

ORDINE DEI  
DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI  
ESPERTI CONTABILI

M I L A N O

SAF • SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE LUIGI MARTINO

# Il Concordato preventivo: riflessioni teoriche

nr. **57** • Commissione Gestione  
Crisi di Impresa e  
Procedure Concorsuali

*i quaderni*



S.A.F. LUIGI MARTINO

Fondazione dei Dottori Commercialisti di Milano





---

# Il Concordato preventivo: riflessioni teoriche

nr. **57** • Commissione Gestione  
Crisi di Impresa e  
Procedure Concorsuali

## I Quaderni della Scuola di Alta Formazione

### Comitato Istituzionale:

Vincenzo Delle Femmine, Giuseppe Grechi, Nicola Mastropasqua, Maria Cristina Messa, Lorenzo Ornaghi, Angelo Provasoli, Gianfelice Rocca, Andrea Sironi, Alessandro Solidoro, Eduardo Ursilli.

### Comitato Scientifico:

Giuseppe Bernoni, Luigi Carbone, Donato Centrone, Franco Dalla Sega, Sergio Galimberti, Marco Giorgino, Felice Martinelli, Guido Marzorati, Lorenzo Pozza, Patrizia Riva, Massimo Saita, Paola Saracino, Alessandro Solidoro, Antonio Giovanni Pio Tangorra.

### Comitato Editoriale:

Claudio Badalotti, Daniele Bernardi, Aldo Camagni, Corrado Colombo, Ciro D'Aries, Francesca Fieccoli, Carlo Garbarino, Francesco Novelli, Patrizia Riva, Alessandro Solidoro, Gian Battista Stoppani, Alessandra Tami, Dario Velo, Cesare Zafarana.

### Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali

*Delegato del Consiglio:* Michaela Marcarini.

*Presidente della Commissione:* Carlo Bianco.

*Componenti:* Andrea Acampora, Giuseppe Acciaro, Giuliano Vincenzo Altieri, Chiara Maria Bacci, Luca Marco Bizzozzero, Generoso Bonanno, Valeria Bordino, Micaela Brunamonti, Salvatore Buscemi, Fabio Cesare, Patrizia La Rocca, Vincenzo Agresti, Natascia Alesiani, Ignazio Arcuri, Simona Baldassarre, Giuseppe Balza, Davide Lorenzo Barosi, Paolo Felice Bazzana, Giorgio Betti, Renato Bissi, Beatrice Bompieri, Donatella Beatrice Bonfatti, Lorella Borghetti, Federico Broglia, Gianluca Caimi, Giulia Capetti, Angela Maria Campochiaro, Antonio Caravella, Anna Maria Carletti, Giggio Carrano, Vincenzo Cassaneti, Roberta Caviglia, Mario Claudio Cecchi, Mario Ciampi, Maria Rosaria Cipriano, Francesca Cochetti, Andrea Corti, Carmine Cozzolino, Pio Carlo Curadi, Francesca D'Alessandro, Maddalena Dal Moro, Patrizia D'Adamo, Stefano D'Amora, Enrico De Bono, Silvia De Furia, Corrado De Girolami, Giacomo Antonio Maria Degrassi, Renato Dell'Oca, Paolo Deo', Antonio Di Falco, Bernardo Draghetti, Giuseppe Fedeli, Claudio Ferrario, Laura Filippi, Gabriella Fiordelisi, Alberto Fornari, Enrico Nestore Fregoni, Pierpaolo Giuseppe Galimi, Alberto Garavaglia, Marco Gentile, Paolo Gerini, Tiziana Anna Ghiotto, Cecilia Giacomazzi, Davide Giangreco, Paolo Giovanelli, Carlo Giraud, Roberta Goldoni, Lorenzo Gorgoglione, Paola Maria Grossini, Alfredo Haupt, Stefano Inzoli, Alma Invernizzi, Marziano Francesco Lavizzari, Maurizio Leonardo Lombardi, Davide Maestroni, Antonella Magnani, Antonio Magliona, Alberto Malgeri, Nicola Manusardi, Roberto Marchi, Roberto Marcianesi, Alfonso Mariella, Raffaele Mattolini, Patrizia Meranda, Cesare Giuseppe Meroni, Ermenegildo Minisini, Erik Mira, Giovanni Mirarchi, Marco Misto', Nicola Modugno, Diego Moscato, Sabrina Murri, Giovanni Napodano, Enrico Nicolini, Francesco Nicolini,

### Direttore Responsabile:

Patrizia Riva

### Segreteria:

Elena Cattaneo

corso Europa, 11 • 20122 Milano

tel: 02 77731121 • fax: 02 77731173

## Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali (segue)

**Componenti** (segue): Letizia Cristina Nociti, Rosangela Notarnicola, Luca Giovanni Novarese, Francesco Novelli, Claudia Clementina Oddi, Cristina Papa, Andrea Arrigo Panato, Paola Parisi, Claudio Pastori, Vincenzo Paturzo, Luigi Perillo, Fabio Pettinato, Diego Pianca, Paolo Marco Piazzalunga, Giuseppina Pizzamiglio, Fulvio Pizzelli, Massimiliano Poppi, Roberta Postiglione, Paolo Oronzo Pulito, Andrea Acampora, Andrea Rosati, Rossana Rizzo, Giovanni Nicola Rocca, Massimo Rodanò, Chiara Rossini, Giovanni Rovelli, Marco Rubino, Fabio Salina, Rita Isabella Sansò, Pietro Santoro, Carmine Sarnataro, Silvia Scarantino, Carlotta Maria Cristina Sculco, Carlo Sergi, Deborah Setola, Luigi Sgariglia, Oscar Sottocornola, Luigi Spagnolo, Massimo Talone, Cristina Tracanella, Luca Tracanella, Paolo Troiano, Daniele Tumietto, Adele Antonia Vasilotta, Federico Vigevani, Taglianti Marco Vigna, Andrea Villa, Italo Vitale, Giorgio Zanetti, Alberto Zappa.

**Osservatori**: Simona Brambilla, Valeria Cafarelli, Maria Cristina Catalano, Fabio Cesare, Manuela Cochetti, Mattia Corneo, Giorgio Corno, Alberto De Bernardi, Giovanni Garbagnati, Maria Meranda, Stefania Manganati, Anna Paola Negri-Clementi, Patrizia Riva, Laura Salamone, Tommaso Senni, Fabio Signorelli, Alessandro Sommariva, Marco Alfonso Terenghi, Massimo Tucci.



## INDICE

Prefazione ( <i>Alessandro Solidoro</i> ) .....	7
1. Introduzione ( <i>Giannicola Rocca</i> ) .....	9
2. Il concordato preventivo ante-riforma: un'analisi empirica sull'efficienza della procedura ( <i>Alessandro Danovi, Giacomo Brettoni</i> ) ..	11
2.1. Premessa .....	11
2.2. Il campione di ricerca .....	13
2.3. Tipologia di domande presentate .....	16
2.4. Esiti delle procedure e durata .....	17
2.5. La durata della procedura .....	20
2.6. Le perdite subite dai creditori .....	22
2.7. Conclusioni .....	24
2.8. Bibliografia .....	25
3. Le diverse declinazioni del concordato con continuità aziendale e la difficile convivenza con la domanda “con riserva” ( <i>Fabio Marelli</i> ) .....	27
3.1. Continuità aziendale “diretta” e “indiretta” .....	27
3.2. La disciplina applicabile .....	28
3.3. La definizione e la fattispecie .....	29
3.4. Affitto di azienda e continuità aziendale “temporanea” o “parziale” .....	32
3.5. Concordato con continuità aziendale e concordato con cessione dei beni .....	35
3.6. Domanda di concordato “con riserva” ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall. ....	37
3.6.1. Il pagamento di fornitori strategici e l'attestazione del professionista .....	37

3.6.2.	La pianificazione della continuità di impresa e l'attestazione del professionista .....	40
3.6.3.	La tutela dei creditori .....	44
3.6.4.	La continuità contrattuale .....	45
4.	Concordato preventivo e bancarotta: incertezze applicative del precetto penale ( <i>Gianluca Minniti</i> ) .....	49
4.1.	L'immunità del liquidatore giudiziale .....	51
4.2.	I tentativi di escludere l'applicabilità dei reati di bancarotta al "nuovo" concordato preventivo .....	53
4.3.	Bancarotta, concordato preventivo, imprenditore individuale e società di persone: gli incerti confini del precetto penale .....	54
4.4.	Consecutio tra concordato preventivo e fallimento in ambito penale .....	55
4.5.	Concordato preventivo e sequestro preventivo .....	57
5.	Prima analisi dei "Principi di attestazione dei piani di risanamento" approvati dal CNDCEC nel settembre 2014. Gli elementi a tutela dell'indipendenza dell'attestatore ( <i>Patrizia Riva</i> ) .....	61
5.1.	I "Principi di attestazione dei piani di risanamento" .....	61
5.2.	La natura dell'incarico all'Attestatore: un mandato "senza <i>principal</i> " .....	63
5.3.	I fattori a tutela della indipendenza formale e apparente dell'Attestatore previsti dalla legge fallimentare .....	65
5.4.	I fattori a tutela della indipendenza sostanziale dell'Attestatore introdotti dai Principi .....	66
5.4.1.	La gradazione del giudizio e l'equo compenso per il "fatto del controllo" .....	67
5.4.2.	I vincoli alla libertà di sostituzione dell'Attestatore da parte dell'azienda .....	70
5.4.3.	L'obbligatorietà e il contenuto minimo del mandato professionale (Engagement Letter e Attestazioni della direzione) .....	72



## PREFAZIONE<sup>(\*)</sup>

Per una volta non si può accusare il Legislatore italiano di inerzia o di intemperatività .

La riforma del diritto fallimentare che ha preso le sue mosse dal 2005 ha saputo anticipare la grande crisi che dal 2008 ha colpito larga parte dell'economia mondiale e con grande valenza quella italiana in particolare.

Il Legislatore ha riformato un corpus normativo sostanzialmente immobile dal 1942, nonostante i vari tentavi succedutesi di mettervi organicamente mano.

Inutile negarlo, la riforma dell'anno 2005 e seguenti sposta il focus su concetti precedentemente in secondo piano rispetto all'allora scopo primario della tutela, all'interno di ambiti pubblicistici, dell'interesse dei creditori.

Parliamo di efficienza delle procedure, di valorizzazione della ragionevole durata delle stesse, di salvaguardia dei complessi aziendali in continuità rispetto alle scelte meramente liquidatorie, di abbandono di soglie minime di soddisfacimento in sede concordataria e quindi di esaltazione della dimensione negoziale-contrattuale della sistemazione della crisi.

Da ultimo, l'introduzione del concordato in bianco o prenotativo è stata accolta come uno strumento idoneo della rilevazione anticipata della crisi , da portare tempestivamente sotto il controllo del Tribunale.

Però qualche cosa è andato storto.

I principi summenzionati sono stati disattesi per un saldarsi di circostanze: l'eccessiva innovatività della norma, il salto culturale richiesto agli operatori coinvolti sia professionisti che magistrati, la tendenza all'abuso degli strumenti da parte dei debitori e di qualche parte di professionisti, spesso non specializzati, che li hanno assistiti.

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Alessandro Solidoro, Presidente ODCEC Milano.

Ne è emerso un diritto fallimentare e soprattutto prassi operative, che oggi vengono definite “municipali”, localistiche, di singolo tribunale, spesso demandate per la loro regolazione al giudizio della Suprema Corte di Cassazione.

Non possiamo rallegrarci di questa situazione, soprattutto noi professionisti che siamo sì interpreti della norma sempre soggetti al vaglio della magistratura, ma siamo soprattutto operatori bisognosi di conoscere in anticipo ed in maniera ragionevolmente inequivocabile, l'esito delle nostre scelte.

Il volume che ho il piacere e l'onore di presentare ha due grossi pregi.

Il primo di ricordarci da dove siamo partiti, da come erano le procedure concordatarie prima del 2005 e del perché non funzionavano, per giudizio allora unanime, né per i debitori, né per i creditori.

Il secondo è di mostrarci, attraverso casi empirici recentissimi, come le procedure correttamente gestite da tutti gli attori protagonisti del processo possono, in realtà, portare ai risultati positivi che il Legislatore ha loro pensato di attribuire.

Una segnalazione di “best practice” da non lasciare cadere nel vuoto, in attesa del nuovo intervento riformatore.

Un grazie a ciascun Autore per l'impegno profuso, un grazie altrettanto sentito alla SAF Luigi Martino, che consente di dare voce a questi contributi ed un augurio di buona lettura a Tutti.

## 1. INTRODUZIONE<sup>(\*)</sup>

La Legge fallimentare, contenuta nel R.D. n° 267 del 1942, ha sorretto la disciplina fallimentare per oltre sessanta anni nel corso dei quali però lo scenario economico, sociale e politico ha subito profonde modificazioni che hanno reso quella legislazione non più in linea con il contesto di riferimento. Nell'ultimo decennio, a partire dalla riforma contenuta nel D.lgs. 14 marzo 2005 n. 35, convertito con legge 14 maggio 2005, n. 80, che aveva interessato le revocatorie fallimentari ed il concordato preventivo, il legislatore ha prodotto una serie di modifiche che ne hanno ridisegnato non soltanto il *corpus* normativo, ma anche l'approccio culturale.

Una prima modifica si è avuta con le norme contenute nel Decreto Sviluppo, [Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali](#), entrato in vigore a cavallo dell'estate del 2012, e successivamente con le norme contenute nel [Decreto Sviluppo-bis](#) e nel [Decreto del Fare](#), ispirati dal principio della centralità dell'azienda che va quindi tutelata e salvata in tutti quei casi nei quali sia ipotizzabile il mantenimento in vita della stessa, a beneficio degli interessi occupazionali ed erariali.

La Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC nell'ambito della propria attività istituzionale e formativa in favore dei colleghi, degli operatori del settore e dei cultori della materia, contribuisce alla realizzazione dei [Quaderni SAF - Scuola Alta Formazione](#), sintesi dei contributi offerti dai partecipanti ai lavori di studio, ai convegni ed ai seminari realizzati dalla Commissione stessa: [Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa](#), (n. 24), [La crisi d'Impresa](#) (n. 27), [Caratteri e disciplina del Concordato Fallimentare](#) (n. 38), [Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma](#) (n. 43)

---

<sup>(\*)</sup> A cura di Giannicola Rocca, Vicepresidente Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali ODCEC Milano.

Il nuovo progetto editoriale, dedicato al Concordato Preventivo, che a parere dello scrivente potrebbe rappresentare uno strumento sempre più importante per il salvataggio delle imprese in crisi, oltre che strumento per la liquidazione delle stesse, è suddiviso in due differenti quaderni: il primo (n. 57) contiene una serie di riflessioni degli autori, il secondo (n. 58) presenta una serie di casi concreti di procedure concluse a seguito delle ultime modifiche contenute nella novellata legislazione fallimentare.

Gli autori hanno affrontato sapientemente temi di attualità e problematiche già emerse in passato, come per esempio il concordato preventivo in continuità aziendale nelle sue diverse declinazioni, il concordato per garanzia ed i tempi di pagamento ai creditori, il concordato liquidatorio con cessione dei beni, il pre-concordato con i suoi numerosi risvolti, il tema del sostegno finanziario all'impresa, quello dei contratti pendenti, dei rapporti di lavoro conseguenti al concordato, le problematiche legate alla fusione *ante* concordato e quelle legate alla domanda di ammissione alla procedura presentata sia da una società in accomandita che personalmente dai suoi soci, il tema delle conseguenze penali connesse al reato di bancarotta nel concordato preventivo ed infine il tema quanto mai attuale delle giudizio negativo dell'attestatore, qualificato quale "atto di libertà" dell'attestatore.

Il progetto contiene inoltre i risultati di una ricerca empirica sull'efficienza della procedura secondo la precedente normativa che appare di utilità non solo in chiave storica, ma anche quale *benchmark* su cui confrontare gli effetti della procedura nell'attuale formulazione. I casi riportati sono tutti riferiti ad esperienza professionali degli autori, così da offrire uno spunto di riflessione ed un riferimento concreto a chi volesse approfondire gli aspetti pratici dello strumento.

Agli autori va il mio sincero ringraziamento per gli sforzi profusi nella realizzazione degli elaborati, un ulteriore ringraziamento va ai colleghi della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali dell'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano ed ai referenti del progetto editoriale.

In conclusione una nuova e sempre più sentita dedica speciale a Ludovica e Ginevra che crescendo mi spingono a dare sempre il massimo per essere all'altezza delle rispettive aspettative.

## 2. IL CONCORDATO PREVENTIVO ANTE-RIFORMA: UN'ANALISI EMPIRICA SULL'EFFICIENZA DELLA PROCEDURA<sup>(1)</sup>

### 2.1. Premessa

In seguito alla riforma della legge fallimentare, introdotta a partire dal 2005<sup>(2)</sup>, il concordato preventivo può verosimilmente essere considerato il principale strumento di risanamento<sup>(3)</sup> predisposto dal legislatore per la soluzione delle situazioni di crisi.

In attesa di una approfondita analisi empirica che consenta di valutare compiutamente l'efficacia della riforma, una rivisitazione dei risultati dell'istituto secondo la precedente normativa appare di utilità non solo in chiave storica, ma anche quale *benchmark* su cui confrontare gli effetti della procedura nell'attuale formulazione.

Peraltro, se sterminata era la produzione dottrinale di matrice giuridica, gli aspetti economici erano stati oggetto di ben minori attenzioni. In particolare le indagini empiriche destinate ad analizzare il funzionamento dello strumento si limitavano all'esame di un numero limitato di casi<sup>(4)</sup>.

Con questa premessa il presente contributo esamina i dati di 542 concordati preventivi raccolti presso sei Tribunali italiani: Milano, Brescia,

---

<sup>(1)</sup> A cura di Alessandro Danovi, Direttore Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese, Università di Bergamo – Università Bocconi e di Giacomo Brettoni. Ad Alessandro Danovi si deve l'ideazione della ricerca e l'attuale stesura, di Giacomo Brettoni è la raccolta dei dati e l'analisi preliminare.

<sup>(2)</sup> Come è noto l'originario impianto legislativo risalente al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 è stato riformato in più tranche, a partire dal D.lgs. 14 marzo 2005, n. 35.

<sup>(3)</sup> La rilevanza dello strumento per affrontare la crisi nel sistema economico italiano è testimoniata dall'incremento dei casi negli ultimi anni. Per i dati aggiornati si vedano i report periodicamente pubblicati da Cerved Group.

<sup>(4)</sup> Tra i pochi lavori a contenuto economico che affrontano specificamente il tema cfr. Barontini, 1997; Bertoli, 2001; Danovi, 2003.

Monza, Busto Arsizio, Sassari e Bergamo, in un arco temporale di tredici anni tra il 1989 ed il 2002.

L'attenzione è rivolta ai profili di efficienza allocativa ed efficacia della procedura, intesa come procedimento volto a regolare i conflitti di interesse presenti in situazione di crisi. I profili in questione devono essere considerati come obiettivi, ai quali dovrebbe ispirarsi un sistema di gestione dell'insolvenza, con il duplice scopo di massimizzare l'efficienza *ex ante* e l'efficienza *ex post* per incrementare il valore dell'impresa in crisi e ottimizzare il recupero dei creditori<sup>(5)</sup>.

L'analisi si focalizza sui seguenti elementi tipici:

- rilevanza della procedura concordataria sotto il profilo quantitativo;
- caratteristiche delle imprese che vi hanno fatto ricorso;
- tipologie di concordato preventivo effettivamente adottate;
- consistenza dei valori dell'attivo e del passivo delle imprese ammesse alla procedura;
- esiti ai quali pervengono le procedure;
- tempi richiesti per l'espletamento delle medesime;
- grado di soddisfazione dei creditori.

Le principali conclusioni possono così essere sintetizzate.

Nel sistema **ante-riforma** il concordato era concepito come una procedura premiale, essenzialmente liquidatoria, che lasciava scarso spazio al tema della continuazione delle componenti ancora "sane" delle imprese (Belcredi, 2001, p. 130), salvo alcuni casi di utilizzo dell'affitto d'azienda nell'ambito di un concordato misto<sup>(6)</sup>. Peraltro anche il tentativo concordatario non sempre consentiva di scongiurare il fallimento dell'impresa e i suoi effetti sanzionatori: i dati analizzati dimostrano come almeno la metà delle domande ammesse sia stata successiva convertita in una procedura fallimentare.

---

<sup>(5)</sup> La presenza di una molteplicità di obiettivi di una procedura concorsuale, dato l'elevato numero di interessi che è deputata a contemperare, fa sì che la valutazione debba avvenire in base al risultato finale e non alla singola realizzazione degli obiettivi (Bertoli, 2000, p. 13). La ridotta efficienza delle procedure ante riforma era in particolare ricondotta alla difficoltà di minimizzazione dei costi indiretti dell'insolvenza, al livello dei costi diretti, alla ridotta percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari e alla scarsa tempestività di regolamento del concorso.

