco Fimmanò, *Ordinario nell'Università del Molise*
Sabino Fortunato, *Emerito nell'Università Roma Tre*
Gianvito Giannelli, *Ordinario nell'Università di Bari*
Fabrizio Guerrera, *Ordinario nell'Università di Messina*
Alberto Jorio, *Ordinario f.r. nell'Università di Torino*
Giuseppe Melis, *Ordinario nell'Università LUISS Guido Carli*
Alessandro Nigro, *Ordinario f.r. nell'Università La Sapienza*
Stefania Pacchi, *Ordinario f.r. nell'Università di Siena*
Francesco Perrini, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Alberto Quagli, *Ordinario nell'Università di Genova*
Paolo Valensise, *Ordinario nell'Università Roma Tre*
Marco Ventoruzzo, *Ordinario nell'Università Bocconi*

Antonio Didone, *Consigliere di Cassazione a rip.*
Aldo Angelo Dolmetta, *Consigliere di Cassazione a rip.*

Federico Casa, *Associato nell'Università di Trento*
Alessandro Danovi, *Associato nell'Università di Bergamo*
Rolandino Guidotti, *Associato nell'Università di Modena*
Andrea Perini, *Associato nell'Università di Torino*
Edgardo Ricciardiello, *Associato nell'Università di Bologna*
Fabio Serini, *Associato nell'Università di Napoli Parthenope*

Vittorio Minervini, *Professore a contratto nell'Università di Roma Tor Vergata*

Quaderni di **Ristrutturazioni Aziendali**

COMITATO TECNICO

Coordinatori

Edgardo Ricciardiello e Andrea Panizza

Componenti

Francesco Grieco, Riccardo Bonivento, Daniela Carloni, Laura Cristini, Francesca Crivellari, Gabriele Maria Genovese, Fabio Iozzo, Barbara e Veronica Maffei Alberti, Guido Doria, Nicoletta Michieli, Ivan Libero Nocera, Simone Pesucci, Paolo Rinaldi, Fabio Sebastiano, Andrea Sola, Carla Scribano, Giovanni Staiano.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Presidente

Antonio Nuzzo

Componenti

Marco Aiello, Simona Arduini, Maurizio Bianchini, Francesco Bordiga, Mia Callegari, Eva Desana, Marco Speranzin, Marina Spiotta, Patrizia Riva.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

CODICE ETICO

La Rivista "Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali" è una rivista scientifica peer-reviewed, che si ispira al codice etico delle pubblicazioni elaborato da COPE Committee on publication ethics: Best Practice Guidelines for Journal Editors. È pertanto necessario che tutte le parti coinvolte nel processo di pubblicazione della Rivista (autori, redattori, referees, editori) conoscano e condividano i seguenti requisiti etici.

Doveri della Direzione scientifica

Decisioni sulla pubblicazione

La Direzione Scientifica della Rivista è responsabile della decisione di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista stessa. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata dalle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del copyright e plagio. La Direzione Scientifica della Rivista, nell'assumere queste decisioni, si avvale del supporto dei referees del Comitato per la valutazione, composto di regola da Professori di ruolo italiani e stranieri o di referees esterni scelti, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di blind peer review.

Correttezza

La Direzione è tenuta a valutare i contributi esclusivamente per il loro contenuto scientifico.

Conflitto di interessi e trasparenza

La Direzione Scientifica, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, assicura che ai referees non siano sottoposti contributi rispetto ai quali costoro abbiano o possano avere conflitti di interesse.

Riservatezza

La Direzione Scientifica e le Redazioni sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai referees incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale e dall'editore, a seconda dei casi. Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato

da alcuno dei componenti della Direzione Scientifica, dei referees, incaricati della valutazione e delle Redazioni, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Qualità

Se il Comitato Editoriale o una delle Redazioni rileva o riceve segnalazione di un problema rilevante in merito ad errori/imprecisioni, conflitto d'interessi, o plagio in un articolo pubblicato, ne darà tempestiva comunicazione all'Autore e all'Editore ed intraprenderà ogni azione necessaria per chiarire la questione.

In caso di necessità, ritirerà l'articolo o pubblicherà una ritrattazione.

Doveri dei referee (peer reviewers)

Contributo alla decisione editoriale

I referees assistono la Direzione Scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le proprie comunicazioni, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare il contributo.

Correttezza e rispetto dei tempi

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti deve tempestivamente darne comunicazione all'Editore o alla Direzione, rinunciando al processo di revisione.

Riservatezza

I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati dai referees come documenti riservati. Essi non devono essere mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Le informazioni o idee acquisite tramite la revisione dei contributi devono essere mantenute riservate e non possono essere utilizzate per vantaggio personale.

Oggettività

La peer-review deve essere condotta in modo oggettivo. Ogni giudizio personale sull'autore è inopportuno. I referees devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate. Essi, qualora non ritengano pubblicabile l'articolo se non previa modifica o integrazione, sono tenuti a motivare adeguatamente i propri giudizi nella scheda standardizzata fornita dall'Editore.

I referees hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare, che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori.

Conflitto di interessi ed autenticità

Ove il referee individui la paternità del saggio sottoposto alla sua valutazione ed esistano conflitti d'interesse dovuti a precedenti rapporti di collaborazione, è tenuto a non accettare la valutazione; lo stesso dicasi in ipotesi di concorrenza.

Il referee deve richiamare l'attenzione della Direzione Scientifica o della Redazione, qualora ravvisi una somiglianza sostanziale, o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale.

Doveri degli autori

Originalità e plagio

Gli autori devono garantire che le loro opere siano pienamente originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente. Il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni rilevanti ai fini dell'elaborato proposto.

Accuratezza nella presentazione dei contributi

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I dati relativi devono essere rappresentati con precisione nel contributo. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico; sono inaccettabili. Gli elaborati devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permetterne, eventualmente, ad altri la replica.

Pubblicazioni multiple, ripetitive e/o concorrenti

I contributi proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I contributi in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini della pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, se il contributo è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite all'Editore.

Paternità dell'opera

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione, o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora altri soggetti abbiano partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori. L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi coautori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Conflitto di interessi e divulgazione

Il contributo deve segnalare l'esistenza di conflitti finanziari od altre tipologie di conflitto d'interesse che possano influenzare i risultati o l'interpretazione del contributo. Tutte le fonti di sostegno finanziario al progetto devono essere indicate.

Errori negli articoli pubblicati

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente all'Editore e cooperare con lo stesso al fine di ritrattare o correggere il contributo.

Politica di Green Open Access

La durata dell' "embargo" ai fini di catalogazione in open access di singoli contributi della Rivista in repository istituzionali(c.d. green open access), viene stabilita dall'Editore della Rivista, di volta in volta su motivata richiesta dell'interessato e non può essere inferiore ai due anni. L'Editore dichiara con comunicazione scritta l' "embargo" entro 20 giorni dalla richiesta dell'interessato, nel caso di mancata risposta il silenzio dell'Editore equivarrà a risposta di embargo di due anni.

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi che aspirano a essere pubblicati vengono trasmessi, per posta elettronica ed in formato Word, a uno degli indirizzi dei Direttori stefano.ambrosini@studio-ambrosini.it o ilcaso.benassi@gmail.com i quali dopo una prima delibazione, lo avviano al referaggio o revisione scientifica tra pari (*peer review*), una volta espunto dal testo ogni elemento idoneo a consentire l'identificazione dell'autore o dell'autrice.

Per contributi della Parte Prima della Rivista la revisione scientifica viene affidata, con il metodo del "doppio cieco", ad un componente del Comitato di valutazione, verificata l'assenza di conflitti d'interessi e di legami particolari (di parentela o affinità, di stretta amicizia, di colleganza nel medesimo Dipartimento o nella medesima Scuola accademica) con l'autore o con l'autrice.

Al *referee* viene richiesto di esprimere, entro il termine massimo di 15 giorni, la propria valutazione (positiva ovvero negativa) in ordine al fatto se il lavoro sottoposto al suo esame sia maturo per la pubblicazione nella Rivista, formulando e motivando un breve giudizio scritto, che viene inviato alla Direzione scientifica, la quale ne cura l'inoltro, in maniera anonima, all'autore/autrice dell'articolo.

Nel caso in cui la valutazione del *referee* risulti negativa, e comunque in ogni caso in cui si reputi opportuno un riscontro della prima valutazione, la Direzione scientifica della Rivista può decidere collegialmente di interpellare, con le medesime modalità del primo, un secondo *referee*, oppure, la Direzione della Rivista ha la facoltà, qualora ritenga comunque utile la pubblicazione, di pubblicare il lavoro nelle rubriche non oggetto di referaggio, con specifica indicazione.

Le schede contenenti le valutazioni espresse dai *referees* vengono archiviate e conservate a cura della Direzione della Rivista.

In linea con le previsioni del Regolamento dell'ANVUR, non sono di regola sottoposti a revisione scientifica (*peer review*): (a) i lavori pubblicati, a firma della Direzione o di uno o più condirettori, nella misura in cui si tratti di lavori specificamente rivolti alla rappresentazione di una determinata linea editoriale della Rivista ovvero al lancio di una determinata proposta culturale, il cui merito non è perciò assoggettabile ad una valutazione esterna; (b) gli articoli scaturiti dalla partecipazione a seminari o convegni.

In casi eccezionali, la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione di singoli contributi senza sottoporli a previa revisione scientifica, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo III

Sommario

Sezione I – Dottrina

***Doveri degli amministratori, segnalazione dei
creditori pubblici e tutela della
continuità aziendale***

MARCO ARATO, *I doveri degli amministratori per
prevenire e gestire la crisi o l'insolvenza* 4

PAOLO BASTIA, *Creditori pubblici qualificati e fisco. Le
segnalazioni dei creditori pubblici qualificati nel sistema
informativo aziendale* 16

STEFANO AMBROSINI, *La continuità aziendale (diretta e
indiretta) fra diritto contabile e disciplina della crisi
d'impresa. Profili ricostruttivi e sottotipi concordatari*
..... 38

***Azione revocatoria e responsabilità
della banca***

EDGARDO RICCIARDIELLO, *Nuove prospettive dell'azione
revocatoria nella crisi d'impresa* 66

EDOARDO STAUNOVO-POLACCO, *La nullità dei contratti
per concessione abusiva di credito e aggravamento del*

dissesto, alla prova degli insegnamenti della suprema corte sulle nullità “virtuali”95

Sezione II – Giurisprudenza

Orientamenti in materia di concordato semplificato

Intempestività del ricorso modificativo e mancanza di adeguate informazioni ai creditori - Tribunale di Pavia, 08 luglio 2024 125

Conferimento d’azienda “post omologa” e inammissibilità di proposta concordataria “condizionata” - Tribunale di Vicenza, 13 giugno 2024 132

Cessione di azienda, ragioni di urgenza e principio di competitività - Tribunale di Milano, 04 luglio 2024 136

**Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo III**

Sezione I - Dottrina

I DOVERI DEGLI AMMINISTRATORI PER PREVENIRE E GESTIRE LA CRISI O L'INSOLVENZA*

MARCO ARATO

Abstract: a più di vent'anni dalla Riforma del diritto societario, l'autore mette in luce alcuni tra i più importanti passaggi normativi effettuati dal legislatore nel tentativo di disciplinare i doveri e le responsabilità degli amministratori di società. In un secondo tempo, il saggio si presta all'analisi di alcune pronunce giurisprudenziali in tema di assetti adeguati e di gestione amministrativa della crisi.

Parole Chiave: doveri degli amministratori, assetti adeguati, art. 2086 c.c., codice della crisi e dell'insolvenza, gestione della crisi.

Abstract: more than twenty years after the Italian Reform of corporate law, the author highlights some of the most significant legislative developments enacted by the legislator to define duties and liabilities of company directors. Subsequently, the essay analyzes certain judicial rulings about adequate arrangements and the administrative management of a crisis.

Keywords: directors' duties, adequate arrangements, Article 2086 of the Italian Civil Code, Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), crisis management.

Da circa venti anni l'art. 2381 c.c. impone al consiglio di amministrazione di valutare *“sulla base delle informazioni ricevute, l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società”* (c. 3) realizzato dagli organi delegati secondo *“la natura e le dimensioni dell'impresa”* (c. 5). Tale

* Il presente saggio, sottoposto alla valutazione di due referee, è destinato a un volume collettaneo diretto da Stefania Pacchi e Stefano Ambrosini, di prossima pubblicazione.

norma, dovuta alla penna di Franco Bonelli¹, era stata opportunamente inserita nella riforma societaria del 2003 e andava strettamente letta con il successivo art. 2392 c.c. relativo alla responsabilità degli amministratori che al c. 2 ribadisce la responsabilità solidale degli amministratori, “fermo quanto disposto dal terzo comma dell’art. 2381 c.c.”. Il combinato disposto delle due norme chiarisce che ogni amministratore ha propri doveri a seconda del ruolo ricoperto in società (esecutivo o non esecutivo) e propria responsabilità. E la solidarietà nella responsabilità, fermo restando i doveri di ciascun amministratore la cui violazione genera una responsabilità individuale, si verifica quando gli amministratori “essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminare o attenuare le conseguenze dannose”. Detto in altre parole, sono gli organi delegati i soggetti che devono plasmare l’organizzazione della società e che devono informare il consiglio del lavoro svolto (nella costruzione degli assetti, ma non solo). Il consiglio, sulla base delle informazioni ricevute, valuta l’adeguatezza del lavoro degli organi delegati. L’eventuale reticenza, inadeguatezza o falsità dell’informazione da parte degli organi delegati esonera da responsabilità gli amministratori delegati (e non esecutivi) i quali però sono comunque “*tenuti ad agire in modo informato; ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*” (art. 2381 c. 6 c.c.). Si è quindi passati da una (anacronistica e spesso ingiusta) *culpa in vigilando* a una *culpa per fatto proprio*. L’amministratore delegante risponde in via solidale con i delegati se non ha svolto con la diligenza professionale i propri compiti. Tutto ciò rileva anche ai fini del riparto interno di responsabilità ed è confermato dall’art. 2392 c. 1 che afferma che gli amministratori sono “*solidalmente responsabili verso la società dei danni derivanti dall’inosservanza di tali doveri, a meno che si tratti di attribuzioni proprie del comitato esecutivo o di funzioni in concreto attribuite a uno o più amministratori*”.

Sotto il profilo dell’adeguatezza degli assetti da realizzarsi dagli organi delegati e da valutarsi dai deleganti, ritengo che il rischio di piena responsabilità solidale da parte dei deleganti sia molto alto in quanto l’inadeguatezza organizzativa non può non balzare agli occhi di un amministratore diligente. Quand’anche i delegati fornissero al consiglio informazioni dolosamente artefatte che magari illustrano una struttura fattualmente inesistente e solo

¹ Di cui si veda il sempre attuale: *Gli amministratori di s.p.a.*, Utet, Torino, 2013.

costruita a tavolino, i delegati avrebbero agevolmente modo di verificarne l'inadeguatezza e di chiedere spiegazioni (art. 2381 c. 6).

Questa premessa è necessaria per confermare che il “nuovo” art. 2086 c. 2 c.c.² costituisce una importante innovazione per l'imprenditore individuale e per la società di persone, per le quali mai si era parlato di adeguatezza degli assetti, mentre per le s.p.a. (ma può dirsi anche per le s.r.l.) si limita a chiarire che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile la cui istituzione era già prevista da tempo nel codice civile, è adeguato (e quindi esenta gli amministratori da responsabilità) quando consente anche “*la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale*”.

La rilevazione tempestiva della crisi non è però fine a se stessa in quanto ai sensi dell'art. 2086 c. 2 c.c. impone agli amministratori “*di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale*”. Anche questo obbligo, seppur non così chiaramente descritto, era immanente al sistema da tempo: si pensi al famoso OIC 11 del 22.3.2018 relativo alle valutazioni di bilancio in prospettiva di continuità aziendale (e v. art. 2423 bis c. 1 c.c.) ma si pensi anche agli artt. 2447, 2484 c. 4 e 2486 c.c. che vietano agli amministratori di continuare ad operare in continuità quando il capitale è perso).

La previsione generale è stata poi dall'art. 2086 c. 2 declinata nelle s.p.a. e nelle s.r.l. in modo diverso e ha visto in due anni (tra il 2019 e il 2020) ripetute modifiche agli artt. 2380 bis e 2475 c.c. In particolare, per le s.p.a., l'art. 2380 bis c.c. , dopo aver ribadito che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e deve svolgersi nel rispetto dell'art. 2086 c. 2, chiarisce ulteriormente che l'istituzione degli assetti ex art. 2086 c. 2 c.c. spetta

² Sul tema, tra i contributi apparsi su questa Rivista, R. RORDORF, *Crisi, continuità aziendale, adeguati assetti organizzativi, composizione negoziata: le parole chiave del nuovo codice (una prefazione)*, 30 novembre 2022; S. FORTUNATO, *Crisi d'impresa e assetti adeguati nella riforma Cartabia (partendo dal percorso culturale di Alberto Jorio)*, 23 maggio 2022; S. AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti, sostenibilità della gestione, crisi d'impresa e responsabilità della banca: alla ricerca di un fil rouge (un'introduzione)*, 19 maggio 2023; A. QUAGLI, *Una riflessione da aziendalista sull'emersione anticipata della crisi: quadro attuale e sviluppi futuri*, 21 febbraio 2024. Con più diretto riferimento alle questioni qui affrontate v., tra gli altri, S. AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti aziendali, doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in M. CALLEGARI, S. A. CERRATO E E. R. DESANA (a cura di), *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, Giappichelli, Torino, 2022, III, 1703 ss.; F. BORDIGA, *Gli obblighi degli amministratori nel contesto del “codice della crisi e dell'insolvenza”*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Assetti aziendali, crisi d'impresa e responsabilità della banca*, Pacini giuridica, Pisa, 2023, 267 ss.

esclusivamente agli amministratori con una accentuazione sull'avverbio “*esclusivamente*” che è ripetuto ben due volte a distanza di poche righe (a questo riguardo si segnala che una delle edizioni più diffuse del codice civile, De Nova, ed. Zanichelli, nelle edizioni 2020 e del 2021 riportava un testo sbagliato della norma, finalmente corretto nell'edizione successiva). Nelle s.r.l. il testo dell'art. 2475 c.c. nella versione originaria del Codice della Crisi era analogo a quello delle s.p.a., nel senso che affidava in esclusiva la gestione agli amministratori. Dopo una serie di critiche relative allo stravolgimento del tipo s.r.l. (nel quale il confine tra competenze dei soci e quelle degli amministratori è lasciato allo statuto, v. art. 2479 c. 1), con il decreto correttivo 26.10.2020, n. 147 si è chiarito che solo l'istituzione degli assetti ex art. 2086 c. 2 c.c. spetta esclusivamente agli amministratori, mentre la ripartizione delle competenze soci/amministratori per ogni altra materia resta demandata allo statuto con la conseguenza che, ai sensi dell'art. 2476 c.c. “*sono altresì solidalmente responsabili con gli amministratori ... anche i soci che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi*”. Come avevo scritto al momento dell'emanazione della versione originaria del codice della crisi, ero favorevole alla modifica della *governance* nella s.r.l. secondo il modello delle s.p.a. (con l'eliminazione della responsabilità dei soci che evidentemente non avrebbero più potuto autorizzare atti gestori). A mio giudizio, l'assimilazione della *governance* della s.r.l. alla s.p.a. sarebbe stata quanto mai opportuna tenuto conto della disciplina delle s.r.l. PMI (DL 179/2012 modificato dal DL 90/2017), che riguarda le s.r.l. fino a 250 dipendenti con un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di Euro). Tali s.r.l., che rappresentano il 98% di tutte le s.r.l., possono infatti dotarsi di una struttura finanziaria del tutto simile alle s.p.a. e possono accedere al mercato dei capitali in modo del tutto simile alle s.p.a. (si pensi che la maggior parte delle operazioni di *crowd funding* si riferiscono a s.r.l.). Non si comprende, quindi perché le s.r.l. possano avere una *governance* diversa dalle s.p.a. Detto questo, pensare che nelle s.r.l. la sola istituzione (e mantenimento) degli assetti sia materia di esclusiva competenza degli amministratori, mentre l'aspetto complessivo della *governance* possa prevedere anche il coinvolgimento dei soci, mi è sempre sembrato distonico e ancora più ora mi sembra distonico dopo che l'art. 120 bis CCI affida in via esclusiva agli amministratori non solo la decisione circa l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi, ma anche il contenuto della proposta e le condizioni del piano. Piano che può prevedere qualsiasi modifica dello statuto della società che incida anche sui diritti di partecipazione dei soci nonché fusioni, scissioni e trasformazioni.

Occorre a questo punto riempire di contenuto tecnico la nozione di “*assetto organizzativo, amministrativo e contabile*” e soprattutto occorre *ex ante* (e cioè prima del “*disaster scenario*” della crisi o dell’insolvenza) verificare quando è *adeguato* alla natura e alle dimensioni dell’impresa. A tal fine, fermo restando che la scelta e l’articolazione dell’assetto rientra nella *business judgement rule* degli amministratori, i giuristi ritengono che la responsabilità degli amministratori nella predisposizione degli assetti trovano spazio laddove “*siano violati gli elementari paradigmi che le scienze aziendali, le prassi consolidate, i principi essenziali comunemente adottati nel tempo hanno elaborato*”⁽³⁾ sollecitando un dialogo con gli aziendalisti più avvezzi dei giuristi all’approfondimento dell’organizzazione dell’impresa. Si consideri però che nelle società quotate il TUF (art. 113 s.), il regolamento emittenti e i codici di comportamento sul governo societario hanno in qualche modo spianato la strada alla costruzione in concreto del modello organizzativo. Dal 2019 in avanti, ma con rinnovato slancio dopo l’introduzione nel 2021 della composizione negoziata e dopo l’entrata in vigore nel 2022 del codice della crisi sono stati numerosi gli interventi dal contenuto in tutto o in parte aziendalistico: Assonime (*Circolare n. 27 del 21.11.2022 sui doveri degli organi sociali per la prevenzione e gestione della crisi nel nuovo codice della crisi*), Fondazione Nazionale dei Commercialisti (organo di studio del CNDCEC, *Assetti organizzativi, amministrativi e contabili: i principi civilistici e aziendalistici*, 7.7.2023) SIDREA, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani del marzo 2021* e, infine, il recentissimo aggiornamento (di ben 200 pagine) del 20.12.2023 delle *Norme di comportamento del collegio sindacale di società non quotate* a cura del CNDCEC, in vigore dall’1.1.2024, nel quale le norme 3.5, 3.6 e 3.7 riguardano la vigilanza sull’adeguatezza dell’assetto organizzativo (3.5) sull’adeguatezza e sul funzionamento del sistema di controllo interno (3.6) e sull’adeguatezza del sistema amministrativo-contabile (3.7) e forniscono una serie di elementi fattuali precisi per poter definire adeguato un sistema organizzativo. E le norme 11.1 e 11.2 si riferiscono rispettivamente alla

⁽³⁾ Così per tutti, seppur non più recentissimo, MONTALENTI, *Gestione dell’impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla Proposta Rordorf al Codice della Crisi*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali in ricordo di Michele Sandulli*, Giappichelli, Torino, 2019, 486. Faccio riferimento anche a due miei scritti, *Adeguati assetti societari per la prevenzione della crisi*, *Il Sole 24Ore*, 2022, 54 e *La governance delle società provate dopo il D.Lgs. 14/2019*, in *Le nuove regole societarie dopo il CCI*, Giappichelli, Torino, 2020, 1 ss.).

rilevazione tempestiva della perdita della continuità e alla rilevazione tempestiva della crisi.

È estremamente rilevante notare come tutti i documenti sopra citati aiutano a riempire di contenuto il concetto generale e astratto di *adeguatezza degli assetti* espresso dall'art. 2086 c. 2 c.c. e, come nel caso, del documento di fonte CNDCCF del 20.12.2023, denominato "*Norme di comportamento ...*" che entrano in vigore il 1.1.2024, assistiamo proprio a regole obbligatorie per gli iscritti all'ordine dei commercialisti che rappresentano una fonte di produzione normativa privatistica integratrice delle norme di legge. È ben vero che il testo si riferisce ai doveri del collegio sindacale; tuttavia dovendo i sindaci vigilare sulla legalità della gestione degli amministratori, le loro regole comportamentali indirettamente vanno anche a definire i doveri degli amministratori.

È quindi inevitabile che queste norme di produzione privatistica (molto diffuse da sempre nel diritto commerciale, dai medievali statuti delle corporazioni mercantili ai codici di autodisciplina delle società quotate) vengano (e verranno sempre più) utilizzate dalla giurisprudenza per valutare il comportamento degli organi sociali.

A questo riguardo, esiste già una copiosa giurisprudenza in materia di adeguatezza degli assetti provocata da denunce al tribunale che affermavano che la mancanza di una adeguata organizzazione⁽⁴⁾ rappresenta una grave irregolarità degli amministratori ex art. 2409 c.c. E questa giurisprudenza è in qualche modo anticipatoria di decisioni di merito proprio sulla responsabilità da mancanza di assetto. Si tratta infatti della violazione di uno specifico dovere di legge. Ciò avverrà per lo più in occasione di liquidazioni giudiziali o di concordati liquidatori nei quali la legittimazione all'azione spetta in via esclusiva (liquidazione giudiziale) o concorrente (concordato liquidatorio) agli organi delle procedure concorsuali. Tuttavia, il problema sarà quello di quantificare il danno derivante dalla mancanza di assetti, quantificazione non semplice in quanto non è agevole individuare una causalità diretta tra mancanza di assetti e danno. È più ragionevole pensare che la mancanza di adeguati assetti sia un presupposto per il compimento da parte degli amministratori di atti dannosi per la società di più agevole quantificazione.

⁽⁴⁾ Trib. Catanzaro, 31.1/6.2.2024, in www.ilcaso.it; Trib. Catania, 8.2.2023, in *Fallimento*, 2023, 817 con nota di Benasso; App. Venezia, 29.11.2022, in *Diritto della crisi*; Trib. Bologna, 19.5.2022 e App. Bologna, 18.11.2022, in *Ristrutturazioni aziendali*; Trib. Cagliari, 19.1.2022, in *Diritto della crisi*; Trib. Roma, 15.9.2022, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 3.12.2029, in www.ilcaso.it.

Esaminando nel merito le decisioni assunte da sette tribunali italiani in materia di mancanza di adeguati assetti possono trarsi le seguenti considerazioni:

(a) in ben cinque casi (Catanzaro, Catania, Venezia, Cagliari e Roma) il tribunale è pervenuto alla nomina di un ispettore/amministratore giudiziario;

(b) in un caso (Milano) la controversia riguardava atti di *mala gestio* anche conseguenti ad una inadeguatezza degli assetti che però il tribunale non ha fattualmente individuato;

(c) in un caso (Bologna), tribunale e corte d'appello hanno respinto la richiesta di ispezione in quanto la società non manifestava alcun segnale di crisi.

Se esaminiamo le fattispecie che hanno portato alla nomina di ispettori/amministratori giudiziari emerge che nel caso deciso dal Tribunale di Catania la società versava in uno stato di crisi e veniva imputata agli amministratori la mancata approvazione di un aggiornato piano industriale e l'aggravamento immotivato della situazione debitoria e finanziaria della società. In sostanza, la mancata adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile assurgeva a grave irregolarità gestionale. Analogamente alla decisione catanese, i giudici veneziani hanno considerato inadeguato un assetto organizzativo che ha consentito di falsare le risultanze dell'impresa tramite l'occultamento del valore del magazzino a danno dei soci di minoranza (si trattava di una fattispecie in cui l'irregolarità gestionale prescindeva da uno stato di crisi). Particolarmente interessante è la fattispecie decisa dal Tribunale di Roma. La denuncia ex art. 2409 era stata presentata dal collegio sindacale che addebitava al consiglio non solo l'omesso accertamento della perdita della continuità aziendale confermata da plurime azioni esecutive da parte di creditori, ma anche dal compimento da parte degli amministratori di atti pregiudizievoli per il patrimonio sociale con il rischio di ulteriore depauperamento (nella fattispecie si trattava del conferimento da parte di una società che operava nel settore dell'editoria cartacea e digitale di un ramo aziendale costituito dalla raccolta pubblicitaria in una società terza dalla quale, per effetto del conferimento, la conferente riceveva il 30% del capitale). Tale operazione appariva come un tentativo di svuotare la società di qualsivoglia contenuto patrimoniale, rendendola una mera scatola vuota. Il consiglio di amministrazione si era difeso sostenendo che di fronte a un indebitamento a breve imponente, si era mosso in due direzioni: (a) consolidamento a medio-lungo termine dell'indebitamento attraverso l'emissione di un bond, (b) una prospettata quotazione all'AIM e (c) la dismissione di un ramo aziendale con la finalità di abbattimento dei costi. Sia l'emissione del bond sia la quotazione non

era state poi realizzate. È interessante notare che nel procedimento ex art. 2409 la società si è costituita con un curatore speciale che ha aderito alla domanda di ispezione giudiziale in quanto “*dalle relazioni del Collegio Sindacale sembrava emergere un vero e proprio stato di crisi della società*”. L’articolata decisione del tribunale è partita dalla constatazione che il costante monitoraggio della continuità aziendale spetta al consiglio ai sensi dell’art. 2086 c. 2 e 2381 c. 3 e 5 c.c. in vigore dal 2019.

Secondo il Tribunale, è ben vero che le scelte organizzative dell’impresa rientrano nella *business judgment rule* per effetto della quale non sono sottoposte a sindacato di merito le scelte gestionali discrezionali “*anche se presentano profili di alea economica superiori alla norma*”. Tuttavia, la novella del 2019 ha anticipato i doveri degli organi di gestione in una fase di pre-crisi, e ha indotto il tribunale ad affermare da un lato che “*la mancata adozione di qualsivoglia misura organizzativa comporta di per sé una responsabilità dell’organo gestorio*” e dall’altro lato che “*è possibile assoggettare a sindacato gestionale la struttura organizzativa predisposta dall’amministratore nei limiti e secondo i criteri della proporzionalità e ragionevolezza*”. Passando all’esame della situazione concreta, il sospetto di irregolarità consiste non tanto nel piano industriale basato essenzialmente sulla quotazione in borsa e sull’ampliamento dell’emissione obbligazionaria ma sulla circostanza che “*nessuna delle parti ha chiarito per quale motivo tale piano non sia stato più realizzato e sia stato accantonato*”.

Anche sul conferimento del ramo d’azienda relativo alla raccolta pubblicitaria nessuno ha chiarito “*per quale motivo il cda anziché optare per la cessione del ramo d’azienda al fine di ottenere la liquidità necessaria per far fronte quanto meno a una parte dell’ingente debito sociale, ha invece preferito conferire il suddetto asset in altra società di capitale a fronte non di un corrispettivo in denaro, bensì di una partecipazione societaria*”. Per queste ragioni il tribunale ha disposto l’ispezione della società al fine di “*valutare l’esistenza di tutte le irregolarità denunciate dai ricorrenti, con particolare riferimento alla ragionevolezza e non manifesta irrazionalità delle scelte effettuate dal cda al fine di intervenire per risolvere lo stato di crisi in atto, all’assenza di imprudenze e alla sussistenza delle verifiche imposte dalla diligenza richiesta dalla natura dell’incarico*”.

Infine, l’esame delle due decisioni bolognesi relative alla medesima fattispecie, segnala un orientamento opposto a quello rigoroso appena esaminato. In sostanza i giudici bolognesi (in primo e in secondo grado) hanno affermato che la richiesta di revoca ex art. 2409 dell’A.U. va rigettata sulla

scorta di “*non confutati dati di bilancio ed economico-finanziari forniti dai resistenti ed attestanti una equilibrata e proficua operatività dell’impresa in assenza di alcun segnale di crisi né presente né prossimo futuro e/o di perdita della continuità aziendale ragionevolmente suscettibile di rilevazione*”. La fattispecie era stata originata da una richiesta di un socio di s.r.l. all’A.U. di ricevere documentazione contabile ex art. 2476 c. 2 c.c.

L’amministratore rispondeva per iscritto che in società non erano disponibili né i budget né i manuali e le procedure operative relativi ad adeguati assetti e piani aziendali (strategici/operativi/finanziari) e neppure l’organigramma aziendale e qualsivoglia dossier inerente gli adeguati assetti societari ex art. 2086 c.c.

Sulla base di tale dichiarazione di natura confessoria di assenza di qualunque assetto organizzativo e di qualunque elemento previsionale di natura gestoria, il socio di minoranza chiedeva al tribunale la nomina di un amministratore giudiziario. Il tribunale, avendo ritenuto “*tranquillizzanti gli assetti*” anche tenuto conto che la società “*medio tempore si era dotata di un revisore*” ha respinto la richiesta anche sulla scorta dell’assenza di segnali di crisi e/o di perdita della continuità aziendale.

Il caso bolognese è paradigmatico: l’AU confessa al socio di minoranza di aver violato l’art. 2086 c. 2 c.c. e di non avere nessuno programma di adeguamento dell’organizzazione aziendale anche al fine di prevenire la crisi. Il tribunale (ma anche la corte d’appello), tenuto conto che la società ha nominato un revisore e non vi sono elementi di crisi, ha respinto l’ispezione. Appare evidente che la soluzione bolognese è inappagante perché l’istituzione degli adeguati assetti prescinde da situazioni di crisi ed è parte integrante della corretta gestione societaria. Anzi, proprio la mancanza di adeguati assetti impedisce la tempestiva rilevazione della crisi. È ben vero che si trattava di una piccola società (fatturato di 4 milioni e 10 dipendenti) la cui contabilità era seguita dall’ufficio amministrativo e da un contabile esterno, per cui l’assetto organizzativo avrebbe dovuto essere necessariamente semplice, tenuto conto che l’assetto deve essere adeguato “*alla natura e alle dimensioni dell’impresa*”. Tuttavia, nonostante la dichiarazione confessoria della mancanza di assetti organizzativi da parte dell’AU, il tribunale ha assunto un provvedimento criticabile per il suo contenuto in quanto ha collegato la necessità degli assetti alla crisi e ha considerato assolti gli assetti con la nomina di un revisore. Magari nel caso concreto la decisione poteva anche essere giusta, è tuttavia la motivazione che è certamente sbagliata.

Il Tribunale di Catanzaro ha deciso in senso diametralmente opposto rispetto alle corti bolognesi e ha addirittura affermato che *“la violazione dell’obbligazione di predisporre adeguati assetti è più grave quando la società non si trova in stato di crisi anche perché, del resto, proprio in tale fase essa ha le risorse anche economiche per predisporre con efficacia le misure organizzative, contabili e amministrative”*. E la nomina dell’ispettore era finalizzata alla verifica dell’esistenza di adeguati assetti, tenuto conto che alcuni movimenti finanziari tra la società e alcuni soci (o alcuni soggetti vicini ai soci) – rimborsi utenze personali, spese voluttuarie, rimborsi viaggi, rimborsi rate di mutuo personali, prelievi in denaro, acquisto articoli sanitari e generi alimentari a favore di terzi – erano indice proprio dell’assenza di adeguati assetti, tanto più grave se si pensa che il limitato utile (14.000 Euro) derivava dalla sospensione delle quote di ammortamento con un minore onere di circa 140.000 Euro. Come si vede, anche in questo caso, la prospettiva di un rischio di crisi a fronte di una gestione disinvolta a favore di alcuni soci ha inciso nella decisione del tribunale.

Adirittura il Tribunale di Cagliari, in un caso di mancanza di assetti, a seguito delle carenze rilevate nella denuncia del collegio sindacale (gestione dissennata negli anticipi ai soci e gestione “ambigua” dei crediti verso terzi), ha ritenuto non adeguati gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili di una cooperativa agricola in ragione dei seguenti rilievi dell’ispettore: inadeguatezza dell’assetto organizzativo: • organigramma non aggiornato e difetta dei suoi elementi essenziali; • assenza di un mansionario; • inadeguata progettazione della struttura organizzativa e polarizzazione in capo a una o poche risorse umane di informazioni vitali per l’ordinaria gestione dell’impresa (ufficio amministrativo) • assenza di un sistema di gestione e monitoraggio dei principali rischi aziendali. Inadeguatezza dell’assetto amministrativo: • mancata redazione di un budget di tesoreria, • mancata redazione di strumenti di natura previsionale; • mancata redazione di una situazione finanziaria giornaliera; • assenza di strumenti di reporting; • mancata redazione di un piano industriale. Inadeguatezza dell’assetto contabile: • la contabilità generate non consente di rispettare i termini per la formazione del progetto di bilancio e per garantire l’informativa ai sindaci; • assenza di una procedura formalizzata di gestione e monitoraggio dei crediti da incassare; • analisi di bilancio unicamente finalizzata alla redazione della relazione sulla gestione; • mancata redazione del rendiconto finanziario.

A questo punto il tribunale ha ordinato all’organo amministrativo di adottare entro 150 giorni gli assetti amministrativi, organizzativi e contabili adeguati e

ha nominato un amministratore giudiziario con il compito di vigilare l'attività dell'organo amministrativo.

Quali conclusioni possono trarsi da questi primi orientamenti giurisprudenziali:

(a) normalmente le denunce al tribunale derivano dal collegio sindacale che finalmente assolve a una vera e propria funzione di controllo indotta, non solo dai nuovi compiti ma anche dall'obiettivo di allontanare da sé rischi di responsabilità;

(b) il controllo dell'adeguatezza degli assetti prescinde da situazioni di crisi o di pre-crisi. Anzi, si potrebbe dire che quando la denuncia è collegata a una crisi in atto è probabilmente tardiva (anche ai fini di esonero da responsabilità per i sindaci).

In concreto, come correttamente rilevato dal documento 7.7.2023 del CNDCEC, un assetto organizzativo può definirsi adeguato quando, in relazione alle dimensioni e alla complessità della società, alla natura e alle modalità di perseguimento dell'oggetto sociale esso:

- dia evidenza dell'organizzazione gerarchica;
- presenti un organigramma aziendale con chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle linee di responsabilità;
- dia evidenza dell'attività decisionale e direttiva della società da parte dell'amministratore delegato nonché dei soggetti ai quali sono attribuiti i relativi poteri;
- includa procedure che assicurano l'efficienza e l'efficacia della gestione dei rischi e del sistema di controllo, nonché la completezza, la tempestività, l'attendibilità e l'efficacia dei flussi informativi anche con riferimento alle società controllate;
- comprenda procedure che assicurino la presenza di personale con adeguata professionalità e competenza a svolgere le funzioni assegnate e che garantiscano un ordinato e regolare andamento della gestione;
- preveda chiare direttive e procedure aziendali, loro aggiornamento ed effettiva diffusione.

L'obiettivo è quello di assicurare l'istituzione e, conseguentemente, accertare l'esistenza di procedure interne all'organizzazione che risultino adeguate rispetto alle esigenze di business e di *governance* in termini sia di professionalità che di capacità di raggiungere gli obiettivi strategici e operativi, nonché di istituire e regolamentare i flussi informativi tra organi e funzioni aziendali.

Per quel che concerne all'assetto amministrativo-contabile si declina il principio per cui esso risulta adeguato se permette:

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

Si tratta di una elencazione sintetica, quasi una fonte di produzione normativa secondaria che dovrebbe essere scrupolosamente seguita dai “buoni amministratori”.

**CREDITORI PUBBLICI QUALIFICATI E FISCO
LE SEGNALAZIONI DEI CREDITORI
PUBBLICI QUALIFICATI NEL SISTEMA INFORMATIVO
AZIENDALE***

PAOLO BASTIA

Sommario: 1. Premessa; 2. Gli effetti del debito erariale e previdenziale sull'economia dell'impresa; 3. La natura informativa delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati; 4. Il quadro sistematico delle segnalazioni degli enti nell'assetto informativo-contabile dell'azienda; 5. I compiti ampliati del collegio sindacale; 6. Osservazioni conclusive

Abstract: il presente lavoro approfondisce il ruolo dei creditori pubblici qualificati nel sistema informativo aziendale, analizzando gli effetti del debito erariale e previdenziale sull'economia d'impresa. Si analizza la natura informativa delle loro segnalazioni, il quadro sistematico delle stesse nell'assetto contabile aziendale e i compiti del collegio sindacale.

Parole Chiave: creditori pubblici qualificati, fisco, debito erariale, sistema informativo aziendale, collegio sindacale.

Abstract: this essay examines the role of qualified public creditors in the corporate information system, analyzing the effects of tax and social security debt on business economics. It explores the informational nature of their reports, the systematic framework of such reports in the company's accounting structure, and the duties of the board of statutory auditors.

Keywords: qualified public creditors, tax authorities, tax debt, corporate information system, board of statutory auditors.

1. Premessa

* Il presente saggio è stato sottoposto alla valutazione di un referee ed è destinato a un volume collettaneo diretto da Stefania Pacchi e Stefano Ambrosini, di prossima pubblicazione per i tipi di Pacini Giuridica.

Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza ha introdotto uno stile di comportamento richiesto all'imprenditore più responsabile e controllato, prevalentemente in via autonoma, sulla base di un insieme di disposizioni che, partendo dall'enunciazione di principi generali (clausola generale di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c.) volti alla dotazione di adeguati assetti e alla pronta attivazione di iniziative risolutorie, focalizza precisi obblighi informativi volti alla conoscibilità e alla consapevolezza di un eventuale stato di crisi, sulla base di informazioni, di origine sia interna che esterna.

Tali informazioni costituiscono un variegato insieme, solo in parte sistematico, di dati e di elementi conoscitivi, espressamente indicati all'art. 3 del CCII, di cui quelle richiamati al comma 4, lettera d) di tale articolo, si riferiscono alle esposizioni debitorie di cui all'art. 25 *novies*, comma 1, CCII.

Detta norma, a sua volta, detta precisi obblighi di segnalazione extraaziendale in capo ai cosiddetti creditori pubblici qualificati e specificatamente a: i) Istituto nazionale della previdenza sociale; ii) Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro; iii) Agenzia delle entrate e l'Agenzia delle entrate-Riscossione. Gli enti in questione segnalano all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo, nella persona del presidente del collegio sindacale in caso di organo collegiale, a mezzo di posta elettronica certificata o, in mancanza, mediante raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria, il superamento delle soglie previste dalla norma, nonché, congiuntamente, l'avveramento di ammontari scaduti, ovvero il debito IVA risultante dalle liquidazioni periodiche¹.

¹ Le seguenti segnalazioni a mezzo PEC sono destinate all'imprenditore e all'organo di controllo: i) INPS: ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di contributi di ammontare superiore a € 5.000 (senza lavoratori dipendenti) - € 15.000 (con lavoratori dipendenti ovvero di ammontare superiore al 30% di quelli dovuti nell'anno precedente); la segnalazione viene inviata trascorsi 60 giorni dal verificarsi del ritardo; ii) INAIL: ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di premi di ammontare superiore a € 5.000; la segnalazione viene inviata trascorsi 60 giorni dal verificarsi del ritardo; iii) Agenzia delle Entrate: debito IVA scaduto superiore a € 5.000, e comunque non inferiore al 10% dell'ammontare del volume d'affari dell'anno precedente, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche (LIPE); qualora il debito sia superiore a € 20.000 la segnalazione verrà inviata a prescindere del volume d'affari; la segnalazione viene inviata trascorsi 150 giorni dalla comunicazione stessa (LIPE); iv) Agenzia delle Entrate-Riscossione: esistenza dei crediti affidati per la riscossione scaduti da oltre 90 giorni, superiori per le società a € 500.000, per le società di persone € 200.000 e per le ditte individuali € 100.000; la segnalazione viene inviata trascorsi 60 giorni dal verificarsi del ritardo.

Questi obblighi, in capo a enti burocraticamente organizzati e quindi in grado di adempiere, sono funzionali sia all'interesse recuperatorio degli stessi, ma senz'altro, data la finalizzazione espressamente richiamata all'art. 3, commi 1 e 2 del CCII, alla prevenzione della crisi dell'impresa, che resta il fulcro del finalismo dell'intero impianto organizzativo e informativo previsto dal legislatore, unitamente alla prontezza di attivazione dell'imprenditore per assumere idonee iniziative di fronteggiamento e risolutorie.

La rapidità di azione, a fronte di segnali patologici anche solo precoci o tendenziali, costituisce una delle principali armi per combattere la crisi, secondo la letteratura pluridecennale di *Crisis Management*², di stampo anglosassone, ma anche di forte tradizione nordeuropea, necessaria sia per il primo fronteggiamento, sia per il proficuo avvio di un processo di risanamento interno e stragiudiziale (volendo mediante il percorso della composizione negoziata) e, se necessario, di vero e proprio *turnaround*³, eventualmente accedendo alle procedure previste dall'ordinamento.

Il vasto impianto normativo e la declinazione metodologica che ne consegue introdotti dal legislatore del Codice della Crisi, con l'ampiezza degli strumenti previsti e la continuità e sistematicità del loro impiego, intendono affermare nelle prassi aziendali anche in Italia una cultura e un orientamento strategico e operativo verso il *crisis management*, inteso come dimensione dell'azione imprenditoriale e manageriale pronta a reagire in maniera proattiva ai rischi di crisi, sulla base di assetti e di rilevazioni adeguatamente configurati e di coerenti competenze acquisite.

