

Il Sole
24 ORE

€ 9,90
il prezzo del quotidiano

Solo ed esclusivamente in abbinamento obbligatorio con il Sole 24 ORE
I prezzi relativi ad altre combinazioni di vendita sono riportati su il Sole 24 ORE

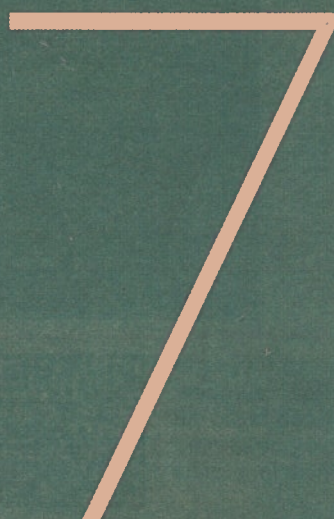
Settembre 2022 | **7/7**

NUOVO CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

Consiglio
di amministrazione
e comitato di controllo
e rischi,
collegio sindacale
e organismo di vigilanza,
internal auditor
e revisore esterno

Organi sociali e figure professionali nella gestione della crisi

a cura di **Alessandro Danovi** e **Giuseppe Acciaro**



- LE NOVITÀ DOPO IL DLGS 83/2022
- Advisor legale e finanziario
- Temporary manager
- Chief restructuring manager
- Attestatore
- Commissario giudiziale
- Giudice delegato



9 771970 120203

P126C003220003

VERA E PROPRIA RISORSA PER L'IMPRENDITORE

L'avvocato: facilitatore e negoziatore

Gianluca Leotta

Nella crisi d'impresa rappresenta una delle figure professionali chiave nell'ambito della prevenzione e gestione della crisi, la cui figura, però, è connotata da peculiari profili di responsabilità

Nel contesto dell'attuale legge Fallimentare, ove è attribuita al debitore un'ampia discrezionalità in merito all'individuazione dei diversi istituti giuridici per il superamento della crisi d'impresa, assume un ruolo fondamentale la figura professionale dell'avvocato. L'avvocato, infatti, costituisce una vera e propria risorsa per la società, ovvero il consulente il cui ruolo assume rilevanza sia nella vita quotidiana dell'attività societaria sia nell'eventuale fase patologica della stessa, la cui attività coinvolge competenze stragiudiziali e giudiziali. È in tale contesto che l'avvocato costituisce la figura di "facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa, ovvero il professionista che affianca il debitore nell'adozione di tutti quegli strumenti atti a prevenire ed evitare la crisi d'impresa e, laddove quest'ultima non si possa evitare, nell'individuazione e nella scelta dello strumento di regolazione della crisi medesima.

La riforma delle procedure concorsuali e il Codice della crisi e dell'insolvenza

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, a differenza della legge Fallimentare previgente, imperniata principalmente su istituti di natura giudiziale quali il concordato preventivo e il fallimento,¹ è caratterizzata da istituti giuridici aventi natura privatistica, attivati su base volontaria, che sono sottratti, almeno in prima battuta, a un controllo giudiziale, ma rimangono, di contro, nella disponibilità del debitore, il quale mantiene la piena gestione dell'impresa.

Il legislatore nazionale con il CCII ha introdotto un quadro normativo improntato, da un lato, a prevenire ed anticipare la crisi d'impresa mediante la previsione del dovere per l'imprenditore di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni della società, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa

e della perdita della continuità aziendale (cfr. articolo 2086 Cc), e, dall'altro, a regolamentare ed evitare lo stato d'insolvenza e di disequilibrio economico-patrimoniale della società, attraverso il dovere dell'imprenditore 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 (cfr. articolo 2086 del Codice civile).

