



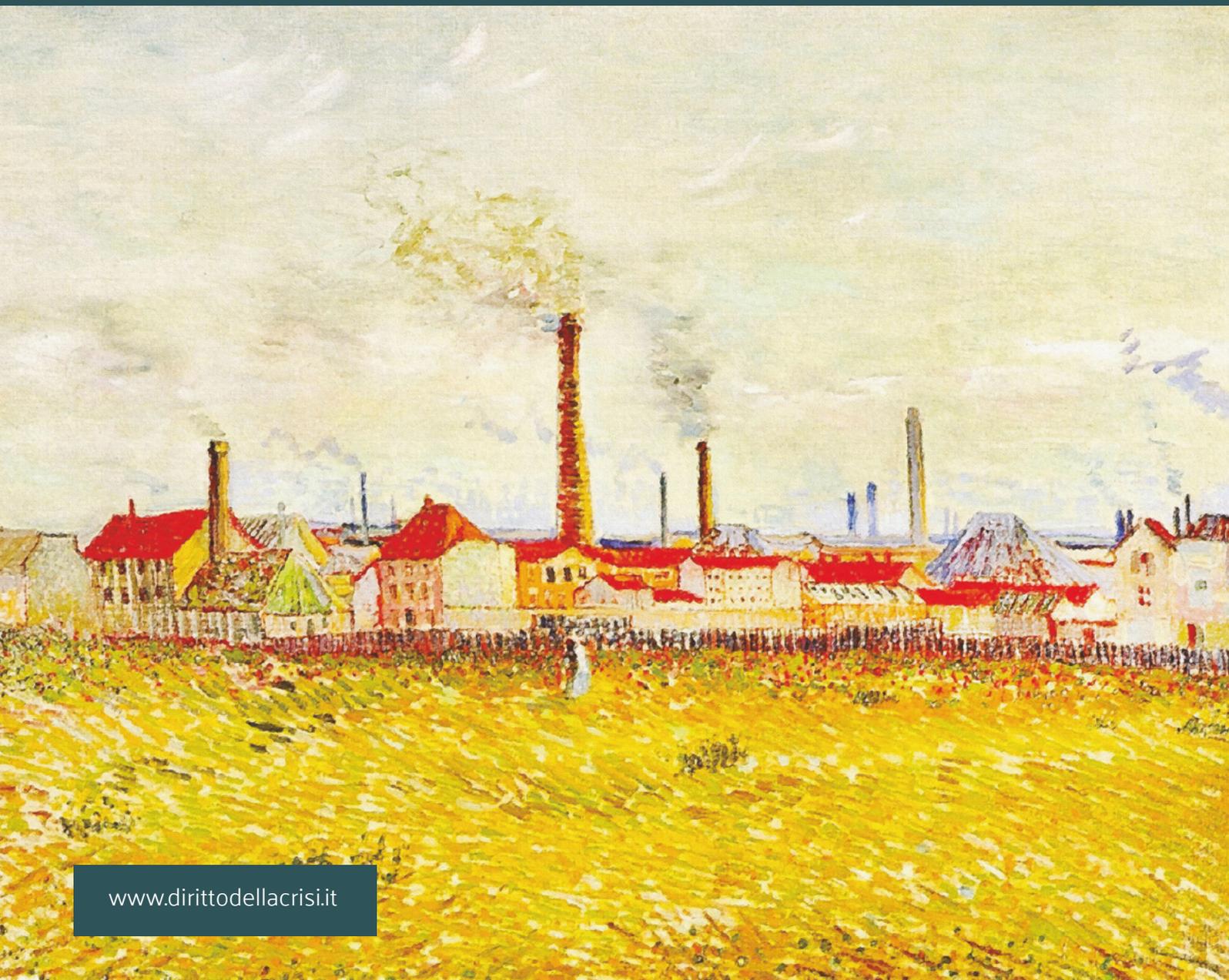
DIRITTO DELLA
CRISI

Numero Speciale
novembre 2021

LE NUOVE MISURE DI REGOLAZIONE DELLA CRISI D'IMPRESA

Commento al D.L. n. 118 del 2021 conv. con L. n. 147 del 2021

Speciale Riforma a cura di Laura De Simone, Massimo Fabiani e Salvo Leuzzi



Indice

Struttura editoriale di Diritto della Crisi	5
La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa) Ilaria Pagni e Massimo Fabiani	6
Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore Michele Perrino	18
Le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa Fabio Santangeli	24
I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa Antonio Rossi	28
La struttura del percorso Paolo Rinaldi	37
Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte Riccardo Ranalli	40
La figura dell'esperto Lorenza Calcagno	46
Il ruolo dell'esperto nelle trattative con i soggetti rilevanti Alberto Guiotto	52
Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali Laura Baccaglini e Francesco De Santis	56
Le autorizzazioni giudiziali Laura De Simone	65
La nuova finanza bancaria Sido Bonfatti	70
La conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal Tribunale Marco Greggio	81
La conservazione degli effetti in caso di insuccesso della composizione negoziata Antonio Pezzano e Massimiliano Ratti	89
I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali Massimo Montanari	95

INDICE

La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice Luciano Panzani	100
Gli esiti possibili della composizione negoziata Vittorio Zanichelli	106
L'autosospensione dagli obblighi di conservazione del capitale e i nuovi quadri di responsabilità degli organi sociali Alberto Cimolai	114
Crisi dei gruppi e composizione negoziata Niccolò Abriani e Giuliana Scognamiglio	120
Le "misure premiali" tributarie introdotte con il d.l. 24 agosto 2021, n. 118 Gianluigi Bizioli	128
I compensi dell'esperto negoziatore Pierpaolo Lanni	131
Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021 Giuseppe Bozza	138
Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario Salvo Leuzzi	155
La liquidazione del patrimonio Giacomo D'Attorre	162
Anticipazioni del codice della crisi: le modifiche della legge fallimentare Giovanni Battista Nardecchia	166
Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. 118/21 Giorgio Lener	172
Le misure transitorie "anti-Covid 19" Marco Spadaro	177
Le imprese sottosoglia nel decreto-legge n. 118/2021: nuove opportunità Lucia De Bernardin	180
Note sparse sulle novità in materia penale introdotte dal D.L. n. 118/2021 convertito con L. n. 147/2021 Matteo Binelli	184



Struttura editoriale di Diritto della Crisi

Direzione e coordinamento

Laura De Simone
Massimo Fabiani
Salvo Leuzzi
Paolo Trombini

Comitato scientifico

Giuseppe Bozza
Giovanni Battista Nardecchia
Luciano Panzani
Renato Rordorf
Giuliana Scognamiglio

Redazione giudiziaria

Monica Attanasio
Alessandro Auletta
Francesca Bortolotti
Daniela Bruni
Simonetta Bruno
Lorenza Calcagno
Daniela Cavaliere
Enrica Ciocca
Bruno Conca
Rinaldo D'Alonzo
Cosimo D'Arrigo
Lucia De Bernardin
Alessandro Farolfi
Giuseppe Fichera
Mario Fucito
Luca Fuzio
Andrea Gibelli
Giorgio Jachia
Giuseppe Limitone
Marco Lualdi
Alessandro Nastri
Luigi Pagliuca
Alida Paluchowski
Anna Rita Pasca
Enrico Quaranta
Angela Randazzo
Guido Romano
Sergio Rossetti
Pasquale Russolillo
Mariano Sciacca
Vittorio Zanichelli
Andrea Zuliani

Comitato accademico per il referaggio

Niccolò Abriani
Paolo Aldrovandi
Laura Baccaglioni
Gianluigi Bizioli
Sido Bonfatti
Renato Camodeca
Francesco Capalbo
Giacomo D'Attorre
Francesco De Santis
Fabrizio Di Marzio
Enrico Gagnoli
Gianluca Guerrieri
Bruno Inzitari
Giorgio Lener
Francesco Macario
Elena Marinucci
Massimo Montanari
Michele Perrino
Antonio Rossi
Fabio Santangeli

Redazione tecnica

Giuseppe Angiolillo
Davide Bardini
Marco Bianchi
Matteo Binelli
Simona Bonomelli
Claudio Ceradini
Alberto Cimolai
Luigi De Anna
Giulia Gabassi
Antonella Gallotta
Marco Greggio
Alberto Guiotto
Alfredo Miccio
Salvatore Nicolosi
Antonio Pezzano
Dino Piccagli
Riccardo Ranalli
Massimiliano Ratti
Paolo Rinaldi
Nicola Santi
Claudio Silocchi
Marco Spadaro
Manuel Virgintino
Silvia Zenati

La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)

di Ilaria Pagni, Ordinario nell'Università di Firenze-Pres. Commissione ministeriale di riforma

e Massimo Fabiani, Ordinario nell'Università del Molise-Componente Commissione ministeriale di riforma

Gli autori esaminano la ratio della composizione negoziata anche alla luce di una analisi differenziale con altri istituti, per poi entrare nel percorso svolgendo considerazioni relative ad alcuni snodi cruciali con particolare riguardo alla tutela dei diritti e alla individuazione dei valori che connotano la composizione.

Sommario:

1. Una premessa
2. La ratio del DL 118/2021 tra composizione negoziata e tutela dei diritti
3. Analisi differenziale tra composizione negoziata e istituti del Titolo II del codice della crisi
4. Analisi differenziale tra composizione negoziata e procedure di regolazione della crisi
5. La ratio delle misure protettive
- 5.1 Qualche spigolatura sul procedimento cautelare
6. Presupposti di accesso *versus* presupposti di perseguibilità della composizione negoziata
7. Lo snodo cruciale della gestione dell'impresa
8. Le autorizzazioni del tribunale
- 8.1 La rinegoziazione
9. Gestione dell'impresa ed esonero da revocatoria
10. I valori della composizione negoziata
- 10.1 Il valore partecipativo e la solidarietà
- 10.2 Le clausole generali
11. Note conclusive

1. Una premessa

Con la l. 21 ottobre 2021, n. 147 (G.U. n. 254 del 23 ottobre 2021), il Parlamento ha convertito in legge il d.l. 24 agosto 2021, n. 118.

Si può perciò finalmente discutere di un testo che è entrato stabilmente nella nostra legislazione. Le Camere non ne hanno mutato *ratio* e contenuti: l'intervento è stato del tutto omogeneo a quello effettuato in via d'urgenza; soprattutto, del decreto legge non sono stati modificati i contorni fondamentali e fondanti, al netto di alcuni inserimenti correttivi opportuni e di altri che forse non esprimono compiutamente i principi cui il decreto si era ispirato, ma che non appaiono neppure troppo distonici da quelli.

L'idea che ha ispirato questo scritto è proporre una guida alla lettura del d.l. 118/2021, così come convertito (d'ora in poi, per semplicità, si richiamerà la sola numerazione del d.l.: numerazione che evoca, casualmente ma provvidamente, un intervento urgente di salvataggio) e, senza pretesa di completezza, qualche suggerimento applicativo.

Prima di procedere, però, è opportuno un chiarimento preliminare, anche per superare le perplessità di chi ha pensato che il d.l. 118/2021 muovesse nella logica della controriforma rispetto alle linee portanti del Codice della crisi di prossima entrata in vigore, o che la Commissione istituita presso il Ministero della Giustizia col DM 22 aprile 2021 avesse sostituito gli interventi sul Codice con l'introduzione della normativa d'urgenza.

Com'è noto, in virtù dell'art. 389 del d.lgs. 14/2019 il codice della crisi sarebbe dovuto entrare in vigore dopo diciotto mesi, ma il termine originario era stato differito al 1° settembre 2021 già col d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (cd. Decreto Liquidità), sul rilievo che *"la filosofia di fondo del Codice, e cioè operare nell'ottica di un quanto più ampio possibile salvataggio delle imprese e della loro continuità, adottando lo strumento liquidatorio (quello che ancora oggi è definito fallimento) come extrema ratio, cui ricorrere in assenza di concrete alternative"* non potesse affermarsi *"in un ambito economico in cui potrebbe maturare una crisi degli investimenti e, in generale, delle risorse necessarie per procedere a ristrutturazioni delle imprese"*, nel quale il Codice avrebbe finito per mancare incolpevolmente il proprio traguardo.

L'incarico della Commissione istituita presso il Ministero della Giustizia era ben determinato: erano chieste *(i)* la valutazione dell'opportunità di differire l'entrata in vigore di alcune norme del CCII; *(ii)* la formulazione di proposte correttive al medesimo codice; *(iii)* la formulazione di proposte concernenti l'integrazione del CCII in attuazione della Direttiva n. 2019/1023/UE; *(iv)* la formulazione di proposte di modifica, anche temporanea, di talune norme del CCII in relazione alla emergenza sanitaria in atto.

In queste valutazioni, la Commissione doveva tener conto del fatto che la sovranità popolare espressa nel Parlamento aveva già disposto, con un intervento legislativo del tutto autonomo (quello contenuto nell'art. 5, comma 14, del DL 41/2021, conv. in L. 69/2021) il rinvio della c.d. allerta esterna: con la conseguente rottura del sottile equilibrio tra il Titolo II ed i Titoli III e IV del Codice, che avrebbe reso l'accesso al nuovo concordato preventivo uno scalino troppo ripido¹ da affrontare per un imprenditore in crisi e seriamente indebolito dalla emergenza Covid.

Occorreva inoltre tener conto di alcuni inevitabili ritardi nell'attuazione degli strumenti operativi delle norme del Titolo II, per effetto della situazione di stallo creata dalla pandemia: ritardi, che avrebbero reso comunque necessario un ulteriore rinvio di qualche mese dell'entrata in vigore del Codice rispetto alla data del 1° settembre 2021.

In questo contesto, la scelta che si è ritenuta più opportuna, anche per evitare di procedere con più rinvii, è stata quella di avere qualche mese in più per riflettere sulle reali esigenze di adeguamento del CCII alla Direttiva² e sull'opportunità, comunque, di alcuni aggiustamenti tramite decreto correttivo, già previsti dall'art. 1 L. 9 marzo 2019, n. 20, per rispondere alle

1. G. Guerrieri, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 837; sulla necessità del superamento delle asperità del codice, v. A. Jorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, in *dirittodellacrisi.it*.

2. A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *dirittodellacrisi.it*.

Rammentiamo che la legge delega 155/2017 venne emanata in un contesto europeo ancora in divenire, v. F. Di Marzio, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2018, 10.

perplexità della dottrina su punti specifici del Codice. Il tutto unito alla necessità di intervenire comunque – vista la crisi economica determinata dalla pandemia – per aiutare l'impresa debitrice in stato di crisi (poi diremo della pre-crisi e della insolvenza reversibile) a trattare con i creditori le condizioni delle relazioni contrattuali e la ristrutturazione dei debiti.

Non, dunque, un rinvio volto a instradare il Codice su un binario morto (come molti temono³ e molti altri auspicano), ma semmai lo sforzo di capire se l'evoluzione che nel frattempo si era avuta anche nel contesto europeo (non dimentichiamo che i lavori della Commissione Rordorf erano iniziati nel 2015) richiedesse interventi più o meno profondi sull'ordito normativo.

