

CONVEGNO 29 NOVEMBRE 2019

LE MISURE PREMIALI IN FAVORE DELL'IMPRENDITORE VIRTUOSO

§§§

Una breve introduzione

➤ In Italia il fallimento è stato governato per parecchi decenni dal regio decreto n. 267 del 16 marzo 1942, ideato in un periodo in cui la proprietà terriera e le attività agricole erano le principali occupazioni e le imprese commerciali erano piuttosto rare; in tale contesto il fallimento assumeva un'accezione negativa, in quanto era considerato un'offesa all'economia e le procedure concorsuali costituivano l'unico rimedio per soddisfare i creditori e punire i soggetti insolventi.

Nei decenni successivi, questo sistema ha mostrato dei punti deboli, a causa della sua inadeguatezza in quanto fondato su un sistema punitivo nei confronti del debitore (sino a spossare lo stesso del suo patrimonio di cui pertanto non poteva più disporre), quindi l'esigenza di una riforma si è resa indifferibile.

Le recenti modifiche tendono a lasciare spazio all'autonomia delle parti per la risoluzione delle situazioni di crisi aziendale, permettendo soluzioni negoziali in quanto la crisi generalmente non è mai riconducibile ad una singola causa ma alla combinazione di più fattori che interagiscono tra loro e che possono produrre una molteplicità di effetti, come anche un non corretto impiego dei fattori produttivi.

I motivi possono poi essere diversi: i più ricorrenti sono riconducibili ad una obsolescenza tecnologica degli impianti produttivi, ad un'organizzazione del personale inadeguata o ad una sua inadeguata formazione, al sostenimento di spese per la produzione eccessivamente alte, a problemi di ordine logistico, a crisi di passaggio generazionale.

In questo contesto è emersa l'improcrastinabile necessità di prevedere e prevenire il fenomeno della crisi d'impresa ed il Governo – con la L. 19 ottobre 2017 n.155 – è stato delegato ad adottare entro 12 mesi dalla data di entrata in vigore della stessa legge, uno o più decreti legislativi per la riforma organica delle procedure concorsuali e della disciplina sulla composizione della crisi da sovraindebitamento, nonché per la revisione del sistema dei privilegi e delle garanzie. Dopo l'approvazione della legge delega n. 155/2017, il Governo ha quindi istituito la c.d. "seconda Commissione Rordorf" al fine di realizzare un articolato normativo contenente l'attuazione della delega: nasce così, dopo non poche revisioni, il **Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza** (C.C.I.I.) suddiviso in quattro parti con 391 articoli, alcuni dei quali vigenti dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del d. lgs. 14 gennaio 2019.

La sostituzione del termine "fallimento" con la locuzione "liquidazione giudiziale" è quindi solo la punta dell'iceberg del cambiamento culturale che il nuovo approccio normativo mira in parte a fotografare ed in parte a promuovere; l'abbandono di tale espressione in conformità ad una tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti di civil law tra cui Francia, Germania e Spagna è un'innovazione importante poiché – come si legge nella relazione Commissione Rordorf *"un nuovo approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa, da prevenire e eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare"*.

Si quindi è passati dallo stigma penalmente sanzionato del debitore inadempiente fino ai più recenti strumenti di risoluzione della crisi debitoria o d'impresa, tese al recupero dell'impresa in crisi e, prima della L.155/2017, nella disciplina prevista dalla L. 3/2012 per la risoluzione della crisi da sovraindebitamento dei debitori non soggetti a fallimento (Art. 1 L. 3/2012: non sono soggetti alla dichiarazione di fallimento i piccoli imprenditori, sulla base di criteri dettati da tale disciplina secondo cui un soggetto può qualificarsi non fallibile nel caso di 1) investimenti effettuati per un capitale non superiore ad euro 300.000; 2) ricavi lordi, calcolati sulla base

degli ultimi tre anni, per un ammontare complessivo annuo non superiore a euro 200.000. La definizione vale non solo per gli imprenditori individuali ma anche per le società).