La *ratio* della nuova normativa fallimentare è dunque quella di attribuire all'iniziativa del debitore il diritto-dovere di adottare tutte le misure atte a prevenire ed evitare la perdita della continuità aziendale e di scegliere lo strumento ritenuto più opportuno, anche in base alle peculiarità e alle dimensioni della propria impresa, per regolamentare la crisi e salvaguardare l'attività societaria, consentendo alla società che si trovi in difficoltà economiche di continuare ad operare e svolgere la propria attività commerciale e,

1. G. Sancetta-A.I. Baratta-C. Ravazzin, *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, Milano 2022,.

prevedendo, di contro, l'esclusione della stessa dal mercato come soluzione estrema, operante solo nel caso in cui lo strumento scelto per la regolamentazione della crisi non abbia sortito effetti positivi.^[2]

In tal modo, il legislatore nazionale, in attuazione della disciplina europea, ha voluto far fronte alle nuove esigenze degli imprenditori, che sempre più numerosi optano per soluzioni di tipo negoziali, che prevedono la rinegoziazione delle condizioni contrattuali con i fornitori e/o gli istituti di credito, al fine di fronteggiare la crisi, talvolta temporanea, e lo stato d'insolvenza delle società.

La fotografia dei dati più recenti rileva, infatti, che nel corso del triennio 2020 – 2022 si è registrato una diminuzione dei fallimenti e dei concordati preventivi, ma è aumentato il numero degli imprenditori che ricorrono agli strumenti alternativi, come gli accordi di ristrutturazione *ex* articolo 182 *bis* Rd 16 marzo 1942 n. 267^[3].

È in tale contesto, dunque, che l'imprenditore non può agire da solo, ma dev'essere necessariamente affiancato da professionisti, primi fra tutti l'avvocato, inteso quest'ultimo come consulente legale per la società che riveste il ruolo di "facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa, ovvero un vero e proprio mediatore tra gli interessi dell'impresa da ristrutturare e quelli del ceto creditorio, il cui unico obiettivo è quello di

ripianare e risolvere la crisi aziendale.

Consulente professionale e figura chiave nell'individuazione della governance societaria

Come poc'anzi anticipato, il nuovo assetto normativo e, più in generale, la nuova disciplina in tema di procedure concorsuali determina l'assoluta necessità per l'imprenditore di farsi affiancare da un professionista legale nell'ambito della vita quotidiana della società.

In quest'ottica, la figura professionale dell'avvocato non dev'essere percepita dall'imprenditore come necessaria solo in presenza di un contenzioso, potenziale o attuale, bensì dev'essere intesa come figura professionale che, operando sulla base di alti livelli di specializzazione, deve accompagnare l'imprenditore durante la vita quotidiana dell'attività societaria.

La funzione dell'avvocato dev'essere innanzitutto quella di affiancare l'imprenditore nell'attività di individuazione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società, ovvero nell'adozione delle procedure, direttive e prassi operative, finalizzate a garantire che la *governance* societaria eserciti correttamente e in modo efficace il proprio *business* commerciale.^[4]

A tale riguardo, infatti, l'articolo 2086 Cc dispone espressamente 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", configurando, in tal modo, un assetto societario in cui l'attività di controllo assume importanza centrale nella vita dell'impresa.

L'avvocato, infatti, deve suggerire e coadiuvare l'imprenditore, mediante scelte informate e consapevoli, nell'adozione di un sistema di *governance* efficace, adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, e idoneo, tra le altre cose, ad evitare, o comunque a prevenire, il rischio di transazioni con società a rischio di insolvenza, il rischio di insoluti e/o contenziosi relativi a rapporti commerciali, e ad intercettare tempestivamente i segnali di crisi ed il rischio di perdita della continuità aziendale.

Inoltre, assumono particolare rilievo anche le attività di rilevazione e monitoraggio dei rischi espletate in relazione al pericolo di un'eventuale crisi finanziaria cui potrebbe incorrere l'impresa, le cui attività di controllo si affiancheranno agli assetti organizzativi, amministrativi e contabili della società e potranno essere svolte in maniera adeguata e corretta solo mediante l'operato armonico di un apparato societario, ovvero organi

2. L. Rutolo, *Organizzazione di impresa e prevenzione del rischio insolvenza: dai modelli 231 ai sistemi di allerta del CCII*, in *Le Società* n. 11, 1° novembre 2020, p. 1195.