<sup>(6)</sup> Sul tema cfr. Danovi, 2003.

In particolare i principali aspetti di inefficienza apparivano:

- l'eccessiva rigidità della procedura che, da un lato limitava l'accesso e, dall'altro faceva sì che oltre l'80% dei concordati presentati avvenisse con la forma per cessione dei beni;
- l'accesso da parte di imprese decotte con un elevato rapporto di *leverage* che comprometteva ogni prospettiva concreta di risanamento;
- la durata eccessiva delle procedure;
- il significativo livello dei costi e la compressione di quanto recuperato dai creditori.

L'analisi empirica pare confermare queste indicazioni ancorché per i concordati giunti a termine i risultati per i creditori possono essere considerati soddisfacenti.

## 2.2. Il campione di ricerca

Il campione esaminato è costituito dai dati raccolti presso sei Tribunali italiani: Milano, Brescia, Monza, Busto Arsizio, Sassari e Bergamo, attraverso l'esame della sostanziale totalità dei concordati presentati in un arco temporale di tredici anni<sup>(7)</sup> (1989-2002)<sup>(8)</sup> e dal già citato lavoro di Bertoli (2000) sull'efficienza del Tribunale di Brescia; che costituisce una base informativa secondaria.

---

<sup>(7)</sup> Un limite della ricerca è costituito dalla parziale disomogeneità temporale del campione. Tuttavia, la rilevanza dei tribunali di Bergamo e di Milano, che coprono rispettivamente il primo l'intero arco temporale prescelto ed il secondo dieci anni su dodici, per un totale di circa il 68% di osservazioni del campione, si ritiene che possa rendere significativi i dati raccolti.

<sup>(8)</sup> Alla raccolta dei dati hanno lavorato nelle loro tesi di laurea cinque studenti dell'Università Commerciale L. Bocconi: 1) A. Pizzamiglio, "Il concordato preventivo e la sua efficacia. Rilievi statistici dal Tribunale di Milano", Anno Accademico 2000-01; 2) V. Fumagalli "Profili di efficienza delle procedure concorsuali. Il concordato preventivo nell'esperienza del Tribunale di Busto Arsizio", Anno Accademico 2005-06; 3) F. Berizzi, "Profili di efficienza delle procedure concorsuali. Il concordato preventivo nell'esperienza del Tribunale di Monza", Anno Accademico 2002-03; 4) A. Casu, "Il concordato preventivo nel Tribunale di Sassari: efficacia ed efficienza di una procedura rinnovata", Anno Accademico 2004-05; 5) C. Villanova, "Il concordato preventivo nell'esperienza del Tribunale di Bergamo", Anno Accademico 2002-03. A tutti loro va il ringraziamento di chi scrive.

Il numero limitato dei concordati presentati nei vari anni nei diversi tribunali (specie se paragonato ai numeri dei fallimenti) non stupisce in considerazione delle criticità già ricordate. La rigidità dei requisiti normativi ante-riforma, in termini di soddisfazione dei creditori (con l'obbligo di corrispondere il 100% ai creditori privilegiati e almeno il 40% ai chirografari) destinava al fallimento imprese che avrebbero potuto evitare un esito infausto mediante offerte inferiori e calibrate in ragione delle differenze intercorrenti tra le varie categorie di creditori (Jorio, 2005; Danovi, 2003, p. 227).

Tabella 1  
Sintesi delle fonti

TRIBUNALE PRESELTO	PERIODO ANALIZZATO	# PROCEDURE	(%) SU TOTALE
Tribunale di Bergamo	1989-2002	210	38,7%
Tribunale di Milano	1991-2001	157	29,0%
Tribunale di Monza	1994-2002	59	10,9%
Tribunale di Sassari	1989-2002	44	8,1%
Tribunale di Busto A.	1995-2002	42	7,7%
Tribunale di Brescia	1989-1998	30	5,5%
<b>Totale</b>		<b>542</b>	<b>100,0%</b>

Dal punto di vista diacronico il numero di concordati presenta una maggiore concentrazione nel periodo 1993-1996, anni in cui risultano ammesse circa il 48% della domande corrispondenti a 262 imprese<sup>(9)</sup>.

<sup>(9)</sup> La dinamica in questione si conferma coerente con quanto registrato dal rapporto “sofferenze/impieghi” del sistema bancario di Barontini (1997), il quale individua il 1994 come anno, nell’intervallo di tempo analizzato dalla presente ricerca, nel quale si è verificato il massimo numero di domande di ammissione al concordato preventivo.

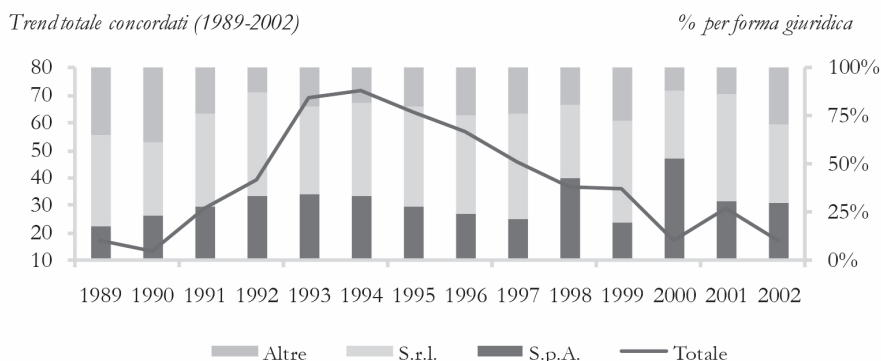


Tabella 2  
Numero domande ammesse alla procedura

Anno	S.p.A.	S.r.l.	Altre	Totale	%
1989	3	8	6	17	3.1%
1990	3	5	5	13	2.4%
1991	8	14	7	29	5.4%
1992	13	21	5	39	7.2%
1993	24	31	14	69	12.7%
1994	24	35	13	72	13.3%
1995	18	33	13	64	11.8%
1996	14	29	14	57	10.5%
1997	10	25	11	46	8.5%
1998	16	14	7	37	6.8%
1999	7	19	10	36	6.6%
2000	9	6	2	17	3.1%
2001	9	16	4	29	5.4%
2002	5	7	5	17	3.1%
<b>Totale</b>	<b>163</b>	<b>263</b>	<b>116</b>	<b>542</b>	<b>100.0%</b>
<b>Media</b>	<b>12</b>	<b>19</b>	<b>8</b>	<b>39</b>	
<b>Mediana</b>	<b>10</b>	<b>18</b>	<b>7</b>	<b>37</b>	
<b>Min</b>	<b>3</b>	<b>5</b>	<b>2</b>	<b>13</b>	
<b>Max</b>	<b>24</b>	<b>35</b>	<b>14</b>	<b>72</b>	

La natura giuridica delle imprese vede una netta prevalenza delle società di capitali, ed in particolare dalle società a responsabilità limitata (“S.r.l.”) pari a circa il 49% del campione (263 domande totali).

Tabella 3  
Trend domande ammesse e % per forma giuridica



### 2.3. Tipologia di domande presentate

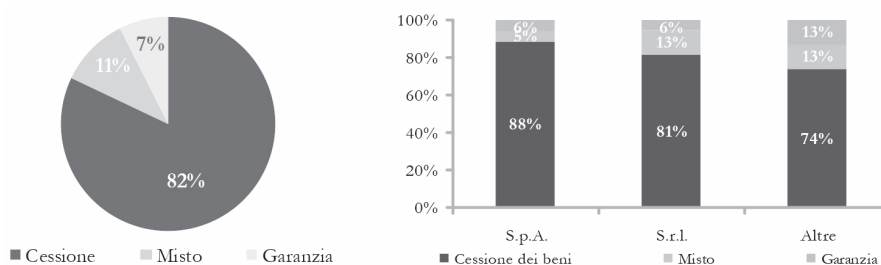
Come è noto, la proposta di concordato preventivo formulata secondo la legislazione antecedente la riforma del 2005 doveva prevedere alternativamente:

- L'offerta di pagare almeno il 40% dei creditori chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato, oltre agli interessi se, era previsto un tempo più lungo (cd. concordato garantito);
- L'offerta della cessione ai creditori di tutti i beni dell'impresa, sempre che una ragionevole valutazione dei beni stessi inducesse a ritenere che i creditori chirografari potessero essere soddisfatti nella misura minima del 40% (cd. concordato con cessione dei beni).

A queste due forme veniva di solito affiancata nella prassi una terza modalità, individuabile nel c.d. concordato misto. In questo caso il debitore, ai fini del raggiungimento delle percentuali minime di legge di soddisfazione dei creditori, proponeva contemporaneamente la cessione dei beni dell'impresa e forme tipiche o atipiche di garanzie, prestate anche da un terzo. Un esempio molto diffuso era la stipulazione di un contratto di affitto di azienda con impegno all'acquisto ad un prezzo prestabilito.

Nel campione di procedure analizzate il concordato con cessione dei beni è stato richiesto da circa l'82% delle imprese per le quali è stata accolta la domanda di ammissione alla procedura. Le altre tipologie si caratterizzano per la molto minore frequenza.

Tabella 4  
Tipologia di concordato richiesta (%)



In particolare emerge il ridotto numero di concordati per garanzia, nonostante il generale favore dei tribunali per questa modalità. Come già riscontrato da Bertoli (2000, p.16) per il Tribunale di Brescia questo non era ritenuto una modalità efficiente, per il disincentivo per le imprese

debitrici a proporre una clausola remissoria il cui inadempimento costituiva presupposto per la dichiarazione di fallimento d'ufficio.

## 2.4. Esiti delle procedure e durata

Come è noto il concordato prima della riforma poteva avere due esiti: 1) esecuzione della procedura qualora la proposta dal debitore ottenesse l'approvazione della maggioranza dei creditori e superasse il giudizio di omologa; 2) fallimento in caso contrario<sup>(10)</sup>.

Ante riforma, era motivo di fallimento oltre alla scoperta di atti in frode (art. 173 l.fall.), il voto contrario dei creditori o, nel giudizio di omologa, l'assenza dei requisiti di meritevolezza o convenienza della proposta. Anche il mancato raggiungimento delle percentuali minime di legge (nel concordato garantito) o l'insufficienza del ricavato della cessione dei beni a consentire pagamenti a favore dei chirografari era motivo di risoluzione.

Per circa il 35% delle domande (181 casi) dichiarate ammissibili nei tribunali indagati si è verificata la successiva apertura della procedura fallimentare. Le procedure eseguite regolarmente ammontano invece a circa il 23% (117 casi) mentre quelle che erano ancora in corso al momento delle rilevazioni (217) rappresentano il restante 42%<sup>(11)</sup>.

Tabella 5  
Esiti per le domande ammesse per tribunale (%)

ESITI	Tribunale di Bergamo	Tribunale di Milano	Tribunale di Monza	Tribunale di Sassari	Tribunale di Busto Arsizio	Tribunale di Brescia	Media	Varianza
Fallimento	37%	4%	53%	77%	38%	72%	47%	7%
Esecuzione	15%	46%	5%	2%	33%	14%	19%	3%
In corso	48%	50%	42%	20%	29%	14%	34%	2%
Totale	100%	100%	100%	100%	100%	100%	n.s.	n.s.

Tali risultanze possono essere confrontate con i dati noti in letteratura relativi ai Tribunali di Ancona, La Spezia, Lodi, Milano, Napoli e Piacenza,

<sup>(10)</sup> Attualmente è possibile che il debitore, in assenza di richieste di fallimento torni *in bonis* anche in caso di insuccesso della procedura.

<sup>(11)</sup> Un'analisi divisa per i Tribunali oggetto di indagine mostra come il fallimento rappresentasse mediamente la conclusione nel 47% dei concordati ammessi.

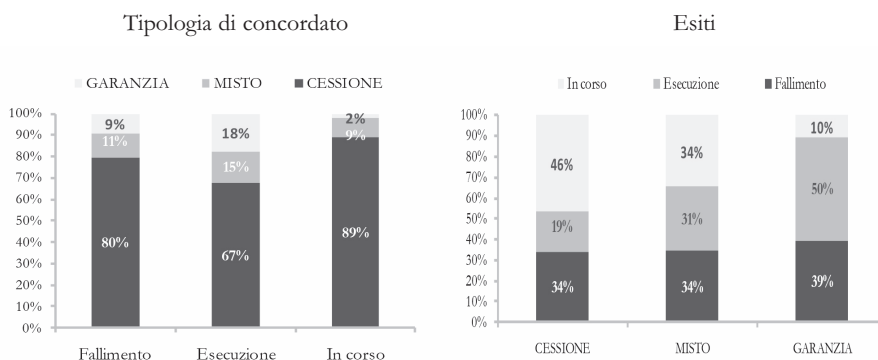
per i quali le procedure avviate e successivamente sfociate in fallimento ammontano in media a circa il 50%, quelle regolarmente eseguite a circa il 14% e quelle ancora in corso al 35% (Barontini, 1997, p.144).

**Tabella 6**  
Esiti per le domande ammesse per tribunale 1981-1991 (%)

ESITI	Tribunale di Parma	Tribunale di Ancona	Tribunale di La Spezia	Tribunale di Lodi	Tribunale di Napoli	Tribunale di Piacenza	Media	Varianza
Fallimento	36%	68%	49%	62%	50%	48%	52%	1%
Esecuzione	64%	14%	7%	-	17%	12%	19%	5%
In corso	-	19%	44%	38%	33%	39%	29%	3%
Totale	100%	100%	100%	100%	100%	100%	n.s.	n.s.

Fonte: Ripreso da Barontini 1997, p.144

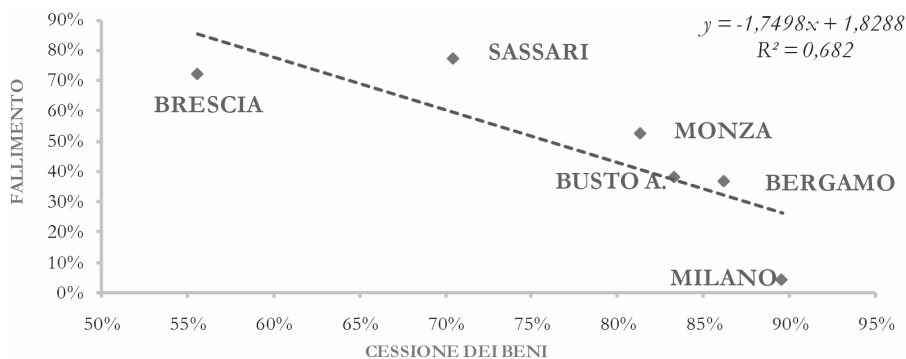
**Tabella 7**  
Esiti delle domande



Da una analisi più particolareggiata<sup>(12)</sup>, che tiene in considerazione le procedure divise per Tribunale, si evince come esista una correlazione negativa tra la modalità di concordato con cessione dei beni e l'esito "fallimento".

<sup>(12)</sup> Suddividendo il campione per forma giuridica la maggioranza delle S.p.A. è stata ammessa alla procedura di concordato (ca. il 68%) contro un 32% per il quale è stato richiesto il fallimento. In particolare, circa il 76% delle procedure avviate, relative a S.p.A., risultava in corso al 2001, valore ben maggiore rispetto alle altre forme giuridiche (39% per le S.r.l. e 34% per le Altre).

Tabella 8  
Correlazione lineare: fallimento–cessione



La rilevanza quantitativa della modalità con cessione dei beni e la sua inversa correlazione con l’esito fallimento denotano come tale modalità di esecuzione del concordato, almeno secondo la disciplina ante riforma, da un lato rappresentasse l’alternativa più utilizzata nella prassi mentre dall’altro costituisse una sorta di “alternativa” al fallimento che, seppur diversa nei requisiti formali di ammissione e nelle conseguenze penali per il debitore, era sostanzialmente identica nelle forme di realizzazione dell’attivo ai fini della soddisfazione dei creditori.

Al contrario, analizzando le altre modalità di esecuzione del concordato emerge come i concordati per garanzia conducessero nel circa 50% dei casi osservati all’esecuzione: il dato induce a ritenere che tale formula fosse in assoluto la più tutelante per i creditori.

Il coefficiente di correlazione della retta di regressione lineare tra gli esiti delle procedure e le società ammesse, suddivise per forma giuridica, risulta pari a circa 0,93 (R2 pari a 0,87). Tali valori indicano un andamento pressoché proporzionale tra la forma giuridica delle imprese ammesse e l’esito della procedura come ulteriormente provato dai valori molto bassi dell’indice di dispersione: la percentuale dei fallimenti per forma giuridica presenta, infatti, una varianza dello 0,2% contro lo 0,8% delle procedure in corso (in quest’ultimo caso si nota come le S.p.A. si discostino dalla retta di regressione rispetto alle S.r.l. e alle Altre principalmente a causa del maggior peso percentuale delle procedure in corso rispetto a quelle eseguite o per le quali è stato richiesto il fallimento).

## 2.5. La durata della procedura

Come è noto, i vantaggi delle soluzioni concordatarie per i creditori sono riconducibili non solo al prevedibile maggior valore di rimborso ma anche al fatto che l'apertura e la conclusione tempestiva della crisi può aumentare anche significativamente i ritorni finanziari in termini di valore attuale netto.

Inoltre l'apertura tempestiva di una procedura consente di contenere la distruzione dei valori aziendali, da cui il *favor* del legislatore<sup>(13)</sup>.

Tabella 9  
Durata media dei concordati (Gg)

TRIBUNALE	ESECUZIONE	FALLIMENTO	IN CORSO	MEDIA
Tribunale di Bergamo	2.311	187	3.289	2.005
Tribunale di Milano	1.795	1.451	2.241	2.004
Tribunale di Monza	633	245	1.373	743
Tribunale di Sassari	1.230	235	3.640	954
Tribunale di Busto Arsizio	1.964	446	2.687	1.592
Tribunale di Brescia	682	99	1.353	356
TOTALE	1.824	264	2.135	1.415

I dati mostrano chiaramente come la durata media dei concordati fosse principalmente influenzata dall'esito poiché le procedure sfociate in fallimento avevano una durata significativamente inferiore. Fa eccezione il Tribunale di Milano, che presentava una durata delle procedure terminate con dichiarazione di fallimento notevolmente alta, mentre in tutti gli altri tribunali analizzati la durata dei concordati conclusi con la dichiarazione di fallimento si attestava ad un massimo di un anno e mezzo<sup>(14)</sup>.

Analizzando, invece, le procedure regolarmente eseguite si osserva che il tempo medio necessario per la completa esecuzione degli obblighi concordatari è risultato pari a circa 5 anni. Come già riscontrato da Bertoli

<sup>(13)</sup> Alcuni studi empirici confermano tale tendenza positiva nei Paesi che incentivano maggiormente il debitore (Caprio, 1997).

<sup>(14)</sup> A riprova di quanto affermato, si segnala che la correlazione tra la durata media del concordato e l'esito fallimento si attesta ad un valore negativo di 0,83.

(2000, p. 23), il Tribunale di Brescia rappresenta una anomalia per i brevi tempi di esecuzione del concordato<sup>(15)</sup> se raffrontato ai dati della presente ricerca e a quelli riscontrati da Barontini riguardo ai Tribunali di Ancona, Napoli, La Spezia, Lodi e Piacenza per i quali risulta un tempo medio, per le procedure eseguite, di quattro anni e quattro mesi.

L'eccessiva lunghezza nel raggiungere la conclusione della procedura corrobora la convinzione che la procedura concordataria pre-riforma presentasse inefficienze legate alla scarsa celerità delle operazioni, e che il protrarsi nel tempo fosse causa della riduzione di valore delle attività dell'impresa in crisi e di conseguenza della minore soddisfazione dei creditori chirografari.

Suddividendo l'analisi sulla base delle tipologie si osserva che, a fronte di una durata media dei concordati per cessione di circa tre anni, i concordati misti e garantiti presentavano una durata media di 4 anni e due mesi ed un anno e quattro mesi rispettivamente.

Tabella 10  
Durata media dei concordati per tipologia (gg)

TIPOLOGIA	ESECUZIONE	FALLIMENTO	IN CORSO	MEDIA
Cessione	1.129	306	2.305	1.394
Misto	1.529	232	1.792	1.173
Garanzia	787	294	1.850	703

Nonostante il concordato misto, come sostenuto da autorevole dottrina (Guatri, 1995, p. 296), rappresentasse la procedura per definizione più favorevole al ceto creditorio, tale modalità presentava i tempi di esecuzioni più elevati. Questo aspetto negativo, può essere, in parte, compensato dalle media ponderata totale dei giorni che risulta inferiore al concordato per cessione di circa sette mesi.