➤ **Obiettivo che la nuova legge si propone è l'emersione anticipata della crisi (fil-rouge) quindi il pieno superamento della stessa.**

A tale fine il legislatore ha previsto l'integrazione del sistema delle ***misure di allerta (artt. 12 e ss.)***, basate sulle segnalazioni degli organi di controllo interno e dei creditori pubblici qualificati, con un sistema di **MISURE PREMIALI a favore degli imprenditori che di propria iniziativa presentino tempestivamente istanza di composizione assistita della crisi all'OCRI** disciplinato al Capo II del Titolo II (organismo di composizione della crisi d'impresa che ha il compito di ricevere le segnalazioni e gestire la fase di allerta, nonché il procedimento di composizione assistita della crisi per le imprese diverse dalle imprese minori – art. 16 d.lvso 10/01/2009).

Pertanto, quale contraltare "*premiale*" per la tempestiva emersione dello stato di crisi, oltre alla "*congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa*", sono previste misure di natura personale e di rilievo penalistico, tese ad incidere sul trattamento sanzionatorio delle eventuali fattispecie criminose comunque perseguite o perseguibili.

Il Capo IV del Titolo II individua una serie di misure premiali di natura personale o patrimoniale (ex art. 25) che hanno quale presupposto comune il tempestivo e positivo accesso a tali procedure (ex art. 24).

E' bene evidenziare come il complessivo **sistema di misure premiali venga completato da altre disposizioni talvolta sovrapponibili a quelle in commento anche rivolte a terzi, ad esempio** l'articolo 14, comma 3 **esclude** la responsabilità solidale degli organi di controllo che segnalino tempestivamente all'organo amministrativo *fondati indizi della crisi e in assenza di adeguata risposta o in caso di mancata adozione delle misure necessarie per superare la crisi, rivolgano la segnalazione all'Ocri.*

PRESUPPOSTO COMUNE: LA TEMPESTIVITA'

L'art. 24 definisce il presupposto della tempestività dell'iniziativa individuando, **a contrario**, i casi in cui l'iniziativa deve ritenersi tardiva e vengono selezionati come indicatori di crisi (art. 13) più significativi i ritardi per periodi specificati nella norma nei pagamenti di retribuzioni e debiti verso fornitori nonché il superamento degli indici di bilancio elaborati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili. Quindi, l'iniziativa del debitore non è considerata tempestiva se egli propone una domanda di accesso ad una delle procedure regolate dal presente codice oltre il termine di **6 mesi** ovvero entro il termine di **3 mesi** in caso di istanza ex art. 19 (*composizione assistita della crisi*) decorrenti da quando si verifichi, alternativamente, una delle seguenti diverse circostanze:

- *l'esistenza di debiti per salari e stipendi scaduti da almeno sessanta giorni, per un ammontare pari ad oltre la metà del monte salari complessivo;*
- *l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni, per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti*

LA CUMULABILITA' DELLE MISURE PREMIALI

Le misure premiali di natura prettamente concorsuale e tributaria **possono cumularsi** per espressa previsione legale. Ciò non implica solo l'applicazione di misure qualitativamente differenti, ma anche un cumulo quantitativo: per esempio, gli interessi su debiti tributari che scontano la riduzione di cui alla lett. a) per la parte maturata nel periodo della procedura di composizione della crisi, potranno essere dimezzati nella successiva procedura di regolazione crisi, in altri termini quanto maturato per il tempo della procedura di composizione della crisi si ridurrà alla metà dell'interesse calcolato secondo la misura legale.

➤ Vediamo ora le singole fattispecie previste dall'art. 25 del Codice.