3. Cfr: *Cerved Group osservatorio* 4Q marzo 2021 n. 43.

4. L. Rutolo, *Organizzazione di impresa e prevenzione del rischio insolvenza*, cit.

e funzioni aziendali, ben strutturato.

In tale contesto, dunque, deve maturare l'approccio culturale e professionale sia dell'avvocato che del cliente-imprenditore, il cui rapporto di collaborazione deve, o quantomeno dovrebbe, sorgere già durante la fase di "salute" della società, in modo da individuare le strategie societarie più opportune per lo sviluppo del *business* commerciale e per la prevenzione di possibili fattori di rischio per la continuità aziendale.

"Facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa

Nel caso in cui la crisi non è percepita in tempi utili e si manifesta con tutti i suoi effetti, la figura professionale dell'avvocato assume invece il ruolo di coordinatore dei consulenti e collaboratori dell'imprenditore, affiancando quest'ultimo nella migliore individuazione dello strumento giuridico per il superamento della crisi d'impresa.

In tal caso, il professionista è chiamato a proporre soluzioni per la gestione della crisi, individuando gli strumenti giuridici più adeguati a ridurre l'esposizione debitoria, interfacciandosi con il ceto creditorio e predisponendo la contrattualistica necessaria per la formalizzazione delle convenzioni volte a far fronte all'esposizione debitoria della società.

L'avvocato diviene un "facilitatore" e "negoziatore"

nell'ambito delle trattative tra imprenditore, creditori e parti coinvolte, la cui attività professionale si sostanzia in primo luogo nella fase di analisi e studio della situazione fattuale e giuridica della società in crisi.

Il professionista, infatti, in ossequio al generale principio di professionalità e diligenza, è chiamato i) ad eseguire un'attenta analisi sulla posizione debitoria complessiva della società e ad informare l'imprenditore in modo veritiero e completo^[5] in ordine agli strumenti giuridici messi a disposizione dal legislatore per gestire la crisi d'impresa e ii) ad individuare lo strumento più adatto per regolamentare e superare la crisi nel caso di specie.^[6]

In questo caso, è essenziale l'attenzione, tra le altre cose, alla tutela degli amministratori e dei sindaci nella gestione delle attività ordinarie e straordinarie in tempo di crisi, al fine di evitare possibili comportamenti, delibere o attività che possano, successivamente, dar avvio ad azioni di responsabilità civile e/o penale nei confronti del *Management* societario o, per di più, ad azioni revocatorie volte a ricostituire il patrimonio societario, in vista della tutela della *par condicio creditorum*.

In secondo luogo, il professionista dovrà agire sulla base di un alto livello di specializzazione e della diligenza del caso specifico, mediante un grado di competenza che presuppone lo studio e

l'applicazione delle *best practice* del settore,^[7] nell'adozione dello strumento negoziale migliore per la gestione della crisi di impresa.

In tal caso, l'avvocato è chiamato a negoziare i termini e le condizioni atte, da un lato, a soddisfare le ragioni creditorie nella misura e percentuali previste *ex lege* e, dall'altro, a consentire la ripresa dell'equilibrio economico-finanziario della società, in modo da garantire e salvaguardare la continuità aziendale, anche attraverso le richieste di provvedimenti protettivi del patrimonio aziendale, i tentativi di ottenere finanza prededucibile, nonché di accedere, all'esito delle negoziazioni, a un ventaglio di soluzioni agevolate rispetto alla disciplina ordinaria.^[8]

In quest'ottica, quindi, l'avvocato rappresenta il mediatore tra gli interessi della società in crisi e quelli del ceto creditorio, il cui unico obiettivo è quello di consentire la continuità aziendale, mediante il recupero dell'equilibrio economico-finanziario della società e la permanenza della società medesima sul mercato.