Il commento che noi sviluppiamo procede dunque secondo questo orientamento, che a sua volta trova logica finalità ultronea nella continuità aziendale e nella conservazione dell'impresa, che si concilia infine con

² Nell'ampia e oramai tradizionale letteratura internazionale di *Crisis Management*, si segnala, in particolare, il pionieristico contributo di Ian Mitroff e Thierry Pauchant, *Crisis Management: an integrated approach*, Document special, Faculté des Sciences de l'Administration, 1988. Gli Autori definiscono il Crisis Management come “*the full of systematic set organized, and systemic attempts of an organization's efforts to prevent, react to, and learn from crisis*”. Si esamini, altresì, AA VV., *Crisis Management: Master the Skills to Prevent Disaster*, Harvard Business Review Press, 2004.

³ Per *turnaround* si intende un complesso e prolungato processo di profonda ristrutturazione dell'impresa a fronte di una grave crisi, tale da richiedere interventi di forte discontinuità. Il primo a scrivere di *turnaround* in Italia è stato, autorevolmente, Luigi Guatri, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Egea, Milano, 1996. Più recentemente, si suggerisce il bel lavoro di Marco Fazzini, *Turnaround Management. Strategie e politiche per risanare un'impresa in crisi*, IPSOA, Milano, 2020.

l'interesse tutelato dei creditori, giacché l'ipotesi prevalente è che nella continuità dell'istituto aziendale costoro, più probabilmente, trovano comparativamente migliore soddisfacimento, unitamente agli altri stakeholders, secondo una più moderna visione dell'agire dell'impresa quale sistema aperto e dinamico nell'ambiente socio economico di riferimento⁴.

2. Gli effetti del debito erariale e previdenziale sull'economia dell'impresa

Le segnalazioni degli enti previdenziali e del fisco sono di natura esterna; quindi, indotte da soggetti terzi rispetto all'impresa: trattandosi di accertatori qualificati, la fonte delle segnalazioni appare dunque assai rilevante e attendibile, ancorché ne vadano opportunamente verificate le richieste e le quantificazioni, oltretutto comprese le conseguenze nella gestione della data impresa.

La rilevanza del debito in esame emerge, in generale, da importanti ed estese indagini empiriche, condotte con il coinvolgimento dei tribunali italiani⁵, da cui risultava un'incidenza media sul passivo fallimentare prossima al 30%.

Dal lato delle imprese, questa esposizione così massiccia, al di là dei profili di irregolarità amministrativa, financo di illecito quando al di sopra delle soglie penalmente rilevanti, denota dal lato dell'imprenditore una causazione del dissesto di tipo essenzialmente soggettiva, riconducibile quindi a opzioni discrezionali nell'insorgere di tale forma di debito e nella definizione di una struttura dell'esposizione debitoria complessiva.

Trattasi, secondo i canoni classificatori aziendalistici, di un "debito di regolamento", in quanto sorgente dallo svolgimento dell'attività produttiva e non di un debito finanziario esplicitamente negoziato con banche e intermediari finanziari. È dunque un debito connesso con l'impiego del personale (parte contributiva) e con la produzione e la creazione di valore (parte tributaria), risultante dalle liquidazioni e dalle registrazioni previste dalle relative norme, con i corrispondenti dichiarativi periodici, nonché rilevato dalla contabilità aziendale, se ed in quanto correttamente tenuta.

⁴ L'attenzione agli interlocutori sociali, esterni all'impresa, nella gestione della crisi, è stata molto ben argomentata da Stefania Pacchi, *Sostenibilità, fattori ESG e crisi d'impresa*, in "Ristrutturazioni Aziendali", maggio 2023.

⁵ Si vedano, in proposito, Massimo Ferro, Paolo Bastia e Giacomo Maria Nonno, *L'accertamento del passivo*, IPSOA, Milano, 2011; *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, Milano, 2013.

La natura soggettiva dell'insorgere del debito in questione (generato dall'operatività aziendale) e la conoscibilità procedurale e contabile della sua entità, ne comprovano la natura opzionale e quindi deliberativa della sua genesi.

I dati rilasciati dai citati questionari ne confermano peraltro una vasta e consistente diffusione come comportamento imprenditoriale, che può assurgere, per la sua natura soggettiva e quindi per le responsabilità che ne conseguono, a condizione di *mala gestio*, quale ricorso anomalo e distorsivo, rispetto agli equilibri patrimoniali e finanziari, oltreché economici a motivo delle connesse sanzioni, ad una modalità di finanziamento incoerente con i principi di sana e prudente gestione, oltreché di regolare rispetto delle normative in materia. Non è solo una questione di *compliance*, ma di sostanza gestionale, in quanto l'alterata struttura finanziaria e il ricorso ad una forma di *leverage* non ortodossa, minano le condizioni di equilibrio dell'impresa fin dal loro insorgere, potendosi ricondurre, inizialmente, ad uno stato di "pre-crisi" dell'impresa (vale a dire di indebolimento e di criticità reversibile), per poi involvere verso uno stato pieno di crisi, fino a quello dell'insolvenza, a seconda della raggiunta entità del debito e della effettive capacità di generazione di flussi di cassa netti al servizio del debito dell'impresa.

Vale la pena osservare, richiamando un caso empirico recentemente sfociato in liquidazione giudiziale, che possono ben coesistere business in continuità aziendale con generazione di flussi positivi di cassa (EBITDA o MOL, margine operativo netto) e quindi di autofinanziamento, nonché con il conseguimento di utili netti d'esercizio suscettibili di distribuzione, con la cronicizzazione del debito previdenziale ed erariale, non più rimborsabile a causa dell'eccessivo ammontare rispetto al flusso di cassa prodotto per ogni esercizio: trattasi a tutti gli effetti di una continuità "avulsa", in quanto colta solo isolatamente dal contesto di debito anomalo sedimentatosi nel tempo.

Peraltro, la costruzione del test pratico previsto dalla Sezione I del Decreto Dirigenziale del Ministero della Giustizia del 21 marzo 2023, accessibile *on line* da parte di ogni imprenditore, tramite la piattaforma di cui all'art. 13 del CCII, può con immediatezza rappresentare quantitativamente il grado di difficoltà dell'impresa esposta verso l'erario e gli enti previdenziali (e non solo), rispetto al MOL.

Si consideri peraltro che il MOL da indicare nel test pratico deve risultare al netto delle imposte, dando per implicita l'ipotesi che in una situazione non patologica il flusso di cassa rilevante non può che essere inteso "al netto delle imposte".

La rischiosità del debito erariale e previdenziale fuori controllo, al di là dell'entità che ne è una misura di evidente gravità, discende dalla sostanziale differenza rispetto all'altro debito di regolamento tipico, che è quello verso i fornitori, che, essendo soggetto a rotazione, salvo incagli e appesantimento dello "scaduto" (quindi soggetto a sostituzione), può agire virtuosamente, se convive operativamente con il credito commerciale (dilazione dei crediti), che presenta le medesime attitudini di turnover in una situazione fisiologica, in cui dovrebbero bilanciarsi quantità e politiche di dilazione commerciale secondo coerenti effetti sul ciclo monetario⁶, mantenendo regolare il cosiddetto *cash flow* commerciale⁷.

Il debito erariale e previdenziale, invece, se non rimborsato, è teso alla sedimentazione e all'appesantimento dell'esposizione complessiva dell'impresa, con peggioramento della qualità della sua intera struttura finanziaria, oltre al circolo vizioso dell'onerosità in termini di interessi e sanzioni.

Ne discende dunque che la presenza in contabilità (risultante dalle situazioni contabili infra-annuali) e in bilancio d'esercizio di un debito erariale e previdenziale scaduto, già a livello embrionale, costituisce una spia non trascurabile di disallineamento dai canoni di corretta gestione e quindi di indebolimento o precrisi, fino a poter diventare evidenza di crisi con il suo accrescimento. Non può quindi che apparire assai tollerante la nuova norma delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati, di cui all'art. 25-*novies* CCII, perché l'insorgere degli obblighi solo dopo novanta giorni e al superamento di soglie quantitative graduate (per l'IVA all'esito delle dichiarazioni periodiche e quindi consuntivamente), rende obiettivamente tardivi, in quanto *ex post*, i *feed back* delle criticità e i relativi interventi

⁶ Il ciclo monetario è la rappresentazione formale della durata media dell'anticipazione del danaro rispetto agli incassi derivanti dalle vendite, tipicamente prodotta dagli acquisiti e dalla durata del ciclo della lavorazione e della logistica delle merci e dei prodotti finiti: nel suo contesto, la dilazione ottenuta dai fornitori riduce l'estensione del ciclo monetario e la necessità di indebitamento finanziario, con effetto contenitivo sulla posizione finanziaria netta. Sul tema, si rinvia a Paolo Bastia, *Sistemi di Pianificazione e Controllo*, Il Mulino, Bologna, 2009.

⁷ Il *cash flow* commerciale è il fenomeno aziendale, che può essere esiziale in caso di sviluppo accelerato incontrollato dell'impresa (con rischio di insolvenza anche in presenza di un modello di business sano), generato da squilibrate variazioni di periodo del credito commerciale e del debito di fornitura (tenendo conto, nelle imprese industriali, anche delle oscillazioni delle rimanenze). Per una spiegazione logica e metodologica del fenomeno e per gli strumenti di prevenzione e di controllo, si rinvia a Paolo Bastia, *cit.*, 2009; nonché a Giorgio Brunetti, Vittorio Coda e Francesco Favotto, *Analisi, previsioni, simulazioni economico-finanziarie d'impresa*, Etas, Milano, 1990.

correttivi e non rientra affatto in un disegno volto alla prevenzione della crisi e alla tempestività⁸. In presenza di fenomeni rischiosi e non di routine, i segnali per una reazione efficace sono invece quelli di *feed-forward*, ovvero di tipo predittivo e di anticipazione del rischio (*ex ante*), al fine non di correggerlo, ma di evitarlo, come ad esempio, nelle autovetture, le segnalazioni a cruscotto delle scadenze future (non ancora avvenute) dei tagliandi di manutenzione; ovvero gli avvisi del navigatore sui percorsi migliori per prevenire intoppi o ritardi (diversamente dagli annunci esplicativi delle ragioni di un rallentamento in cui si è già incappati). Appare chiaro che le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati previsti dal legislatore sono estranei ai meccanismi virtuosi di *feed forward*, mentre ricadono pienamente in quelli di *feed-back*, con le conseguenze di assai minore efficacia che ne conseguono sul “sistema impresa”.

Vi è poi, a proposito di segnalazioni, un ulteriore e ancora più prudente approccio predittivo: quello cioè dello *steering control*, basato su proiezioni di traiettorie gestionali future, intese come “guide” prudenziali per evitare di incorrere in percorsi rischiosi (non quindi per reagire, *ex post* o *ex ante*)⁹: simulazioni quindi di deviazioni dal corretto corso gestionale potenzialmente indotte da comportamenti scorretti. Si pensi ai test di prova su prodotti, o agli *stress test* richiesti dall’EBA (*European Banking Authority*) alle banche.

⁸ Il *feed back*, nel linguaggio della teoria dei sistemi, trasversale alle varie discipline scientifiche, ivi comprese anche quelle sociali, esprime una attitudine del sistema (in questo caso il sistema-impresa) a reagire a fronte di stimoli e di segnali relativi ad anomalie già avvenute: la loro utilità è invero circoscritta a situazioni poco rischiose e dannose, essendo quindi confinata a fenomeni di routine. In caso invece di anomalie potenzialmente di forte rischio e dannosità o di situazione che vogliono essere evitate (si pensi all’insolvenza e alla perdita di continuità aziendale, ma anche alla crisi irreversibile), il *feed back* serve davvero poco, dovendo essere sostituito da sistemi di segnalazione preventiva, o *feed forward*, con indici quindi predittivi: tali di certo non sono le segnalazioni previste dall’art.25-novies CCII. Su questi argomenti di rinvia a Paolo Bastia, *Principi di Economia Aziendale*, Cedam, Padova, 2012; nonché a Sergio Sciarelli, *Il sistema d’impresa*, Cedam, Padova, 1988. Specificamente, per l’impiego di metodi di controllo anticipato a *feed forward* nelle implementazioni dei piani di risanamento, si veda Paolo Bastia, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Giappichelli, Torino, 2019.

⁹ I meccanismi di monitoraggio predittivo di *steering control* sono stati introdotti nella letteratura manageriale da William Herman Newman, *Constructive control. Design and Use of Control Systems*, Prentice Hall, Englewoodcliffs, 1975 (ed. italiana: *Direzione e sistemi di controllo*, Etas Libri, Milano, 1981). Per la loro applicazione ai piani di risanamento in fase di esecuzione, si veda Paolo Bastia, *Gestione della crisi e piani di risanamento aziendali*, Giuffrè, Francis Lefebvre, Milano, 2022. A livello generale metodologico, il tema è anche sviluppato da Alberto Bubbio e Dario Gulino, *Strategia aziendale: controllo, monitoraggio e valutazione*, IPSOA, Milano, 2017.

Secondo un tale approccio, astrattamente, gli enti interessati dalla normativa, attraverso i propri data base, potrebbero produrre preventivamente simulazioni segnaletiche, i cui effetti, tecnicamente parlando, sarebbero ben più prudenziali delle segnalazioni tardive richieste come obblighi.

Preme precisare, a questo punto, che non è questa la sede, né la nostra intenzione, quella di proporre interventi e ragionamenti che rientrano in ambiti regolamentari e dell'organizzazione interna degli stessi enti citati, nonché nel contesto particolarmente complesso dei rapporti tra imprese e fisco. Ci si limita a qualificare la portata e l'efficacia delle segnalazioni da un punto di vista delle ricadute aziendalistiche, trattandosi di nuove informazioni richieste dal legislatore che vanno a inserirsi nei sistemi informativi aziendali e a indurre conseguenti comportamenti degli organi sociali. Dette segnalazioni, per quanto intenzionalmente virtuose, rientrano oggettivamente nei segnali tardivi (rispetto ai fenomeni di anomalia che vogliono essere contrastati) o di *feed back* e non sono classificabili tra i segnali predittivi di *feed forward* o nel solco dello *steering control*, o "controllo della direzione di marcia", risultando quindi parzialmente incoerenti, specie per le imprese minori (data la maggiore incidenza dei parametri soglia sui loro dati dimensionali), con le finalità preventive indicate all'art. 3, comma 3, del CCII e dell'orientamento probabilistico espresso a livello di sistema.

Che poi trattasi di innovazione di prassi rispetto ad una situazione precedente e che possano insorgere questioni organizzative endoaziendali o conflitti in seno agli organi sociali, queste sono ricadute da dover considerare in otticaolutiva, piuttosto che argomenti da contrapporre agli obblighi di legge, posto che si tratta, obiettivamente, di questioni assai meno rilevanti rispetto al rischio di insolvenza indotto da un' incontrollata dilatazione del debito erariale e previdenziale, ovviamente nella scala di valori che vede la continuità aziendale e la tutela dei creditori come finalismi della gestione d'impresa.

In proposito, per prevenire astratte obiezioni, deve essere ricordato il fatto che giustamente (in quanto in linea con le raccomandazioni aziendalistiche e manageriali) il legislatore ha affermato una dimensione probabilistica della crisi e non solo fattuale, rispetto al pericolo dell'insolvenza. La letteratura economica internazionale, da tempo, stante la natura probabilistica dell'impresa¹⁰, ha valorizzato la rilevanza dei cosiddetti "segnali deboli" (*weak signals*), vale a dire degli indizi predittivi, utili per una diagnosi precoci e, come tali,

¹⁰ Cfr. Stafford Beer, *L'azienda come sistema cibernetico*, Isedi, Torino, 1973; Sergio Sciarelli, *cit.*

potenzialmente più efficaci dei dati effettivi e consuntivi dei bilanci approvati per l'esercizio precedente.

In questa prospettiva, le segnalazioni esterne degli enti pubblici qualificati trovano riferimenti scientifici assai robusti e incontestabili e semmai possono apparire per certi aspetti "tardivi" e colti ad uno "stadio avanzato" del fenomeno, come è stato detto.

Quanto all'eventuale obiezione del cosiddetto rischio di "falsi positivi" o di eccessivo attivismo dell'organo di controllo, essa appare, per quanto detto, ascientifica e pericolosamente rinunciataria, posto che la stessa genesi del debito tributario e previdenziale impagato costituisce un'anomalia di gestione al di là dell'entità e che la "posta in gioco", quella della rilevazione tempestiva della crisi (quale probabilità di insolvenza) è invero troppo alta per consentire o concedere una sottovalutazione del rischio in questione.

Naturalmente, ciò pone anche un riorientamento della conduzione d'impresa, volto al superamento di una interpretazione distorta, quanto radicata e diffusa, del debito erariale e previdenziale come fonte libera, a disposizione per il finanziamento, sia temporaneo che strutturale, dei fabbisogni aziendali, alterando i sani principi delle equazioni economica e patrimoniale¹¹.

Quanto ai riferimenti alle imprese giovani e alle PMI, non di rado richiamate come potenziali destinatari di aggravii amministrativi e procedurali per effetto delle novità normative, è un dato di fatto che le prime sono anche quelle più esposte al fenomeno della mortalità aziendale¹², mentre le seconde, rispetto alle imprese maggiori, possiedono minori capacità di accesso al finanziamento bancario e ai mercati dei capitali e, pertanto, hanno minori capacità sostitutive del debito: sia per le imprese nuove che per quelle minori, il ricorso al *leverage* erariale e previdenziale rappresenta dunque un rischio di maggiore rilevanza rispetto alle imprese mature e più dimensionate, ragione per cui i segnali "deboli" interni (endoaziendali), ancor prima delle segnalazioni rivenienti dagli enti stessi secondo le regole previste dal CCII, se e in quanto attivati anche come

¹¹ Sulla ferrea struttura delle equazioni economica e patrimoniale, come dimostrazione scientifica di rispettivi equilibri, si vedano autorevolmente Aldo Amaduzzi, *l'Azienda*, Utet, Torino, varie ed.; Carlo Masini, *Lavoro e risparmio*, Utet, Torino, varie ed. Gli Autori, a loro volta Capi Scuola, sono allievi diretti di Gino Zappa, il fondatore dell'Economia Aziendale italiana.

¹² A fronte di una vita media delle imprese italiane di 13 anni (dato del 2023), la mortalità è più accentuata per le imprese nei primi 5 anni di vita (38,4%), mentre per i successivi 5 anni la mortalità risulta in decelerazione (+ 21%), fonte: Servizio Studi e Ricerca CCIAA Verona, 2023 (statistica@vr.camcom.it).

automonitoraggio del debito erariale e previdenziale, assumono un valore strategico e un criterio di coerente condotta imprenditoriale e manageriale proprio per le PMI.

3. La natura informativa delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati

Il coordinato disposto dell'art. 2086 c.c. secondo comma e dell'art. 3 del CCII, costituisce un complesso articolato di dispositivi prudenziali a tutela della tempestività di intercettazione della crisi e della perdita di continuità aziendale, che dovrebbe operare "prima" che la crisi stessa sia in atto.

In ordine al finalismo anche delle segnalazioni di allerta esterna, nel quadro delle informazioni deputate all'intercettazione tempestiva della crisi, appaiono di particolare rilievo e chiarimento delle finalità del legislatore le precisazioni contenute nella Relazione Illustrativa del correttivo al CCII del 15 settembre 2022.

In ordine all'art. 3 del CCII, si enfatizza che tale articolo definisce fin dal principio l'obiettivo conoscitivo: *"Al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa"*. Si noti che il verbo utilizzato è quello di "prevedere" e che quindi la tempestività non andrebbe nemmeno intesa come "prontezza di risposta" a un dato consuntivo, ma proprio come capacità predittiva, anticipatoria, rispetto all'emersione della crisi: i segnali allerta per essere coerenti dovrebbero quindi essere preventivi.

La Relazione Illustrativa aggiunge, in relazione al contenuto dell'art. 3 CCII, parla di: *"nuovi strumenti introdotti per consentire all'imprenditore di attivarsi tempestivamente, anche prima dell'insorgenza di una situazione di crisi per superare in maniera efficace le difficoltà insorte."*

Non vi è dunque alcuna possibilità di equivoco sulla finalità del legislatore di intendere una diagnosi nemmeno precoce, ma preventiva della crisi.

Si legge ancora circa la *"natura del novellato articolo 3, la cui funzione è, come già detto e in attuazione dei principi contenuti nella direttiva, fornire all'imprenditore le indicazioni utili e necessarie per cogliere tempestivamente i primi segnali di difficoltà, anche prima diventino vera e propria crisi e di attivarsi per risolvere le problematiche insorte"*.

Appare coincidente questa impostazione logica con le raccomandazioni della dottrina strategica aziendalistica circa la rilevanza strumentale dei "segnali

deboli” (*weak signals*)¹³, per cogliere in fenomeni critici in maniera anticipatoria, anche quando non sussistano ancora evidenze chiare e complete su tali fenomeni (come potrebbero essere i dati della contabilità generale e le risultanze del bilancio d’esercizio e persino quelle della contabilità analitica).

L’importanza alla natura preventiva della diagnosi precoce della crisi è ancora ribadita in termini molto espliciti: “*Si è dunque ritenuto opportuno apportare ulteriori modifiche ai commi 3 e 4 per rendere ancor più chiaro che si tratta di disposizioni che si rivolgono all’imprenditore fornendogli le indicazioni utili per attivarsi ai primissimi segnali di difficoltà e non necessariamente segnali, di allarme, significativi di una situazione già compromessa*”.

Infine, passando alle segnalazioni degli enti qualificati, la Relazione Illustrativa, per motivare le conferme del disposto normativo, precisa che: “*L’articolo 25-novies contiene le disposizioni dell’articolo 30-sexies del decreto-legge n. 152 del 2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 233 del 2021, che, in attuazione dell’articolo 3, paragrafo 2, lettera a), della direttiva, disciplina le segnalazioni che i creditori pubblici qualificati inviano all’imprenditore in presenza di determinati livelli di esposizione debitoria dallo stesso maturata nei loro confronti. Rispetto alla norma vigente è stato aggiunto, tra gli enti segnalanti, l’Istituto nazionale per l’assicurazione contro gli infortuni sul lavoro. Tale disposizione è stata oggetto di osservazioni formulate dal Consiglio di Stato e dalle Camere (v. pareri Commissioni 2° Giustizia del Senato e II Commissione Giustizia della Camera) con le quali è stato rilevato che gli importi che danno luogo alle segnalazioni non perseguono in modo efficace l’obiettivo dell’allerta dello stato di crisi essendo troppo bassi e del tutto sganciati dalle dimensioni dell’impresa. Sul punto si rileva, in via preliminare, che la norma in esame, vigente e attuativa degli obiettivi del PNRR al 31.12.2021, non intende creare un sistema di allerta assimilabile a quello delineato nel Titolo II del Codice che si sta modificando e quindi non intende segnalare all’impresa una situazione di difficoltà rilevante e potenzialmente già*

¹³ I concetti e i significati di “segnali deboli” in ambito aziendale e specificatamente nella letteratura strategica internazionale, sono stati introdotti da Igor Ansoff, definiti come “informazioni precoci di bassa intensità che preavvisano una tendenza verso una criticità non ancora imminente. La loro rilevanza segnaletica deriva dal fatto che, se questi dati vengono rilevati in tempo e interpretati correttamente, permettono di anticipare tendenze o eventi rischiosi e di reagire ad essi in via preventiva”: cfr. Igor Ansoff, *Managing Strategic Surprise by Response to Weak Signals*, in “California Management Review”, Winter, Voll. XVIII, n. 2, 1975. Vedasi altresì Roberto Poli, *Lavorare con il futuro. Idee e strumenti per governare l’incertezza*, Egea, Milano, 2019.

corrispondente ad uno stato di crisi o di insolvenza. La ratio perseguita è invece in linea con quella indicata nella direttiva 2019/1023 che, all'articolo 3, paragrafo 1, richiede meccanismi di allerta tramite i quali è segnalata al debitore la necessità di attivarsi prontamente. Il considerando 22 precisa anche che "quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione". In tale ottica, le segnalazioni previste nella norma non intendono evidenziare all'imprenditore una situazione di evidente squilibrio, ma hanno la funzione di notificarlo tempestivamente dell'esistenza di determinati inadempimenti che potrebbero anche non essere significativi ma che l'impresa deve valutare per verificare se sono frutto di una fisiologica carenza di liquidità o se sono segnali di una situazione di difficoltà rispetto alla quale occorre intervenire. La mancata previsione di passaggi ulteriori a carico dei creditori pubblici qualificati e di conseguenze rispetto all'eventuale omessa attivazione da parte dell'impresa rendono chiaro l'intento della norma che, va ribadito, serve a segnalare, in uno stadio molto anticipato, l'esistenza di inadempimenti che potrebbero anche non richiedere, all'esito dell'analisi della complessiva situazione dell'impresa rimessa al debitore, l'attivazione di strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Se da un lato, dunque, non vengono riviste le soglie debitorie stabilite nell'articolo in esame, va tuttavia colto il suggerimento dell'adeguamento dei tempi di applicazione della segnalazione rispetto all'INAIL, non contemplata tra i creditori segnalanti nella norma in vigore."

La Relazione, nel ribadire che anche le segnalazioni degli enti pubblici qualificati rientrano nel novero degli strumenti informativi orientati alla prevenzione della crisi, chiarisce nitidamente che i "segnali deboli" (da intendersi come le basse soglie quantitative per far scattare gli obblighi di inoltro) devono poi essere oggetto di interpretazione da parte dell'azienda destinataria e che le esigenze di appropriata risposta compete al debitore (imprenditore o management), a fronte comunque di fenomeni che già sono qualificati come "inadempimenti".

Quanto emerge dal commento della Relazione alla novità normativa circa l'art. 25-*novies*, richiamato dall'art. 3 comma 4, lettera d) del CCII, appare pienamente rispondente alla letteratura scientifica aziendalistica internazionale e semmai, in concreto, le soluzioni segnaletiche proposte nel dettato normativo non sono propriamente coerenti con le finalità enunciate al primo comma

dell'art. 3 e sviluppate a chiarimento nella Relazione Illustrativa, perché i segnali degli enti pubblici qualificati come obbligo scattano consuntivamente e quindi non possiedono natura predittiva. Possiedono tuttavia natura di “segnali deboli”, nella misura in cui le soglie quantitative da taluni ritenute basse o “troppo basse”, adempiono effettivamente alla funzione tipica dei *weak signals* o “segnali a bassa intensità”.

Al di là di consuete resistenze al cambiamento che sovente accompagnano norme di nuovo conio, può essere affermato che posizioni contrarie a questi obblighi normativi non pare che presentino una base scientifica affermata, ma richiamano possibili difficoltà di risposta: non certo interpretative, trattandosi di inadempimenti facilmente verificabili nella loro effettività.

Quanto alle difficoltà di risposta, nel caso delle imprese maggiori, si tratta di un tema che investe in generale i requisiti dell'intero sistema informativo aziendale, che, se ben strutturato e rispondente ai criteri di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, è presumibilmente bene in grado di procedere con l'adozione di opportune iniziative. In particolare, si richiamano, relativamente ai sistemi informativi aziendali, i principi interdipendenti di “rilevanza” e di “selettività”¹⁴, che, tradotti in una corretta e adeguata progettazione del sistema informativo aziendale, consentono di filtrare, selezionare e rappresentare con sistematica e periodicità opportune per i livelli di complessità aziendale, le reportistiche qualificate per i potenziali destinatari, dai vertici (consiglio di amministrazione e direzione generale) al management, fino agli organi di controllo di secondo e di terzo livello (quando esistenti) e al collegio sindacale.

Il momento della “risposta” alle segnalazioni in arrivo da parte degli enti sarà conseguente alla capacità selettiva del sistema informativo generale di tradurre in report rilevanti per il management tali segnalazioni e di promuovere soluzioni decisionali appropriate, se del caso.

Il problema, quindi, rappresenta al tempo stesso una cartina di tornasole dell'efficacia segnaletica del sistema informativo e della capacità manageriale di promuovere decisioni proattive o di rimedio efficaci, laddove si siano verificatisi i presupposti. Di certo, con l'art. 25-*novies* del CCII nasce una

¹⁴ In proposito, sui criteri di progettazione e di valutazione dei sistemi informativi aziendali, si veda Paolo Bastia, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in “Ristrutturazioni aziendali”, luglio 2021. Circa la definizione di adeguati assetti per le imprese maggiori, si veda Paolo Bastia *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese a struttura complessa e nei gruppi*, in “La Magistratura”, ANM, marzo 2022.

responsabilizzazione formale indotta da soggetti esterni in capo al management dell'impresa destinataria, che tutto sommato appare in linea con la moderna cultura strategico-organizzativa e manageriale orientata alla qualità totale e all'azzeramento dei difetti in tutti i processi aziendali (e non solo nei prodotti e nei servizi destinati alla clientela)¹⁵, colti anche nelle relazioni esterne e negli stimoli rivenienti dai vari stakeholders.

Quanto alle imprese minori, posto che le soglie quantitative delle segnalazioni degli enti assumono relativamente maggiore incidenza come fenomeno di inadempimento e quindi come più forte evidenza di rischio, nel quadro di un sistema informativo meno dimensionato e più rarefatto rispetto alle imprese maggiori, le segnalazioni di cui agli obblighi normativi richiamati pongono assai minori problemi in termini di requisiti di rilevanza e di selettiva del compendio informativo aziendale, alimentando semmai livelli di attenzione auspicabilmente precoce da parte del vertice verso inadempimenti comunque problematici e già emersi.

4. Il quadro sistematico delle segnalazioni degli enti nell'assetto informativo-contabile dell'azienda

Il valore conoscitivo di singoli elementi informativi, come le segnalazioni degli enti pubblici qualificati, assume pienezza di contenuto solo se colto nell'ambito del quadro sistematico di riferimento, costituito da tre livelli, normativamente definiti:

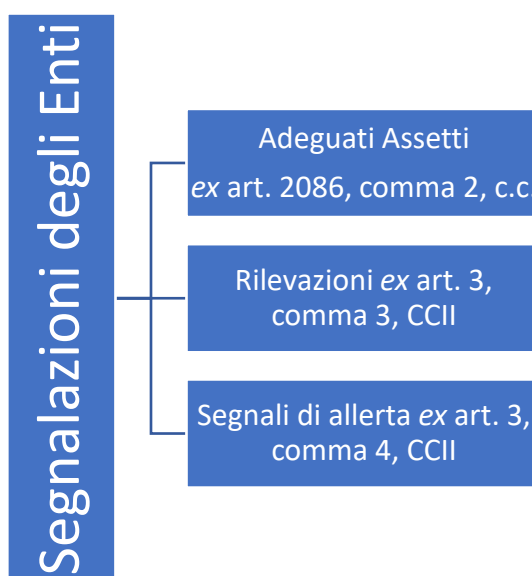
- I) gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, previsti dall'art. 2086, secondo comma, c.c., all'interno quindi di una clausola generale¹⁶;
- II) l'articolata e complessa informativa richiesta dall'art. 3, comma 3, CCII;
- III) la categoria dei "segnali" di cui al comma 4 dell'art. 3, CCII, riferiti a esposizioni verso soggetti esterni, tra cui per l'appunto gli enti in questione.

Il quadro sistematico così identificato, costituisce un'architettura informativa, a cui vengono associati flussi informativi di cui è evidente la

¹⁵ Muovendo dal pionieristico lavoro di Alberto Galgano (*Qualità totale. Il metodo scientifico nella gestione aziendale*, Guerini e Associati, Milano, 2008), la qualità totale, con l'obiettivo di azzeramento dei difetti e degli errori anche nei processi interni aziendali, oggi è una dimensione strategica dell'impresa, che investe tutti i processi operativi: vedasi Marco Sartor e Guido Orzes, *La gestione della qualità*, Mc Graw Hill, Milano, 2020.

¹⁶ Per le connessioni tra adeguati assetti e segnali di allerta si veda Stefano Ambrosini, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in "Crisi d'Impresa e Insolvenza", ottobre 2019.

responsabilizzazione formale dell'imprenditore (sia individuale che collettivo), con livelli di efficienza e di efficacia derivanti da un'ideale progettazione e attuazione e soprattutto con le finalità diagnostiche preventive o tempestive, comunque precoci, affinché possano essere prontamente attivate delle idonee risposte di gestione della crisi colta possibilmente ad uno stadio non avanzato, o ancor meglio prevenuta anticipatamente.



Quanto agli adeguati assetti, il tema oltremodo vasto e in questa sede è opportuno limitarsi a richiamare le strette connessioni che sussistono tra organizzazione, gestione e informazione, essendo quest'ultima (intesa come l'insieme delle "rilevazioni" di cui parla il legislatore) fonte di razionali processi decisionali, laddove sia chiaro il disegno dei poteri, delle autonomie e delle responsabilità e l'assegnazione ben identificata, secondo i migliori principi manageriali, delle aree o dei processi gestionali in cui si sviluppa la continua attività aziendale. Va osservato che in giurisprudenza e in dottrina è stato giustamente precisato che i contenuti degli assetti, essendo il disposto di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c. norma quadro di carattere generale, deve

essere rinviato ai principi e agli sviluppi metodologici della Scienza Aziendale¹⁷.

A tale proposito, la Relazione Illustrativa sopra richiamata si basa esplicitamente sul convincimento che l'informazione è fonte di razionali e corrette decisioni e non altrimenti, per quanto riferite a decisioni circa le modalità di prevenzione e di soluzione precoce della crisi d'impresa, secondo gli ortodossi orientamenti aziendalistici.

Relativamente al complesso delle rilevazioni di cui all'art. 3, comma 3, CCII, trattasi di indicazioni non tanto del tipo di informazioni da elaborare, quanto delle finalità delle stesse¹⁸, in ordine ai giudizi sugli (eventuali) squilibri patrimoniali, economici e finanziari, sulla sostenibilità finanziaria dell'impresa e sulla sua continuità aziendale nel breve periodo, nonché sulla capacità di elaborare il test pratico e l'eventuale coerente piano di risanamento, come da indicazioni del già citato decreto dirigenziale del Ministero di Grazia e Giustizia.

Si deve osservare che queste informazioni richieste sono piuttosto convenzionali, ricadendo nel novero delle reportistiche coerenti con la corrente manualistica di riferimento, per quanto articolate, con contenuti prettamente di tipo patrimoniale, economico e finanziario e quindi dedotte dai sistemi contabili consuntivi e preventivi, di carattere sia generale (intera azienda) che analitico (per prodotti, per aree, per clienti, ecc.), comunemente costitutivi di sistemi contabili completi e integrati. Sotto questi aspetti, le rilevazioni in parola non

¹⁷ Cfr. Tribunale di Roma, Ordinanza del 15 settembre 2020, Pres. Giuseppe Di Salvo). In dottrina, si veda il bel saggio di Raffaella Brogi, *Clausole generali e diritto concorsuale*, in "Il Fallimento", luglio 2022.

¹⁸ Scrive infatti lucidamente Luciano Panzani che: "Ora con l'art. 3 il legislatore, riprendendo la definizione dettata dall'art. 2086 e prima ancora dall'art. 2381 c.c., precisa non tanto in che cosa consistono gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, ma quali sono gli obiettivi che tali assetti debbono garantire ai fini della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa. Questi obiettivi sono indicati nei commi 3 e seguenti della norma, che al secondo comma chiarisce anche che essi debbono essere soddisfatti non soltanto dagli assetti obbligatori per le società e le imprese collettive, ma anche dalle misure che debbono adottare le imprese individuali secondo il primo comma. Nella sostanza il legislatore riduce di molto la differenza di contenuto degli obblighi di tempestiva rilevazione della crisi a carico delle imprese societarie e collettive e delle altre imprese perché se è vero che soltanto le prime debbono istituire e mantenere assetti adeguati, gli obiettivi che le misure previste per le imprese individuali e gli assetti previsti per quelle collettive e societarie debbono assicurare sono i medesimi.": cfr. Luciano Panzani, *La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2022*, in "Diritto della crisi", aprile 2022, par. 4.

presentano problematiche di identificazione, con l'avvertenza che gli obblighi normativi impongono a tutti gli ordini di imprese anche l'adozione di sistematiche contabilità, naturalmente conformi alle caratteristiche e alle peculiarità delle singole imprese¹⁹.

Si tratta di informazioni di fonte interna, endoaziendale, diversamente dalle segnalazioni di cui all'art. 25-*novies* CCII, così come quelli di cui all'art. 25-*decies* (obblighi di comunicazione per banche e intermediari finanziari), generate dal sistema informativo interno dell'impresa. Va osservato, tuttavia, che non mancano anche in questo sistema informativo interno delle informazioni esterne, laddove a vario titolo l'impresa deve confrontare esplicitamente i propri dati con quelli di mercato, o di settore, o di competitor selezionati: si pensi alla valutazione delle rimanenze in caso di decremento prevedibile dei prezzi, alle svalutazioni straordinarie delle immobilizzazioni in presenza di durevoli segnali avversi del mercato, fino alle analisi di scenario, di minacce ambientali (*SWOT analysis*), di *benchmarking* competitivo, in sede di pianificazione strategica formale e di costruzione del budget commerciale d'esercizio.

Per le imprese minori, presumibilmente, l'impegno addizionale richiesto da questi obblighi informativi, è determinato dall'informazione previsionale, data la endemica ridotta diffusione nella prassi, che tuttavia, in considerazione della maggiore accessibilità a supporti di *business intelligence* oggi praticabile, appare meno giustificabile rispetto al passato, prescindendo assolutamente dalle dimensioni circa la sua opportunità, in un contesto di economia integrata e globalizzata.

Va in proposito considerato il fatto che la proporzionalità delle dotazioni informative dovrebbe essere anche calibrata in ragione dell'economicità aziendale, secondo l'affermato "principio tecnico strumentale" dell'Economia Aziendale, che sostiene la compatibilità delle soluzioni organizzative e amministrative con le capacità reddituali dell'impresa²⁰.

¹⁹ Per un approfondimento esaustivo sugli strumenti diagnostici predittivi della crisi si veda Paolo Bastia, *cit.*, 2022.

²⁰ Si veda in proposito Osvaldo Paganelli, *La contabilità analitica d'esercizio*, Patron, Bologna, 1973. Sul piano della concretezza operativa, la scala di intervento per l'introduzione di un sistema contabile più evoluto rispetto a quanto meramente occorrente per gli obblighi di redazione del bilancio d'esercizio, in assenza di competenze interne specifiche e di dotazioni metodologiche e informatiche, richiede almeno in una fase iniziale, per le imprese minori, l'*outsourcing* delle funzionalità, anche per una più contenuta incidenza sia di investimento che di costo di funzionamento. Si osserva da più parti che l'introduzione degli obblighi di

Per certi aspetti, recente giurisprudenza²¹, nel rimarcare la responsabilità degli amministratori nella mancata dotazione di adeguati assetti con maggiore evidenza in situazioni economiche favorevoli, appare rispondente a tale principio.

In ultimo, la categoria dei segnali di cui all'art. 3, comma 4, CCII, si rivolge specificatamente all'operatività con soggetti creditori, tipicamente esposti alle conseguenze delle crisi d'impresa: lavoratori, fornitori, banche ed enti pubblici previdenziali ed erariali.

Circa il punto d), in relazione all'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-*novies*, comma 1, pare che si chieda all'imprenditore di attivare uno speciale "cruscotto" informativo sui livelli debitori, che dunque potrebbe essere generato dallo stesso sistema contabile aziendale e non solo indotto dalle segnalazioni prodotte per iniziativa (e per obbligo) dagli enti pubblici, le quali avrebbero quindi una funzione sussidiaria (in caso di disordine o di ritardo di tenuta della contabilità aziendale) e di riscontro. L'azienda proattiva, quindi, non attende meramente le segnalazioni degli enti, ma ne rileva e ne rappresenta l'entità e le tipologie autonomamente, secondo un principio di responsabilizzazione ineccepibile dal punto di vista organizzativo.

Le segnalazioni di cui all'art. 25-*novies* CCII assumono, in definitiva, una natura in parte avulsa e atipica rispetto al sistema delle rilevazioni previste in generale dal legislatore della crisi, prevalentemente autoprodotte dalla contabilità aziendale e comunque dal suo sistema informativo. Trattasi infatti, per dette segnalazioni, di un intervento esterno, extraaziendale, straordinario ed eventuale.

Tuttavia, la natura di questo tipo di informazioni non costituisce di per sé un elemento distintivo inconsueto, in quanto da tempo la letteratura manageriale raccomanda l'alimentazione del sistema informativo aziendale con dati e informazioni di fonte esterna, partendo dal riconoscimento dell'azienda come sistema aperto e in costante interazione con il variegato ambiente esterno²², con una precisa attenzione, dal lato del presidio dei rischi, alle eventuali minacce

rilevazione più evoluti rispetto al passato non è stato accompagnato da forme di incentivazione e di contenimento dei costi a carico del sistema delle imprese.

²¹ Cfr. Tribunale di Cagliari, Sezione Imprese, 19 gennaio 2022; Tribunale di Catanzaro, decreto del 6 febbraio 2024.

²² Sulla natura dell'azienda di sistema aperto e come tale interdipendente con l'ambiente esterno, si veda Sergio Sciarelli, *cit.*

ambientali, tra cui quelle sorgenti dal profilarsi di inadempienze con gli enti previdenziali ed erariali, certamente con l'ottica preventiva e di precoce intercettazione.

L'attivazione di sensori e di meccanismi di stimolo-risposta con soggetti esterni, più esattamente, quando costituisce una dimensione quotidiana e diffusa, a livello organizzativo, induce il comportamento dell'impresa verso non solo una pianificazione strategica periodica (su base annuale, triennale), ma ad una vera e propria "gestione strategica" nel continuo, in cui la dimensione esterna, di interazione con soggetti terzi, con gli *stakeholders*, quindi anche con i creditori pubblici qualificati, costituisce un preciso connotato dell'orientamento strategico dell'impresa, opposto a quello autoreferenziale e circoscritto ad una visione di "sistema chiuso".

In concreto, il ruolo dei creditori pubblici qualificati si specifica nella segnalazione dei mancati adempimenti; spetta, invece, agli organi societari valutare e apprezzare la rilevanza di tali avvisi.

L'allerta esterna viene così ad assumere la funzione di indurre di fatto l'imprenditore ad assumere idonei provvedimenti, fra cui preferibilmente, in caso di crisi non troppo avanzata, l'accesso in via tempestiva alla composizione negoziata della crisi, su base volontaria, facendo leva il legislatore sulle possibili responsabilità prospettiche degli organi societari²³.

5. I compiti ampliati del collegio sindacale

Evocato il tema delle responsabilità degli organi sociali, emerge senz'altro quella del collegio sindacale, nella persona del presidente quando l'organo è collegiale, in quanto destinatario delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati.

Si tratta, da un lato, del riconoscimento di un ruolo fondamentale ai fini della corretta gestione dell'impresa, dall'altro lato di un rafforzamento delle fonti informative che gli sono destinate, con evidenti riflessi anche sul piano delle responsabilità.

Se lo scopo dei segnali di allerta di cui all'art. 3, comma 4, CCII, è quello della tempestiva, se non proprio preventiva individuazione della crisi, ne

²³ Sul punto si leggano le brillanti osservazioni di Stefania Pacchi, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, n "Il diritto fallimentare e delle Società Commerciali", fascicolo 3-4, 2022.

discende che l'ottica dell'attività di vigilanza del collegio sindacale è oramai dichiaratamente di tipo prospettico.

Certamente, i controlli e le verifiche sui fatti continuano ad assumere rilevanza, per la loro evidenza ed effettività e per l'indicazione di rimedi rivolte all'organo amministrativo, quando necessario. Ma il coinvolgimento del collegio sindacale nel processo di segnalazione sia dei creditori pubblici qualificati che delle banche ne accentua l'esigenza di un approccio proattivo alla vigilanza.

Del resto, l'art. 25-*octies* CCII pone in capo all'organo di controllo l'obbligo di segnalare, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17 del CCII, ivi inclusa dunque la situazione di pre-crisi.

Le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati potrebbero quindi, nelle aziende meno fragili, essere indizi di situazioni ancora contenute a un livello di pre-crisi e quindi comunque già di diritto rientranti nel perimetro di vigilanza del collegio sindacale per gli specifici obblighi di legge introdotti dal Codice della Crisi.

Il ricevimento della comunicazione degli enti non è privo di effetti rispetto agli obblighi dell'organo di controllo, in quanto possiede una rilevanza in ordine ai criteri della diligenza richiesta nell'espletamento dei propri compiti. L'art. 25-*novies* CCII, infatti, va colto non solo nell'ambito dei più generali doveri di vigilanza di cui agli artt. 2403, 2409-*terdecies*, 2409-*octiesdecies* c.c., ma anche congiuntamente all'art. 25-*octies* CCII e, quindi, alla luce dell'art. 3 CCII in materia di adeguati assetti organizzativi. Quanto a quest'ultima previsione normativa, nella misura in cui i parametri delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati rilevano come segnali di allarme, ciò comporta che, anche se gli enti in questione non risultassero tempestivi nell'invio delle comunicazioni, l'attenzione dell'organo di controllo dovrà sempre essere rivolta al monitoraggio di tali soglie di inadempimento, in quanto rilevanti a dare impulso all'autodiagnosi di uno stato di crisi o di pre-crisi. Quanto, invece, alla ricezione della segnalazione dei creditori pubblici a fronte del disposto di cui all'art. 25-*octies* CCII, parrebbe che tale comunicazione agisca da sollecito ad una doppia segnalazione "a catena", posto che una corretta e tempestiva verifica periodica sui versamenti di imposta potrebbe rendere l'allerta di originaria

iniziativa dell'organo di controllo addirittura più celere di quella degli enti pubblici stessi²⁴.

