

Uscire dalla crisi: elementi gestionali a supporto delle decisioni imprenditoriali

Le procedure da adottare alla luce del nuovo diritto concorsuale

Fabrizio Bencini
Dottore commercialista
e revisore contabile
Partner KON

Sandro Malevolti
Dottore commercialista
e revisore contabile
Studio MM&P

Antonio Pezzano
Avvocato
Studio Legale P.S.P. Pezzano
Soldaini & Partners

La situazione attuale impone, per le imprese che versino in serie difficoltà, la presa di decisioni rapide spesso di discontinuità. Discontinuità sotto il profilo gestionale (cambio di guida od organizzazione), discontinuità di business e discontinuità finanziaria. In questo ambito si collocano le novità apportate dalla riforma del diritto concorsuale. Dopo avere effettuato un rapido *excursus* di carattere generale sul ruolo fondamentale degli operatori che stanno a fianco dell'imprenditore in crisi, il contributo si sofferma sull'esame dei piani attestati di risanamento ex art. 67, terzo comma, L.F. e degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F., soprattutto sotto l'angolo visuale della comparazione delle relative peculiarità gestionali e procedurali, nonché sulle ragioni per cui una procedura può essere preferita rispetto all'altra.

La situazione congiunturale lascia sul mercato una serie di imprese, che, superata la crisi, dovranno analizzare con estrema lucidità le novità da apporre nella loro gestione. Oltre a queste imprese virtuose, si assiste quotidianamente all'apnea di molte altre realtà che stanno verificando sulla loro pelle la capacità di resistere senza liquidità, senza strategie e spesso anche con una *leadership* messa fortemente in discussione. In questo senso, per le realtà che si trovano in tali difficoltà, appare centrale, quando ricorrano i presupposti di continuità, la ce-

lerità della decisione, che dipende anche dall'esistenza e dalla chiarezza delle normative di supporto, ma, prima ancora, dalla capacità di avere chiaro quando si sia prossimi al punto di non ritorno.

In questo senso la riforma delle procedure concorsuali fornisce oggi all'imprenditore in difficoltà nuovi e più efficaci strumenti per il tentativo di salvataggio della propria impresa o comunque procedure più snelle e moderne per allocare velocemente ricchezze ancora "calde" nonostante il *default*.¹

¹A tale specifico riguardo, presso alcuni fori, si sta ipotizzando la creazione di banche dati delle procedure fallimentari in corso, al fine di favorire, oltre rapidi e trasparenti possibili sistemi di acquisto dei beni e diritti di cui agli artt. 105 e 106 L.F., la presentazione di concordati fallimentari a opera di creditori e terzi. Infatti si stanno affacciando sempre di più sul mercato operatori che, fidando, ai sensi del combinato disposto degli artt. 107 e 104-ter, lettere b), c), d) ed e), L.F., in una sempre maggiore trasparente e organizzata competitività, considerano possibile la creazione di banche dati che permettano di accedere alla conoscenza dei dati di maggiore rilievo (dell'attivo e del passivo) delle procedure concorsuali, allo scopo di valutare la possibile presentazione di concordati fallimentari, rappresentanti ormai la strada liquidatoria per eccellenza, visto il chiaro disposto dell'art. 104-ter, lett. b), L.F. in tema appunto di "programma di liquidazione".

Purtroppo sono strumenti ancora sottoutilizzati, ovvero non utilizzati al meglio, sia per la novità che li caratterizza, sia per la non sempre felice chiarezza normativa, che tende a disciplinarne alcuni in modo lacunoso.² E certo, almeno per ora, aiuta poco anche la giurisprudenza che, nonostante il lo-devole impegno di individuare e favorire prassi comuni,³ è per tanti aspetti ancora agli albori, alla ricerca anch'essa di acquisire piena consapevolezza sul proprio nuovo ruolo.

Siamo di fronte certamente a opportunità che non esauriscono il tema, ma creano esclusivamente maggiori possibilità come sempre legate poi alla capacità di tutti gli attori di coglierle. Vediamo nel dettaglio, anche se sinteticamente, il contributo gestionale delle singole componenti.

Il ruolo degli operatori nelle crisi d'impresa con prospettive di continuità

I professionisti hanno un ruolo, allorché svolto al fianco del debitore, altamente creativo, vista l'ampia gamma di strumenti utilizzabili per confezionare il piano (concordatario, ex art. 67, terzo comma, lett. d), L.F., ovvero ex art. 182-bis L.F. che sia). In particolare, questi non devono essere solo operatori preparati e (anche eticamente) consapevoli dell'importanza del loro ruolo,⁴ ma lo devono svolgere con quella tempestività che è connaturata al fenomeno "crisi d'impresa".