Misure premiali di natura fiscale

E' bene ricordare che il cuore delle misure tributarie che si leggono nel Codice è rappresentato dalle norme che prevedono **a) l'omologazione degli accordi di ristrutturazione anche senza l'assenso del Fisco (art. 48 comma 5); b) la transazione fiscale che il debitore può proporre nelle trattative che precedono i "nuovi" accordi di ristrutturazione (ex art. 63) e**

c) **il trattamento riservato ai crediti tributari e contributivi nel contesto del piano di concordato** (art. 88).

Queste previsioni costituiscono di fatto una rivisitazione alla luce dei più recenti arresti giurisprudenziali, degli assetti sottesi alla vecchia transazione fiscale, oggi ancora disciplinata dall'art. 182 l.f..

In tal senso la riforma propone delle soluzioni che assicurano certamente la possibilità di superare alcune criticità applicative dell'istituto e, in particolare: a) da un lato quelle collegate alla tipica ritrosia degli Uffici nell'apprezzare la convenienza dell'accordo proposto e b) dall'altro lato quelle relative ai tempi solitamente lunghi e poco compatibili con la tempestività che simili interventi impongono.

E' infatti ora stabilito (art. 63) che il debitore può (e non deve) proporre una transazione fiscale in sede di accordo di ristrutturazione sia esso standard (art. 57), agevolato (art. 60) o esteso (art. 61). Si renderà sempre necessaria anche in tale caso l'attestazione di un professionista indipendente relativamente ai crediti fiscali e previdenziali: la relazione suddetta deve riguardare specificatamente la convenienza del trattamento proposto rispetto alla liquidazione giudiziale; tale circostanza costituisce oggetto di specifica valutazione da parte del Tribunale.

Transazione che dovrà essere valutata nel termine (che leggendo la norma deve considerarsi perentorio) di 60 gg.. Qualora entro tale termine l'Amministrazione finanziaria resti inerte, o anche quando opponga un espresso rifiuto, l'accordo potrà essere comunque omologato ex [articolo 48, comma 5](#), quando:

- l'adesione risulta decisiva ai fini del raggiungimento della percentuale del 60% (accordo standard) e del 30% (accordo agevolato),
- la proposta di soddisfacimento dell'amministrazione finanziaria è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria, in base alla **relazione del professionista indipendente.**

Le novità introdotte in questo articolo sono rappresentate- come viene anche specificato nella relazione illustrativa al decreto – dalla valutazione di convenienza oggetto dell'attestazione e

del giudizio del tribunale che non è più riferita genericamente alle alternative concretamente praticabili ma specificatamente alla liquidazione giudiziale, nonché dalla previsione di un termine di 60 giorni entro il quale le amministrazioni devono esprimere la propria adesione.

Coerente con le soluzioni normative ed interpretative della riforma è poi la **disposizione di cui all'art. 88** che prevede la possibilità di decurtare, con il piano di concordato, tutti i crediti tributari ovviamente nel rispetto di un trattamento non peggiore a quelli pari-ordinati e di nuovo con la necessità di un'apposita evidenza da parte dell'attestatore della convenienza di tale soluzione rispetto a quella irreversibile della liquidazione giudiziale.

Le misure premiali di natura fiscale consistono sostanzialmente nella riduzione di **interessi e sanzioni**. Sono rimasti esclusi da questa misura i **debiti previdenziali**.

In via preliminare occorre ricordare come gli interessi e le sanzioni tributarie siano crediti assistiti dal medesimo privilegio che assiste il tributo o l'imposta cui afferiscono ex art. 2749 c.c..

Esse consistono in una riduzione dell'entità del debito e non in una esclusione del privilegio che assiste il relativo credito erariale.

Si tratta quindi di crediti che, secondo le ordinarie regole del concorso, dovrebbero essere almeno per la parte assistita dal privilegio, soddisfatti prioritariamente rispetto a crediti di rango inferiore e, in caso di accordo di ristrutturazione del debito e concordato preventivo, per intero.