Stante la definita ampiezza delle rilevazioni di natura *forward looking* che il CCII ha reso obbligatorie alle imprese per la rilevazione tempestiva della crisi (e della pre-crisi per il collegio sindacale), si può forse parlare di una svolta evolutiva straordinaria per l'organo di controllo, che necessariamente dovrà integrare le proprie competenze, al di là di quelle tradizionali ispettive e di verifica consuntiva e concomitante, con i contenuti dei supporti preventivi e predittivi del controllo di gestione manageriale, con i segnali deboli, con le simulazioni e gli *stress test*, con il test pratico e la lista particolareggiata per la formulazione di piani di risanamento eventualmente occorrenti.

Tra i doveri di vigilanza non può mancare, peraltro, quello sull'adeguatezza degli assetti aziendali e degli assetti contabili integrati per quanto anche previsto dall'art. 3 del CCII, incumbendo, quando le circostanze aziendali ne evidenziano le carenze, precisi doveri di iniziativa verso gli amministratori inadempienti²⁵.

6. Osservazioni conclusive

Il tema delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati è stato sviluppato in questo studio, pur sinteticamente, nella cornice dell'intera sistematica degli nuovi obblighi di rilevazione e di segnalazione richiesti dal legislatore della crisi, a loro volta inseriti nel vasto quadro degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, specialmente in ordine alla finalizzazione della rilevazione tempestiva della crisi e dell'eventuale perdita della continuità

²⁴ Cfr. Valentina Pettirossi, *Il ruolo dei creditori pubblici qualificati nell'emersione tempestiva della crisi. Implicazioni delle segnalazioni per il governo dell'impresa*, in "Il Diritto Fallimentare e delle Società Commerciali", n. 6, 2022.

²⁵ Talune prime pronunce giurisprudenziali sull'obbligo di predisposizione di adeguati assetti sono state assunte sulla base di ricorso ex art. 2409 c.c. promosso su iniziativa del collegio sindacale o del socio di minoranza. Si veda in proposito: Tribunale di Milano, Sez. Specializzata in materia di imprese, provvedimento del 18 ottobre 2019, in www.giurisprudenzadelleimprese.it: ne risulta che la controversia ha avuto origine da due ricorsi ex art. 2409 c.c., depositati dai collegi sindacali di due società (l'una controllante e l'altra controllata), per denunciare diverse irregolarità compiute da due amministratori unici, succedutesi uno all'altro e comuni alle due società, concernenti, in particolare, «inadempienze e atteggiamenti omissivi od inerti in ambito organizzativo e gestionale», tali da non consentire la verifica della continuità aziendale. Per una conferma di tale orientamento, si veda altresì: Tribunale Catania, Sez. spec. in materia di imprese, Decreto, 8 febbraio 2023.

aziendale, al fine di stimolare con la dovuta prontezza delle reazioni coerenti dell' organo amministrativo (o dell'imprenditore), anche su impulso, se esistente, dall'organo di controllo.

L'analisi della natura delle segnalazioni di allerta esterna degli enti ha rappresentato l'occasione di confrontarne la valenza segnaletica anche alla luce degli orientamenti suggeriti dall'affermata letteratura aziendalistica internazionale e delle concrete esigenze delle nostre imprese, sia di quelle maggiori, che di quelle di minori dimensioni, valutandone, in un rapporto costi benefici, al di là dell'osservanza agli obblighi di legge, l'opportunità di coglierne il contributo di per sé e di aprire ad una cultura della prevenzione, dello stimolo precoce anche di fonte esterna, della segnalazione a bassa intensità o *weak signal*, perché questo è un metodo razionale per evitare la crisi o per mitigarne l'aggravamento nella struttura dell'impresa stessa e la propagazione esterna (si pensi agli "effetti domino" nei distretti e nei gruppi).

Circa il posizionamento nelle dinamiche evolutive della crisi d'impresa delle segnalazioni in questione, comunque consuntive e non certo preventive, se esse siano da intendersi tardive (perché pervenute ad uno stadio avanzato di crisi), ovvero contestuali ad una situazione di pre-crisi, ovvero prodromiche rispetto a una crisi solo eventuale, in quanto giunte in una fase ancora rassicurante, il tema costituisce l'oggetto di una valutazione interna della governance aziendale, ma non riduce, a nostro avviso, la loro rilevanza segnaletica.

Si tratta, forse, anche di un'occasione di apprendimento per gli organi di amministrazione e di controllo e per gli imprenditori, di aprirsi, come costume, ad un confronto con stimoli di fonte esterna e a profili di responsabilizzazione formale verso gli interlocutori esterni, superando i limiti dell'autoreferenzialità, assolutamente in linea con una dimensione strategica - tale in quanto attenta agli accadimenti esterni e alle evidenze ritraibili dal mercato e dagli stakeholders - oggi considerata come immanente anche nella quotidianità della gestione corrente e non solo come momento straordinario da cogliere unicamente ed eventualmente in sede di pianificazione strategica.

**LA CONTINUITÀ AZIENDALE (DIRETTA E INDIRETTA) FRA
DIRITTO CONTABILE
E DISCIPLINA DELLA CRISI D'IMPRESA.
PROFILI RICOSTRUTTIVI
E SOTTOTIPI CONCORDATARI. ***

STEFANO AMBROSINI

Sommario: - 1. La continuità aziendale fra imprese in bonis e imprese in crisi: il profilo contabile. - 2. Segue. Il profilo gestorio - 3. Le declinazioni della continuità aziendale nel codice della crisi. La continuità diretta. - 4. La continuità indiretta: il dibattito nel vigore della legge fallimentare. - 5. La continuità indiretta nel codice della crisi. - 6. Segue. La conclusione e la modifica del contratto di affitto ai fini della continuità indiretta; la congruità del canone d'affitto. - 7. Segue. La ripresa dell'attività. - 8. Il caso della concessione in affitto dell'azienda da parte di una società in liquidazione. - 9. L'utilità per ciascun creditore. - 10. Cenno a continuità indiretta e competitività. - 11. Segue. Il rapporto tra offerta di acquisto dell'azienda e valore di liquidazione.

Abstract: l'articolo esplora la nozione di continuità aziendale, diretta e indiretta, nell'ambito del diritto contabile e della disciplina della crisi d'impresa. Si analizzano le sue declinazioni nel contesto del Codice della Crisi e dell'Insolvenza, con particolare attenzione alla continuità indiretta ed al contratto di affitto d'azienda, oltre al rapporto tra offerte di acquisto e valore di liquidazione.

Parole Chiave: continuità aziendale, crisi d'impresa, continuità diretta e indiretta, Codice della Crisi, affitto d'azienda.

Abstract: the article explores the notion of business continuity, both direct and indirect, within the context of accounting law and corporate crisis regulation. It analyzes its

* Il presente contributo è stato sottoposto alla valutazione di un *referee* ed è destinato alla pubblicazione (con le modifiche e gli aggiornamenti del caso) in opere collettanee sul codice della crisi.

variations in the Code of Crisis and Insolvency, focusing on indirect continuity, business lease agreements, creditor benefits, and the relationship between purchase offers and liquidation value.

Keywords: business continuity, corporate crisis, direct and indirect continuity, Italian Insolvency Code (“Codice della crisi), business lease.

1. La continuità aziendale fra imprese in bonis e imprese in crisi: il profilo contabile

Com'è ben noto (agli aziendalisti prima ancora che ai giuristi), l'espressione “continuità aziendale” si rinviene anzitutto nell'art. 2423-*bis* c.c., dedicato (già nel testo anteriore alla riforma del 2003) ai principi di redazione del bilancio, il cui comma 1, n.1), stabilisce che la valutazione delle voci deve essere fatta, oltre che secondo prudenza, “nella prospettiva della continuazione dell'attività”. Il che val quanto dire che il bilancio deve esprimere *valori di funzionamento*, che si ottengono attraverso l'applicazione di criteri coerenti con la finalità di rilevare l'utilità che i beni possono produrre a beneficio dell'impresa in esercizio¹.

La continuità aziendale rappresenta quindi il presupposto necessario affinché possano utilizzarsi i criteri ordinari nella redazione dei bilanci d'esercizio e al tempo stesso “qualifica” la regolarità dell'informativa di bilancio e con essa la veritiera e corretta rappresentazione della situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa nel suo insieme. A tal fine occorre appunto che l'impresa prosegua nel suo normale corso, senza che vi siano l'intenzione o la necessità di porla in liquidazione o di cessare l'attività, non occorrendo peraltro una previa, formale, delibera di messa in liquidazione².

In sostanza, nell'ottica aziendalistica – in cui il sistema aziendale, secondo la nota definizione di Gino Zappa, è un istituto economico destinato a perdurare³ – si presume che un'impresa si trovi in condizioni di continuità quando, in base alle prospettive dei flussi attesi, può far fronte alle proprie obbligazioni e agli impegni nel corso dell'ordinaria attività: il che significa che la liquidità

¹ G. E. COLOMBO, *I principi in tema di redazione del bilancio*, in P. ABBADESSA e G. B. PORTALE (diretto da), *Il nuovo diritto delle società*, Liber amicorum Gian Franco Campobasso, 3, Milanofiori Assago, 2007, 155-156.

² Nello stesso senso G. E. COLOMBO, *op. cit.*, 156. *Contra*, ma – ad avviso di chi scrive – in modo non persuasivo, L. A. BIANCHI, *I principi generali di bilancio*, in AA. VV., *La disciplina giuridica del bilancio d'esercizio*, Milano, 2001, 139 ss.

³ G. ZAPPA, *Le produzioni nell'economia delle imprese*, Milano, 1957, I, 37.

derivante dalla gestione corrente, insieme ai fondi disponibili (in cassa, in banca, per effetto di linee di credito, ecc.), risulta sufficiente a fronteggiare sia i debiti scaduti che gli impegni in scadenza.

Di contro, è necessario adottare criteri di liquidazione “allorché l’azienda non sia più un complesso funzionante con *entry value* produttivo di reddito e degradi invece a coacervo di beni destinati al realizzo diretto (*exit value*), per onorare i debiti”⁴.

I criteri adottati ai fini contabili, pertanto, variano al variare delle valutazioni in ordine alla continuità aziendale, idonee a imprimere una “curvatura” o l’altra al bilancio. Un esempio paradigmatico è notoriamente quello delle immobilizzazioni: nello scenario di continuità, esse sono valutate considerando la loro vita utile e la recuperabilità mediante l’uso, mentre in ottica liquidatoria viene preso a riferimento il loro valore di realizzo.

Le coordinate che delineano il quadro disciplinare in materia sono note e difatti vengono richiamate, in tutto o in parte, nei numerosi contributi scientifici che trattano, da diversi angoli visuali, di continuità aziendale⁵. A livello di principi contabili nazionali, l’OIC 11, par. 22 – nella cui elencazione dei postulati di bilancio manca il richiamo espresso alla continuità aziendale – è imperniato sul concetto di valutazione prospettica: “Nella fase di preparazione del bilancio, la direzione aziendale deve effettuare una valutazione prospettica della capacità dell’azienda di continuare a costituire un complesso economico funzionante destinato alla produzione di reddito per un prevedibile arco temporale futuro, relativo a un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio. Nei casi in cui, a seguito di tale valutazione prospettica, siano identificate significative incertezze in merito a tale capacità, nella nota integrativa dovranno essere chiaramente fornite le informazioni relative ai fattori di rischio, alle assunzioni effettuate e alle incertezze identificate, nonché ai piani aziendali futuri per far fronte a tali rischi ed incertezze. Dovranno inoltre

⁴ Così, da ultimo, M. TALIENTO, *Il bilancio d’esercizio: clausola generale, postulati e deroghe secondo la disciplina civilistica e i principi contabili*, in V. DONATIVI (diretto da), *Trattato delle società*, III, Milano, 2022, 1659.

⁵ Fra i più recenti e stimolanti nella letteratura giuridica cfr. S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 3 ss. In ambito monografico v., tra gli altri, F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Milano, 2017; M. SPIOTTA, *Continuità aziendale e doveri degli organi sociali*, Milano, 2017, nonché, di quest’ultima autrice, *Commento all’art. 2423-bis (principio di redazione del bilancio della continuità aziendale)*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2022, 78 ss.

essere esplicitate le ragioni che qualificano come significative le incertezze esposte e le ricadute che esse possono avere sulla continuità aziendale”⁶.

Per le società che adottano i principi contabili internazionali⁷, lo IAS 1, ai paragrafi 25 e 26, dispone che nella fase di preparazione del bilancio la direzione aziendale deve effettuare una valutazione della capacità dell’entità di continuare a operare come un’entità in funzionamento. Il bilancio deve essere redatto nella prospettiva della continuazione dell’attività, a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare la società o interromperne l’attività, o non abbia alternative realistiche a ciò. Qualora essa sia a conoscenza, nell’effettuare le proprie valutazioni, di significative incertezze in ragione di eventi o condizioni che possano comportare l’insorgere di seri dubbi sulla capacità dell’entità di continuare a operare come un’entità in funzionamento, tali incertezze vanno debitamente evidenziate⁸.

La valutazione che l’organo gestorio è chiamato a effettuare implica sovente un’integrazione informativa proveniente da fonti diverse dal punto di vista quantitativo e qualitativo. Gli amministratori possono ad esempio basarsi su supporti “formalizzati” quali piani industriali, rinegoziazioni del debito o disponibilità di fonti finanziarie aggiuntive, ma anche su informazioni qualitative come le caratteristiche del *management*, la storia dell’impresa, ecc. Il grado di analisi dipende dalle specifiche circostanze di ciascuna società: in alcuni casi, prima di ritenere sussistente il presupposto della continuità aziendale, può ravvisarsi la necessità di considerare una vasta gamma di fattori relativi alla redditività sia attuale che attesa, ai piani di rimborso dei debiti, nonché alle potenziali fonti di finanziamento alternative.

Il riferimento previsto dall’OIC 11 all’intervallo di dodici mesi come orizzonte minimo di osservazione è comunemente accolto anche nella prassi

⁶ Al riguardo, si è osservato che il principio “richiama i due principali fattori che pongono limiti cognitivi al *decision maker* (incertezza e rischio) e che possono essere sì ridotti attraverso gli atteggiamenti corretti degli amministratori e gli strumenti indicati (secondo pluridecennale indicazione della dottrina), ma non eliminati, vuoi per l’estensione di tali condizioni, vuoi per i limiti fisiologici, anche in termini di “incompletezza informativa”, degli strumenti (piani aziendali)” (N. ABRIANI - P. BASTIA, *Valutazione e presidio della continuità aziendale tra scienze economiche e diritto societario della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 24 novembre 2022, 12).

⁷ Sulla continuità aziendale alla luce di tali principi (e in particolare sul passaggio dal *going concern* al *winding up concern*) v., fra gli altri, F. COSSU, *Continuità aziendale, società in liquidazione e principi contabili internazionali IAS/IFRS*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 319 ss.

⁸ I principi salienti dello IAS 1 prevedono che: (i) nella valutazione del presupposto della continuità aziendale, gli amministratori tengano conto di tutte le informazioni disponibili sul futuro, che è relativo (ma non limitato) ad almeno dodici mesi dopo la data di riferimento del bilancio; (ii) gli amministratori devono evidenziare nel bilancio le eventuali, significative, incertezze che possono comportare l’insorgere di seri dubbi sulla capacità di continuare a operare come un’entità in funzionamento.

contabile italiana, nonché nel Principio di Revisione Internazionale (ISA Italia) n. 570⁹. In base a quest'ultimo il revisore deve considerare una serie di indicatori, e segnatamente: 1) indicatori finanziari, quali ad esempio la situazione di deficit patrimoniale o di capitale circolante netto negativo, indicazioni di cessazione del sostegno finanziario da parte dei finanziatori e altri creditori, bilanci storici o prospettici che mostrano *cash flow* negativi e incapacità di saldare i debiti alla scadenza, incapacità nel rispettare le clausole contrattuali dei prestiti (cc.dd. *covenants*); 2) indicatori gestionali, quali l'uscita di amministratori o di dirigenti "chiave" senza riuscire a sostituirli, la perdita di mercati fondamentali, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori importanti; 3) altri indicatori come la riduzione per perdite del capitale sociale di oltre un terzo o addirittura al di sotto del limite legale, contenziosi legali e fiscali che, in caso di soccombenza, potrebbero comportare obblighi di risarcimento che l'impresa non è in grado di sostenere, modifiche legislative o politiche governative dalle quali si attendono effetti sfavorevoli all'impresa, ecc.¹⁰.

Analogamente, il principio IAS 10, che si occupa dei fatti intervenuti dopo la data di chiusura dell'esercizio, afferma, al paragrafo 15, che il peggioramento dei risultati operativi e della situazione patrimoniale-finanziaria successivamente a tale data "può essere indicativo della necessità di considerare se il presupposto della continuità aziendale risulti ancora appropriato".

Con specifico riguardo, poi, alle società "vigilate", Banca d'Italia, Consob e Isvap con il documento congiunto n. 2 del 6 febbraio 2009, e la Consob con la comunicazione n. 9012559 del 6 febbraio 2009, hanno richiamato tutti i partecipanti al processo di elaborazione delle relazioni finanziarie a una puntuale ed esaustiva applicazione delle norme e dei principi contabili di riferimento considerati nella loro interezza.

In particolare, il primo dei due documenti – sovente richiamato in dottrina – sottolinea che tra gli indicatori di incertezze significative vanno annoverati: (i) i prestiti a scadenza fissa e prossimi alla scadenza senza che vi siano prospettive verosimili di rinnovo o di rimborso; (ii) l'eccessiva dipendenza da prestiti a breve termine per finanziare attività a lungo termine; (iii) le indicazioni di cessazione del sostegno finanziario da parte dei finanziatori e altri creditori; (iv) l'incapacità nel rispettare le clausole contrattuali dei prestiti; (v) la perdita di mercati fondamentali, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori

⁹ Emanato dall'International Auditing and Assurance Standards Board, tradotto in lingua italiana, con l'autorizzazione dell'International Federation of Accountants, dal CNDCEC con la collaborazione di Assirevi, dell'INRL e di Consob.

¹⁰ Cfr. Linee guida, par. A.3.

importanti; (vi) la riduzione del capitale al di sotto dei limiti legali o non conformità ad altre norme di legge.

In merito all'informativa da rendere sulle valutazioni in ordine al presupposto della continuità aziendale da parte delle società quotate, il documento in parola prevede che, laddove gli amministratori ritengano che, pur risultando appropriato l'utilizzo del presupposto della continuità aziendale, sussistano tuttavia rilevanti incertezze, idonee a far sorgere dubbi significativi circa la capacità dell'impresa di proseguire la propria attività in continuità aziendale, queste incertezze e i correlati significativi dubbi dovranno essere chiaramente esplicitati come tali – in aderenza a quanto previsto dal principio contabile IAS 1, paragrafo 23 – nelle note esplicative al bilancio¹¹.

Nella valutazione del presupposto della continuità aziendale, il revisore può concludere nel senso che non sussistono dubbi su di essa e che le eventuali incertezze rilevate dagli amministratori non risultano essere significative e non generano dubbi in proposito, ovvero che esistono dubbi sulla continuità aziendale.

Alla luce di quanto fin qui esposto emerge con nitore la centralità del rapporto tra continuità aziendale e attitudine a generare ricchezza in base all'equilibrio dei flussi in entrata e in uscita. Deve quindi convenirsi con chi, in dottrina, rileva che la continuità aziendale “è riferita prevalentemente a profili contabili relativi ai criteri di valutazione degli *assets* di un'impresa, soprattutto societaria, nonché, anche in senso più ampio di quello contabile, alla capacità di un'impresa di produrre ricchezza e di soddisfare i debiti connessi alla sua attività man mano che vengono a scadenza, mediante un equilibrio di flussi finanziari provenienti soprattutto dalla gestione caratteristica”¹².

2. Segue. Il profilo gestorio

Fino all'entrata in vigore, nel marzo 2019, di un limitato “pacchetto” di disposizioni del codice della crisi, il nostro legislatore societario era collocato – com'è ben noto – nella prospettiva eminentemente statica della disciplina del

¹¹ Al riguardo, gli amministratori possono trovarsi, al termine dell'esame, di fronte a tre scenari: 1) hanno la ragionevole aspettativa che la società continuerà con la sua esistenza operativa in un futuro prevedibile e hanno preparato il bilancio nel presupposto della continuità aziendale; 2) hanno identificato fattori che possono far sorgere dubbi significativi sulla capacità della società di continuare la propria operatività per un prevedibile futuro, ma considerano che sia comunque appropriato utilizzare il presupposto della continuità aziendale per redigere il bilancio; 3) considerano che sia improbabile che la società continui la propria esistenza operativa in un futuro prevedibile e non ritengono appropriato redigere il bilancio sul presupposto della continuità aziendale.

¹² F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, cit., 6.

capitale sociale, basata sugli adempimenti degli artt. 2446 e 2482-*bis* e, nel caso di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, sulla regola “ricapitalizza o liquida” ricavabile dagli artt. 2447 e 2482-*ter*. L’introduzione, ad opera dell’art. 375 CCII, del secondo comma dell’art. 2086 c.c. ha connotato il quadro di un forte dinamismo, nella misura in cui ha posto il *focus* sull’andamento dei flussi finanziari ai fini della valutazione delle condizioni dell’impresa, confermando altresì che la predetta regola va declinata in questi termini: “ricapitalizza, ristruttura o liquida”.

Con il fondamentale precetto dell’art. 2086, c. 2, c.c. – ai sensi del quale “l’imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell’impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell’impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l’adozione e l’attuazione di uno degli strumenti previsti dall’ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale” – il principio della continuità aziendale ha abbandonato la dimensione squisitamente contabile per divenire – com’è stato osservato – il punto di riferimento centrale nella gestione dell’impresa¹³. Detto altrimenti, il principio in esame, fino a quel momento di matrice prevalentemente bilancistica, ha assunto *ex professo* una valenza schiettamente gestoria¹⁴.

Tutto quanto si è venuto dicendo va naturalmente calato nel contesto del codice della crisi quale varato nel luglio 2022, a cominciare dalla definizione di crisi nella sua duplice componente, ontologica e fenomenologica: intendendosi notoriamente per crisi “lo stato del debitore che rende probabile l’insolvenza” e manifestandosi essa “con l’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi” (art. 2, lett. a), CCII).

Tale definizione è intimamente connessa – e non poteva essere altrimenti – con la norma sull’adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi, con la quale esordisce il Capo II (“Principi generali”) del codice della crisi¹⁵. Ed infatti, ai sensi dell’art. 3, c. 3, gli assetti

¹³ M. IRRERA, *La collocazione degli assetti organizzativi e l’instestazione del relativo obbligo (tra codice della crisi e bozza di decreto correttivo)*, in *Nuovo Dir. Soc.*, 2020, 115 ss.

¹⁴ M. SPIOTTA, *Commento all’art. 2423-bis (principio di redazione del bilancio della continuità aziendale)*, cit., 78 ss.

¹⁵ In argomento v., anche per riferimenti, G. D’ATTORRE, *La formulazione legislativa dei principi generali nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in AA.VV., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 253; A. NIGRO, *I principi generali della nuova riforma «organica» delle procedure concorsuali*, in *Dir. banc. merc. fin.*, 2020, 11 ss.; R. RORDORF, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell’ambito dei principi generali del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*,

di cui all'art. 2086 c.c., al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi, devono consentire, oltre alla rilevazione di eventuali squilibri di carattere patrimoniale e economico-finanziari e di segnali "sintomatici" di cui al c. 4 del predetto art. 3, la verifica della sostenibilità dei debiti e delle prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi".

Orbene, va in primo luogo notato come la scelta, da parte del legislatore del codice della crisi, dell'orizzonte annuale risulti coerente con quanto stabilito dal già ricordato principio OIC 11, ove si parla di produzione di reddito per un periodo di almeno dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio.

In secondo luogo, emerge chiaramente il collegamento instaurato dal codice fra continuità aziendale e assenza di crisi, pur dovendosi precisare che la perdita di continuità aziendale non comporta *ipso iure* l'inverarsi di uno stato di crisi, come dimostrano le cc.dd. liquidazioni *in bonis*, nelle quali la decisione di cessare l'attività e dismettere il patrimonio aziendale prescinde completamente dalla probabilità dell'insolvenza.

In terzo e ultimo luogo, i principi fin qui sintetizzati risultano gravidi di implicazioni sul versante dei gestori dell'impresa e delle loro responsabilità¹⁶. Appare infatti conclamato, alla luce dell'art. 2086, c. 2, c.c., che l'omessa predisposizione di adeguati assetti organizzativi costituisce di per sé fonte di responsabilità (purché, evidentemente, risulti causativa di un danno risarcibile): condotta, quest'ultima, che secondo una rigorosa giurisprudenza integra anche una grave irregolarità *ex art. 2409 c.c.*¹⁷, da riguardarsi con maggior rigore relativamente alle società *in bonis*, giacché in questi casi non è invocabile lo stato di crisi come "giustificazione" della violazione del precetto sopra richiamato¹⁸.

Altrettanto deve dirsi, beninteso, riguardo alla mancata rilevazione tempestiva della crisi o dell'insolvenza come denotano chiaramente i precetti

in *Fall.*, 2021, 589 ss.; S. AMBROSINI, *I «principi generali» nel codice della crisi*, in ID. (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, Bologna, 2022, 197 ss.

¹⁶ Deve nondimeno precisarsi che all'atto di redigere il bilancio non si ritiene necessario, in base al nostro quadro normativo, l'esplicita conferma circa la sussistenza della continuità aziendale. Semplicemente, gli amministratori sono tenuti ad attenersi ai relativi corollari sul piano contabile, laddove, in difetto di tale presupposto, le valutazioni non possono che fondarsi sul valore di liquidazione. In altri Paesi, invece, quali Stati Uniti d'America e Regno Unito, si richiede che gli amministratori effettuino un'esplicita verifica della sussistenza del *going concern*, oltre a dover ostendere quelle specifiche informazioni che giustifichino la loro posizione circa il mantenimento della prospettiva di continuità aziendale.

¹⁷ Trib. Milano, 21 ottobre 2019, in *giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Venezia, 16 dicembre 2020, in *ilcaso.it*.

¹⁸ Trib. Catanzaro, 6 febbraio 2024, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*.

sulla quantificazione in caso di liquidazione giudiziale e sulla responsabilità penale per aggravamento del dissesto (art. 378 CCII e 217, c. 1, n. 4, l. fall.).

Da quanto messo in luce si ricava come la possibilità di intercettare a tempo debito i segnali di crisi e di adottare senza indugio le opportune iniziative passi anche – se non soprattutto – per l’adozione di efficaci strumenti di previsione delle difficoltà dell’impresa, in un contesto in cui la dimensione *preventiva*, per essere effettivamente tale, deve avere ad un tempo carattere *predittivo*.

Non a caso, la letteratura (di matrice non solo giuridica) si è recentemente evoluta nella direzione di indicare all’imprenditore e al *management* strumenti non solo preventivi, ma anche – per l’appunto – predittivi, ovviamente in relazione alle dimensioni e alle caratteristiche specifiche dell’impresa: strumenti diretti “a cogliere non solo i segnali “forti” degli indicatori di origine bilancistica e di natura economico-finanziaria, eventualmente ritratti da *budget* e piani aziendali; ma anche segnali “deboli”, ipotetici, da cui sviluppare simulazioni e *stress test* per ricercare con percorsi euristici potenziali tracce di rischio ed echi di criticità *rivenienti dall’ambiente* e non solo dalle dinamiche endogene della gestione aziendale”¹⁹.

Viene allora in evidenza, al riguardo, quella che è stata efficacemente definita la doppia anima del principio di continuità aziendale: “da un canto presupposto di rilevazione e valutazione delle voci di bilancio di un complesso produttivo in funzionamento, il cui venir meno si identifica con la cessazione effettiva dell’attività cui consegue la disgregazione di quel complesso; d’altro canto prospettiva di funzionamento dell’impresa proiettata in un prevedibile futuro, la cui compromissione o la cui assenza determina l’insorgere di obblighi gestori e di controllo negli amministratori, sindaci e revisori”²⁰.

Dal che si trae l’ulteriore conferma della centralità, sia dal punto di vista aziendalistico sia sotto il profilo della gestione dell’impresa (specie nei momenti di difficoltà), del concetto di pianificazione²¹, come denota plasticamente il numero di volte in cui viene impiegato il termine “piano” all’interno del codice della crisi²².

¹⁹ N. ABRIANI, P. BASTIA, *Valutazione e presidio della continuità aziendale tra scienze economiche e diritto societario della crisi*, cit., 10 (corsivo aggiunto).

²⁰ S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, cit., 33-34.

²¹ In luogo di altri P. BASTIA, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Torino, 2019, *passim*.

²² In argomento cfr., *ex aliis*, A. PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi, contabili e codice della crisi: aspetti (teorici ed) operativi*, *ivi*, 3 febbraio 2023; P. BASTIA, *La*

Prima, dunque, di passare all'analisi della disciplina di nuovo conio e segnatamente dell'art. 84, c. 2, CCII, merita ribadire che la continuità aziendale, oltre alla sua accezione strettamente contabile, si presenta, in estrema sintesi, come idoneità dell'impresa a generare reddito onorando al tempo stesso i propri debiti. E se la dimensione *finanziaria* è quella cui tipicamente si ricollega l'epifania della crisi, è vero anche che il suo superamento si basa su elementi di natura *economica*, quali i valori dell'organizzazione aziendale e la redditività d'impresa²³.

In definitiva, dal nuovo assetto ordinamentale si ricava la conferma, quanto ai "principi parametrici" dell'esercizio dell'impresa (*in bonis* come in crisi), dell'attualità delle parole utilizzate oltre tre lustri fa da Paolo Ferro-Luzzi in uno scritto sul conflitto di interessi degli amministratori: "credo che occorra innanzi tutto individuare i parametri propri, tipici, coesenziali e dunque anche corretti dell'esercizio dell'impresa (...), parametri che sostanzialmente sono costituiti dal principio di "continuità" e, in evidente connessione, dal principio di "solvenza", cioè adempimento nei confronti dei titolari del capitale di credito, e dal principio di "redditività", cioè remunerazione del capitale di rischio"²⁴.

3. Le declinazioni della continuità aziendale nel codice della crisi. La continuità diretta.

Svolte le considerazioni che precedono sulla nozione di continuità aziendale e sui suoi corollari applicativi, si può ora passare all'esame della disciplina codicistica del concordato con continuità aziendale, partendo dalla sua prima declinazione, ora definita espressamente "continuità diretta".

Il secondo comma dell'art. 84 chiarisce che di continuità diretta può parlarsi nel solo caso di prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dell'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, vale a dire lo stesso debitore, non essendovi notoriamente nel nostro sistema spazio per iniziative concordatarie di

sostenibilità economica nel concordato in continuità aziendale, in ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 15 giugno 2023.

²³ Cfr., fra gli altri, F. PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, cit., *passim*.

²⁴ P. FERRO-LUZZI, *Dal conflitto di interessi agli interessi degli amministratori; profili di sistema*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I, 669.

terzi²⁵ (ma solo, in costanza di procedura, per la proposizione di proposte concorrenti ex art. 90)²⁶.

Alla nozione di continuità diretta va ricondotta anche l'ipotesi di un investitore che faccia il proprio ingresso nella compagine della società debitrice sottoscrivendone l'aumento di capitale (di regola a lui riservato), giacché è pur sempre il debitore, sebbene patrimonializzato grazie ad apporti esterni, a proseguire l'attività d'impresa²⁷.

In quest'ambito assume considerevole rilevanza, per l'appunto, l'enucleazione degli apporti qualificabili alla stregua di risorse esterne in senso proprio, come tali escluse dall'obbligo di rispettare la *par condicio creditorum*.²⁸

Nel vigore della disciplina precedente, muovendo dalla consapevolezza del rischio di uno scardinamento della predetta regola, si è osservato che “un suggerimento operativo potrebbe essere (...) quello di considerare come risorse esterne solo quelle che non derivano geneticamente dal patrimonio dell'impresa che accede al concordato preventivo, ma sono il frutto di interventi di terzi. Non saranno quindi risorse esterne né l'incasso di crediti né gli ‘utili’ della gestione conseguiti nel periodo di esecuzione del piano di concordato”²⁹. In tal modo sono destinati a restare estranei alla nozione quei flussi di cassa scaturenti da una continuità aziendale resa possibile esclusivamente dall'apporto di soggetti terzi rispetto all'impresa debitrice: flussi che in effetti non sarebbe per nulla agevole separare da quelli conseguibili dall'impresa a prescindere da interventi *ab externo*.

²⁵ Sul punto cfr., tra i contributi più recenti, S. AMBROSINI, *L'emersione tempestiva della crisi e il concordato preventivo del terzo: dall'idea del “progetto Rordorf” alle previsioni del legislatore europeo*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le crisi dell'impresa e del consumatore. Liber amicorum di Alberto Jorio*, Bologna, 2021, 61 ss., ove altri riferimenti, anzitutto al contributo di A. JORIO, *La legge fallimentare: pregi e difetti delle nuove regole*, in *Giur. comm.*, 2013, I, 697 ss.

²⁶ Sul tema, anche per riferimenti, M. AIELLO, *Le proposte concorrenti nel codice della crisi: fattispecie e disciplina*, in *Dir. fall.*, 2024, I, 167 ss.

²⁷ In tal senso, in giurisprudenza, si è espresso recentemente, tra gli altri, Trib. Brescia, 27 maggio 2021, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*.

²⁸ L'ipotesi di cui trattasi – sia detto per inciso – viene giustamente esclusa dall'ambito applicativo del principio di competitività: cfr., da ultimo, l'ampio saggio di M. AIELLO, *Le nuove proposte e offerte concorrenti*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 15 gennaio 2024, 98 ss.

²⁹ M. ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fall.*, 2019, 862.

Un aspetto problematico – come posto in luce da una recente pronuncia di merito³⁰ – attiene alla natura dell’apporto effettuato dall’assuntore, essendo innegabile che ciò avviene in vista – e a fronte – dell’acquisizione di tutti gli attivi del debitore: il tema, per vero, esula dall’oggetto del presente contributo, anche se un chiarimento sul punto da parte del legislatore potrebbe risultare opportuno nell’ottica di scongiurare eterogeneità con riguardo all’applicazione delle regole di priorità.

Quanto al piano in continuità (diretta o indiretta), è richiesto che esso contenga al proprio interno il piano industriale e che ne siano indicati gli effetti sul piano finanziario e i tempi necessari al riequilibrio della situazione finanziaria (art. 87, c. 1, lett. e).

Specularmente, l’attestazione del piano in continuità deve verificarne l’idoneità a impedire o superare l’insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell’impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale (art. 87, c. 3).

La previsione specificamente riferita alla continuità diretta è invece quella dell’art. 87, c. 1, lett. f), in base alla quale occorre altresì l’analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi, del fabbisogno finanziario e delle relative modalità di copertura, tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto della normativa in materia di sicurezza sul lavoro e di tutela dell’ambiente.

Particolare rilievo assume, nell’ipotesi di continuità diretta, il precetto, sancito in via generale dall’art. 87, c. 1, lett. b), secondo il quale il piano deve contenere una descrizione delle cause e dell’entità dello stato di crisi o di insolvenza in cui si trova e l’indicazione delle strategie d’intervento. Ed invero, la circostanza che il debitore, anziché “passare la mano”, si proponga di porre lui stesso rimedio alla crisi della propria impresa comporta un’attenzione in qualche modo “rafforzata” agli strumenti e alle strategie che egli intende mettere in campo a tal fine; e questo perché è la sua gestione ad avere condotto l’impresa nella situazione in cui si trova all’attualità.

Si tratta quindi, da parte dei suoi consulenti e dell’attestatore, rispettivamente di costruire un piano e di verificarne la tenuta all’insegna di un livello di necessaria discontinuità sotto vari e spesso concorrenti profili (posizionamento dell’impresa sul mercato, modello di *business*, contenimento dei costi,

³⁰ Trib. Massa, 16 gennaio 2024, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it.*, confermata da App. Genova, 29 maggio 2024, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it.*

composizione del consiglio di amministrazione, competenze del management, strategie commerciali, ecc.); per tacere dell'attenzione, nella realtà connotata da maggiore complessità, ai cc.dd. fattori ESG³¹.

Se quindi è consentito un *calembour*, la continuità aziendale diretta passa, pressoché invariabilmente, per una discontinuità gestionale rispetto al passato, dovendo l'impresa dimostrare che, in virtù dell'attuazione del piano, sarà in grado di invertire la rotta della generazione di perdite, tornando a produrre utili³².

4. La continuità indiretta: il dibattito nel vigore della legge fallimentare

Relativamente alla natura – liquidatoria o con continuità aziendale – del concordato preventivo basato sull'affitto di azienda o di un ramo di essa è andata in scena, negli ultimi lustri, una serrata disputa tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Secondo una ben nota corrente di pensiero formatasi nell'imperio della legislazione previgente (a cui chi scrive non ha mai ritenuto di aderire), “continuità aziendale e affitto d'azienda si pongono in un rapporto di reciproca esclusione: dove vi è continuità non può esservi affitto d'azienda; dove vi è affitto d'azienda non può esservi continuità”³³. Già in passato, per vero deponevano in senso contrario al predetto assunto sia la lettera dell'art 186-*bis*, l.fall. – là dove si parla di “cessione dell'azienda in esercizio” (nulla essendovi in tale espressione che autorizzi a escludere l'affitto) – sia la *ratio* della stessa, che risultava improntata, in modo sufficientemente perspicuo, a una nozione di continuità aziendale in senso oggettivo, vale a dire indipendentemente dal soggetto – il debitore o un terzo – che conduce l'azienda al momento del deposito della domanda di concordato.

³¹ In luogo di altri v., anche per riferimenti, S. PACCHI, *Sostenibilità, fattori ESG e crisi d'impresa*, in *ristrutturazioniazionari.ilcaso.it*, 26 maggio 2023.

³² Sul tema, fra i contributi più recenti, S. AMBROSINI, *La gestione dell'impresa “in perdita” tra vecchia e nuova sistematica concorsuale*, in *ristrutturazioniazionari.ilcaso.it*, 21 marzo 2023. Sul fatto che l'enucleazione delle cause della crisi “serve per dare effettivo fondamento alla previsione che la presente e futura gestione aziendale non produrrà perdite, come avvenuto in passato”, insiste giustamente A. ZULIANI, *Continuità diretta e continuità indiretta: presupposti, regole, criticità*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 marzo 2022, 16.

³³ Così F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2013, 4; nello stesso senso già D. GALLETTI, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, *ivi*, 2012, 3; M. VITIELLO, *Brevi e scettiche considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, *ivi*, 2013, 2.

Del resto, nel caso di affitto il rischio d'impresa grava pur sempre (anche) sul debitore, ancorché concedente l'azienda in affitto, non foss'altro che in virtù delle vicende che possono riguardare il contratto di affitto stesso, a cominciare dai possibili inadempimenti dell'affittuario (d'altronde, non par dubbio che l'andamento dell'attività di quest'ultimo continui a incidere, seppur indirettamente, sulla fattibilità del piano).

In piena aderenza a quest'ultima tesi, da tempo propugnata in dottrina (fra i primi da chi scrive³⁴) e progressivamente condivisa da larga parte della giurisprudenza di merito, la Corte di Cassazione³⁵, già in passato, ha sancito la riconducibilità sia dell'affitto "ponte", sia di quello "puro" (cioè non prodromico alla cessione), all'ambito applicativo dell'art. 186-bis. Il principio di diritto opportunamente affermato dai giudici di legittimità è il seguente: "Il concordato con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186-bis l. fall. è configurabile anche quando l'azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi affatto indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo, in quanto il contratto d'affitto – recante, o meno, l'obbligo dell'affittuario di procedere, poi, all'acquisto dell'azienda (rispettivamente, affitto cd. ponte oppure cd. puro) – può costituire uno strumento per giungere alla cessione o al conferimento dell'azienda senza il rischio della perdita dei suoi valori intrinseci, primo tra tutti l'avviamento, che un suo arresto, anche momentaneo, rischierebbe di produrre in modo irreversibile"³⁶.

Con riferimento, inoltre, al rilievo dottrinale³⁷ circa la non persistente "pienezza" della qualità d'imprenditore in capo al debitore che abbia concesso in affitto l'azienda prima del deposito della domanda, la Corte, superando l'obiezione (in verità non decisiva), ha rilevato giustamente che "l'imprenditore che affitta la sua azienda conserva ancora una serie di obblighi giuridici, come

³⁴ S. AMBROSINI, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in *ilcaso.it*, 4 agosto 2013, 9.

³⁵ Cass. civ., sez. I, 19 novembre 2018, n. 29742, in *ilcaso.it*. (sulla quale cfr., all'indomani della sua pubblicazione, S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo con affitto d'azienda rientra, dunque, nel perimetro applicativo dell'art. 186-bis*, *ivi*, 2 gennaio 2019, 7-8).

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Cfr. M. FABIANI, *Concordato preventivo*, cit., 194, secondo il quale "il debitore, pur se non perde la qualifica di imprenditore si trasforma in «imprenditore quiescente» perché solo al momento della cessazione del contratto di affitto riprenderà, a pieno, il suo ruolo".

il divieto di concorrenza *ex art. 2557 cod. civ.* e la tutela dei segni distintivi, i quali non fanno venire meno la sua natura di imprenditore commerciale a prescindere dal venir meno del suo rapporto materiale con l'azienda"³⁸.

Quanto infine all'ipotesi in cui l'affitto non sia strutturato in chiave prodromica alla cessione ma risulti, per così dire, "fine a sé stesso", la Cassazione, facendo propria (testualmente) una recente opinione dottrinale sul punto³⁹, ha affermato: "discorso analogo vale, *mutatis mutandis*, per il cd. affitto puro, quello, cioè, che non risulti prodromico alla cessione dell'azienda, ma alla sua semplice dislocazione in capo all'affittuario, con successiva retrocessione, durante la fase esecutiva del piano o al termine di essa, al debitore. Non ha infatti senso annettere natura liquidatoria a tale fattispecie, nella quale il piano consente il ritorno in bonis dell'imprenditore addossando temporaneamente a terzi gli oneri ed i rischi connessi alla conduzione dell'attività, senza che vi sia, tendenzialmente, alcuna dismissione di cespiti aziendali (salva l'ipotesi di alienazione di beni non funzionali alla "riperimetrata" continuità, espressamente contemplata dall'art. 186-bis l. fall.)"⁴⁰.

Questi erano dunque, in estrema sintesi, i termini del dibattito con cui è stato chiamato a confrontarsi il codice della crisi.

5. La continuità indiretta nel codice della crisi

Com'è noto, la legge delega n. 155 del 19 ottobre 2017, con una scelta salutata da molti con favore, aveva anticipato la soluzione accolta dalla Cassazione e testé illustrata, stabilendo, nell'ambito dei principi generali (e precisamente all'art. 2, 1° c., lett. g), la necessità di "dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, *anche tramite un diverso imprenditore*" (corsivo aggiunto). In sede di emendamenti parlamentari al testo della delega varato dal Governo, si era altresì individuato all'art. 6, 1° c., lett. i), fra i principi e i criteri direttivi in materia di concordato preventivo, quello di: "integrare la disciplina del concordato con continuità aziendale, prevedendo (...) che tale disciplina si applichi anche nei casi in cui l'azienda sia oggetto di contratto di affitto, anche se stipulato anteriormente alla domanda di concordato".

³⁸ Cass. civ., sez. I, 19 novembre 2018, n. 29742, cit.

³⁹ S. AMBROSINI, *Concordato preventivo: interessi protetti, soddisfacimento dei creditori e continuità aziendale tra vecchia e nuova disciplina*, in S. AMBROSINI, (a cura di), *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, Torino, 2021, 18.

⁴⁰ Cass. civ., sez. I, 19 novembre 2018, n. 29742, cit.

La legge in parola aveva pertanto vincolato il legislatore delegato alla necessità di ricomprendere *tout court* nel perimetro delle norme sul concordato in continuità la fattispecie della continuità indiretta. In coerenza con ciò (seppur solo parzialmente, come si vedrà subito in appresso) l'art. 84, comma 2 nella versione originaria del 2019, prevedeva la continuità "indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo, ed è previsto dal contratto o dal titolo il mantenimento o la riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso, per i successivi due anni".