In tale senso devono essere dotati di un'organizzazione che consenta loro di affrontare celermente le tematiche ripetitive e "burocratiche" per concentrare il loro tempo prima nell'organizzazione delle informazioni da reperire dall'impresa, poi nell'analisi delle medesime, nella successiva

identificazione del percorso migliore e infine nella predisposizione dei documenti a valenza esterna. I professionisti devono essere le migliori "sentinelle" dell'imprenditore che, attraverso la predisposizione/imposizione di strumenti di allerta a favore dell'imprenditore stesso, siano sempre in grado di apprezzare, con assoluta onestà intellettuale, quando lo stato dell'impresa è tale da dovere condurre/convincere l'imprenditore a fare delle scelte prima che sia troppo tardi. E troppo tardi non tanto per lo "scafandro" societario che contiene l'impresa, ma in *primis* per l'impresa in sé e per l'alto valore che rappresenta a partire dalla produzione di ricchezza, oltre che dalla forza lavoro che impiega.

Non saranno sufficienti modelli di *scoring* o di *rating* matematicamente definiti da realtà esterne, ma si tratta di decisioni fondate su una conoscenza profonda di aspetti quantitativi, ma anche qualitativi. Comprendere quindi quale sia il punto di non ritorno e saperlo rappresentare in modo convincente all'imprenditore costituisce il presupposto più importante per conseguire l'obiettivo finale.

Allorché il professionista risulti invece investito della funzione terza di esperto verificatore del piano, significativamente responsabilizzato, attesa la duplice funzione di revisore dei numeri indicati dal debitore e di attestatore sulla fattibilità del relativo piano,⁵ non si tratta esclusivamente di un controllo formale, ma anche sostanziale: la sostenibilità del piano si muove dal *business* e non si esaurisce in una *due diligence* numerica. Siamo all'interno del campo delle *business plan review*.

Parimenti banche ed enti di garanzia sono chiamati, nella crisi di impresa, a svolgere un ruolo da protagonisti: la riduzione delle revocatorie fallimen-

²Si pensi alla previsione addirittura solo "deduttiva" dei piani attestati di risanamento di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), L.F., ovvero alla disciplina "zen" degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis L.F.

³Si pensi soprattutto al certosino lavoro dell'OCI - Osservatorio sulle crisi d'impresa, coinvolgente n. 18 CC.DD. in rappresentanza dei maggiori tribunali italiani. La prima fase di tale lavoro è stata raccolta da M. Ferro - A. Ruggero - A. Di Carlo, *Concordato preventivo, concordato fallimentare ed accordi di ristrutturazione dei debiti - Analisi giuridica e aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi di impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma, i risultati dell'indagine*, Torino, 2009.

⁴Si vedano sul tema le incisive, quanto condivisibili, raccomandazioni che, al punto 2, vengono indicate nelle *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, redatte da ASSONIME - Università di Firenze, 2010, in www.odcec.it.

⁵In argomento interessanti i richiami alla *best practice* per la redazione del piano attestato effettuati da M. Pollio, "Una via d'uscita per la crisi d'impresa? Il piano attestato di risanamento", in *Amministrazione & Finanza*, n. 12/2009, pag. 76, ma anche *Le Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, cit.

tari ex artt. 67, 69-bis e 70 L.F. e, dall'altra parte, l'aumento delle ipotesi di prededuzione dei crediti sorti in funzione e in occasione delle procedure concorsuali di cui all'art. 111, secondo comma, L.F. sono chiari segnali che il legislatore ha offerto a favore di tali soggetti, affinché possano svolgere un ruolo realmente costruttivo e collaborativo a fianco dell'imprenditore in crisi meritevole di essere supportato.⁶ Anche in questo campo, più ancora che in quello del credito ordinario, si assiste a una richiesta alle banche di credito discriminante: talvolta chiudere i cordoni del credito per le banche significa perdere tutto; occorre capire quando la concessione di nuovo credito, all'interno di un progetto chiaro e credibile, sia la via migliore per tutelare gli interessi della banca stessa. Per questo non funzionano modelli di *rating*, ma la sensibilità e la capacità di funzionari che sappiano leggere bene non solo le perdite potenziali, ma anche le possibilità del *business* dell'impresa in stato di momentanea crisi.