<sup>(15)</sup> Nel nostro caso anche il Tribunale di Monza presenta risultati in linea con il Tribunale di Brescia per tutti gli esiti considerati.

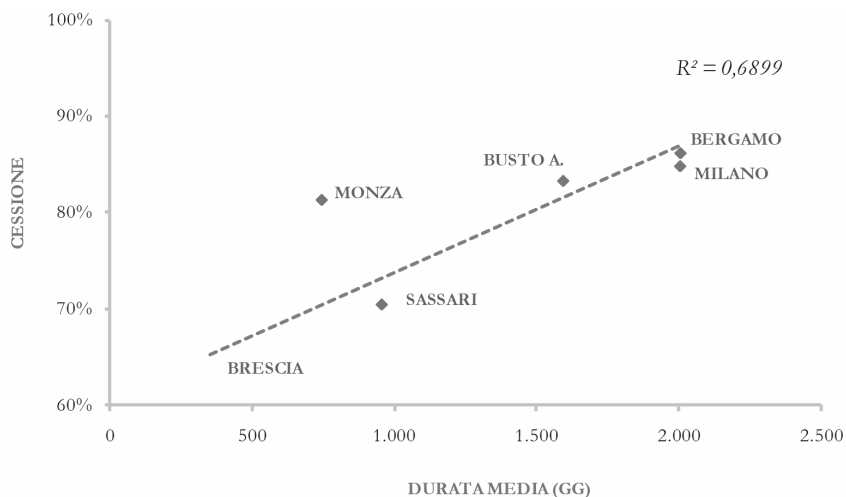
Va, comunque, osservato che il concordato garantito presenta anche in termini di durata della procedura, almeno per quanto attiene le procedure eseguite, una *performance* più efficiente rispetto alle altre<sup>(16)</sup>.

## 2.6. Le perdite subite dai creditori

Il tema delle perdite subite dai creditori costituisce un elemento centrale nella valutazione di efficienza della procedura<sup>(17)</sup>.

<sup>(16)</sup> Da un'analisi di regressione tra la durata della procedura in ognuno dei sei Tribunali analizzati e la percentuale di concordati per cessione ammessi si individua una correlazione lineare pari a 0,83; tale valore indica che sulla scarsa tempestività del concordato preventivo ante riforma incideva principalmente la tipologia del concordato per cessione, sia per l'incidenza quantitativa delle procedure ammesse sia per i tempi lunghi di esecuzione.

Tabella 11 – Correlazione lineare: durata (gg) – cessione (%)



<sup>(17)</sup> Peraltro, la presenza di un sistema di risoluzione della crisi scarsamente efficace ed efficiente comporta due esternalità principali. La prima è individuata nella necessità dei creditori bancari, di compensare le prevedibili perdite su crediti peggiorando le condizioni di finanziamento applicate ai propri debitori (in termini di maggiori tassi o di misure di *credit rationing*).

In secondo luogo, un'inefficiente procedura concorsuale conduce il ceto creditorio a non esercitare un efficace ruolo di *monitoring* sul debitore (Bearle, Means, 1933), con effetti negativi anche in termini di assunzioni di rischi o struttura finanziaria delle imprese debentriche come osservato dalla World Bank nel 1991: “*effective insolvency and creditor rights systems are an important element of financial system stability*”.



La perdita sopportata dai creditori corrisponde all'ammontare dei crediti ammessi, diminuiti di una somma pari all'ammontare dell'attivo patrimoniale ridotto a propria volta dei costi diretti della procedura.

Determinazione perdita di una procedura

$$\text{PERDITA} = \text{CREDITI AMMESSI} - \left\{ \text{ATTIVO PATRIMONIALE} - \text{COSTI DIRETTI} \right\}$$

Storicamente le procedure concorsuali italiane, nonostante una legislazione concepita ad esclusiva tutela del ceto creditorio hanno presentato tassi di *recovery* inferiori rispetto ai principali paesi europei<sup>(18)</sup>. Secondo quanto stimato dalla Banca d'Italia il ritorno dei creditori bancari ante-riforma, si attestava (compreso il privilegio) ad un valore medio pari al 38% del credito concesso.

Nel ricordare che i risultati si riferiscono ai creditori chirografari, poiché prima della riforma era previsto l'integrale soddisfacimento dei creditori privilegiati e che la durata della procedura incide sul valore attuale ottenuto dai creditori, appare interessante evidenziare le differenze riscontrate nell'ammontare della perdita subita a seconda del tipo di procedura. Come presumibile, il concordato garantito presenta risultati migliori per i creditori per la presenza, ante-riforma, del limite legale del 40% di soddisfazione minima dei creditori chirografari.

In ogni caso, nell'ambito del campione analizzato, sembra potersi affermare che tutte le forme di concordato (quando la procedura era portata a termine), garantissero ai creditori risultati soddisfacenti, poiché prossimi, non tenendo in considerazione il valore finanziario del tempo, al 40% del credito ammesso al passivo.

<sup>(18)</sup> Cfr. in tal senso l'*International Monetary Fund* in una ricerca del 1991 riguardo all'efficienza delle procedure concorsuali previste dal nostro ordinamento precedentemente alla riforma del 2005: a) "creditors have often been unable to collect their claims, so as to adversely affect the future availability of credit"; b) "The rights of debtors (and their employees) may not be adequately protected".

Tabella 12  
Perdite per tipologia di concordato

Tipologia	Perdita Totale	% Passivo	Passivo totale
Cessione	293.577.794	32%	908.343.717
Misto	28.060.989	38%	74.821.731
Garanzia	7.535.837	41%	18.569.059

## 2.7. Conclusioni

Nel sistema *ante-riforma* il concordato si poneva in maniera ibrida, in bilico tra il risanamento e la liquidazione dell'impresa, anche se l'aspetto liquidatorio era prevalente.

I dati empirici sul campione esaminato confermano gli aspetti di inefficienza indicati dalla dottrina:

- l'eccessiva rigidità della procedura che, da un lato limitava l'accesso e, dall'altro faceva sì che oltre l'80% dei concordati presentati avvenisse con la forma per cessione dei beni;
- l'accesso da parte di imprese decotte con un elevato rapporto di *leverage* che comprometteva ogni prospettiva concreta di risanamento;
- la durata eccessiva delle procedure per i concordati andati a buon fine;
- il significativo livello dei costi e la compressione di quanto recuperato dai creditori. Quest'ultimo aspetto appare peraltro (nei concordati eseguiti) il più favorevole ai creditori, con percentuali di soddisfazione non troppo distanti dal 40% fissato per legge, anche se in tempi molto lunghi.

L'impressione è che la riforma abbia in buona parte modificato tale stato di cose. Il concordato preventivo, grazie alla flessibilità concessa riguardo alle caratteristiche del piano e alla possibilità di mantenere il controllo dell'impresa, risulta sempre più appetibile.

Negli ultimi anni si è assistito a un ricorso alla procedura anche da parte di gruppi di grandi dimensioni tra i quali (solo per citarne alcuni) I Viaggi del Ventaglio S.p.A., Mariella Burani Fashion Group S.p.A. e l'ospedale S. Raffaele.

Tali imprese, pur soddisfacendo i requisiti legislativi<sup>(19)</sup>, per l'amministrazione straordinaria hanno preferito presentare domanda per ammissione a concordato preventivo.

Ovviamente per formulare conclusioni occorrerà attendere dati empirici significativi, ma anche questo è un segnale della rilevanza della riforma.

## 2.8. Bibliografia

Barontini, R. (1997), *Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*, in Caprio L., *Gli strumenti per la gestione delle crisi finanziarie in Italia. Un'analisi economica*, Milano, Mediocredito Regionale Lombardo.

Belcredi, M. (1995), *Crisi d'impresa e ristrutturazione finanziaria*, Milano, Vita e Pensiero.

Bertoli, G. (2000), *Crisi di impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Milano, Egea.

Bertoli, G. (2001), “Profili di efficienza delle procedure concorsuali. Il concordato preventivo nell'esperienza del Tribunale di Brescia”, *Rivista dei dottori commercialisti*, n. 6.

Caprio, L. (1997), *L'efficienza economica delle procedure di gestione del dissesto in Italia: un'interpretazione delle evidenze empiriche della ricerca*, in L. Caprio, *Gli strumenti di gestione delle crisi finanziarie in Italia: un'analisi economica*, Milano.

Danovi, A. (2003), *Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano*, Milano, Giuffrè.

Danovi, A. e Quagli, A. (2008), *Gestione della crisi aziendale e dei processi di risanamento*, Milano, Ipsoa.

Jorio, A. (1993), “Le procedure concorsuali fra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi”, *Giurisprudenza commerciale*.

Jorio, A. (2005), *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra “privatizzazione” e tutela giudiziaria*, Relazioni presentata al Convegno di Cormayeur del 23-24 settembre 2005 su “La crisi delle procedura concorsuali e le linee di riforma”.

---

<sup>(19)</sup> I requisiti per l'ammissione alla procedura cd. Marzano prevedono che un'impresa in crisi deve impiegare più di 500 lavoratori subordinati da almeno un anno e debiti di ammontare pari ad almeno € 300 milioni. Il gruppo Mariella Burani presentava al 31 dicembre 2008: 2.212 dipendenti e passività finanziarie e commerciali pari a circa € 817 milioni. Il gruppo Viaggi del Ventaglio, invece, al 31 ottobre 2008 contava 2.659 dipendenti e passività pari a circa € 410. È interessante come queste aziende abbiano preferito la procedura concordataria anziché approdare ad una procedura amministrativa come la “Marzano”.



### 3. LE DIVERSE DECLINAZIONI DEL CONCORDATO CON CONTINUITÀ AZIENDALE E LA DIFFICILE CONVIVENZA CON LA DOMANDA “CON RISERVA”<sup>(20)</sup>

#### 3.1. Continuità aziendale “diretta” e “indiretta”

Nell’esperienza applicativa del concordato, la conservazione dei complessi aziendali in esercizio assai di rado avviene in capo allo stesso imprenditore, realizzandosi piuttosto in via “indiretta”, attraverso la formale cessione ad un soggetto terzo, procedendo, prima del deposito della domanda di ammissione al concordato, alla concessione in affitto dell’azienda al fine di preservarne l’operatività.

Le disposizioni introdotte dalla legge n. 134/2012 hanno previsto una disciplina idonea a preservare la continuità aziendale anche in via “diretta”, in capo cioè allo stesso debitore, in modo che sia possibile realizzare il risanamento dell’impresa senza una formale cessione. Ciò, da un lato, consentendo al debitore di accedere immediatamente agli effetti protettivi della domanda di concordato “con riserva” ai sensi dell’art. 161, sesto comma, l.fall. e, dall’altro, approntando diversi strumenti tali da rendere effettiva la possibilità di proseguire nella gestione anche una volta avviata la procedura concorsuale.

La maggior parte di queste disposizioni sono per il vero applicabili indipendentemente dalla finalità effettivamente perseguita dal debitore nel senso della prosecuzione (diretta o indiretta) dell’attività di impresa. Alcune specifiche disposizioni, invece, presuppongono che il concordato sia qualificabile come concordato “con continuità aziendale”.<sup>(21)</sup>

---

<sup>(20)</sup> A cura di Fabio Marelli, Professore Associato di diritto fallimentare e diritto processuale civile presso l’Università degli Studi di Pavia, Avvocato in Milano.

<sup>(21)</sup> Sulla nuova figura del concordato con continuità aziendale cfr. tra altri Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.* 2013, 1222; Terranova, *Il concordato «con continuità aziendale» e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.* 2013, 1; Ambrosini, *Appunti in tema di concordato con continuità aziendale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Arato, *Il concordato con*

In queste brevi note di inquadramento del tema, l'attenzione sarà focalizzata ad individuare l'ambito di applicazione della disciplina specifica nelle diverse situazioni, con particolare riferimento alla fase successiva alla domanda di concordato "con riserva" ed alle varie questioni che possono porsi nell'esperienza applicativa.

### 3.2. La disciplina applicabile

La disciplina specifica del concordato con continuità aziendale attiene ai seguenti aspetti:

a) il contenuto del piano e della relazione del professionista (art. 186-*bis* secondo comma l.fall.):

– il piano deve contenere un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;

– la relazione del professionista deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori;<sup>(22)</sup>

– il piano può prevedere la moratoria fino ad un anno per il pagamento dei creditori privilegiati;<sup>(23)</sup>

b) la disciplina volta alla conservazione dei contratti in corso (art. 186-*bis* terzo e quarto comma l.fall.):

– dal deposito del ricorso è impedito lo scioglimento di contratti (anche pubblici) in deroga a disposizioni e patti contrari, che facciano dipendere la risoluzione dall'apertura della procedura;

---

*continuità aziendale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Casa, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186-bis l.fall.*, in *Fall.* 2013, 1379; Vitiello, *Brevi (e scettiche) considerazioni sul concordato preventivo con continuità aziendale*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>(22)</sup> In generale su questo aspetto cfr. Ranalli, *Il giudizio integrativo sul miglior soddisfacimento dei creditori nei concordati in continuità: un profilo centrale dell'attestazione del professionista*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); Cecchini, *Il miglior soddisfacimento dei creditori nel concordato con continuità aziendale*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); in giurisprudenza, Trib. Bergamo 26 settembre 2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

<sup>(23)</sup> Sul tema, con ampia prospettiva, v. Bonfatti, *La disciplina dei crediti privilegiati nel concordato preventivo con continuità aziendale*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) e di prossima pubblicazione in *Scritti in onore di Pietro Abbadesse*.

– l'ammissione al concordato preventivo in continuità aziendale (i) consente la prosecuzione di contratti pubblici, se il professionista ha attestato la ragionevole capacità di adempimento e (ii) non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici;

c) la possibilità di procedere al pagamento di crediti concorsuali dei fornitori dopo la domanda di concordato anche “con riserva” (art. 182-*quinquies* quarto comma l.fall.).<sup>(24)</sup>

### 3.3. La definizione e la fattispecie

La definizione normativa di concordato con continuità aziendale, al fine dell'applicazione di questa disciplina, è scolpita all'art. 186-*bis*, primo comma, l.fall. in riferimento al contenuto del piano concordatario, il quale deve prevedere:

- a) la prosecuzione dell'attività di impresa, oppure
- b) la cessione dell'azienda in esercizio, oppure
- c) il conferimento dell'azienda in esercizio.

Innanzitutto occorre constatare è che la definizione ricomprende espressamente la cessione ed il conferimento dell'azienda in esercizio, e quindi la continuità aziendale anche in via “indiretta”.

Successivamente, occorre verificare se le tre ipotesi previste siano effettivamente alternative ed autonome le une rispetto alle altre. In questa prospettiva, si può osservare che esse presentano un aspetto comune costituito dalla prosecuzione dell'attività di impresa: è chiaro infatti che la cessione o il conferimento “in esercizio” dell'azienda presuppone necessariamente la prosecuzione dell'attività nel corso della procedura.<sup>(25)</sup> Che si tratti di elemento immancabile e caratterizzante la fattispecie è confermato del resto dalla disciplina di applicazione necessaria, relativa alla programmazione nel piano concordatario delle esigenze finanziarie e delle modalità di copertura del fabbisogno e dell'attestazione del professionista che la pianificata continuità aziendale sia effettivamente vantaggiosa per i creditori.

<sup>(24)</sup> Cfr. tra altri Abete, *Il pagamento dei debiti anteriori nel concordato preventivo*, in *Fall.* 2013, 1108; Finardi-Sandrini, *La deroga alla par condicio creditorum nel concordato con continuità aziendale: il pagamento di debiti pregressi*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>(25)</sup> In senso conforme, cfr. Vitiello, *Brevi (e scettiche) considerazioni*, cit., 2.

Questi aspetti sono infatti strettamente collegati l'uno all'altro e presuppongono l'effettiva gestione di impresa da parte del debitore a carico della massa: tutti i costi di prosecuzione dell'attività vanno soddisfatti in prededuzione e sono suscettibili quindi di generare una perdita per i creditori, motivo per cui la legge impone non solo che siano previste nel piano concordatario le risorse effettivamente disponibili da destinare alla copertura dei costi, ma anche che il risultato complessivo della prosecuzione dell'attività sia comunque più favorevole rispetto ad una soluzione che prescindendo dalla continuità aziendale, impostata quindi sulla liquidazione atomistica dei beni oppure sulla cessione di complessi aziendali non in esercizio. L'integrazione del piano e della relazione del professionista è da ritenere necessaria in presenza della fattispecie,<sup>(26)</sup> che quindi a sua volta va individuata con una lettura della disposizione di legge orientata e congruente rispetto all'applicazione della disciplina che ne consegue.

Del resto non avrebbe senso imporre la redazione di piani di cassa e di fabbisogni economici, se non in presenza di una effettiva prosecuzione dell'attività di impresa nel corso della procedura,<sup>(27)</sup> ed è proprio l'inerte rischio d'impresa posto a carico della massa che spiega la necessaria attestazione della convenienza per i creditori.

Per quanto riguarda gli ulteriori aspetti della disciplina specifica, si può osservare che le articolate disposizioni volte a preservare la continuità dei contratti in corso sembra a sua volta presupporre la prosecuzione dell'attività di impresa. Basterebbe rilevare che la prosecuzione dei contratti è la regola sia in caso di esercizio provvisorio nel fallimento, sia nell'amministrazione straordinaria, ma anche a prescindere da questi riferimenti normativi è chiaro che la regola che impedisce indiscriminatamente lo scioglimento del vincolo contrattuale presuppone l'interesse ma anche la capacità del debitore di adempiere regolarmente realizzando le finalità economiche dei contratti, siano esse attinenti all'acquisizione dei beni e dei servizi necessari allo svolgimento dell'attività, ovvero alla realizzazione da parte dell'imprenditore dei propri prodotti o servizi alla clientela.

---

<sup>(26)</sup> Cfr. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1225.

<sup>(27)</sup> Così Trib. Terni 12 febbraio 2013, in *Fall.* 2013, 1378, con nota di Casa, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186-bis l.fall.*



Infine, anche la moratoria del pagamento dei creditori privilegiati sembra presupporre la effettiva gestione in quanto appare funzionalmente diretta a creare una forma di sostegno finanziario all'impresa in esercizio: è ben vero che qui si tratta di prosecuzione dell'attività nella fase esecutiva del piano omologato e quindi dopo la chiusura della procedura, ma è anche vero che – perché questa si possa realizzare – è necessario che la gestione sia proseguita fino a quel momento.

Si deve quindi concludere a mio avviso che la prosecuzione dell'attività di impresa in corso di procedura sia elemento non solo sufficiente, ma anche necessario al fine dell'applicazione della disciplina specifica del concordato con continuità aziendale: in altri termini, se vi è prosecuzione di attività da parte del debitore, è sempre integrata la fattispecie prevista dall'art. 186-*bis* l.fall., mentre se si prevede solo la cessione o il conferimento dell'azienda, senza gestione della stessa in corso di procedura, non si può dire di essere in presenza della continuità aziendale.<sup>(28)</sup>

La cessione o conferimento dell'azienda in esercizio non vanno quindi considerate fattispecie realmente autonome; si deve piuttosto ritenere che la definizione – benché formulata in termini disgiuntivi tra le diverse eventualità previste – sia finalizzata a chiarire che la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore non è necessaria **anche dopo** la chiusura della procedura, mentre è invece essenziale che l'azienda sia conservata in esercizio **fino al momento** del trasferimento (anche in corso di procedura). La conservazione dell'azienda in esercizio non richiede infatti necessariamente che essa resti nella disponibilità del debitore ammesso alla procedura: su questo tema vi è ormai ampia consapevolezza che la conservazione dei valori insiti nella continuità aziendale prescinde dalla conservazione dei complessi aziendali in capo al debitore ed anzi probabilmente è favorita dalla stessa cessione a terzi che possono apportare nuove risorse e competenze.<sup>(29)</sup>

---

<sup>(28)</sup> In questo senso, tra altri, Trib. Terni 28 gennaio 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it).

<sup>(29)</sup> La conservazione dell'azienda a mezzo della cessione a terzi del resto è espressamente prevista come una delle alternative del programma autorizzabile nella procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese (la cui finalità è come noto proprio quella della conservazione dei complessi aziendali), mentre anche nella disciplina della liquidazione fallimentare sono oggi inseriti l'esercizio provvisorio e l'affitto di azienda come mezzi conservativi finalizzati alla successiva cessione delle aziende.

Questa conclusione può quindi orientare nella soluzione di diversi casi dubbi.