La scelta venuta immediatamente a valle di quella del rinvio, è stata, allora, indirizzata alla ricerca di uno strumento compensativo che fornisse intanto all'imprenditore un percorso, guidato e protetto, sostitutivo non dell'allerta⁴, ma della composizione assistita del codice della crisi, per coprire quello spazio che oggi precede la domanda ex art. 161, 6° comma, l.fall., istituzionalizzando la fase delle trattative e creando un raccordo tra le forme di mediazione già esistenti in materia di rapporti d'impresa (per esempio, la mediazione bancaria) e tavoli di facilitazione allargati contestualmente a tutti i creditori.⁵ Un percorso arricchito sia nella dimensione regolatoria, sia nella armonizzazione con gli istituti tradizionali del concorso dei creditori, con l'obiettivo di una ricomposizione coerente dell'intero mosaico alla fine del lavoro di revisione che la Commissione, confermata con D.M. 22 settembre 2021, dovrà portare a termine entro il 31 gennaio 2022.

2. La ratio del DL 118/2021 tra composizione negoziata e tutela dei diritti

Il DL 118/2021, dunque, vuole rispondere all'esigenza di mettere a disposizione dell'imprenditore uno strumento che gli consenta di operare in un ambiente protetto, sotto il controllo dell'autorità giudiziaria ma prima dell'ingresso in una procedura concorsuale, per far fronte alle difficoltà dovute alle (o aggravate dalle) chiusure, restrizioni o anche soltanto mutamenti nelle abitudini di vita causati dalla pandemia.

La composizione negoziata è un istituto in linea con la Direttiva Insolvency⁶, ma non è lo strumento col quale la Commissione ha voluto dare attuazione della Direttiva, come pure qualcuno ha immaginato.

Fino al DL 118/2021 il legislatore non era rimasto inerte di fronte alla convivenza con l'emergenza, vista dal prisma dei rapporti economici e sociali⁷, ma se si pone attenzione al mondo delle crisi d'impresa, nessun

intervento prescindeva da un passaggio attraverso le procedure concorsuali⁸.

È ben noto come il percorso che viene intrapreso per reagire alla crisi transita oggi, nella assoluta maggioranza dei casi, dalla presentazione dinanzi alla autorità giudiziaria di un ricorso ai sensi dell'art. 161, 6° comma, l.fall., a mezzo del quale l'imprenditore da un lato chiede la protezione del proprio patrimonio, ma dall'altro lato ingessa la gestione dell'impresa.

Ci si è chiesti allora se questa corrispondenza biunivoca fosse ineludibile: si è ritenuto che si potesse provare a proteggere il patrimonio senza porre vincoli gestori aggiuntivi rispetto a quelli che già discendono dalle regole del codice civile, ma con l'innesto di una serie di specifiche garanzie.

Il paradigma della conservazione dell'impresa come valore da tutelare si è accompagnato alla sottolineatura della necessità di tenere sempre in conto l'interesse dei creditori, e non è stata fatta nessuna concessione all'idea di un contesto privatistico che non fosse in alcun modo controllato dall'Autorità giudiziaria: al contrario, si è cercato il punto di equilibrio tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale⁹ già in una fase in cui l'imprenditore, invece, conserva la gestione della propria attività perché, indipendentemente da quale sia la propria effettiva condizione, sta ancora valutando, coi propri professionisti, se e come accostarsi all'universo delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

In questo modo, l'idea primigenia della precocità della reazione alla crisi non solo non è stata sconfessata, ma, semmai al contrario, è stata enfatizzata, abilitando all'accesso alla composizione negoziata anche l'imprenditore che veda la crisi come un fatto soltanto probabile.

In una cornice di continui "pesi e contrappesi", si è ragionato sul fatto che per una adeguata reazione alla crisi può essere utile un percorso di facilitazione dei rapporti tra imprenditore, creditori e fornitori, e non soltanto per intervenire sugli squilibri contrattuali determinati per effetto della emergenza sanitaria e conservare al meglio le relazioni a lungo termine (sul presupposto che la crisi del contratto, con la pandemia, è diventata crisi del mercato e quindi dell'impresa¹⁰), ma anche perché una allerta veramente precoce è quella che arriva prima che l'impresa sia in crisi. Era stata prospettata l'opportunità di un ritorno alla amministrazione controllata, ma la soluzione, dal sapore del *déjà vu*, per quanto brillantemente enunciata, presentava un ostacolo: quello di creare, da subito, un concorso tra creditori anche quando ciò non fosse necessario.

Siamo partiti da qui, e su questo sedime il dibattito, talora anche aspro, avviato all'interno della Commissione ha prodotto una virtuosa convergenza su quali potessero essere le linee degli interventi sulla disciplina

3. D. Galletti, *Il diritto della crisi sospeso e la legislazione concorsuale in tempo di guerra, ilfallimentarista.it*

4. Sulla dimensione dell'allerta, sotto ogni profilo, v. R. Ranalli, *Le misure di allerta*, Milano, 2019, *passim*.

5. Per questa idea v., si vis, le considerazioni di I. Pagni, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore*, a cura di S. Ambrosini, Torino, 2021.

6. Si pensi, ad esempio, ad alcune caratteristiche dello "stay", v. P. Vella, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 2019/1023 e nel diritto nazionale*, in *Fallimento*, 2020, 1037.

7. Si era intervenuti, un po' a macchia di leopardo, solo sul regime delle sopravvenienze in materia contrattuale attraverso a) la previsione di voucher e crediti d'imposta per tipi di attività, b) l'introduzione, ad opera della L. 21 maggio 2021, n. 69, con l'art. 6 novies (nel testo poi modificato dalla L. 106/2021, di conversione del DL 73/2021, cd. Sostegni bis), di un "percorso condiviso per la ricontrattazione delle locazioni commerciali" e l'obbligo di collaborazione nella rideterminazione del canone di locazione e c) l'introduzione di una norma generale, il comma 6-bis dell'art. 3 del DL 6/2020, conv. in L. 5 marzo 2020, n. 13, per il quale il rispetto delle misure di contenimento dev'essere sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore (intanto, nel DDL di "Delega al governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie" si prevedeva di estendere il ricorso obbligatorio alla mediazione, in via preventiva, in materia di contratti di associazione in partecipazione, di consorzio, di franchising, di opera, di rete, di somministrazione,

di società di persone e di subfornitura); ii) in materia societaria, con la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. per le perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020 (con tutti i dubbi interpretativi circa il presupposto applicativo che questo ha comportato: quanto alla durata, invece, è chiaro che il termine entro il quale le perdite dovranno essere ripianate o dovranno, comunque, essere adottati i provvedimenti richiesti è rinviato all'assemblea che approverà il bilancio dell'esercizio 2025: dunque, un tempo assai lungo); iii) sulle soluzioni già esistenti nella disciplina delle procedure concorsuali, con a) la proroga dei termini di adempimento dei concordati e degli accordi, b) la possibilità di presentare, sino all'omologa, istanza per la concessione di un termine per la presentazione di una nuova proposta di concordato o accordo, c) la prorogabilità fino a novanta giorni del termine previsto dagli artt. 161, comma 6, e 182-bis, comma 7, d) l'introduzione di una terza via di uscita dal percorso avviato con gli artt. 161, comma 6 e 182-bis, comma 7, ovvero il piano attestato di risanamento 'protetto' (comma 5-bis dell'art. 9 del decreto Liquidità), v., M. Fabiani, *Il piano attestato di risanamento "protetto"*, in *Fallimento*, 2020, 877. Sulle mutazioni del lessico della crisi a seguito della pandemia, G. Fauceglia, *La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi de diritto della crisi*, in *Giur.comm.*, 2021, I, 431.

8. M. Cossu, *Il diritto e l'incertezza. La legislazione d'impresa al tempo della pandemia*, in *Dir.fall.*, 2020, 1253; L. Stanghellini, *La legislazione d'emergenza in materia di crisi d'impresa*, in *Riv.soc.*, 2020, 357; M. Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da Emergenza Covid-19*, in *Fallimento*, 2020, 587.

9. F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 20 ss.

10. In questi termini, A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa al tempo del Coronavirus*, in *giustiziavivale.com*.

della crisi d'impresa: senza prese di posizioni ideologiche ma con il riconoscimento 'laico' della necessità - e della possibilità - di un bilanciamento maturo tra le spinte opposte, cui si era assistito dalla riforma del 2006 ad oggi.

3. Analisi differenziale tra composizione negoziata e istituti del Titolo II del codice della crisi

Parte fondante dell'impianto del CCII (che giustifica poi anche i limiti al concordato preventivo previsti dall'art. 84) è il Titolo II, nella parte in cui si introducono per la prima volta strumenti (obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15) e procedure (così la rubrica del titolo II) di allerta rivolte - unitamente agli obblighi organizzativi (già operativi ma non sempre realizzati) posti dal codice civile a carico dell'imprenditore, individuale o collettivo - alla tempestiva rilevazione degli indizi della crisi e alla sollecita adozione delle misure più idonee al suo superamento.

In questo, lo spirito del Codice meritava di essere conservato. Altra cosa è se l'idea fosse stata declinata in modo tale da consentire, oltre all'allerta, anche un modo efficace di ricerca di una soluzione concordata della crisi¹¹.

A tal fine il Titolo II contempla la composizione assistita¹² che si svolge dinanzi all'OCRI, cui il debitore può accedere all'esito dell'allerta o anche prima che questa scatti. L'attivazione dell'OCRI avviene dunque a seguito delle segnalazioni o su istanza del debitore¹³.

L'OCRI - tramite il suo referente - gestisce il procedimento di allerta e assiste l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita. Gli esperti che vengono nominati una volta ricevuta, dall'OCRI, la segnalazione o l'istanza del debitore sono tre, di cui uno designato dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore nella rosa di tre nominativi indicati dal debitore medesimo, e vengono scelti tra gli iscritti nell'albo di cui all'art. 356 CCII (ovvero dei soggetti destinati a svolgere, su incarico del tribunale, le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore).

L'inattività del debitore di cui sia evidente lo stato di insolvenza è sanzionata con la segnalazione del collegio al referente dell'OCRI perché questi ne dia notizia al P.M. È inattivo il debitore che non si presenta dinanzi all'OCRI nonostante la convocazione, o che dopo l'audizione non deposita l'istanza di composizione assistita, oppure che, all'esito delle trattative, in assenza di accordo coi creditori, non deposita domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi.

Anche se la Relazione illustrativa parla di un ruolo dell'OCRI come "mediatore attivo" e dell'autorevolezza del relatore incaricato di seguire le trattative come elemento che ne agevola il buon esito, l'attenzione del CCII è rivolta più ai compiti che il collegio ha, di sorvegliare la condotta del debitore per far partire le dovute segnalazioni appena se ne verificano i presupposti, che non all'individuazione di strumenti che servono a facilitare le trattative (al di là delle misure protettive necessarie a condurle a termine e alla sospensione degli obblighi di intervento sul capitale previste dall'art. 20): si dice soltanto che la composizione assistita non può durare, nel suo complesso, più di sei mesi e che il collegio incarica uno dei tre componenti, il relatore, di seguirla.

Anche i compiti del collegio sono misti, non sono soltanto quelli di un facilitatore: si prevede che il collegio possa, se l'imprenditore ne fa richiesta, predisporre la relazione aggiornata sulla situazione dell'impresa e l'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali, e attestare la veridicità dei dati aziendali quando il debitore dichiara che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione o di apertura del concordato.

Quanto agli sbocchi, l'unico esito alternativo a quelli tradizionali è l'accordo coi creditori depositato presso l'organismo, ed eventualmente iscritto nel registro delle imprese, che produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento, con il corollario dell'esenzione da revocatoria. Il presupposto "evidente di tale beneficio - si legge nella Relazione illustrativa - è che l'accordo sia stato raggiunto con la supervisione e l'approvazione del collegio, il quale, quindi, si rende indirettamente garante della fattibilità del piano sottostante".

Il ruolo dell'OCRI non è chiaro. Il compito del collegio oscilla, infatti, tra quello di un mediatore, come si legge nella Relazione, e quello di un ausilio per l'imprenditore con anche compiti, indiretti, di attestatore, il tutto in una cornice che è stata giudicata un po' troppo intrisa di burocrazia¹⁴.

Rispetto alla composizione assistita del CCII la composizione negoziata cerca di fare un passo in più, nel mettere maggiormente a fuoco il ruolo di facilitatore dell'esperto, terzo e imparziale, e il modo in cui questi dovrà operare: anche il mutamento nell'aggettivo, da composizione "assistita" a composizione "negoziata", mira a sottolineare che l'esperto non assiste l'imprenditore, ma ha piuttosto il compito di facilitare le trattative e favorire gli accordi.

La composizione negoziata fa leva su alcuni elementi che ne dovrebbero costituire i punti di forza (il condizionale è d'obbligo, visto che molto si gioca sulla qualità, sulla autorevolezza, sulla effettiva indipendenza dei protagonisti e, in particolare, sulla correttezza delle persone).

Quei punti di forza¹⁵ sono: (i) una specifica formazione dell'esperto anche in materia di facilitazione, oltre che in una serie di materie (tra cui la regolamentazione bancaria e il diritto sindacale e del lavoro) la cui conoscenza è necessaria a seconda dei soggetti che prenderanno parte alle trattative; (ii) la puntualizzazione del ruolo di terzo, rispetto a tutte le parti, dell'esperto e la particolare attenzione ai criteri di trasparenza e rotazione nella nomina; (iii) una maggiore declinazione, rispetto al CCII, dei doveri delle parti (e dell'esperto); (iv) la previsione di una procedura di informazione e consultazione sindacale che si aggiunge a quelle previste dalla legge o dai contratti collettivi, quando l'imprenditore intenda procedere a riorganizzazioni o mutamenti del modello di business che incidano sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori; (v) la previsione di una piattaforma telematica che non serve unicamente alla nomina dell'esperto, ma anche i) per lo svolgimento delle trattative attraverso la creazione di diversi livelli di accesso alla documentazione inserita nella piattaforma e ii) per dar corso, in caso di cessione d'azienda, alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati anche attraverso procedure competitive, con la creazione di *data room* da utilizzare per la raccolta delle manifestazioni di interesse o delle offerte vincolanti; vi) la costruzione di un *test* volto a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al suo servizio (il *test* non va considerato alla stregua degli indici della crisi, ma serve piuttosto ad indicare il grado di difficoltà che l'imprenditore dovrà affrontare e quanto il risanamento dipenderà dalla capacità di adottare iniziative in discontinuità e dalla intensità delle stesse¹⁶); vii) la stesura di una lista di controllo contenente una serie di domande, rivolte ora all'im-

11. Su vari profili di criticità, al netto della condivisa esigenza di affrontare precocemente la crisi (S. De Matteis, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, Milano, 2017, 1 ss; ma v., le perplessità sui possibili rischi dell'anticipazione, G. Terranova, *L'autonomia del diritto concorsuale*, Torino, 2016, 231), v., S. Masturzi, *Le misure di prevenzione della crisi e i controlli nel sistema dell'allerta*, in *Dir.fall.*, 2020, 1067; B. Inzitari, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir.fall.*, 2020, 541.