Naturalmente questo sforzo è richiesto solo quando potrà portare al salvataggio dell'impresa, considerata dal legislatore meritevole di salvaguardia al di là della figura soggettiva dell'imprenditore che ne sta a capo e che ben può, anzi deve – in taluni casi – soccombere per permettere che l'impresa sopravviva alla crisi. In questa logica i nuovi istituti approntati dal legislatore della novella del diritto concorsuale possono essere posti a servizio dell'impresa in crisi a seconda dello stato della situazione in cui si versa, oltre che delle dimensioni dell'impresa stessa. Con il presente contributo si darà conto della peculiarità dell'istituto dei *piani attestati di risanamento* ex art. 67, comma 3, L.F. e degli *accordi di*

⁶In questo contesto andrebbe seriamente valutata una deroga ai criteri di Basilea 2, rispetto alle situazioni di ristrutturazione attraverso le procedure concorsuali, che rappresentano un mondo a sé e quindi non possono scontare criteri dettati in linea generale e non per situazioni così peculiari in cui tanti operatori, giudici compresi, svolgono un ruolo di diffuso controllo. Più in generale, sull'argomento dell'accesso al credito per le imprese in crisi, si vedano le interessanti considerazioni di A. Ricciardi, "Credit crunch: cause, effetti sulle PMI e ruolo dei Confidi", in *Amministrazione & Finanza*, n. 12/2009, pag. 82 e segg.; cfr. anche L. Stanghellini, in "Il ruolo dei finanziatori nella crisi di impresa: nuove regole e opportunità di mercato", in *Il Fallim.*, 2008, pag. 1075.

⁷Troppo ampia per questa sede sarebbe la disamina in comparazione anche del rinnovato concordato preventivo, che, pur se novellato, stenta comunque a decollare, tanto da accendere già il dibattito su una sua ulteriore rivisitazione. Cfr. sul tema le stimolanti considerazioni di N. De Luca, "Prevenire meglio che curare (proposte per "curare" il concordato preventivo che non "previene")", in *Dir. Fall.*, 2010, I, pag. 70.

⁸C. Lo Cascio, "Le nuove procedure in crisi: natura negoziale o pubblicistica?", in *Il Fallim.*, n. 9/2008, pag. 991 e segg.; L. Boggio, "Piani di risanamento attestati: la scelta del professionista tra autonomia privata e "aiuto" giudiziale", in *Dir. Fall.*, 1, 2010, II, pag. 126 ed ivi gli autori richiamati alla nota 2. Contra L. Stanghellini, *op. loc. ult. cit.*

ristrutturazione di cui all'art. 182-bis, al fine di offrire un'utile guida all'imprenditore che intenda risanare la propria azienda.⁷

Piani attestati e accordi di ristrutturazione: peculiarità e differenze

Nelle *tabelle 1 e 2* abbiamo cercato di sintetizzare gli *iter* procedurali dei P.a.r. ex art. 67, terzo comma, lett. d), L.F., nonché degli A.d.r. ex art. 182-bis L.F., ma soprattutto di evidenziarne peculiarità e differenze.

Come si noterà, gli elementi di incertezza sussistono, essendo istituti troppo nuovi perché si possa essere formata una giurisprudenza di indirizzo, se non consolidata. Ma indubbiamente, come evidenziato in *tabella 2*, emergono già, e al contrario di quanto si possa pensare, alcune forti peculiarità e differenze tra un istituto e l'altro, su cui bisogna riflettere e di cui, rispetto a quelle più salienti, cercheremo di dare conto nel prosieguo.

I piani attestati di risanamento ex art. 67, comma 3, L.F.

È bene anzitutto chiarire che il piano attestato di risanamento, ex art. 67, terzo comma, lett. d), L.F., a differenza di quanto comunemente si ritiene, non offre quella certezza di esenzione dalle azioni revocatorie, poiché la norma, secondo le più ricorrenti prime letture,⁸ non sancisce l'esenzione dalla revocatoria automaticamente per il semplice fatto che sussista un piano la cui ragionevolezza risulti attestata dal professionista nominato dal debitore, essendo sempre invece possibile una verifica giudiziale

Tabella 1 – **ITER PROCEDIMENTALE E CONFRONTO DI UN P.A.R. EX ART. 67, TERZO COMMA, LETT. D), L.F. E DI UN A.D.R. EX ART. 182-BIS L.F.**