La *lettera a)* prevede la riduzione alla misura legale degli interessi che maturano sui debiti fiscali dell'impresa durante la procedura di composizione assistita della crisi e sino alla sua conclusione (quindi una riduzione del tasso di interesse applicato dal 3,5% - Dm 21/05/2009 allo 0,8% annuo – saggio legale ai sensi del Dm 12/12/2018); la *lettera b)* prevede la riduzione alla misura minima delle sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione (*dove con l'espressione comunicazione si intendono non solo le comunicazioni definite tali dal legislatore quali quelle di irregolarità ma concerne anche gli atti di accertamento*) dell'ufficio che le irroga, quando il termine per il pagamento scade dopo la presentazione dell'istanza all'OCRI per la

ricerca di una soluzione concordata della crisi ex art. 19 l co; *la lettera c)* prevede una ulteriore riduzione del 50% sia di sanzioni sia di interessi (tutti, non solo quelli maturati in corso di precedente procedura di composizione assistita) sui debiti tributari già oggetto della procedura di composizione assistita della crisi in caso di successiva apertura di una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza. Ne sono esclusi invece i debiti per sanzioni e interessi sorti successivamente alla procedura di composizione assistita.

MISURE PREMIALI DI NATURA PRETTAMENTE CONCORSUALE [lett. d) e e)] **che** consistono nel:

- raddoppio del termine massimo della proroga per il deposito del piano
- riduzione della soglia di soddisfacimento garantita ai chirografari per beneficiare dell'esclusione delle proposte concorrenti nel concordato in continuità

Questo gruppo di misure premiali ha lo scopo di agevolare o tutelare l'imprenditore nell'iter per raggiungere soluzioni concordate:

- da una parte, consentono al tribunale di concedere più tempo all'imprenditore per predisporre piano concordatario o accordi di ristrutturazione
- dall'altra parte, "proteggendolo" maggiormente da proposte concorrenti (in altri termini, limitando la contendibilità della proposta principale)

Quanto alla prima misura in esame si può cogliere come il legislatore abbia inasprito il nuovo iter procedurale rispetto al regime previgente. La l.f. prevede infatti un termine tra i 60 ed i 120 gg. per la presentazione del piano concordatario o per l'accordo di ristrutturazione a seguito del deposito di un ricorso ex art. 161 comma 6 l.f. (il cd. Concordato prenotativo o in bianco) e tale termine può essere esteso dal tribunale di non oltre 60 gg. Il Codice della crisi invece all'art. 44 comma 1 lett. A) prevede che a fronte di una domanda del debitore di accedere ad

una procedura di regolazione concordata, il tribunale conceda un termine molto più breve, tra i 30 e 60 gg. per depositare la proposta di concordato preventivo con il piano o gli accordi di ristrutturazione. Detto termine può essere esteso per ulteriori 60 gg.

In questo contesto si inserisce la misura premiale che raddoppia la predetta possibile estensione portandola da 60 a 120 gg.. **Va da sé che pur classificando il raddoppio del termine come misura premiale, il legislatore ha voluto stringere le maglie del concordato in bianco e premiare non tanto la tempestività quanto sanzionare l'intempestività.**

Condizione per l'incremento del termine astrattamente assegnabile dal tribunale è la mancata segnalazione da parte dell'OCRI al pubblico ministero della notizia di insolvenza ai sensi dell'art. 22 Codice della crisi.

La seconda misura rappresenta un incentivo rispetto al regime delle proposte concorrenti dettato dalla legge fall. ex art. 163 comma 5 sostanzialmente mantenuto dall'art. 90 comma 5 codice della crisi: l'ammissibilità di proposte concorrenti è esclusa qualora sia attestato dal professionista incaricato un soddisfacimento del ceto creditorio almeno pari al 30% in base alla proposta principale. La misura in esame introduce una riduzione di tale soglia al 20%.