Come già altrove si è avuto modo di osservare⁴¹, l'impostazione adottata dal decreto delegato suscitava qualche perplessità, sia dal punto di vista della "contaminazione" della fattispecie con aspetti occupazionali più acconci, a ben vedere, alla disciplina dell'amministrazione straordinaria che non a quella del concordato preventivo, sia sotto il profilo del rispetto della legge delega, dal momento che l'art. 6, 1° comma, lett. i), n. 3, è imperniato sul presupposto dell'identità di disciplina fra continuità diretta e indiretta, con ciò sembrando escludere disposizioni di "sfavore" (in termini di oneri supplementari) per quest'ultima, com'è, invece, chiaramente quella sul livello minimo di lavoratori da mantenere o riassumere. Senza dire del possibile, ulteriore, profilo di incostituzionalità – di là dal dirimente contrasto con la legge delega – in ordine alla dubbia ragionevolezza di una siffatta disparità di trattamento fra continuità diretta e indiretta⁴², tanto più – si ripete – al cospetto di un quadro che, dalla

⁴¹ S. AMBROSINI, *op. ult. cit.*, 19.

⁴² L'assunto della irragionevole disparità di trattamento è stato condiviso in dottrina da chi ha puntualmente osservato che "la norma rischia di essere viziata anche per irragionevolezza se non per violazione del principio di eguaglianza. Pur nella diversità di fattispecie, infatti, non si ravvisano ragioni per l'adozione di una disciplina che finisce con il premiare la continuità diretta, posto che (anche al netto di qualsiasi valutazione circa il comportamento del debitore e l'eventuale concorso nella causazione o nell'aggravamento della crisi): (i) l'impresa concordataria ha certamente più difficoltà di prosecuzione rispetto ad un terzo acquirente in bonis; (ii) proprio i lavoratori potrebbero essere più favorevoli a soluzioni che prevedano la cessione dell'azienda ad un terzo più "solido"; (iii) il piano di continuità diretta è certamente il più rischioso per i creditori per la intrinseca maggiore aleatorietà dell'attività di impresa rispetto al conseguimento di un prezzo – o di un valore – a fronte della cessione a terzi. Ciò senza considerare, ancora, la disparità – anch'essa priva di qualunque ragione – che si avrebbe a seconda che l'intervento del terzo avvenga attraverso l'ingresso nella compagine sociale e nel

ratio sottesa alle indicazioni del legislatore delegante alla posizione da ultimo assunta dalla Suprema Corte, era ed è caratterizzato dal principio della medesima disciplina delle due fattispecie e, come tale, verosimilmente idoneo a limitare la discrezionalità del legislatore delegato sul punto in questione.

Consapevole delle criticità testé evidenziate, il legislatore del 2022 ha modificato la previsione sulla continuità indiretta, espungendo opportunamente ogni riferimento alla conservazione dei livelli occupazionali.

Sono stati invece mantenuti gli altri elementi qualificanti la fattispecie, dal che derivano i seguenti, rilevanti, corollari: (i) il piano in continuità indiretta può prevedere la cessione del compendio aziendale (che invece nel concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio rientra nella nozione di “cessione dei beni”: art. 25-septies)⁴³; (ii) l’affitto dell’azienda non dev’essere necessariamente stipulato in costanza di procedura, ma può precederne l’avvio; (iii) tale affitto dev’essere retto da un nesso di funzionalità rispetto alla presentazione del ricorso per l’ammissione del concordato.

Con riguardo a quest’ultimo requisito, peraltro non previsto dalla legge delega, deve rilevarsi che la sua inopportuna previsione, inutilmente limitativa dell’ambito di operatività dell’istituto, si pone in controtendenza con l’obiettivo, dichiaratamente perseguito dal riformatore, di favorire per quanto possibile la continuità aziendale indipendentemente dalla natura diretta o indiretta di essa. La sua portata tuttavia, come ci si appresta a chiarire, non dev’essere sopravvalutata, pena la frustrazione dell’obiettivo (innegabilmente perseguito dal legislatore) di valorizzare questo sottotipo di concordato in continuità.

In linea generale, va ribadita l’importanza sistematica della previsione sulla continuità indiretta, specie se si considera che l’affitto d’azienda è stato talora guardato, nel passato, con un certo (spesso ingiustificato) sospetto. Ma deve pure mettersi in luce la consapevolezza della sua utilità progressivamente maturata in seno alla giurisprudenza, nell’ambito della quale si legge che con la continuità indiretta si scongiura “il rischio di irreversibile dispersione che l’arresto anche temporaneo dell’attività comporterebbe”⁴⁴ e che va individuato “nel contratto di affitto stipulato prima della proposizione della domanda di

capitale, ovvero mediante acquisto dell’azienda”: F. D’ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo Codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, I, 41-42.

⁴³ In argomento, fra gli altri, R. RUSSO, *La circolazione dell’azienda nella composizione negoziata tra nuovo dato legislativo e problemi irrisolti*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice*, cit., 248 ss.

⁴⁴ Cass., 1° marzo 2022, n. 6772, in *Fall.*, 2022, 1049 ss.

concordato (c.d. affitto-ponte) uno strumento per garantire la prosecuzione dell'attività"⁴⁵.

6. Segue. La conclusione e la modifica del contratto di affitto ai fini della continuità indiretta; la congruità del canone d'affitto

Come testé ricordato, l'affitto d'azienda dev'essere stipulato "in funzione della presentazione del ricorso", giacché altrimenti scatta (seppur, come si diceva, discutibilmente) la qualificazione del concordato come liquidatorio.

Il nesso di cui trattasi non è necessariamente *temporale*, nel senso che il deposito della domanda di concordato può seguire anche di un ampio arco temporale la conclusione del contratto, purché quest'ultimo sia caratterizzato da un collegamento logico-funzionale al ricorso con cui viene chiesta l'ammissione alla procedura⁴⁶. A questi fini, risulta sufficiente che il negozio menzioni il concordato preventivo come *una delle opzioni* che il debitore prefigura per risolvere la propria crisi, magari accanto alle alternative dell'accordo in esecuzione di un piano attestato di risanamento, dell'accordo di ristrutturazione o del piano di ristrutturazione omologato, non postulando la norma che il concordato costituisca *ab origine* l'unica soluzione adottabile.

Ciò che conta è che l'affitto sia realmente funzionale all'ammissione al concordato e che non costituisca un modo surrettizio (e quindi abusivo) per scongiurare l'applicazione del più rigoroso regime del concordato liquidatorio, come accadrebbe se il perimetro dell'affitto di un ramo fosse talmente "minimale" nel suo contenuto economico – rispetto a un piano concordatario che risultasse, nel suo complesso, sostanzialmente liquidatorio – da rappresentare una mera parvenza di continuità indiretta.

Sul piano pratico, poi, può verificarsi il caso di un affitto in corso di esecuzione, stipulato in un momento anteriore all'emersione della crisi e pertanto non funzionalizzato al superamento di essa. Orbene, in (comprensibile) mancanza di una clausola di funzionalità nell'affitto in essere, non pare doversi giungere necessariamente alla conclusione che sia impossibile predicare gli estremi della continuità indiretta. Si vuole, con ciò, intendere che l'affitto può

⁴⁵ Cass., 15 giugno 2023, n. 17092, in *Fall.*, 2023, 886 ss., con commento di G. MINUTOLI, *La continuità indiretta nel concordato preventivo: prosecuzione e riavvio dell'attività tra legge fallimentare e Codice della crisi*, in *Fall.*, 2024, 363 ss.

⁴⁶ M GREGGIO, *Finalità e tipologie di piano concordatario: prime osservazioni al "nuovo" art. 84 del Codice della crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2022, 12; M. ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 2019, 856.

essere *modificato in funzione del concordato* senza incorrere automaticamente nella censura di condotta abusiva: purché, beninteso, vi sia l'effettiva esigenza di adattare il contratto al redigendo piano concordatario. Può infatti accadere che a tali fini si renda opportuno aumentare l'entità del canone, ovvero rideterminare la durata del negozio, o comunque incidere su aspetti qualificanti del rapporto. In situazioni di questo tipo – e in generale ogniqualevolta non sia nitidamente ravvisabile un preciso intento abusivo – non dev'essere precluso al debitore il ricorso allo strumento della continuità indiretta⁴⁷.

Non avrebbe invero senso, anche sotto il profilo della ragionevolezza, negare la configurabilità di un concordato in continuità indiretta solo a cagione della pendenza di un affitto d'azienda non espressamente funzionalizzato sin dall'inizio alla presentazione della domanda, stante per l'appunto il chiaro intento normativo di valorizzare la continuità in ogni sua forma, (eccezion fatta – si ripete – per le sole ipotesi di abuso). Come si diceva, la previsione in commento prende atto che l'affitto d'azienda, lungi dall'essere riguardato come operazione depauperativa del patrimonio del debitore, costituisce di regola un utile strumento per preservare la continuità aziendale, dal momento che scongiura significative perdite di valore del compendio e disloca in capo all'affittuario i costi (e i rischi) della gestione a cominciare dal pagamento dei dipendenti e dei fornitori. Beninteso, il canone di affitto – specie nel caso di contratto stipulato anteriormente all'accesso alla procedura (e quindi senza obblighi di competitività) – deve risultare congruo, vale a dire che esso deve integrare un'adeguata remunerazione economica del capitale impiegato (c.d. *return on*).

In proposito, il criterio adottato nel 2016 dal Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, recita che “il corrispettivo da erogare al proprietario per l'utilizzazione del complesso dei beni necessari per l'esercizio dell'impresa deve essere quantificato come prodotto tra il valore dell'azienda e un appropriato tasso di rendimento”: anche se nella dottrina aziendalistica si è

⁴⁷ Questa impostazione, sull'ovvio presupposto della non abusività dell'operazione, è condivisa dalla più recente giurisprudenza di merito: Trib. Spoleto, 4 luglio 2024, est. Trabalza, inedito, ove si legge: “a doversi riscontrare, nello specifico, non è tanto la inerenza temporale rigidamente intesa – il che vale a dire che non occorre necessariamente il riscontro dell'esistenza di un contratto di affitto stipulato nell'imminenza della presentazione della domanda – dovendosi piuttosto appurare, dal punto di vista sostanziale, la funzionalità dell'affitto rispetto alla domanda di concordato. (...)”. Nel caso in esame – viene osservato – “si ritiene come le modifiche apportate al contratto di affitto del 2015, per effetto della intervenuta stipula del 9.01.2024, siano chiaramente funzionali alla presentazione della domanda, non integrando clausole di mero stile e ritenendosi, pertanto, rispettata la *ratio* dell'art. 84 CCII, potendosi qualificare la proposta formulata in termini di concordato con continuità aziendale indiretta”.

ancora da ultimo osservato che a detto criterio vadano apportati correttivi idonei a evitare impropri trasferimenti di valore all'affittuario⁴⁸.

Ad ogni buon conto, può rispondere a prassi “virtuosa” l’inserimento nel negozio di una clausola nella quale l'affittuario dia la propria disponibilità a rivedere il contenuto delle intese contrattuali in reciproca buona fede con la controparte, anche alla luce delle indicazioni eventualmente provenienti dagli organi della procedura.

7. Segue. La ripresa dell’attività

Nel vigore della legge fallimentare si era posto il dubbio se nell’ambito applicativo dell’art. 186-*bis* potesse rientrare anche il caso di un’attività temporaneamente cessata ma destinata a essere ripresa, magari proprio per effetto del ricorso allo strumento concordatario.

La locuzione “in esercizio” poteva invero giustificare una soluzione restrittiva, sebbene una lettura più ampia non apparisse già allora in contrasto con le finalità del concordato; e ciò tanto più in considerazione del fatto che l’istituto elettivamente pensato per preservare la continuità aziendale – l’amministrazione straordinaria – contempla anche l’ipotesi della “riattivazione” dei complessi produttivi (art. 1, d. lgs. n. 270/1999).

Minori incertezze, invece, sussistevano in ordine alla possibilità che il perimetro dell’attività proseguita dal cessionario o dall’affittuario potesse non coincidere con quello dell’attività in precedenza svolta dal debitore, tipicamente a causa di un ridimensionamento ascrivibile alla crisi in atto, che poteva portare con sé un calo della produzione o una rinuncia a certi prodotti o servizi e con ciò un decremento dei livelli occupazionali.

Sul primo aspetto, la Cassazione si è pronunciata, circa un anno fa, nel senso più rigoroso, postulando l’indefettibile presenza di un’azienda in esercizio: “per aversi continuità occorre pur sempre che vi sia un’azienda in esercizio”, anche nel caso in cui l’azienda stessa sia stata già affittata”. Conseguentemente, risultando accertato il dato storico della cessazione dell’attività aziendale e la sua mancata riattivazione, i giudici di legittimità hanno rigettato il ricorso, affermando che, “in proiezione futura, la potenziale riattivabilità dell’attività produttiva non vale certo a superare il sopra ricordato profilo ostativo costituito dalla necessaria presenza del requisito della prosecuzione dell’attività aziendale al momento della presentazione della domanda *ex art. 186-bis l. fall.*”⁴⁹

⁴⁸ D. ROSSI, *L’equa stima del canone d’affitto d’azienda*, in *Soc.*, 2024, 311 ss.

⁴⁹ Cass., 15 giugno 2023, n. 17092, cit.

In altri termini, nell'imperio della legge fallimentare non era configurabile come concordato in continuità – secondo la Suprema Corte – quello di un'impresa che, al momento della presentazione del ricorso per l'accesso alla procedura, avesse cessato la propria attività, ancorché ne fosse previsto l'imminente riavvio. Approccio, questo, improntato forse a eccessivo rigore e certamente a scarso "pragmatismo"⁵⁰.

Una soluzione diversa è stata di contro opportunamente adottata dal codice della crisi, il quale, all'art. 84, c. 2, ha parlato *ex professo* di "ripresa dell'attività", recidendo gordianamente il nodo interpretativo di cui si diceva.

Né pare che la portata della norma possa essere limitata attraverso il ricorso a un criterio rigidamente temporale, non rinvenendosi un dato testuale a supporto di ciò e non potendosi ricostruire in tal senso l'*intentio legis*: la norma – si è giustamente osservato – "non sembra introdurre siffatte limitazioni inerenti il decorrere del tempo, anche perché si potrebbe ipotizzare il caso di una azienda, cessata da lungo periodo, che, tuttavia, ove riaperta tramite lo strumento dell'esercizio ad opera di soggetto diverso dal debitore e, quindi, in continuità indiretta, abbia ancora una valenza operativa e una rispondenza sul mercato, per i più vari motivi, tali da legittimare una rituale proposta di concordato"⁵¹.

In definitiva, la previsione di nuovo conio schiude nuove opportunità al debitore in concordato, rendendo la continuità indiretta – pur con il doveroso *caveat* circa la censurabilità di condotte schiettamente abusive – più ampiamente fruibile e quindi maggiormente appetibile.

8. Il caso della concessione in affitto dell'azienda da parte di una società in liquidazione.

Un cenno va riservato al caso in cui la società concedente in affitto l'azienda si trovi in stato di liquidazione, di regola per avere interamente perduto il proprio capitale.

Non pare a chi scrive che l'inverarsi di una causa di scioglimento a carico del debitore precluda la possibilità di configurare un concordato in continuità indiretta, o che essa postuli la previa revoca dello stato di liquidazione come

⁵⁰ Laddove del tutto corretto appariva invece l'ulteriore assunto dei giudici di legittimità, in base al quale "il rilievo di "non continuità" (...) nella modificazione di una parte dell'attività produttiva (con la previsione della "esternalizzazione" dell'attività di logistica esterna ad altra società) e nella diminuzione dei dipendenti non rappresenta di per sé circostanza ostativa alla corretta qualificazione del concordato come in continuità".

⁵¹ G. MINUTOLI, *La continuità indiretta nel concordato preventivo: prosecuzione e riavvio dell'attività tra legge fallimentare e Codice della crisi*, in *Fall.*, 2024, 368.

condizione di ammissibilità della domanda. Ed invero, ciò che rileva è che il piano preveda la gestione dell'azienda in esercizio (o la ripresa dell'attività, se temporaneamente cessata) da parte del terzo, restando da questo punto di vista irrilevante se la società debitrice versi in stato di liquidazione, di fatto o di diritto.

A ciò si aggiunga che nel caso di continuità indiretta non si pone ovviamente il problema della ricostituzione del capitale minimo da parte del soggetto terzo, né di esso deve farsi carico la società debitrice, destinata tendenzialmente a uscire dal mercato dopo il ripianamento dei debiti falcidiati⁵².

L'assunto è condiviso da una recente decisione di merito, la quale – con riferimento a una procedura presentata nel vigore della legge fallimentare (ma la questione non assume contorni diversi alla luce della disciplina attuale) – ha omologato un concordato preventivo “di gruppo” relativo a tre società in liquidazione (una delle quali incorporante le altre prima dell'udienza di omologazione), ponendo appunto l'accento sul carattere oggettivo della continuità – *sub specie* di cessione dell'azienda in esercizio (già oggetto di affitto anteriormente al deposito del concordato) – e qualificando pertanto il piano come in continuità indiretta⁵³.

Non a caso, analogo orientamento è stato assunto dalla prevalente giurisprudenza, *mutatis mutandis*, in tema di domanda di accesso alla composizione negoziata presentata da società in liquidazione⁵⁴, essendosi correttamente affermato che “ad essere incompatibile con la composizione negoziata non è tanto lo stato di liquidazione societaria in sé e per sé considerato, quanto la sussistenza di un'insolvenza irreversibile e l'assenza di una concreta prospettiva di risanamento, inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale

⁵² V. CHIONNA, *Società di capitali in liquidazione e concordato preventivo in “continuità aziendale*, in *Dir. fall.*, 2023, I, 228. Con riguardo, poi, al caso in cui la società affittuaria versi in stato di scioglimento e il piano contempli il ripristino del patrimonio netto positivo (in ipotesi attraverso il conferimento della stessa azienda oggetto di affitto), quest'ultimo evento ben può costituire un fatto successivo all'omologazione, specie allorquando gli impegni in tal senso siano stati precedentemente assunti (*contra*, sul discutibile presupposto che la rimozione della causa di scioglimento in capo alla società affittuaria interi una condizione di omologazione del concordato semplificato, Trib. Vicenza, 13 giugno 2024, inedito).

⁵³ Trib. Vicenza, 24 marzo 2022, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*. Da segnalare anche che della vendita dei beni non ricompresi nel compendio aziendale il tribunale, tenuto anche conto della loro modesta entità e del brevissimo termine per l'esecuzione del piano, ha officiato lo stesso commissario giudiziale e non un diverso liquidatore.

⁵⁴ Riferimenti in S. AMBROSINI, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 12 dicembre 2022; M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi: gli orientamenti della giurisprudenza ad un anno dall'esordio*, in *Fall.*, 2023, 109 ss.

che consenta all'impresa di restare sul mercato, se del caso previa revoca dello stato di liquidazione"⁵⁵.

A conclusioni analoghe, d'altronde, si giunge accostando al piano del diritto concorsuale quello del diritto societario, le cui coordinate sono notoriamente tracciate dalle disposizioni sull'esercizio provvisorio dell'impresa (art. 2487, c. 1, lett. c), c.c.) e sull'utilità a fini liquidatori di eventuali nuove operazioni (art. 2489, c. 1, c.c.)⁵⁶.

È stato infatti condivisibilmente osservato che una relazione tra stato di liquidazione e continuità dell'impresa (per vero solo indiretta) è configurabile a condizione di poter in concreto ravvisare "(a) una diretta strumentalità – in termini vincolati di "utilità" – della continuazione dell'attività rispetto all'obiettivo della migliore e prioritaria soddisfazione dei creditori e, *de residuo*, dei soci; (b) un potere anche solo dei liquidatori – al netto dei pur possibili interventi autorizzativi dei soci – di decidere e porre in essere l'eccezionale atto gestorio "nuovo" costituito dalla particolare continuazione dell'impresa; (c) un piano della continuità liquidatoria predisposto dai liquidatori che preveda, tra l'altro, un termine di breve periodo entro il quale, in alternativa alla meno redditizia liquidazione atomistica dai tempi analoghi, venga assicurata la soddisfazione massima a tutte le parti interessate"⁵⁷.

E quanto alla specifica situazione di crisi o di insolvenza in cui versi la società si è precisato che essa "non solo non rende diverse o incompatibili le due diverse forme di continuità dell'impresa ma, anzi, finisce per riproporre – e, addirittura, irrobustire – il generale vincolo di "utilità" (già nell'art. 2489 c.c.) traducendolo in termini di necessaria strumentalità della continuità alla massima soddisfazione possibile dei creditori"⁵⁸.

⁵⁵ Trib. Arezzo, 16 aprile 2022, in *ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*.

⁵⁶ In argomento, *ex aliis*, G. NICCOLINI, *La liquidazione volontaria delle società tra passato e presente*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 1763; S. TURELLI, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, Milano, 2012, 84 ss.; A. ROSSI, *Il valore dell'organizzazione nell'esercizio provvisorio dell'impresa*, Milano, 2013, 9 ss.

⁵⁷ V. CHIONNA, *Società di capitali in liquidazione e concordato preventivo in "continuità aziendale*, cit., 214.

⁵⁸ V. CHIONNA, *op. cit.*, 223; cfr. altresì, sul tema N. ROCCO DI TORREPADULA, *Lo stato di insolvenza nella società in liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2019, I, 448 ss.

9. L'utilità per ciascun creditore

Il terzo comma dell'art. 84, oltre a sancire – come già diffusamente ricordato in altra sede⁵⁹ – l'ammissibilità di un concordato con continuità non prevalente richiede che la proposta concordataria in continuità preveda per ciascun creditore “un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile”.

Da questo punto di vista la norma ricalca il testo dell'art. 161, comma 2, lett. e), 1. fall., il quale stabiliva che “in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore”. Norma a sua volta così integrata dalla riforma del 2015 al fine di evitare – come si legge nella Relazione illustrativa dell'epoca – che “*possano essere presentate proposte per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo che lascino del tutto indeterminato e aleatorio il conseguimento di un'utilità specifica per i creditori*”. Il che rispondeva – e risponde tutt'oggi – alla duplice esigenza di rendere, per l'appunto, determinabile il contenuto della proposta rivolta a ognuno dei creditori e di fare in modo che questi, informati in termini chiari e precisi, possano esprimere un consenso (o un dissenso) realmente consapevole.

E se questa è la *ratio legis*, non pare invero esservi motivo, a dispetto della formulazione letterale, di non ritenere il precetto applicabile al concordato liquidatorio, essendo per l'appunto ravvisabili gli estremi dell'*eadem ratio* anche con riguardo a questa tipologia concordataria⁶⁰.

Quanto al dubbio, già in passato risolto positivamente, se l'utilità in questione possa consistere in un'obbligazione non necessariamente pecuniaria, esso è oggi completamente fugato dal fatto che la norma chiarisce *ex professo* che tale utilità può consistere anche nella “prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali”; e l'ulteriore precisazione che detti rapporti possono riferirsi sia al debitore che al suo avente causa (affittuario, cessionario, ecc.) chiarisce ulteriormente che la norma è applicabile alla continuità diretta come a quella indiretta.

Merita ancora segnalare, sul punto, che la previsione in parola costituisce ulteriore conferma, ove ve ne fosse bisogno (ma non parrebbe esservene), della

⁵⁹ Da ultimo, S. AMBROSINI, *Finalità del concordato preventivo e tipologie di piano: gli interessi protetti e lo “statuto” della continuità aziendale*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 10 marzo 2024, 22.

⁶⁰ Nello stesso senso A. AUDINO, *Sub art. 84*, cit., 594, ad avviso del quale detta estensione applicativa “parrebbe giustificata dall'esigenza, in ogni caso sussistente, di consentire a ciascun creditore di percepire con chiarezza quale bene, diverso dal denaro, o altra utilità gli vengano eventualmente offerti e quale ne sia il valore - non potendosi negare, anche in questo tipo di concordato, la possibilità di soddisfare i creditori chirografari con le modalità alternative previste dall'art. 87, co. 1, lett. d)”

possibilità che il soddisfacimento previsto per alcuni creditori, o classi di essi, consista nell'attribuzione di strumenti finanziari partecipativi; e che, trattandosi di *datio in solutum*, il concordato, per i creditori che di detta attribuzione siano resi destinatari, va considerato *interamente eseguito* per effetto di essa, come chiarito dalla giurisprudenza in due fra i casi pratici più importanti degli ultimi anni⁶¹.

10. Cenno a continuità indiretta e competitività

Il nono e ultimo comma dell'art. 84 (ma il decreto correttivo dislocherà altrove il precetto) contempla l'ipotesi in cui il piano preveda l'offerta da parte di un soggetto individuato, avente ad oggetto l'affitto o il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda: in tal caso – dice la norma – il giudice provvede ai sensi dell'articolo 91, c. 1.

Com'è noto, il principio sancito dall'art. 91, c. 1 (già introdotto nel 2015 con l'apposita modifica dell'art. 163-*bis* della legge fallimentare, a seguito della presa d'atto dell'impossibilità di pervenirvi in via interpretativa⁶²) stabilisce che, quando il piano concordatario comprenda un'offerta irrevocabile, da parte di un determinato soggetto, avente ad oggetto il trasferimento o l'affitto, a favore di questi, dell'azienda o di un ramo di essa, l'autorità giudiziaria dispone che di tale offerta sia data idonea pubblicità al fine di acquisire offerte concorrenti.

Ne deriva, dal punto di vista che ci occupa, che il piano in continuità indiretta basato su un'offerta irrevocabile di affitto o di acquisto del compendio aziendale o di parte di esso deve rispettare il principio di competitività, volto a perseguire l'obiettivo della massimizzazione dei valori attivi a beneficio del ceto creditorio, potendosi in effetti parlare a tutt'oggi di un istituto che “valorizza gli elementi del controllo giurisdizionale e dell'eterotutela *creditor oriented*, a discapito

⁶¹ Trib. Ravenna, 29 maggio 2020, in *Fall.*, 2021, 83 e Trib. Roma 15 luglio 2020, inedita, entrambe richiamate da M. ARATO, *Il confine dell'utilità economicamente rilevante: l'attribuzione di azioni e strumenti finanziari partecipativi*, in *dirittodellacrisi.it*, 7 ottobre 2022, 8, il quale spiega che “la ragione del successo degli sfp nel percorso di ristrutturazione consiste fondamentalmente nella patrimonializzazione della società conseguente alla conversione di crediti in sfp (è questa la forma pressoché unanime di utilizzo degli sfp nelle ristrutturazioni) tutte le volte in cui la liquidità a disposizione della società – vuoi perché generatasi in corso di procedura dalla gestione corrente, vuoi perché frutto di dismissioni – non è sufficiente a pagare in denaro i debiti ancorché in percentuale”.

⁶² S. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l. 132/15 e prossima riforma organica. Disciplina, problemi, materiali*, Bologna, 2016, 108.

delle istanze privatistiche provenienti dal debitore, che vede compressa l'area della propria discrezionalità⁶³.

La norma anzidetta non trova applicazione, invece, al caso in cui il contratto di affitto sia stato stipulato *anteriamente* al ricorso *ex art. 44*: ed infatti, tale negozio, se risulta valido ed opponibile alla massa dei creditori, è destinato a produrre effetti anche nel successivo concordato, fermo – come si diceva – il necessario nesso di funzionalità alla presentazione della domanda (art. 84, c. 2).

L'ultima parte del primo comma dell'art. 91 non è in effetti suscettibile di interpretazioni indebitamente estensive, tali da ricondurre nell'alveo della regola di competitività il contratto di affitto in corso di esecuzione. In altri termini, nel caso di affitto già pendente al momento dell'accesso allo strumento concordatario (fattispecie espressamente prevista dal ridetto art. 84 c. 2) non occorre dar vita a una procedura competitiva per individuare l'affittuario, perché appunto già esistente; cosa che al contrario andrà fatta al momento di mettere in vendita l'azienda: affittata o meno a seconda della vigenza del contratto al momento dell'aggiudicazione, atteso che il procedimento competitivo non è comunque idoneo a caducare un contratto valido e opponibile.

Si è d'altronde osservato, in linea generale, che rispetto al potere "conformativo" esercitabile dal tribunale nel vigore della legge fallimentare, "oggi l'azione dell'organo giurisdizionale è stata più opportunamente circoscritta al ruolo di garante dell'effettività della competizione, senza interferenze circa il suo contenuto, che resta quello enucleato dall'imprenditore in crisi nel rapporto dialettico con l'originario offerente. Il raggio di azione dell'autorità giudiziaria deve invece ritenersi circoscritto alle misure davvero necessarie per rendere le offerte pienamente comparabili"⁶⁴.

11. Segue. Il rapporto tra offerta di acquisto dell'azienda e valore di liquidazione

L'offerta irrevocabile di acquisto del compendio aziendale, oltre a innescare il meccanismo di cui all'art. 91 del codice, interferisce giocoforza con la tematica del valore di liquidazione. Si tratta infatti di appurare se il prezzo offerto dal terzo per rilevare l'azienda del debitore possa considerarsi equivalente al valore che detto compendio avrebbe in caso di liquidazione giudiziale.

⁶³ M. AIELLO, *Le nuove proposte e offerte concorrenti*, cit., 85.

⁶⁴ Così M. AIELLO, *Le nuove proposte e offerte concorrenti*, cit., 115.

Ora, appare chiaro che un'equazione siffatta non sia predicabile in via assoluta e con riguardo alla generalità dei casi, dovendo piuttosto individuarsi la portata esatta dell'offerta in dipendenza dall'effettiva volontà del terzo⁶⁵. E ciò in quanto non è obiettivamente frequente che un'azienda mantenga invariato il valore che le si può attribuire ai fini del concordato preventivo anche nel diverso scenario della liquidazione giudiziale.

Può invero esservi coincidenza sul piano valoriale ogniqualvolta il terzo offra un determinato prezzo a prescindere da quale sia la procedura concorsuale nel cui ambito avrà luogo la gara, il che accade ogniqualvolta l'offerta sia destinata a restare ferma anche nell'ipotesi di liquidazione giudiziale.

Ove, al contrario, il tenore dell'offerta chiarisca che il valore in essa indicato dipende dal permanere del debitore in concordato e che nello scenario peggiore tale valore sarebbe destinato a diminuire a causa degli effetti della liquidazione giudiziale sul compendio aziendale, allora l'anzidetta equivalenza non risulta fondatamente sostenibile. E quest'ultima situazione si verifica sia nell'eventualità in cui il terzo subordini motivatamente l'efficacia della propria offerta al buon esito del concordato (ovvero chiarisca che il prezzo offerto non dipende dalle condizioni di mercato, bensì dall'esigenza di far fronte al fabbisogno concordatario, come tipicamente accade nel caso di offerta formulata da altra società del medesimo gruppo cui appartiene la società debitrice), sia quando formuli contestualmente una diversa offerta – a livelli evidentemente inferiori – per l'ipotesi di assoggettamento del debitore a liquidazione giudiziale. E lo stesso è a dirsi nelle ipotesi in cui sia lo stesso offerente a precisare che una parte soltanto della somma indicata corrisponde al prezzo dell'azienda⁶⁶.

Non si vede invero come possa affermarsi che “il mercato” attribuisca al compendio il valore portato dall'offerta ove quest'ultimo sia espressamente riferito all'azienda di un imprenditore in concordato, alla quale venga

⁶⁵ Secondo una recente decisione, “l'offerta ricevuta per l'acquisto di un bene costituisce essa stessa il valore di liquidazione di quel bene” (così Trib. Milano, 20 luglio 2023, in *dirittodellacrisi.it*). L'assunto pare condivisibile non già in via generale, bensì alle specifiche condizioni indicate *infra* nel testo.

⁶⁶ Si è osservato in proposito che deve ritenersi “possibile che chi ha effettuato la proposta suddivida il valore offerto tra il valore di stima (che costituisce quindi il valore della liquidazione) e un surplus a titolo di finanza esterna. In tale ipotesi il surplus può essere destinato ai creditori senza nemmeno il rispetto della regola della RPR perché, appunto, finanza esterna”: così S. ROSSETTI, *Appunti sul classamento dei creditori nel concordato in continuità*, in *dirittodellacrisi.it*, 30 novembre 2023, 9. Nel medesimo senso, in giurisprudenza, si è da ultimo espresso Trib. Spoleto, 4 luglio 2024, est. Trabalza, inedito.

dichiaratamente associato un minor valore in caso di liquidazione giudiziale. E in tal caso il perito chiamato a calcolare il valore di liquidazione ben può – anzi, deve – valorizzare diversamente il compendio aziendale: sempre che, naturalmente, non vi sia un'altra offerta che indichi il medesimo valore di detto complesso di beni a prescindere dallo scenario che in concreto si verificherà, giacché questo sì che comporterebbe una “risposta del mercato” nel senso dell'equivalenza valoriale di cui si diceva.

Senza dire dei non lievi inconvenienti che deriverebbero dal far dipendere, sempre e comunque, il valore di liquidazione dall'entità dell'offerta formulata da un terzo, a prescindere dalle risultanze dell'elaborato peritale all'uopo redatto: assunto opinabile tanto sul piano logico quanto su quello metodologico.

Orbene, la distinzione di cui si è fin qui detto ha un'evidente ricaduta sul versante delle regole distributive *ex art. 84, c. 6*: la differenza fra il prezzo offerto solo a condizione del buon fine della procedura concordataria e il diverso prezzo in ipotesi offerto per il caso della liquidazione giudiziale (e comunque il valore attribuito dal perito in tale scenario) va considerata come valore eccedente quello di liquidazione, non dovendo a quel punto rispettarsi il criterio della graduazione delle cause legittime di prelazione.

NUOVE PROSPETTIVE DELL'AZIONE REVOCATORIA NELLA CRISI D'IMPRESA*

EDGARDO RICCIARDIELLO

Sommario: 1. Premessa; 2. Il sistema delle azioni revocatorie nella legge fallimentare del '42. 3. La crisi finanziaria del 2008 ed il mutamento di approccio dei legislatori 4. La proposta di Direttiva Insolvency 2 del Dicembre 2022. 5. Le nuove fattispecie previste 5.1 Preferences; 5.2 Legal acts against no or manifestly inadequate consideration. 5.3. Gli atti intenzionalmente dannosi per i creditori: l'eco del Bankruptcy Code statunitense. 6. Considerazioni conclusive sulla tenuta delle teorie tradizionali in tema di revocatoria.

Abstract: il contributo affronta il tema dell'evoluzione dell'azione revocatoria nella crisi d'impresa, confrontando il sistema previsto dalla legge fallimentare del 1942 con le modifiche introdotte dopo la crisi finanziaria del 2008 e la proposta di Direttiva Insolvency 2 del 2022. Si approfondiscono nuove fattispecie, tra le quali le "preferences" e gli atti dannosi per i creditori, e si considera l'influenza del *Bankruptcy Code* statunitense, con una riflessione sulla validità delle teorie tradizionali.

Parole Chiave: azione revocatoria, crisi d'impresa, Direttiva Insolvency 2, preferences, atti dannosi, legge fallimentare.

Abstract: the contribution addresses the evolution of the avoidance action in corporate insolvency, comparing the system established by the 1942 bankruptcy law with the changes introduced following the 2008 financial crisis and the proposed Insolvency Directive 2 of 2022. It delves into new types of cases, such as "preferences" and acts detrimental to creditors, and considers the influence of the U.S. Bankruptcy Code, reflecting on the validity of traditional theories.

* Il presente articolo è stato sottoposto a referaggio anonimo e verrà proposto, con le opportune modifiche e integrazioni, alla rivista *Diritto fallimentare e delle società commerciali*.

Keywords: avoidance action, corporate insolvency, Insolvency Directive 2, preferences, detrimental acts, bankruptcy law.

1. Premessa

La legge fallimentare del 1942 ed il codice civile, come è noto, denotavano una visione binaria del diritto concorsuale ove, in presenza della perdita della continuità aziendale, in applicazione della regola “ricapitalizza o liquida”, non vi era alcuno spazio per forme di preservazione dell’impresa insolvente e l’unico valore tutelato era quello del miglior soddisfacimento dei creditori attraverso la liquidazione del patrimonio del debitore in ossequio al principio di responsabilità patrimoniale sancito dall’art. 2740 c.c. Non esistevano forme di conservazione dell’impresa in continuità in presenza del “fallimento del soggetto imprenditore”.

Sotto tale profilo sino ad oggi vi è stata una perfetta assonanza tra il sistema codicistico, che imponeva lo scioglimento della società *ex art.* 2486 c.c. in caso di perdita del capitale sociale, pena la responsabilità degli amministratori per il compimento di “nuove operazioni sociali”; e la legge fallimentare che, come noto, sanzionava con le fattispecie di reato di bancarotta il ritardato accesso alla procedura fallimentare (art. 217 l.f.).

Le azioni revocatorie, unitamente alle azioni di responsabilità verso gli organi sociali, costituivano uno strumento di reintegrazione del patrimonio sociale che consentiva di rendere effettivo il principio della *par condicio creditorum* quale criterio di soddisfacimento dei creditori secondo l’ordine delle cause legittime di prelazione. La revocatoria doveva altresì assolvere alla funzione di minimizzare i rischi correlati alle asimmetrie informative tra le diverse categorie di creditori evitando condotte opportunistiche da parte di quanti fossero stati spinti ad ottenere l’integrale soddisfacimento delle proprie pretese nella consapevolezza dell’aprossimarsi dell’insolvenza del debitore¹.

¹ Cfr. C.G. PAULUS, *The Wonderful World of Privileges*, in ECFR, 4/2014, 537. L’Autore identifica nella *par condicio creditorum* l’essenza del diritto concorsuale avente la funzione di agevolare la corretta distribuzione tra i creditori dell’attivo senza che le asimmetrie informative sulla condizione del debitore possano agevolare condotte opportunistiche da parte dei creditori privilegiati. Sulla necessità di un diritto concorsuale per la crescita economica v. LEGISLATIVE GUIDE ON INSOLVENCY LAW, 2005. Per una analisi del sistema delle azioni revocatorie nell’ordinamento tedesco v. W. MAROTZKE, *Vertrauensschutz Kontra*

Non a caso le azioni di inefficacia previste dalla legge fallimentare sono concepite come azioni di massa la cui legittimazione viene riservata in via esclusiva al curatore fallimentare.

In tale contesto, le azioni revocatorie erano funzionali all'attuazione del programma di liquidazione per il miglior soddisfacimento di creditori secondo una visione "redistributiva" degli effetti del fallimento rispetto agli atti compiuti dall'imprenditore insolvente durante il periodo sospetto.

Nel sistema della legge fallimentare sia la revocatoria ordinaria (fallimentare) che la revocatoria fallimentare presupponevano l'apertura della procedura fallimentare la quale diviene condizione dell'azione (o rimozione del limite all'esperienza della azione medesima).

Il sistema delle revocatorie, avendo quale presupposto quello dell'apertura della liquidazione giudiziale (fallimento) e la finalità di ristabilire la *par condicio creditorum*, ha posto il dilemma della conciliabilità tra atti solutori (o estintivi di debiti scaduti), del tutto legittimi ed esigibili nel sistema civilistico, rispetto alla loro successiva declaratoria di inefficacia per effetto dell'apertura del concorso dei creditori².

2. Il sistema delle azioni revocatorie nella legge fallimentare del '42

Il tentativo di ricondurre la revocatoria fallimentare al sistema codicistico, imperniato sull'azione pauliana, ha posto in evidenza l'intrinseca inconciliabilità tra l'azione revocatoria ordinaria e quella fallimentare³. L'azione pauliana è, infatti, incentrata sul presupposto oggettivo del pregiudizio patrimoniale arrecato al (singolo) creditore per effetto della diminuzione della garanzia patrimoniale rappresentata dai beni del debitore, il quale ne disponga a favore di terzi⁴. L'impossibilità di traslare il concetto di pregiudizio

Gesamtgläubigerinteresse – Gedanken zu Auslegung und Reform des Insolvenzanfechtungsrechts, ZInsO 2014, 417

² Il dibattito sul tema della ratio della revocatoria è ampio. *Ex plurimis* v. BIGLIAZZI GERI, *Della tutela dei diritti*, in *Commentario*, Torino, 1980, 137; NICOLO', *Azione revocatoria, tutela dei diritti*, Bologna, 1953 188.

³ Cfr. F. CORSI, *La revocatoria ordinaria nel fallimento*, Napoli, 1965.

⁴ V. *ex plurimis* G. TERRANOVA, *Effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Commentario Scialoja-Branca alla legge fallimentare*, Bologna-Roma, 1993, 52 ss.; F. FERRARA Jr., *Azione revocatoria fallimentare*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 901 ss.; M. SANDULLI, *Gratuità dell'attribuzione e revocatoria fallimentare*, Napoli, 1976; S. BONFATTI, *La disciplina dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di Jorio e Sassani, Milano, 2014, 119 ss.; S. RONCO, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli per i creditori*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, Milano, 2016, I, 1159 ss.

individuale dei creditori nell'ambito del fallimento ha infatti indotto il legislatore, nel contesto della legge fallimentare, a prescindere dall'enunciazione dell'elemento del danno nonché a "scolorire" il presupposto soggettivo dell'azione intenzionale verso i creditori ma anche da parte del debitore.

Non a caso la struttura della revocatoria ordinaria si fonda, oltre che sull'*eventus damni* (pregiudizio patrimoniale arrecato alle ragioni dei creditori), sul *consilium fraudis* (la predeterminazione del pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori) e la *scientia damni* (la consapevolezza del carattere lesivo dell'atto dispositivo).

Il rimedio codicistico, peraltro, giova alle ragioni individuali del creditore che lo aziona per recuperare il bene oggetto dell'atto dispositivo non andando, invece, a vantaggio della massa dei creditori che non se ne possono giovare. Questa caratteristica rende, dunque, incompatibile questa azione con il principio della *par condicio creditorum*.

La legge fallimentare tenta di adattare l'azione pauliana ad un sistema profondamente diverso ove al singolo creditore, le cui ragioni sono sterilizzate dall'apertura del concorso, si sostituisce un meccanismo differente, finalizzato a far ricadere le conseguenze del fallimento su tutti i creditori in modo che l'apertura del concorso, attraverso l'accertamento del passivo fallimentare, possa giovare secondo le cause legittime di prelazione a *tutti* i creditori ai fini della distribuzione dell'attivo.

La revocatoria, in questo contesto, rappresenta un'azione di massa improntata alla declaratoria di inefficacia relativa dell'atto compiuto dal debitore nel periodo sospetto secondo la finalità sopra menzionata di *redistribuzione* degli effetti del fallimento su tutti i creditori.

Tale azione, tuttavia, non presuppone un pregiudizio patrimoniale che con formula semplicistica viene di sovente identificato con la lesione della *par condicio creditorum* in quanto il fallimento del debitore non rappresenta un evento prevedibile (se non conosciuto dal terzo) ed il disvalore giuridico degli atti revocabili viene fatto conseguire ad un evento futuro rispetto al momento in cui l'atto viene compiuto.

La sterilizzazione dell'atto o, meglio, dei suoi effetti attraverso la revocatoria fallimentare tende, in tal modo, ad assumere una connotazione sanzionatoria che è incompatibile col sistema civilistico che, viceversa, è imperniato come è noto sulla responsabilità contrattuale del debitore.

Nel contempo, si pone anche in contrasto con l'azione revocatoria ordinaria la quale, viceversa, è incentrata sull'evento dannoso scientemente arrecato dal

debitore e dal terzo compiacente attraverso la sottrazione del bene alla garanzia dei creditori. Differenza strutturale che conduce ad evocare la natura unitaria delle revocatorie, ordinaria e fallimentare, e a richiedere anche ai fini della revocatoria ordinaria l'insorgenza dello stato di insolvenza del debitore sia causalmente riconducibile alla condotta del terzo⁵.

Il tentativo di individuare una *eadem ratio* nelle revocatorie è sostanzialmente fallito per l'impossibilità di rinvenire nel sistema concorsuale un pregiudizio alla massa dei creditori derivante dal compimento di atti perfettamente legittimi, se non anche doverosi sul piano giuridico⁶.

Ove è ben possibile che, a differenza di quanto previsto dall'art. 2901 c.c., cadano sotto il regime della revocatoria fallimentare anche atti che non hanno causato alcun pregiudizio al patrimonio del fallito, come nel caso dei pagamenti assistiti da garanzia (v. *infra*). Allo stesso modo le esenzioni da revocatoria si ispirano a *rationes* o politiche del diritto dissimili.

La giurisprudenza e la dottrina hanno in vario modo tentato di ricondurre a sistema le azioni revocatorie fallimentari con risultati non del tutto univoci: dapprima, attraverso la teorizzazione della teoria indennitaria che, con maggiore aderenza al sistema civilistico dell'azione pauliana, presuppone la dimostrazione in concreto del danno arrecato per effetto del compimento dell'atto compiuto⁷. Secondo tale impostazione il danno diviene elemento

⁵ V. F. CORSI, *op. cit.*, 119 ss.

⁶ Cfr. S. AMBROSINI, *La revocatoria fallimentare delle garanzie*, Milano, 2000, 15 ss. ove l'Autore pone in evidenza come nel sistema della legge fallimentare, a differenza che in quello codicistico, l'elemento del pregiudizio è del tutto assente sottolineando le criticità della tesi antindennitaria. Nella prospettiva della riforma del CCII ID, *Qualche riflessione intorno a redigendo decreto correttivo: appunti in ordine sparso*, 2024, in ristrutturazioniaziendaliilcaso.it, 16 gennaio 2024.