| P.a.r. ex art. 67, terzo comma, lett. d), L.F. | A.d.r. ex art. 182-bis L.F. |
|---|--|
| 1. Sul presupposto di essere un imprenditore fallibile che tenda di trovarsi in grave crisi ovvero in una situazione di patologia/squilibrio rispetto all'esposizione debitoria e alla posizione finanziaria, predisporre un piano finanziario e/o industriale che appaia idoneo a risanare tale situazione. | 1. Sul presupposto di essere un imprenditore in stato di crisi, predisporre un piano finanziario e/o industriale che sia previamente condiviso, in uno o separati accordi, da creditori rappresentanti almeno il 60% del monte crediti globale (quindi prelati compresi), piano che dovrà comunque assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei agli accordi. |
| 2. Designare un professionista revisore contabile che abbia i requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b), L.F., secondo alcuni, nonostante il silenzio dell'art. 67 L.F. non si trovi in una delle incompatibilità di cui alla lett. c) dell'art. 28 L.F. Considerato il richiamo sia alla citata lett. b), sia al quarto comma dell'art. 2501-bis cod. civ., nulla dovrebbe impedire che gli esperti siano più di uno. | 2. Designare un esperto come nel caso del P.a.r. ex art. 67, terzo comma L.F. che, previa pregiudiziale verifica della veridicità dei dati contabili/aziendali posti dall'imprenditore a base del piano, ne attesti l'attuabilità con particolare riguardo rispetto al regolare pagamento dei creditori finestrati estranei. |
| 3. L'esperto dovrà attestare, previa pregiudiziale verifica della veridicità dei dati contabili/aziendali posti dall'imprenditore a base del piano, la relativa ragionevolezza rispetto (soprattutto al risanamento dell'esposizione debitoria) al riequilibrio della situazione finanziaria. | 3. Depositare il piano condiviso, unitamente all'attestazione dell'esperto e alla stessa documentazione prevista per il c.p., dinanzi al Tribunale ove ha sede il debitore (oltre che pubblicarlo presso il registro delle imprese) al fine di richiederne l'omologa. |
| 4. Per potersi invocare esenzione da revocatoria in caso di successivo fallimento, P.a.r. e relazione dell'esperto dovranno avere data certa. | 4. Entro il termine di 30 giorni dalla pubblicazione dovranno essere formulate le eventuali opposizioni dei creditori e degli altri interessati (per esempio, un fideliussore). Trascorso tale termine, il Tribunale si pronuncerà sull'omologa con decreto soggetto a reclamo dinanzi alla Corte d'Appello entro 15 giorni dall'avvenuta pubblicazione nel registro delle imprese. Secondo alcuni, avverso la decisione della Corte d'Appello può proporsi ricorso in Cassazione. |

le del piano stesso nell'eventuale successiva sede fallimentare. Infatti la norma afferma che la revocatoria non può invocarsi a condizione che «gli atti risultino posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo [n.d.A.: "appaia idoneo" a chi, se non

al giudice in sede di revocatoria ex artt. 66 e 67 L.F., allorché il curatore sostenga pregiudizialmente l'indoneità del piano?] a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria».

Tabella 2 – **PECULIARITÀ E DIFFERENZE TRA P.A.R. EX ART. 67, TERZO COMMA, LETT. D), L.F. E A.D.R. EX ART. 182-BIS L.F.**

| P.a.r. ex art. 67, terzo comma, lett. d), L.F. | A.d.r. ex art. 182-bis L.F. |
|---|--|
| - Previo controllo giudiziale: no. | - Previo controllo giudiziale: si. |
| - Necessità di un previo o successivo accordo con creditori: no. | - Necessità di un previo accordo con creditori: si. |
| - Pubblicità: no. | - Pubblicità: si. |
| - Blocco azioni esecutive cautelari: no. | - Blocco azioni esecutive e cautelari: si. |
| - Obbligatorietà P.a.r. per creditori: no. | - Obbligatorietà A.d.r. per creditori firmatari: si. |
| - Possibilità di dichiarare il fallimento durante la predisposizione del P.a.r.: si. | - Possibilità di dichiarare il fallimento senza il previo contestuale esame della domanda di omologa di A.d.r. intervenuta nelle more: no. |
| - Possibilità di dichiarare il fallimento durante la regolare esecuzione del piano: si. | - Possibilità di dichiarare fallimento rispetto ai crediti ricompresi nel piano omologato e in corso di regolare esecuzione: no. |
| - Opportunità dell'individuazione nel P.a.r. dei relativi atti e negozi attuativi: si. | - Opportunità dell'individuazione negli A.d.r. dei relativi atti e negozi attuativi: si. |
| - Certezza dell'esenzione da revocatorie ex artt. 2901 cod. civ. ovvero 66 e 67 L.F.: no. | - Certezza dell'esenzione da revocatorie ex artt. 2901 cod. civ. ovvero 66 e 67 L.F.: si. |
| - Prededucibilità per crediti sorti in caso di successivo fallimento: no. | - Prededucibilità per crediti sorti in caso di successivo fallimento: sostenibile. |
| - Fruibilità benefici ex artt. 86 e 88 TUIR: no. | - Fruibilità benefici ex artt. 86 e 88 TUIR: no. |
| - Irrilevanza ai fini IRAP della sopravvenienza attiva da stralcio del debito: si. | - Irrilevanza ai fini IRAP della sopravvenienza attiva da stralcio del debito: si. |
| - Non punibilità penale in caso di successivo fallimento qualora il P.a.r. con valutazione ex ante continuasse ad apparire idoneo: probabile. | - Non punibilità penale in caso di successivo fallimento rispetto a comportamenti/atti inerenti a un A.d.r. omologato: si. |
| - Utilizzabilità anche con finalità meramente liquidatorie: no. | - Utilizzabilità anche con finalità meramente liquidatorie: si. |