12. Per una ampia trattazione v., R. Rosapepe, *La composizione assistita della crisi*, in *Giur.comm.*, 2021, I, 963.

13. Sul fatto che, in assenza di segnalazione esterne, il ricorso all'OCRI sia pienamente spontaneo per l'imprenditore (al pari di quanto prevede il DL 118/2021) v., V. Calandra Bonaura, *Amministratori e gestione dell'impresa nel Codice della crisi*, in *Giur.comm.*, 2020, I, 16.

14. A. Maffei Alberti, *Note introduttive al Codice della crisi*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, 804; S. Casonato, *Allerta interna, allerta esterna e tecnocrazia della crisi d'impresa*, in *Dir.fall.*, 2019, 1390. Sul rischio delle inefficienze della composizione assistita, v., D. Vattermoli, *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'OCRI*, in *Fallimento*, 2020, 891.

15. P. Rinaldi, *La struttura del percorso*, in *dirittodellacrisi.it*.

16. Una visione *forward looking*, v., F. Superti Furga-C. Sottoriva, *Riflessioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, 2020, 8.

prenditore ora all'esperto, le cui risposte forniscono indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e per l'analisi della sua coerenza (indicazioni che debbono intendersi come recepimento delle migliori pratiche e non come precetti assoluti); viii) la scrittura di un protocollo per la conduzione della composizione negoziata da parte dell'esperto, diviso per sezioni, in cui si offre la declinazione operativa delle prescrizioni normative contenute nel decreto legge e, di nuovo, si recepiscono le migliori pratiche per una soluzione concordata della crisi, da intendersi, pertanto, come buone prassi e non come precetti assoluti.

L'elencazione dei profili che connotano la composizione negoziata è auto-esplicativa nell'evidenziare le differenze con la composizione del CCII, che, pur muovendo dalla stessa idea di riempire lo spazio che preclude l'ingresso delle imprese in procedura rafforzando gli strumenti dell'autonomia negoziale, regolava, come si è detto, più il contenente che non il contenuto delle attività svolte dall'esperto e dalle parti¹⁷.

4. Analisi differenziale tra composizione negoziata e procedure di regolazione della crisi

Il percorso di composizione negoziata non è, né per conformazione normativa né per espressa volontà legislativa, una procedura concorsuale¹⁸. È soltanto (ma l'avverbio non vuol avere un significato limitativo) un luogo dove si dipana lo svolgimento di trattative alla presenza di un terzo che non assiste l'imprenditore - non è un attestatore, né si sostituisce alle parti e ai suoi professionisti nell'esercizio dell'autonomia privata - ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi. Un terzo che coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna.

Nonostante la previsione di una protezione del patrimonio la composizione negoziata non è una procedura concorsuale 'vicaria', perché non si ha¹⁹:

- i) alcuna apertura di un procedimento di regolazione della crisi;
- ii) alcun organo della procedura;
- iii) alcun blocco di crediti e debiti;
- iv) alcuna previsione di un ordine di distribuzione;
- v) alcun, neppur minimo, spossessamento (il che non significa, come meglio diremo, che l'imprenditore sia libero di tenere condotte che pregiudichino i terzi).

Si aggiunga che non è indispensabile il coinvolgimento di tutti i creditori (anzi, la selettività è uno dei tratti che caratterizzano lo strumento), né si forma una "massa" segregata a favore di taluni creditori.

La composizione negoziata non è dunque essa stessa una forma di soluzione della crisi, ma è piuttosto un percorso nel quale l'imprenditore entra volontariamente o per spinta 'gentile' (quella dell'organo di controllo prevista nell'art. 15²⁰) per avviare una interlocuzione con i creditori e con tutti coloro che sono coinvolti o destinatari degli effetti della crisi.

5. La *ratio* delle misure protettive

La protezione del patrimonio prevista agli artt. 6 e 7, operante su ri-

chiesta dell'imprenditore, è compatibile con la pendenza di trattative che non necessariamente debbono concludersi con i tradizionali sbocchi della legge fallimentare.

È finalizzata unicamente a cristallizzare la situazione esistente al momento in cui le trattative vengono avviate, evitando la corsa alla costituzione di posizioni privilegiate, senza impedire invece i pagamenti spontanei che - purché coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento - consentono di evitare pregiudizi a cascata per i creditori.

È una moratoria - ma unilaterale, nel senso che i creditori non possono agire esecutivamente ma il debitore può adempiere spontaneamente -, analoga a quella di cui da più parti era stata auspicata l'introduzione, ma esterna a qualsiasi procedura concorsuale per evitare che il ricorso all'art. 161, 6° comma, l. fall. avvenga al solo scopo di ottenere la protezione dell'art. 168 l.fall.: una protezione, quella della legge fallimentare, peraltro automatica e senza neppure conferma, com'è invece quella del DL 118/2021, che prevede un tempo brevissimo per l'intervento giudiziale.

Peraltro, la richiesta di protezione del patrimonio, o di provvedimenti cautelari diversi dall'inibitoria delle azioni esecutive e cautelari, anch'essi necessari a condurre a termine le trattative, rende pubblica l'iniziativa del debitore (per effetto dell'iscrizione nel registro delle imprese), ciò che da un lato allerta i creditori e dall'altro mette in moto l'intervento del giudice.

Vi potranno essere condotte opportunistiche dell'imprenditore, come del resto in ogni sede, ma qui non mancano antidoti adeguati, senza che vi sia il bisogno di ricorrere all'onnipotente "frode" che pervade il codice della crisi per evitare pregiudizi ai creditori. Questi potranno, difatti: i) fare istanza ex art. 7, comma 6°, perché il giudice revochi le misure protettive e cautelari, o ne abbrevi la durata (ciò che nel meccanismo dell'art. 168 non è previsto); ii) presentare ricorso di fallimento (che non è inibito, a differenza della pronuncia della sentenza)²¹.

Alle iniziative dei creditori, si può accompagnare, quando l'imprenditore versi in stato di insolvenza, la trasmissione della *notitia decoctionis* dal tribunale al pubblico ministero ai sensi dell'art. 7 l.fall., recuperandosi così anche l'iniziativa pubblica. Anche se si deve auspicare che, a regime, ciò accada in casi marginali se il percorso verrà avviato, in futuro, come si spera, da imprenditori non ancora insolventi.

Piuttosto, un dubbio si potrebbe porre con riferimento all'imprenditore *in bonis* che reputi probabile l'insorgere della crisi (la cui posizione è stata presa in considerazione con l'obiettivo, in prospettiva, di anticiparne l'emersione e la regolazione)²², perché con gli artt. 6 e 7 gli si offrono strumenti più competitivi rispetto alla situazione normale. Considerato tuttavia che la protezione del patrimonio è assoggettata in ogni caso, e pressoché subito, al controllo del tribunale, sarà il giudice a verificare se lo strumento sia eccessivo rispetto alla condizione in cui versa l'imprenditore che gli si rivolge. Ad esempio, il tribunale potrà adottare una conferma selettiva delle misure protettive, inibendo le azioni cautelari ed esecutive di taluni creditori soltanto.

5.1. Qualche spigolatura sul procedimento cautelare

Sappiamo che il tempo dell'*automatic stay* tendenzialmente stabile nel tempo, in forza di quanto previsto dalla Direttiva 1023/2019, è ormai ter-

17. Sui profili di criticità delle misure protettive del CCII in relazione alla composizione assistita, v. A. Carratta, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir.fall.*, 2020, 267.

18. In senso conforme, S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato* in *Dir.fall.*, 2021, 919, R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato, in ristrutturazioni aziendali.ilcaso.it*, 14.

19. Sui connotati fondanti le procedure concorsuali v. M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2017, 6 sa. 8agric; A. Nigro-D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, 41; G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, 7.

20. Il ruolo degli organi di controllo appare allineato a quello previsto nel codice della crisi, v. L. Castelli-S. Monti, *I sindaci e il Codice della Crisi: nuovi doveri e responsabilità*, in *Società*, 2020, 1015.

21. Peraltro, se guardiamo alle indicazioni di Cass. sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935, in *Foro it.*, 2015, I, 2323, la dichiarazione di fallimento sarebbe comunque impedita di fatto, nel meccanismo del raccordo tra concordato e fallimento voluto dalla Corte Suprema.

22. Sulla utilità di leggere la probabilità di crisi come anche sola possibilità di crisi e ciò al fine di anticiparne l'emersione, P. Montalenti, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta, nel quadro generale della riforma*, in *Giur.comm.*, 2020, I, 842; sulla tardività dei segnali imposti da CCII, cfr. M. Bini, *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Società*, 2019, 431; in senso conforme, per una nozione di crisi distante dalla probabilità di insolvenza e legata alla continuità aziendale, S. Fortunato, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in *Dir.fall.*, 2021, 3 ss; F. Pacileo, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017, 7 ss.

minato. La ristrutturazione dell'impresa deve realizzarsi in tempi brevi (o comunque meno dilatati rispetto al passato) e la tutela dei diritti dei creditori non può essere compressa a tempo indefinito: perciò, la legge deve stabilire una durata massima delle misure e far sì che su di esse si eserciti la verifica giudiziale.

Questi pilastri portanti della regolazione della crisi secondo il modello unionale si sono tradotti, nel DL 118/2021, (i) nella prescrizione di una durata massima delle misure protettive (duecentoquaranta giorni) e (ii) nella previsione di una immediata conferma da parte del tribunale.

Poiché la scelta di fondo è stata quella di prevedere l'intervento della autorità giudiziaria in singoli momenti, senza immaginare un tribunale che sovrintende all'intero percorso, e viste le somiglianze con le finalità della tutela cautelare, il legislatore, anche per l'esigenza di ricorrere ad uno strumento informatico esistente, ha ritenuto opportuno basarsi sul procedimento cautelare uniforme. Il contenitore prescelto è, così, quello degli artt. 669-bis / 669-terdecies c.p.c., con gli opportuni adattamenti.

Il fatto che si sia optato per quel contenitore pone, indubbiamente, il tema se unitamente al procedimento debbano essere richiamati anche i principi che presidiano la tutela cautelare, ed in particolare la caratteristica della strumentalità.

Senza entrare in una questione che tocca temi di vertice (verificare se in questa sede vi siano posizioni riconducibili a diritti soggettivi o potestativi, e quali), possiamo limitarci a evidenziare che nella composizione negoziata le misure protettive sono strumentali ad assicurare l'esito positivo delle trattative nei termini di cui all'art. 11 DL 118/2021.

Le misure possono, dunque, essere confermate quando (i) il tribunale si convince che esiste una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento (*fumus boni iuris*) e quando (ii) il tribunale reputa che le misure, nella gradazione necessaria, siano funzionali a raggiungere quel risultato, sicché la loro assenza potrebbe pregiudicare il risanamento (*periculum in mora*).

Nel momento in cui è chiamato a confermare o meno le misure protettive, o a rilasciare le misure cautelari richieste dal debitore, il ruolo del tribunale si rivela centrale per l'intera architettura, perché il giudice è chiamato ad operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori²³: un ruolo nevralgico, di grande responsabilità, che impone una adeguata professionalità da ricercare in mirati percorsi formativi.

Il vero salto di qualità che si richiede è quello di cogliere le dinamiche dell'impresa da una prospettiva diversa, non quella del giudice che a posteriori valuta le condotte, ma quella di chi, *ex ante*, è chiamato a verificare l'utilità di un percorso che dovrebbe restituire valore e benessere collettivo ai consociati e nuove opportunità all'imprenditore, senza pregiudicare ingiustamente²⁴ i creditori. Questa è la ragione per la quale il tribunale può fare ricorso ad un ausiliario - che, ovviamente, non potrà mai essere l'esperto - che dovrà essere designato con grande accuratezza perché dovrà aiutare il giudice a misurare le potenzialità dell'impresa e al contempo a fare emergere le criticità dell'attività svolta.

Certo, si tratta di compiti nuovi, probabilmente complessi, ma che dovrebbero esaltare (e non deprimere) la forza della giurisdizione.

Tornando al procedimento, alcune sollecitazioni emerse dai primi commenti richiedono un confronto dialettico, sebbene possibile qui soltanto per accenni.

In primo luogo, dobbiamo chiederci quale sia il rapporto tra misure protettive e misure cautelari.

Il codice della crisi, nell'art. 2, lett. p e q, descrive le une e le altre²⁵. Il

DL non poteva fare rinvio a quella norma, non ancora vigente, e tuttavia, diversamente da quanto da taluno opinato, non vi è disomogeneità tra le definizioni del codice e quelle della composizione negoziata.

Le misure protettive sono quelle elencate nell'art. 6 DL 118/2021 che, a ben vedere, hanno uno spettro definitorio non dissimile da quanto previsto nel codice della crisi e che coincidono, in larga parte, con quelle oggi disciplinate nell'art. 168 l.fall.

Si è discusso se l'elenco dell'art. 6 sia onnicomprensivo o se vi sia spazio per altre forme di protezione, al netto di quanto previsto nell'art. 8 DL 118/2021 in ordine alla sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c.

Per rispondere al quesito dobbiamo partire da una constatazione: poiché le misure protettive prendono effetto (immediato, ancorché provvisorio) nel momento in cui l'imprenditore formula l'istanza di nomina dell'esperto o la successiva istanza presentata con le modalità di cui all'articolo 5 (una istanza che, oltretutto, non è un ricorso), non possono che essere quelle predeterminate dal legislatore nell'art. 6, 1° comma, DL 118/2021²⁶: ossia il divieto - tutt'al più operante in modo selettivo, se l'imprenditore lo formula in tal modo - di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore o di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

Il che non significa che altre non se ne possano aggiungere, da sottoporre al giudice col ricorso giurisdizionale che accompagna la pubblicazione della richiesta e della accettazione dell'esperto: l'art. 7 DL 118/2021 lo consente, prevedendo che il debitore, nel ricorso, possa chiedere l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative.

Del resto, non dissimile è la definizione delle misure cautelari nel codice della crisi: "i provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonee ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza".

I provvedimenti cautelari del codice sono strumentali ad assicurare gli effetti delle procedure, mentre quelli del DL sono strumentali a condurre a termine le trattative: l'obiettivo è solo parzialmente diverso ma la strada è la stessa, perché per assicurare gli effetti delle procedure e per proteggere le trattative occorrono misure che, del pari, proteggano il patrimonio del debitore o i beni che compongono l'impresa.

Possiamo pertanto concludere che i provvedimenti cautelari del DL 118/2021 possano avere, intrinsecamente, una funzione protettiva: ciò in vista del buon esito delle trattative e cioè del perseguimento del risanamento tramite una delle soluzioni di cui all'art. 11 DL 118/2021.