⁷ V. Cass. Civ. Sez. I, 12 settembre 1998, n.9082, in *Fall.*, 1999, 1067 secondo cui "I principi predetti, elaborati da giurisprudenza e dottrina, in relazione all'azione revocatoria ordinaria esperita dai singoli creditori, trovano applicazione pure quando parte attrice sia la curatela fallimentare ex art. 66 legge fallimentare. La revocatoria ordinaria, esperita dal curatore, si caratterizza infatti rispetto a quella contemplata dall'art. 2901 codice civile, solo per il fatto che è rivolta a tutelare tutti i creditori del fallito, nei cui confronti - in caso di accoglimento della domanda - l'atto revocato sarà privo di efficacia (mentre nella fattispecie di cui all'art. 2901 codice civile, gli effetti positivi della sentenza riguarderanno solo il creditore che abbia assunto l'iniziativa in sede giudiziale) 4. Entrambe le azioni peraltro possono investire non solo gli atti posteriori, ma pure quelli anteriori al sorgere del credito, ove sia data prova della dolosa preordinazione degli stessi a pregiudicare il soddisfacimento del futuro credito. La giurisprudenza aveva pertanto avuto a ribadire che è onere del curatore fornire la prova dell'eventus damni, consistente nell'incidenza dell'atto, oggetto di revocatoria, sull'insorgere o il successivo evolversi dello stato di insolvenza".

strutturale di una fattispecie imperniata sugli stessi elementi della revocatoria ordinaria disciplinata dall'art. 2901 c.c.- *eventus damni, scientia fraudis e consilium fraudis*- seppure con alcuni adattamenti all'ipotesi di concorso dei creditori per effetto dell'apertura del concorso fallimentare.

L'elaborazione della teoria indennitaria fa perno essenzialmente sull'indagine relativa alla sorte dei crediti garantiti ove si sostiene che il pagamento effettuato in escussione di un pegno consolidato non sarebbe revocabile, "*atteso che in tal modo il creditore esercita il proprio diritto alla realizzazione del pegno, la cui costituzione non è più attaccabile con la revocatoria fallimentare*"⁸.

Seguendo questa impostazione, ai fini della revocatoria, l'apertura della procedura fallimentare rappresenterebbe condizione di procedibilità o perseguibilità dell'azione⁹. Ma la mancata individuazione di tale pregiudizio costituisce il principale *vulnus* dell'istituto¹⁰ a cui la giurisprudenza sopperisce, talvolta, ritenendo che il danno consista nella semplice modificazione qualitativa del patrimonio (che renderebbe più gravoso il soddisfacimento dei creditori)¹¹ ovvero nel solo compimento dell'atto¹² ovvero nella lesione della *par condicio* che, tuttavia, sarebbe da verificare caso per caso, ovvero ancora nel semplice stato di insolvenza (a prescindere dall'apertura della procedura fallimentare) quale condizione soggettiva del debitore¹³. Anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo il ricorso alle presunzioni cela le difficoltà di rinvenire l'agire intenzionale del debitore quale elemento di ammissibilità della domanda così che la dottrina.

La teoria indennitaria muove, dunque, dal presupposto della prova dell'*eventus damni* che viene ricondotto nella lesione della *par condicio creditorum* che però si verificherebbe in caso di pagamento di credito garantito. Ne consegue che il soggetto che riceve il pagamento avrebbe diritto anche in sede fallimentare di riparto a conseguire l'intera somma dovuta per effetto del privilegio, ragione per cui non sarebbe rinvenibile in simile ipotesi alcun pregiudizio per i creditori.

⁸ Cfr. Cass. Civ. Sez. I, 10 novembre 2008, n. 26898; Cass. Civ. Sez. I, 14 settembre 2004, n. 18439.

⁹ Cass. civ. sez. I 6 agosto 2014, n. 17709

¹⁰ Cfr.; Trib. Milano, sez. II 30 maggio 2017; Cass. Civ. Sez. Un., 28 marzo 2006, 7028.

¹¹ Cass. Civ. Sez. III, 9 febbraio 2012, n. 1896.

¹² Cass. Civ. Sez. III, 25 luglio 2013, n. 18034.

¹³ Cfr. F. CORSI, op. cit. 129.

La teoria antindennitaria, viceversa, largamente favorita dalla giurisprudenza della Suprema Corte¹⁴, rinviene il disvalore giuridico nell'atto o nel pagamento compiuto nel periodo sospetto, con la conseguenza che il requisito del danno non avrebbe nemmeno rilievo (a differenza di quanto accade nell'azione pauliana); la declaratoria di inefficacia sussisterebbe a prescindere dalla dimostrazione del danno in quanto l'apertura del concorso determinerebbe una sorta di "cordone sanitario" attorno all'imprenditore per impedirgli pagamenti anche a favore di creditori privilegiati¹⁵.

Il danno, non rientrando tra gli elementi strutturali della fattispecie, non rileverebbe in quanto non menzionato dall'art. 67 l.f., con la conseguenza che il curatore fallimentare sarebbe sempre legittimato ad agire visto che la lesione della *par condicio* potrebbe verificarsi anche con riferimento ai creditori non ancora insinuati al passivo¹⁶.

La revocatoria assolverebbe così ad una funzione meramente redistributiva degli effetti conseguenti all'apertura del concorso ove *l'eventus damni è in re ipsa e consiste nel fatto stesso della lesione della par condicio creditorum, ricollegabile, per presunzione legale assoluta, all'uscita del bene dalla massa conseguente all'atto di disposizione*¹⁷.

¹⁴ Cfr. *ex multis* Cass. civ. sez. I, 12 dicembre 2014, n. 26216; Cass., Sez. I, 19 dicembre 2012, n. 23430; Cass., Sez. I, 26 febbraio 2010, n. 4785 Cass., Sez. I, 8 marzo 2010, n. 5505; Cass., Sez. Un., 28 marzo 2006, n. 7028; Cass., Sez. I, 10 novembre 2006, n. 24046; in senso conforme anche la giurisprudenza di merito, Trib. Milano 1° marzo 2011, Trib. Milano, 28 gennaio 2011 secondo cui, negando l'ammissione della prova contraria della assenza di danno, "...è solo nella fase finale di riparto dell'attivo, e non anche quindi già anticipatamente nella fase dell'esercizio delle revocatorie, che è possibile verificare se esistono o meno altri creditori privilegiati, di grado superiore o pari rispetto a quello beneficiario del pagamento vietato, e se, in caso affermativo, sia possibile l'integrale soddisfazione di tutti". Ancora "la lesione della *par condicio* conseguente al soddisfacimento di un creditore privilegiato non fa venir meno l'interesse all'azione da parte del curatore, poiché è solo in seguito alla ripartizione dell'attivo che potrà verificarsi se quel pagamento non pregiudichi le ragioni di altri creditori privilegiati, che anche successivamente all'esercizio dell'azione revocatoria potrebbero in tesi insinuarsi".

¹⁵ V. MAFFEI ALBERTI, *Il danno nella revocatoria*, Padova, 1970.

¹⁶ *Contra* Trib. Milano 30 maggio 2017 la quale con convincente motivazione pone in evidenza come nel sistema delle domande c.d. supertardive ex art. 101 comma 4 l.f. a fronte delle quali sarebbe preclusa l'ammissione del credito l'assunto delle SSUU debba essere corretto e tener conto dell'effettivo interesse ad agire del curatore in assenza di creditori insinuati o insinuabili al passivo che possano lamentare una qualsivoglia lesione delle proprie ragioni di credito.

¹⁷ Cass. Civ., SU, Ord. 16 febbraio 2022, n. 5049; Cass. Civ. Sez. I, 28 ottobre 2019, n. 27443. Ma si veda Cass. Civ. sez. II Civile, ordinanza 14 maggio 2024, n. 13227 in cui il requisito dell'*eventus damni* si ritiene debba essere espressamente comprovato compatibile anche con una variazione qualitativa del patrimonio del debitore.

In risposta ai sostenitori della teoria indennitaria si afferma che non rilevarebbe il fatto che il pagamento afferisca ad un credito privilegiato in quanto solo dopo il riparto fallimentare si potrebbe stabilire se il pagamento seppure afferente ad un credito privilegiato abbia arrecato pregiudizio con conseguente legittimazione del curatore ad agire in revocatoria.

Ma come si tenterà di dimostrare, il sistema delle revocatorie, per effetto della prevalenza delle esenzioni previste dall'ordinamento, non sembra più rappresentare strumento di redistribuzione degli effetti dell'insolvenza sui creditori; e neppure esso rappresenta uno strumento di deterrenza affinché l'imprenditore insolvente si astenga dal compimento di atti nel periodo sospetto.

A tale conclusione si perviene considerando la predominanza delle esenzioni rispetto alle fattispecie punibili unitamente alla sterilizzazione delle ipotesi di postergazione dei finanziamenti erogati all'imprenditore insolvente.

3. La crisi finanziaria del 2008 ed il mutamento di approccio dei legislatori

Si deve al d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80 il mutato assetto del regime dell'azione revocatoria fallimentare attraverso l'inserimento al comma 3 dell'art. 67 l.f. di una serie di ipotesi di esenzione senza precedenti che, invero, si aggiungevano a quelle già previste nel diritto speciale (v., per es., l'esenzione da revocatoria dei pagamenti effettuati con riferimento agli immobili da costruire di cui all'art. 10 d. lgs. 20 giugno 2005, n. 122; nel diritto bancario art. 99 comma 5 d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385 per gli atti compiuti infra gruppo nella liquidazione coatta bancaria a cui si aggiungono quelle dell'art. 69-*sepiestdecies* TUB come modificato a seguito dei D.lgs. n. 180 e n.181, 2015 in attuazione della Direttiva UE/59/2014 ("BRRD") e quelle introdotte dal CCII a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs 118/2021 sulla composizione negoziata della crisi)¹⁸.

Come è noto all'interno dell'art. 67 l.f. vengono esentati, seguendo l'impostazione del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense, i pagamenti

¹⁸ In dottrina v. M. SANDULLI, *La nuova disciplina dell'azione revocatoria*, in *Fall.* 2006, 611 ss; G. TERRANOVA, *La nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, Padova, 2006; F. COMMISSO, *Le esenzioni da revocatoria*, in *Fall.* 2018, 1467 ss.; M. FABIANI, *L'alfabeto della nuova revocatoria fallimentare*, *Fall.*, 2005, 576 ss. ; M. ARATO, *La revocatoria delle rimesse bancarie nel "nuovo" art. 67 l. fall.*, in *Fall.*, 2006, 853

di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso.

Formano altresì oggetto di esenzione le rimesse effettuate su un conto corrente bancario purché abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca; le vendite e i contratti preliminari di vendita trascritti ai sensi dell'art. 2645-*bis* c.c. i cui effetti non siano cessati ai sensi del comma 3 di tale articolo, conclusi a giusto prezzo ed aventi ad oggetto immobili ad uso abitativo destinati a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o dei suoi parenti e affini entro il terzo grado ovvero immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente; gli atti e le garanzie concesse sui beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano attestato di risanamento nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Ma il percorso verso le esenzioni non si è arrestato con la riforma del 2005. Infatti, già con il d.l. n. 118/2021 all'interno della composizione negoziata della crisi si assiste all'introduzione di una serie di esenzioni che non toccano solo i finanziamenti prededucibili e/o dei soci o infragruppo ma anche atti di disposizione "*in qualsiasi forma*" effettuati (oggi art. 22 CCII) di aziende o di rami di esse previamente autorizzati dal tribunale.

Per effetto del combinato disposto degli artt. 22 e 24 CCII in caso di liquidazione giudiziale (il correttivo tra l'altro pare che estenda gli effetti non solo al caso di sbocco nella liquidazione ma anche di sbocco in altri strumenti concorsuali) tali atti di disposizione della azienda o di suoi rami, seppure compiuti durante la composizione negoziata della crisi ovvero in un momento in cui il debitore non ha ancora raggiunto un accordo con i creditori, conservano efficacia preservando stabilità ove all'autorizzazione del tribunale consegua un effetto chiaramente ultrattivo.

Già nel diritto bancario riformato per effetto del recepimento della Direttiva BRRD ad opera dei suddetti D.Lgs. n. 180 e n.181 2015 si assisteva ad una forte esenzione da revocatoria (unitamente alla scriminate dai reati di bancarotta) degli accordi di sostegno finanziario infragruppo nonché degli atti esecutivi di tali accordi, affermandosi un interesse pubblicistico di stabilità degli intermediari bancari e finanziari mediante l'utilizzo di risorse interne al gruppo di imprese¹⁹.

¹⁹ Cfr. sul punto E. RICCIARDIELLO, *Gli accordi di sostegno finanziario infragruppo*, in *Dir. Soc. merc. Fin.*, 2016, 683 ss.; ID, *La crisi dell'impresa di gruppo tra strumenti di prevenzione*

Ebbene, tale disciplina ha avuto un evidente impatto sul CCII in quanto anche con riferimento alle imprese di gruppo non bancarie sono stati estesi i benefici derivanti dalla esenzione da revocatoria nel contesto sia della composizione negoziata della crisi che del concordato preventivo e degli ADR di gruppo.

L'art. 25, comma 8, CCII consente, infatti, nella composizione negoziata di gruppo, l'erogazione di finanziamenti in favore di società controllate o sottoposte a comune controllo che vengono esentati dalla revocatoria in caso di mancata iscrizione nel registro delle imprese del dissenso dell'esperto (art. 24, commi 2 e 3, CCII). Viene confermata anche nel CCII l'esenzione dai reati di bancarotta fraudolenta e semplice (artt. 322 e 323 CCII).

Anche i finanziamenti infragruppo, funzionali al concordato di gruppo e agli accordi di ristrutturazione, nel contesto dei gruppi di imprese ai sensi dell'art. 285 CCII, sono esentati da revocatoria in forza dell'art. 167, comma 3, lett. d).

A conferma di una tendenza a privilegiare la continuità aziendale anche sacrificando alcuni principi cardine dell'ordinamento concorsuale.

Sempre con riferimento ai gruppi di imprese, nel CCII l'architettura della revocatoria degli atti *infra* gruppo (c.d. revocatoria aggravata) appare ridimensionata rispetto alla portata della disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi in quanto l'ammissibilità della revocatoria degli atti *infra* gruppo, ai sensi dell'art. 290 CCII, dipende dalla valutazione in merito all'assenza di vantaggi compensativi *ex art.* 2497, comma 1°, c.c.

Sulla scia dell'art. 90 Legge Prodi *bis*, seppure con diversa e imprecisa tecnica normativa, viene attribuita al curatore, in forza dell'art. 290 CCII, sia in caso di apertura della procedura unitaria di liquidazione prevista dall'art. 287 CCII, che in caso di pluralità di procedure, la legittimazione a promuovere l'azione finalizzata alla declaratoria di inefficacia degli atti e contratti posti in essere nei cinque anni antecedenti il deposito della domanda di liquidazione giudiziale che abbiano avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa di gruppo con pregiudizio ai creditori fatto salvo il disposto di cui all'art. 2497, comma 1°, c.c.

e di gestione, Milano, 2020; cfr. M. MIOLA, *Crisi dei gruppi e finanziamenti infragruppo nel Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. Soc.*, 2019, 306 ss.; v. I. MEVORACH, *Transaction Avoidance in Bankruptcy of Corporate Groups*, in ECFR, 2011, 235 ss. R. MANGANO, *The Role of Fraudulent Transfer Rules in Corporate Insolvency*, in ECFR, 2008, 201 ss.; C.A. WITTING, *Liability of Corporate Groups and Networks*, Cambridge, 2018, 191 ss.; cfr. A. KEAY, *The Harmonization of the Avoidance Rules in European Union Insolvencies*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2017, 79 ss.; G. MCCORMACK - A. KEAY - S. BROWN, *European Insolvency Law: Reform and Harmonization*, Cheltenham, 2017, 130 ss.

Rispetto all'art. 90 Legge Prodi *bis* che in qualche maniera “oggettivizza” gli atti revocabili rispetto al periodo sospetto “aggravato” sia con riferimento agli atti di cui all'art. 67, comma 1° che all'art. 67, comma 2, l.f. ; il CCII connota la fattispecie dell'art. 290, comma 1°, CCII di un elemento di pregiudizio ulteriore in qualche modo “atipico” rispetto alla revocatoria fallimentare.

Ebbene, l'art. 290 CCII perimetra l'azione non solo agli atti compiuti (senza specificazione di quali atti si tratti e se a titolo oneroso o gratuito) “*che abbiano avuto l'effetto di spostare risorse a favore di un'altra impresa del gruppo*”, ma anche quelli che abbiano arrecato un pregiudizio ai creditori, fatto salvo il disposto di cui all'art. 2497, comma 1°, c.c.

In questo senso, l'elemento del pregiudizio viene enfatizzato dal legislatore a voler affermare in realtà la necessità di una verifica in concreto delle relazioni esistenti tra le imprese del gruppo.

Il richiamo all'art. 2497 c.c. appare delineare in tal modo un sistema che considera del tutto fisiologica l'interconnessione finanziaria tra le imprese appartenenti al gruppo ove la trasposizione a livello normativo della teoria dei vantaggi compensativi appare richiamare la clausola di corretta gestione imprenditoriale e societaria prevista dall'art. 2497 c.c. che non preclude affatto il sostegno finanziario infragruppo tra imprese in crisi o insolventi ma che ne funzionalizza l'impiego alla stabilizzazione della situazione patrimoniale e finanziaria sia della beneficiaria che della società o ente che lo presta.

Alcune esenzioni rispondono all'esigenza di protezione degli immobili adibiti ad abitazione principale o della sede aziendale ma la rimozione dell'ipotesi di revocatoria delle rimesse bancarie subordinando l'ammissibilità alla riduzione consistente dell'esposizione debitoria indubbiamente rispondeva all'esigenza di tenuta del sistema bancario

Importante elemento di novità della riforma è l'espressa previsione all'interno dell'art. 166, comma 3, della lett. d), CCII, dell'esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti effettuati e delle garanzie concesse sui beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestati di cui all'art. 56 o del piano concordatario di gruppo o dei piani interferenti di gruppo previsti dall'art. 284 CCII. Per la prima volta, il legislatore contempla l'ipotesi di compimento di atti infra gruppo tra imprese in crisi o insolventi appartenenti al medesimo gruppo di imprese al fine di favorire così il processo di ristrutturazione unitario del gruppo.

4. La proposta di Direttiva Insolvency 2 del Dicembre 2022

Il CCII, in assonanza con la Direttiva UE/2019/1012, pone al centro delle scelte adottate a livello normativo, la sua funzione di anticipazione (o prevenzione) della crisi esprimendo un deciso *favor* verso la continuità aziendale a costo di sacrificare, talvolta, anche principi sedimentati quali la *par condicio creditorum* e l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Sono molteplici gli esempi in tal senso rinvenibili nel nuovo tessuto normativo del CCII (vedasi la nuova disciplina del concordato in continuità aziendale e del piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione ove viene previsto persino il classamento dei soci e la derogabilità sostanziale dell'art. 2740 e art. 2741 c.c. mediante la *relative priority rule nel cross class cramdown*).

Tuttavia, la corsa verso la continuità aziendale a qualsiasi costo, anche snaturando lo stesso concetto di continuità mediante la *fictio* della continuità indiretta, deve tener conto di un diritto concorsuale *sostenibile* in cui la liquidazione giudiziale, che pur possiamo definire “un rimedio estremo”, rappresenta certamente lo strumento di garanzia di soddisfacimento dei creditori allorché non via siano più prospettive di recupero dell'attività di impresa anche indiretta.

In tale contesto il depotenziamento degli strumenti classici di realizzazione dell'attivo distribuibile (azioni di responsabilità e revocatorie) non appare costituire una soluzione idonea per il perseguimento delle esigenze di tutela dei creditori.

Il percorso intrapreso sembra pertanto orientato ad un rafforzamento dei presidi di tutela del patrimonio contro le *preferences* del debitore anche se in un contesto giuridico profondamente modificato.

Il legislatore unionale, se da una parte, dopo la crisi del 2008, aveva spinto verso un sistema favorevole alla preservazione della continuità aziendale attraverso misure di preparazione della crisi e pre concorsuali che avrebbero reso la liquidazione giudiziale estremo rimedio (residuale ed eccezionale); ha preso atto tuttavia della disomogeneità dei sistemi concorsuali del 27 Stati Membri e della necessità di porre regole comuni per armonizzare la disciplina e favorire il mercato comune europeo e gli investimenti transfrontalieri²⁰.

La nuova proposta di Direttiva pone al centro del sistema la liquidazione e la necessità di recupero di valore per i creditori attraverso le revocatorie e la ricerca

²⁰ Cfr. A. BASSI, *Brevi note sulla Proposta di Direttiva UE 7.12.2022 che armonizza «taluni aspetti del diritto in materia di insolvenza»*, in *Giur. Comm.*, 2024, I, 244 ss.

o rintracciamento dei beni appartenenti al debitore anche per mezzo di banche dati pubbliche.

L'art. 16 del Regolamento comunitario UE 848/2015 sulle insolvenze transfrontaliere (che prevede un'eccezione all'esperibilità della revocatoria secondo la *lex concursus* dello Stato in cui si è aperta la procedura transfrontaliera se l'atto oggetto di revocatoria è regolato dalla legge di uno Stato membro diverso da quello in cui si è aperta la procedura e la legge di tale Stato non consente di impugnare l'atto con alcun mezzo) si presta ad abusi sia per quanto riguarda la selezione in via negoziale della legge sostanziale applicabile; che del luogo di apertura del procedimento mediante trasferimenti o incorporazioni in Paesi con regimi più flessibili.

Tale principio, affermato dal Regolamento comunitario, costituisce ostacolo alla libera circolazione delle persone e delle merci in quanto rende opachi gli scenari in cui gli operatori economici dovrebbero muoversi con rischi di trattamenti differenziati dei creditori in base alle regole concorsuali adottate dai singoli Stati membri²¹.

La mancanza di attrazione nella legge di apertura del procedimento della legge che regola sotto il profilo sostanziale le azioni revocatorie pone problemi di abusi e di *forum shopping*²².

Il tema delle azioni di inefficacia o revocatorie diviene centrale e viene trattato con elementi di forte novità in quanto si passa da un sistema secolarizzato di inefficacia degli *avoidances* o *preferences* ad uno che vede in tali atti o negozi persino profili di invalidità (*voidness*) o inopponibilità assoluta (*unforceability*)²³.

Vale la pena evidenziare che la proposta di Direttiva, nel preambolo, introduce i concetti di nullità di atti dannosi per i creditori: *In order to protect the value of the insolvency estate for creditors, national insolvency laws should include effective rules that enable the annulment of legal acts that are detrimental to creditors and have been perfected prior to the opening of*

²¹ v. Harmonization of Insolvency Law at EU level: avoidance actions and rules of contracts, 2011.

²² Cfr. J. ALEXANDER, *Avoid the Choice or Choose to Avoid? The European Framework for Choice of Avoidance Law and the Quest to Make it Sensible*, 2009, articolo reperibile su www.ssrn.com.

²³ Per una prospettiva comparatistica v. T. JACKSON, *The Logic And Limits of Bankruptcy Law* 136 (BeardBooks 1986). In UK si parla di “transactions at undervalue” and “transactions defrauding creditors”, in Francia di “actes en fraud des droits des créiteurs” e in Germania di “Vorsätzliche Benachteiligung der Gläubiger” In Germania “Insolvenzanfechtung”; in Francia “nullité” o “inopposabilité”.

insolvency proceedings (avoidance actions). Given that avoidance actions aim at reversing the detrimental effects for the estate of the legal act, it is appropriate to refer to the completion of the cause for this detriment as the relevant point in time, namely to the perfection of the legal act rather than to the execution of the performance.

La proposta prevede inoltre l'estensione del regime revocatorio agli atti omissivi: *The scope of the legal acts that could be challenged under the avoidance actions rules should be drawn broadly, in order to cover any human behaviour with legal effects. The principle of equal treatment of creditors implies that legal acts should also include omissions, as it makes no significant difference if creditors suffer a detriment as a consequence of an action or of the passivity of the party concerned, ovvero delle controparti o di terze parti: For the same reason, avoidance rules should not be restricted to legal acts performed by the debtor, but should also include legal acts performed by the counterparty or by a third party. On the other hand, only legal acts should be subject to avoidance rules which are detrimental to the general body of creditors.*

Per quanto concerne l'elemento soggettivo la sua rilevanza viene diversificata a seconda delle ipotesi di revocatoria previste: *To protect the legitimate expectations of the debtor's counterparty, any interference with the validity or enforceability of a legal act should be proportionate to the circumstances under which that act is perfected. Such circumstances should include the debtor's intent, the knowledge of the counterparty or the time-span between the perfection of the legal act and the commencement of the insolvency proceedings. Therefore, it is necessary to distinguish between a variety of specific avoidance grounds that are based on common and typical fact patterns and that should complement the general prerequisites for avoidance actions. Any interference should also respect the fundamental rights enshrined in the Charter of Fundamental Rights of the European Union.*

*In the context of avoidance actions, a distinction should be made between legal acts where the claim of the counterparty was due and enforceable and has been satisfied in the owed manner (**congruent coverages**) and those where performance was not entirely in accordance with the creditor's claim (**incongruent coverage**). Incongruent coverages include, in particular, premature payments, the satisfaction with unusual means of payments, the subsequent collateralisation of a so far unsecured claim which was not already agreed upon in the original debt agreement, granting an extraordinary termination right or other amendments not provided for in the underlying*

contract In the case of congruent coverages, the avoidance ground of preferences can only be invoked if the creditor of the legal act that can be declared void knew, or should have known, at the time of the transaction that the debtor was insolvent.

5. Le nuove fattispecie previste

La proposta di Direttiva dedica alle azioni revocatorie ampia attenzione sia nei considerando che nel titolo II che a sua volta è suddiviso in tre capitoli: il primo (artt. 4 – 5) dedicato alle disposizioni generali; il secondo (artt. 6 – 8) alle condizioni particolari; il terzo (artt. 9 – 12) agli effetti delle azioni revocatorie.

Un primo elemento di novità che si rinviene già a livello di disposizioni generali è rappresentato dall'art. 4 (*general prerequisites for avoidance actions*) il quale stabilisce che “*Gli Stati membri provvedono affinché gli atti giuridici perfezionati prima dell'apertura della procedura di insolvenza in pregiudizio della massa dei creditori possano essere dichiarati nulli alle condizioni di cui al capo 2 del presente titolo*”

Appare peculiare il riferimento generale nella proposta di Direttiva, quale presupposto oggettivo, alla “procedura di insolvenza” a voler denotare l'intenzione del legislatore unionale di non relegare l'applicabilità dello strumento revocatorio agli atti compiuti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale ma, piuttosto, a tutte le procedure di insolvenza anche a contenuto non liquidatorio e che perseguono il fine della continuità aziendale.

In tale maniera si aprirebbe la strada all'esperibilità delle azioni revocatorie anche nel contesto degli strumenti di regolazione della crisi dell'impresa e dell'insolvenza diversi dalla liquidazione²⁴.

Appare certamente rilevante l'utilizzo senza precedenti nell'ambito delle discipline previste dagli Stati membri della categoria della nullità degli atti perfezionatisi prima dell'apertura della procedura di insolvenza²⁵.

In forza dell'art. 5 (*relationship to national provisions*) è stabilito che la Direttiva non preclude agli Stati membri il potere di adottare o mantenere

24 v. G. CORNO, *Prime riflessioni sulla proposta della Commissione europea di armonizzazione di alcuni profili della disciplina delle azioni revocatorie nelle procedure di insolvenza e sul possibile impatto sulla normativa italiana*, in *dirittodellacrisi.it*, 30 gennaio 2023.

25 Per esempio il sistema tedesco dell'*Insolvenzordnung* (InsO) §§129 ss sebbene anticipi le scelte del legislatore unionale sotto il profilo della previsione delle ipotesi di revocatoria non fa riferimento alla categoria della nullità limitandosi a prevedere il concetto di contestazione degli atti.

previsioni relative alla nullità, annullabilità o inopponibilità degli atti compiuti dal debitore a danno della massa dei creditori allorché dette previsioni prevedano una maggiore tutela per i creditori.

I concetti di *voidness*, *voidability* e *unenforceability* appaiono di particolare importanza in quanto l'impostazione del legislatore unionale nella proposta di revisione della Direttiva, presenta elementi certamente innovativi che andrebbero ad incidere maggiormente non tanto sugli effetti (i.e. inefficacia) degli atti compiuti nel periodo sospetto quanto piuttosto sulla stessa validità degli atti stessi²⁶.

Si tratta di un'impostazione peculiare che presuppone la necessità di verifica di un disvalore giuridico dell'atto in sé al fine di poter ricondurre a sistema generale il regime delle azioni revocatorie nell'accezione che verrebbe proposta.

5.1 Preferences

La prima categoria di atti annullabili in forza dell'art. 6 (anche apre il Titolo II Capitolo 2 dedicato alle "*specific conditions for avoidance actions*") è quello delle "*preferences*" Il riferimento è ad atti preferenziali che possono consistere nel compimento di "*legal acts*" che abbiano quale conseguenza quella di beneficiare un creditore o un gruppo di creditori del soddisfacimento del credito ovvero la dazione di garanzie in qualsiasi forma in pregiudizio della massa dei creditori.

Si tratta della forma più tipica di revocatoria che incide sul compimento di atti che tradizionalmente non presentano problemi di invalidità in quanto del tutto legittimi ma che incidono sulla parità di trattamento dei creditori che sarebbe lesa appunto da trattamenti preferenziali posti in essere dal debitore.

Tale azione presuppone la ricorrenza di condizioni soggettive e oggettive.

²⁶ Il dibattito sul tema in realtà non è nuovo. Per i sostenitori della categoria della nullità v. RAGUSA MAGGIORE, *Contributo alla teoria unitaria della revocatoria fallimentare*, Milano, 1960, 41 ss.; BONELLI, *Del fallimento*, 3 ed., con note di Andrioli, vol. I, Milano, 1938, 804 ss.; ROCCO, voce *Fallimento*, in *Dir. Prat. Dir. Priv.* Diretto da Scialoja, De Ruggiero e Bonfante, vol. III, I, 35; CONFORTI, voce *Azione revocatoria*, in *Nuovo digesto italiano*, vol. II, Torino, 1937; PACCHIONI, *Dir. Civ. it., Delle obbligazioni in generale*, Padova, 1935, 117 ss. Per la tesi della nullità relativa v. MANDRIOLI, *Effetti dell'annullamento del contratto presunto in frode*, in *Foro Lomb.* 1931, I, 577. Riconducono alla categoria della responsabilità senza debito CARNELUTTI, *Dir. e proc. Nella teoria delle obbligazioni*, in *Studi di diritto processuale in onore di Chiovenda*, Padova, 1927, 221. Si deve ai processualisti l'evoluzione della concezione dell'azione revocatoria come azione di accertamento della inopponibilità dell'atto fraudolento ai creditori. Cfr. DE MARTINI, *Limiti di efficacia della revocazione per frode ai creditori*, in *Giur. Compl. Cass. civ.*, 1945 II, 119; PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, 4 ed., I, Milano, 1962, 776.

Il periodo sospetto ai fini dell'azione è di tre mesi che decorrono non più dall'apertura della “*insolvency proceedings*” ma dal deposito della domanda così che il termine di prescrizione (ma sembrerebbe piuttosto un termine decadenziale simile a quello previsto dall'art. 2377 c.c. in materia di impugnazione delle deliberazioni assembleari di spa invalide) pone come *dies a quo* il primo atto processuale di richiesta formale dell'apertura della procedura concorsuale.

Sembrerebbe in tal modo che, nonostante la brevità del termine, il legislatore esprima un *favor* per le verifiche degli atti preferenziali subordinandone la stessa (verifica) di sussistenza all'attivazione effettiva della procedura concorsuale. Col che il legislatore ha voluto chiarire che la revocatoria, seppure collocabile nel contesto di procedure concorsuali più ampie rispetto alla liquidazione, non ritiene che la medesima azione possa essere attivata in assenza dell'apertura di una qualsiasi procedura concorsuale.

Ulteriore condizione oggettiva che deve essere verificata è che il debitore nel periodo sospetto non fosse in grado di adempiere al pagamento dei debiti maturati, senza specificazione che si tratti di situazione di crisi o di insolvenza.

Il regime delle *preferences* colpisce anche gli atti compiuti a seguito dell'apertura della procedura di insolvenza.

In forza del comma 2 dell'art. 2 viene previsto che la declaratoria di invalidità presuppone da parte del tribunale l'accertamento che sussistano le condizioni di cui al comma 1 e, sul piano soggettivo, che sia dimostrato che il creditore sapeva o avrebbe dovuto sapere che il debitore non era in grado di pagare i debiti scaduti o che al momento del pagamento era già stata depositata la domanda di apertura di una procedura concorsuale. Ove, in caso di operazioni con parti correlate sussiste la presunzione di conoscenza dell'incapacità del debitore di fare fronte alle proprie obbligazioni.

Al comma 3 dell'art. 2 viene previsto che gli Stati Membri devono prevedere la possibilità di esentare le ipotesi di revocatoria previste con riferimento agli atti compiuti che prevedano un giusto corrispettivo, ovvero il pagamento di crediti cartolari come assegni o cambiali allorché la legge che disciplina tali titoli di credito precluda ai soggetti che possono avanzare pretese derivanti da detti titoli di agire contro altri soggetti quali avallanti o giranti e giratari in casi di inadempimento. Ulteriore esenzione è quella relativa ai sistemi di pagamenti nelle transazioni finanziarie previste dalla Direttiva 98/26/EC e 2004/47/EC.

5.2 Atti compiuti a fronte di mancanza di corrispettivo o di corrispettivo manifestamente inadeguato

All'art. 7 della proposta di Direttiva viene introdotta l'ipotesi di invalidità di atti compiuti da debitore a condizioni inique ovvero in mancanza di corrispettivo.

Tale azione prevede quale termine di prescrizione ovvero quale periodo sospetto un anno dalla domanda di apertura della procedura concorsuale ovvero a seguito della presentazione della domanda di apertura della procedura.

La proposta esenta da revocatoria le donazioni di modico valore e non richiede la prova di alcun elemento soggettivo (*scientia decotiois*) che non viene nemmeno presunto.

5.3 Gli atti intenzionalmente dannosi per i creditori: l'eco degli *avoiding powers* del *Bankruptcy Code* statunitense

L'art. 8 (*legal acts intentionally detrimental to creditors*) si occupa degli atti intenzionalmente lesivi compiuti dal debitore in danno della massa dei creditori.

Anche in questa ipotesi la sanzione prevista nella proposta di Direttiva è quella della nullità dell'atto allorché ricorrano congiuntamente le seguenti condizioni: i) l'atto si collochi nel periodo sospetto di quattro anni prima del deposito della domanda di apertura della procedura concorsuale; ii) venga fornita la prova della *scientia fraudis* ovvero della volontà del debitore di causare un pregiudizio alla massa dei creditori. Anche in questa ipotesi la conoscenza dell'elemento soggettivo può essere presunta in presenza di atti compiuti con parti correlate.

Appare evidente come l'impostazione adottata dal legislatore unionale nella proposta di Direttiva (o Direttiva *Insolvency 2*) sia fortemente ispirata al sistema del *Bankruptcy Code* statunitense e, più in generale, al sistema degli *avoiding power* o *claw back transactions* anglosassoni.

Come noto, l'obiettivo del sistema concorsuale statunitense attraverso gli *avoiding powers* è quello di creare *ex post* (rispetto all'emersione dell'insolvenza) una forma di allineamento o contemperamento di interessi tra debitore e creditori sul presupposto che con l'emersione dell'insolvenza la gestione dell'impresa permanendo in capo all'imprenditore insolvente determini sperequazioni dovute all'assenza di controllo sugli assets del debitore da parte dei creditori²⁷.

²⁷ A. GURREA-MARTINEZ, *The avoidance of pre-bankruptcy transactions: an economic and comparative approach*, 93 Chi.-Kent L. Rev. 711 (2018).

D'altro canto la previsione degli *avoiding power* dovrebbe al contempo rappresentare uno strumento *ex ante* di mitigazione dell'opportunità dei creditori propensi a ricevere la soddisfazione delle proprie ragioni di credito anche in spregio a quelle degli altri creditori.

Inoltre la previsione delle revocatorie dovrebbe attenuare l'impatto negativo delle condotte del debitore volte a disperdere valore dell'azienda attraverso atti dispositivi del patrimonio (*asset dilution, asset substitution e debt dilution*). Dal che si verificherebbe un effetto di valorizzazione *ex ante* dell'azienda in funzione del soddisfacimento dei creditori.

La previsione del sistema delle revocatorie dovrebbe altresì rappresentare un incentivo ad un'azione maggiormente efficiente degli amministratori nell'approssimarsi alla *twilight zone* o zona di crepuscolo dell'impresa.

Nel diritto anglosassone con l'espressione *avoiding powers* o *claw back actions* oppure *avoidance provisions* si intendono tutti i rimedi finalizzati a rendere inefficaci in chiave retrospettiva rispetto all'emersione dell'insolvenza gli atti compiuti da debitore²⁸

Un sistema concorsuale efficiente dovrebbe saper contemperare l'esigenza di massimizzazione del valore dell'impresa (*ex post* rispetto all'emersione dell'insolvenza) per il miglior soddisfacimento dei creditori ed al contempo quella di non ledere il principio di affidamento sulla stabilità dei rapporti giuridici che sarebbe messo a repentaglio dal rischio per i terzi di subire effetti avversi dall'insorgere dell'insolvenza successivamente al compimento di un atto a loro favore da parte del debitore.

La Section 547 del *Chapter 11 del Bankruptcy Code* statunitense sotto la rubrica "*Preferences*" attribuisce la legittimazione al trustee di richiedere la revocatoria di qualsivoglia atto dispositivo (*transfer*) del patrimonio del debitore effettuato a favore del creditore dal debitore insolvente con riferimento a debiti anteriori ovvero nei 90 giorni antecedenti la data di proposizione della domanda di accesso alla procedura ovvero nel periodo ricompreso tra 90 giorni e un anno prima della data di deposito della domanda di accesso alla procedura concorsuale.

Inoltre la stessa *Section 547* stabilisce che il curatore possa agire in revocatoria con riferimento agli atti economicamente sproporzionati quando sia

²⁸ Senza pretesa di esaustività T.H JACKSON, *Avoiding powers in bankruptcy*, 36 Stan. L. Rev. 725(1984); v. anche J. ARMOUR-H. BENNETT, *Vulnerable transactions in corporate insolvency*, 2003; R. PARRY, *Transaction avoidance in insolvencies*, 2011; A. KEAY, *Avoidance provisions in insolvency law*, 1997.

aperta la procedura di liquidazione (*Chapter 7*) ovvero in caso di atto a titolo gratuito.

Sono invece esentati i pagamenti di debiti c.d. contestuali rispetto alla prestazione ricevuta ovvero i pagamenti effettuati nel corso ordinario del business o secondo condizioni d'uso tra le parti (v. commento all'art. 166)

La *Section 548* del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* è invece dedicata ai *Fraudulent transfers and obligations*. Si attribuisce al curatore la possibilità di chiedere la revocatoria degli atti compiuti dal debitore nei due anni antecedenti il deposito della domanda di apertura della procedura allorchè il debitore, volontariamente o involontariamente, abbia compiuto l'atto con lo scopo di nascondere ritardare o frodare qualsiasi soggetto verso il quale il debitore è indebitato ovvero qualora nell'atto compiuto egli abbia ricevuto meno del valore che ragionevolmente avrebbe dovuto percepire in forza della transazione compiuta²⁹. Egli alla data del compimento dell'atto ovvero a causa di tale atto deve essere insolvente.

²⁹ (1) The trustee may avoid any transfer (including any transfer to or for the benefit of an insider under an employment contract) of an interest of the debtor in property, or any obligation (including any obligation to or for the benefit of an insider under an employment contract) incurred by the debtor, that was made or incurred on or within 2 years before the date of the filing of the petition, if the debtor voluntarily or involuntarily—(A) made such transfer or incurred such obligation with actual intent to hinder, delay, or defraud any entity to which the debtor was or became, on or after the date that such transfer was made or such obligation was incurred, indebted; or (B) (i) received less than a reasonably equivalent value in exchange for such transfer or obligation; and (ii) (I) was insolvent on the date that such transfer was made or such obligation was incurred, or became insolvent as a result of such transfer or obligation; (II) was engaged in business or a transaction, or was about to engage in business or a transaction, for which any property remaining with the debtor was an unreasonably small capital; (III) intended to incur, or believed that the debtor would incur, debts that would be beyond the debtor's ability to pay as such debts matured; or (IV) made such transfer to or for the benefit of an insider, or incurred such obligation to or for the benefit of an insider, under an employment contract and not in the ordinary course of business.

(2) A transfer of a charitable contribution to a qualified religious or charitable entity or organization shall not be considered to be a transfer covered under paragraph (1)(B) in any case in which—

(A) the amount of that contribution does not exceed 15 percent of the gross annual income of the debtor for the year in which the transfer of the contribution is made; or

(B) the contribution made by a debtor exceeded the percentage amount of gross annual income specified in subparagraph (A), if the transfer was consistent with the practices of the debtor in making charitable contributions.

(b) The trustee of a partnership debtor may avoid any transfer of an interest of the debtor in property, or any obligation incurred by the debtor, that was made or incurred on or within 2

years before the date of the filing of the petition, to a general partner in the debtor, if the debtor was insolvent on the date such transfer was made or such obligation was incurred, or became insolvent as a result of such transfer or obligation.

(c) Except to the extent that a transfer or obligation voidable under this section is voidable under section 544, 545, or 547 of this title, a transferee or obligee of such a transfer or obligation that takes for value and in good faith has a lien on or may retain any interest transferred or may enforce any obligation incurred, as the case may be, to the extent that such transferee or obligee gave value to the debtor in exchange for such transfer or obligation.

(d)

(1) For the purposes of this section, a transfer is made when such transfer is so perfected that a bona fide purchaser from the debtor against whom applicable law permits such transfer to be perfected cannot acquire an interest in the property transferred that is superior to the interest in such property of the transferee, but if such transfer is not so perfected before the commencement of the case, such transfer is made immediately before the date of the filing of the petition.

(2) In this section—

(A) “value” means property, or satisfaction or securing of a present or antecedent debt of the debtor, but does not include an unperformed promise to furnish support to the debtor or to a relative of the debtor;

(B) a commodity broker, forward contract merchant, stockbroker, financial institution, financial participant, or securities clearing agency that receives a margin payment, as defined in section 101, 741, or 761 of this title, or settlement payment, as defined in section 101 or 741 of this title, takes for value to the extent of such payment;

(C) a repo participant or financial participant that receives a margin payment, as defined in section 741 or 761 of this title, or settlement payment, as defined in section 741 of this title, in connection with a repurchase agreement, takes for value to the extent of such payment;

(D) a swap participant or financial participant that receives a transfer in connection with a swap agreement takes for value to the extent of such transfer; and

(E) a master netting agreement participant that receives a transfer in connection with a master netting agreement or any individual contract covered thereby takes for value to the extent of such transfer, except that, with respect to a transfer under any individual contract covered thereby, to the extent that such master netting agreement participant otherwise did not take (or is otherwise not deemed to have taken) such transfer for value.

(3) In this section, the term “charitable contribution” means a charitable contribution, as that term is defined in section 170(c) of the Internal Revenue Code of 1986, if that contribution—

(A) is made by a natural person; and

(B) consists of—

(i) a financial instrument (as that term is defined in section 731(c)(2)(C) of the Internal Revenue Code of 1986); or

(ii) cash.

(4) In this section, the term “qualified religious or charitable entity or organization” means—

(A) an entity described in section 170(c)(1) of the Internal Revenue Code of 1986; or

Come si può notare le assonanze con la proposta di Direttiva europea sono molteplici seppure il diritto nordamericano sanziona con l'inefficacia gli atti compiuti nel periodo sospetto senza invocare categorie giuridiche invalidanti l'atto quali la nullità.

Un sistema che si preoccupa della distribuzione degli effetti dell'insolvenza tra i creditori (alla stregua della legge fallimentare) piuttosto che individuare un disvalore giuridico nell'atto compiuto.

Maggiori peculiarità presenta la proposta di Direttiva con riferimento agli effetti dell'azione.

L'art. 9 (*consequences of avoidance actions*) stabilisce innanzitutto che i diritti, le pretese o le obbligazioni che discendono dagli atti dichiarati invalidi non possano essere invocati nei confronti della massa fallimentare. Tale assunto costituirebbe già una prima macroscopica deviazione rispetto agli effetti invalidanti dell'atto non potendosi ravvisare una caducazione *tout court* degli effetti dell'atto revocato.

(B) an entity or organization described in section 170(c)(2) of the Internal Revenue Code of 1986.