Non desta particolare difficoltà il quesito se rientrino nella definizione il trasferimento dell'azienda in esercizio a mezzo di operazioni straordinarie diverse dal conferimento e dalla cessione: non vi sono incertezze infatti ad ammettere che il trasferimento possa intervenire anche a seguito di scissione o di cessione della stessa partecipazione societaria.<sup>(30)</sup> Il piano di concordato secondo l'art. 160 l.fall. può infatti prevedere qualsiasi modalità attuativa od operazione straordinaria; del resto il termine stesso di "cessione" è atecnico ed idoneo a ricomprendere tutte le ipotesi di trasferimento della titolarità del complesso aziendale, anche ad un assuntore. Ciò che conta come detto è unicamente che l'azienda sia trasferita in esercizio e che vi sia effettiva continuazione dell'attività durante la procedura.

### 3.4. Affitto di azienda e continuità aziendale "temporanea" o "parziale"

Una questione assai dibattuta riguarda la compatibilità dell'affitto di azienda con la fattispecie del concordato con continuità aziendale. Si tratta effettivamente di tema di notevole rilievo applicativo, dal momento che nella prassi, nella maggior parte dei casi, la cessione dell'azienda in esercizio viene realizzata attraverso il preventivo affitto, per una pluralità di ragioni di ordine pratico e giuridico.<sup>(31)</sup>

---

<sup>(30)</sup> Cfr. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1229.

<sup>(31)</sup> L'operazione è come noto articolata in due momenti distinti: in una prima fase, prima del deposito della domanda di ammissione al concordato, oppure successivamente, con la necessaria autorizzazione del tribunale o del giudice delegato, i complessi aziendali sono concessi in affitto ad un soggetto terzo; in una seconda fase, dopo l'omologazione del concordato, l'affittuario può procedere all'acquisto definitivo dell'azienda, in attuazione di una specifica previsione del piano concordatario. Il trasferimento dell'azienda può intervenire in forza di compravendita, conferimento ovvero quale corrispettivo dell'assunzione da parte dell'affittuario di tutte le obbligazioni nascenti dal concordato. Le motivazioni per procedere all'affitto sono diverse: l'affittuario può infatti garantire immediatamente la prosecuzione dell'attività ed ottenere il necessario sostegno finanziario da soci ed istituti di credito; l'affittuario, in qualità di nuovo gestore, non deve rispondere dei debiti aziendali pregressi ed è comunque posto al riparo dalle azioni esecutive sui beni aziendali, una volta che la domanda di concordato viene presentata dal debitore; l'affittuario si impegna di regola irrevocabilmente

Il dubbio non riguarda tanto il tema della continuità “indiretta”, posto che come abbiamo visto la definizione dell’art. 186-*bis* l.fall. ricomprende espressamente la cessione ed il conferimento dell’azienda in esercizio, rispetto alla quale l’affitto è strumentale.

Le incertezze si possono porre invece relativamente ad alcune delle diverse situazioni alternative, che vanno distinte come segue:

(i) se l’affitto **precede il deposito della domanda** di concordato (sia essa con riserva o meno), la gestione è già stata trasferita all’affittuario e pertanto non vi è prosecuzione dell’attività durante la procedura, né questa è prevista dal piano, con la conseguenza che non è realizzata la fattispecie che rende applicabile la disciplina della continuità aziendale;<sup>(32)</sup> il piano tuttavia prevede pur sempre la cessione dell’azienda in esercizio, ciò che rientra nella definizione dell’art. 186-*bis* l.fall.: si è già constatato peraltro che questo non è sufficiente ad integrare la fattispecie;

(ii) se l’affitto viene invece stipulato dopo il deposito della domanda “con riserva”, ma **prima** del deposito del piano concordatario (ovvero l’affitto, benché stipulato **prima** della domanda, diviene efficace nello stesso periodo), il piano non prevede l’esercizio dell’impresa da parte del debitore, ma vi è stata comunque prosecuzione dell’attività d’impresa dopo la domanda di ammissione alla procedura: su quest’ultimo aspetto torneremo tra breve;<sup>(33)</sup>

(iii) se, infine, l’affitto viene stipulato ovvero diviene efficace dopo il **deposito della domanda definitiva** di concordato (ad esempio, perché condizionato all’ammissione alla procedura), il piano deve prevedere

---

all’acquisto dell’azienda, ovvero sottoscrive contratto preliminare di cessione, condizionato all’omologazione del concordato; il trasferimento definitivo dell’azienda non è ipotizzabile prima del concordato, sia in quanto atto potenzialmente distrattivo e revocabile, sia in quanto l’acquirente resterebbe obbligato solidalmente per tutti i debiti pregressi nella porzione insoddisfatta nel concordato (ciò che non si verifica invece se l’acquisto avviene a seguito dell’omologa, perché in quel momento è già intervenuta l’esdebitazione).

<sup>(32)</sup> In giurisprudenza, in senso conforme, tra altri, cfr. Trib. Ravenna 29 ottobre 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Terni 28 gennaio 2013, cit.; Trib. Patti 12 novembre 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) (in tal caso si trattava di affitto anteriore alla domanda, ma difettava anche un impegno di acquisto dell’azienda da parte dell’affittuario). In dottrina, tra altri cfr. Vitiello, *Brevi (e scettiche) considerazioni*, cit., 2; Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1231.

<sup>(33)</sup> V. infra al par. 6.

l'esercizio dell'impresa fino al momento in cui la gestione passa di fatto all'affittuario: in tal caso, sono certamente integrati i presupposti dell'art. 186-bis l.fall., ma si ha una continuità aziendale solo "temporanea", con la conseguenza che gli oneri di pianificazione ed attestazione sono limitati al periodo di effettiva gestione da parte del debitore.<sup>(34)</sup>

Secondo alcune opinioni difformi, la disciplina della continuità aziendale di cui all'art. 186-bis l.fall. sarebbe applicabile anche in caso di affitto divenuto efficace **prima** del deposito della domanda di concordato.<sup>(35)</sup> In questo senso si sottolinea (i) che la prosecuzione dell'attività rileva in senso **oggettivo** e non anche soggettivo, restando irrilevante che avvenga quindi in capo ad un diverso imprenditore affittuario, ed inoltre (ii) che l'applicazione della disciplina volta alla tutela dei creditori è comunque giustificata in considerazione del fatto che il rischio di impresa, benché trasferito all'affittuario sotto il profilo del risultato della gestione, è comunque risentito anche dai creditori in via indiretta, sotto il profilo della possibile influenza negativa della gestione dell'affittuario in termini di valorizzazione dell'azienda, ovvero di idoneità di quest'ultimo a rendersene poi effettivamente acquirente.<sup>(36)</sup>

A mio parere resta fermo, anche alla luce di queste argomentazioni, il rilievo secondo cui non è ipotizzabile che le disposizioni di favore per la continuità aziendale, con pregiudizio per soggetti terzi nonché per i creditori ed in deroga alla **par condicio** (continuità contrattuale, pagamento fuori del concorso dei fornitori strategici, moratoria imposta ai privilegiati), possano applicarsi anche quando non ne possa derivare un correlativo beneficio per il debitore e quindi, di riflesso, per gli stessi creditori.

---

<sup>(34)</sup> In senso conforme Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1230 s.

<sup>(35)</sup> In giurisprudenza seguono questo orientamento Trib. Cuneo 31 ottobre 2013, in *Fall.* 2014, 191 con nota di Patti, *Il pagamento di debiti anteriori ex art. 182-quinquies, comma 4, l.fall. in favore dell'affittuario in continuità aziendale*; Trib. Mantova 19 settembre 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), il quale ha disposto l'integrazione del piano e dell'attestazione secondo le previsioni dell'art. 186-bis l.fall.; Trib. Terni 2 aprile 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Bolzano 27 febbraio 2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it) con osservazioni di Di Marzio.

<sup>(36)</sup> Le argomentazioni sono condivise da Patti, *Il pagamento di debiti anteriori*, cit., 196 ss. Un'impostazione alternativa è offerta da Casa, *Controversie teoriche e discussioni pratiche sull'art. 186-bis l.fall.*, cit., il quale distingue tra continuità "forte" e "debole" al fine della selezione della disciplina applicabile, in relazione alla fattispecie concreta.

Se poi si vogliono valorizzare correttamente le giuste ragioni di cautela che vengono prospettate in relazione ai rischi indiretti di pregiudizio per la massa, è sufficiente riconoscere che il piano e l'attestazione del concordato devono comunque prendere in considerazione la sostenibilità della gestione in capo all'affittuario, ma non in forza di applicazione dell'art. 186-*bis* l.fall., bensì ai fini della fattibilità del piano.<sup>(37)</sup>

Tutte le considerazioni sopra svolte, naturalmente, presuppongono che l'affitto riguardi l'intera azienda, perché se si trattasse solo di singoli rami e la restante attività continuasse ad essere svolta dal debitore, sarebbe integrata la fattispecie di una continuità aziendale "parziale" (non vi sarebbe invece alcuna continuità aziendale nel caso di cessazione dei rami non affittati). Va da sé che la disciplina specifica dell'art. 186-*bis* e 182-*quinquies* l.fall. si applica in questo caso all'azienda non nella sua integrità, ma solo alla parte che continua ad essere gestita dal debitore.

### 3.5. Concordato con continuità aziendale e concordato con cessione dei beni

Minori problemi desta la "convivenza" tra concordato con continuità aziendale e concordato con cessione dei beni.<sup>(38)</sup>

Lo schema concordatario della cessione dei beni ai creditori rappresenta una delle possibili forme giuridiche che può assumere la proposta di concordato. Come ben noto, in sintesi, il debitore propone ai creditori di soddisfarsi attraverso la liquidazione dell'intero suo patrimonio assoggettato alla procedura, con la conseguente esdebitazione per la porzione residua del passivo: la misura del soddisfacimento dei creditori non è predeterminata in quanto dipende dal risultato della liquidazione, di cui i creditori sopportano l'alea.

La cessione dei beni non attiene quindi solo alla proposta, ma influisce anche sul contenuto del piano, ossia delle operazioni previste al fine dell'adempimento della proposta. Infatti l'art. 1977 c.c. prevede l'incarico per la liquidazione dei beni e la ripartizione del ricavato, mentre la

---

<sup>(37)</sup> Così Trib. Ravenna 29 ottobre 2013, cit.

<sup>(38)</sup> Tra altri sulla tipologia del concordato con cessione dei beni v. *La Croce, Concordato preventivo e cessione dei beni ai creditori ex art. 1977 ss. c.c.*, in *Fall 2010*, 1316 il quale si sofferma sul contenuto della proposta; Landolfi, *Il concordato preventivo con cessione dei beni*, Padova 2000.

disciplina applicabile alla fase esecutiva del concordato è quella dell'art. 182 l.fall., il quale richiama le modalità e le forme della liquidazione fallimentare.

Raffrontando la fattispecie della cessione dei beni con quella della continuità aziendale, si può constatare che vi è perfetta compatibilità tra le stesse, che possono quindi ricorrere contemporaneamente in quanto i relativi presupposti non si escludono a vicenda, né le rispettive discipline sono altrimenti confliggenti dal punto di vista applicativo, ma si possono ben integrare a vicenda:

(i) quanto alla **fattispecie**, la continuità aziendale riguarda l'esercizio dell'impresa nel corso della procedura, mentre la cessione dei beni riguarda la soddisfazione dei creditori mediante la liquidazione del patrimonio; inoltre, tra le ipotesi di continuità aziendale è espressamente prevista la cessione dell'azienda che è certamente compatibile (tra altre) con la forma della liquidazione per cessione dei beni;

(ii) quanto alla **disciplina**, a) quella della cessione dei beni attiene al contenuto principale della proposta ed alle modalità della liquidazione nella fase esecutiva del concordato, mentre b) quella della continuità aziendale riguarda la documentazione che accompagna la domanda, i contratti in corso di esecuzione, l'autorizzazione di atti in corso di procedura e i tempi del pagamento dei creditori privilegiati.

La stessa procedura può quindi essere **contemporaneamente** qualificata come concordato con cessione dei beni e come concordato con continuità aziendale. In entrambi i casi si tratta di applicare una disciplina specifica integrativa rispetto a quella generale del concordato e nulla impone una scelta di applicazione esclusiva dell'una rispetto all'altra, potendo invece essere applicate entrambe nei rispettivi ambiti, in conformità alla propria *ratio*.

Peraltro, anche chi ritiene che si debba procedere ad un giudizio di prevalenza come avviene in materia negoziale per i contratti "atipici" al fine di individuare la disciplina applicabile tra quelle dei vari contratti "tipici", finisce per ritenere possibile l'applicazione selettiva delle disposizioni speciali dettate in tema di concordato con continuità aziendale.<sup>(39)</sup>

---

<sup>(39)</sup> Cfr. Ambrosini, *Appunti*, cit., 5. In giurisprudenza cfr. Trib. Mantova 19 settembre 2013, cit, il quale prospetta invece un'indagine di prevalenza di tipo quantitativo e qualitativo tra le operazioni di dismissione previste dal piano ed il valore dell'azienda che permane in esercizio, anche per mezzo di cessione a terzi.

Da quanto sopra osservato discende anche, *de plano*, che non vi è alcuna difficoltà a qualificare come in continuità aziendale il concordato che preveda contemporaneamente la prosecuzione (diretta o indiretta) dell'attività di impresa e la liquidazione di rami aziendali improduttivi ovvero di cespiti non funzionali alla continuità gestionale (cosiddetto concordato “misto”).<sup>(40)</sup>

### 3.6. Domanda di concordato “con riserva” ai sensi dell’art. 161, sesto comma, l.fall.

Uno dei temi più controversi riguarda la possibilità di qualificare il concordato con continuità aziendale già fin dal momento della presentazione di una domanda “con riserva” ai sensi dell’art. 161, sesto comma, l.fall.<sup>(41)</sup> L'incertezza deriva dal fatto che le stesse indicazioni provenienti dalla legge sono confliggenti:

(i) da un lato, l’art. 186-*bis* l.fall. prevede esplicitamente che la prosecuzione dell'attività di impresa sia contemplata dal piano: quindi, in assenza del piano nella domanda “con riserva”, non sarebbe integrata la fattispecie;

(ii) dall'altro lato, l’art. 182-*quinquies* l.fall. prevede espressamente che l'autorizzazione può essere concessa anche se la domanda è presentata ai sensi dell’art. 161, sesto comma, l.fall.: qui, all'opposto, si presuppone che si possa trattare di concordato con continuità aziendale anche in presenza di una domanda “con riserva”.

#### 3.6.1. Il pagamento di fornitori strategici e l’attestazione del professionista

Ai fini dell'applicabilità dell’art. 182-*quinquies* l.fall., la nozione di continuità aziendale sembra essere diversa da quella contemplata dall’art. 186-*bis* l.fall., in quanto può prescindere dalla formulazione del piano concordatario. Si può quindi ritenere che la continuità aziendale si riferisca

<sup>(40)</sup> Così tra altri Arato, *Il concordato*, cit., 3; Ambrosini, *Appunti*, cit., 4.

<sup>(41)</sup> Sul tema Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale fallimentare*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it); Abete, *Il pagamento dei debiti anteriori*, cit., 1120.

in questo caso (a) alla prosecuzione di fatto dell'esercizio dell'impresa dopo il deposito della domanda "con riserva", unitamente (b) ad una anticipazione da parte del ricorrente di voler presentare un piano in continuità aziendale, eventualmente già presentandolo seppure in forma ancora non definitiva.

Certamente non potrebbe farsi dipendere l'applicabilità di una disciplina di deroga alla *par condicio creditorum* dalla sola manifestazione di un intento da parte del debitore, il quale peraltro, anche presentando un piano ancora soggetto a modifiche ed integrazioni, potrebbe sempre presentarne poi uno completamente difforme e privo dei requisiti della continuità aziendale.

Sembra quindi necessario (ai fini dell'applicazione dell'art. 182-*quinquies* l.fall.) che ricorra comunque la continuità di fatto dell'attività, ciò che peraltro appare presupposto dal contenuto stesso della stessa attestazione che il professionista deve rendere, in merito all'indispensabilità del pagamento per la prosecuzione dell'attività.

La disciplina dell'art. 182-*quinquies* l.fall. è quindi applicabile anche in caso di domanda di concordato "con riserva", per espressa disposizione di legge, anche in difetto delle condizioni richieste dall'art. 186-*bis* l.fall.<sup>(42)</sup> Non si può dubitare peraltro che ricorra la *ratio* che consente il pagamento fuori del concorso, anche in mancanza del piano concordatario: il pagamento di fornitori essenziali alla continuità aziendale è giustificato in quanto – il professionista deve comunque attestarlo – l'esborso consente di realizzare un maggior guadagno destinato ai creditori.

Semmai si potrà richiedere un onere per il professionista estensore della relazione ex art. 182-*quinquies* l.fall. di integrare la stessa con un'ampia serie di considerazioni e valutazioni tali da supplire – in relazione alla specifica situazione sottoposta ad esame – alla mancanza del piano e degli altri elementi della domanda definitiva ed in ogni caso di dimostrare che la prosecuzione dell'attività è più conveniente per i creditori rispetto all'alternativa della liquidazione senza continuità aziendale.

---

<sup>(42)</sup> Per una fattispecie particolare v. Trib. Cuneo 31 ottobre 2013, cit. In dottrina, in senso conforme, Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1232; in senso contrario, Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it), 13 ss.



Le situazioni concrete possono essere assai differenti tra loro. Da un lato si pone il tema dei fornitori indispensabili alla prosecuzione dell'attività produttiva nel suo complesso (ad esempio, energia elettrica, materie prime, servizi logistici); dall'altro, vi può essere una lavorazione specialistica indispensabile per completare un singolo prodotto in corso di lavorazione, di cui non si potrebbe conseguire il prezzo, dovendo quindi svalutare il relativo credito ed il valore del semilavorato, con sicuro pregiudizio per i creditori. Cambia quindi radicalmente, nelle situazioni predette, la prospettiva che deve essere presa in considerazione dall'attestatore: nel primo caso, quella più ampia relativa all'utile atteso dalla prosecuzione dell'attività nel suo complesso, ovvero alla conservazione dei valori di avviamento legati indissolubilmente alla continuità aziendale; nel secondo caso, quella molto più ristretta, limitata ad una singola operazione.

Un'integrazione della relazione nella situazione di domanda "con riserva" appare quindi indispensabile nella prima prospettiva, ma non nella seconda.

**Nel primo caso**, il professionista – in assenza di un piano già attestato di continuità aziendale "diretta" o "indiretta" su cui si possa reggere l'affidamento in un risultato utile derivante dalla conservazione dell'avviamento – dovrà esporre le ragioni che impongono, nell'interesse dei creditori, di proseguire l'attività.

Queste potranno trovare fondamento nella dimostrazione che la gestione non determina l'accumulo di ulteriori perdite e vi sono quindi ragionevoli prospettive di poter definire un piano di continuità aziendale "diretta", oppure di definire le trattative in corso con nuovi investitori disponibili a rilevare l'azienda. Ciò non significa che, al contrario, in presenza di una gestione tale da non poter garantire l'equilibrio economico tra costi e ricavi, non sia possibile rendere l'attestazione di convenienza per i creditori: ulteriori perdite possono essere infatti compensate da un maggior attivo che può essere conseguito solo con la cessione dei complessi aziendali in esercizio, rispetto ad una svalutazione certa degli attivi in una liquidazione atomistica dei beni, senza continuità aziendale, oppure nel caso in cui il valore legato all'avviamento sia in sé preponderante, nel caso di imprese attive nel settore dei servizi e prive di cespiti realizzabili. Si potrebbe obiettare che una gestione in perdita non possa in realtà contemplare un effettivo valore di avviamento se non negativo: peraltro, la situazione può essere ben diversa una volta che l'azienda sia integrata nell'organizzazione dell'acquirente, il quale potrebbe essere interessato a componenti puramente immateriali destinati

a dissolversi insieme alla continuità aziendale. In queste situazioni, pur in assenza di proposte già definite di acquisto dei complessi aziendali, ma in presenza di avviate trattative con soggetti affidabili, anche la conservazione della *chance* legata al possibile buon fine dall'operazione può rappresentare di per sé una prospettiva di maggior favore per i creditori, rispetto alla certezza della dissoluzione degli attivi in caso di cessazione dell'attività.

Nel secondo caso, anche di fronte alla garanzia di un risultato utile immediato derivante da un'operazione isolata, non si può in assoluto prescindere da una valutazione più ampia: in presenza di una gestione in perdita, il margine così conseguito è destinato ad essere in breve "bruciato" dai fabbisogni di cassa dell'attività corrente e quindi non potrebbe realizzare di per sé una prospettiva di maggiore vantaggio per i creditori. Il professionista, quindi, per potere rendere l'attestazione richiesta dall'art. 182-*quinquies* l.fall., dovrà comunque entrare nel merito dei più generali effetti della continuità aziendale, come appena sopra detto.