È quindi evidente che, a differenza di quanto accade in caso di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione omologato (si veda la lett. e) dell'art. 67, terzo comma, L.F.),⁹ il piano attestato di risanamento potrà sempre – come appunto accennato – essere soggetto a valutazione giudiziale in ordine alla relativa idoneità, qualora si verifichi poi il fallimento dell'impresa.

Ma non solo: ove anche il piano attestato sia idoneo, qualunque creditore, e prima ancora che insorga il fallimento della società, potrà iniziare un'azione esecutiva come una revocatoria ordinaria sugli atti posti in esecuzione del piano, difettando, nel caso dei piani attestati di risanamento, quel blocco delle azioni cautelari ed esecutive individuali (cui viene assimilata l'azione revocatoria ordinaria, mirando finalmente all'espropriazione forzata del bene ex art. 2902 cod. civ.), previsto invece nel caso delle procedure ex art. 160 ovvero 182-bis L.F. E le considerazioni suddette non sono certo di poco conto, se si pensa che, oltre alla mancata assoluta tutela (idoneità o meno del piano) di cui si è testé detto rispetto al mancato blocco dalle azioni cautelari, esecutive e revocatorie ordinarie, allorché il fallimento dovesse venire dichiarato, risulterà sostanzialmente *in re ipsa* l'inidoneità del piano, nonostante il relativo giudizio sia da effettuare con una valutazione *ex ante* e non *ex post*.

Con la conseguenza che gli atti, i pagamenti e le garanzie concessi sui beni del debitore perderanno quella stabilità che invece concordato e accordi di ristrutturazione, proprio perché subiscono il previo vaglio giudiziale, continuano a mantenere anche in caso di successivo fallimento.

Questo rischio non è temporalmente limitato ai sei mesi ovvero all'anno di cui agli atti richiamati dall'art. 67, primo e secondo comma, L.F., ma pone un problema di stabilità anche per gli atti compiuti

⁹Norma che inequivocabilmente afferma che non sono soggetti all'azione revocatoria «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché dell'accordo omologato, ai sensi dell'art. 182-bis».

¹⁰Tra l'altro con la pregiudiziale considerazione che, da parte di alcuni, si ritiene che, in caso di fallimento, l'esenzione della revocatoria di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), L.F. neppure si applichi ai casi di revocatoria ex artt. 66 L.F./2901 cod. civ.; cfr. sul punto L. Boggio, «Piani di risanamento attestati», *op. ult. cit.*, nota 2.

¹¹Che ben potrà essere accolta qualora il tribunale ritenga che il piano presentato non sia idoneo a risanare l'impresa, a differenza invece di quanto accadrà nel caso di istanza di fallimento presentata *post* accordo di ristrutturazione omologato (ovviamente salvo che il creditore non dimostri che il piano del debitore non risulti attuato così come omologato, oppure si tratti di un nuovo creditore impagato che dimostri sussistere comunque l'insolvenza del debitore).

ti in esecuzione del piano negli ultimi cinque anni, vista la possibilità che gli stessi siano contestati ex artt. 2901 cod. civ. e/o 66 L.F.¹⁰

Ecco quindi che i piani attestati di risanamento devono proporsi in quelle situazioni in cui la crisi può considerarsi sotto controllo (o comunque superarsi) con ragionevole certezza e quindi non vi sia il rischio di situazioni di *default* in qualche modo non solo prevedibili, ma anche solo possibili. Ciò anche perché, non essendo il piano attestato un accordo con i creditori (preventivo o successivo che sia, a differenza di quanto avviene rispettivamente negli accordi ex art. 182-bis L.F. e nel concordato preventivo), qualunque creditore, oltre a potere iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari, potrà presentare un'istanza di fallimento, non ritenendo il piano idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria.¹¹

D'altra parte i piani attestati di risanamento non offrono neppure quella possibilità di pre-deduzione, in caso di successivo fallimento, dei crediti sorti in esecuzione del piano stesso che, pur non essendo un "super-privilegio" in sé, è comunque un forte *appeal* allorché il debitore voglia fare richiesta di nuova finanza alla propria banca. Infatti, come chiaramente disciplina l'art. 111, secondo comma, L.F., solamente i crediti sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali fruiscono di tale importante beneficio.