Un secondo tema di discussione si è incentrato sulla struttura del contraddittorio.

La parte istante che avvia il procedimento è l'imprenditore; l'esperto viene sentito nella più classica delle attività istruttorie del procedimento cautelare; l'ausiliario che può essere nominato dal giudice assume i compiti del consulente tecnico e coadiuva il tribunale nella comprensione del percorso intrapreso dal debitore.

Quali sono, dunque, le parti del procedimento evocate dall'art. 7, che stabilisce l'onere della notificazione (del decreto di fissazione dell'udienza) a cura del ricorrente? Debbono essere messi a conoscenza della pendenza del procedimento tutti i creditori o solo quelli indicati nel ricorso (ovverosia i primi dieci per ammontare del credito), o solo quelli specificati nel decreto del giudice?

La risposta è semplice: vanno messi a conoscenza della pendenza del procedimento tutti i creditori nei confronti dei quali si chiede la conferma delle misure protettive; quindi potenzialmente tutti, a meno che una se-

diverso, manifesta preoccupazioni per la atipicità delle misure cautelari concedibili, F. Guerrero, *Le misure cautelari in fase di accesso della società alle procedure di crisi o d'insolvenza: profili critici di diritto societario e processuale*, in *Dir.fall.*, 2021, 261.

26. L. Baccaglioni-F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *dirittodellacrisi.it*.

23. Sul diverso atteggiarsi del ruolo del giudice in relazione ai mutamenti normativi v., C. Cavallini, *Regolamentazione dell'insolvenza e iurisdiction*, in *Riv.dir.proc.*, 2019, 1001.

24. L'aggettivazione "ingiusto" data al pregiudizio non deve sorprendere, sol che si ricordi che il medesimo aggettivo ricorre nell'art. 2043 c.c.

25. F. Tommaseo, *Profili processuali della gestione dell'impresa in crisi*, in *Riv.dir.proc.*, 2020, 674; M. Montanari, *Profili generali e profili processuali del codice della crisi d'impresa*, in *Riv.dir.proc.*, 2020, 290; I. Pagni, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Società*, 2019, 435; M. Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi d'impresa*, in *Riv.dir.proc.*, 2019, 849. In senso

lezione non sia già stata fatta al momento della pubblicazione dell'istanza. L'onere, in astratto, potrebbe essere complesso ma potrà trovare una adeguata semplificazione sia per la possibilità che si utilizzino i mezzi di comunicazione elettronica, sia perché il giudice può stabilire le forme di comunicazione più opportune. Quanto alla ragione della indicazione dei maggiori creditori, è quella di dar modo al tribunale di assumere informazioni, quand'anche costoro non volessero partecipare all'udienza. Per espressa previsione, poi, sono parti necessarie del procedimento i soggetti nei cui confronti si chiedono specifiche misure cautelari.

Un terzo tema di dibattito attiene al rapporto tra misure cautelari e giudizio di merito.

All'esito della conferma delle misure protettive non è necessario incardinare alcun giudizio, mentre la questione si pone con riguardo alle misure cautelari.

Se la misura cautelare è funzionale alla prosecuzione e al buon esito delle trattative, la strumentalità è certamente allentata: se ipotizziamo che il debitore chieda al giudice di inibire la segnalazione dell'inadempimento alla Centrale rischi della Banca d'Italia perché una siffatta segnalazione potrebbe pregiudicare la trattativa con tutti gli altri creditori finanziari, la funzione del provvedimento cautelare che concede l'inibitoria si esaurisce una volta che il risultato avuto di mira è stato raggiunto, con la conclusione che il debitore, una volta che il provvedimento cautelare è stato emesso, non è obbligato a radicare il giudizio di merito. Fatte le debite distinzioni, la situazione non è diversa da quella che si ritrova nell'art. 54, 1° comma, CCII, laddove si parla di provvedimenti cautelari idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che omologa un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione.

Infine, un argomento di discussione, anch'esso particolarmente delicato, è quello delle interferenze tra le misure (protettive e cautelari) del DL 118/2021 e le misure cautelari dell'art. 15 l.fall.

Il procedere della composizione negoziata è causa di impedimento della dichiarazione di fallimento²⁷ ma non è causa ostativa dell'apertura del procedimento di cui all'art. 15 l.fall.

Nell'ambito del c.d. procedimento prefallimentare il tribunale, su istanza delle parti, può concedere misure cautelari che potranno coincidere con alcune misure nominate (essenzialmente, i sequestri conservativi). L'esperienza, però, si è consolidata in un'altra direzione e cioè quella delle misure innominate, e segnatamente della nomina (più o meno pervasiva, a seconda dei contorni che si leggono nei provvedimenti) di un soggetto che possa, finanche, sostituirsi all'imprenditore nella gestione dell'impresa.

Lasciando in disparte qualche avventurosa fuga in avanti²⁸, vi è una diffusa applicazione da parte dei tribunali fallimentari della nomina di un amministratore giudiziario²⁹.

Dobbiamo, allora, valutare se i provvedimenti cautelari concessi dal tribunale fallimentare, e particolarmente quelli innominati, siano imperme-

abili alla composizione negoziata o se siano destinati ad essere impediti dalle misure di cui all'art. 6 DL 118/2021.

La questione è certamente delicata ma può essere proprio il campo di elezione di quel bilanciamento di interessi cui è chiamato il giudice in tutti i momenti di intervento previsti dal decreto-legge.

Guardando al riferimento letterale che l'art. 6 fa ai 'creditori', potremmo dire che le azioni inibite sono quelle individuali, e che perciò le misure cautelari dell'art. 15, 8° comma, l.fall. non dovrebbero venire colpite dal divieto dato che, sebbene siano anch'esse chieste dai creditori, vengono concesse, tuttavia, a protezione di un interesse collettivo.

Una lettura di sistema, tuttavia, ci porta a ritenere che debba essere, invece, il giudice della composizione negoziata a stabilire se le misure concesse dal tribunale fallimentare possano continuare a produrre effetti nella composizione negoziata. Al modo di un esempio, ove il tribunale fallimentare avesse nominato un amministratore giudiziario con pieni poteri, la composizione negoziata dovrebbe essere avviata proprio dall'amministratore giudiziario; qualora, invece, fosse stato nominato un custode, il giudice della composizione negoziata dovrebbe adottare i provvedimenti volti ad armonizzare i rapporti tra il custode e l'imprenditore. Non si intende, dunque, che il giudice delle misure del DL 118/2021 possa revocare i provvedimenti concessi dal tribunale fallimentare: si intende piuttosto affermare che nel pronunciarsi sulle misure dell'art. 6 il giudice debba armonizzarle con le cautele disposte ai sensi dell'art. 15 l.fall., stabilendo le modalità opportune per rendere praticabile la composizione negoziata.

Situazioni di 'conflitto' come quelle appena indicate potranno dunque presentarsi ma dovranno essere considerate come vicende gestibili grazie al ruolo equilibratore del giudice.

Qualche considerazione va spesa con riferimento alla previsione del quinto comma dell'art. 6 (secondo cui tra le misure protettive vi è il divieto, per i creditori interessati dalle misure protettive, di rifiutare l'adempimento dei contratti o provocarne la risoluzione, o anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore) e alla previsione dell'art. 8, che consente la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. senza sottoporre quest'ultima alla conferma del tribunale.

Quanto alla prima, ad evitare timori di una ampiezza invasiva della previsione, è sufficiente considerare che i "creditori interessati dalle misure protettive" non sono i creditori 'potenzialmente' interessati, ma piuttosto quelli 'concretamente colpiti' dalle misure in questione (e dunque soggetti ad una verifica del tribunale, che, come più volte ripetuto, è chiamato a intervenire in tempi brevissimi), i quali hanno perciò lo strumento della richiesta di revoca se la misura appaia sproporzionata rispetto al pregiudizio loro arrecato.

Quanto alla seconda, è vero che la sospensione non è collegata al COVID, come quella - peraltro di durata assai più lunga (fino all'assemblea che approverà il bilancio dell'esercizio 2025) - prevista dall'art. 6 DL 23/2020, novellato dalla legge di bilancio per l'anno 2021, ma è altrettanto vero che, appunto, si tratta di una sospensione di durata limitata ai sei mesi della composizione negoziata, e che la sospensione non offre un vantaggio competitivo all'imprenditore che dichiara di volersene avvalere sol che si rifletta sul fatto che l'istanza prevista dall'art. 6, comma 1, con la quale la dichiarazione viene resa, è soggetta ad una pubblicità che rende evidente a tutti quale sia la situazione nella quale il debitore versa, aprendo la porta, così, a tutte le iniziative che, in difetto della richiesta di divieto di azioni esecutive e cautelari (nel qual caso si avrà, di nuovo l'intervento del giudice), il debitore si troverà a subire.

È opportuno chiarire, a tale proposito, che il fatto di utilizzare il veicolo del primo comma dell'art. 6 non impone all'imprenditore di richiedere la protezione del patrimonio se non ne ha bisogno, tanto che l'art. 8 è stato volutamente concepito come previsione a se stante e la modifica apportata in sede di conversione ribadisce questa separatezza: ma che, per l'ipotesi in cui la richiesta di protezione e la dichiarazione dell'art. 8 si cumulino, il tribunale potrà valutare, su iniziativa di uno dei creditori intervenuti nel procedimento cautelare, se la sospensione degli obblighi in quanto arrechi pregiudizio non giustifichi la revoca delle altre misure.

Senza contare che, non troppo diversamente da quanto previsto dall'art.

27. In proposito occorre evitare l'equivoco, che potrebbe essere indotto dall'incipit del comma quarto, che il divieto di dichiarare il fallimento segua un regime diverso da quello delle altre misure protettive: quell'incipit prevede la durata "normale" del divieto, che tuttavia verrà meno, in caso di revoca, o potrà essere abbreviato dal giudice, allo stesso modo delle altre misure protettive.

28. Per Trib. Vicenza, 15 gennaio 2018, in *Dir. fall.*, 2018, 1198, l'atipicità dei provvedimenti di cui all'art. 15, 8° comma, l.fall., consente di adottare molteplici strumenti normativi mirati alla salvaguardia del patrimonio o del valore aziendale della società fallenda; l'esercizio provvisorio anticipato, analogo sotto il profilo esecutivo ai provvedimenti di cui all'art. 2409 c.c. e, in presenza dei presupposti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*, alle misure cautelari d'urgenza ex art. 700 c.p.c., proprio in ragione delle modalità esecutive multiformi con le quali può essere disposto e del carattere anticipatorio degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento, consente di avviare nella fase prefallimentare una gestione conservativa, di matrice giudiziaria, incidendo sulla dimensione oggettiva dell'attività d'impresa (attraverso la sospensione temporanea dei poteri di gestione degli amministratori) senza delegittimarne la titolarità.

29. O dell'impresa (Trib. Prato, 4 febbraio 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, 340) o della società (Trib. Udine, 11 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, 80); ma non mancano casi di custodia (Trib. Vibo Valentia, 14 dicembre 2010, in *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Fallimento*, n. 270; Trib. Verona, 21 maggio 2008, in *Foro it.*, 2008, I, 2026).

20 CCII (che considerava però il differimento degli obblighi e la non operatività della causa di scioglimento come una misura protettiva e la assoggettava perciò, correttamente, al medesimo regime di concessione e di revoca), l'impossibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi, che l'art. 20 CCII contemplava come motivo di revoca, è causa di archiviazione della composizione negoziata col conseguente venir meno anche della sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c.

6. Presupposti di accesso *versus* presupposti di perseguibilità della composizione negoziata

L'art. 2 DL 118/2021, nel parlare di "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza", immagina presupposti di accesso al percorso della composizione negoziata?

Questo è l'interrogativo che molti si sono posti. La domanda non è bizzarra, purché non si confonda la composizione negoziata con una procedura trasformando la disposizione dell'art. 2 nella previsione di un giudizio di ammissibilità.

Nel delinearne i presupposti della composizione, il decreto legge ha voluto innanzi tutto valorizzare, nella logica dell'allerta precoce, la rilevanza di un fenomeno molto diffuso e fino ad oggi trascurato, quello della "pre-crisi", quando cioè i bagliori del profitto lasciano il passo al crepuscolo dell'impresa e, pur in una situazione di apparente normalità dei flussi e dei pagamenti, l'attività si sta avviando su un piano inclinato che richiede, per una inversione di rotta, un cambio di passo e una interlocuzione con i creditori o altri soggetti coinvolti: ciò ad evitare che l'imprenditore non sappia riorganizzarsi in modo profittevole e la prosecuzione dell'attività sia destinata presto a bruciare ricchezza³⁰.

L'art. 2 apre così le porte della composizione negoziata anche alla pre-crisi, come stimolo per il debitore a ricorrere all'esperto in modo tempestivo; siamo peraltro consapevoli che, soprattutto nei primi tempi, l'imprenditore presenterà più frequentemente l'istanza di nomina dell'esperto quando versi in una situazione di crisi assai prossima all'insolvenza.

Niente impedisce che ciò accada: la composizione negoziata, come chiarisce anche la modifica dell'art. 9 che menziona l'insolvenza reversibile³¹, non impedisce l'accesso all'imprenditore insolvente, ma, come si spiega bene nel decreto dirigenziale, si regge sull'idea che la sua funzione sia quella di verificare la perseguibilità del risanamento attraverso le trattative.

Se l'esperto, dunque, ravvisa la presenza di uno stato di insolvenza, ciò non gli impedisce di avviare la composizione negoziata, a patto che scorga concrete prospettive di risanamento³² che richiedano di essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito. Allo stesso modo, la via della composizione non sarà praticabile se, pur in una situazione di crisi appena accennata, non vi siano le condizioni per

proseguire l'attività, neppure mediante trasferimento dell'azienda a terzi: si faccia il caso dell'impresa che produce beni o servizi obsoleti e che non abbia le capacità o le risorse per una riconversione in beni o servizi produttivi. E l'esperto dovrà, in qualunque momento reputi che le prospettive di risanamento non vi siano o siano venute meno, far disporre l'archiviazione del fascicolo.

Non si hanno dunque presupposti di accesso ma condizioni per la perseguibilità della composizione negoziata. In tale contesto, sarà consentito allo stesso imprenditore di rimanere al timone dell'impresa (probabilmente anche con un nuovo equipaggio o con qualche co-armatore) per trovare un accordo con alcuni creditori in un ambiente protetto ma lontano dalle luci della ribalta dei corridoi delle sezioni fallimentari, oppure per incamminarsi in uno dei percorsi più strutturati (e tradizionali) disegnati dall'art. 11 DL 118/2021. E quando le forze dell'imprenditore non saranno sufficienti, la soluzione del trasferimento dell'azienda, con tutte le garanzie per i creditori, potrà essere un conveniente *exit* per conservare valore all'impresa e mantenere ricchezza nel mercato, alla condizione che il ricavato consenta all'imprenditore di gestire l'indebitamento con accordi col ceto creditorio.