Profili di responsabilità

L'avvocato come "facilitatore e negoziatore" nella crisi d'impresa rappresenta dunque una delle figure professionali chiave nell'ambito della prevenzione e gestione della crisi, la cui figura, però, è connotata da peculiari profili di responsabilità.

Ed infatti, la delicatezza e la

5. Cfr. Articolo 27 Codice Deontologico Forense.

6. G. Beti, *Responsabilità del professionista e domanda di concordato: adempimento e diligenza*, in *Il Fallimento* n. 5, 1° maggio 2019, p. 655.

7. G. Beti, *Responsabilità del professionista e domanda di concordato: adempimento e diligenza*, in *Il Fallimento* n. 5, 1° maggio 2019, p. 655.

8. A. Guiotto, *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Il Fallimento* n. 12, p. 1527.

complessità dell'incarico professionale attribuito al legale, espongono quest'ultimo a profili di responsabilità contrattuale nei confronti dell'imprenditore,⁹ che discendono da una prestazione professionale inadeguata, mentre sembra escludersi la configurabilità di una responsabilità extracontrattuale.

Sul punto, occorre rilevare che il rapporto professionale che si instaura tra l'avvocato e il cliente – debitore è quello del contratto di prestazione d'opera professionale, la cui fonte negoziale è individuata nell'accordo scritto che regola l'attività richiesta in capo al legale e i costi per la propria opera intellettuale.

Premesso che lo stesso Codice Deontologico Forense impone a ciascun professionista di svolgere la propria attività con indipendenza, lealtà, correttezza, probità, dignità, decoro, diligenza e competenza (cfr. articolo 9 Codice Deontologico Forense), occorre evidenziare che l'avvocato nell'esercizio del proprio incarico è tenuto ad osservare il generale principio di buona fede e correttezza e ad improntare la

propria condotta ai criteri della diligenza richiesta dal ruolo svolto ex articolo 1176 comma 2 Cc e 2236 Cc, attenendosi altresì alle *best practice* ovvero alle regole specialistiche che contraddistinguono la normativa in tema di crisi d'impresa.

Ne consegue che, qualora il professionista si rendesse inadempiente alle proprie obbligazioni professionali, l'eventuale inadempimento, previo accertamento dei presupposti necessari, sarà sanzionabile alla stregua dei rimedi previsti dall'articolo 1453 Cc.

Conclusioni

Con il CCII il legislatore nazionale riforma l'intera disciplina della crisi d'impresa e delle procedure concorsuali, segnando in tal modo un'importante svolta nella tutela dell'impresa, del debitore e delle ragioni creditorie.

La riforma, allo stesso tempo, segna un passo importante anche nel rapporto tra professionisti e società in crisi, ove l'avvocato dovrà essere percepito come una vera e propria risorsa per l'imprenditore, la cui figura può

essere fondamentale anche in assenza di situazioni critiche ovvero nell'operatività quotidiana della società.

L'avvocato diviene dunque un collegamento tra imprenditore e i collaboratori, al fine di individuare e supportare l'imprenditore nell'adozione dei sistemi di *governance* più adeguati all'impresa e, in caso di crisi, tra imprenditore, i collaboratori e il ceto dei creditori, al fine di individuare la soluzione migliore per regolamentare e risolvere la crisi, "facilitare" le negoziazioni e trovare "il punto di incontro" tra gli interessi della società in crisi e le ragioni creditorie, in modo da recuperare l'equilibrio gestionale e favorire la continuità aziendale.

L'assetto dell'attuale legge Fallimentare si arricchisce dunque di strumenti giuridici messi a disposizione del debitore e di regole volte a disciplinare la vita dell'impresa in momenti di difficoltà, valorizzando conseguentemente il ruolo dei professionisti, ma ampliandone inevitabilmente le loro responsabilità. ●

9. G. Beti, *Responsabilità del professionista e domanda di concordato: adempimento e diligenza*, cit.