E certo non è una procedura concorsuale il piano attestato di risanamento auto-predisposto dall'imprenditore, senza alcun previo o successivo accordo con la maggioranza dei propri creditori, come invece accade negli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F. nonché nel concordato preventivo ex art. 160 L.F.

Da quanto sopra esposto emerge, pertanto, che i piani attestati di risanamento non offrono una soluzione tranquillizzante allorché la situazione di squilibrio finanziario e di esposizione debitoria sia tale da non fare ritenere ragionevolmente certo che il piano vada a buon fine, poiché, come visto, gli atti, i pagamenti e le garanzie previsti in esecuzione del piano potranno comunque venire contestati e non solo in sede fallimentare, ma anche in sede ordinaria¹² e quindi non limitatamente agli atti compiuti negli ultimi sei mesi/un anno di cui all'art. 67, primo e secondo comma, L.F., ma anche rispetto a quelli compiuti nel corso del quinquennio di cui all'art. 2901 cod. civ. e/o all'art. 66 L.F., ove le modalità attuative del piano si snodino rispetto a un arco temporale relativamente ampio.¹³

D'altra parte un'attenta valutazione si impone anche per l'esperto attestatore dei dati aziendali e del piano, il quale solo così potrà evitare di esporre a rischi di responsabilità.¹⁴

Rischi di responsabilità che, prima ancora e con maggiore rigore, potendo avere anche una ricaduta di carattere penale,¹⁵ dovranno essere valutati dall'imprenditore, nonché dalle banche, queste ultime nella misura in cui vadano a offrire incautamente nuova finanza rispetto a piani che non risultino poi idonei in caso di successivo fallimento (e comunque rammentando sempre che un qualunque creditore, anche in caso di mancato fallimento e di idoneità del piano, ben potrà "attaccare" con revocatoria ordinaria, per esempio, una garanzia ipotecaria offerta dal debitore

alla banca in esecuzione del piano attestato di risanamento).

In sintesi, lo strumento richiede un'attenta valutazione in sede di attivazione: tutti gli attori coinvolti devono avere la ragionevole certezza che non si sia in presenza di una crisi di *business*, ma solo di liquidità; che ci si trovi di fronte a uno scompenso momentaneo, per cui l'accordo che dovesse prevedere la rateizzazione del debito sarebbe già sufficiente, in considerazione delle condizioni attuali del *business*, a garantire la continuità aziendale. Merita comunque chiedersi da che cosa questa carenza temporanea di liquidità derivi, per evitare la possibilità, nel corso dell'applicazione del piano, di riproporsi. Troppo spesso si confondono le cause della crisi, leggendo solo come finanziarie crisi che invece afferiscono al *business* e/o all'organizzazione. In questo caso gli elementi finanziari non sono le cause, ma gli effetti di carenze ben più gravi, in cui lo strumento in questione non solo appare inidoneo, ma addirittura pericoloso, se non altro per l'inadeguatezza ai fini delle garanzie e per il tempo che fa perdere rispetto a individuare immediatamente le soluzioni più proprie.

Merita infine ricordare come sia uno strumento che interviene esclusivamente su una cerchia ristretta di creditori e che lascia gli altri sostanzialmente liberi di agire. In questo ambito lo strumento, più che essere adottato "spontaneamente" dalle imprese, è stato più volte sollecitato dalle banche, molto concentrate sulle loro singole posizioni che spesso rappresentano la grande parte del debito.

¹²In tale ottica, tra l'altro, appare molto importante indicare, nel modo più preciso possibile, i negozi attuativi del piano attestato di risanamento – come degli accordi ex art. 182-bis L.F. – affinché sia possibile sempre individuarli con esattezza, qualora, in caso di fallimento, sorgano contestazioni sull'idoneità del piano e quindi sulla stabilità degli stessi. Cfr. in argomento le lucide note di G. Verna, «Contenuti del piano di risanamento e della relativa attestazione», in *Dir. Fall.* n. 1/2010, I, pag. 129 e segg., nonché il par. 3.2 delle citate *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*.