Ciò significa che più di tutto conta l'aspetto finalistico, il risanamento.

Un altro quesito. È un risanamento fine a sé stesso (non diverso dall'ipotesi della cessione dei complessi aziendali di cui all'art. 27 lett. a) d.lgs. 270/1999, è cioè un risanamento-fine), o è un risanamento mezzo per salvaguardare il miglior interesse dei creditori, sulla scia di quanto previsto, per la c.d. continuità indiretta, nell'art. 186-bis l.fall.?

Nella amministrazione straordinaria si guarda al risultato della prosecuzione dell'attività per il tramite della cessione dei complessi aziendali ma, come è noto, i creditori non sono interpellati e, dunque, la tutela del loro diritto di credito è posposta all'interesse della collettività al mantenimento dell'organismo produttivo. Nella composizione negoziata, al contrario, la soluzione del trasferimento di azienda è il frutto delle trattative e i creditori, quali primi interlocutori, debbono essere in grado di stabilire se il prezzo della cessione possa essere per loro remunerativo.

Il debitore intraprende il percorso per uscirne con una delle soluzioni di cui all'art. 11 DL 118/2021, sicché senza un accordo con i creditori la trattativa si incammina su un binario morto e l'esperto ne dovrà "certificare" l'esaurimento con conseguente piena riesplorazione dei diritti dei creditori. Il trasferimento di azienda non è, allora, mezzo al fine di garantire il migliore soddisfacimento dei creditori ma mezzo al fine di garantire un accordo con i creditori; creditori che se esprimono l'assenso condividono la profittabilità dell'operazione di cessione.

7. Lo snodo cruciale della gestione dell'impresa

Nel § 4 abbiamo precisato che la composizione negoziata non è una procedura concorsuale anche perché non vi è alcuna forma, neppure attenuata, di spossessamento.

Come si è visto, la condizione dell'imprenditore che accede alla composizione negoziata può variare dalla pre-crisi, alla crisi, all'insolvenza reversibile. Si tratta però di un imprenditore che non è spossessato perché non ha ancora fatto accesso ad una procedura concorsuale. Occorre perciò trovare un bilanciamento fra l'esigenza di consentire il mantenimento dell'attività d'impresa e la necessità di evitare condotte potenzialmente pregiudizievoli per gli interessi dei creditori.

L'art. 9 DL 118/2021 è mosso, proprio, dall'idea di contemperare le due contrapposte esigenze, ma in un quadro di responsabilizzazione più che di preventiva dissuasione.

Ricordiamo, prima di tutto, che se l'imprenditore rinuncerà alla riservatezza³³ per avvantaggiarsi delle misure protettive, come è prevedibile che accadrà nella stragrande maggioranza dei casi, la combinazione tra intervento del tribunale e presenza dell'esperto crea una rete che dovrebbe garantire che non vengano realizzate condotte illecite: difatti, ciascun cre-

30. Diversa, ancora, appare la nozione di insolvenza prospettica, sulla quale cfr., Trib. Milano, 9 ottobre 2019, in *Fallimento*, 2020, 122, con nota di M. Spiotta, *Insolvenza (non ancora) prospettica: quali rimedi?*

31. Già con riferimento alla composizione assistita, A. Jorio, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. Fall.*, 2019, 290, osservava che dovesse essere aperta ad accogliere, anche situazioni di insolvenza.

32. Sulla prevalenza della risanabilità rispetto all'insolvenza v., V. Minervini, *Il (necessario) ripensamento delle procedure concorsuali dopo il "lockdown: dal concetto di "insolvenza" a quello di "risanabilità"?*, in *Dir.fall.*, 2020, 965. Per una corretta valutazione della situazione il decreto dirigenziale ricorda che è un dato di comune esperienza che, a fronte i) di una continuità aziendale che distrugge risorse, ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immetterne di nuove, iii) dell'assenza di qualsiasi valore del compendio aziendale, le probabilità che l'insolvenza sia reversibile sono assai remote, e questo indipendentemente dalle scelte dei creditori. Ma negli altri casi, la presenza di uno stato di insolvenza non esclude di per sé l'opportunità della composizione negoziata, quando la possibilità del risanamento potrebbe emergere nel corso delle trattative, grazie ad accordi con i creditori o a seguito di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito.

33. La riservatezza è, anche, una prerogativa dell'allerta, v., M. Houben, *I doveri di riservatezza nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Nuove leggi civ.*, 2020, 740.

ditore, in ogni momento (art. 7, 6° comma) potrà chiedere la revoca delle misure protettive e avviare così la composizione verso il suo naufragio.

Tuttavia, ci saranno tanti altri casi in cui, soprattutto in una prima fase del negoziato, l'imprenditore, potendo, preferirà mantenere la riservatezza: dobbiamo verificare allora quali siano le cautele praticabili in questa situazione.

L'art. 9 ricorda (più che non 'stabilisce') che l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, ma attribuisce all'esperto la facoltà (che diventa obbligo nel caso in cui l'atto compiuto pregiudichi gli interessi dei creditori) di iscrivere il proprio dissenso rispetto agli atti di straordinaria amministrazione o ai pagamenti non coerenti con le trattative o le prospettive di risanamento.

Quando l'imprenditore chiede le misure protettive la cerniera di sicurezza è rappresentata dall'art. 9, 5° comma, nella parte in cui stabilisce che il dissenso dell'esperto, oltre ad essere pubblicato sul registro delle imprese al fine di allertare i creditori, è anche oggetto di segnalazione al tribunale.

Il vero punto delicato, se si vuole (la seconda della condizione in cui versi l'imprenditore), è la gestione dell'impresa quando non venga richiesta la protezione del patrimonio, perché in questo caso non c'è pubblicità all'esterno e non c'è intervento del giudice se non quando occorrono autorizzazioni per la finanza prededucibile o per il trasferimento di azienda (o per la riscrittura delle condizioni contrattuali).

Se l'imprenditore è in crisi, la gestione dell'impresa deve essere improntata alla conservazione della sostenibilità economico-finanziaria della attività; se c'è continuità, non sono pretesi comportamenti meramente conservativi (v. art. 2486 c.c.) ma è richiesta l'adozione di condotte imprenditoriali che siano allineate, proprio, al mantenimento della continuità. Diversamente, quando l'imprenditore si trova in stato di insolvenza, e ciò nondimeno la composizione negoziata può legittimamente proseguire perché è ravvisabile uno degli *exit* di cui all'art. 11³⁴, le regole di condotta cambiano perché, come chiarito dalla legge di conversione (ma lo si ricavava già dal sistema della garanzia patrimoniale), la gestione deve essere orientata a non pregiudicare i diritti dei creditori ("nel prevalente interesse dei creditori", recita oggi l'art. 9), il che significa che la gestione non deve essere meramente conservativa, ma finalizzata alla tutela degli interessi dei creditori.

La legge non prevede sanzioni o inibizioni in caso di condotte pregiudizievoli, ma lascia intatta la responsabilità penale, oltre che civile, del debitore. La composizione negoziata, in questi casi, è solo una opportunità in più, non un salvacondotto per l'imprenditore.

Il sistema della garanzia patrimoniale è costruito appunto nel senso che, pur mantenendo nella titolarità del debitore (che non sia insolvente) il patrimonio, ne prevede un controllo dell'operato attraverso i mezzi di conservazione previsti agli artt. 2900 ss. c.c.: e quando si arriva alla insolvenza, quando si manifesta cioè quella disfunzione che si traduce nell'insufficienza dell'attivo, si ha una riduzione, quando non un vero e proprio esproprio, dei poteri di gestione, e correlativamente il sorgere, almeno per i creditori dell'imprenditore strutturato in forma di società di capitali, di quella sorta di diritto "sul patrimonio altrui" che si può scorgere nella formulazione dell'art. 2394 c.c. (laddove si parla di obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale), e nell'art. 2497 c.c. (laddove si parla di lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società)³⁵.

34. Ma, in senso critico, sui possibili sbocchi della composizione, v., V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *dirittodellacrisi.it*.

35. Se da un lato la formula del codice civile del '42 (nell'esprimere con due norme distinte - l'art. 2740 c.c., per il quale il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni, presenti e futuri; e l'art. 2741 c.c., per cui i creditori, salve le cause legittime di prelazione, hanno ugual diritto di essere soddisfatti su quei beni - il principio che in passato era scolpito da una norma soltanto, l'art. 1949, ove si leggeva che "i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e questi vi hanno un ugual diritto") sta a dimostrare che il legislatore si è consapevolmente orientato verso la concezione che nega un diritto di natura sostanziale dei creditori sui beni del debitore, simile ad una sorta di pegno (così R. Nicolò, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, sub art. 2740 c.c.), dall'altro l'art. 1949 del codice previgente rispecchia la constatazione, insuperata, che, nel sistema del codice, al

L'art. 9 non cambia questa prospettiva. L'imprenditore non è libero di tenere condotte pregiudizievoli per i creditori: i principi della garanzia patrimoniale sono sufficienti a regolarne il comportamento. In questo senso all'art. 12 si dice che rimane ferma la responsabilità per gli atti compiuti.

8. Le autorizzazioni del tribunale

Il potere gestorio dell'imprenditore non solo non è illimitato, per quanto si è detto, ma è soggetto ad autorizzazioni del tribunale quando il debitore vuole ottenere effetti ulteriori rispetto a quelli conseguibili in una normale contrattazione privatistica.

L'imprenditore può contrarre finanziamenti nella misura in cui ha libertà di amministrare, ferma restando la facoltà dell'esperto di dissentire. Sennonché, di fronte ad un imprenditore che manifesta di essere in crisi, è patrimonio di comune esperienza quanto sia difficile che il finanziamento possa essere erogato, talora perché l'assetto regolatorio potrebbe non consentirlo (si pensi ai limiti per le banche)³⁶, talora perché il finanziatore potenziale non ha sufficiente fiducia nel debitore.

Per questo motivo, al fine di incentivare un mercato dei finanziamenti alle imprese in crisi, l'art. 10 DL 118/2021 prevede che su richiesta del debitore il tribunale possa attribuire al credito da rimborso del finanziamento il rango di credito prededucibile. Poiché la composizione negoziata non è una procedura concorsuale, l'attribuzione della preferenza della prededuzione rileva qualora il debitore, successivamente, faccia ingresso in una procedura concorsuale³⁷. Il riconoscimento della prededuzione ai sensi dell'art. 111 l.fall. significa, dunque, introdurre una ipotesi di prededuzione prevista dalla legge. La prededuzione, però, può essere riconosciuta soltanto se il finanziamento assolve al bisogno di garantire la continuità aziendale e se è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori.

In precedenza abbiamo detto, a proposito della continuità aziendale, che nella composizione negoziata non ricorre la formula di cui all'art. 186-bis l.fall.; pertanto, dobbiamo spiegare la ragione per la quale, invece, nell'art. 10 tale locuzione è esplicitata.

Nell'art. 10 si menziona il miglior soddisfacimento dei creditori perché la prededuzione prenderà effetto solo nel caso di apertura di una procedura concorsuale, con la conseguenza che il tribunale, nel disporre l'autorizzazione, dovrà valutare anche lo scenario alternativo e verificare che in quel caso il finanziamento prededucibile è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Si tratta, sostanzialmente, di una prognosi proiettata sulla eventuale procedura concorsuale.

L'assenza di limitazioni al potere gestorio del debitore ha imposto una particolare cautela anche con riguardo al trasferimento di azienda o di rami di azienda. Anche in questo caso, il debitore, *in bonis*, può decidere autonomamente la vendita dell'azienda (o di un suo ramo), pur se trattandosi di atto di straordinaria amministrazione opereranno appieno le garanzie di cui all'art. 9 con particolare riferimento alla condotta dell'esperto.

Tuttavia, se il debitore vuole che la vendita avvenga con la clausola dell'esonerazione dell'acquirente dai debiti insistenti sull'azienda e risultanti dai libri contabili obbligatori (art. 2560, 2° comma, c.c.), deve rivolgersi al tribunale per far ottenere al cessionario l'esenzione parziale dal debito pregresso; esenzione parziale perché resta ferma la responsabilità per i crediti dei lavoratori ai sensi dell'art. 2112 c.c.

diritto all'adempimento del credito in capo al singolo creditore si accompagna un diritto (indifferenziato) dei creditori sul complesso di risorse destinate a garantire la massa dei debiti, seppur mediato dalle regole di funzionamento della garanzia patrimoniale, e dalla scissione tra debito e responsabilità.

36. L. Stanghellini, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Fallimento*, 2021, 1181; A. Guiotto, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, in *Fallimento*, 2021, 1199; P. Rinaldi, *Il fallimento su credito deteriorato*, in *Fallimento*, 2021, 1217.

37. R. Brogi, in *I finanziamenti all'impresa in crisi tra legge fallimentare, Codice della crisi e D.L. n.118 del 2021*, in *Fallimento*, 2021, 1296; A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex D.L. 118/2021*, in *dirittodellacrisi.it*.

Questa previsione è stata oggetto di un intenso dibattito perché, da un lato, si è ritenuto che la previsione della possibilità di deroga al secondo comma dell'art. 2560 cc. faccia rientrare la cessione nello schema della vendita coattiva e, dall'altro, si è paventata la sottrazione del ricavato della cessione da parte dell'imprenditore.

Messa in disparte questa obiezione, di natura fattuale e comunque irrilevante se si pensa che nulla impedisce neppure all'imprenditore in concordato di sottrarre il prezzo in danno dei creditori, va ad ogni buon conto ricordato che, con l'aggiunta contenuta nella legge di conversione, si chiarisce definitivamente che il tribunale, nel concedere l'autorizzazione, potrà adottare, su istanza dei creditori, le determinazioni opportune ad evitare ogni rischio a cautela di tutti.

Più seria è l'obiezione relativa alla natura della vendita.

In proposito dobbiamo ricordare che le vendite coattive e più esattamente quelle forzate (esistendo anche le vendite negoziali in danno ex art. 1515 c.c.) sono quelle che avvengono contro la volontà del debitore (è il caso della esecuzione singolare e di quella fallimentare)³⁸ o per attuare la garanzia patrimoniale, come accade nella liquidazione dei beni del concordato preventivo³⁹.

Al di fuori di questi ambiti non si ha vendita forzata, né il fatto che tanto nell'art. 10 DL 118 quanto nell'art. 105 l.fall. sia possibile la deroga all'accollo cumulativo comporta una automatica iscrizione della vendita nel catalogo delle vendite forzate. La circostanza che nel regime fallimentare (art. 105 l.fall.) e nel regime concordatario (art. 182 l.fall.) sia prevista l'esenzione non vuol dire che là dove c'è esenzione c'è vendita forzata; una cosa è la deroga all'accollo cumulativo, altra cosa è la natura coattiva della vendita. Notiamo, peraltro, che nel fallimento vengono travolti nell'esenzione anche i crediti dei lavoratori a differenza di quanto accade nella composizione negoziata.