### 3.6.2. La pianificazione della continuità di impresa e l'attestazione del professionista

L'ulteriore quesito che si pone in merito alla continuazione di fatto dell'esercizio di impresa dopo la domanda "con riserva" attiene invece alla necessaria ovvero possibile applicazione delle disposizioni – protettive e di favore – di cui all'art. 186-*bis* l.fall. Il che varrebbe quanto dire – se si dovesse così ritenere – che la prosecuzione dell'attività aziendale come **previsione del piano concordatario**, benché contemplata nella descrizione della fattispecie, non è in realtà strettamente necessaria, potendo essere surrogata dalla semplice continuità **di fatto**.

Un primo tema da esaminare riguarda la disciplina posta a tutela dei creditori, ossia la pianificazione della copertura delle esigenze finanziarie di gestione, accompagnata dalla certificazione da parte del professionista che la continuità aziendale è vantaggiosa per i creditori.

Una considerazione che sembra deporre in favore della necessaria applicazione "estensiva" dell'art. 186-*bis* l.fall. discende dalla constatazione che ricorre senz'altro la *ratio* cautelativa che impone al debitore di affrontare a ragion veduta il rischio di impresa, fin dal momento in cui questo viene posto a carico dei creditori, stante la prededucibilità dei debiti e l'esonero da revocatoria degli atti dopo il deposito della domanda "con riserva". Sarebbe singolare infatti che la legge, là dove impone una

tutela rigorosa per il piano definitivo, possa invece consentire per la domanda “con riserva” una prosecuzione dell’attività senza alcuna forma di programmazione da parte del debitore o di visibilità sui risultati attesi di gestione nella prospettiva della soddisfazione dei creditori.

La pianificazione delle esigenze finanziarie – almeno per il periodo fino al deposito della domanda definitiva – è certamente possibile in quanto non richiede la preventiva definizione del piano e della proposta concordataria. Questo aspetto del piano predisposto dal debitore tuttavia non può andare disgiunto dall’attestazione accompagnatoria che deve essere resa dal professionista, il quale deve confermare che la prosecuzione dell’attività d’impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.<sup>(43)</sup>

La valutazione che il professionista deve compiere presuppone la comparazione tra uno scenario liquidatorio senza continuità aziendale ed il piano di prosecuzione di impresa, comprensivo dell’esito prospettato di continuità “diretta” ovvero di cessione a terzi, per un corrispettivo determinato che possa consentire un effettivo termine di comparazione: sembra quindi che sotto questo profilo sia effettivamente richiesto che la domanda definitiva sia già stata depositata e non si potrebbe quindi imporre una preventiva attestazione.

Peraltro vi possono anche essere casi in cui l’attestazione può essere resa a prescindere dal piano e dalla proposta: si pensi ad una attività che nel periodo considerato non produca ulteriori perdite, ma anzi consenta di realizzare un utile di gestione, come può avvenire nel caso di attività che concentrino in un determinato periodo dell’anno gli incassi più significativi (ad esempio nel commercio in corrispondenza della stagione legata alle vendite natalizie) che non si potrebbero conseguire senza la continuità aziendale.

Tuttavia, ritenere necessaria in ogni caso una sorta di attestazione “preliminare” sul modello di quella prevista dall’art. 182-*bis*, sesto comma, l.fall., introdurrebbe eccessive rigidità e limitazioni alla possibilità di conseguire gli effetti protettivi della domanda “con riserva”. Ciò sembra

---

<sup>(43)</sup> Sulle incertezze di questa valutazione cfr. recentemente Tizzano, *L’indeterminatezza del giudizio di migliororia e l’attestazione ex art. 186-bis, comma 2, lett. b), l.fall.*, in *Fall.* 2014, 137.

contrario al chiaro intento del legislatore, che anche in occasione delle successive integrazioni alla disciplina del concordato preventivo, con la l. 9 agosto 2013, n. 98, ha tenuto fermo il principio di un contenuto “snello” della domanda “con riserva” ed ha piuttosto introdotto una forma di tutela alternativa degli interessi dei creditori, con la possibile nomina immediata del commissario giudiziale, in grado di vigilare sulla prosecuzione della gestione.

Le giuste esigenze di cautela nell’interesse dei creditori sembrano quindi poter essere meglio realizzabili in una valutazione caso per caso, imponendo piuttosto stringenti obblighi informativi al debitore (v. anche *infra* al punto 6.3.).

Un secondo tema da esaminare attiene alla necessità o meno di recepire i risultati gestionali del periodo, successivo alla domanda “con riserva”, durante il quale vi è stata prosecuzione dell’attività di impresa, ai fini della valutazione di convenienza che il professionista deve compiere in relazione al piano di continuità aziendale che venga quindi predisposto e presentato dal debitore.<sup>(44)</sup>

Ad una prima valutazione, sembrerebbe doversi ritenere che l’attività di impresa da prendere in considerazione sia solo quella prevista dal piano, nello stesso programmata finanziariamente come stabilito dallo stesso art. 186-*bis* l.fall. e quindi *successiva* al piano: ciò comporterebbe che il giudizio di convenienza debba escludere il risultato (utile o negativo che sia, a seconda dei casi) maturato appunto nel periodo successivo alla domanda “con riserva”.

Si potrebbe peraltro anche valorizzare la circostanza che la prosecuzione di attività prevista dal piano non può essere disgiunta da quella che l’ha preceduta, rendendola possibile: in relazione a questa realtà di fatto, si potrebbe ritenere che una volta proseguita l’attività dopo la domanda “con riserva”, siano poi comunque applicabili le disposizioni che impongono – a questo punto *anche retrospettivamente* – di dimostrarne la convenienza.

Alcune considerazioni devono orientare a mio avviso le scelte dell’interprete:

---

<sup>(44)</sup> Cfr. Arcuri, *L’andamento economico dell’impresa tra la presentazione del concordato con riserva e la presentazione della proposta. Analisi e pronunciamenti dell’attestatore*, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it).

a) il deposito della domanda “con riserva” – se non ancora della procedura vera e propria – segna l’apertura del concorso e della cristallizzazione della garanzia patrimoniale dei creditori;<sup>(45)</sup>

b) per tale motivo il piano è destinato ad essere elaborato sulla base dei dati aziendali riferiti alla data della domanda;

c) non vi sono mutamenti sul piano degli effetti giuridici ed economici risentiti dai creditori concorsuali in conseguenza degli atti di gestione nel periodo successivo alla domanda, in ragione del fatto che gli stessi siano riferibili al periodo anteriore o successivo al piano;

d) il piano deve comunque recepire – almeno **ai fini del giudizio di fattibilità** – tutti gli effetti economici dell’attività di impresa proseguita dopo la domanda;

e) peraltro, gli effetti economici della continuità aziendale che potrebbero risultare determinanti ai fini del determinarsi del risultato più favorevole per i creditori, si possono collocare, nel caso specifico, indifferentemente in epoca anteriore o successiva al piano.

A me pare quindi che:

f) la valutazione dell’interesse dei creditori che il professionista deve svolgere – e la conseguente ammissibilità o meno del piano di continuità aziendale – non possa dipendere da un dato meramente occasionale (quale appunto il determinarsi degli effetti economici in un momento piuttosto che in un altro);

g) il professionista deve quindi recepire nella propria valutazione attinente al migliore interesse dei creditori tutti gli effetti economici dell’attività di impresa proseguita dopo la domanda;

h) il piano deve peraltro, per forza di cose, limitarsi alla prognosi dei flussi di cassa futuri (fabbisogni e modalità di copertura), mentre quelli già determinatisi nel periodo interinale dovranno essere recepiti alla stregua di dati di fatto.

---

<sup>(45)</sup> Cr. Arcuri, *L’andamento economico dell’impresa*, cit., 2 ss., il quale a pag. 6 rileva anche che nel caso in cui il periodo interinale si protragga fino al massimo di 180 giorni, si potrebbe compiere un intero ciclo di rotazione di magazzino e di incasso dei crediti, con il rischio che venga dissipata in misura determinante la garanzia patrimoniale dei creditori, posto che la liquidità disponibile viene impiegata per il pagamento dei costi di gestione correnti anziché essere destinata ai creditori concorsuali.

### 3.6.3. La tutela dei creditori

Sembra quindi che si debba escludere un'applicazione estensiva della disciplina dettata dall'art. 186-*bis* l.fall. e così non imporsi una necessaria presentazione, unitamente alla domanda di ammissione “con riserva”, di un piano di continuità aziendale e della relativa attestazione benché provvisoria.

Ciò non esclude affatto che l'imprenditore e gli amministratori della società debitrice, al fine di non incorrere in responsabilità personale per aggravamento del dissesto, possano prescindere da un'attenta programmazione della continuità aziendale.<sup>(46)</sup> È chiaro infatti che il riconoscimento della predeuzione e dell'esonero da revocatoria per tutti gli atti legalmente compiuti dall'imprenditore è finalizzato alla tutela dei terzi contraenti e non esclude affatto un sindacato di merito sulla scelta di proseguire l'attività di impresa dopo la domanda di concordato “con riserva”. L'indicazione nel ricorso delle finalità perseguite con la continuità aziendale e dei risultati attesi di gestione, con i relativi fabbisogni e coperture finanziarie, è senz'altro raccomandabile alla luce dei doveri di diligenza dell'amministratore in questa delicata fase, focalizzati sulla conservazione dell'attivo a beneficio dei creditori.

Da questo punto di vista, come già sopra osservato, può essere rilevante la sussistenza di reali prospettive di alienazione dell'azienda in esercizio, con la conseguenza che conservare questa *chance* rappresenta già di per sé un vantaggio per i creditori, benché ipotetico, ma comunque attuale a fronte della certezza che i valori legati all'avviamento aziendale verrebbero meno in caso di cessazione anche dell'attività.<sup>(47)</sup>

La tutela dei creditori è poi presidiata dalla possibilità che il Tribunale nomini già nella fase che segue la domanda “con riserva” il commissario giudiziale, cui viene in questo caso affidato un compito di vigilanza sulle

---

<sup>(46)</sup> Su questi temi v. l'ampia trattazione di Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*, Torino 2010, 813; v. anche Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?*, in *Fall.* 2013, 1099, spec. 1106.

<sup>(47)</sup> Naturalmente, occorre che questo sia effettivamente il caso, posto che vi sono aziende la cui sopravvivenza in termini di valori di avviamento non è strettamente legata alla prosecuzione ininterrotta della gestione.

conseguenze della prosecuzione dell'attività, con la possibilità di reprimere situazioni in cui non vi siano reali prospettive di conservazione di valori aziendali in gioco, se non proprio di abuso del diritto<sup>(48)</sup> con rischio di frode ai creditori o di aggravamento colposo del dissesto. Si tratta di una possibilità che risulta effettivamente essere frequentemente colta dai Tribunali, anche nei casi di imprese di minori dimensioni e non solo nelle situazioni in cui i valori e gli interessi in gioco sono di rilevante consistenza.

### 3.6.4. La continuità contrattuale

Se quindi l'art. 186-*bis* l.fall. non si applica alla domanda “con riserva”, dovrebbe essere esclusa anche l'applicazione della disciplina della continuità contrattuale.<sup>(49)</sup> Ciò in ragione del fatto che l'art. 186-*bis* terzo comma l.fall. impedisce la risoluzione dei contratti come conseguenza dell'**ammissione** alla procedura di concordato preventivo: non è quindi ricompreso il caso della sola **presentazione** della domanda e tantomeno della domanda “con riserva”.

Si deve peraltro rilevare come in questo modo venga lasciata “scoperta” proprio la situazione più delicata al fine di preservare la continuità aziendale e possa essere concretamente frustrato il tentativo del debitore di proseguire la propria attività senza poter contare sulla vigenza di accordi strategici con fornitori o clienti, specie quando si tratti di rapporti con enti pubblici.

A quest'ultimo riguardo, da un lato, l'art. 38 del codice dei contratti pubblici prevede l'automatico scioglimento del contratto e, dall'altro, il debitore non ha neppure la possibilità di convenire negoziabilmente con la controparte pubblica una deroga alla disposizione cogente di legge. È ben vero che l'art. 38 c.c.p. novellato richiama espressamente l'art. 186-*bis* l.fall. quale esclusione del regime di scioglimento dei contratti pubblici, ma come appena rilevato la disposizione “concorduale” fa salvo espressamente solo il caso di ammissione alla procedura, mentre la

---

<sup>(48)</sup> V. Macrì, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva* in *Fall.* 2014, 13.

<sup>(49)</sup> Cfr. tra altri Censoni, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 12; Patti, *Rapporti pendenti nel concordato preventivo riformato tra prosecuzione e scioglimento*, in *Fall.* 2013, 268.

disposizione “amministrativa” commina lo scioglimento già per il solo fatto che “**sia in corso un procedimento per la dichiarazione**” di apertura del concordato preventivo. La giurisprudenza amministrativa ha offerto una significativa apertura in senso estensivo, valorizzando le prospettive di risanamento aziendale, ma un’altra pronuncia, confermata dal Consiglio di Stato, ha aderito ad un orientamento più rigoroso e letterale.<sup>(50)</sup>

Se sul terreno dei contratti pubblici rileva l’inapplicabilità di specifiche disposizioni di legge, su quello dei contratti privati il tema attiene alle clausole risolutive espresse, la cui inefficacia è sancita dall’art. 186-*bis* l.fall.

A mio avviso, nell’uno e nell’altro caso, un’interpretazione estensiva è preferibile, riconoscendo anche sotto questo profilo un’efficacia “prenotativa” della domanda di concordato “con riserva”, con la quale il debitore abbia inequivocamente anticipato di voler strutturare il piano concordatario secondo lo schema della continuità aziendale<sup>(51)</sup> e ciò naturalmente a condizione che sia poi effettivamente depositato il piano unitamente alla proposta concordataria. Solo per inciso va richiamato infine che il tema dei contratti in corso di esecuzione si declina nel caso della domanda di concordato “con riserva” anche in relazione al possibile **scioglimento** dei contratti in corso – e quindi in una prospettiva di “discontinuità” contrattuale – secondo l’art. 169-*bis* l.fall.<sup>(52)</sup> Si tratta di una

---

<sup>(50)</sup> Sul tema cfr. Macagno, *Continuità aziendale e contratti pubblici al tempo della crisi*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) il quale richiama TAR Trieste 7 marzo 2013, n. 146 (nel senso di ammettere alla gara l’impresa che abbia presentato domanda di ammissione al concordato con continuità aziendale) e del TAR Aosta 18 aprile 2013, n. 23 (nel senso più rigoroso), confermata da Cons.St. 14 gennaio 2014, n. 101.

<sup>(51)</sup> In senso analogo cfr. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, cit., 1233.

<sup>(52)</sup> La giurisprudenza di merito si è ampiamente cimentata con il tema dello scioglimento dei contratti in corso, trattandosi di disciplina applicabile a tutti i tipi di concordato preventivo. Per quanto riguarda l’applicabilità della facoltà di scioglimento anche in presenza di domanda di ammissione al concordato “con riserva”, cfr. tra le molte pronunce di merito, App. Genova 10 febbraio 2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Vercelli 20 settembre 2013, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it); Trib. Roma 20 febbraio 2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it) con nota di Vitiello, *Scioglimento e sospensione dei contratti pendenti nel concordato con riserva*, ritiene indispensabile che il debitore prospetti al tribunale i contenuti del piano e della proposta, con una preliminare relazione di fattibilità del professionista; Trib. Monza 16 gennaio 2013 e Trib. Catanzaro 23 gennaio 2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it) con nota di Cavallini, «*Spigolature*» e dubbi in tema di (pre)concordato, continuità aziendale e sospensione/scioglimento dei contratti pendenti, hanno pure ritenuto ammissibile lo scioglimento nella fase di “pre-concordato”; Trib. Milano 28 maggio



disciplina applicabile anche al concordato che non abbia i requisiti di cui all'art. 186-*bis* l.fall. e quindi – benché certamente rilevante sul piano applicativo anche nei concordati con continuità aziendale – estranea alla rassegna qui svolta.

---

2014, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it) ha ritenuto inammissibile lo scioglimento ed ammissibile la sola sospensione; App. Brescia 19 giugno 2013, in [www.ilfallimentarista.it](http://www.ilfallimentarista.it) con nota di Fico, *Domanda di concordato in bianco e sospensione del contratto bancario di anticipazione effetti s.b.f.*, non ha invece ritenuto ammissibile neppure la semplice sospensione del contratto, in considerazione degli effetti provvisori della domanda “con riserva”. In dottrina, per la tesi restrittiva, con ampia ed articolata argomentazione, Bozza, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fall.* 2013, 1121, spec. 1129 ss.



#### 4. CONCORDATO PREVENTIVO E BANCAROTTA: INCERTEZZE APPLICATIVE DEL PRECETTO PENALE<sup>(53)</sup>

È ormai superato il tempo in cui il positivo esito della procedura concordataria garantiva all'imprenditore una sorta di impropria immunità sul fronte penale, in considerazione del fatto che, per effetto dell'adesione (della maggioranza) dei creditori alla proposta concordataria, si riteneva fortemente scemato l'interesse a perseguire penalmente le condotte antecedenti all'ingresso in procedura. Le cronache giudiziarie degli ultimi tempi dimostrano, infatti, l'interesse della Pubblica Accusa anche per quelle vicende che, sul piano concorsuale, si sono concluse positivamente per effetto della definitiva omologa delle relative procedure.

Il sensibile incremento dei procedimenti penali in relazione a concordati preventivi sta, però, facendo emergere tutta una serie di insufficienze dell'impianto normativo penale, in parte dovute all'originario ordinamento, in parte (e per la maggioranza) imputabili al mancato coordinamento a seguito dei ben noti interventi riformatori, che hanno rivoluzionato la procedura di concordato preventivo.

La tutela penale nell'ambito del concordato preventivo è affidata principalmente all'art. 236 l.fall., una norma complessa, che, al primo comma, prevede una fattispecie di reato esclusiva del concordato preventivo, configurabile nel caso in cui l'imprenditore, al solo scopo di essere ammesso alla procedura, si sia “attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti” e, al secondo comma, introduce un articolato rinvio, per effetto del quale estende anche “agli amministratori,

---

<sup>(53)</sup> A cura di Gianluca Minniti, Dottore Commercialista e Avvocato, Componente della Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali, autore di pubblicazioni sui reati in ambito fallimentare.

**direttori generali, sindaci e liquidatori di società**” in concordato preventivo (dopo il provvedimento di ammissione), tra le altre, le disposizioni relative alla bancarotta semplice e fraudolenta.

Negli ultimi anni, a seguito del già menzionato rilevante incremento delle procedure di concordato preventivo, l’attenzione degli operatori ha fatto riscoprire l’insufficienza e frammentarietà della norma in commento, già stigmatizzata dalla dottrina più attenta, in tempi non sospetti<sup>(54)</sup>.

La formulazione del testo dell’art. 236 l.fall. appare talmente irragionevole da giustificare chi rinuncia a ricostruire le ragioni delle disparità di trattamento cui la lettera della norma conduce, ritenendo che la stessa sia semplicemente il frutto di un’elaborazione affrettata e difettosa.

Una prima, evidentissima lacuna provoca l’esclusione della responsabilità dell’**imprenditore individuale** in relazione alle condotte di bancarotta previste dal n. 1 del secondo comma. A riguardo si è cercato di comprendere il perché di questa scelta legislativa, giungendo a ritenere che la stessa possa giustificarsi in considerazione della maggior gravità che contraddistinguerebbe le condotte criminose poste in essere da soggetto che amministrano beni non propri<sup>(55)</sup>. Un altro - evidente - vuoto normativo riguarda l’inapplicabilità delle fattispecie incriminatrici in tema di bancarotta ai liquidatori nominati nel concordato preventivo a norma dell’art. 182 l.fall., recentemente confermata dalla Cassazione a Sezioni Unite<sup>(56)</sup>. Vi è poi una terza questione - anch’essa di estrema rilevanza in questo preciso momento storico in cui si assiste all’insuccesso di numerosi concordati preventivi che inevitabilmente sfociano in procedure fallimentari - relativa all’individuazione del momento di consumazione del reato (e, conseguentemente) della data di decorso dei termini prescrizionali nel caso in cui al decreto di omologa faccia seguito, in un lasso di tempo più o meno breve, la dichiarazione di fallimento.

A fronte delle descritte incertezze interpretative, gli interventi della giurisprudenza penale di legittimità in materia di concordato preventivo,

---

<sup>(54)</sup> Lanzi, *Riflessi penali delle procedure vecchie e nuove*, in *Ind. Pen.*, 1982, 242.

<sup>(55)</sup> Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, 232.

<sup>(56)</sup> Cass. Sez. Un. Pen., 7 dicembre 2010, n. 43428, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2012, fasc. 1, 87.

come si vedrà nel prosieguo, stanno facendosi più numerosi, anche se è opinione condivisa tra gli operatori che solo un intervento riformatore possa garantire la formazione di un apparato penale equo e ragionevole, che non dia adito alla tentazione di comportamenti opportunistici o all'utilizzo del concordato preventivo quale strumento per garantirsi una qualche immunità penale.