(e)

(1) In addition to any transfer that the trustee may otherwise avoid, the trustee may avoid any transfer of an interest of the debtor in property that was made on or within 10 years before the date of the filing of the petition, if—

(A) such transfer was made to a self-settled trust or similar device;

(B) such transfer was by the debtor;

(C) the debtor is a beneficiary of such trust or similar device; and

(D) the debtor made such transfer with actual intent to hinder, delay, or defraud any entity to which the debtor was or became, on or after the date that such transfer was made, indebted.

(2) For the purposes of this subsection, a transfer includes a transfer made in anticipation of any money judgment, settlement, civil penalty, equitable order, or criminal fine incurred by, or which the debtor believed would be incurred by—

(A) any violation of the securities laws (as defined in section 3(a)(47) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78c(a)(47))), any State securities laws, or any regulation or order issued under Federal securities laws or State securities laws; or

(B) fraud, deceit, or manipulation in a fiduciary capacity or in connection with the purchase or sale of any security registered under section 12 or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934 (15 U.S.C. 78I and 78o (d)) or under section 6 of the Securities Act of 1933 (15 U.S.C. 77f).

E già l'incipit della norma pone riflessioni sulla portata in un certo senso selettiva della nullità dell'atto di cui non potrebbero giovare le controparti del debitore insolvente.

Ma ancor più significativo è il tenore dell'art. 9, comma 2, in forza del quale è stabilito che gli Stati membri devono assicurare che la parte che ha tratto beneficio dall'atto invalido sia tenuta a risarcire interamente la massa fallimentare per il pregiudizio causato ai creditori.

Tale previsione sarebbe perfettamente compatibile col sistema delle invalidità in quanto sembrerebbe porre un obbligo ripristinatorio della situazione *quo ante* senza eccezioni. Ma l'art. 9, comma 2, secondo periodo invece introduce una *safe harbor rule* prevedendo che qualora l'arricchimento dovuto all'atto invalido non fosse più nella disponibilità dei beni del beneficiario egli potrebbe invocare tale *lapse of enrichment* (perdita del beneficio) adducendo di non aver saputo o potuto sapere delle circostanze sulla base delle quali l'azione revocatoria viene proposta.

Tale regola impone una riflessione circa la natura dello strumento proposto in quanto l'effetto invalidante potrebbe essere neutralizzato dalla prova della non conoscenza dei presupposti su cui si fonda l'azione prevedendosi un elemento soggettivo che di per sé estraneo alla categoria della nullità.

Ove non è chiaro se la prova dell'elemento soggettivo della *inscientia decotionis* debba riguardare lo stato di insolvenza o altri aspetti dell'atto o negozio invalidato ove la sanzione della nullità persisterebbe ma verrebbero neutralizzati solamente in modo inedito gli effetti restitutori o ripristinatori della situazione *quo ante*. Dal che è facile presumere che la proposta di Direttiva, qualora ricevesse attuazione, richiederebbe una non semplice opera di adattamento da parte degli Stati membri ove il rischio di collisione con principi generali dell'ordinamento sarebbero elevati.

Un altro elemento di peculiarità risiede nella limitazione a tre anni dalla domanda di apertura della procedura concorsuale del periodo entro il quale l'azione di nullità può essere proposta. Si tratta, come per il regime di nullità delle deliberazioni assembleari di s.p.a. previsto dall'art. 2379 c.c., di una forma di *decadenza* dall'azione piuttosto che di un limite prescrizione, in quanto lo spirare del termine estingue *ex abrupto* il diritto di agire in giudizio.

Poiché il sistema delle revocatorie conserva comunque la finalità recuperatoria o reintegrativa del patrimonio del debitore in funzione del soddisfacimento dei creditori, è previsto che il diritto al risarcimento del danno possa formare oggetto di assegnazione ad un creditore o ad un terzo. Di contro, l'art. 9, comma 5, prevede il divieto di compensazione tra il debito risarcitorio

del terzo e il suo credito verso la massa, a voler affermare la natura extracontrattuale dell'obbligazione risarcitoria.

Tale previsione appare poco chiara dal momento che il successivo art. 10 (*consequences for the party which benefitted from the legal act that has been declared void*) prevede espressamente la riviviscenza del diritto del terzo che abbia provveduto al risarcimento conseguente all'esperimento dell'azione revocatoria alludendo alla sua possibilità di insinuare il diritto di credito al passivo della procedura.

L'effetto ripristinatorio della situazione patrimoniale del terzo è, tuttavia, messa in discussione dal tenore dell'art. 10, comma 2, che, con formula ambigua, prevede che gli Stati membri debbano assicurare che il terzo che ha beneficiato dell'atto dichiarato invalido sia rimborsato dalla massa fallimentare nella misura in cui la sua controprestazione sia ancora disponibile (nella massa fallimentare) in modo che essa sia distinguibile dal resto dei beni della massa o che la massa sia arricchita ancora del suo valore (della prestazione). Ove anche in questo caso gli effetti ripristinatori della nullità sarebbero vanificati dall'eccezione di incapacità patrimoniale ovvero di indisponibilità del valore della prestazione nell'attivo della procedura. Con evidente preferenza dei diritti spettanti alla massa dei creditori più che al soggetto terzo.

L'art. 10 peraltro, in chiusura, riconosce in ogni caso il diritto del terzo ad agire per la sua controprestazione con la precisazione che il suo credito è considerato sorto anteriormente all'apertura della procedura di insolvenza e quindi non beneficiato della prededuzione.

I diritti risarcitori in forza dell'art. 11 sono eseguibili anche verso gli eredi della parte che ha beneficiato dell'atto dichiarato nullo ovvero dei successori a titolo universale o particolare con la precisazione che in caso di successione nel rapporto a titolo particolare l'ammissibilità dell'azione è subordinata alla duplice condizione, oggettiva che il successore abbia acquistato gli asset a condizioni manifestamente inique ovvero che il successore sapesse o avrebbe dovuto sapere conoscere le circostanze relative all'atto revocato.

6. Considerazioni conclusive sulla tenuta delle teorie tradizionali in tema di revocatoria

Si rendono, a questo punto, necessarie alcune ulteriori riflessioni sull'impatto che la Direttiva sarebbe destinata ad avere non solo rispetto al diritto della crisi di impresa e dell'insolvenza appena riformato dal CCII; ma anche sull'intero ordinamento giuridico.

Il condivisibile obiettivo di rafforzamento della tutela dei creditori attraverso il recupero degli strumenti classici offerti dalla tradizione giuridica (azioni risarcitorie, revocatorie e surrogatorie) pone, in primo luogo, il dilemma relativo all'impiego dell'istituto anche al di fuori della liquidazione giudiziale, come sembrerebbe potersi evincere dal tenore letterale della proposta di Direttiva.

Se allora la revocatoria "fallimentare" divenisse strumento destinato alle procedure di insolvenza *tout court* (i.e. agli strumenti di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza) dovremmo ripensare i presupposti oggettivi che caratterizzano la revocatoria fallimentare.

In primo luogo, infatti, la condizione di procedibilità non dipenderebbe più dall'apertura della liquidazione giudiziale ma dal (solo) deposito della domanda di apertura di una qualsiasi procedura di regolazione della crisi di impresa e dell'insolvenza.

In tale contesto sarebbe difficile poter sostenere che il disvalore giuridico dell'atto risiederebbe nella lesione della *par condicio creditorum* dal momento che gli strumenti di regolazione della crisi che prevedono la continuità aziendale ammettono pacificamente il compimento di atti da parte dell'imprenditore insolvente anche in deroga all'ordine delle cause legittime di prelazione. Col che si evidenzia ancor di più la frattura rispetto alla tradizione giuridica italiana in materia di revocatoria ove l'inefficacia sopravvenuta dell'atto risiederebbe nella lesione dei diritti di ordinata distribuzione spettanti alla massa dei creditori.

Inoltre, la possibilità di distribuzione del patrimonio, in deroga ai principi sanciti dagli artt. 2740 e 2741 c.c. previsti in alcuni strumenti di regolazione della crisi (PRO, concordato in continuità qualora sia adottata la ristrutturazione trasversale), consente di ritenere che la revocatoria debba fondarsi su altri presupposti che renderebbero tale fattispecie più affine alla revocatoria ordinaria.

Del resto, come noto, ai compilatori del codice di commercio di fine Ottocento la nullità presuppone un'offensività intrinseca dell'atto che prescinde dall'esito o sorte del debitore che lo compie e dal suo sopraggiunto fallimento.

Tale strumento diverrebbe elemento di pressione dei creditori anteriori affinché nel contesto di strumenti di regolazione della crisi che perseguano la continuità aziendale vengano (ri)discussi i loro diritti o aspettative di soddisfacimento. Non di minore rilevanza la posizione del terzo a seguito degli effetti invalidanti dell'atto e della *reductio in pristinum*,

Peraltro, se la sanzione della nullità consegue all'atto compiuto dal debitore nel periodo sospetto con effetti ripristinatori della situazione *quo ante* non

correlata alla inefficacia relativa dell'atto ma alla sua invalidità non sarebbe più possibile parlare di lesione della garanzia patrimoniale per i creditori ma di obbligazione risarcitoria che consegue ad un atto illecito.

Per tentare di ricondurre a sistema la revocatoria secondo questa accezione dovremmo allora individuare il bene giuridico che il legislatore ritiene leso a livello di ordine pubblico economico-commerciale tale da giustificare la scelta di caducazione con effetti *ex tunc* dell'atto stesso.

Le ambiguità derivanti da tale impostazione non sarebbero di poco conto solo se si pensi al fatto che nella proposta di direttiva, a fronte dell'obbligazione risarcitoria, corrisponde un diritto del terzo ad insinuare il credito conseguente all'adempimento del debito risarcitorio verso la massa, al passivo del fallimento subordinatamente alla prova della mancanza di conoscenza effettiva delle circostanze che determinano l'invalidità dell'atto. Il che non sarebbe compatibile con la nullità quale categoria generale caducante tutti gli effetti giuridici riconducibili all'atto, sia tra le parti che verso i terzi. Inoltre deve considerarsi che nella proposta di direttiva gli effetti ripristinatori della situazione *quo ante* non sono automatici come dovrebbe essere in presenza della sanzione della nullità in quanto il riequilibrio sinallagmatico può essere ripristinato solamente in assenza di pregiudizio alla massa dei creditori (art. 10 comma 2).

Sotto il profilo strettamente processualistico l'azione non sarebbe più costituiva ma dichiarativa della nullità ove l'effetto recuperatorio-risarcitorio conseguirebbe alla nullità stessa come si diceva poc'anzi.

In tal modo l'azione come configurata verrebbe ad avere maggiore attinenza con la tesi indennitaria ove viene valorizzato il disvalore della condotta assunta non solo dal debitore insolvente ma dal terzo che (co)partecipando al disegno distrattivo dell'attivo in danno della massa dei creditori concorre nel compimento di una azione di natura frodatoria.

La sanzione dell'invalidità dell'atto avrebbe altresì significativo impatto sulla funzione "general preventiva" volta ad attenzionare i profili di disvalore delle transazioni tra i terzi creditori e il debitore nel periodo sospetto; un'impostazione, tuttavia, assai pericolosa in funzione di tenuta del sistema economico a fronte dell'incertezza dei traffici giuridici che ne conseguirebbe.

Appare in tal modo recuperarsi una maggiore attinenza con l'istituto per come era concepito nella tradizione romanistica repubblicana (ripresa dai giuristi della fine dell'800 e inizi '900) che, in effetti, rinveniva nell'atto del debitore con la complicità del creditore un'azione di tipo illecito animata da intenzione frodatoria o distrattiva.

Le fonti di diritto classico, come è noto, collocano le origini dell'azione revocatoria nell'ambito degli editti pretori connessi alla *bonorum venditio* del debitore inadempiente che sottraeva fraudolentemente i propri beni alla garanzia di adempimento delle obbligazioni assunte verso la massa dei creditori³⁰.

La *bonorum venditio* rappresentava una forma di esecuzione forzata promuovibile, ad iniziativa dei creditori, sul patrimonio del debitore insolvente.

La procedura si svolgeva in varie fasi: dapprima, i creditori chiedevano al pretore di immettersi nel possesso del patrimonio del debitore (c.d. *missio in bona*); a seguito di tale richiesta, il pretore, ricorrendone i presupposti (irrimediabile insolvenza del debitore), immetteva nel possesso dei beni del debitore tutti i creditori collettivamente (non solo quelli istanti, ma anche quelli successivamente intervenuti), nominando tra essi un curatore (c.d. *curator bonorum*) cui veniva affidata temporaneamente la custodia e l'amministrazione dei beni; trascorsi 30 giorni dalla *missio in bona*, i creditori procedevano all'elezione (tra essi) di un *magister bonorum*, il quale, dopo aver redatto l'inventario dei beni, emetteva il bando di vendita (c.d. *lex venditionis*) contenente l'elenco dei beni messi in vendita, i nomi dei creditori (con gli importi dovuti a ciascuno e l'indicazione dei crediti eventualmente assistiti da garanzie), i termini entro i quali il *bonorum emptor*, cioè l'acquirente dei beni, doveva soddisfare i creditori, e l'indicazione delle garanzie che il *bonorum emptor* doveva prestare per l'adempimento delle obbligazioni da lui assunte con l'acquisto;

— trascorsi 10 o 15 giorni dall'emanazione della *lex venditionis*, il *magister bonorum* provvedeva alla vendita in blocco dei beni del "fallito" [*bonorum distractio*] a quello tra i creditori che offriva il pagamento della più alta percentuale dei debiti. I creditori, per la parte dei loro crediti rimasta insoddisfatta, conservavano i propri diritti nei confronti del debitore fallito ma dovevano attendere la creazione di un nuovo attivo patrimoniale.

Tale azione o rimedio non era codificato in alcuna legge ma derivava dalla prassi giurisprudenziale pretorile (*ordo iudiciorum*), "*Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum*" (Papiniano, Digesto 1.1.7.1) la quale conosceva in

³⁰ V. DI STASIO, *I mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*, in *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, diretta da Walter Bigiavi, Torino, 1973, 148; TALAMANCA, *Azione revocatoria*, *Diritto romano*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 883 ss.; IMPALLOMENI, *Azione revocatoria*, *Diritto romano*, in *Noviss. Dig. It.*, II, Milano, 1958, 147 ss.

realtà molteplici istituti contro gli atti in frode ai creditori che potevano sfociare in sanzioni invalidanti, di inefficacia o restitutori.

Tali rimedi avevano quale *eadem ratio* la *restitutio in integrum* della situazione patrimoniale *quo ante* del debitore anche se i confini di tali azioni nel diritto classico rimangono ancora oggi misteriosi. Si tramanda l'esistenza della *in integrum restitutio*, una *interdictum fraudatorium* ed una *denegatio actionis ob fraudem*³¹; tutti rimedi riconducibili ad altrettanti editti pretori.

In particolare nella *in integrum restitutio* il *curator bonorum* poteva apprendere i beni ceduti fraudolentemente dal debitore; la *restitutio* poteva essere richiesta entro un anno dalla *missio in bona* fino a quando non fosse avvenuta la *bonorum venditio* da parte del curatore (*bonorum emptor*) il quale acquistava a titolo universale le azioni spettanti al fallito.

Fu per effetto dell'opera di codificazione attribuibile ai compilatori giustinianeî che i rimedi revocatori vennero ricondotti ad unità cos  che oggi si conosce una sola azione revocatoria. Il termine "azione pauliana"³² non   nemmeno possibile stabilire con certezza se abbia o meno origini classiche oppure se si debba all'opera di risistemazione di Giustiniano ovvero abbia persino origini postclassiche.

Tale azione aveva quale finalit  caducante degli effetti del trasferimento fraudolento ed aveva ad oggetto il bene alienato che si faceva rientrare nel patrimonio del debitore per metterlo a disposizione dei creditori. Si emancipa poi nel periodo del tardo impero la concezione classica di un'azione "*poenalis*" restando pur sempre fermo il presupposto della illiceit  della condotta. La finalit  prevalente dell'azione non   pi  quella riparatoria secondo una accezione di disvalore morale della condotta a favore di una finalit  restitutoria.

Presupposti della azione sono l'*eventus damni* il *consilium fraudis* e la *scientia fraudis*: quanto al primo – nel diritto classico – ricorreva allorch  per effetto dell'atto dispositivo il patrimonio del debitore avesse subito una diminuzione aggravando o provocando il dissesto del debitore attraverso erogazione di prestazioni sproporzionate dal punto di vista del loro valore ed equilibrio sinallagmatico; nel diritto classico, tuttavia, anche in presenza di prestazioni tra loro equipollenti si poteva ravvisare un pregiudizio ai creditori

³¹ V. Ulp., 1.64 ad ed., Dig. 42, 5, 25. Tale editto prevedeva una *denegatio actionis* contro il *bonorum emptor* per i debiti assunti fraudolentemente dal debitore fallito. Si ipostatizzava l'acquisto dei beni senza che l'acquirente potesse subire azioni sui beni acquistati dal fallito.

³² Paulus, 1.6 ad Plautium, Dig., 22, 1, 38, 4. Per ampi riferimenti v. IMPALLOMENI, *Studi sui mezzi di revoca degli atti fraudolenti nel diritto romano classico*, Padova, 1958, I, 1 ss.; SOLAZZI, *La revoca degli atti fraudolenti in diritto romano*, Napoli, 1945, vol. I e II, 84 ss.

nella misura in cui la controprestazione non fosse stata fruibile per la “massa” dei creditori, giocando un ruolo essenziale il *consilium fraudis* e la connotazione distrattiva dell’atto.

Lo strumento classico di riequilibrio patrimoniale consisteva nella *restitutio ad integrum* che veniva azionata dal *curator bonorum* dopo la *missio in bona*.

Viceversa, se la disposizione frodatrice dei diritti dei creditori veniva scoperta successivamente alla *bonorum venditio*, era preclusa qualsivoglia azione contro il *bonorum emptor* potendo i singoli creditori agire individualmente per far valere i propri diritti di credito lesi. Si escludeva comunque nel diritto classico la *in integrum restitutio* verso i terzi che presupponeva la compartecipazione all’atto frodatore.

Dal punto di vista oggettivo l’*eventus damni* era ravvisabile solo ove vi fosse stata sproporzione tra le prestazioni a svantaggio del *fraudator* a meno che il *fraudator* non avesse agito scientemente al fine di occultare il bene a garanzia dei creditori; in caso contrario non vi sarebbe stata la revocabilità dell’atto.

Gli elementi soggettivi nel diritto classico sono identificati nel *consilium fraudis* dell’alienante e nella *scientia fraudis* dell’acquirente. Già nel diritto romano il disvalore giuridico dell’atto consisteva nella preordinazione a danno dei creditori attuali non di quelli potenziali o futuri anche se il rimedio veniva di sovente applicato soprattutto in presenza di una molteplicità di creditori garantendosi in tal modo la tutela concorsuale anche dei creditori non direttamente frodati o aventi ragione di credito sottoposte a termine o a condizione.

La *scientia fraudis* consiste invece nella consapevolezza del *consilium fraudis* da parte del *fraudator*.

Alla luce delle considerazioni svolte è possibile ritenere che la proposta di Direttiva presenti una forte attinenza con la struttura della revocatoria per come era conosciuta nel diritto classico ove si attribuiva all’atto di disposizione del debitore nel periodo sospetto non solo un pregiudizio alla massa dei creditori ma una attitudine alla lesione di un bene giuridico ancor più elevato, equiparabile a ciò che definiremmo oggi come ordine pubblico economico.

In questo modo la sanzione della nullità tende ad eliminare in modo radicale gli effetti di atti che sono ritenuti riprovevoli dall’ordinamento ponendo a carico dell’*accipiens* una obbligazione risarcitoria che presuppone l’illiceità della sua condotta.

LA NULLITÀ DEI CONTRATTI PER CONCESSIONE ABUSIVA DI CREDITO E AGGRAVAMENTO DEL DISSESTO, ALLA PROVA DEGLI INSEGNAMENTI DELLA SUPREMA CORTE SULLE NULLITÀ “VIRTUALI” *

di EDOARDO STAUNOVO-POLACCO

Sommario: 1. Premessa. 2. Le decisioni di merito dichiarative della nullità contrattuale. 3. I richiami a Cass. 16706/2020 e il tenore di tale pronuncia. 4. L'ipotesi di una nullità contrattuale per inosservanza dei principi di sana e prudente gestione. 5. L'ipotesi di una nullità contrattuale per concorso nell'aggravamento del dissesto. 6. Le peculiarità dei finanziamenti con garanzia pubblica e privilegio in surroga. 7. Conclusioni.

Abstract: il testo approfondisce il tema della nullità dei contratti per concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto finanziario, alla luce delle sentenze della Suprema Corte sulle c.d. nullità "virtuali". Viene poi esaminata la sentenza Cass. 16706/2020 e valutata la nullità dei contratti che violano i principi di sana gestione o contribuiscono al deterioramento della situazione economica, con particolare riferimento ai finanziamenti con garanzia pubblica.

Parole Chiave: nullità contrattuale, concessione abusiva di credito, aggravamento del dissesto, finanziamenti pubblici.

Abstract: the text delves into the issue of contract nullity for abusive credit concessions and worsening financial distress, examining the Italian Supreme Court's rulings about the so-called "virtual" nullities. The analysis includes Cass. 16706/2020 and assesses the nullity of contracts that breach principles of sound management or exacerbate the economic situation, with a specific focus on publicly guaranteed financing.

* Il contributo, sottoposto alla valutazione di un referee, è destinato a un volume collettaneo diretto da Stefano Ambrosini e Francesco Antonio Genovese.

Keywords: contract nullity, abusive credit concession, worsening financial distress, publicly guaranteed financing.

1. Premessa.

Il tema della concessione di credito alle imprese in crisi o insolventi – e delle censure passibili di essere mosse alle banche finanziatrici in caso di fallimento (ora liquidazione giudiziale) del finanziato¹ – ha iniziato ad interessare i contenziosi fra banche e procedure concorsuali da due decenni circa, con una particolare concentrazione negli ultimi anni, dopo che – *inter alia* – si è constatato in via pressoché definitiva il venir meno delle liquidità acquisibili dalle curatele con le azioni revocatorie fallimentari delle rimesse in conto corrente bancario, decimate, nel numero e negli importi, dalla lett. b) del terzo comma dell’art. 67 l. fall., in combinato disposto con l’art. 70, terzo comma, l. fall., introdotti dall’ormai datato d.l. 35/2005 e rimasti sostanzialmente invariati nei successivi interventi normativi².

Appena due anni dopo la prima riforma dell’art. 67 l. fall., le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono state chiamate a pronunciarsi sul tema (preliminare) della legittimazione del curatore all’azione risarcitoria per il danno cagionato ai creditori del fallito da una concessione creditizia che fosse giudicata “abusiva”.

¹ In argomento si vedano, su questa Rivista: S. AMBROSINI, *Adeguatezza degli assetti, sostenibilità della gestione, crisi d’impresa e responsabilità della banca: alla ricerca di un fil rouge (un’introduzione)*, in *ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*, 19 maggio 2023; E. ANDREANI, *Adeguati assetti ex art 2086 c.c., valutazione creditizia ed evoluzione della relazione banca impresa*, in *ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*, 24 ottobre 2023; R. DEL PORTO, *Brevi note in tema di concessione abusiva di credito*, in *ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*, 3 ottobre 2022, e F. SEBASTIANO e S. CERONI, *Il fascino discreto della concessione abusiva di credito dopo il CCII*, in *ristrutturazioniazendali.ilcaso.it*, 13 novembre 2023.

² Il d.lgs. 169/2007, in particolare, si è limitato a richiamare i rapporti di conto corrente bancario nell’art. 70, terzo comma, l. fall., ed il d.lgs. 147/2020, nel contesto della liquidazione giudiziale introdotta dal Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza, all’art. 166, comma 3, lett. b), dedicato alla revocatoria concorsuale delle rimesse, ha unicamente soppresso le parole “consistenti e”, per cui, allo stato, ai fini della revoca, rileva la sola “durevolezza” della riduzione dell’esposizione debitoria del correntista, fermo restando il limite massimo del “rientro” ex art. 171, terzo comma, CCII.

La legittimazione venne negata, per essere riconosciuta ai singoli creditori pregiudicati dalla condotta del fallito e della banca eventualmente concorrente nell'illecito³.

Negli anni successivi quella legittimazione venne invece riconosciuta in relazione al danno al patrimonio sociale cagionato dall'aggravamento del dissesto conseguente alla concessione creditizia illegittima⁴; ed il quadro è cambiato ulteriormente negli anni più recenti, perché i Giudici di legittimità, a partire dal 2021, hanno preso a riconoscere la legittimazione del curatore non solo quanto al danno arrecato al patrimonio sociale, ma anche per i danni subiti dai creditori⁵, tra l'altro con un riferimento all'azione risarcitoria ex art. 146 l. fall. come "azione di massa".

Le presenti note non sono dedicate a questa tipologia di iniziative, per cui non è possibile approfondire le varie problematiche che pongono in termini astratti e concreti; vuoi sempre sul tema della legittimazione attiva⁶, vuoi su quello della natura dell'azione⁷, vuoi sulle condotte foriere di responsabilità e

³ Cass. SS.UU. 28 marzo 2006, n. 7029, <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/17013>, con le coeve Cass. SS.UU. 28 marzo 2006, n. 7030, e Cass. SS.UU. 28 marzo 2006, n. 7031, seguite da Cass. 12 maggio 2017, n. 11798, <https://www.ilcaso.it/sentenze/legittimita/17425>.

⁴ Cass. 1 giugno 2010, n. 13413, <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/2383>, nonché Cass. 20 aprile 2017, n. 9983, <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/17266>.

⁵ Cass. 30 giugno 2021, n. 18610, <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/25640>, e Cass. 14 settembre 2021, n. 24725, <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/25948>, nonché, a quanto consta, le successive Cass. 18 gennaio 2023, n. 1387, <https://www.ilcaso.it/sentenze/legittimita/28730>, e Cass. 27 ottobre 2023, n. 29840, https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it/Giurisprudenza/446_Ancora-una-pronuncia-della-Cassazione-sullabusiva-concessione-di-credito.

⁶ Quantomeno sulla legittimazione del curatore all'azione dei creditori, fra gli arresti a Sezioni Unite del 2006 e gli orientamenti più recenti pare esservi qualche incongruenza, per cui, forse, un ulteriore intervento nomofilattico non sarebbe inopportuno.

⁷ Si consideri che le azioni di massa sono quelle che "derivano dal fallimento", nel senso che sorgono per effetto del fallimento, come le revocatorie fallimentari, o a seguito dell'apertura della procedura "sono sottoposte a una speciale disciplina" (Cass. 21 ottobre 2005, n. 20350, in *Foro it.*, Rep. 2005, voce Fallimento, n. 322), e subiscono "deviazioni dal loro schema legale tipico" (Cass. 6 giugno 2022, n. 8238, in *Fallimento*, 2003, 380), come la revocatoria ordinaria esperita dal curatore ai sensi dell'art. 66 l. fall. (ora art. 165 CCII); per cui, sulla riconducibilità alle azioni di massa dell'azione dei creditori sociali conferita all'iniziativa del curatore dall'art. 146 l. fall. (ora art. 255 CCII), vi è ampio margine di discussione.

sui profili attinenti al nesso causale⁸, vuoi, infine, sulla determinazione del danno nell'*an* e nel *quantum*⁹.

Questa sede è dedicata, invece, all'approfondimento di un'altra tematica, perché la fattispecie della concessione abusiva di credito, ricollegata all'aggravamento del dissesto, ha aperto un altro fronte contenzioso fra banche e procedure concorsuali, declinato in termini di validità o invalidità dei contratti con i quali la finanza "abusiva" sia stata erogata.

Alla data della stesura delle presenti note risultano allo scrivente – senza pretesa di completezza – quattro significative decisioni di merito, rese in altrettante opposizioni allo stato passivo, le quali, avendo ritenuto in vario modo abusive determinate concessioni creditizie, ed avendole riconnesse all'aggravamento del dissesto conseguente alla indebita prosecuzione dell'attività della fallita tale da integrare il reato di cui all'art. 217, primo comma, n. 4, l. fall. (ora, nella liquidazione giudiziale, art. 323, primo comma, n. 4, CCII), grazie al richiamo ad un precedente di legittimità sul quale avremo modo di intrattenerci hanno dichiarato nulli i contratti bancari. In un caso (ma il principio è richiamato anche in altri due), le banche creditrici non sono state ammesse al passivo neanche per ripetizione di indebitato, essendo stata ritenuta, la fattispecie, contraria al buon costume economico.

Nel presente contributo, dato per scontato – e quindi senza bisogno di chiarimenti – che dal punto di vista delle condotte e delle loro negative conseguenze patrimoniali l'ambito risarcitorio e quello della validità dei contratti coincidono, e che, trattandosi di concorso in bancarotta semplice per aggravamento del dissesto, è necessaria la ricorrenza di tutti i presupposti che integrano la fattispecie delittuosa¹⁰, si esamineranno innanzitutto le

⁸ Su questi aspetti, peraltro, vi sono già significative indicazioni in Cass. 18610/2021 e in Cass. 24725/2021, citt.

⁹ Si segnalano, in argomento, le recenti Cass. 28 febbraio 2024, n. 5252, <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/30771>, e Cass. 25 marzo 2024, n. 8069, <https://www.ilcaso.it/sentenze/legittimita/31301>, che hanno stabilito che il criterio dei c.d. netti patrimoniali codificato dall'art. 2486, terzo comma, c.c., si applica anche alle cause pendenti alla data dell'entrata in vigore della norma, e per liquidare il danno il giudice deve utilizzare quel parametro, a meno che in causa non siano dedotti e individuati elementi di fatto legittimanti l'uso di un diverso criterio liquidatorio più aderente alla realtà del caso concreto.

¹⁰ Per poter vagliare la nullità dei contratti, dunque, devono sussistere i medesimi presupposti in fatto e in diritto dettati da Cass. 18610/2021 e Cass. 24725/2021, citt. per l'azione risarcitoria, e/o i requisiti che possono condurre ad una condanna penale del fallito e del concorrente per bancarotta semplice; presupposti e requisiti che, peraltro, abitualmente sono valutati *incidenter tantum* nelle sedi civili, a fronte di procedimenti penali quasi mai neanche avviati.

argomentazioni poste alla base di tali pronunce, rese, come già detto, nella sede di cui all'art. 98 l. fall.; dopodiché si verificherà se trovino davvero conforto nella pronuncia di legittimità da esse invocata, e si cercherà poi di comprendere se la soluzione di una nullità, come ravvisato da quelle decisioni, sia davvero praticabile, anche alla luce di recenti arresti di legittimità sui cc.dd. “reati in contratto” e – a Sezioni Unite – sulle cc.dd. “nullità virtuali”; per concludere, infine, con un breve cenno sui finanziamenti assistiti da garanzia pubblica con privilegio in surroga (SACE/MCC).

2. Le decisioni di merito dichiarative della nullità contrattuale.

Ad avere inaugurato il filone giurisprudenziale di merito è stato un decreto del Tribunale di Vicenza del 19.5.2022¹¹, che ha dichiarato la nullità di due mutui concessi ad una società, poi fallita, la quale avrebbe manifestato, all'epoca delle stipulazioni, segnali di dissesto; finanziamenti, quelli, che da un lato sarebbero stati utilizzati per estinguere pregressi crediti chirografari del mutuatario nei confronti della banca stessa, dall'altro avrebbero aggravato il dissesto societario “*per importo almeno pari a quello dei finanziamenti erogati*”.

La motivazione richiama alcuni stralci della sentenza della Corte di Cassazione di cui si è fatto cenno in premessa: si tratta di Cass. 5 agosto 2020, n. 16706¹², dei quali il Giudice vicentino riprende i seguenti passaggi motivazionali¹³:

- “è invero principio consolidato che ” in tema di cause di nullità del negozio giuridico, per aversi contrarietà a norme penali ai sensi dell'art. 1418 c.c., occorre che il contratto sia vietato direttamente dalla norma penale, nel senso che la sua stipulazione integri reato” (Cass. 18016/2018, 14234/2003), regola applicabile ad ogni fattispecie contrattuale, come nel caso del finanziamento ad impresa in dissesto, che s' inserisca, ritardandolo, nell' iter organizzativo e di progressione delle proprie scelte, già ricadenti come doveri giuridici specifici a carico dell'imprenditore, di richiedere senza indugio il proprio fallimento o comunque di non espandere le dimensioni della propria insolvenza mediante

¹¹ https://ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it/uploads/admin_editor/Trib.-Vicenza-19-maggio-2022.pdf.

¹² <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/24182>

¹³ Si è scritto “riprende” perché il Tribunale richiama quei passaggi nel proprio contesto motivazionale, riportandone degli stralci.

operazioni dilatorie, versando in grave colpa” (v. Cass. 16706/2020, punto 14 della motivazione);

- *se è vero, ed anzi ovvio, che è ben possibile e lecito il finanziamento all'impresa in crisi anche da parte di soggetti diversi da istituti che esercitano professionalmente il credito, nondimeno l'invocazione in questa sede della apparente non speculatività dell'apporto di provvista (non dotato di specifiche garanzie e nemmeno formulato per un'ipotesi di prededuzione) non integra di per sè anche la sua immunità da una concorrente valutazione di illiceità ove inserito in un contesto di ambigua negoziazione iniziale, tardiva qualificazione giuridica e finale innesto in una vicenda di aggravamento riprovevole del dissesto dell'impresa finanziata”* (v. Cass. 16706/2020, punto 15 della motivazione).

Il decreto nega poi il diritto della banca all'ammissione al passivo per le somme erogate, a titolo di ripetizione di indebitato, e lo fa richiamando i seguenti passi, sempre di Cass. 16706/2020:

- *“la norma di cui all'art. 2035 c.c. ... funge da limite legale all'applicabilità del precedente art. 2033, di modo che il giudice di merito, chiamato a pronunciarsi su una "condictio ob iniustam causam", deve procedere d'ufficio, e sulla base delle risultanze acquisite, alla ulteriore valutazione dell'atto o del contratto di cui abbia ravvisato l'illegalità o la contrarietà all'ordine pubblico, sul diverso piano della sua contrarietà al buon costume”* (v. Cass. 16706/2020, punto 17 della motivazione);

- *“tale seconda, concorrente, violazione promana dal riconoscimento al contempo del pregiudizio obiettivamente occorso alla massa dei creditori per effetto dell'incremento delle dimensioni della decozione, causato - come unico scopo, ai fini qui ora in rilievo - da condotte consapevolmente partecipative nel mantenere al di fuori della concorsualità l'imprenditore che già versava in tutti i suoi presupposti oggettivi”* (v. Cass. 16706/2020, punto 18 della motivazione);

- *“la nozione di buon costume non si identifica soltanto con le prestazioni contrarie alle regole della*

morale sessuale o della decenza, ma comprende anche quelle contrastanti con i principi e le esigenze

etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico” (v. Cass. 16706/2020, punto 17 della motivazione);

- [con riferimento all'irripetibilità, essa viene definita] *“una ‘sanzione’ (civile)”* a carico *“di un soggetto che ha condotto un comportamento disdicevole*

alla luce del sentire comune, così valorizzando - come detto - le clausole generali volte ad imporre, a chi si immette nel traffico giuridico e nelle reti interimprenditoriali in particolare, prestazioni conformate secondo buona fede, secondo criteri non moralistici, si può aggiungere, ma di concorrente condivisa opportunità e utilità sociale nelle relazioni ordinate di mercato, che non sopportano la permanenza artificiale in esso di concorrenti decotti, la cui insolvenza sia resa occulta ovvero ingiustificatamente ritardata nella sua emersione e strumentalizzata per operazioni in danno dei creditori” (v. Cass. 16706/2020, punto 21 della motivazione);

- infine, “gli interrogativi sui margini di iniquità sottostanti all’antica regola per cui in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis, appaiono nella fattispecie almeno parzialmente eludibili, considerando che la retentio si risolve in una inopponibilità immediata di vantaggio non tanto per il contraente che, al pari del solvens, versava in una situazione di immoralità, bensì - allo stato - per la massa dei creditori” (v. Cass. 16706/2020, punto 22 della motivazione).

A breve distanza da questa prima pronuncia è seguito il decreto del Tribunale di Torino in data 4 ottobre 2022¹⁴, che, sempre in sede di opposizione allo stato passivo, ha escluso dal concorso un credito riveniente da un finanziamento chirografario con garanzia del Mediocredito Centrale concesso ai sensi del dell’art. 13, comma 1, lett. m), d.l. 23/2020 (quindi un finanziamento “Covid”), per averlo la Banca accordato ad una società già in crisi, senza valutarne il merito creditizio, violando perciò il principio della “sana e prudente gestione” di cui all’art. 5 TUB.

Su tali basi, senza prendere posizione, per il resto, sui danni che il finanziamento avrebbe cagionato alla società o ai creditori sociali in termini di aggravamento del dissesto, il Collegio torinese ha dichiarato la nullità del mutuo ed ha argomentato dell’irripetibilità della somma erogata, richiamando la già citata Cass. 16706/2020, nonché Cass. 31 maggio 2022, n. 17568¹⁵, resa in tema di nullità virtuale per violazione di norme penali, della quale si dirà nel seguito del presente scritto.

La terza pronuncia è del Tribunale di Asti ed è resa in data 8 gennaio 2024¹⁶. In quella vicenda si discuteva di un finanziamento ex art. 13, comma 1, lett. e),

¹⁴ https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it/uploads/admin_files/Trib--Torino-4-ottobre-2022.pdf

¹⁵ <https://www.ilcaso.it/sentenze/legittimita/27750>

¹⁶ <https://ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it/Giurisprudenza/461>

d.l. 23/2020 (quindi un finanziamento “Covid” di rinegoziazione del debito), che il Giudice astigiano ha ritenuto concesso in una situazione di dissesto dell’impresa finanziata.

In punto di diritto, e per quanto interessa il tema in esame, la decisione ha dichiarato la nullità del mutuo sempre per violazione del principio della “sana e prudente gestione” di cui all’art. 5 TUB, e vi ha aggiunto la nullità ex art. 1418 c.c. per essere stato il finanziamento idoneo a procrastinare la dichiarazione di fallimento dell’impresa e ad aggravarne il dissesto, in contrasto con l’articolo 217, comma 1, n. 4, l. fall. Il tutto, con espresso richiamo sia alla decisione del Tribunale di Torino di cui si è appena detto, sia alla già menzionata Cass. 16706/2020.

Infine, la quarta decisione è del Tribunale di Ferrara ed è del 3 maggio 2024¹⁷: essa ha escluso dal passivo un credito per l’utilizzo di un’apertura di credito in conto corrente (ad un certo punto consolidata), e lo ha fatto appoggiandosi, in punto di diritto, sia a Cass. 16706/2020, sia alle decisioni del Tribunale di Vicenza e del Tribunale di Torino delle quali abbiamo detto in precedenza, indicando in punto di diritto, quale norma penale violata, l’art. 217, primo comma, n. 4, l. fall., e in punto di fatto, quanto all’aggravamento del dissesto, l’aumento dell’indebitamento della società, in particolar modo nei confronti dell’erario.

Sintetizzando, dunque, la giurisprudenza di merito che si è espressa nel senso della nullità dei contratti dei finanziamenti alle imprese in crisi (i) ha valorizzato ampiamente Cass. 16706/2020 [*il Tribunale di Torino anche Cass. 17568/2022, n.d.r.*], e (ii) ha fondato l’affermazione dell’invalidità vuoi sulla violazione del principio di sana e prudente gestione nelle concessioni creditizie da parte delle banche, vuoi sul concorso del finanziatore nell’aggravamento del dissesto, per avere quelle erogazioni (anche in termini di mero riscadenzamento del debito), agevolato la prosecuzione di un’attività imprenditoriale insolvente, risoltasi con ulteriori debiti/perdite.

3. I richiami a Cass. 16706/2020 e il tenore di tale pronuncia.

3.1 Abbiamo visto che i quattro precedenti sopra richiamati hanno tutti invocato, a fondamento delle rispettive decisioni in diritto, Cass. 16706/2020: il Tribunale di Vicenza con trascrizione di alcuni passaggi motivazionali; le altre decisioni con richiami più sintetici.

¹⁷ <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/31333>

Nel CED Cassazione, in relazione a tale pronuncia si rinvencono due massime¹⁸:

- la rv. 658613-02, così formulata: *“In sede di insinuazione al passivo del fallimento, deve ritenersi nullo ex art. 1418 c.c. il titolo negoziale dissimulante un negozio di finanziamento (nella specie erogato in più tranches a fronte di forniture non eseguite) stipulato dall'imprenditore insolvente, in violazione del dovere di richiedere senza indugio il fallimento o comunque di non aggravare il dissesto dell'impresa con operazioni dilatorie, in quanto contrario a norme imperative, in particolare di natura penale, quali il divieto di aggravare il dissesto e di ordine pubblico economico, integrando la relativa stipula una fattispecie di reato (art. 217, 1° comma, n. 4, l.fall.), di cui è chiamato a rispondere, a titolo di concorso, anche il finanziatore”*;

- la rv.658613-03, del seguente tenore: *“Ai fini dell'applicazione della soluti retentio prevista dall'art. 2035 c.c., le prestazioni contrarie al buon costume non sono soltanto quelle che contrastano con le regole della morale sessuale o della decenza, ma sono anche quelle che non rispondo[no] ai principi e alle esigenze etiche costituenti la morale sociale in un determinato ambiente e in un certo momento storico, dovendosi pertanto ritenere contraria al buon costume, e come tale irripetibile, l'erogazione di somme di denaro in favore di un'impresa già in stato di decozione integrante un vero e proprio finanziamento, che consente all'imprenditore di ritardare la dichiarazione di fallimento, incrementando l'esposizione debitoria dell'impresa trattandosi di condotta preordinata alla violazione delle regole di correttezza che governano le relazioni di mercato e alla costituzione di fattori di disinvolta attitudine «predatoria» nei confronti di soggetti economici in dissesto”*.

La lettura evidenzia due chiari sintomi di una peculiarità del caso di specie, inidonea, come vedremo, a consentire generalizzazioni:

¹⁸ In realtà i codici di massima sarebbero tre, ma quello “rv. 658613-01” si limita ad informare che *“Il Massimario della Corte Suprema di Cassazione non ha proceduto alla massimazione in quanto la presente ribadisce principi già espressi nella Cass. Civ. 024794/2018”*, ed in Cass. 24794/2018 si legge un principio estraneo alle presenti note, ossia che *“Il decreto di rigetto della domanda di insinuazione al passivo che operi un rinvio "per relationem" alle motivazioni esposte dal curatore fallimentare nel progetto di cui all'art. 95 l.fall., può ritenersi adeguatamente motivato a condizione che il richiamo sia univoco e che le contestazioni del curatore siano sufficientemente specifiche, in modo da garantire pienamente il diritto di difesa del creditore”*.

- nella prima massima, si tratta del riferimento ad un “*titolo negoziale dissimulante un negozio di finanziamento (nella specie erogato in più tranches a fronte di forniture non eseguite)*”;

- nella seconda, il riferimento, in chiusura di massima, è ad una “*disinvolta attitudine «predatoria»*” da parte dell’erogatore del denaro “*nei confronti di soggetti economici in dissesto*”.

Se si esamina la sentenza nella sua interezza – ovverosia con tutta la motivazione – si constatano tre circostanze.

La prima è che il caso definito dalla Suprema Corte era effettivamente del tutto peculiare, perché, in quella vicenda, la pretesa creditoria insinuata al passivo riguardava forniture a credito effettuate ad un soggetto già in crisi, che si trovava in tal modo ad indebitarsi ulteriormente e ad aggravare il proprio dissesto, nel contesto di un disegno del fornitore finalizzato a rilevarne gli *asset*, tramite una forma di finanziamento dissimulata, costituita proprio dalle forniture a credito.

I punti 18 e successivi della motivazione rendono evidente che è stata tale ultima circostanza, unita all’aggravamento del dissesto a detrimento delle ragioni dei creditori, ad avere condotto la Corte a ravvisare la nullità della forma dissimulata di finanziamento e la contrarietà della condotta predatoria al buon costume economico, con conseguente irripetibilità degli importi per il “finanziatore”.

La seconda constatazione è che la sentenza non enuncia, in nessun punto, i principi di diritto massimati. La motivazione, infatti, contiene numerosi riferimenti all’antigiuridicità delle condotte del debitore e dei suoi eventuali concorrenti che abbiano determinato l’aggravamento del dissesto con il ritardo nella dichiarazione di fallimento (constatazione peraltro ovvia, se è vero che esiste l’art. 217, primo comma, n. 4, l. fall.); ma non sono meno incisivi i collegamenti di tali condotte con lo scopo predatorio di colui che, inducendo l’aggravamento del dissesto del cliente, finisce per impadronirsi della sua attività tramite finanziamenti dissimulati.

In tale complesso iter motivazionale, sia consentito dire che le massime non appaiono ineccepibili, nei termini in cui risentono di una sminuita rilevanza della componente dissimulata e predatoria della vicenda, relegata ad incisi secondari ben difficilmente inquadrabili, nella loro reale portata, da chi si limiti a leggere le massime, senza addentrarsi nella disamina dell’intera motivazione.

La terza considerazione, in termini più generali, è che la Suprema Corte non ha mai affermato che il finanziamento all'impresa in crisi sia illegittimo¹⁹.