Svolte queste precisazioni, la previsione dell'esenzione dai debiti pregressi altro non è che un incentivo ad ottenere migliori condizioni di vendita, nella consapevolezza che il risultato della vendita non potrà mai penalizzare i creditori per la semplice ragione che l'autorizzazione è retta dal 1° comma dell'art. 10 DL 118/2021, là dove è stabilito che il giudice deve valutare il miglior interesse dei creditori⁴⁰. In questo caso, la clausola si giustifica perché c'è uno scenario comparativo: non già tra composizione negoziata e liquidazione, ma tra vendita con il peso dei debiti e vendita al netto dei debiti.

8.1. La rinegoziazione

Come vedremo nelle note finali di questo contributo, la composizione negoziata si ispira (anche) ai principi della partecipazione e della solidarietà.

Nello spirito di una condivisione di sacrifici in nome della solidarietà avrebbe avuto senso allora immaginare che fosse sempre possibile un intervento sulle condizioni dei contratti che ostacolassero le trattative.

Si è preferito invece rinunciare a soluzioni troppo invasive, che avrebbero fatto discutere del regime delle sopravvenienze in generale e del possibile scardinamento di alcuni dogmi del diritto dei contratti, e si è optato per la previsione di un rimedio alle (sole) situazioni in cui la prestazio-

ne contrattuale, in caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia.

Si è previsto così dapprima l'invito alle parti a rinegoziare⁴¹, secondo buona fede, il contenuto dei contratti, e solo dopo, in mancanza di accordo e su domanda dell'imprenditore, l'intervento del tribunale volto a rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale.

Si tratta di comprendere le ragioni della introduzione di una norma che può apparire, di primo acchito, pericolosa.

Di per sé, infatti, è considerazione corretta e al tempo stesso ovvia che, nel contesto dei contratti commerciali, la scelta sul se conservare o meno il contratto e a quali condizioni non possa che essere, come quella di stipularlo, una decisione prettamente imprenditoriale, anche perché difficilmente il giudice chiamato a valutare il nuovo equilibrio tra le prestazioni potrà avere le informazioni (relative al contesto e alle condizioni delle parti) nonché le competenze (conoscenza del settore di mercato, dell'andamento della domanda, degli sviluppi del processo tecnologico) necessarie per prendere decisioni adeguate⁴². Tanto che permettere al giudice di intervenire sul contratto per riequilibrarne le condizioni attraverso il ricorso a clausole generali che non fissano i presupposti del potere, e di farlo, oltretutto, con riferimento a contratti, quelli tipici del rapporto d'impresa, strutturalmente complessi, rischia di produrre risultati che vanno al di là anche delle aspettative del contraente che si è rivolto al giudice. Il rischio aumenta quando l'intervento del giudice venga richiesto nelle forme della tutela cautelare ex art. 700 c.p.c., com'è avvenuto anche troppo di frequente nei mesi passati, per il rischio che si confonda l'atipicità del contenuto del provvedimento con l'ampiezza del potere di intervento giudiziale⁴³.

Nessuno vuole negare l'importanza di una giurisdizione civile per clausole generali o l'opportunità di un diritto giurisprudenziale che superi le barriere di una ragione giuridica astratta e formale⁴⁴. Ma neppure si può negare che se si immagina che il giudice possa, sulla base della clausola generale, effettuare un intervento correttivo sul contratto, il tipo di intervento è ben diverso da quello che avviene a mezzo di sentenze in cui al giudice pure è rimesso un ampio potere interpretativo, come avviene, per esempio, con riferimento alla giusta causa di licenziamento.

Per quanto anche in quel caso i margini di manovra siano ampi, la conclusione è predeterminata dal legislatore. La norma che prevede la clausola generale, per quanto elastica, opera direttamente sui fatti senza immaginare un potere giudiziale di riscrivere il rapporto⁴⁵. Ricorrendo all'equità o alla buona fede per conservare il contratto a condizioni riscritte, invece, la sentenza finisce per produrre un risultato analogo a quello rimesso all'autonomia negoziale, che è potere a spettro ampio, e per andare anche oltre la sentenza costitutiva, che opera comunque in un binario tracciato dalla norma.

Correggendo il contratto il giudice esercita un potere che non solo non è espressamente previsto dalla legge ma che non è neppure a rime ob-

41. I contributi monografici sono numerosi a partire dal volume di F. Macario, *Adeguamento e rinegoziazione dei contratti a lungo termine*, Napoli, 1996, passim.

42. P. Lucarelli e L. Ristori, *I contratti commerciali di durata*, Milano, 2016, 72.

43. I. Pagni, *Crisi d'impresa e crisi del contratto al tempo dell'emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2021, 349.

44. In argomento, v. E. Scoditti, *Ripensare la fattispecie nel tempo delle clausole generali*, in *Questione Giustizia*, 1/2020, 60 ss. Il fascicolo è dedicato al tema delle clausole generali con contributi di G. Alpa, M. Luciani, M.N. Miletta, G. Vettori, F. Macario, M. Orlandi, L. Nivarra, R. Pardolesi e A. Davola, D. Dalfino, G. Federico, R. Rordorf, A.A. Dolmetta.

45. La letteratura in proposito è così ampia che le citazioni in questa sede non sono possibili: ci limitiamo al rinvio a G. D'Amico (a cura di), *Principi e clausole generali nell'evoluzione dell'ordinamento giuridico*, Milano, 2017. Sulla praticabilità di un controllo in Cassazione sulla giurisdizione per clausole generali v. E. Fabiani, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003; più di recente, D. Dalfino, *Norme «vaghe», poteri del giudice e sindacato di legittimità*, nel già citato fascicolo di *Questione Giustizia*, 1/2020, 112 ss.; S.Patti, *Le clausole generali nel diritto processuale civile*, in *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 2021, 25.

38. M. Fabiani, *Natura della vendita forzata e traslazione del rischio da "bene non a norma"*, in *Il processo esecutivo. Liber amicorum Romano Vaccarella*, Milano/Fori-Asiago, 2014, 1456.

39. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014, 79.

40. Il protocollo relativo alla cessione dell'azienda nella composizione negoziata contempla espressamente la possibilità di una selezione dell'acquirente tramite procedure competitive, utilizzando la piattaforma anche per creare data room, e ciò sia pure in un contesto che è esterno a qualsiasi procedura concorsuale. La stessa possibilità, a maggior ragione, si avrà nell'ambito del concordato semplificato, nella fase tra la domanda e l'omologa. Peraltro, la cessione d'azienda è una normale cessione rimessa alle regole dell'autonomia privata, e qualora invece si chieda la deroga alle regole del secondo comma dell'art. 2560 c.c. è previsto l'intervento del tribunale a garanzia dei creditori.

bligate.

Un conto è fondare sui principi di buona fede e solidarietà sociale un obbligo di negoziazione presidiato dallo strumento della responsabilità contrattuale⁴⁶ o da rimedi comunque diversi dalla tutela in forma specifica, altro conto è costruire sul ricorso alle clausole generali un intervento correttivo da parte del giudice che si sostituisca alle parti nell'individuazione del risultato della rinegoziazione. O che addirittura faccia leva sull'art. 2932 c.c. per arrivare a una pronuncia che tenga luogo del nuovo assetto contrattuale non raggiunto dall'autonomia privata.

Soluzioni di questo genere non sembrano davvero praticabili⁴⁷.

Il ricorso alle clausole generali non deve portare ad una sottrazione della negoziazione all'autonomia delle parti. Per stabilire i confini entro i quali il giudice può spingersi occorre distinguere ciò che è conseguenza della violazione della legge (invalidità negoziali, rimedi risarcitori, scioglimento), che è l'ambito elettivo dell'intervento giudiziale, ciò che è integrazione del contratto, possibile a certe condizioni, e ciò che invece presuppone una valutazione prettamente imprenditoriale (conservazione o riduzione ad equità), dove, al pari della stima delle circostanze che possono rendere economicamente conveniente la stipula o il rinnovo di un determinato contratto, attribuire al giudice il potere di intervento non sarebbe diverso da consentirgli di riscrivere la delibera assembleare nell'ipotesi dell'art. 2378, comma 4, c.c., permettergli di superare la *business judgment rule* nelle azioni di responsabilità degli amministratori, oppure, ancora, di sindacare nei suoi profili di congruità e opportunità, nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del posto di lavoro.

Ma allora come si spiega la scelta compiuta dal DL 118/2021 all'art. 10?

La si spiega essenzialmente per due ragioni: perché occorre fornire uno strumento che facilitasse le trattative, non potendosi confidare, soprattutto in una prima fase, sulla sola capacità dell'esperto quale facilitatore (trattandosi di una competenza che richiede una specifica formazione e una pratica sul campo), e perché si è ritenuto - dinanzi al proliferare di ricorsi cautelari volti ad ottenere interventi sul contratto (che non sarebbe stato possibile impedire e che avrebbero potuto essere calati, dal debitore, anche nella cornice dell'art. 7 del decreto legge) - che, da un lato, fosse un rimedio minore del male fare i conti con quei ricorsi ma agganciarli saldamente ad una previa rinegoziazione, quale quella prevista espressamente dal DL; dall'altro lato, che fosse utile fissare dei requisiti rigidi a quei provvedimenti, che ne imponessero la portata limitata nel tempo e la stretta finalità di assicurare la continuità aziendale.

Riteniamo che la versione finale della disposizione sia confezionata con estrema prudenza e che non sia destinata ad irrompere in modo prepotente nelle sacre scritture del diritto dei contratti.

Quando si tratterà di coordinare il DL 118/2021 con il codice della crisi, auspicabilmente nel senso di inserirlo all'interno del Titolo II, si dovrà

46. Per esempio, E. Navarretta, *Covid-19 e disfunzioni sopravvenute*, in AA.VV. *Riflessioni giuridiche sugli effetti della pandemia covid-19*, Pisa, 2020, 9, ricava dagli artt. 1375 e 1175 c.c., *ex fide bona*, un dovere di rinegoziazione secondo buona fede la cui violazione, nel senso di rifiuto a rinegoziare o di una offerta di rinegoziazione a condizioni difformi dalla buona fede, equivarrebbe a violazione del contratto e, dunque, implicherebbe una responsabilità contrattuale che dovrebbe bastare, quale «deterrente, a rendere lo strumento giuridicamente funzionante ed efficace, fermo restando che la rinegoziazione può essere, altresì - prosegue l'A. - agevolata da tutti gli strumenti processuali, a partire dall'art. 185-bis c.p.c., che facilitano la ricerca di soluzioni conciliative»; anche su questo tema, nell'ultimo biennio la dottrina è molto ampia, cfr., in luogo di altri, M.Franzoni, *Il covid-19 e l'esecuzione del contratto*, in *Riv. trim.dir.proc.civ.*, 2021, 1; A. Gentili, *Una proposta sui contratti d'impresa*, cit.; G.Alpa, *Note in margine agli effetti della pandemia sui contratti di durata*, in *Nuova giur.civ.*, suppl., 3/2020, 57.

47. Consonante, nel criticare la soluzione suggerita dalla «Relazione tematica» del Massimario della Corte di Cassazione uscita l'8 luglio 2020, A. Briguglio, *Contro il paternalismo giudiziario a spese dell'autonomia dei privati*, in *Giustizia civile.com*, n. 10/2020.

Contraria a quella che Briguglio definisce «la sentenza costitutiva rinegoziante» auspicando che quella soluzione sia «destinata a sicura ripulsa» (Id., *Arbitrato di equità*, cit.), Trib. Roma, sez. VI, est. Corrias, ord. 15 gennaio 2021, ined.

valutare la sorte di questa norma che, ad oggi, ha una chiara vocazione transitoria.

9. Gestione dell'impresa ed esonero da revocatoria

L'art. 11 descrive le possibili soluzioni a valle della composizione negoziata.

Nella consapevolezza, però, che possa accadere che non sia praticabile alcuna soluzione o che la strada individuata risulti poi infruttuosa con conseguente caduta nel fallimento, l'art. 12 prende in considerazione il tema degli effetti che si possono conservare nelle successive procedure.

Le alternative possibili erano quelle della tutela risarcitoria e della inefficacia. Il decreto legge si è orientato in ambedue le direzioni, mantenendo le responsabilità ed escludendo, a certe condizioni, la revocabilità degli atti.

Gli atti compiuti dall'imprenditore, e ciò al fine di tutelare l'affidamento dei terzi, non sono soggetti a revocatoria quando si tratta di atti, di pagamenti e di garanzie coerenti con l'andamento delle trattative e le prospettive di risanamento⁴⁸. Per prudenza, si è previsto che l'esenzione ricorra per i c.d. «atti normali», ovvero quelli indicati nell'art. 67, 2° comma, l.fall. e che l'esenzione si cumuli con quelle di cui al 3° comma della disposizione (ad esempio i pagamenti nei termini d'uso).

Sottrarli alla revocatoria serve ad evitare il cordone sanitario intorno all'imprenditore, a consentire la continuità aziendale, e non pregiudica la situazione degli altri creditori. Non c'è ragione di fare il paragone con la diversa previsione del 3° comma dell'art. 67, lett. d) ed e), perché sia in quel caso, come in questo, il giudice rimane libero di valutare: là la derivazione esecutiva tra atto e piano attestato, concordato o accordo, qua, invece, la coerenza o meno dell'atto compiuto rispetto alle trattative in corso e alle prospettive di risanamento.

Il beneficio della esenzione da revocatoria non ricorre per gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti per i quali l'esperto abbia manifestato il proprio dissenso, iscrivendolo nel registro delle imprese (o il tribunale abbia rigettato la richiesta di autorizzazione).

Per come è formulata la norma (art. 12, comma 3), il giudice della revocatoria è libero di valutare se i pagamenti non sono coerenti con l'andamento delle trattative o con le prospettive di risanamento anche se l'esperto non abbia iscritto il proprio dissenso, servendo il dissenso solo a ribadire l'operatività della revocatoria e non ad escluderla.

Ovviamente, conservano i propri effetti, se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione, un concordato, anche semplificato, il fallimento ecc., gli atti autorizzati dal tribunale in virtù dell'art. 10.

La conservazione degli effetti rileva, essenzialmente, rispetto ai terzi, perché non va esclusa la responsabilità del debitore, neppure nel caso della concessa autorizzazione: si pensi alla autorizzazione alla contrazione di un finanziamento prededucibile destinato a estinguere il debito nei confronti di una parte correlata.