#### 4.1. L'immunità del liquidatore giudiziale

Come anticipato, le Sezioni Unite hanno certificato, con un calibrato intervento, la sostanziale immunità del liquidatore, cui, a norma dell'art. 182 l.fall., il tribunale in sede di omologa affida l'esecuzione del concordato preventivo per cessione dei beni.

Il caso esaminato dal massimo consesso della Corte di Cassazione riguardava un liquidatore giudiziale che aveva distratto dei beni della procedura, per effetto della stipulazione di atti di cessione con una società allo stesso riconducibile. Nell'unico precedente noto, la Cassazione era giunta a ritenere che la nozione di “liquidatori” di cui all'art. 236, co. 2, n. 1 ricomprendesse anche la figura del liquidatore giudiziale. Le Sezioni Unite, invece, hanno nettamente censurato la precedente presa di posizione, valorizzando, anzitutto, le notevoli diversità esistenti tra il liquidatore ordinario e quello concordatario, sia con riferimento alle modalità di nomina, che ai rispettivi poteri. Inoltre, la decisione in commento ha valorizzato la circostanza che, ove si sposasse la tesi “estensiva”, si perverrebbe a punire anche il liquidatore giudiziale di un imprenditore individuale in *cessio bonorum*, con l'inaccettabile conseguenza di garantire l'immunità dai reati di bancarotta degli imprenditori individuali ma non dei liquidatori incaricati dall'autorità giudiziaria di eseguire i concordati preventivi proposti dai medesimi imprenditori.

Infine, la Cassazione ha ritenuto insussistente l'ipotizzato “vuoto di tutela”, in considerazione del fatto che (alcune) delle condotte fraudolente di cui potrebbe rendersi responsabile il liquidatore giudiziale potrebbero rilevare quali fatti di appropriazione indebita ovvero, qualora si attribuisse allo stesso la qualifica di pubblico ufficiale, potrebbero configurare una delle relative fattispecie criminose.

A riguardo, giova evidenziare che neanche la riforma è intervenuta espressamente in ordine alla qualifica del liquidatore giudiziale, lasciando aperta la questione, anche se sembra più convincente quell'orientamento che ne esclude la natura pubblicistica, alla luce del fatto che l'art. 182,

comma 2, l.fall. dispone che ai liquidatori si applichi una serie di disposizioni dettate specificatamente per il curatore, ma non quelle di cui all'art. 30, in forza del quale “il curatore, per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, è pubblico ufficiale”<sup>(57)</sup>.

Certamente meritevole di riflessione è l'articolata ricognizione della normativa di riferimento che fa da preambolo alla decisione delle Sezioni Unite. Secondo la sentenza in commento, la compresenza nel concordato preventivo di componenti privatistiche e pubblicistiche non sarebbe stata superata neanche a seguito delle complesse riforme intervenute nel 2005 e nel 2007, che, pur avendo introdotto una netta prevalenza degli elementi privatistici, al fine di ridurre l'intervento statale nella cosiddetta procedura “minore”, non avrebbe comunque fatto venir meno una certa connotazione pubblicistica, specie con riferimento ai poteri decisori del Tribunale in sede di opposizione all'omologa ovvero in relazione alla scoperta di atti in frode ex art. 173 l.fall.

Va, altresì, segnalato come le stesse Sezioni Unite abbiano evidenziato la palese frammentarietà della tutela offerta dall'art. 236 l.fall., pur ritenendo che la stessa sia frutto non di una tecnica di rimandi non commendevole, ma al contrario della “intenzione del legislatore di non estendere in via generale la tutela offerta dalle fattispecie incriminatrici legate al fallimento ai fatti commessi nell'ambito delle procedure alternative a quest'ultimo, ma di limitarne la applicabilità a specifici selezionati ambiti”.

In realtà la difesa della *voluntas* del legislatore non sembra convincente sino in fondo, soprattutto perché appare difficilmente giustificabile la circostanza che, pur svolgendo un'attività assimilabile a quella del curatore ed avendo poteri di gestione sicuramente maggiori del commissario giudiziale, il liquidatore non sia soggetto alla responsabilità penale né di uno né dell'altro<sup>(58)</sup>.

Tale situazione appare irragionevole anche in un'ottica di sostanziale valutazione degli interessi coinvolti, attesa la discrezionalità che contraddistingue l'attività tipica del liquidatore giudiziale.

---

<sup>(57)</sup> Finocchiaro, *La diversità rispetto alle figure previste dalla norma esclude l'attribuzione di una responsabilità penale*, in *Guida al diritto*, 2011, n. 2, 85.

<sup>(58)</sup> Amati, *Liquidatore concordatario e bancarotta societaria*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2012, 1, 87.

## 4.2. I tentativi di escludere l'applicabilità dei reati di bancarotta al "nuovo" concordato preventivo

Nell'ambito del procedimento penale relativo ai fatti che hanno riguardato la Fondazione San Raffaele del Monte Tabor, la Suprema Corte si è trovata a dover affrontare una questione tutt'altro che pacifica, quella relativa all'inapplicabilità delle norme penali in tema di bancarotta al concordato preventivo "riformato", con specifico riferimento al caso in cui sottoposta alla procedura concordataria sia una società in stato di mera crisi e non di insolvenza<sup>(59)</sup>.

Come è noto, infatti, la riforma ha allargato la platea dei potenziali beneficiari del concordato preventivo, per effetto dell'ampliamento del presupposto di accesso alla procedura, ora individuato nello stato di crisi, che, per specifica previsione normativa, ricomprende "anche lo stato di insolvenza".

Sebbene lo stato di insolvenza sia rimasto presupposto della procedura, è indubitabile che alla stessa possa accedere, per effetto della rinnovata formulazione normativa, anche l'impresa che versi in una situazione di difficoltà non ancora sfociata nello stato di dissesto.

Secondo la decisione in commento l'applicabilità delle norme in tema di bancarotta anche ai casi di crisi diversa dall'insolvenza non lederebbe, come sostenuto dal ricorrente, il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., atteso che rientra nel potere discrezionale del legislatore l'equiparazione, sul piano sanzionatorio, di situazioni concretamente differenti ma assimilate dalla medesima finalità della tutela dei creditori, a fronte dell'attività del debitore non ancora del tutto impossibilitato alla fisiologica estinzione delle proprie obbligazioni.

A conferma della correttezza della citata conclusione, la Suprema Corte ricorda che i reati di bancarotta erano pacificamente applicabili anche ai casi di amministrazione controllata, la cui finalità primaria era quella del risanamento dell'impresa, attraverso un'impostazione dilatoria, che imponeva, comunque, al debitore di soddisfare integralmente le

---

<sup>(59)</sup> Cass. Pen., sent. 26.04.2012, n. 16000.

pretese dei propri creditori, seppur dopo la chiusura della procedura, una volta conseguito l'equilibrio finanziario.

Del resto, l'esigenza di ampliare l'operatività del precetto penale in tema di bancarotta emerge anche dall'art. 238, comma 2, l.fall., che consente al Pubblico Ministero di esercitare anticipatamente l'iniziativa penale rispetto alla dichiarazione di fallimento e, quindi, in un momento antecedente rispetto a quello di perfezionamento del reato.

Tale previsione, la cui *ratio* va certamente individuata nell'esigenza di interrompere comportamenti la cui protrazione potrebbe rendere definitivo o maggiormente dannoso l'esito della condotta delittuosa, conferma che il legislatore ha dato rilevanza non già al fatto illecito, ma anche soltanto a meri profili di probabile lesione agli interessi dei creditori, pur in assenza della formale "certificazione" giudiziaria dello stato di insolvenza.

In questa prospettiva, risulta davvero non agevole enunciare, almeno sul piano sistematico, che il ricorso al concordato preventivo possa garantire - come da molti sostenuto in virtù di una prassi operativa consolidata quasi ovunque nella vigenza del concordato ante riforma - l'immunità dalla bancarotta.

Va però evidenziato che la conclusione potrebbe essere differente in relazione alle ipotesi di c.d. bancarotta "societaria" (così come per la bancarotta semplice impropria di cui all'art. 217, n. 4), in relazione alle quali il nesso di causalità è esplicitamente rapportato al "dissesto", che è situazione certamente diversa (e più grave) rispetto alla crisi.

Benché ad oggi non si riscontrino precedenti editi a riguardo, deve ritenersi che la condanna per bancarotta societaria nell'ambito di una procedura concordataria post riforma potrà avversi solamente previa dimostrazione, innanzi al Giudice penale, che l'impresa ammessa al concordato preventivo si trova in uno stato di vero e proprio dissesto.

### **4.3. Bancarotta, concordato preventivo, imprenditore individuale e società di persone: gli incerti confini del precetto penale**

Un'altra (difficilmente giustificabile) lacuna normativa è quella per effetto della quale è esclusa la rilevanza penale, in caso di concordato preventivo, dei fatti di bancarotta propria realizzati dall'imprenditore individuale.

La giurisprudenza di legittimità, che ha più volte affermato tale principio, ha giustificato il trattamento di favore in base alla circostanza



che la bancarotta impropria dovrebbe considerarsi sotto vari profili di gravità maggiore rispetto a quella propria, così imponendo una differente e più severa disciplina ai fatti commessi dagli amministratori di beni altrui (si vedano Cass. 29 settembre 1983, Foro it., Rep. 1985, voce **Bancarotta**, n. 20 e Cass. 6 ottobre 1999, Foro it., Rep. 1999. Voce cit., n. 65).

Infatti, la bancarotta impropria sarebbe “moralmente più grave” rispetto a quella impropria, atteso che, nella prima ipotesi, si pone a rischio o si diminuisce esclusivamente il patrimonio della società, con un maggior danno sociale, mentre, nella seconda, l'imprenditore danneggia anche il proprio patrimonio.

Recentemente, la Cassazione si è trovata ad affrontare la questione dell'estensione dei citati principi anche alle società di persone, in virtù del fatto che il relativo regime è connotato dalle stesse regole previste per l'imprenditore individuale in tema di confusione del patrimonio personale con quello dell'impresa, nonché di illimitata responsabilità dei soci nei confronti dei creditori.

I giudici di legittimità non hanno però seguito la tesi dei ricorrenti, evidenziando che un siffatto approdo sarebbe incompatibile con il dettato legislativo, laddove gli amministratori di società sono tutti destinatari della norma di cui all'art. 216, comma 1, l.fall., e ciò sia direttamente, per il fatto che l'amministratore di una società di persone è un imprenditore, sia per l'esplicito richiamo che ne fa l'art. 223, senza introdurre alcuna distinzione tra società di capitali o di persone.

Conseguentemente, il problema non è quello di ravvisare gli estremi per sanzionare condotte di bancarotta ascrivibili ad un imprenditore individuale (che, per i fatti occorsi prima del concordato preventivo, rimane effettivamente privo di sanzione penale), bensì quello di affermare l'applicabilità delle norme in tema di bancarotta all'amministratore di una società di persone, figura che è espressamente inclusa nel novero dei soggetti sottoposti alle sanzioni previste dagli artt. 223 e 236, comma 2, l.fall.

#### **4.4. *Consecutio* tra concordato preventivo e fallimento in ambito penale**

Un'altra modifica normativa introdotta nell'ordinamento fallimentare e, precisamente, la regolamentazione del principio di *consecutio* tra le procedure di concordato preventivo e di fallimento, ha dato spunto a nuovi fronti difensivi in ambito penale.

Come è noto, il decreto “Sviluppo” (D.lgs. 83/2012 convertito, con modifiche nella Legge 134 del 7 agosto 2012), novellando l’art. 69-bis, comma 2, l.fall., è intervenuto in modo risolutivo sulla questione della consecuzione delle procedure, precisando che “nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese”.

Facendo leva sulla citata innovazione, si è tentato di superare il costante orientamento della Cassazione penale, secondo il quale, nel caso in cui alla ammissione alla procedura di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, la prescrizione inizia a decorrere dalla sentenza dichiarativa di fallimento e non dal provvedimento di ammissione al concordato preventivo, in considerazione della disuguaglianza tra le due procedure, che non consentirebbe di intravedere nella successione delle vicende concorsuali la medesima connotazione e quella uniformità che potrebbe consentire l’assorbimento cronologico della seconda nella prima (Cass. Pen. 30 giugno 2011, n. 31117<sup>(60)</sup>).

La Cassazione, con la recentissima sentenza n. 15712 del 8 aprile 2014, ha ritenuto però di non condividere la tesi secondo cui tra i due istituti concorsuali correrebbe una relazione di sostanziale assorbimento, nel senso che, una volta apertasi la prima procedura, le successive vicende si svilupperebbero lungo un tracciato ormai necessitato ed unitario, con la conseguenza che la vicenda estintiva prescrizione avrebbe quale momento di inizio il primo, in ordine di tempo, degli interventi giudiziali di avvio della procedura concorsuale.

Pur ammettendo l’esistenza di un nesso funzionale tra il concordato rispetto al fallimento, in base alla circostanza che spesso la denuncia di trovarsi in uno stato di crisi, si accompagna ad una situazione di sostanziale ed irrecuperabile incapacità a fronteggiare le obbligazioni dell’impresa, i giudici di legittimità hanno ritenuto che tale aspetto non sia

---

<sup>(60)</sup> L’orientamento previgente non era, però, unanime. Secondo Trib. Firenze 21 aprile 2007, n. 431, infatti, “la successiva mancata omologazione del concordato preventivo e il passaggio alla procedura concorsuale “maggiore” non hanno determinato alcuna modifica nella struttura essenziale dei reati”, con la conseguenza che per i reati di bancarotta il momento consumativo andrebbe individuato in quello dell’adozione del provvedimento di apertura della procedura concordataria.

sufficiente ad omologare a tutti gli effetti le due procedure, soprattutto in virtù dell'offesa portata ai creditori. Le relative diversità ed anche le difformità in un'ottica penalistica, giustificerebbero la previsione di due distinte figure di reato (previste dagli artt. 236 e 216/223 l.fall.), che sono caratterizzate da una loro significativa autonomia strutturale.

Sebbene lo stato di insolvenza costituisca indubbiamente il punto di contatto tra le due procedure, la natura diversa dei provvedimenti genetici (decreto per il concordato e sentenza per il fallimento), nonché la fondamentale circostanza per cui, nel corso della procedura concordataria, l'imprenditore non perde il possesso dell'impresa (ed anzi, ne mantiene, pur con alcune limitazioni, l'amministrazione) costituiscono elementi di sicura differenziazione.

A ciò si aggiunga che, sul piano più strettamente penalistico, soltanto una parte del catalogo dei reati fallimentari è "esportabile" in ambito concordatario.

Conseguentemente, si deve concludere che la descritta disuguaglianza di situazioni non permetta di intravedere nella successione delle vicende concorsuali la medesima connotazione e quell'uniformità necessarie per fondare l'assorbimento della seconda nella prima cronologicamente intervenuta.

Pertanto, secondo la decisione in commento, il concorso di norme tra l'art. 236, comma 2 ed il 223 l.fall. va risolto facendo ricorso al principio di specialità, con l'applicazione della bancarotta fallimentare e, conseguentemente, i termini prescrizionali non possono che decorrere dalla successiva dichiarazione di fallimento.

#### 4.5. Concordato preventivo e sequestro preventivo

Il proliferare delle procedure di concordato preventivo ha fatto emergere non pochi casi di interrelazione con il sequestro preventivo disposto su tutto o parte dell'attivo offerto in cessione ai creditori.

Di sicuro interesse è, pertanto, la decisione resa dal Tribunale di Napoli<sup>(61)</sup> in relazione all'interferenza del sequestro preventivo ai fini di

---

<sup>(61)</sup> Trib. Napoli, sez. X, 20 giugno 2011, in *Giur. Merito*, 2012, f. 5, p. 1163.

confisca ex D.lgs. n. 231/2001 con la procedura di concordato preventivo, avuto particolare riferimento alla possibilità di includere nel piano concordatario beni oggetto di sequestro funzionale, a seconda dei casi, alla confisca obbligatoria o a quella facoltativa.

Mentre nel caso di sequestro preventivo finalizzato alla confisca obbligatoria, non possono sussistere dubbi in ordine alla prevalenza dell'interesse pubblico di matrice penale rispetto alla procedura concorsuale, qualora il provvedimento cautelare sia funzionale alla confisca facoltativa, è compito del giudice quello di individuare, rispetto al caso concreto, quale interesse debba prevalere.

È, pertanto, ipotizzabile che il giudice possa disporre la restituzione dei beni colpiti da sequestro preventivo alla società in concordato, al fine di destinarli al soddisfacimento delle legittime ragioni dei creditori.

Tale opzione sarà in concreto percorribile, secondo la sentenza in commento, esclusivamente nel caso in cui sia possibile “**dimostrare specificatamente che le modalità di svolgimento della procedura concorsuale siano tali che, tenuto conto anche della qualità dei creditori ammessi al passivo e dell'ammontare di questo, sia scongiurata la possibilità che l'imputato, anche quando abbia agito attraverso lo schermo societario, ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato**”.

Conseguentemente, l'interesse, avente natura comunque pubblicistica, sotteso alla procedura concordataria dovrebbe sempre prevalere, a meno che il giudice non individui elementi concreti dai quale ritenere che il reo possa tornare in possesso di tutti o parte dei beni nonostante la procedura concorsuale.

Nel caso concreto, la decisione di dissequestro dei beni è stata accompagnata dalla prescrizione di una serie di obblighi finalizzati proprio ad evitare il citato rischio.

In particolare, è stato imposto al commissario giudiziale ed al liquidatore giudiziale l'obbligo di informare periodicamente l'autorità giudiziaria penale in ordine all'andamento delle attività liquidatorie e di riparto, di mettere a disposizione della medesima autorità tutte le somme ricavate dalla liquidazione che non dovessero essere distribuite ai creditori o per far fronte a spese ed oneri della procedura concordataria, nonché di informare la stessa di tutti gli eventuali atti di disposizione in favore di terzi eventualmente posti in essere dal debitore concordatario.

Le vicende giudiziarie di cui si è reso sinteticamente conto dimostrano inequivocabilmente come, a fronte delle numerose interrelazioni esistenti tra concordato preventivo e legislazione penale, l'intervento della

giurisprudenza di legittimità sia improntato ad un ruolo di supplenza rispetto al legislatore, che, incomprensibilmente, non è stato ancora in grado di adattare l'impianto sanzionatorio al concordato preventivo "riformato".



## 5. PRIMA ANALISI DEI “PRINCIPI DI ATTESTAZIONE DEI PIANI DI RISANAMENTO” APPROVATI DAL CNDCEC NEL SETTEMBRE 2014. GLI ELEMENTI A TUTELA DELL’INDIPENDENZA DELL’ATTESTATORE<sup>(62)</sup>

### 5.1. I “Principi di attestazione dei piani di risanamento”

Nel settembre 2014 sono stati approvati e pubblicati sul sito del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e hanno avuto rapida diffusione i “Principi di attestazione dei piani di risanamento” (redatti nella loro versione definitiva del 6 giugno del medesimo anno). Gli stessi sono stati elaborati, grazie a un lungo e laborioso processo di confronto interno e di referaggio esterno da parte di referenti istituzionali tra i quali in primo luogo esponenti della magistratura, da un Gruppo di lavoro composito in cui hanno trovato rappresentazione più istituzioni di rilievo nazionale ed in particolare:

- Irdcec (Istituto di ricerca dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili),
- Aidea (Accademia Italiana Di Economia Aziendale),
- Andaf (Associazione Nazionale Direttori Amministrativi e Finanziari),
- Apri (Associazione Professionisti Risanamento Imprese),
- Ocri (Osservatorio Crisi e Risanamento delle Imprese).

Il documento è estremamente focalizzato ed affronta a tutto tondo il solo tema delle modalità di redazione delle relazioni di attestazione. La finalità dichiarata è letteralmente “formulare principi e soprattutto proporre modelli comportamentali condivisi ed accettati riguardanti le

---

<sup>(62)</sup> A cura di Patrizia Riva, Professore Aggregato Università del Piemonte Orientale, Dottore Commercialista e Revisore Contabile in Monza, Responsabile S.A.F. ODCEC Milano.

attività che l'Attestatore deve svolgere, sia per verificare la veridicità dei dati, sia relativamente al giudizio di fattibilità del piano e al fatto che l'impresa possa riacquistare l'equilibrio economico-finanziario e patrimoniale desiderato. I principi, applicandosi ai vari contesti gestionali e dimensionali dell'impresa, se correttamente applicati, possono offrire ai professionisti la possibilità di individuare standard comuni pur in presenza di situazioni di forte incertezza e di carenza di fonti informative. In questo senso i **Principi** cercano di ridurre le difficoltà che gli Attestatori incontrano ed aumentare le certezze sulle modalità operative da adottare e sui risultati da esporre". Ancorché siano dedicati ad una specifica materia, essi sono volutamente destinati ad una pluralità di operatori: a) ai professionisti Attestatori, per fornire un quadro di riferimento in analogia con i principi contabili e i principi di revisione ovvero le norme di comportamento emanate dal CNDCEC; b) al debitore, per fornire un'indicazione della tipologia di lavori che l'Attestatore deve svolgere e consentire quindi un costruttivo confronto; c) ai creditori e ai terzi, per consentire l'affermarsi di *good practices* che permettano di applicare correttamente la *ratio* della legge; d) agli *advisor* e ai professionisti in genere che redigono il piano perché tengano conto delle esigenze di tempo e si verifica dell'attestatore e non ne interpretino il ruolo in modo inadeguato e inappropriato; e) agli organi giudicanti, perché mediante la fissazione delle regole di riferimento di condotta professionale possano valutare in modo più oggettivo il lavoro degli operatori.