MISURE PREMIALI DI NATURA PENALE ex art. 25

Sul versante del diritto penale sostanziale, pur nella dichiarata continuità normativa fra le fattispecie, la novità di maggior rilievo introdotta dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza è costituita dalla previsione di misure premiali in favore dell'imprenditore che abbia tempestivamente:

- i) proposto l'istanza di composizione assistita della crisi;
- ii) chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione;
- iii) proposto un concordato preventivo o un ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Segnatamente, le misure sono state delineate nella duplice forma della previsione di una **nuova causa di non punibilità e di una circostanza attenuante ad effetto speciale.**

Causa di non punibilità

L'introduzione di misure premiali anche a livello penale riflette ancora una volta lo scopo che anima la riforma, ovvero quello di far emergere tempestivamente la crisi di impresa al fine di consentire alle realtà sì in crisi finanziaria, ma ancora "sane", di evitare l'insolvenza.

In questo specifico contesto, dunque, l'art. 25 stabilisce che **quando, nei reati** di cui agli articoli 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 e 341, comma 2, lettere a) e b), limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura, **il danno cagionato è di speciale tenuità, non è punibile chi ha tempestivamente presentato l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice** se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti.

Rappresenta questa un'ipotesi speciale rispetto a quella prevista dall'art. 131 bis c.p. (l comma recita: **Nei reati per i quali è prevista la pena detentiva non superiore nel massimo a cinque anni, ovvero la pena pecuniaria, sola o congiunta alla predetta pena, la punibilità è esclusa quando, per le modalità della condotta e per l'esiguità del danno o del pericolo, valutate ai sensi dell'articolo 133, primo comma, l'offesa è di particolare tenuità e il comportamento risulta non abituale**)

Tale ipotesi – ragionevolmente limitata ai fatti pregressi all'apertura della procedura, nella parte in cui è ancorata alla speciale tenuità del danno potrebbe, però, risultare non solo di difficile applicazione stante la genericità del parametro evocato, ma parrebbe stridere vistosamente con la natura di reato di pericolo propria dei reati di bancarotta fraudolenta.

A maggior ragione, se si prende in considerazione la ricostruzione operata nella stessa Relazione illustrativa, che sembra ricondurre i delitti di bancarotta fraudolenta nel tipo del reato di evento, là dove specifica che **tale causa di non punibilità trova applicazione quando la condotta posta in essere dal debitore abbia effetti depauperativi del patrimonio estremamente modesti e di minimo impatto sul soddisfacimento delle ragioni creditorie,**

e ciò al fine di evitare che anche condotte assai risalenti rispetto all'evento assumano, a seguito dell'apertura della procedura, rilevanza penale.

Criticità: il requisito della speciale tenuità pare però che mal si concili con alcune fattispecie di reato laddove per esempio si preveda che la condotta abbia cagionato il dissesto dell'impresa: il danno in questo caso sarebbe in re ipsa rilevante e quindi non sembra vi siano spazi per ritenere applicabile la causa di esclusione della punibilità. Vi è tuttavia giurisprudenza di legittimità che ha riconosciuto la particolare tenuità anche in reati quali la bancarotta fraudolenta documentale, parametrando per esempio il danno alla impossibilità di esperire azioni risarcitorie e recuperatorie nel corso del successivo fallimento.

Circostanza attenuante ad effetto speciale

Passando ora alla disamina della circostanza attenuante ad effetto speciale, **la norma stabilisce che, fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità, per chi ha presentato l'istanza o la domanda la pena è ridotta fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di 2.000.000 euro.**

Vi è una continuità fra l'ambito applicativo della causa di non punibilità prevista dalla prima parte della disposizione e quello della circostanza di cui all'ultimo periodo della stessa, resa evidente dalla clausola di salvezza che apre la disposizione che ci occupa e quindi una sorta di identità fra i due ambiti di disciplina.