Al punto 15 della motivazione, anzi, è scritto esattamente il contrario, ossia, testualmente, che “è vero, ed anzi ovvio, che è ben possibile e lecito il finanziamento all'impresa in crisi anche da parte di soggetti diversi da istituti che esercitano professionalmente il credito”; salvo poi aggiungere, la Suprema Corte, che a tale conclusione non si può pervenire “in un contesto di ambigua negoziazione iniziale, tardiva qualificazione giuridica e finale innesto in una vicenda di aggravamento riprovevole del dissesto dell'impresa finanziata”, vale a dire, come già detto, e come si ricava anche proseguendo la lettura della motivazione, nell'ambito di un disegno di natura predatoria finalizzato all'acquisizione degli *assets* del cliente, dopo averne aggravato il dissesto in assenza, per il resto, di utilità sociale.

3.2 Questo essendo ciò che si ricava dalla lettura della pronuncia di cui discute, in termini generali non si può nascondere qualche dubbio, perché, nel muoversi nei concetti di buon costume, ordine pubblico e similari, si annida sempre il rischio di lasciare la definizione del lecito e dell'illecito al fatto che la vicenda giuridica sia o non sia gradita “alle personali convinzioni giuridiche o, peggio, sociologiche o addirittura politiche dell'interprete”²⁰, con chiaro pregiudizio, *inter alia*, delle esigenze di certezza dei rapporti giuridici. Per non dire del fatto che, alla stregua della decisione in esame, sarebbe da porre nel nulla per contrarietà al buon costume economico una ampia galassia di attività speculative che giornalmente interessano l'economia, ogniqualvolta il vantaggio dello speculatore comporti un sacrificio di interessi altrui, anche di

¹⁹ Sia detto per inciso che, se così non fosse, si sarebbe trattato di affermazione singolare, viste le svariate disposizioni legislative finalizzate proprio al finanziamento delle imprese in crisi, anche di carattere generale quali quelle (un esempio per tutti), sui finanziamenti fondiari ex art. 38 TUB, finalizzati a favorire la “mobilizzazione” della proprietà immobiliare concedendo credito anche a soggetti in condizioni deficitarie (v. Corte Cost 22 giugno 2004, n. 175, in *Fallimento*, 2004, 8, 864), e che difatti godono del beneficio del consolidamento delle ipoteche in dieci giorni, proprio nella prospettiva della concessione ad imprenditori suscettibili di fallire a breve distanza dalla stipulazione del contratto e dall'iscrizione della garanzia reale nei pubblici registri immobiliari.

²⁰ Così si legge in Cass. 25 luglio 2022, n. 23149, https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime_pubblicate/27823, ripresa e condivisa da App. Ancona 2 aprile 2024, n. 530, in *Onelegale*.

carattere pubblico, che venga ritenuto eccessivo²¹. Questo, probabilmente, secondo alcune visioni sarebbe auspicabile, ma richiederebbe indicazioni chiare ed inequivocabili, non rimesse certo alla sensibilità dei singoli nell'interpretazione di concetti di carattere generale, facendovi rientrare, potenzialmente, qualsiasi cosa.

Chiusa, ad ogni modo, questa parentesi, è di tutta evidenza che stiamo parlando di una decisione inidonea a consentire l'affermazione, in termini generali, di una nullità dei finanziamenti alle imprese in crisi qualora il finanziatore non abbia osservato i principi di sana e prudente gestione e/o abbia favorito una prosecuzione dell'attività d'impresa i cui risultati siano stati quelli di aggravare il dissesto²².

Sotto questo punto di vista non si possono nascondere le perplessità che sono sorte nel leggere – come si è letto in particolar modo in uno, fra i precedenti di merito sopra citati – passaggi motivazionali della decisione della Suprema Corte per stralci, del tutto avulsi dal contesto e con totale pretermissione delle peculiarità del caso.

Né si può omettere di segnalare, per completezza ricostruttiva, che la seconda massima ufficiale della decisione di legittimità (la n. 658613-03), unitamente ad

²¹ Che dire, ad esempio, della corrispondenza a buon costume economico degli acquisti di partecipazioni societarie da parte di fondi stranieri che mirano unicamente alla delocalizzazione degli impianti, per lasciare le imprese acquisite al loro destino e i dipendenti alla cassa integrazione o alla disoccupazione, come giornalmente riferiscono le cronache nazionali? Che dire della corrispondenza a buon costume economico degli acquisti delle aziende da parte dei concorrenti allo scopo di farne cessare l'attività e così espungerle dal mercato, con conseguenze analoghe a quelle appena viste? Che dire della corrispondenza a buon costume economico dei contratti conclusi dai clienti "forti" che, per massimizzare i profitti, impongono ai fornitori prezzi spesso inidonei anche solo a coprire i costi, costringendoli, ad un certo punto, a cessare l'attività, a licenziare i dipendenti e sovente ad accedere alle procedure concorsuali? E che dire, per finire le esemplificazioni, della corrispondenza a buon costume economico delle operazioni di cessione di crediti bancari in favore di speculatori che, avendoli acquistati a percentuali irrisorie (nelle cessioni di crediti non garantiti, anche prossime allo zero), spuntano poi guadagni multimilionari espropriando i beni essenziali dei debitori (*in primis* la casa di abitazione), tanto che, in sede legislativa, si era pensato di imporre ai cessionari di accettare transazioni qualora fossero state offerte condizioni più o meno prossime ai prezzi di acquisto dei crediti?

²² Si segnala che un interrogativo di carattere più generale, in tale ambito, era stato sollevato da Cass. 14 giugno 2019, n. 16081, (<https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/22019>), con riferimento ad un finanziamento bancario utilizzato per estinguere un debito preesistente; ma l'ordinanza, che ha rimesso la questione alla pubblica udienza, su tale versante non ha avuto seguito, atteso che la sentenza infine emessa (Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517, <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/24836>), ha riqualificato il mutuo come *pactum de non petendo ad tempus* e non ha deciso sulla sua invalidità per potenziale contrasto con l'art. 217, primo comma, n. 4, l. fall.

uno dei suoi passaggi motivazionali, sono stati ripresi nella motivazione di Cass. 19 febbraio 2024, n. 4376²³. Essa ha deciso, in termini analoghi a Cass. 16706/2020 [*nullità del finanziamento ed irripetibilità ex art. 2035 c.c., n.d.r.*], un caso ancora più peculiare e grave di quello del finanziamento dissimulato di carattere predatorio: anche quella sede era un'opposizione allo stato passivo e la pretesa creditoria aveva ad oggetto i compensi di amministratore ed i finanziamenti eseguiti da un socio, vice-presidente ed amministratore delegato della fallita, nel contesto di una attività truffaldina da lui condotta, talmente ampia e fraudolenta da essere stata ripresa dagli organi di stampa nazionali ed internazionali per le gravi implicazioni penali ed i danni multi-milionari che ha arrecato agli investitori che hanno creduto nella bontà dell'iniziativa imprenditoriale.

Anche questa decisione, se letta nella sua interezza (ferme restando le riserve già espresse, in termini generali, su Cass. 16706/2020), non afferma mai una nullità dei contratti di credito agli insolventi per concorso nell'aggravamento del dissesto, e per le particolarità che la contraddistingue non autorizza alcuna generalizzazione, al pari della pronuncia del 2020.

4. L'ipotesi di una nullità contrattuale per inosservanza dei principi di sana e prudente gestione.

Assodato, dunque, che la nullità affermata dalle decisioni di merito esaminate in precedenza non può trovare approdo nella pronuncia di legittimità ivi – ciononostante – ampiamente invocata, non resta che verificare se le violazioni affermate da quei tribunali possano davvero produrre invalidità contrattuale; iniziando dall'inosservanza del principio di “sana e prudente gestione” nell'erogazione del credito.

Quel principio detta regole che mirano a proteggere gli intermediari dall'assunzione di rischi non adeguatamente ponderati o comunque eccessivi. Quindi, esse sono poste a tutela delle banche, le quali, al contempo, sono i soggetti che vengono danneggiati dalla declaratoria di nullità dei finanziamenti (per non dire dell'irripetibilità delle erogazioni).

I termini della questione sono esattamente quelli vagliati dalla giurisprudenza in tema di mutui fondiari, nell'ambito del contenzioso esploso negli ultimi anni sul superamento del c.d. “limite di finanziabilità” ex art. 38 TUB, con svariate decisioni di legittimità e di merito che ebbero a dichiarare la nullità dei

²³ <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/30865>

finanziamenti, prima che le Sezioni Unite della Suprema Corte risolvessero la diatriba²⁴ con la sentenza 16 novembre 2022, n. 33719²⁵.

Quella decisione nomofilattica ha enunciato, tra l'altro, il seguente principio di diritto:

“In tema di mutuo fondiario, il limite di finanziabilità ex art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, non costituisce un elemento essenziale del contenuto del contratto, non essendo la predetta norma determinativa del contenuto medesimo, né posta a presidio della validità del negozio, bensì un elemento meramente specificativo o integrativo dell'oggetto contrattuale, fissato dall'Autorità di vigilanza sul sistema bancario nell'ambito della c.d. "vigilanza prudenziale", in forza di una norma di natura non imperativa, la cui violazione è, dunque, insuscettibile di determinare la nullità del contratto (nella specie, del mutuo ormai erogato cui dovrebbe conseguire anche il venir meno della connessa garanzia ipotecaria), che potrebbe condurre al pregiudizio proprio di quell'interesse alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito che la disposizione mira a proteggere”.

Già queste parole sono sufficienti a dimostrare l'impraticabilità di una qualsivoglia sanzione di nullità dei finanziamenti bancari per violazione dei principi di sana e prudente gestione, perché anche nella fattispecie in esame ci muoviamo “nell'ambito della c.d. ‘vigilanza prudenziale’”, ed anche in questo contesto l'invalidità “potrebbe condurre al pregiudizio proprio di quell'interesse alla stabilità patrimoniale della banca e al contenimento dei rischi nella concessione del credito che la disposizione mira a proteggere”.

Ancora più incisivo, in questi termini, è quanto si legge al punto 8.8 della motivazione.

Qui le Sezioni Unite chiariscono che in senso contrario alla nullità “è risolutivo l'argomento secondo cui non ogni violazione di norma imperativa può dare luogo ad una nullità contrattuale, ma solo quella che pone il contratto in contrasto con lo specifico interesse che la norma imperativa intende tutelare”.

Dopodiché, si aggiunge che la disciplina della vigilanza prudenziale sul contenimento dei rischi nella concessione del credito individua essa stessa l'interesse tutelato, il quale “finirebbe per essere leso qualora si propendesse per la nullità (e il travolgimento) del contratto: ‘far discendere dalla violazione

²⁴ Per gli orientamenti giurisprudenziali contrastanti sia consentito rinviare, oltreché alla motivazione delle Sezioni Unite, al contributo dello scrivente in <https://blog.ilcaso.it/libreriaFile/16fe5-1422.pdf>

²⁵ <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/28256>

della soglia la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato (e far venir meno la connessa garanzia ipotecaria) condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare, ancor più, proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere' (cfr. ordinanza interlocutoria)".

I Supremi Giudici argomentano ulteriormente, poi, che *“la comminatoria della nullità del contratto di mutuo (oltre che dell'accessoria garanzia ipotecaria) retrocederebbe la pretesa della banca mutuante a mera pretesa chirografaria fondata sulla generica ripetizione dell'indebito oggettivo ai sensi dell'art. 2033 c.c.: così vanificandosi l'obiettivo di una sana e prudente gestione volta a prevenire il rischio di sovraesposizione della banca, articolato sull'esigenza di assicurare alla banca il recupero dell'importo finanziato in sede di esecuzione forzata. Tale opportunità è, invece, compromessa ove il mutuo eccedentario sia considerato nullo e con esso, altresì, l'ipoteca connessa; e senza contare che la soluzione invalidante contrasta pure con l'interesse del mutuatario, costretto a restituire immediatamente le somme prese in prestito, con tutte le conseguenze sul proprio patrimonio ed eventualmente sull'attività di impresa" (così Cass. sez. III n. 7509 del 2022)".*

Né si ometta la lettura del punto 8.6, ultimo capoverso, della motivazione stessa, nel quale le Sezioni Unite hanno chiarito che *“Se è vero che qualsiasi disposizione di legge, in quanto generale e astratta, presenta profili di interesse pubblico, seppur disciplinante atti negoziali, ciò non basta a connotarla in termini imperativi, dovendo pur sempre trattarsi di "preminenti interessi generali della collettività" o "valori giuridici fondamentali" (così Cass. SU n. 8472 del 2022 cit.), quale non è quello di cui si tratta che mira a preservare la stabilità patrimoniale degli istituti di credito e impedire il verificarsi di situazioni di squilibrio tra garanzie acquisite e concessione di credito, come condivisibilmente rilevato dai precedenti del 2013 (n. 26672 e 27380)".*

Sulle basi di questa approfondita ricostruzione nomofilattica, la nullità di un finanziamento bancario per violazione, da parte dell'istituto erogante, di regole poste a sua tutela, non è fondatamente predicabile, essendo anzi una contraddizione logico-giuridica.

Infine, si aggiunga che il tema dell'osservanza o inosservanza, da parte della banca finanziatrice, delle regole sulla sana e prudente gestione, potrebbe richiamare, per certi versi, anche quello delle “regole di comportamento” che le parti devono osservare nella fase anteriore o coeva alla stipulazione del contratto.

Un tale approccio non sarebbe del tutto persuasivo, perché quelle regole riguardano il comportamento delle parti l'una nei riguardi dell'altra, mentre l'ottica della sana e prudente gestione, alla luce di quanto precede, riguarda il comportamento della parte finanziatrice nei confronti delle proprie possibilità di recupero dei crediti concessi; quindi, in ultima analisi, di se stessa.

Comunque, se anche si volesse vagliare l'argomento, l'esercizio si concluderebbe immediatamente, dovendosi constatare che quelle regole sono estranee alla struttura ed al contenuto del regolamento negoziale delineato dalle parti, o con diversa espressione alle norme inderogabili concernenti la validità del negozio, per cui la loro violazione non determina nullità, sempre in base alla giurisprudenza della Suprema Corte, anche a Sezioni Unite²⁶.

5. L'ipotesi di una nullità contrattuale per concorso nell'aggravamento del dissesto.

Resta ora da esaminare se la nullità negoziale possa essere affermata per concorso della banca finanziatrice nella violazione dell'art. 217, primo comma, n. 4, l. fall., ed al riguardo i piani da esaminare sono due: uno prettamente civilistico; l'altro sempre civilistico, ma che sconfinava nel diritto penale.

5.1. Iniziando dal primo versante, la norma in esame prevede il reato di chi *“ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa”*. È immediata, dunque, la constatazione che non detta alcuna ipotesi di nullità e non lo fa per nessuna tipologia di contratto, per cui non siamo al cospetto – in tutta evidenza – di una *“nullità testuale”* qual è, ad esempio, per i mutui, quella di cui all'art. 1815,

²⁶ V. nuovamente Cass. SS.UU. 16 novembre 2022, n. 33719, punto 8.1 della motivazione, penultimo capoverso, alla quale si rinvia per ulteriori citazioni, fra le quali spicca Cass. SS.UU. 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, 784, che ebbe a stabilire – con indirizzo non più rimeditato – che *“dalla violazione dei doveri di comportamento che la legge pone a carico dei soggetti autorizzati alla prestazione dei servizi d'investimento finanziario discende la responsabilità precontrattuale, con conseguente obbligo di risarcimento dei danni, per le violazioni in sede di formazione del contratto d'intermediazione destinato a regolare i successivi rapporti tra le parti, ovvero la responsabilità contrattuale, con relativo obbligo risarcitorio ed eventuale risoluzione del predetto contratto, per le violazioni riguardanti le operazioni d'investimento o disinvestimento compiute in esecuzione del contratto d'intermediazione finanziaria in questione, ma non la nullità di quest'ultimo o dei singoli atti negoziali conseguenti, in difetto di previsione normativa in tal senso”*.

secondo comma, c.c., che sanziona di nullità le clausole con le quali vengano pattuiti interessi usurari (e soggiunge che non sono dovuti interessi).

In mancanza di previsioni di nullità testuale, fra gli interpreti è invalsa la tendenza a ricercare “nullità virtuali”, ossia nullità negoziali, ai sensi dell’art. 1418, primo comma, c.c., per contrarietà a norme che, a vario titolo – e spesso, anche a questo riguardo, con una certa libertà – vengono assunte come “imperative”.

Un tentativo del genere, nella fattispecie in esame, pare destinato a sicuro insuccesso.

La norma incriminatrice qui scrutinata, infatti, ha ad oggetto una condotta dell’imprenditore generalmente intesa ed un evento ad essa conseguente, non già la stipulazione di contratti o di clausole contrattuali; per cui non detta, *per tabulas*, alcuna regola che si possa o si debba inserire nella struttura dei negozi giuridici, tantomeno con la pretesa di essere imperativa.

Inoltre, se questa prima considerazione potesse essere superata, si dovrebbe considerare che, ad ammonire sui confini da non travalicare nella valutazione delle nullità virtuali, sono intervenuti due recenti pronunciamenti delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Il più datato è Cass. SS.UU. 15 marzo 2022, n. 8472²⁷, il quale, nel vagliare se la fideiussione prestata da un soggetto non iscritto nell’albo speciale di cui al previgente art. 107 TUB fosse o non fosse passibile di nullità, ha chiarito che *“La nullità negoziale, ex art. 1418 c.c., comma 1, deve dunque discendere dalla violazione di norme (tendenzialmente, seppur non necessariamente, proibitive) aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale la nullità del rapporto negoziale, neppure evocando astrattamente valori o interessi di ordine generale (come, nella specie, la stabilità e integrità dei mercati), cui possono contrapporsi altri valori e interessi di rango costituzionale, tra i quali quelli alla libertà negoziale e al diritto di iniziativa economica (tutelati anche nella Carta dei diritti fondamentale della UE, art. 16) con i limiti indicati nella Costituzione (art. 41, commi 1 e 2)”*.

La pronuncia più recente, invece, è la già ricordata Cass. SS.UU. 16 novembre 2022, n. 33719. Nel valutare la nullità dei mutui fondiari in caso di superamento del limite di finanziabilità, essa ha confermato l’approccio di Cass.

²⁷ <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/27091> punto 6.4 della motivazione.

SS.UU. 8472/2022 ed ha approfondito ulteriormente l'argomento, con le seguenti considerazioni:

- *“una norma prima di essere imperativa dev'essere prescrittiva di un contenuto, specifico e caratterizzante, inerente al sinallagma contrattuale che possa definirsi essenziale, la mancanza del (o difformità dal) quale renderebbe nullo il contratto (ex art. 1418, commi 1 e 2, in relazione agli artt. 1343, 1345 e 1346 c.c.)”* (v. motivazione, punto 8.1, ultimo capoverso);

- *“la nullità negoziale (virtuale) "deve discendere dalla violazione di norme aventi contenuti sufficientemente specifici, precisi e individuati, non potendosi, in mancanza di tali caratteri, pretendere di applicare una sanzione, seppur di natura civilistica, tanto grave quale è la nullità del rapporto negoziale" (Cass. SU n. 8472 del 2022)”* (v. motivazione, punto 8.3, penultimo capoverso);

- *“Le Sezioni Unite hanno osservato di recente che "pur nel polimorfismo che caratterizza la nozione di nullità negoziale, un elemento accomunante nella evoluzione giurisprudenziale si coglie nella tendenza attuale a utilizzare tale nozione - e quella di norma imperativa - come strumento di reazione dell'ordinamento rispetto alle forme di programmazione negoziale lesive di valori giuridici fondamentali"; che "nella ricordata evoluzione giurisprudenziale si è intravisto in dottrina il segno del passaggio dal "dogma della fattispecie" al "dogma dell'interesse pubblico", intendendosi con quest'ultima espressione segnalare, in termini critici, l'eccessiva genericità della nozione e discrezionalità rimessa al giudice nella individuazione di sempre nuove ipotesi di nullità, in potenziale frizione con i valori di libertà negoziale e di impresa, seppur nel bilanciamento con altri valori costituzionali" (Cass. SU n. 8472 del 2022). Una conferma di quest'impostazione proviene da quell'orientamento dottrinale che vede nella nullità uno strumento per rimodellare il rapporto contrattuale secondo canoni e criteri valutativi fondamentalmente preordinati ad obiettivi di equità, proporzionalità e giustizia, i quali tuttavia - si deve precisare - dovrebbero pur sempre essere vagliati preventivamente dal legislatore il cui silenzio, lungi dall'essere irrilevante o neutro, molto spesso è decisivo nel senso di escludere la nullità”* (v. motivazione, punto 8.7, secondo capoverso).

Tenendo presente questi insegnamenti, non è difficile riflettere che (i) la norma dell'art. 217, primo comma, n. 4, l. fall., non si occupa di contratti (circostanza, di per sé, già decisiva), e (ii) come ovvia conseguenza non ha nessun *“contenuto, specifico e caratterizzante, inerente al sinallagma*

contrattuale che possa definirsi essenziale”, tale da poter condurre a nullità negoziali di sorta.

Il tutto, anche a voler trascurare il tema del “*dogma dell'interesse pubblico*”, sovente abusato, come i Giudici nomofilattici non hanno mancato di evidenziare.

5.2. Il piano puramente civilistico, dunque, esclude ogni possibilità di affermare invalidità contrattuali per concorso nell'aggravamento del dissesto, per cui possiamo passare, ora, al versante che presenta ambiti di sovrapposizione con il diritto penale²⁸.

Come già ricordato, l'art. 217, primo comma, n. 4, l. fall., prevede il reato di chi “*ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa*”.

Dunque, la condotta e l'evento delittuoso si identificano nell'aggravamento del dissesto²⁹, che può essere contestato a chi non abbia chiesto la propria dichiarazione di fallimento o abbia tenuto altro comportamento connotato da colpa grave.

Quando si confrontano con gli atti negoziali, le fattispecie di reato hanno conseguenze di carattere civilistico che, in determinati casi, possono sfociare nella nullità contrattuale. Si verte, in tali ipotesi, di “nullità virtuali per violazione di norme penali”.

²⁸ Prima di iniziare non possiamo non ricordare, sia pure per inciso, che in un ormai datato precedente la Suprema Corte ha negato la nullità del contratto integrante concessione abusiva di credito, ritenendo ininfluenza “*il divieto che colpisce soltanto un comportamento materiale delle parti e meno che mai di una sola di esse*”: si veda, al riguardo, Cass. 25 settembre 2003, n. 14234, con la seguente massima: “*Per aversi violazione di norme penali ai sensi dell'art. 1418 Codice civile, il contratto deve essere vietato direttamente dalla norma penale nel senso che la sua stipulazione integri reato, non rilevando il divieto che colpisce soltanto un comportamento materiale delle parti e meno che mai di una sola di esse. (La fattispecie attiene ad una fideiussione della quale il fideiussore ricorrente assumeva la nullità per avere la banca garantita erogato il credito al debitore principale nonostante la richiesta di finanziamento da parte di quest'ultimo asseritamente integrasse gli estremi del reato di ricorso abusivo al credito)*”.

²⁹ Per tutti, v. C. PEDRAZZI, in *Commentario Scialoja-Branca - Legge fallimentare*, sub art. 217, Bologna-Roma, 1995, pag. 165. Nella giurisprudenza penale si veda al riguardo Cass. 21 settembre 2020, n. 28848, in *Onelegale*, che ha chiarito che il giudice di merito deve verificare, mediante un giudizio controfattuale, se, qualora fossero state poste in essere le attività omesse, si sarebbe comunque realizzato l'aggravamento del dissesto, confermandosi in tal modo che è questo l'evento che concretizza la fattispecie di reato.

Sul punto, la più recente giurisprudenza di legittimità ha chiarito che l'individuazione del trattamento civilistico del contratto dipende dal rapporto che, di volta in volta, si abbia tra reato e contratto (o negozio). Tradizionalmente, quando il negozio si è concluso commettendo un reato, si usa distinguere l'ipotesi dei reati commessi nell'attività di conclusione di un contratto, cioè dei c.d. «reati in contratto», e l'ipotesi dei reati che consistono nel concludere un determinato contratto, in sé vietato, cioè dei c.d. «reati contratto»; in sintesi, la distinzione è la seguente: a) nel caso in cui la norma incriminatrice penale vieti proprio la stipulazione del contratto, in ragione dell'assetto degli interessi che esso mira a realizzare, si è al cospetto del c.d. «reato-contratto» (es. la vendita di sostanze stupefacenti; la ricettazione ex art. 648 c.p.; il commercio di prodotti con segni falsi ex art. 474 c.p.); b) allorché, al contrario, la norma penale sanziona la condotta posta in essere da uno dei contraenti in danno dell'altro nella fase della stipulazione, rileva la categoria concettuale del c.d. «reato in contratto» (si tratta, per lo più, delle fattispecie di reato caratterizzate dalla cooperazione artificiosa della vittima come la violenza privata ex art. 610 c.p., l'estorsione ex art. 629 c.p., la circonvenzione di persona incapace ex art. 643 c.p., l'usura ex art. 644 c.p.).

Su queste basi, la Suprema Corte ha affermato la possibilità di dichiarare nulli non solo i contratti vietati direttamente dalla legge (dunque i «reati-contratto»), ma anche quelli stipulati per effetto diretto della consumazione di reati (*id est* i «reati in contratto»); e lo ha fatto, recentemente, per i contratti frutto della condotta estorsiva di una parte nei confronti dell'altra, in merito ai quali l'altra opzione interpretativa era quella della sanzione (sempre civilistica), dell'annullabilità³⁰.

In questo senso si possono richiamare Cass. 31 maggio 2022, n. 17568³¹, nonché la conforme Cass. 27 agosto 2020, n. 17959³², citata nella motivazione della prima pronuncia, la quale è richiamata anche in uno dei precedenti di merito sopra menzionati (Trib. Torino 4 ottobre 2022, cit).

5.2.1 Declinando gli insegnamenti alla fattispecie in esame, è immediato il rilievo che non vi è da discutere di «reati-contratto», per la piana constatazione che non esiste alcuna norma penale che incrimini la stipulazione di contratti

³⁰ In passato vi furono decisioni di analogo tenore per i reati di truffa, circonvenzione d'incapace ed altri ancora.

³¹ <https://www.ilcaso.it/sentenze/legittimita/27750>

³² In *CED Cassazione*, 2020, massima rv. 658946-01.

creditori con soggetti in crisi od insolventi; e nulla del genere si legge, in modo altrettanto evidente, nell'art. 217, primo comma, n. 4, 1. fall., che – *repetita iuvant* – si limita a sanzionare colui che “*ha aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa*”, ma non vieta la conclusione, con lui, di negozi giuridici di sorta.

5.2.2. Altrettanto è a dirsi per i “reati in contratto”, per più concorrenti ragioni.

a) In primo luogo, come ricordato dalla Suprema Corte, tale categoria concettuale si configura quando “*la norma penale sanziona la condotta posta in essere da uno dei contraenti in danno dell'altro nella fase della stipulazione*”.

Questo accade senz'altro nella truffa, nella circonvenzione d'incapace, nell'usura, nell'estorsione e negli altri reati commessi nell'attività di conclusione di un contratto, nei quali la condotta penalmente sanzionata reca un pregiudizio (immediato e diretto) alla vittima del reato; ma non si verifica certo nella concessione creditizia a un soggetto in crisi o insolvente, per la semplice ragione che un finanziamento bancario non danneggia nessuno, non concretizza alcun reato in pregiudizio del finanziato, e comunque, se è vero che l'atto delittuoso è riferibile al reo, nella bancarotta semplice l'autore del delitto non può mai essere - per definizione - il finanziatore, perché, nello schema normativo, il reo è il fallito, e siamo in presenza di un reato “proprio”.

Per queste ragioni, quando si parla di bancarotta semplice ex art. 217, primo comma, n. 4, 1. fall., per un finanziamento ad un imprenditore in crisi o insolvente che, astenendosi dal chiedere il proprio fallimento o con altra grave colpa, abbia aggravato il dissesto, siamo ben lontani dalla fattispecie che consente di predicare la nullità virtuale del negozio giuridico in quanto “reato in contratto”.

b) La seconda ragione è ancora più ampia, ed è che se anche, forzando i concetti, si volesse affermare che il finanziamento è comunque una condotta dannosa in relazione all'aggravamento del dissesto che potrebbe conseguire alla sua concessione, sarebbe immediato il rilievo che, nei “reati in contratto”, la stipulazione del negozio consuma essa stessa il reato, mentre, nella bancarotta semplice rapportata ai contratti di finanziamento, ciò non accade mai.

Difatti, dal punto di vista contabile, tecnico, logico e giuridico, nessuna concessione di credito aggrava mai il dissesto di alcuno, e questo, quale che sia la variante in cui si presenta.

Volendo considerare le possibili opzioni, infatti:

(i) se viene concessa nuova finanza il patrimonio rimane invariato, perché l'operazione (vuoi che avvenga in unica soluzione, vuoi che abbia carattere "rotativo", come nelle aperture di credito o nelle linee auto-liquidanti), apre a bilancio una posta attiva ed una corrispondente posta passiva;

(ii) ove sia rinnovato e/o mantenuto in vita un affidamento preesistente la situazione è ancora più neutra, dato che non vi è concessione di nuove linee creditizie, ma solo la permanenza di quelle già in essere;

(iii) qualora, infine, vi sia un mero riscadenzamento di posizioni pregresse, muta la durata del rimborso (che da "a breve termine" si trasforma in "a medio/lungo termine"), ma rimane ferma l'invarianza patrimoniale per il soggetto che ottiene il riscadenzamento del debito.

La stipula di un finanziamento, in definitiva, a livello contrattuale non ha nulla a che vedere con l'aggravamento del dissesto del finanziato³³, per cui non si comprende dove sia mai il legame tra negozio ed evento delittuoso, tantomeno stretto a un punto tale da legittimare la nullità del primo secondo lo schema dei "reati in contratto".

Quell'inesistente legame, tra l'altro, non è rinvenibile anche perché, come chiunque può comprendere, l'aggravamento del dissesto dipende, in realtà, dall'esito delle attività non conservative [*quelle conservative sono incensurabili per definizione, n.d.r.*], che anche, eventualmente, utilizzando il credito concessogli, l'imprenditore abbia posto in essere a valle della stipulazione del contratto creditizio.

A seconda dei casi, quell'esito può essere positivo (operazioni non conservative profittevoli), negativo (operazioni non conservative in perdita), o indifferente (operazioni non conservative in pareggio o operazioni dovute, come ad esempio la conclusione di opere in corso, da portare a termine per non subire più elevate penali o sanzioni); così come quell'esito può essere del tutto indipendente dalle vicende del finanziamento, come quando, sempre per esemplificare, il denaro sia stato utilizzato per operazioni profittevoli o neutre, ma l'imprenditore abbia aggravato il dissesto compiendo altre e diverse operazioni, risoltesi in perdita.

È alquanto chiaro che ciò non ha nulla a che vedere con i contratti di credito in sé, ma riguarda circostanze ad essi esterne, indipendenti dalla loro struttura e

³³ Nelle azioni di responsabilità, invece, a certe condizioni – che richiederebbero approfondite riflessioni, ma non ne è questa la sede – la concessione creditizia può riconnettersi causalmente con il danno cagionato all'impresa e ai suoi creditori dalla prosecuzione dell'attività dell'insolvente, ma i piani (contrattuale e risarcitorio), sono completamente diversi.

successive – logicamente e quasi sempre anche temporalmente – alla stipulazione.

In questi termini, una nullità contrattuale non può essere in alcun modo ipotizzata; ed ancora una volta la conclusione ha il conforto di Cass. SS.UU. 16 novembre 2022, n. 33719, la quale, al punto 8.3 della motivazione (penultimo capoverso), ammonisce circa il rischio *“di minare la sicurezza dei traffici e di esporre il contratto in corso a intollerabili incertezze derivanti da eventi successivi - che non dovrebbero interferire con la questione, che è formale prima che sostanziale, della validità del contratto stesso - dipendenti dai comportamenti delle parti nella fase esecutiva”*.

Nella sede nomofilattica, quell'incertezza è stata ritenuta intollerabile in relazione *“all'esigenza di verificare ex post l'osservanza del limite di finanziabilità”*.

A maggior ragione essa dovrebbe essere ritenuta intollerabile nella presente fattispecie, nella quale si dovrebbe legare la validità del negozio, addirittura, ai risultati economici che la parte finanziata sia riuscita ad ottenere con il denaro ricevuto (se positivi, contratto valido, se negativi, contratto nullo), o più ampiamente ancora dalla propria attività imprenditoriale complessivamente intesa (se in utile, contratto valido, se in perdita, contratto nullo). Cose, queste, del tutto improponibili.

c) Un terzo ed ultimo versante attiene al profilo gergalmente definito come *“ritardato fallimento”*, che nell'art. 217, primo comma, n. 4, l. fall., si declina nel non avere (l'imprenditore), chiesto tempestivamente l'apertura della propria liquidazione concorsuale.

Anche qui la condotta non ha alcun legame con la stipulazione dei contratti di credito, perché ha ad oggetto la semplice inerzia del fallito nel depositare istanza di fallimento in proprio [*o, si deve ritenere, nel domandare l'accesso ad altro strumento di soluzione della crisi o dell'insolvenza, n.d.r.*]³⁴, la qual cosa non coincide nemmeno con la condotta e con l'evento delittuoso, i quali invece, nella disposizione in esame, come già detto consistono nell'aggravamento del dissesto.

Per completezza, anche su questo versante si devono svolgere alcuni rilievi.

Il primo è che se, per non incorrere nel delitto di cui si discute, l'insolvente ha il dovere di chiedere tempestivamente il proprio fallimento – o di assumere

³⁴ V. C. PEDRAZZI, *op. cit.*, ivi., con riferimento alla domanda di concordato preventivo e di amministrazione controllata nella legge fallimentare ante-2005.

analoghe iniziative – non si vede come si possa estendere la condotta omissiva ai creditori, ai finanziatori e più in generale ai terzi.

Non serve spiegare – perché sono nozioni di base – che un creditore ha il diritto, ma non ha l'obbligo, di assumere iniziative giudiziali alla scadenza del debito; ha il diritto, ma non ha l'obbligo, di concedere o non concedere dilazioni alla controparte; ed ha il diritto, ma non ha l'obbligo, di adire gli organi di giustizia per l'apertura di procedure concorsuali a carico dei propri debitori³⁵.

Il secondo rilievo è che, fra i giudici di merito citati nel par. 2, vi è chi ha sovrapposto *sic et simpliciter* il ritardo nella dichiarazione di fallimento e l'aggravamento del dissesto, in relazione agli interessi sui crediti chirografari che, in caso di tempestiva apertura della procedura concorsuale, sarebbero stati sospesi ai sensi dell'art. 55 l. fall.

Anche questa è un'operazione impraticabile, perché la sospensione di cui si discute ha effetti solo ai fini del concorso ed è del tutto indifferente sia per il debitore che per i creditori: a carico del fallito, infatti, gli interessi maturano anche a fallimento dichiarato; quanto ai creditori, i privilegiati sono fuori discorso³⁶, e per i chirografari, così come gli interessi corrono o si sospendono sui crediti altrui, corrono o si sospendono anche sui crediti propri, per cui, a parità di tasso³⁷, la proporzione fra di essi [*ed è in proporzione che si viene pagati nel concorso, n.d.r.*], rimane invariata vuoi che il fallimento sia anticipato, vuoi che venga ritardato.

La terza ed ultima osservazione è che, sempre scorrendo i provvedimenti di merito sopra commentati, si legge anche che l'aggravamento del dissesto sarebbe avvenuto in misura pari al finanziamento concesso e non rimborsato e/o per effetto dell'incremento di altre passività.

Nuovamente, siamo in presenza di tesi improponibili: vuoi perché, in un ragionamento di carattere patrimoniale finalizzato all'accertamento di una bancarotta semplice ex art. 217, primo comma, n. 4, l. fall., considerano la sola

³⁵ A questa stregua, del resto, andrebbero responsabilizzati per l'aggravamento del dissesto tutti i creditori (quale che sia la categoria di appartenenza, quindi lavoratori, erario, fornitori e quant'altro), che pur essendo impagati non abbiano chiesto con sollecitudine il fallimento del proprio debitore, cosa, evidentemente, inimmaginabile.

³⁶ In loro favore gli interessi decorrono anche a fallimento dichiarato e le ragioni di prelazione di cui dispongono rendono ininfluenza l'entità degli interessi sui crediti chirografari.

³⁷ Si consideri che l'entità del tasso di interesse attiene alle caratteristiche dei singoli crediti, per cui le differenze di saggio tra posizioni chirografarie alterano le proporzioni dei crediti, man mano che gli interessi maturano, ma la questione non interessa la curatela, bensì i singoli creditori.

passività derivante da una specifica operazione, dimenticando anche solo la corrispondente posta attiva (*id est* la nuova finanza); vuoi perché, più in generale, omettono totalmente di confrontarsi con i criteri di valutazione dell'aggravamento del dissesto noti alla giurisprudenza ed anche per certi versi codificati, ora, nell'art. 2486, terzo comma, c.c., criteri, quelli, che impongono per prima cosa di considerare sia le poste passive che le poste attive derivanti, nel complesso, dalla prosecuzione dell'attività d'impresa³⁸.

Abbiamo visto, in precedenza, che dal punto di vista dei fatti genetici è ovvio che l'ambito risarcitorio e quello della validità dei contratti debbano coincidere, così come è necessario che si integri la fattispecie incriminatrice descritta dall'art. 217, primo comma, n. 4, l. fall.

Se così è (e non si vede come sia revocabile in dubbio), non si comprende come si possa affermare l'aggravamento del dissesto sulla base di dati atomistici e di assoluta illogicità, qual è il fatto di assumere una o più poste contabili passive, senza neanche curarsi di metterle in relazione con quelle di segno opposto.

6. Le peculiarità dei finanziamenti con garanzia pubblica e privilegio in surroga.

Le declaratorie di nullità dei giudici di merito si sono concentrate anche su finanziamenti assistiti da garanzia pubblica; in particolar modo, su finanziamenti ai sensi del d.l. 23/2020, promulgato nel quadro temporaneo per le misure a sostegno dell'economia nell'emergenza COVID-19.

Le censure mosse al riguardo si sono concentrate in primo luogo sul fatto che siano state finanziate imprese in crisi e/o insolventi; dopodiché, si è posta l'attenzione sui ripianamenti di debiti preesistenti ottenuti dalle finanziatrici con le erogazioni concesse ai sensi dell'art. 13, lett. e), d.l. 23/2020.

³⁸ Per quanto fosse elementare, anche Cass. Pen., 30 maggio 2019, n. 27634, in *Onelegale*, ha dovuto spiegare che l'incremento di alcune poste passive non è sufficiente ad integrare la fattispecie della bancarotta semplice, con la seguente massima: “*In tema di bancarotta semplice, l'aggravamento del dissesto punito dagli art. 217, 1° comma, n. 4 e 224 l.fall. deve consistere nel deterioramento, provocato per colpa grave o per la mancata richiesta di fallimento, della complessiva situazione economico-finanziaria dell'impresa fallita, non essendo sufficiente ad integrarlo l'aumento di alcune poste passive (nella specie, la corte ha annullato con rinvio la decisione di condanna che aveva concentrato l'attenzione sul debito tributario e sui costi operativi accresciutisi per effetto della mancata richiesta di fallimento, senza considerare la progressiva riduzione delle perdite, il modesto utile e il sensibile risparmio dei costi per interessi bancari, risultanti dai bilanci depositati negli anni oggetto della contestazione)*”.

Su entrambi i versanti, dal punto di vista della nullità contrattuale, non si presentano ragioni per discostarsi dalle conclusioni alle quali si è giunti fin qui.

Per quel che riguarda il finanziamento di imprese in crisi o insolventi, si è detto che non si riescono a ravvisare i presupposti per declaratorie di invalidità negoziali; ferma restando, ovviamente, l'eventuale tutela risarcitoria che dovesse risultare percorribile in base ai più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità sul punto (v. *supra*, par. 1).

La conclusione non muta anche alla luce della disciplina della garanzia pubblica, in considerazione del fatto che il d.l. 23/2020 fu dichiaratamente derogatorio alla l. 662/1996³⁹, e consentiva il finanziamento di clienti con preesistenti esposizioni in situazione di “inadempimento probabile”⁴⁰, ossia per le quali già in allora risultasse l'improbabilità che, senza il ricorso ad azioni quali l'escussione delle garanzie, il debitore adempiesse integralmente (in linea capitale e/o interessi) alle sue obbligazioni creditizie.

Va da sé, peraltro, che se l'*iter* del rilascio della garanzia risultasse viziato da notizie artefatte del finanziatore, il quale dovesse avere alterato in qualche modo l'istruttoria per assicurarsi il rimborso di una quota del finanziamento al soggetto in crisi a danno – in ultima analisi – della collettività, potrebbero essere azionati gli ordinari rimedi per ottenere la caducazione dell'impegno; in termini del tutto analoghi a qualsiasi garanzia, anche concessa da privati, che fosse ottenuta dal finanziatore inducendo il garante in errore.

Questa caducazione, beninteso, dovrebbe e potrebbe riguardare la garanzia – anche, se del caso, nelle garanzie pubbliche, per violazione dell'art. 316-ter c.p. – ma non anche il finanziamento⁴¹, atteso che il vizio riguarderebbe il rapporto

³⁹ Si consideri che, in linea generale, in base ai decreti ministeriali 248/1999, 20.6.2005 e 23.9.2005 le “PMI”, finanziabili con la garanzia del fondo sono “*le piccole e medie imprese, economicamente e finanziariamente sane*”, tali intendendosi quelle “*di cui venga accertata, sulla base della consistenza patrimoniale e finanziaria, la possibilità di far fronte agli impegni finanziari derivanti dalle operazioni per le quali è richiesto l'intervento del Fondo*”.

⁴⁰ V. art. 13, lett. g-bis), “*la garanzia è concessa anche in favore dei beneficiari finali che presentano, alla data della richiesta della garanzia, esposizioni nei confronti del soggetto finanziatore classificate come inadempienze probabili o come esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate ai sensi del paragrafo 2 della parte B) delle avvertenze generali della circolare della Banca d'Italia n. 272 del 30 luglio 2008, purché la predetta classificazione non sia stata effettuata prima del 31 gennaio 2020*”.

⁴¹ Come invece ritenuto da Trib. Pescara 2 luglio 2024, <https://www.ilcaso.it/sentenze/ultime/31724>, che, richiamando Trib. Asti 8 gennaio 2024, cit., ha confuso l'irregolarità nell'ottenimento della garanzia con la causa del finanziamento, che è stata impropriamente dichiarata illecita.

tra garante e garantito, ma rimarrebbe estraneo a quello tra banca e cliente, per cui rimarrebbe in vita il titolo contrattuale *inter partes*, privo, per il resto, della possibilità per il creditore di procedere all'escussione di SACE, MCC o chi altri.

È utile anche soggiungere che, per le garanzie pubbliche, la caducazione ha una apposita disciplina nelle Disposizioni Operative del Fondo di Garanzia, che, al punto G.1, lett. k), dispongono l'inefficacia "*qualora risulti che la Garanzia Diretta è stata concessa sulla base di dati, notizie o dichiarazioni, mendaci, inesatte o reticenti, se determinanti ai fini dell'ammissibilità all'intervento del Fondo, che il soggetto richiedente avrebbe potuto verificare con la dovuta diligenza professionale*", e nelle norme successive è disciplinato l'iter procedimentale. La previsione dell'inefficacia della garanzia, tra l'altro, potrebbe escluderne la nullità o l'annullabilità, in base all'indirizzo secondo il quale le invalidità negoziali non operano quando l'effettività della norma imperativa e gli interessi ad essa sottesi siano assicurati con la previsione di rimedi diversi, quali ad esempio la decadenza da benefici fiscali e creditizi⁴².

In merito, invece, ai ripianamenti di pregresse esposizioni, si deve ricordare che anche a tale riguardo il d.l. 23/2020 conteneva una particolare disciplina, in particolar modo alla lett. e) dell'art. 13, a mente del quale erano "*ammissibili alla garanzia del Fondo, per la garanzia diretta nella misura dell'80 per cento e per la riassicurazione nella misura del 90 per cento dell'importo garantito dal Confidi o da altro fondo di garanzia, a condizione che le garanzie da questi rilasciate non superino la percentuale massima di copertura dell'80 per cento, i finanziamenti a fronte di operazioni di rinegoziazione del debito del soggetto beneficiario, purché il nuovo finanziamento preveda l'erogazione al medesimo soggetto beneficiario di credito aggiuntivo in misura pari ad almeno il 10 per cento dell'importo del debito accordato in essere del finanziamento oggetto di rinegoziazione ovvero, per i finanziamenti deliberati dal soggetto finanziatore in data successiva alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, in misura pari ad almeno il 25 per cento dell'importo del debito accordato in essere del finanziamento oggetto di rinegoziazione. Nei casi di cui alla presente lettera il soggetto finanziatore deve trasmettere al gestore del Fondo una dichiarazione che attesta la riduzione del tasso di interesse applicata, sul finanziamento garantito, al soggetto beneficiario per effetto della sopravvenuta concessione della garanzia*".