¹³Si vedano in argomento le interessanti raccomandazioni di cui al punto 5 delle *Linee-guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, cit.

¹⁴Solo civilistiche; dubitiamo fortemente che si possa ipotizzare una responsabilità anche penale, essendo l'esperto non un ausiliario del giudice ex art. 64 cod. proc. civ., bensì un designato a diretta cura dell'imprenditore, come ormai appare pacifico alla luce della pressoché unanime giurisprudenza: cfr. Trib. Milano 10 marzo 2009, in *Dir. Fall.*, n. 1/2010, II, pag. 125; Trib. Mantova 31 marzo 2009, *ivi*, pag. 126; Trib. Bologna 15 aprile 2009, *ivi*, pag. 127; Trib. Treviso 20 aprile 2009, *ivi*, pag. 128. Decisioni tutte diffusamente commentate da L. Boggio, *Piani di risanamento attestati*, op. cit.; sullo specifico argomento delle responsabilità penali, cfr. par. 7, pag. 147 e la nota 8,3, pagg. 149-150.

¹⁵Infatti, se è pur vero che, qualora il piano risulti idoneo e poi il fallimento intervenga per altre cause, bisognerà senz'altro escludere responsabilità penali per l'imprenditore, come per la banca che abbia dato nuova finanza, diversa è l'ipotesi in cui, ferma in ogni caso la valutazione dell'elemento soggettivo, il fallimento viene a verificarsi perché il piano è risultato inidoneo. La tematica è comunque estremamente complessa e di non facile soluzione, non avendo il legislatore della novella concorsuale previsto alcun intervento in materia penalistica. Per la completezza dei riferimenti in argomento si rinvia alla nota 3 del contributo di L. Boggio, *Piani di risanamento attestati*, op. loc. ult. cit., nonché alla nota 5 di quello di G. Verna, *Contenuti del piano di risanamento*, cit., pag. 131.

Il piano attestato di risanamento, per essere utile, deve essere quindi uno "strumento consapevolmente attivo" e non passivo, nel senso che deve essere promosso consapevolmente dalla azienda e non indotto da terzi, che intervenga in situazioni di temporanea difficoltà di liquidità, difficoltà prodotta da situazioni non replicabili nel futuro.

Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F.

Comprese le cause della crisi, si dovrà quindi capire se risulti più prudente percorrere la via degli accordi di ristrutturazione ex art. 182 bis L.F., nei quali le caratteristiche del piano e l'approccio dell'esperto¹⁶ mutano rispetto a quanto visto negli accordi di risanamento, perché intervengono in situazioni di maggiore difficoltà e devono essere maggiormente articolati e insistere bene sulle condizioni di discontinuità di *business* e gestionali che si intendano adottare per recuperare l'equilibrio gestionale e finanziario perduto nella fase di crisi. Negli accordi di risanamento si potranno trovare *financial plan* nei quali le condizioni di continuità già assicurino la ripresa, mentre negli accordi di ristrutturazione si dovranno presentare dei *business plan* in cui si ponga l'accento sulle mutate condizioni di *business* e del modo di farlo.

Dovrebbe guardarsi con maggior apertura agli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F. Infatti è procedura che, una volta giudizialmente omologata, fa conseguire senz'altro l'esenzione

dalla revocatoria fallimentare ex art. 67, terzo comma, lett. e), L.F. Ma anche l'esenzione dalla revocatoria ordinaria, non essendo neppure immaginabile che l'ordinamento, da una parte, autorizzi prima giudizialmente l'esecuzione di un atto e, dall'altra, ne consenta poi la revoca.¹⁷

Non solo: come visto, gli accordi ex art. 182-bis L.F., prima ancora di essere omologati, permettono il blocco, pur se temporalmente limitato, di azioni cautelari ed esecutive (e quindi, come abbiamo già visto, anche di quelle revocatorie ordinarie) e probabilmente anche delle procedure fallimentari che qualche creditore, ove anche estraneo all'accordo, intendesse proporre.¹⁸

Inoltre, con gli accordi di ristrutturazione può ipotizzarsi, in caso di successivo fallimento, che i crediti possano godere della prededuzione ex art. 111, secondo comma, L.F., considerata la natura di procedura concorsuale dell'istituto *de quo*: al riguardo si pensi che, oltre il preventivo controllo giudiziale, sussiste quel citato blocco delle azioni esecutive e cautelari tipico in modo immanente solo delle procedure concorsuali.

Se poi a tutto quanto sopra si aggiunge che la sfera del rischio penale viene sostanzialmente azzerata nel caso di accordo omologato, ecco allora che gli accordi di ristrutturazione sembrano via da preferirsi rispetto ai piani attestati di risanamento.