Più in particolare si legge nel documento che i "**Principi**", intendono proporre modelli condivisi di alta qualità professionale delle attestazioni, ottenibili con l'impiego dei più elevati standard di diligenza professionale, da declinare in funzione delle specificità del caso concreto. Tali Principi, inoltre, assumono utilità anche nei casi in cui l'operato dell'Attestatore debba essere oggetto di valutazione *ex post* nell'ambito di un eventuale procedimento aperto a suo carico ex art 236-*bis* l.fall. o per risarcimento dei danni. Si è già evidenziato infatti che l'introduzione nella legge fallimentare del nuovo art. 236-*bis* ("**Falso in attestazioni e relazioni**") previsto dall'art. 33 del D.lgs. 83/2012, l'Attestatore assume, nuove responsabilità, tanto più che il legislatore non ha precisato cosa si intenda per informazione "false" e "informazioni rilevanti", la cui esposizione od omissione rilevano penalmente. Si rende perciò necessario, oggi più che in precedenza, permettere agli Attestatori di svolgere il proprio incarico con una certa sicurezza e tranquillità, ai creditori di esprimere il proprio voto con cognizione di causa e con convinzione e agli organi giudiziari di fare affidamento su norme di comportamento e procedure precise che non si



prestino a varie interpretazioni. Il documento, inoltre, prende spunto dalla diffusa esigenza di rispondere a problematiche sorte in sede di applicazione della normativa anche a causa della carenza di precise indicazioni da parte del legislatore su aspetti fondanti gli istituti in esame che potranno comunque essere in futuro oggetto di rivisitazione da parte del legislatore o di indicazioni giurisprudenziali.

Ci si propone di analizzare alcune delle criticità affrontate in modo sistemico nei **Principi**. In taluni casi i **Principi** si limitano ad approfondire e a meglio specificare conclusioni già diffuse e condivise, in altri numerosi casi - ed è su questi che si cercherà di focalizzare l'attenzione in questa sede - prendono precisa posizione introducendo rilevanti elementi di novità.

## 5.2. La natura dell'incarico all'Attestatore: un mandato "senza *principal*"

La volontà di qualificare l'operato del revisore che attesta il piano ha guidato i redattori dei **Principi** i quali si sono proposti di ottenere per il professionista che bene opera la giusta legittimazione e il giusto ruolo.

I **Principi** rifuggono pertanto l'atteggiamento di coloro che, a parere di chi scrive partendo più o meno consciamente da un *bias* culturale negativo, considerano l'Attestatore un controllore "senz'altro" incapace di indipendenza professionale e del tutto asservito all'imprenditore e alla volontà dell'*advisor* che redige il piano, in questo modo denigrandone la professionalità e facendone il "capro espiatorio" cui attribuire la colpa dell'insuccesso delle operazioni di risanamento. È in particolare rifiutata la definizione riscontrata in giurisprudenza secondo cui l'Attestatore sarebbe "praticamente un consulente dell'impresa in quanto nominato dall'azienda". Questa impostazione è da considerarsi errata in quanto non tiene conto delle specificità e della unicità della struttura del mandato professionale conferito dal controllato al proprio controllore.

Nei casi, per altro molto comuni nella prassi nazionale ed internazionale, in cui un soggetto controllato debba individuare e incaricare il proprio controllore, si è in presenza di un **mandato senza *principal*** in cui cioè il firmatario del contratto con il professionista ossia appunto il soggetto controllato non è il cliente del professionista. Il soggetto a servizio del quale il professionista opera è infatti "altro" rispetto al controllato. Nel caso delle società quotate è unanimemente individuato nel "mercato" e nel caso delle società non quotate è da

identificarsi nell'insieme dei soggetti terzi a tutela del quale le verifiche sono poste.

Al firmatario del contratto è sottratto:

1. sia il potere di definire l'**oggetto del mandato**, che è individuato dalla normativa di riferimento;
2. sia il **potere di dare indicazioni sulle modalità di conduzione delle verifiche e dei controlli**, che sono codificate nei principi professionali di generale accettazione emanati dalle Istituzioni di riferimento cui il controllore si deve scrupolosamente attenere.

Sottrarre la nomina alla sfera privatistica per attribuirla all'autorità giudiziaria aiuterebbe certamente l'Attestatore nello svolgimento del proprio compito in quanto gli attribuirebbe il potere posizionale relevantissimo derivante dalla qualificazione di pubblico ufficiale. Il legislatore fallimentare non ha però operato questa scelta, ma ha al contrario valutato che l'Attestatore potesse operare efficacemente anche se armato esclusivamente della propria professionalità, del proprio senso etico e dei **Principi** di riferimento che gli forniscono gli standard cui uniformare i propri comportamenti. Vale solo la pena di ricordare che è comune sia nella normativa nazionale sia in quella internazionale individuare ancorché in altri ambiti figure di controllo indipendente di emanazione privatistica. Sono infatti queste le modalità di nomina delle stesse società di revisione<sup>(63)</sup> o del collegio sindacale o ancora degli organismi di vigilanza previsti dal D.lgs. 231/2001. Naturalmente anche in questi casi le *fees* sono poste a carico del soggetto controllato e il mandato si configura *senza principal*.

Va per altro riconosciuto il fatto che, come sintetizzato nei paragrafi precedenti, l'introduzione della nuova figura professionale dell'Attestatore non è stata accompagnata dalla tempestiva introduzione di articolati principi nazionali di riferimento. Il processo di progressiva e dialettica

---

<sup>(63)</sup> “Un aspetto ampiamente dibattuto riguarda la circostanza che l'incarico sia conferito dall'assemblea dell'impresa da sottoporre a revisione (previo parere del collegio sindacale) su proposta degli amministratori: in sostanza vi è chi si interroga in merito all'opportunità che “il controllore sia scelto dal controllato”. In proposito, occorre preliminarmente considerare che il conferimento dell'incarico da parte dell'assemblea è la soluzione unanimemente adottata in campo internazionale fra i Paesi a più progredita cultura. Ciò premesso, occorre valutare se, in relazione all'indipendenza dei revisioni, sia preferibile il conferimento dell'incarico da parte di un soggetto terzo. Ad evidenza, la risposta a questo interrogativo non è facile né univoca”, così Livatino M., Pecchiari N., Pogliani G, in “*Principi e metodologie di auditing*”, EGEA, 2007, pag. 99.

elaborazione dei documenti di riferimento ha richiesto alcuni anni. La mancanza di condivisi *standards* di riferimento ha pertanto reso inevitabile nelle prime fasi di applicazione della nuova norma il disorientamento dei professionisti che si sono cimentati con il nuovo incarico, portando alla registrazione nella prassi di una sensibile difformità dei comportamenti. La recente diffusione dei “Principi” da parte del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti dovrebbe pertanto sortire il positivo effetto di uniformare le procedure applicate e quindi le condotte poste in essere dai singoli.

### 5.3. I fattori a tutela della indipendenza formale e apparente dell'Attestatore previsti dalla legge fallimentare

L'Attestatore è designato dal debitore per esplicita previsione normativa e deve essere indipendente. La presenza di quest'ultima caratteristica è qualificata dalla norma che prevede, come noto, tre elementi concorrenti tra di loro:

- deve possedere i requisiti *ex* art. 2399 c.c.<sup>(64)</sup>,
- non deve essere legato al debitore e a coloro che hanno interesse al risanamento, da rapporti personali o professionali che possano compromettere l'indipendenza del giudizio,
- negli ultimi cinque anni non deve avere lavorato per il debitore o svolto consulenza anche tramite colleghi con cui è associato, o assunto carica di amministratore o sindaco.

Si tratta di regole molto più stringenti rispetto a quelle prospettate in altre situazioni di nomina di un controllore. Se correttamente applicate conducono forzatamente l'azienda in crisi a ricercare soggetti estranei alla storia e alle relazioni aziendali. Ciò significa che si è considerato

---

<sup>(64)</sup> L'art. 2399 c.c. stabilisce le cause di ineleggibilità e di decadenza dei sindaci nelle società di capitale stabilendo che non possono essere ricoprire l'incarico: a) l'interdetto, l'inabilitato, il fallito e i condannati a pene di interdizione dai pubblici uffici (art 2383 cc); b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado di amministratori nonché degli amministratori delle controllate e controllanti; c) i soggetti legati all'impresa oppure a una sua controllata o controllante da un rapporto di lavoro subordinato o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

necessario implementare un presidio importante *ex ante* sia della caratteristica di indipendenza in senso **formale** (non sussistono determinate situazioni oggettive e individuabili che si presume *ex lege* non compatibili) - sia della caratteristica di indipendenza cosiddetta **apparente** (non sussistono situazioni che possano sollevare nei terzi il fondato dubbio della mancanza di indipendenza ancorché il revisore stesso si consideri indipendente). La valutazione della inesistenza di legami personali o professionali e la estraneità all'azienda mediante la determinazione di un *cooling off* periodo di ben cinque anni rientrano infatti in questa seconda categoria di tutele.

#### 5.4. I fattori a tutela della indipendenza sostanziale dell'Attestatore introdotti dai Principi

La norma si preoccupa da un lato di normare *ex ante* il momento dell'individuazione del soggetto e dall'altro lato di punire *ex post* i comportamenti giudicati scorretti mediante l'introduzione di rilevantissime sanzioni penali. È opportuno però riflettere sul fatto che il legislatore non pare avere posto sufficiente attenzione alle tutele indispensabili per rendere possibile strutturalmente un sereno svolgimento del proprio operato da parte del revisore chiamato ad operare.

Non si rintracciano infatti nella normativa gli indispensabili meccanismi solitamente posti a tutela dell'indipendenza sostanziale del soggetto preposto all'attività di controllo che in questo contesto è denominato "Attestatore".

Le conseguenze sono state ad oggi rilevanti. Ad avviso di chi scrive infatti sono ravvisabili alcuni fattori critici che hanno seriamente influenzato l'efficacia dell'operato dell'Attestatore, per la risoluzione dei quali sarebbe stato auspicabile un maggiore presidio normativo e che i **Principi** pongono finalmente nella giusta luce.

Si tratta tra gli altri dei seguenti:

1. La scontata dicotomia "giudizio positivo vs non giudizio", quasi che in caso di non fattibilità si prospettasse una fuga dell'Attestatore e non, al contrario, la coscienziosa espressione di un serio e provato giudizio negativo sul piano;
2. La insindacabile sostituibilità del controllore, che si scopre sgradito, da parte dell'azienda controllata nel momento in cui il primo consideri il piano non fattibile;

3. La mancanza della garanzia della previsione di un equo compenso al controllore per il “fatto del controllo”;

4. La previsione, purtroppo avallata anche da parte della giurisprudenza, di un compenso per il controllore solo nel caso di rilascio del giudizio di “attestazione positivo” o addirittura, non solo il rilascio di un “giudizio positivo”, ma anche il rilascio di un “giudizio di successo”. Si è infatti avuto modo di leggere che il compenso è stato nei fatti in molte fattispecie qualificato come “eventuale” in quanto da riconoscere, da un punto di vista sostanziale e temporale, alla chiusura della procedura e solo in caso di omologa del concordato. In questo caso arrivando quindi nei fatti a prevedere, contro ogni logica, il pagamento del controllore indipendente a “success fee”: da un lato pretendendone l'alienità assoluta dalla realtà oggetto di verifica e dall'altro lato prevedendo però strutturalmente la sua partecipazione al rischio di successo dell'intrapresa aziendale.

I Principi intervengono con attenzione su questi punti e forniscono precise indicazioni utili per la ridefinizione e corretta qualificazione dei ruoli da un lato del controllore e dall'altro del soggetto controllato a tutela dell'indipendenza sostanziale e non solamente apparente dell'Attestatore.

#### 5.4.1. La gradazione del giudizio e l'equo compenso per il “fatto del controllo”

Un primo importante elemento di novità chiarito dai principi è rappresentato dalla esistenza di una gamma di possibili giudizi di attestazione. Si tratta di un passo avanti rilevante destinato a modificare i comportamenti.

Pare a chi scrive, infatti, che si sia assistito nei primi anni di applicazione - e che forse purtroppo ancora si assista - al sistematico manifestarsi di un grave e pericoloso equivoco. Sino ad ora il professionista era chiamato dall'azienda ad “attestare il piano” con ciò implicitamente rinviando ad un concetto univoco di giudizio positivo di attestazione. Nel caso in cui perciò il revisore non condividesse il piano proposto dall'azienda, sembrava escludersi la possibilità che il medesimo si esprimesse formalmente con un giudizio difforme dalla positività. Ci si aspettava semplicemente che lo stesso si facesse da parte in quanto in un certo senso “non in grado” di apprezzare quanto pensato dall'azienda.

Non erano affatto rare le situazioni in cui tanto più diligente era il comportamento del professionista quanto più spesso il medesimo si trovava nella situazione da un lato di avere lavorato intensamente

svolgendo impegnative verifiche per periodi non brevi – solitamente impegnando una squadra di colleghi e collaboratori – e dall’altro lato di doversi fare carico di tutti gli oneri delle verifiche svolte venendo nei fatti negata – in caso di giudizio difforme dalla positività - qualsiasi dignità o merito al lavoro svolto.

Paradossalmente veniva in questi casi sistematicamente negata all’Attestatore, proprio a causa della mancata formalizzazione di una relazione “di attestazione (positiva)”, anche la possibilità di una insinuazione al passivo prevedibile o quantomeno privilegiato nel caso in cui – come da lui stesso correttamente previsto e provato con il proprio lavoro – il piano non fosse in effetti fattibile e di conseguenza la società fosse poi dichiarata fallita.

Questa criticità non risulta essere stata affrontata prima della composizione dei **Principi** né con un approccio di tipo economico aziendale, né con la giusta enfasi. Costituisce per altro tema di grande momento e dalle implicazioni tanto gravi, quanto in molte occasioni colpevolmente ignorate. Il *focus* del dibattito si è concentrato infatti in generale sul tema dei compensi ai professionisti “nominati dall’azienda” e sulla potenziale dispersione delle risorse attive per il perseguimento di finalità di postposizione del fallimento. Spesso si è considerata l’eliminazione della diretta menzione della prevedibilità del compenso dell’Attestatore come la volontà del legislatore di equiparare l’Attestatore agli altri consulenti aziendali, nei fatti commettendo l’errore di porre sullo stesso piano la posizione del controllore e quella del consulente del controllato. Per altro il medesimo era considerato erroneamente assumere la qualifica di Attestatore, lo si ribadisce in quanto è elemento discriminante, solo nel caso in cui avesse rilasciato una “attestazione”, con ciò intendendo non solo il rilascio di un giudizio positivo, ma anche come si è già accennato *supra* di un giudizio “di successo”, essendo il compenso riconosciuto, da un punto di vista sostanziale e temporale, alla chiusura della procedura e solo in caso di omologa del concordato. La situazione descritta è un esempio di palese negazione del principio fondamentale - e sia concesso dirlo del tutto elementare - in base al quale il controllore per essere indipendente non deve assolutamente essere remunerato a *success fee* ossia solamente in caso di esito positivo del controllo, ma deve essere remunerato per “il fatto del controllo” ossia perché svolge le attività di verifica, indipendentemente dal risultato cui le medesime verifiche conducono. Ciò è evidente in tutti i casi previsti dalla normativa vigente nazionale, ma anche internazionale, in cui è richiesto *ex lege* l’intervento di un revisore con finalità di controllo indipendente.

I **Principi** intervengono in modo deciso sul punto stabilendo che il compenso del controllore deve, a pena di inaccettabilità dell'incarico, essere determinato *ex ante* e “deve essere adeguato all'incarico da svolgere, al rischio da assumere, alla responsabilità connessa e conseguentemente all'importanza della prestazione, dell'azienda interessata e del Piano oggetto di attestazione” e ancora che il pagamento deve essere dovuto incondizionatamente “al successo del Piano o al rilascio del favorevole giudizio di attestazione; diversamente sarebbe pregiudicata l'indipendenza dell'attestatore”. Se non fosse così il controllore si troverebbe ad operare in contesto in cui sarebbe inevitabilmente e ingiustamente soggetto a pressioni.

I **Principi** chiariscono, inoltre a chiare lettere, che il ruolo dell'esperto deve essere riconosciuto non solamente quando egli si pone a favore dell'azienda, ma anche e - forse si dovrebbe dire soprattutto - quando egli alla luce delle verifiche svolte in coerenza con le indicazioni del documento e quindi a seguito di precise e documentate indagini, prende le distanze dall'azienda esprimendosi sfavorevolmente sul piano o dichiarando che non è stato messo nelle condizioni di svolgere adeguate indagini. Il giudizio dell'Attestatore può infatti essere:

- positivo,
- negativo,
- impossibile.

In tutti e tre i casi egli formalizzerà la propria relazione e darà visibilità al proprio lavoro rendicontando sulle attività di controllo poste in essere per apprezzare la veridicità della base dati iniziale e la fattibilità del piano proposto dall'azienda.

È rilevante evidenziare che è stata prevista anche la possibilità, sia ora nei **Principi**, sia già da tempo nelle **Linee Guida**, di esprimere il giudizio positivo, ma di condizionarlo qualora la fattibilità del piano dipenda da specifici eventi futuri circoscritti nel tempo quali a titolo esemplificativo la firma di accordi esaminati dall'Attestatore in bozza, l'esecuzione di un determinato contratto entro un certo termine. Gli eventi devono essere specificamente individuati ed esplicitati nella relazione e deve essere anche indicato l'orizzonte temporale, che dovrà essere breve, entro il quale i medesimi si devono verificare. I **Principi** e l'ultima versione delle **Linee Guida** specificano però che in questi casi però l'attestazione sarà immediatamente efficace solo se l'Attestatore dichiara che sussiste una elevata probabilità che essi si verifichino, mentre è sospensivamente condizionata negli altri casi. Nel secondo caso perchè l'attestazione produca i propri effetti la condizione deve verificarsi.

### 5.4.2. I vincoli alla libertà di sostituzione dell'Attestatore da parte dell'azienda

Un primo importante elemento posto indirettamente dalla stessa norma a presidio dell'operato dell'Attestatore onesto è stata l'introduzione della figura del Pre-Commissario che nell'ambito della Sua vigilanza è chiamato a verificare lo stato di avanzamento della predisposizione del piano<sup>(65)</sup>. Il Pre-Commissario dovrà in primo luogo verificare se l'Attestatore scelto possieda i requisiti di indipendenza previsti dalla norma, intervenendo qualora giudichi che i medesimi non sussistano e segnalando le eventuali anomalie riscontrate in primo luogo all'Attestatore stesso, quindi all'azienda e al Tribunale. Pare però a chi scrive che nell'interesse del successo delle operazioni di ristrutturazione il compito del Pre-Commissario non possa e non debba essere relegato a quello svolto da un osservatore "fuori-campo" che si limiti a valutare la corretta identità degli attori in scena. La presenza del Pre-Commissario, quando si instauri con l'Attestatore, un rapporto ispirato alla trasparenza, alla deontologia professionale e a rispetto reciproco dei ruoli, rafforza notevolmente le potenzialità di azione dell'Attestatore. Si è già ricordato in questa sede che, in passato, l'Attestatore scomodo che fosse giunto a conclusioni non condivise dall'azienda poteva essere – e spesso era – semplicemente sostituito<sup>(66)</sup>. La società poteva recedere dal mandato, o indurre l'Attestatore al recesso, senza che il lavoro di revisione da questi svolto lasciasse tracce rilevanti se non in sede di eventuale successiva insinuazione al fallimento del professionista.

Una tale scelta dell'azienda resta naturalmente ancora possibile, ma comporta la necessità di fornire dei chiarimenti nell'ambito delle informative al Tribunale e quindi, se nominato e attento alle dinamiche in corso, anche al Pre-Commissario.