10. I valori della composizione negoziata

Abbiamo chiarito in apertura che le scelte del decreto-legge non sono ideologiche ma frutto di una riflessione tecnica su una serie di snodi delicati che si pongono a chi debba conciliare l'autonomia negoziale, che caratterizza qualsiasi forma di composizione negoziata, con l'eteronomia giudiziale, quando occorrono interventi a tutela dei diritti. E crediamo di

48. Si pensi, per fare alcuni esempi, il pagamento di retribuzioni a dipendenti; il pagamento di provvigioni ad agenti e di compensi a collaboratori coordinati e continuativi; il pagamento di debiti fiscali e contributivi; il pagamento di debiti commerciali nei confronti di coloro che non siano parti correlate, e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi; il pagamento di rate di mutuo e canoni di leasing alle scadenze contrattuali, quando non siano in essere moratorie dei pagamenti; tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione.

aver dimostrato come il sistema abbia gli anticorpi per contenere il rischio di forme di abuso, sempre possibili in qualunque meccanismo, che si collochi fuori o dentro le procedure concorsuali. Non ci riconosciamo, perciò, nella qualificazione dell'intervento normativo come "controriforma" o "neo-liberista"⁴⁹, neppure quale effetto di una sorta di eterogenesi dei fini.

Quanto al fatto che si tratti di controriforma dovremmo chiederci rispetto a quale riforma, perché ogni riforma è, un po', una controriforma: a ben vedere, forse dovremmo spingerci almeno al codice di commercio per capire quale sia stata la base di partenza. Il sistema è andato avanti per spinte e contropunte (solo per fare un esempio, si è parlato di controriforma rispetto all'intervento legislativo del 2015, quello in cui sono stati innestati i paletti del concordato preventivo, e quella era una controriforma più dirigistica e meno liberale): suggeriamo di evitare di ricorrere a queste classificazioni, che non aiutano granché.

In merito alla "censura" di neo-liberismo, sembra difficile riferirla – almeno per gli autori di questo contributo – a chi per anni e anni ha scritto sulla tutela dei diritti: peraltro, come abbiamo cercato di chiarire, nel DL 118 la tutela dei diritti, il ruolo del giudice, e le garanzie sono tutt'altro che svaniti: al contrario, l'intervento giudiziale ne esce rafforzato, anche se viene richiesto al giudice un cambio di passo e la capacità di analizzare le scelte dell'imprenditore anche al di fuori degli schemi tradizionali del concordato preventivo e dell'istruttoria fallimentare.

Se si vuole dipingere il DL 118/2021 come una sconfinata prateria senza recinzioni (e dunque senza regole) in cui il debitore può fare tutto quello che gli aggrada e magari giocare a danneggiare i creditori, certamente lo si può fare⁵⁰: la libertà della critica, ovviamente, non può mai essere messa in discussione. Ma una analisi attenta delle norme, e un inquadramento delle stesse nella cornice più generale del diritto civile, commerciale, processuale, oltre che concorsuale, consente, a nostro avviso, di superare le perplessità e individuare il corretto punto di equilibrio tra quel che è rimesso alla volontà delle parti (non soltanto del debitore, ma anche dei creditori) e quel che non può sottrarsi al controllo del giudice. Senza scaricare sull'esperto la responsabilità solitaria di impedire eventuali abusi, ma immaginando che l'esperto, i creditori e il giudice, col suo ausiliario, rappresentino quegli anticorpi di cui più volte abbiamo parlato.

Definire la composizione negoziata un percorso 'amichevole' per il debitore è corretto se (i) si valorizza l'accesso spontaneo e se (ii) si enfatizza l'assenza di spossessamento. Al tempo stesso, però, non si debbono dimenticare le garanzie di tenute del sistema, che sono, per vero, molteplici e che, se ne vogliamo fare una rapida rassegna, sono costituite da: (i) immediata nomina e presenza attiva dell'esperto; (b) immediata interlocuzione con i creditori⁵¹; (c) rapido intervento del giudice nel caso di richiesta di misure protettive⁵²; (d) doveri del collegio sindacale⁵³ di segnalare all'imprenditore la sussistenza di una situazione di pre-crisi o di crisi che può essere gestita con la composizione negoziata; (e) possibilità per i creditori di reagire in ogni momento a eventuali distorsioni nell'uso della composizione negoziata, chiedendo al tribunale la revoca delle misure protettive; (f) influenza dell'esperto sulla gestione tramite espressione del dissenso sugli atti di straordinaria amministrazione o potenzialmente pregiudizievoli per i creditori; (g) limitata protezione degli atti compiuti in caso di insuccesso del percorso; (h) permanenza della responsabilità ci-

vile dell'imprenditore per il compimento di atti dannosi; (i) vigilanza del tribunale tramite il rilascio di autorizzazioni; (l) intervento del tribunale, su segnalazione dell'esperto quando è stato manifestato il dissenso.

Se si riflette sul fatto che ci muoviamo in un contesto extra-concorsuale, che viene prima dell'accesso alle procedure, in un percorso che fino ad oggi non era disciplinato (e che neppure nel CCII era regolato sotto il profilo di ciò che poteva accadere durante la composizione assistita), i presidi che abbiamo ricordato non possono che apparire adeguati. Dove non c'era niente, adesso ci sono regole. Si tratta di cautele che, per vero, non ritroviamo nei piani attestati di risanamento, là dove il debitore ha piena libertà di azione durante la fase della negoziazione con i creditori; né alcun vincolo gestorio è fissato per l'imprenditore che tratta per arrivare a presentare un ricorso ai sensi dell'art. 182-bis l.fall., dato che le autorizzazioni di cui all'art. 182-quinquies l.fall. rilevano ai fini della efficacia degli atti in una procedura successiva ma non incidono sulla libertà gestionale dell'imprenditore.

Ed allora, se si mette da parte l'allerta esterna che il DL non poteva reintrodurre così come congegnata nel CCII perché una previsione di legge in tal senso si sarebbe posta in contrasto con la sovranità popolare che l'aveva differita, l'unico, vero, punto di frizione tra la composizione negoziata ed il sistema del Titolo II del codice della crisi è rappresentato dal fatto che nel DL 118 non è previsto che all'esito negativo della negoziazione venga fatta una segnalazione al pubblico ministero⁵⁴.

Se guardiamo le norme senza preconcetti, l'intervento del PM è tutt'altro che pretermesso. Infatti, quando il tribunale è investito della richiesta di conferma, modifica o revoca delle misure o quando è chiamato a rilasciare le autorizzazioni opera come "giudice del procedimento civile" e come tale è legittimato ad operare la segnalazione di cui all'art. 7 l.fall.

E in ogni caso, fermo che è corretto che, quando vengono coinvolti interessi plurali, collettivi e talora di rango pubblicistico⁵⁵, l'ordinamento contempra un intervento di stampo dirigistico espresso dal pubblico ministero, è altrettanto vero che, come accade nella assoluta maggioranza dei Paesi di matrice liberal-democratica, la sola mancata previsione di una segnalazione automatica al pubblico ministero non possa essere letta come se fossero stati travolti i diritti: se così fosse, in tutta Europa avremmo sistemi neo-liberisti, cosa che non crediamo.

10.1. Il valore partecipativo e la solidarietà

Diversamente da quanto talora si è detto, la composizione negoziata, nel recuperare una idea valida del Codice della crisi, non nasce "in vitro" ma nella sua declinazione applicativa è il frutto dell'esperienza delle gestioni delle crisi e della necessità che vengano eliminati alcuni ostacoli alla (corretta) negoziazione, oltre che dell'esigenza di allargare la platea degli interessati al fenomeno al di là del mondo dei "soi disant" professionisti delle crisi.

La composizione negoziata esalta il valore della partecipazione perché non vuole che il debitore, arroccato nei propri sogni con i suoi professionisti, palesi la crisi all'esterno con scelte già compiute; l'aver esteso alla pre-crisi l'accesso al percorso vuol essere il tentativo (che dovrà essere colto con maggiore facilità se ci sarà, ad esempio, una adeguata campagna pubblicitaria) di arrivare precocemente ad un confronto tra l'imprenditore, i creditori, i lavoratori, i fornitori, i clienti, le banche. Un confronto agevolato da un facilitatore, l'esperto, che da una posizione di terzietà ed indipendenza sia in grado di indirizzare le parti verso un determinato obiettivo quante volte, da sole, le parti non siano in grado di raggiungerlo. Se sono coinvolti più soggetti e ciò accade con tempestività è più probabile che si brucino meno risorse, ed è più facile che si stemperino i conflitti. In presenza di crisi d'impresa il confronto coi lavoratori, in aggiunta alle normali consultazioni sindacali, è doveroso, perché i lavoratori non sono soltanto

49. A. Ghedini-M.L. Russotto, *L'istituto della composizione negoziata della crisi, in dirittodellacrisi.it*; D. Galletti, *E' arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare, in ilfallimentarista.it*; P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole, in giustiziainsieme.it*.

50. A. Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi, in dirittodellacrisi.it*.

51. Quando ciò non accade è perché l'esperto reputa che il percorso non possa essere intrapreso e in questo caso si procede spediti verso l'archiviazione, senza alcuna compressione dei diritti dei terzi.

52. Se, invece, il debitore non le richiede e si resta in un clima di riservatezza, il debitore in bonis si trova in una condizione identica a quella in cui si sarebbe trovato senza questo strumento ma con in più la presenza dell'esperto.

53. M.G. Buta, *Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo e del revisore nell'allerta sulla crisi d'impresa, in Nuove leggi civ.*, 2019, 1175.

54. G. D'Attorre, *Gli Ocri: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta, in Fallimento*, 2019, 1439; M. Ferro, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva, in Fallimento*, 2019, 430.

55. S. Di Amato, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2021, 3.

dei creditori, quando lo sono, ma sono anche protagonisti delle iniziative industriali.

Anche interessare relazioni con fornitori e clienti può essere un modo per trovare una intesa, senza troppe forzature, per pattuire nuove condizioni commerciali: anche a questi fini, la presenza dell'esperto è decisiva.

Alla partecipazione deve corrispondere uno spirito di solidarietà. Non ci illudiamo, immaginando una realtà edulcorata, ma riteniamo comunque che la composizione negoziata sia un luogo adatto per smussare gli angoli, per far percepire ad una collettività di soggetti che la crisi dell'impresa singola spesso sconfinava nella crisi del mercato e che la crisi del mercato può essere più pericolosa e più dannosa di una qualche rinuncia. Uno spirito solidaristico non velleitario⁵⁶ che potremmo definire la solidarietà dei vantaggi compensativi⁵⁷.

10.2. Le clausole generali

Il DL 118/2021 è confezionato con un lessico classico e al tempo stesso innovativo, permeato di clausole generali⁵⁸.

Poiché la composizione negoziata è un percorso, riteniamo che la scelta di principi in luogo di un dettaglio infinito di regole sia efficiente e consenta comportamenti elastici, che diano adeguato spazio alla clausola di buona fede e correttezza e incentivino scelte proporzionate e calibrate del giudice.

Questa opzione può, all'inizio, apparire ostica al cospetto della abitudine di discipline costruite su regole e regolette, in cui le interpretazioni vengano necessariamente adottate al microscopio senza grossi spazi per lavorare invece su una visione di sistema, anche perché il sistema, pur troppo, è spesso assente.

La scelta delle clausole generali corrisponde essenzialmente al bisogno di fluidificare il percorso, di dare ai protagonisti più soluzioni, di offrire al giudice la possibilità di adottare provvedimenti secondo la tecnica della sartoria artigianale, con l'impresa - proprio quella che ha chiesto 'aiuto' (e non l'impresa in generale come modello) - al centro del percorso.

Questa è la ragione che spiega l'art. 11 del DL 118/2021, ovverosia quella disposizione che descrive un ventaglio dei possibili esiti della composizione negoziata. È probabile che alcuni di essi saranno più fruibili di altri, ma riteniamo che la pluralità delle soluzioni corrisponda, anch'essa, alla "liquidità" del percorso.

11. Note conclusive

La composizione negoziata nasce volutamente aperta a tutti gli imprenditori, commerciali e agricoli⁵⁹, che abbiano grandi dimensioni o che siano realtà più piccole.

La *ratio* dell'intervento, pensato nel maggio del 2021, è stata influenzata (anche) dal timore che, venute meno progressivamente le misure di sostegno pubblico, la cassa integrazione e le moratorie, un numero consistente di imprese si sarebbe trovata in difficoltà.

Oggi sembra che vi siano segnali di ripresa, e, se così fosse, non potremmo che esserne felici. Ciò non toglie che dare un'opportunità in più alle imprese per reagire efficacemente alla crisi (visto che imprese in crisi ci

saranno sempre) sia un obiettivo che prescinde dal momento contingente e dagli effetti della emergenza sanitaria.

L'effettività del percorso, e cioè l'idoneità della composizione negoziata a produrre i risultati dell'art. 11 DL 118/2021, dovrà essere misurata nel tempo e questo tempo non sarà breve.

È nostra ferma convinzione che il successo o l'insuccesso del nuovo strumento passino attraverso la figura dell'esperto.

L'esperto è la chiave di volta del funzionamento della composizione negoziata, e per questo è necessario che si investa molto sulla sua professionalità attraverso percorsi formativi che lo aiutino nel difficile compito di muoversi su più versanti. La conoscenza del diritto dei contratti, della crisi d'impresa, del diritto sindacale, del diritto processuale, le competenze aziendalistiche sono un requisito necessario, ma non sufficiente per svolgere con competenza il ruolo che il DL 118 ha pensato per l'esperto. L'arte della facilitazione è materia ben diversa dalla conoscenza delle regole di bilancio o dalla confidenza con questa o quella disciplina giuridica, sì che sarà necessario che coloro che aspirano ad assumere l'incarico di esperto affrontino la formazione con umiltà, disponibili a confrontarsi con temi nuovi e non rivendicando soltanto antiche consuetudini.

L'acquisizione, da parte dell'esperto, di un elevato livello di professionalità e il maturare della conseguente autorevolezza sono, a ben vedere, una scommessa, ma confidiamo che il mondo delle professioni sarà all'altezza del compito e che si consolideranno buone prassi, quelle buone prassi che il decreto dirigenziale di accompagnamento al DL 118/2021 ha efficacemente messo a fuoco. Alle imprese e al loro cambio di passo è affidata la scelta se cogliere l'opportunità⁶⁰.

56. Sul valore della solidarietà nel mondo delle imprese, in particolare, nelle situazioni di crisi, v., L.Balestra, *Pandemia, attività d'impresa e solidarietà*, in *Riv.trim.dir. proc.civ.*, 2020, 1153.

57. I tempi cambiano e l'attenzione non prettamente egoistica ad interessi altri si sta diffondendo come si ricava da G. D'Attorre, *La responsabilità sociale dell'impresa insolvente*, in *Riv.dir.civ.*, 2021, 60 ss.

58. G. D'Attorre, *La formulazione legislativa dei principi generali nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Banca, borsa, tit.cred.*, 2019, I, 461; R. Rordorf, *I doveri dei soggetti coinvolti nella regolazione della crisi nell'ambito dei principi generali del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2021, 589.

59. Sull'importanza che anche l'imprenditore agricolo siano assegnate soluzioni di reazione alla crisi v., C. Cecchella, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, 12.

60. S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*; F. Santangeli, *Il DL. 118/2021. Spunti per la conversione*, in *dirittodellacrisi.it*.

Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore

di Michele Perrino, Ordinario di diritto commerciale nell'Università di Palermo

Riflessioni critiche e sistematiche sull'attualità, le prospettive e le criticità dell'allerta nella cornice unionale tracciata dalla Direttiva Insolvency.