Nella prassi il timore di ricorrere agli accordi di ristrutturazione spesso è rinvenuto nel fatto

che, a differenza dei piani di risanamento, gli accordi di ristrutturazione necessitano comunque di un previo confronto giudiziale. Ma va subito detto che si tratta di un confronto giudiziale tanto snello quanto non invasivo, considerato che, senza alcuna fase di ammissibilità e di controllo del commissario prima e del liquidatore giudiziale dopo, poggia essenzialmente sull'eventuale opposizione dei creditori ovvero degli altri interessati (per esempio, il fideiussore del debitore che, in difetto di qualche rinvio effettuato dall'art. 182-bis L.F. all'art. 184 L.F., potrebbe avere interesse a contestare, anche alla luce dell'art. 1955 cod. civ., le eventuali considerazioni che in punto di permanenza dell'obbligo fideiussorio fossero state effettuate tra debitore e creditori all'interno dell'accordo posto all'omologa).¹⁹

Inoltre è procedura dai costi più marginali rispetto all'altra procedura concorsuale di concordato preventivo, visto che non sconta il comunque significativo onere delle cosiddette "spese di giustizia" di cui all'art. 163, n. 4, L.F.

Va anche evidenziato che, a differenza che nei piani attestati di risanamento, con gli accordi di ristrutturazione risulterà possibile inserire delle soluzioni negoziate con gli uffici erariali e contributivi anche alla luce del novellato ex art. 182-ter, quantunque la prassi stia dimostrando che l'approccio di tali uffici è ancora poco incline a valutare positivamente soluzioni che vadano a incidere significativamente in termini percentuali sul *quantum* dovuto, ove anche la relazione dell'esperto evidenzi che, in sede fallimentare, le somme ricavabili potrebbero essere sensibilmente inferiori.

Senz'altro l'handicap principale degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F. (come, d'altra parte, dei piani attestati di risanamento) è dato dall'indifferenza dimostrata dal legislatore rispetto alle

relative *ricadute fiscali*, se è vero, come è vero, che non si è ritenuto di estendere a tale procedura i benefici previsti invece agli artt. 86 e 88 del TUIR nel caso di concordato preventivo e di concordato fallimentare. Quindi, qualora con l'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F. si miri a ridurre alcuni dei debiti sussistenti nei confronti di alcuni creditori, tale stralcio rappresenterà sempre una sopravvenienza attiva. Così come, ove l'accordo consisterà nella cessione dei beni ai creditori, l'eventuale realizzo di plusvalenze risulterà tassato.

In conclusione ci pare di poter dire – sperando ovviamente di essere pessimi oracoli – che qualche piano attestato di risanamento riserverà delle brutte sorprese, che ben si sarebbero potute evitare ricorrendo agli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis L.F., istituito forse fino a oggi troppo ingenerosamente considerato nella prassi come un inutile doppione, quando dei piani di risanamento e quando dello stesso concordato preventivo. Oggi l'alternativa a questa procedura è la speranza, solo la speranza che la situazione riesca a essere risanata senza portarla a conoscenza di terzi in modo ufficiale, ma la conclusione a cui spesso si arriva è una procedura di vera discontinuità come il concordato preventivo liquidatorio e anche il fallimento.

Insomma gli accordi di ristrutturazione sono uno strumento ancora non utilizzato per le sue potenzialità, che interviene in un contesto di un'azienda che voglia e possa agire in condizioni di continuità gestionale (cosa che anche con il concordato preventivo diventa oggettivamente difficile), ma che si trovi in una difficoltà non solo finanziaria. In questo ambito dovranno essere assunte decisioni importanti che riguardano il *business* e/o il modo di farlo e da queste deriveranno conseguenze finanziarie che permetteranno di superare l'attuale stato di cose senza staccare mai la "presa con il mercato".

¹⁶Quando invece l'opposizione non sussiste, il giudice dovrà limitarsi a valutare l'attuabilità dell'accordo sulla base dell'attestazione del professionista. Cfr. in argomento la richiamata pronuncia del Trib. Milano 10 novembre 2009. Quanto ai possibili soggetti legittimati all'opposizione si veda M. Fabiani, "Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali, op. ult. cit., pag. 212, secondo cui il P.M. non può proporre opposizione all'omologa, né può porsi un'ipotesi di intervento obbligatorio, pur essendo comunque sempre ammissibile l'intervento facoltativo in caso di valutazione del "pubblico interesse", pur se come «interveniante adesivo dipendente, con conseguente limitazione sul piano delle domande a quelle introdotte dalle parti principali».