⁴² V. Cass. 5 aprile 2003, n. 5372, e successivamente, nello stesso senso, Cass. 14 dicembre 2010, n. 25222, Cass. 11 dicembre 2012, n. 22625, Cass. 28 settembre 2016, n. 19196, Cass. 6 aprile 2018, n. 8499, Cass. 15 gennaio 2020, n. 525, tutte reperibili in *Onelegale*.

In una fattispecie espressamente prevista dalla legge, la nullità del contratto è chiaramente impercorribile; anche perché, per principio consolidato, le operazioni di ripianamento di debiti preesistenti creano semmai problemi di lesione della *par condicio*, ma, sempre per citare Cass. SS.UU. 16 novembre 2022, n. 33719, “*la tutela della par condicio creditorum non è affidata al rimedio della invalidità-nullità del contratto, essendo pacifico che gli atti negoziali pregiudizievoli nei confronti dei terzi (per abusiva erogazione del credito o in frode ai creditori) non sono illeciti nè nulli, ferma restando la tutela risarcitoria nei casi di colpevole concorso dell'ente mutuante nel dissesto del cliente finanziato (cfr. Cass. sez. I n. 20576 del 2010, sez. III n. 23158 del 2014, sez. I n. 11695 del 2018, sez. I n. 18610 e n. 24725 del 2021, sez. III n. 15844 del 2022)*” (v. motivazione, punto 8.9, terzultimo capoverso).

Il tutto, oltre ovviamente alla tutela revocatoria, riconosciuta dalla giurisprudenza consolidata, la quale ha più volte stabilito che, in mancanza di una norma che in via generale vieti di porre in essere attività negoziali pregiudizievoli per i terzi, il negozio lesivo dei diritti o delle aspettative dei creditori non può considerarsi di per sé illecito, sicché la sua conclusione non comporta una nullità per illiceità della causa, per frode alla legge o per motivo illecito determinante comune alle parti, in quanto, a tutela di chi risulti danneggiato da un simile atto, l'ordinamento appresta gli appositi rimedi, per l'appunto revocatori, i quali comportano, in presenza di particolari condizioni, l'inefficacia o inopponibilità dell'atto nei confronti del singolo creditore o della categoria dei creditori concorsuali⁴³.

7. Conclusioni.

Conclusivamente, dunque, sia il vaglio prettamente civilistico delle nullità contrattuali (testuali e virtuali), sia l'indagine implicante valutazioni sui contratti con i quali siano stati commessi reati (reati-contratto e reati-in-contratto), non lascia emergere i presupposti indispensabili per sostenere la nullità dei contratti bancari con i quali siano state accordate, mantenute, prorogate o riscadenzate linee di credito in favore di clienti in crisi o insolventi; anche qualora, nell'utilizzo delle erogazioni concesse o per effetto di operazioni da esse indipendenti, il fallito abbia aggravato il dissesto astenendosi dal richiedere il proprio fallimento o con altra grave colpa.

⁴³ Da ultimo, v. in tal senso Cass. 24 agosto 2023, n. 25209, Cass. 24 gennaio 2023, n. 2176, Cass. 16 gennaio 2023, n. 1147, e Cass. 25 gennaio 2021, n. 1517, tutte in *Onelegale*.

Rimane fermo ed impregiudicato, ovviamente, l'ambito risarcitorio, foriero tra l'altro di ben altre soddisfazioni per il ceto creditorio, rispetto alla mera esclusione dal concorso di crediti spesso solo chirografari; ambito nel quale è da prevedere che la giurisprudenza avrà modo di esprimersi sui vari aspetti controversi o comunque di rilievo, anche in modo più approfondito rispetto a quanto fatto sino ad ora.

Così come – va da sé, e per terminare – resta fermo ed impregiudicato il versante revocatorio, per le operazioni che abbiano arrecato pregiudizio ai creditori o alla *par condicio*.

**Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2024 – Fascicolo III**

Sezione II - Giurisprudenza

Intempestività del ricorso modificativo e mancanza di adeguate informazioni ai creditori

Tribunale di Pavia, 08 luglio 2024. Pres. Delegato Rizzi.

L'articolo 25 sexies CCII dispone che il concordato semplificato debba essere presentato entro 60 giorni dalla comunicazione della relazione finale di cui all'articolo 17, comma 8, CCII a pena di decadenza. Il termine è perentorio e non ordinatorio, posto che il legislatore introduce un modello accelerato per la composizione della crisi che deve essere realizzato, senza indugio, come prescrive l'articolo 2086 c.c., rimarcato in seno all'art. 4, comma 2, lett. b) del CCII. Pur ammessa la modifica della domanda originaria, l'inoltro del ricorso modificativo deve avvenire nel pieno rispetto del termine dei sessanta giorni previsti dal procedimento concorsuale, così come dettati dall'art. 25 sexies CCII.

Il mancato integrale e tempestivo deposito dei documenti obbligatori previsti dall'art. 39 CCII, determina l'impossibilità dei creditori concorsuali di effettuare un approfondito esame della situazione economico-finanziaria della ricorrente ai fini dell'assunzione delle proprie rispettive determinazioni in ordine al concordato.

Il piano di concordato semplificato deve considerarsi in linea di principio inattuabile qualora non vi sia l'appostazione di un congruo fondo rischi ed oneri, giacché tale lacuna rende improbabile il rispetto delle pur minime percentuali di soddisfacimento prospettate.

Rilevato:

- Che la Commissione per la Regione Lombardia costituita presso la Camera di Commercio di Milano, Monza Brianza Lodi ha dichiarato aperta la procedura di Negoziazione assistita, nominando in qualità di Esperto Negoziatore il dr *
- Che in data 4 maggio 2022 sono state chieste le misure protettive ai sensi dell'art. 18 e 19 del D.L.gs. n.14/2019 al Tribunale di Pavia rubricando la procedura stessa al R.G. 2258/2022 e nominando Giudice Delegato il dr Erminio Rizzi.
- Che lo stesso, con ordinanza del 24.06.2022, disponeva le misure protettive di cui all'art. 18 del CCII per la durata di 120 giorni.
- Che in data 18 ottobre la società ha chiesto la proroga delle misure protettive allegando alla richiesta la relazione dell'esperto.

- Che il Tribunale ha concesso la proroga di dette misure con ordinanza del 26.10.2022.
- Che la società ha inoltre chiesto in data 18.10.2022 la prosecuzione della procedura ai sensi dell'art. 17 co 7 del CCII6 con parere favorevole dell'esperto.
- Che in data 27.04.2023 l'esperto ha depositato la relazione finale ai sensi dell'Art. 17 comma 8 del nuovo CCII presso la CCIAA e il Tribunale di Pavia.
- Che in data 30.06.2023 il Tribunale di Pavia, a seguito di presentazione di domanda di concordato semplificato da parte della società, ha chiesto, oltre al deposito della relazione finale, il deposito del parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e delle garanzie offerte.
- Che in data 25.07.2023 l'esperto dr * ha depositato ex art. 25 sexies comma 4 CCII il proprio parere positivo.
- Che in data 26.10.2023 a seguito di interlocuzioni preliminari con l'ausiliario nominato dal giudice dr Massimo Mustarelli la ricorrente * ha depositato un ricorso per la modifica della proposta concordataria nel concordato semplificato.
- Che in data 17.11.2023 e 21.11.2023 l'ausiliario del giudice e l'esperto hanno depositato nuovi favorevoli pareri tenendo conto anche delle modifiche apportate dalla ricorrente alla proposta.
- Che nei termini previsti sono state depositate 5 opposizioni all'omologa, dai creditori.
 - Avv. *
 - Dott. *
 - Agenzia Entrate
 - Condominio *
 - * S.p.a.
- Che successivamente, a seguito di notifica successiva richiesta dal Tribunale per integrare il contraddittorio con tutti i creditori, sono state depositate altre 2 opposizioni:
 - Comune di *
 - * Servizi S.r.l.
- Che nel giudizio si è costituito anche il creditore AMCO, principale creditore di * aderendo alla proposta concordataria.
- Che in data 04.06.2024, come richiesto dal tribunale, l'ausiliario dr Mustarelli ha depositato il proprio parere finale.

OSSERVA

Secondo le più accreditate teorie sul nuovo istituto di risoluzione della crisi mentre il concordato liquidatorio ordinario è procedura concorsuale negoziata coi creditori, il concordato semplificato si connota come procedura imposta essendosi la fase della negoziazione già districata dinanzi all'esperto con esito negativo.

L'anima di concordato imposto che contraddistingue il semplificato lo rende quindi procedura autonoma, non mera variante del concordato preventivo ordinario, tuttavia la logica di fondo rimane orientata alla tutela primaria dei diritti dei creditori.

Sotto questo profilo, data la natura di procedura imposta e considerato che, in caso di concordato semplificato liquidatorio al ricorrente è data la non trascurabile possibilità di derogare al limite del 20 % nella percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari, allo scopo che la procedura non si trasformi in un espediente per evitare l'apertura della liquidazione giudiziale, al contempo evitando di sottostare alle restrizioni imposte dal concordato preventivo liquidatorio, ritiene il collegio che il vaglio di ammissibilità del concordato semplificato debba essere particolarmente rigoroso con riferimento sia ai requisiti di ammissibilità dell'istituto sia al giudizio di omologa.

Venendo al caso in esame nel proprio parere finale l'esperto nominato dal giudice si è così testualmente pronunciato sulla proposta:

La proposta formulata dalla società assicura un'utilità a tutti i creditori, seppur di entità minima oggetto di numerose contestazioni.

Con riferimento al confronto con l'alternativa della liquidazione giudiziale, non si ritiene che la proposta arrechi pregiudizio ai creditori, che in percentuale otterrebbero una soddisfazione maggiore dal concordato semplificato

L'esito del confronto non si ritiene venga modificato dalla possibilità di esperire azioni recuperatorie nei confronti degli amministratori per le somme che sono state corrisposte in pendenza di procedura negoziata relative ad anni precedenti e ciò in quanto la medesima azione, così come altre azioni risarcitorie, possono essere attivate anche in corso di concordato semplificato.

*La proposta rispetta l'ordine delle cause di prelazione anche se, come indicato nei capitoli riservati alle opposizioni, le spese in prededuzione dovrebbero essere superiori rispetto a quelle indicate nel piano sia per imposte che per spese condominiali. Inoltre, le spese privilegiate sono da incrementare del maggior credito esposto da * Servizi S.r.l. di oltre 300.000 euro.*

Il piano di liquidazione si ritiene fattibile, pur con l'aleatorietà intrinsecamente connessa alle condizioni del mercato immobiliare, all'utilizzo per la stima dell'attivo del valore di mercato in luogo dei più prudenziali Quick sale value o judicial value e alla riduzione che dovranno subire sia i creditori ipotecari o beneficiari della sussidiarietà immobiliare per l'incremento delle spese in prededuzione.

Tuttavia, l'ausiliario ha ritenuto opportuno segnalare alcune criticità della proposta che di seguito si riportano:

Si segnalano altri aspetti che sono emersi nel presente parere a cui si ritiene di dare evidenza nel capitolo conclusivo in considerazione del rilievo che essi possono assumere.

Immobili

L'immobile in comune di Pavia venduto il data 9/3/2023 per 130.000 euro risulta ancora incluso nella valorizzazione dell'attivo immobiliare. Considerato che per 75.000 euro è stato saldato il debito del creditore ipotecario, si ritiene che anche detto debito non sia stato rettificato.

Gli immobili liberi da ipoteca che sono asserviti al soddisfacimento dei creditori privilegiati in forza della sussidiarietà immobiliare dovrebbero essere i terreni in San Martino Siccomario censiti al foglio 12 part. 98 – 99, dei quali si è avuto modo di verificare l'assenza di ipoteche. Detti terreni hanno un valore nella perizia dell'Ing. Locatelli di € 55.243 a fronte di un'indicazione nel piano di € 49.666 che tiene conto della detrazione della quota di spese prededucibili imputabili a tale attivo.

Il valore di detti terreni secondo la perizia REAG è 42.000 euro (quick sale 37.800 – Judicial 33.600) e quindi applicando per omogeneità tali valori per le somme a disposizione dei creditori privilegiati ai sensi dell'art. 2776 c.c. queste sarebbero inferiori.

Cessioni immobiliari a prezzi differenti da quelli del piano

Eventuali differenze di allocazione delle ipoteche rispetto a quanto indicato dalla società potranno originare un trasferimento delle risorse attribuite tra i creditori che beneficiano di privilegio immobiliare, non modificando la struttura della domanda.

Parimenti, incassi derivanti dalle vendite differenti da quelli indicati da Yard Reaas S.p.a. per il prezzo di mercato e assunti dalla società come valore dell'attivo, avranno evidentemente l'effetto di modificare la percentuale di soddisfazione dei creditori ipotecari e di quelli che beneficiano della sussidiarietà sui beni immobili ai sensi dell'art. 2776 cc.

Carenza del fondo rischi e affidabilità del piano

È da vari oppositori contestata la carenza del fondo rischi stanziato per soli 35.000 euro, circostanza che viene indicata come mancanza di affidabilità del piano.

Dall'analisi effettuata delle circostanze note vi sono oneri in prededuzione che matureranno nel corso della procedura di circa 24.000 euro all'anno per l'IMU del comune di Bornasco a partire dalla data della domanda, oltre alle spese condominiali da determinare in funzione dell'epoca di cessione degli immobili.

*Anche le spese in privilegio risultano maggiori rispetto a quelle indicate nel piano per i compensi del legale Nostro di € 16.138 e per il credito di * Servizi sottostimato di oltre 300.000.*

Viene segnalato inoltre che anche le eventuali spese di soccombenza nelle cause in cui si è costituita la società non trovano copertura nel fondo rischi.

Incompletezza della documentazione

Gli opposenti evidenziano che la domanda presentata non ha il corredo di tutta la documentazione prevista nell'art. 39 sussiste, mancano alcuni allegati previsto dal CCII.

Violazione della buona fede e correttezza

Gli opposenti segnalano alcune circostanze di violazione della buona fede tra cui l'avvenuto pagamento di compensi agli amministratori per euro 3.500 e il pagamento degli arretrati ai condomini per complessivi 5.063,00 che non risultano effettuati nel rispetto delle cause di prelazione.

Sulla base di tali ultime osservazioni ritiene il giudice che la domanda non possa essere ammessa sia per il mancato rispetto dei requisiti di ammissibilità della domanda che per le carenze del piano evidenziate dall'esperto.

Anzitutto occorre considerare che il piano, in relazione al quale il collegio è chiamato a formulare il proprio giudizio di ammissibilità e omologa, non è quello depositato il 26.06.2023, quindi nel rispetto del termine di 60 gg previsto dal primo comma dell'art. 25-sexies CCII¹ ma quello depositato il successivo 26.10.2023 quindi decisamente oltre il termine indicato.

In proposito la ricorrente, a sostegno della propria domanda, ha citato due precedenti giurisprudenziali di merito² dei tribunali di Mantova e di Pavia che tuttavia il collegio ritiene non pertinenti al caso in esame.

Quanto al decreto di ammissibilità del Tribunale di Mantova, questo precedente si riferisce ad un caso in cui la domanda integrativa è stata purtuttavia depositata nel rispetto del termine dei 60 gg mentre, per quanto riguarda il decreto Tribunale di Pavia, questo si riferisce a una procedura di concordato minore che, in quanto procedura negoziale e non imposta, non risulta assimilabile al concordato semplificato.

Sulla base di queste brevi considerazioni la domanda di concordato deve essere considerata come depositata tardivamente.

Sempre nel solco del mancato rispetto dei requisiti di ammissibilità della domanda, occorre altresì considerare che, come fatto notare da alcuni dei creditori dissenzienti, non risulta rispettato l'obbligo di contestuale deposito dei documenti previsti dall'art. 39 CCII sempre richiamato dal primo comma dell'art. 25-sexies CCII.

¹ decorrente dal 27.04.2023 e scadente il 26.06.2023.

² Tribunale di Mantova, decreto in data 06.07.2023 e Tribunale di Pavia, decreto in data 14.02.2023.

Difatti anche tenendo conto del successo depositato integrativo della documentazione del 27.06.2023 risultano mancanti all'appello i seguenti documenti:

- la relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 94 secondo comma CCII compiuti nel quinquennio;
- il registro acquisti e vendite degli ultimi tre anni;
- la certificazione contributiva INPS/Cassa Edile;
- risultanze documentali che hanno caratterizzato il compimento di atti di straordinaria amministrazione dei quali è stato informato l'esperto negoziatore ex art. 21 CCII e ancora quelli scaturenti dalle autorizzazioni ex art. 22 CCII.

Osserva il collegio come sono da condividere i rilievi dei creditori oppositori che hanno sottolineato come il mancato integrale e tempestivo deposito obbligatorio si sia negativamente riverberato sulla possibilità dei creditori concorsuali di poter effettuare un approfondito esame della situazione economico-finanziaria della ricorrente ai fini dell'assunzione delle proprie rispettive determinazioni in ordine all'omologa del concordato.³

Passando comunque anche all'esame della proposta presentata, il tribunale concorda pienamente con la decisione citata in nota 3 quando ribadisce che i termini della proposta debbono essere chiari e privi di qualsiasi elemento di incertezza e ambiguità pena l'irritualità della proposta del piano.

In proposito vengono in rilievo le varie criticità segnalate dell'ausiliario nell'ultimo e riportato paragrafo della propria relazione dedicato alle *Altre considerazioni conclusive*.

E così, i rilievi dell'ausiliario in merito ai prezzi differenti da quelli del piano che potrebbero derivare dalla vendita degli immobili avrebbero l'effetto di modificare la percentuale di soddisfazione dei creditori ipotecari e di quelli che beneficiano della sussidiarietà sui beni immobili di cui all'art. 2776 cc.

Parimenti, la notevole mole del contenzioso che si prospetta all'orizzonte della debitrice (si vedano in proposito i numerosi rilievi degli oppositori sulla entità dei rispettivi crediti)⁴ stride con la previsione di un fondo rischi stanziato per soli 35.000 euro, importo del tutto insufficiente già in relazione alle sole poste segnalate dall'ausiliario del giudice. È evidente che una tale misura della insufficienza renda del tutto improbabile che saranno rispettate le sia pur minime percentuali di soddisfacimento prospettate nel piano.

³ cfr in merito anche Tribunale di Milano, sent. n. 24/2024 rep. 24/2024 del 09.01.2024.

⁴ il cui accertamento esula dai compiti di questo tribunale, non essendo previsto nel concordato semplificato il voto dei creditori, e che sfocerà verosimilmente nell'incardinazione di altrettanti giudizi di cognizione.

Già sulla base dei prospettati rilievi ritiene il tribunale che il piano presentato non possa essere omologato.

In subordine, * srl in ricorso ha chiesto al tribunale di dichiarare l'apertura della Liquidazione Giudiziale richiesta che è stata portata anche dai creditori oppositori ADER, condominio Residenziale Villa Serafina e Comune di San Martino Siccomario. L'apertura della Liquidazione Giudiziale verrà disposta con separata sentenza da iscriverne sul registro Liquidazioni Giudiziali.

PQM

il tribunale in composizione negoziale

RESPINGE la domanda di omologazione del concordato.

MANDA la cancelleria per le iscrizioni e annotazioni al Registro delle Imprese.

Così deciso nella camera di consiglio del 04.07.2024.

Pavia, lunedì 8 luglio 2024

Il Presidente
Erminio Rizzi

Conferimento d'azienda "post omologa" e inammissibilità di proposta concordataria "condizionata"

Tribunale di Vicenza, 13 giugno 2024. Pres. Limitone. Rel. Saltarelli.

In un caso in cui l'operazione di conferimento di azienda (e la conseguente ricostituzione del patrimonio netto della conferitaria) sono stati prospettati quali atti esecutivi della proposta a valle della richiesta omologazione, il Tribunale di Vicenza ha così statuito: "ciò che inibisce in termini assoluti l'espressione di un giudizio positivo in merito alla fattibilità del concordato in esame è il suo essere sub condicione. Infatti, l'esecuzione del piano concordatario nei termini prospettati dalla ricorrente sarà possibile solo nel caso in cui si avveri la condizione sospensiva (che ricordiamo essere, ex art. 1353 c.c., un evento futuro e incerto da cui appunto dipende l'efficacia di un negozio giuridico) rappresentata dal superamento dell'attuale situazione di grave deficit patrimoniale in cui versa (che, ai sensi dell'art. 2482 ter .c., ne imporrebbe lo scioglimento e la gestione in ossequio al disposto degli artt. 2485 e 2486 c.c.), mediante il perfezionarsi dell'operazione di conferimento in essa dell'azienda condotta in affitto, che dovrebbe auspicabilmente avvenire – come detto – entro 15 giorni dall'omologa" (la tesi non è peraltro pacifica, potendosi invero sostenere, nei casi come quello in esame, che non si tratti in realtà di proposta condizionata, bensì di un evento destinato a verificarsi in epoca successiva all'omologazione e come tale da scrutinarsi alla luce del criterio di probabilità, non essendo oltretutto prescritto dalla legge che esso debba inverarsi in un momento necessariamente antecedente).

* * *

Visto il ricorso per l'omologazione della proposta di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ex art. 25^{sexies} CCII presentato il 3.10.2023 dalla società *, con sede in *, in forza di delibera dell'amministratore unico ex art. 120^{bis} CCII, verbale con la difesa del *, presso il cui studio ha eletto domicilio giusta procura in atti;

visto il decreto di fissazione dell'udienza di omologa e di nomina dell'Ausiliario emesso dal Tribunale il 9.11.2023;

vista la "Informativa sulle prospettive di soddisfacimento dei creditori (e, per quanto occorrer possa, modifica della proposta concordataria)" depositata dalla debitrice in data 15.1.2024;

visto il parere dell'Ausiliario in data 19.1.2024;

vista l'opposizione all'omologa del concordato presentata dall'Agenzia delle Entrate il 23.2.2024;

vista l'opposizione all'omologa del concordato presentata da * il 23.2.2024;

visto il parere integrativo depositato dall'Ausiliario in data 26.2.2024;
vista l'opposizione all'omologa del concordato presentata da * il 26.2.2024;
vista l'opposizione all'omologa del concordato presentata da * il 26.2.2024;
viste le note dell'Ausiliario in data 27.2.2024;
vista la "Nota di aggiornamento/adeguamento del piano di liquidazione" presentata dalla società ricorrente il 5.3.2024;
viste le note per l'udienza depositate da * il 6.3.2024;
viste le "note dell'Ausiliario alla luce dell'aggiornamento del piano di liquidazione del 5 marzo 2024", depositate il 7.3.2024;
sentiti, all'udienza del 7.3.2024, *, l'Ausiliario e i creditori che hanno presentato opposizione all'omologa;
viste le note di replica autorizzate di * del 18.3.2024;
viste le note di replica autorizzate di * del 18.3.2024;
vista la rinuncia all'opposizione depositata da * il 18.3.2024;
viste le note autorizzate depositate dalla ricorrente il 18.3.2024;
visto il decreto del 18.4.2024, con il quale il Tribunale, rilevato che nella proposta e nel piano concordatari presentati da * è di rilevanza fondamentale il ruolo rivestito dalla società partecipata * e preso atto che tale ultima società attualmente versa in condizione di scioglimento obbligatorio *ex art. 2484 comma 1 n. 4) c.c.*, poiché non consta l'adozione delle misure previste in alternativa dall'*art. 2482ter c.c.*, ha assegnato alla ricorrente il termine di 15 giorni per interloquire sullo specifico punto, riservandosi all'esito;
vista la "Nota di chiarimenti e produzione di documenti sopravvenuti" depositata da * s.p.a. il 9.5.2024;
visto l'"Atto di deposito degli aggiornamenti" dell'Agenzia delle Entrate del 15.5.2024;
visto il decreto del 16.5.2024, con il quale il Tribunale, alla luce della nota di * del 9.5.2024, ha assegnato all'Ausiliario termine sino a giorni 7 per depositare il proprio parere, ad integrazione di quello già reso, riservando all'esito ogni decisione;
visto il parere integrativo dell'Ausiliario in data 23.5.2024;
vista l'istanza congiunta di * in data 31.5.2024 per la fissazione di un'udienza di discussione nel contraddittorio dei creditori oppositori, oppure, in via alternativa, per la concessione agli stessi di un termine per replica a fronte delle nuove circostanze emerse e delle nuove produzioni documentali successive all'udienza del 7.3.2024;
osserva quanto segue.

Nella fattispecie in esame ha rilievo assorbente la non attuale fattibilità del piano di liquidazione proposto dalla società *, il che non consente, a mente del comma 5 dell'*art. 25sexies CCII*, di omologare il concordato semplificato.

Il giudizio di non fattibilità discende dalla circostanza per cui nella proposta e nel piano concordatari riveste un ruolo essenziale la società * – partecipata da * al 99% e

affittuaria della sua azienda –, la quale tuttavia versa in condizione di scioglimento obbligatorio *ex art.* 2484 comma 1 n. 4) c.c., non constando, allo stato, l'adozione delle misure previste in alternativa dall'*art.* 2482*ter* c.c.

* , nella "Nota di chiarimenti e produzione di documenti sopravvenuti" depositata da ultimo il 9.5.2024, conferma che * attualmente si trova in stato di scioglimento, con una perdita maturata al 31.3.2024 pari a 1.121.274,00 euro e dunque con un patrimonio netto negativo per 921.434,00 euro (v. pag. 15 *Comfort letter* sub doc. 3 Nota di * s.p.a. del 9.5.2024 cit.), e prospetta di superare la criticità mediante l'anticipazione, rispetto a quanto previsto nel ricorso introduttivo, del conferimento nell'affittuaria dell'azienda, il che – a dire della ricorrente – consentirebbe tanto di coprire le perdite di * quanto di ricostituirne il capitale sociale, così da garantire la prosecuzione della sua attività "in funzione della buona riuscita del piano di concordato" (v. pag. 2 Nota di * del 9.5.2024 cit.).

Senonché il conferimento dovrebbe aver luogo solo una volta intervenuta l'omologazione del concordato, "considerati i tempi tecnici per l'assunzione della deliberazione" e "onde avere certezza in ordine al non trasferimento dei debiti della conferente alla conferitaria": così la ricorrente giustificerebbe l'esigenza di differimento dell'operazione – che nello specifico dovrebbe avvenire entro 15 giorni dall'omologa (v. determina dell'A.U. di * del 6.5.2024, sub doc. 1 Nota di * del 9.5.2024 cit.) anziché entro il 31.12.2025, come da piano originario (v. pag. 20 ricorso) –, precisando peraltro che nell'ipotesi in cui "per cause non note, né allo stato prevedibili – esso (*id est* il conferimento, n.d.r.) non dovesse perfezionarsi dopo l'omologazione, l'esponente Società provvederà a rinunciare doverosamente alla domanda di concordato ed agli effetti dell'omologazione" (v. pagg. 2 e 3 Nota di * del 9.5.2024 cit.).

A prescindere dai rilievi critici mossi dall'Ausiliario nel parere integrativo del 9.5.2024, che investono, da un lato, la realizzabilità dell'operazione nei termini delineati da * (quali la necessità di "conferme in ordine all'effettiva presenza presso i fornitori cinesi degli "stampi e fustelle" (pari all'84% del valore complessivo) ad oggi non ancora riscontrati", l'incertezza circa l'effettivo "raggiungimento dei risultati "attesi" da parte di * per il corrente esercizio (all'attualità) – es. in termini di ordini", o ancora l'incertezza della positività del "giudizio del professionista incarico della revisione volontaria della situazione al 31 marzo 2024 di * ", v. pag. 26 parere integrativo dell'Ausiliario del 9.5.2024 cit.) e, dall'altro lato, le ricadute che comunque il perfezionamento dell'operazione, anticipato rispetto alle originarie previsioni, avrebbe su talune poste attive a sostegno del piano di liquidazione ("quali: – le entrate per canoni di affitto di ramo d'azienda, originariamente stimate dalla ricorrente sino al termine del 2025, le quali verrebbero meno a partire dalla data del conferimento; – il valore della partecipazione, che dovrà essere rideterminato sulla base del nuovo piano previsionale licenziato da * ", v. pag. 27 parere integrativo dell'Ausiliario del 9.5.2024 cit.): criticità che pure rappresentano un *vulnus* alla fattibilità del piano di liquidazione proposto da * , ciò che inibisce in termini assoluti l'espressione di un giudizio positivo in merito alla fattibilità del concordato in esame è il suo essere *sub condicione*.

Infatti, l'esecuzione del piano concordatario nei termini prospettati dalla ricorrente sarà possibile solo nel caso in cui si avveri la condizione sospensiva (che ricordiamo

essere, ex art. 1353 c.c., un evento futuro e incerto da cui appunto dipende l'efficacia di un negozio giuridico) rappresentata dal superamento dell'attuale situazione di grave *deficit* patrimoniale in cui versa * (che, ai sensi dell'art. 2482^{ter} c.c., ne imporrebbe lo scioglimento e la gestione in ossequio al disposto degli artt. 2485 e 2486 c. c.), mediante il perfezionarsi dell'operazione di conferimento in essa dell'azienda di * condotta in affitto, che dovrebbe auspicabilmente avvenire – come detto – entro 15 giorni dall'omologa.

Orbene, una proposta di concordato condizionata non è ammissibile, in quanto non ne è consentita l'attuazione fino a che e nella misura in cui non si avveri la condizione. Condizione che peraltro è duplice, poiché attiene sia all'an del conferimento sia all'an degli effetti positivi di tale conferimento sulla situazione patrimoniale di

---OMISSIS---

Alla luce delle osservazioni che precedono, è evidente che il positivo esito dell'operazione di conferimento, nei termini ipotizzati dalla ricorrente, risulta imprescindibile per dare corso alla procedura concordataria – come evidenziato anche dall'Ausiliario (v. pag. 39 parere integrativo del 9.5.2024 cit.) – e considerato tuttavia che * non ha manifestato l'intenzione di procedere all'operazione suddetta prima che intervenga l'omologa, né ha prospettato ulteriori iniziative volte alla immediata ricapitalizzazione di * la quale dunque permane in condizione di scioglimento obbligatorio ex art. 2484 comma 1 n. 4) c.c., con conseguente impossibilità di operare, è altrettanto evidente come l'attuale situazione non consenta di accogliere l'istanza di omologazione del concordato semplificato formulata da * .

Un tanto premesso e considerato,
il Tribunale, in composizione collegiale, come in epigrafe indicato,
ritenuto che i motivi suindicati siano assorbenti e rendano superfluo esaminare ulteriori profili;
ritenuto che, in ragione di tali motivi, non possa procedersi all'omologa del concordato;
visto l'art. 25^{sexies}, comma 5, CCII;

P. Q. M.

rigetta l'istanza di omologazione del concordato semplificato presentata da * .

Si comunichi alle parti, al P.M. e al Registro delle Imprese.

Vicenza, 13.6.2024

Il Giudice est.
dott.ssa Silvia Saltarelli
Il Presidente
dott. Giuseppe Limitone

Cessione di azienda, ragioni di urgenza e principio di competitività

Tribunale di Milano, 04 luglio 2024. Pres. Vasile. Rel. Rossetti.

Il Tribunale di Milano, sulla scia di una corrente di pensiero formatasi in ambito sia dottrinale che giurisprudenziale, afferma che varie disposizioni del codice della crisi, considerate nel loro insieme, “suggeriscono che, in caso d’urgenza, la procedura, ai fini dell’individuazione dell’acquirente, non debba seguire le regole formali stabilite in via ordinaria per i casi in cui il fattore temporale sia suscettibile di essere gestito senza pregiudizio dei creditori, quanto, piuttosto, debba concentrarsi sulle modalità tramite cui il debitore è giunto all’individuazione dell’acquirente e se il prezzo offerto sia congruo, anche considerando se l’acquirente sia una parte correlata del debitore ovvero esistano ulteriori fattori devianti che ostacolino il raggiungimento del migliore risultato per i creditori, alle condizioni date”.

Sulla scorta di tale condivisibile premessa, si è affermato che, ai fini della concessione dell’autorizzazione alla vendita di ramo d’azienda, “il Tribunale deve nominare un ausiliario (un monitor secondo la dizione della proposta di direttiva pre-pack) affinché, effettuata una ricognizione del ramo d’azienda e del suo esatto perimetro, esegua, nel termine di giorni 5, tutte le indagini necessarie a verificare se esistano soluzioni migliori sul mercato e, quindi, sulle modalità tramite cui l’acquirente è stato individuato, tenendo conto del mercato di riferimento, dei soggetti potenzialmente interessati, delle interlocuzioni avute con tali soggetti, nonché sulle modalità di fissazione del prezzo di vendita, tenendo conto del valore dell’azienda quale risulta dai libri contabili, nonché del magazzino, anche attraverso un’ispezione dei luoghi, quali siano le relazioni tra le parti interessate alla ridetta operazione o se vi siano ulteriori fattori devianti che non giustificano l’autorizzazione richiesta; l’ausiliario nominato, inoltre, qualora non ritenesse che l’offerta ricevuta sia la migliore sul mercato, deve ritenersi sin da ora autorizzato a porre in essere o a completare le attività necessarie ad assicurare che il procedimento di individuazione dell’acquirente sia competitivo, trasparente, equo e conforme agli standard di mercato”.

* * *

La * s.r.l., all’esito del percorso di composizione negoziata tentato dal gruppo * a cui la stessa appartiene, ha proposto, disgiuntamente da altre cinque società del gruppo, una domanda di concordato semplificato il cui fabbisogno dovrebbe essere alimentato

(i) dalla cessione di un punto vendita di abbigliamento per motociclisti ad insegna * (ii) dalla cessione di due partecipazioni sociali; (iii) dall'incasso, in via percentuale, di un credito vantato nei confronti della capogruppo * s.r.l.; (iv) dalla finanza immessa dal legale rappresentante della società e *dominus* del gruppo;

la domanda di concordato semplificato, depositata il 26.4.2024, risulta attualmente ancora in istruttoria, non avendo ancora il Tribunale valutato positivamente la sua ritualità, essendo stati richiesti una serie di chiarimenti alla concordante e attendendosi ancora il parere dell'esperto con riferimento ai presumibili risultato della liquidazione e alle garanzie offerte; ad ogni modo, con decreto del 15.5.2024 il giudice delegato ha concesso le misure protettive richieste dalla società per la durata di 120 giorni;

in considerazione delle difficoltà finanziarie della società e del gruppo nel suo complesso, la * s.r.l. con nota del 28.6.2024 ha, tra l'altro, richiesto l'autorizzazione alla cessione del ramo di azienda ad insegna * in favore del contraente già individuato nella * s.r.l. al prezzo di euro 200.000 complessivi, di cui euro 150.000 per l'azienda ed euro 50.000 per il magazzino con pagamento del 50% della complessiva somma dovuta al momento della stipula e la restante parte in dodici rate mensili garantite da fideiussione bancaria;

la domanda risulta formulata ai sensi del combinato disposto degli artt. 46, 114 co. 4 e 214 CCII con esenzione da responsabilità di cui all'art. 2560 c.c.;

il Tribunale ritiene che vada senz'altro percorsa la strada della cessione dell'azienda: la crisi finanziaria della società, la stagionalità del mercato di riferimento e la presenza di tre dipendenti attualmente occupati nell'impresa costituiscono ragioni d'urgenza che impongono una vendita immediata del ramo d'azienda quale mezzo al fine di assicurare il miglior soddisfacimento dei creditori e, più in generale, dei valori che intorno all'azienda ruotano;

il fattore temporale rischia, però, di pregiudicare il perseguimento degli interessi dei creditori e degli altri stakeholders dell'impresa;

nel contesto del concordato semplificato, peraltro, così come nella composizione negoziata allorché si tratti di cedere un'azienda, ma più in generale, nei casi d'urgenza, anche nei concordati preventivi, le regole formali prescritte dal combinato disposto degli artt. 114, co. 4 e 214 e ss. CCII – richiamate scrupolosamente dalla ricorrente – non consentono di perseguire efficacemente gli interessi dei creditori allorché questi potrebbero essere lesi proprio dal fattore temporale;

l'art. 114, co. 4, CCII, infatti, rinvia alle disposizioni sulla vendita nelle liquidazioni giudiziali e, quindi, nel caso di cessione d'azienda all'art. 214 CCII il quale, a sua volta, rimanda alle modalità prescritte dall'art. 216 CCII;

la disposizione di cui all'art. 216 CCII, peraltro, trova piena e ampia applicazione nel caso in cui si tratti di vendere beni staticamente considerati, in cui, cioè, il fattore temporale, se non è influente, può essere gestito con opportuni accorgimenti;

l'art. 216 CCII, infatti, richiede una stima (comma 1), una pubblicità (comma 5), il diritto degli interessati di esaminare i beni in vendita (comma 6), un termine per effettuare offerte di acquisto (co. 7), una data fissata per l'apertura delle buste telematiche e la gara tra gli offerenti (co. 4);

è ben vero che il giudice delegato potrebbe decidere di abbreviare questo o quel termine (ad es. quello per pubblicità ovvero quello previsto per l'esercizio del c.d. diritto di visita), ma anche tale soluzione sconterebbe inevitabili contraddizioni: (i) ancorchè i termini fossero ridotti, quelli per la stima e per la gara in senso proprio potrebbero, come nel caso di specie, risultare comunque eccessivamente lunghi ai fini della tutela degli interessi dei creditori; (ii) inoltre, un rispetto solo formale delle regole sulla competitività, con la concessione di termini ridottissimi per la pubblicità e l'effettuazione della gara, potrebbe determinare una violazione sostanziale del bene finale che quel principio intende perseguire e cioè l'interesse dei creditori al miglior soddisfacimento: effettuare una gara formalmente competitiva nell'arco di pochi giorni, nella sostanza, potrebbe significare, in concreto, impedire ai soggetti pure potenzialmente interessati di partecipare a quella gara e, conclusivamente, accettare senz'altro l'unica offerta già previamente acquisita dall'imprenditore, quale che essa sia, ponendo la procedura nella scomoda situazione o di accettare l'offerta ricevuta o di rinunciare ad acquisire qualsiasi attivo;

il nuovo codice della crisi, però, si fa carico di questa possibile aporia tra principio di competitività ed interesse dei creditori ed individua dei meccanismi che consentono di salvaguardare *quam maxime* gli interessi sottesi alla vendita assicurando ragionevolmente che, a determinate condizioni, la stessa sia effettivamente conveniente per i creditori;

a livello di normazione primaria, infatti, l'art. 94, co. 6, CCII consente al tribunale di derogare ai principi di pubblicità e delle procedure competitive quando può essere irreparabilmente compromesso l'interesse dei creditori; l'art. 22 lett. d) CCII prevede, nel contesto della composizione negoziata, che il tribunale "verifichi il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente"; l'art. 25 *septies* CCII in tema di esecuzione del concordato semplificato stabilisce che, allorquando l'acquirente del bene sia già stato individuato, il liquidatore si limiti a verificare "l'assenza di soluzioni migliori sul mercato"; il comma 3 della medesima disposizione afferma lo stesso principio allorquando, come nel caso di specie, si debba procedere alla vendita prima della (solo eventuale) omologazione del concordato preventivo;

l'insieme di tali disposizioni, quindi, suggeriscono che, in caso d'urgenza, la procedura, ai fini dell'individuazione dell'acquirente, non debba seguire le regole formali stabilite in via ordinaria per i casi in cui il fattore temporale sia suscettibile di essere gestito senza pregiudizio dei creditori, quanto, piuttosto, debba concentrarsi sulle modalità tramite cui il debitore è giunto all'individuazione dell'acquirente e se il prezzo offerto sia congruo, anche considerando se l'acquirente sia una parte correlata del debitore ovvero esistano ulteriori fattori devianti che ostacolino il raggiungimento del migliore risultato per i creditori, alle condizioni date;

in tal senso risulta cristallina la previsione di cui al par. 12.4 del decreto dirigenziale 21.3.2024 sulla composizione negoziata secondo cui "*L'esperto, se sentito dal tribunale nel procedimento autorizzativo ai fini della deroga dell'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, potrà essere chiamato ad esprimersi sulle modalità con cui si è arrivati all'individuazione dell'acquirente, sulla congruità del prezzo e su ogni altro elemento ritenuto utile dal tribunale. In adempimento dei doveri di cui*

all'articolo 16 del Codice della crisi d'impresa, egli informa il tribunale se l'acquirente dell'azienda, o di rami di essa, sia una parte correlata dell'imprenditore ...";

altre indicazioni in tale direzione, inoltre, si trovano nella proposta di direttiva sull'armonizzazione di alcuni aspetti delle normative in materia di insolvenza della Commissione europea del 7.12.2022 che proponendo di introdurre a livello europeo le cc.dd. procedure pre-pack prevede (art. 22 par. 2) che il soggetto incaricato dell'individuazione dell'acquirente dei beni del debitore, tra l'altro "*(a) documents and reports each step of the sale process; (b) justifies why it considers that the sale process is competitive, transparent, fair and meets market standards; ... (d) states whether it considers that the best bid does not constitute a manifest breach of the best-interest-of-creditors test*"¹;

da tali indicazioni, allora, si ricava che allorquando vi sia, come nel caso di specie, un'urgenza nella vendita non è tanto il formale rispetto delle scadenze previste dalle procedure competitive che assicurano il miglior interesse dei creditori – e sopra si è detto che il rispetto formale del principio di competitività potrebbe determinare la sostanziale lesione degli interessi che quel principio intende tutelare – quanto piuttosto, una seria e approfondita riflessione in ordine alle modalità tramite cui il debitore è giunto all'individuazione dell'acquirente, alla congruità del prezzo, all'esistenza di fattori devianti che potrebbero determinare una violazione del miglior interesse dei creditori;

tale previsione, inoltre, è coerente con i principi generali stabiliti dal codice della crisi che imponendo al debitore, per quanto qui interessa, (art. 4) di comportarsi secondo buona fede, assumendo tempestivamente le iniziative idonee alle soluzioni della crisi al fine di non pregiudicare gli interessi prioritari dei creditori, gli impongono, allorquando proponga un acquirente di un suo asset, di individuarlo conformandosi allo standard di mercato e, quindi, come efficacemente scritto da attenta dottrina applicando "*le regole normalmente seguite nei procedimenti di M&A che comprendono l'invito ai soggetti potenzialmente interessati ad offrire, mettendo a disposizione di ogni possibile offerente le medesime informazioni, la possibilità di procedere alla due diligence, ricevendo le offerte tramite un procedimento strutturato*";

ciò posto, ai fini della concessione dell'autorizzazione richiesta, il Tribunale deve nominare un ausiliario (un *monitor* secondo la dizione della proposta di direttiva pre-pack) affinché, effettuata una ricognizione del ramo d'azienda e del suo esatto perimetro, esegua, nel termine di giorni 5, tutte le indagini necessarie a verificare se esistano soluzioni migliori sul mercato e, quindi, sulle modalità tramite cui l'acquirente è stato individuato, tenendo conto del mercato di riferimento, dei soggetti potenzialmente interessati, delle interlocuzioni avute con tali soggetti, nonché sulle

¹ (a) documenta e riporta ogni fase del processo di vendita; (b) giustifica il motivo per cui ritiene che il processo di vendita sia competitivo, trasparente, equo e conforme agli standard di mercato; d) indica se ritiene che la migliore offerta non costituisca una violazione manifesta del criterio del miglior interesse dei creditori.

modalità di fissazione del prezzo di vendita, tenendo conto del valore dell'azienda quale risulta dai libri contabili, nonché del magazzino, anche attraverso un'ispezione dei luoghi, quali siano le relazioni tra le parti interessate alla ridetta operazione o se vi siano ulteriori fattori devianti che non giustificano l'autorizzazione richiesta; l'ausiliario nominato, inoltre, qualora non ritenesse che l'offerta ricevuta sia la migliore sul mercato, deve ritenersi sin da ora autorizzato a porre in essere o a completare le attività necessarie ad assicurare che il procedimento di individuazione dell'acquirente sia competitivo, trasparente, equo e conforme agli standard di mercato, comunque depositando una nota informativa nel termine di 5 giorni dalla ricezione del presente provvedimento.

PQM

visto l'art. 68 c.p.c., nomina ausiliario della procedura il dott. *

dispone che l'ausiliario nominato, nel termine di giorni 5 esegua le indagini di cui in parte motiva ed esprima un parere sull'offerta formulata giustificando il motivo per cui ritiene che il procedimento seguito dal debitore per individuare l'acquirente sia competitivo, trasparente, equo e conforme agli standard di mercato e l'offerta ricevuta non costituisca una violazione del criterio del miglior interesse dei creditori;

in caso contrario, esegua o completi le attività necessarie al fine dell'individuazione dell'acquirente in base ad un procedimento documentato, competitivo, trasparente, equo e conforme agli standard di mercato, redigendo, comunque, una relazione sulle attività che intende porre in essere nel termine di giorni cinque;

rimette gli atti al giudice relatore per il prosieguo del procedimento
si comunichi alla concordante e al dott. *

Così deciso in Milano, nella Camera di consiglio del 04/07/2024

Il giudice est.
Sergio Rossetti
Il Presidente
Luisa Vasile

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Centro Studi Giuridici Editore - [IL CASO.it](http://ILCASO.it)