Tale comportamento dell'azienda risulta ancor più distonico qualora, come pare auspicabile a chi scrive e pur nella consapevolezza che non si tratti di un orientamento condiviso, il citato Attestatore si sia confrontato

---

<sup>(65)</sup> Si veda per approfondimenti Riva P., *“Il delicato rapporto Attestatore/Pre-Commissario nel Concordato Preventivo: tra deontologia professionale e rischio di auto-riesame”*, Press, CNDCEC, maggio 2014.

<sup>(66)</sup> Riva P., *op.cit.*, in *Il Fallimentarista*, Giuffrè, 2012.



con il Pre-Commissario al momento dell'assunzione del proprio incarico o al momento della nomina di quest'ultimo se successiva, illustrando al medesimo l'impostazione delle proprie verifiche nel rispetto del riferimento ai **Principi** per lo svolgimento del lavoro. Pare a chi scrive che le due figure – Attestatore e Pre-Commissario - certamente non debbano essere considerate sovrapponibili e che, al contrario, la coesistenza delle stesse non possa che portare benefici effetti. Perché ciò sia possibile è però indispensabile il raggiungimento di un complesso punto di equilibrio: i) in primo luogo avendo presente che la condivisione dei principi di riferimento e dei criteri di impostazione delle verifiche deve rappresentare l'opportunità di un migliore presidio *ex ante* delle situazioni, ma non deve essere portata al punto di divenire co-determinazione delle scelte operative così da evitare ogni "rischio di auto-riesame"; ii) in secondo luogo impostando i rapporti al sostanziale rispetto dei differenti ruoli assunti nella specifica situazione; iii) infine rifiutando la logica del conflitto strutturale e della contrapposizione tra professionisti indipendenti, sia pure di differente emanazione, non ultimo anche in nome delle norme professionali e deontologiche che vincolano entrambi i soggetti a comportamenti ispirati alla correttezza.

Un secondo presidio è introdotto a livello operativo dal paragrafo 2.6.6 dei **Principi** nel quale, preso atto della possibilità che l'azienda opti per la sostituzione dell'Attestatore, sono dettate regole comportamentali rilevanti per la gestione attiva di quella che si potrebbe chiamare **successione tra Attestatori**. Si prevede infatti che "nei casi in cui, a seguito del recesso dal mandato da parte dell'Attestatore, l'azienda individui un nuovo Attestatore, quest'ultimo debba:

- i. chiedere se vi siano e chi siano i colleghi che in precedenza sono stati incaricati e si sono occupati dell'attestazione;
- ii. contattare il precedente Attestatore per capire quali ragioni lo abbiano portato a non concludere il proprio lavoro e, se esistente, acquisire copia della relazione del precedente Attestatore;
- iii. assicurarsi che l'impresa abbia proceduto al pagamento del compenso del precedente Attestatore e in caso ciò non sia avvenuto tenerne conto nella ricostruzione della situazione debitoria".

Obiettivo evidente è evitare che l'azienda possa silenziosamente rivolgersi, dopo avere incassato un giudizio negativo sul proprio piano di risanamento, ad altro revisore omettendo di indicare a quest'ultimo che il medesimo piano è già stato oggetto di esame. L'applicazione compiuta della regola di comportamento richiede, coerentemente con lo spirito del documento e con i contenuti già commentati *supra*, che il primo revisore

abbia formalizzato il risultato delle proprie verifiche in una relazione di attestazione negativa. Il secondo revisore, dovrà mettersi nelle condizioni di comprendere se la sua individuazione costituisca un “primo incarico” di controllo del piano prospettato oppure se si tratti di un incarico di riesame di un piano già bocciato da altri. A tale fine dovrà introdurre probabilmente una esplicita richiesta all’azienda di rilasciare una dichiarazione - cui sarà opportuno dare data certa - nella quale sia data evidenza della situazione. Nel caso in cui verifichi che si tratta di un “secondo incarico” dovrà assumere a tutela della propria posizione professionale adeguati comportamenti, potendo naturalmente accettare l’incarico nel caso in cui non condivida l’approccio utilizzato dal primo revisore nel primo esame. I **Principi** non si esprimono infatti con un alcun divieto, ma dettano modalità operative per permettere che il secondo revisore non operi in condizioni di asimmetria informativa rispetto alla reale situazione a causa di comportamenti omissivi dell’azienda.

#### 5.4.3. L’obbligatorietà e il contenuto minimo del mandato professionale (Engagement Letter e Attestazioni della direzione)

I **Principi** prevedono l’obbligatorietà dell’*engagement letter* prevedendo esplicitamente, al paragrafo 2.2.5 che “una volta valutato di poter svolgere l’incarico, l’Attestatore deve farsi sottoscrivere un mandato”. È rilevante in questa sede evidenziare che il documento specifica a chiare lettere che “oggetto dell’incarico deve essere l’attività di analisi e verifica del piano finalizzata all’attestazione e non già l’attestazione stessa. Ciò in quanto non necessariamente l’attività dell’Attestatore conduce all’attestazione del piano, considerato che essa può concludersi anche con esito negativo”.

La lettera di incarico **deve** evidenziare chiaramente alcuni elementi che si riportano di seguito<sup>(67)</sup>:

---

<sup>(67)</sup> I **Principi** prevedono poi ulteriori elementi che possono essere inseriti nel mandato professionale. Si tratta dei seguenti: il periodo coperto dal Piano; una indicazione delle principali tipologie di verifiche che saranno svolte e del team di lavoro; la data orientativa di previsto rilascio del giudizio finale e di eventuali giudizi intermedi se richiesti; l’indicazione degli estremi della polizza assicurativa per la responsabilità civile professionale dell’Attestatore.

1. “la portata dell’attestazione;
2. l’assunzione di responsabilità da parte del management circa i dati contenuti nel Piano e quindi nella base dati iniziale mediante sottoscrizione di una **Lettera di attestazione della direzione** (da fare riconfermare prima del rilascio del giudizio di attestazione finale da parte dell’Attestatore);
3. l’esplicitazione da parte del management delle ipotesi contenute nel Piano e l’impegno a trasferire all’Attestatore tutte le informazioni rilevanti per la veridicità della base dati e la fattibilità del Piano;
4. i poteri di acquisizione di informazioni integrative o supplementari rispetto a quelle contenute nel Piano;
5. il compenso derivante dall’attestazione e le relative modalità di pagamento in relazione all’avanzamento lavori;
6. l’ipotesi di recesso dall’incarico per mancata consegna delle attestazioni e/o documentazioni e/o collaborazioni necessarie da parte dell’imprenditore e/o del management, dei professionisti dell’impresa;
7. l’ipotesi di recesso in caso in cui durante l’incarico emergano elementi precedentemente inesistenti e/o non noti che facciano venire meno l’indipendenza dell’Attestatore prima dell’emissione del giudizio finale;
8. l’ipotesi di recesso nel caso di mancato pagamento delle prestazioni o in altre ipotesi, tali da fare venire meno l’indipendenza dell’Attestatore;
9. nel caso di accettazione dell’incarico anteriormente alla consegna della versione definitiva del Piano, il tempo minimo che deve decorrere tra la consegna del Piano e il rilascio dell’attestazione”.

Ciascun elemento costituisce uno specifico presidio a tutela della professionalità del revisore che deve essere posto dall’azienda nelle condizioni di operare realmente in modo indipendente e quindi con adeguati poteri di indagine e svolgendo le proprie verifiche su di una base dati la cui completezza è dichiarata sussistere dai responsabili aziendali.

Conviene enfatizzare il fatto che i **Principi** correttamente distinguono i ruoli e le responsabilità dell’Attestatore da un parte e della direzione aziendale dall’altra parte. È quest’ultima infatti, ossia sono i vertici aziendali (la direzione e, ove appropriato, dai responsabili delle attività di *governance*), a doversi assumere la responsabilità dei dati contenuti nel piano mediante il rilascio di apposita dichiarazione di completezza a tale fine ricorrendo esplicitamente, con la richiesta di cui al secondo e al terzo punto, al noto strumento della sottoscrizione della **Lettera di attestazione della direzione**. Sono pertanto implicitamente richiamati i contenuti sia dei

principi di revisione che dedicano a questo tema un intero documento, l'ISA 580 ("Attestazioni scritte"), sia della prassi professionale, in particolare il documento di ricerca 167 di Assirevi ("Attestazioni della direzione"). L'ISA 580 definisce le attestazioni scritte della direzione come "informazioni necessarie che il revisore richiede con riferimento alla revisione contabile del bilancio dell'impresa" che "analogamente alle risposte ottenute a seguito delle indagini, rappresentano elementi probativi". Specificando che "gli elementi probativi sono le informazioni utilizzate dal revisore per giungere alle conclusioni su cui egli basa il proprio giudizio". Il documento 167 di Assirevi specifica che "le attestazioni della direzione sono tra l'altro volte a **fornire al revisore conferma, (...) della completezza, autenticità e attendibilità della documentazione messa a disposizione (...) ai fini dell'espletamento della attività e per la correttezza ed esattezza delle informazioni ivi contenute e di quelle comunicate verbalmente e riepilogate nella lettera di attestazione**".

Vale solo la pena di ricordare che la lettera di attestazione della direzione, sia pure richiamata nel mandato sottoscritto all'inizio delle attività e possibilmente allegata al medesimo, non dovrà essere sottoscritta all'inizio delle operazioni, ma al termine delle stesse in modo tale da garantire la completa assunzione di responsabilità per tutte le dichiarazioni rese durante il periodo di svolgimento delle verifiche.

Un ulteriore elemento che richiama coerentemente i contenuti espressi nei precedenti paragrafi è l'esplicita previsione nel mandato dell'ipotesi di recesso dall'incarico per mancata consegna delle attestazioni e/o documentazioni e/o collaborazioni necessarie da parte dell'imprenditore e/o del management, dei professionisti dell'impresa. La lettura sistemica del documento porta a concludere che anche in questi casi l'Attestatore è chiamato a redigere la propria relazione descrivendo l'attività che è stato in grado di svolgere, rendicontando sulle difficoltà incontrate e concludendo con l'espressione di un **giudizio di "impossibilità"** per cause legate alla situazione aziendale riscontrata.

## NUMERI PUBBLICATI

### Anno 2007

- nr. 1 L'amministrazione nelle S.r.l. • *Simone Allodi*
- nr. 2 Lo Statuto dei diritti del contribuente • *Alessandro Turchi*
- nr. 3 Finanziamento dei Soci • *Giorgio Zanetti*
- nr. 4 Le norme del codice di procedura civile applicabili al Processo Tributario • *Paolo Brecciaroli*
- nr. 5 Bilancio e misurazione della performance delle organizzazioni non profit: principi e strumenti • *Marco Grumo*
- nr. 6 La normativa Antiriciclaggio. Profili normativi, obblighi ed adempimenti a carico dei dottori commercialisti • *Gian Gaetano Bellavia*
- nr. 7 Limiti dell'informativa societaria e controllo dei bilanci infrannuali • *Roberta Provasi, Daniele Bernardi, Claudio Sottoriva*
- nr. 8 La previdenza nella professione di Dottore Commercialista • *Ernersto Franco Carella*
- nr. 9 L'introduzione dei Principi contabili internazionali e il coordinamento con le norme fiscali • *Mario D'ijino*
- nr. 10 La governance delle società a partecipazione pubblica e il processo di esternalizzazione dei servizi pubblici locali • *Ciro D'Aries*
- nr. 11 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) • *Ambrogio Picolli*
- nr. 12 Il bilancio sociale nelle piccole e medie imprese • a cura di *Adriano Propersi*
- nr. 13 Le parti e la loro assistenza in giudizio • *Mariacarla Giorgetti*

### Anno 2008

- nr. 14 Il nuovo ordinamento professionale: guida alla lettura del d.lgs n. 139 del 28 giugno 2005 • a cura della Commissione *Albo, Tutela e Ordinamento a 2005-2007*
- nr. 15 Carta Europea dei diritti del contribuente • a cura della Commissione *Normative Comunitarie 2005-2007*
- nr. 16 Elementi di procedura civile applicati alle impugnazioni del processo tributario • *Mariacarla Giorgetti*
- nr. 17 Il processo di quotazione delle PMI tra presente e futuro: il ruolo del dottore commercialista in questa fase di cambiamento • *Carlo Arlotta*

- nr. 18 Controlled Foreign Companies Legislation: Analisi comparata negli stati comunitari • *Sebastiano Garufi*
- nr. 19 Il codice di condotta EU: Finalità e analisi comparativa a livello europeo • *Paola Sesana*
- nr. 20 Il dottore commercialista e la pianificazione e il controllo nella PMI • *Aldo Camagni, Riccardo Coda, Riccardo Sclavi*
- nr. 21 La nuova relazione di controllo contabile (art. 2409 ter del Codice Civile) • *Daniele Bernardi, Gaspare Insaudo, Maria Luisa Mesiano*

## Anno 2009

- nr. 22 L'azionariato dei dipendenti come forma di incentivazione: ascesa e declino delle stock option? • *Vito Marraffa*
- nr. 23 Norme ed orientamenti rilevanti della Revisione Contabile • *Maria Luisa Mesiano, Mario Tamborini*
- nr. 24 Gli accordi giudiziali nella crisi d'impresa • *Cesare Zafarana, Mariacarla Giorgetti, Aldo Stesuri*
- nr. 25 Il bilancio consolidato e le scritture di consolidamento • *Francesco Grasso, Paolo Terazzzi*
- nr. 26 Conciliazione e mediazione: attualità legislative e profili operativi • *Aldo Stesuri*

## Anno 2010

- nr. 27 La crisi d'impresa - L'attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67, 3° comma, lettera d) l.fall. • *Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali*
- nr. 28 Il Consolidato fiscale nazionale (artt. 117-129 TUIR e DM 9 giugno 2004) seconda edizione • *Ambrogio Piccoli*
- nr. 29 L'arbitrato - Analisi e commenti dalla recente prassi • *Commissione Arbitrato - a cura di Alessandro Augusto*
- nr. 30 Il bilancio di sostenibilità delle multiutilities: esperienze a confronto • *Commissione Bilancio Sociale - a cura di Francesco Randazzo, Cristiana Schena, Gabriele Badalotti, Eros A. Tavernar*
- nr. 31 La riforma della revisione legale in Italia: una prima analisi del D.lgs. 39 del 27 gennaio 2010 • *Commissione Controllo Societario - Gruppo di lavoro: Daniele Bernardi, Antonella Bisestile, Alessandro Carturani, Annamaria Casasco, Gaspare Insaudo, Luca Mariani, Giorgio Morettini, Marco Moroni, Gianluca Officio, Massimiliano Pergami, Roberta Provasi, Marco Rescigno, Claudio Sottoriva, Mario Tamborini*
- nr. 32 Obbligo P.E.C. - Opportunità e problematiche per gli studi professionali • *Commissione Informatica e C.C.I.A.A. - Gruppo di lavoro: Fabrizio Baudo, Davide Campolunghi, Filippo Caravati, Alberto De Giorgi, Gianluca De Vecchi, Pietro Longhi, Daniele Tumietto*
- nr. 33 Nuova tariffa professionale - Commento alle modifiche intervenute • *Mario Tracanella*

## Anno 2011

- nr. 34 Perdite di valore e avviamento secondo i principi IFRS • *Riccardo Bauer, Claudia Mezzabotta*
- nr. 35 Patrimonializzare e sostenere la competitività delle PMI italiane: la quotazione su AIM Italia • *Commissione Finanza e Controllo di Gestione - Gruppo di lavoro: Carlo Arlotta, Franco Bertoletti, Elisabetta Coda Negozio, Carlo Pesaro, Giorgio Venturini*
- nr. 36 La mediazione civile – Novità normative e contesto operativo • *Gruppo di studio Commissione Mediazione e Conciliazione - a cura di Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta*
- nr. 37 La mediazione civile – Le tecniche di gestione dei conflitti • *Gruppo di studio Commissione Mediazione e Conciliazione - a cura di Maria Rita Astorina e Claudia Mezzabotta*
- nr. 38 Caratteri e disciplina del concordato fallimentare • *Carlo Bianco, Mariacarla Giorgetti, Patrizia Riva, Aldo Stesuri, Cesare Zafarana*
- nr. 39 Remunerare gli amministratori - Compensi incentivi e governance • *Gianluigi Boffelli*

## Anno 2012

- nr. 40 Scritti di Luigi Martino • *Comitato Editoriale - a cura di Gianbattista Stoppani e Dario Velo*
- nr. 41 Aspetti fiscali delle operazioni straordinarie per i soggetti IAS/IFRS • *Commissione Diritto Tributario Nazionale - a cura di Emanuela Fusa*
- nr. 42 L'accertamento tecnico dell'usura per le aperture di credito in conto corrente • *Commissione Banche, Intermediari Finanziari e Assicurazioni - a cura di Marco Capra, Roberto Capra*
- nr. 43 Il nuovo concordato preventivo a seguito della riforma • *Commissione Gestione Crisi di Impresa e Procedure Concorsuali*
- nr. 44 Introduzione all'Istituto del Trust • *Commissione Normative a Tutela dei Patrimoni*
- nr. 45 Ambiti di applicazione del Trust • *Commissione Normative a Tutela dei Patrimoni*

## Anno 2013

- nr. 46 Arbitro Bancario Finanziario • *Commissione Metodi ADR*
- nr. 47 Il rischio di continuità aziendale nel bilancio IAS ed in quello OIC • *Commissione Principi Contabili - a cura di Girolamo Matranga*
- nr. 48 La mediazione civile nelle liti fra soci: profili giuridici ed efficacia negoziale • *Commissione Metodi ADR - a cura di Maria Rita Astorina, Marcella Caradonna*
- nr. 49 La fiscalità della produzione nelle fonti di energie rinnovabili • *Commissione Diritto Tributario Nazionale - a cura di Federica Fiorani*
- nr. 50 Il modello GBS 2013: lo standard italiano per la redazione del Bilancio Sociale • *Commissione Bilancio Integrato - a cura di Claudio Badalotti, Dario Velo, Gabriele Badalotti*

**Anno 2014**

- **nr. 51** I regolamenti applicativi del D.lgs. 39/2010 sulla revisione legale dei conti emanati dal MEF • *Commissione Controllo Societario*
- **nr. 52** La previdenza nella professione di Dottore Commercialista • *Commissione Cassa Previdenza Dottori Commercialisti - a cura di Ernesto Carella*
- **nr. 53** Comunicare con Investitori e Finanziatori: il ruolo del Business Plan • *Commissione Finanza e Controllo di Gestione - a cura di Francesco Aldo De Luca e Alessandra Tami*
- **nr. 54** La Direttiva 2013/34/UE relativa ai bilanci d'esercizio e consolidati. – Novità e riflessi sulla disciplina nazionale • *Commissione Principi Contabili - a cura di Tiziano Sesana*
- **nr. 55** Gli obblighi di sicurezza nei luoghi di lavoro • *Commissione Lavoro - a cura di Monica Bernardi, Bernardina Calafiori, Gabriele Moscone, Patrizia Rossella Sterza, Sergio Vianello*
- **nr. 56** Le Start-up innovative • *Commissioni Start-up, Microimprese e Settori Innovativi e Diritto Tributario Nazionale - a cura di Antonio Binacchi e Alessandro Galli*





finito di stampare  
nel mese di febbraio 2015

**3LB srl**  
Osnago (LC)



nr. 57.

La Legge fallimentare ha conosciuto nell'ultimo decennio una serie di modifiche che ne hanno ridisegnato non soltanto il corpus normativo, ma anche l'approccio culturale. Successivamente all'entrata in vigore delle modifiche operate nel biennio 2005/06, con le norme contenute nel Decreto Sviluppo, Misure per facilitare la gestione delle crisi aziendali, entrato in vigore a cavallo dell'estate del 2012, e con quelle contenute nel Decreto Sviluppo bis e nel Decreto del Fare, il legislatore ha perseguito il principio della centralità dell'azienda che va quindi tutelata e salvata in tutti quei casi nei quali sia ipotizzabile il mantenimento in vita della stessa, a beneficio degli interessi occupazionali ed erariali.

Il Quaderno curato da [Giannicola Rocca](#) con l'introduzione di Alessandro Solidoro, è opera di Alessandro Danovi e Giacomo Brettoni, Fabio Marelli, Gianluca Minniti, Patrizia Riva, che hanno contribuito alla prima parte dedicata alle riflessioni teoriche, e di Fabio Cesare, Giovanni La Croce, Fabio Marelli, Paolo Nicoletti ed Ernesto Rossi, Adelio Riva, Mauro Zampollo e Giampiero Zingari, che hanno affrontato casi di procedure concluse dopo le ultime riforme della legge fallimentare. Il curatore e gli autori che hanno contribuito alla sua redazione sono specializzati, a vario titolo, nella materia fallimentare e nella gestione e soluzione della crisi d'impresa.