IN CONCLUSIONE,

la riforma mira chiaramente a responsabilizzare l'imprenditore incentivando l'uso di meccanismi alternativi di risoluzione della crisi (ADR),

E' chiaro l'intento strumentale delle "misure premiali" in particolare di rilievo penalistico ma non solo, al fine di indurre l'imprenditore ad attraversare, senza timore di naufragio, il *mare*

agitato della crisi d'impresa, prima che lo *tsunami* dell'insolvenza ne travolga definitivamente le ambizioni di salvataggio.

A mio sommo avviso siamo però di fronte ad un intervento parziale **ove meccanismi di preventiva allerta per la rilevazione (e rivelazione) dello stato di crisi che precede ed anzi preannuncia il possibile stato di insolvenza necessitano di una importante IMPLEMENTAZIONE DEL MONITORAGGIO INTERNO DELL'IMPRESA.**

Il legislatore della riforma sollecita l'imprenditore ad adeguare l'assetto organizzativo dell'impresa al monitoraggio degli indicatori ed indici di crisi, costringendolo nei fatti ad adempiere all'obbligo disposto. Il **co. 2 dell'art. 2086 del cod. civ.** stabilisce che: *“L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.”*

In tale modo mi sembra evidente che il legislatore, da un lato, sia ben consapevole di non potersi attendere istanze autonome di adeguamento (quindi predispone una **rete di istituti tesi a incentivare l'imprenditore e i professionisti chiamati ad assisterlo a riconoscere la rilevanza del nuovo driver della tempestività e a caricarsi dei relativi oneri**) e -dall'altro lato – viene comunque da chiedersi se effettivamente l'impresa italiana in un contesto di estrema esigenza e ricerca di competitività e innanzi a scenari macroeconomici incerti, avrà la forza, il capitale umano e la disponibilità economica per dare seguito all'ennesima richiesta del legislatore di adeguarsi.

Quindi, ci troviamo di fronte a meccanismi che chiamano in gioco evidenti e talvolta gravose sfide organizzative per l'imprenditore, con il rinnovato (e per certi versi innovativo) impiego di specifiche professionalità tecnico-contabili, scommettendo sulla *tempestività* della emersione

della crisi e sulle (comunque incerte) possibilità di soluzione bonaria e concordata con i creditori.

In quest'ottica, siffatte misure potranno quindi essere percepite in due modi assolutamente differenti tra loro ossia :

- come “*ponti per il futuro*” per l'imprenditore (individuale o societario) in difficoltà in quanto mirano ad eliminare ogni sua preoccupazione sulle conseguenze di carattere penale e, quindi, in ultima analisi, a promuovere la corretta applicazione della legge nel superiore interesse del salvataggio dell'impresa. L'esistenza di siffatti “*ponti*” costituirebbe per l'imprenditore (o per l'ente societario) in crisi una ragione in più per attraversare quel *mare agitato* senza timore di bagnarsi, anzi con la prospettiva di uscirne asciutto e pronto a nuove traversate imprenditoriali, a beneficio dell'intero tessuto economico del Paese.

- oppure come un mero “*salvacondotto*” – utile ma non necessario – per il caso di successiva sottoposizione a processo penale in capo all'imprenditore.

Ad una siffatta possibile diversità di vedute è chiaramente sottesa una diversa impostazione culturale nei rapporti tra lo stesso imprenditore e la crisi della propria impresa; il punto di partenza risiede nella percezione dell'utilità e dei reali vantaggi che i sistemi di monitoraggio potranno garantire, innanzitutto, in una gestione dell'impresa *in bonis*.

Gli indici istat ci dicono che vi è un calo dei fallimenti, quindi verosimilmente si sta andando verso la strada giusta, dopodichè in questo sistema fatto di nuove figure professionali, Enti, Organismi, fatto di iniziative, di monitoraggi, di segnalazioni l'imprenditore in difficoltà sarà in grado di gestire il tutto ovvero verrà realmente aiutato quindi *ponti per il futuro o mero salvacondotto?*

Avv. Sabrina Sacconiro