Sommario:

1. Premessa. L'allerta fra CCII e Direttiva n. 2019/1023/UE
2. Il carattere "precoce" dell'allerta e gli indicatori della crisi
3. Gli strumenti di rilevazione della crisi. Doveri di attivazione e segnalazione. Previsioni *ad hoc* per i gruppi e le grandi imprese
4. (segue). I servizi di consulenza
5. Destinatari dell'allerta, fra incentivo e sanzione. Le misure premiali per il debitore
6. Accesso alle informazioni da parte dei debitori in crisi...
7. (segue)... e dei rappresentanti dei lavoratori
8. Considerazioni d'insieme

1. Premessa. L'allerta fra CCII e Direttiva n. 2019/1023/UE

Il recentissimo rinvio al 31 dicembre 2023 – disposto con il decreto legge 24 agosto 2021, n. 118, art. 1 lett. b), conv. in l. 21 ottobre 2021, n. 147 – dell'entrata in vigore della disciplina dell'allerta, fin qui contenuta nel Codice della crisi di impresa e di insolvenza (d'ora in poi anche "CCII") di cui al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, insieme alla pure recente delega legislativa (cfr. art. 1, comma 1, e All. A, n. 22, l. 22 aprile 2021, n. 53) per il recepimento della Direttiva 20 giugno 2019, n. 2019/1023/UE (c.d. Direttiva *Insolvency*), offre l'occasione per un pur rapido inventario dei temi di ulteriore e per certi versi necessario intervento sulla riforma del diritto della crisi *in itinere*, per via di integrazione o modifica delle attuali disposizioni in materia, onde dare piena attuazione alle pertinenti previsioni unionali.

Un inventario da compiersi dando – come ovvio – coordinato rilievo sia ai "considerando" che alle "disposizioni" della citata Direttiva n. 1023/2019 (avente ad oggetto, come risulta dalla sua intitolazione, "i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione"); consapevoli che tale disciplina europea non potrà non comportare una significativa rivisitazione della disciplina nazionale dell'allerta², prima della sua definitiva entrata in vigore e profittando ora del succitato rinvio, disposto peraltro per ragioni non tanto connesse all'esigenza di conformazione al diritto UE, quanto piuttosto espressamente riferite alle criticità del perdurante contesto pandemico (come emerge dalle premesse del decreto 24 agosto 2021, oltre che dalla sua relazione illustrativa)³.

Il tema, com'è noto, è controverso. Lo testimonia, nel recente processo italiano di riforma, l'altalenare dei testi che si sono succeduti, dai lavori

della Commissione ministeriale presieduta da Renato Rordorf alla legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, fino alla attuale disciplina prevista agli artt. 12-25 del CCII, oggetto nella parte che qui interessa di alcuni ritocchi da parte del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (c.d. decreto correttivo), di cui si è già dato analiticamente conto in altre sedi cui, per brevità, si rinvia⁴.

Ai presenti fini, ci si limiterà a richiamare di volta in volta l'anzidetta disciplina del CCII in materia – con i limiti (e rischi) connessi alla sua provvisorietà – in contrappunto con i temi additati in materia dal legislatore europeo come oggetto di intervento dei Paesi membri, con la citata Direttiva n. 2019/1023.

2. Il carattere "precoce" dell'allerta e gli indicatori della crisi

Nel quadro della Direttiva *Insolvency*, il tema degli strumenti di allerta precoce si colloca sul piano delle misure previste dall'art. 1, comma 1, lett. c), secondo cui "La presente direttiva stabilisce norme in materia di [...] c) misure per aumentare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione". Gli strumenti di allerta servono cioè, nell'impianto della Direttiva, ad incentivare il debitore a richiedere, appunto, in una fase precoce, l'accesso ai quadri (alle procedure cioè) e alle tecniche di ristrutturazione preventiva disponibili. E ciò in vista dell'obiettivo di "aumentare l'efficienza" di tali quadri di ristrutturazione, dal punto di vista dell'interesse a che l'intervento sia il più possibile "precoce", qui nel senso di "tempestivo".

L'assunto alla base della tematica dell'allerta è del resto che la crisi di impresa, se non tempestivamente affrontata, è idonea alla progressiva distruzione dei valori coinvolti nella relativa attività, in pregiudizio di tutti gli interessi in gioco; e che per converso un intervento quanto più tempestivo di trattazione della crisi valga invece rispettivamente a massimizzare e proteggere quei valori ed interessi.

Nella Direttiva UE n. 2019/1023 ricorre al riguardo il termine inglese *early*, cui si è data la traduzione italiana di *precoce* (*Die Frühwarnsysteme*, nella traduzione tedesca; *Outils d'alerte précoce*, in quella francese).

La parola ha in italiano un significato generico, che denota il verificarsi di qualcosa prima di quanto sia normale e può avere sia un'accezione positiva (es: un'intelligenza, un talento *precoce*) sia quella negativa di "prematuro" (es: una senescenza *precoce*).

Sull'importanza della tempestività dell'intervento rileva anche il Cons. 22

1. La Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 2016/0359 del 22 novembre 2016, di cui la vigente Direttiva costituisce sviluppo, si rivolgeva in termini solo lessicalmente diversi a "i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti".

2. Per un primo confronto con la disciplina dell'allerta nel CCII cfr. P.Vella, *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della direttiva (ue) 2019/1023*, in *Il caso.it*, 24 luglio 2019, p. 22 ss.

3. Cfr. ivi p. 1. Sulle ragioni del rinvio cfr. anche S.Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Il caso.it*, 9 agosto 2021, p. 5; e L.Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021, p. 4, per il quale "è dunque chiaro l'obiettivo che ha mosso il legislatore: prendere atto che la pandemia ha reso rapidamente obsoleta l'innovazione più significativa introdotta con il codice della crisi, le misure di allerta".

4. Cfr., per tutti (il numero dei contributi in materia è elevatissimo), M.Perrino, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr.giur.*, 2019, 653 ss.; v. pure L.Salvato, *Strumenti di allerta e di composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del covid-19)*, in *Giustiziacivile.com*, 16 aprile 2020.

della Direttiva: “Quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un’insolvenza imminente o, nel caso di un’impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione”. Prosegue il Cons. 22 che “È opportuno pertanto [...] predisporre uno o più strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce”. Di rilievo anche il cons. 24: “È opportuno che i debitori, comprese le persone giuridiche e, ove previsto dal diritto nazionale, le persone fisiche e i gruppi di imprese, possano disporre di un quadro di ristrutturazione che consenta loro di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, quando sembra probabile che l’insolvenza possa essere evitata e la sostenibilità dell’attività assicurata”.

In tal senso, la fase di intervento deve essere precoce, ma non *prematuro*. Così, da un lato (cons. 24, Direttiva), “Un quadro di ristrutturazione dovrebbe essere disponibile prima che il debitore diventi insolvente ai sensi del diritto nazionale, ossia prima che soddisfi le condizioni previste dal diritto nazionale per avviare procedure concorsuali per insolvenza, che di norma comportano lo spossamento totale del debitore e la nomina di un curatore”. Dall’altro, “Onde evitare abusi dei quadri di ristrutturazione, è opportuno che le difficoltà finanziarie del debitore presentino una *probabilità di insolvenza*”, scongiurando interventi prematuri in situazioni in cui non v’è in effetti necessità di una ristrutturazione, né quindi, fra l’altro, di imporre ai creditori non consenzienti quelle rinunce che i profili di concorsualità di alcuni quadri di ristrutturazione preventiva, come i concordati preventivi ed oggi anche e sempre più gli accordi di ristrutturazione, sono idonei a far subire.

In termini coerenti con quanto precede, l’art. 3, comma 1, Direttiva n. 2019/1023 dispone che gli strumenti di allerta precoce debbano essere “in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio” (corsivo ns.).

In vista di tale obiettivo, si tratta dunque ed anzitutto di far sì che la crisi sia riconosciuta ai suoi albori, sulla base di indizi sufficientemente univoci e oggettivamente indiscutibili, per ciò stesso idonei a ridurre i margini di opinabilità circa il ricorrere dei presupposti giustificativi di un intervento di ristrutturazione dell’impresa e della sua situazione debitoria. Al tempo stesso, occorre che gli indicatori di crisi prescelti corrispondano ad una fase adeguata dell’impresa in difficoltà⁵, idonea a fungere da presupposto di attivazione dei meccanismi di allerta senza: da un lato, suscitare allarmi indebitamente precoci, tali da seminare ingiustificate paure nel mercato e provocare, anziché scongiurare, un aggravamento della crisi⁶; dall’altro di intervenire quando è ormai troppo tardi e l’impresa precipita inarrestabilmente verso l’insolvenza.

In tal senso, la scelta compiuta già dalla legge delega n. 155/2017 e poi dal CCII è stata quella di distinguere gli indizi della “crisi” – definita all’art. 2, lett. a), CCII come “lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore” – idonei a far scattare gli obblighi di segnalazione posti, da un lato, a carico degli organi interni di controllo e gli oneri di attivazione da parte dell’imprenditore; dagli indicatori, dall’altro lato, che fungono invece da presupposto dei doveri di segnalazione in capo a creditori qualificati.

Quanto al primo ordine di indizi, com’è noto, la loro individuazione ha luogo mediante rinvio ai parametri stabiliti per la valutazione di tempestività dell’iniziativa assunta dall’imprenditore, rilevante onde accedere alle misure premiali in tal caso previste: parametri oggetto di una specificazione *ex ante* affidata dall’art. 13, comma 2, del CCII, al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili con elaborazione a cadenza almeno triennale degli indicatori della crisi in discorso, da realizzarsi in modo distinto per ogni tipologia di attività economica secondo le classifi-

cazioni I.S.T.A.T., e dovendo tener conto delle “migliori prassi nazionali ed internazionali”. Di natura diversa dai precedenti sono gli indicatori della crisi, posti dalla legge delega quali innesco dei doveri di allerta posti a carico dei creditori pubblici qualificati: il riferimento è qui al “perdurare di inadempimenti di importo rilevante”, dando rilievo al dato quantitativo dell’indebitamento, con evidente intento semplificativo dell’applicazione⁷.

Tutto considerato, si tratta di una disciplina articolata in guisa da tener già conto delle istanze dialettiche indicate dalla Direttiva 1023/2019.

Semmai, occorre comprendere se l’individuazione del presupposto di attivazione delle misure di allerta, che il CCII individua nella “crisi”, come sopra definita all’art. 2 lett. a), possa o debba essere ulteriormente precisato (ed eventualmente ampliato) onde meglio coincidere con quelle “situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza”, che l’art. 3, comma 1, della Direttiva contempla quali oggetto degli strumenti di allerta precoce⁸. Su questa via sembra collocarsi ora l’art. 2, comma 1, d.l. n. 118/2021, nell’individuare quale presupposto di accesso del debitore al nuovo strumento della “composizione negoziata” ivi previsto le “condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza”: dizione della quale si è colta l’idoneità ad intercettare “anche le situazioni di ‘pre-crisi’”, cioè “la c.d. twilight zone, fase economico-temporale della vita dell’impresa che precede la crisi vera e propria”⁹, così da poter affrontare le stesse crisi d’impresa (non solo le insolvenze) precocemente, anche prima cioè che si siano come tali effettivamente delineate¹⁰.

Altra cosa è la valutazione di tenuta degli indicatori di crisi in discorso rispetto ad uno scenario straordinario come quello drammatico della pandemia da Covid-19, idoneo a compromettere la stessa capacità selettiva dei parametri prescelti o a renderne destabilizzante l’applicazione, nel pieno di una inusitata e imprevedibile turbolenza economica: quella stessa valutazione, che ha motivato i ripetuti rinvii dell’entrata in vigore della nuova disciplina, in attesa di orizzonti migliori e più adatti all’innesto senza soverchi traumi o perfino esiti fallaci del sistema nazionale dell’allerta per la crisi d’impresa.

3. Gli strumenti di rilevazione della crisi. Doveri di attivazione e segnalazione. Previsioni *ad hoc* per i gruppi e le grandi imprese

Sul distinto tema degli strumenti di rilevazione della crisi, dei congegni

7. Cfr. art. 15, comma 2, CCII.

8. In questa direzione, v. l’importante rilievo di L.Panzani, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit., p. 3, nel senso che “che l’allerta esterna per i parametri di riferimento scelti dal legislatore nell’individuare il presupposto dell’obbligo di segnalazione, riguardava per l’entità del credito non soddisfatto che provocava la segnalazione, soprattutto imprese ormai insolventi. Se si volesse rivitalizzare l’allerta, rinviata ma non abrogata, occorrerebbe rivedere integralmente questi parametri e sondare la disponibilità e capacità dei creditori istituzionali (agenzia delle entrate, enti previdenziali, ecc.) ad intervenire in modo efficace”.

9. Cfr. S.Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 5 agosto 2021, p. 1.

10. pure sul tema M.Fabiani, *La proposta della Commissione Pagni all’esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2 agosto 2021, p. 4, secondo cui si tratta di aiutare l’imprenditore “a prevenire la crisi, prima ancora che risolverla. L’idea di fondo è quella di intercettare situazioni di difficoltà economica, finanziaria e patrimoniale che possono essere lontane dal concetto di crisi, palesemente schiacciato su quello di insolvenza declinato nel codice della crisi”.

11. In argomento cfr. anche S.Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ilcaso.it*, 23 agosto 2021, p. 6 ss., ove l’osservazione secondo cui l’allargamento del presupposto oggettivo della composizione negoziata, nel d.l. n. 118/2021, anche alla “situazione in cui è probabile – ma non ancora in atto – il verificarsi di un semplice stato di crisi”, fa sì che lo stesso presupposto “deve ritenersi comprensivo non solo dello stato di temporanea difficoltà dell’impresa (analogamente, *mutatis mutandis*, a quanto era previsto per la vecchia amministrazione controllata), ma anche della crisi e dell’insolvenza, purché reversibile” (ivi, p. 8).

5. Per una scansione temporale delle tipiche situazioni che si succedono quanto un’azienda entra in crisi, cfr. A.Danovi-P.Riva, *Le cinque fasi della crisi e dell’allerta*, in *Il fallimentarista*, 20 agosto 2018, 3 ss.

6. Segnalava da lungi e con chiarezza rischi siffatti M.Sandulli, *sub Art. 160*, in A.Nigro-M.Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, p. 981 s.

cioè idonei a far sì che gli indizi di crisi di cui si è detto vengano tempestivamente riconosciuti e fatti ulteriormente rilevare a chi spetta, al fine della precoce attivazione di idonee contromisure, la Direttiva UE n. 2019/1023 prevede all'art. 3, comma 2, che "Gli strumenti di allerta precoce possono includere:

- a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento;
- b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private;
- c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi".

Rispetto a un catalogo siffatto, la riforma italiana *in itinere* si concentra nell'attuale testo del CCII sugli strumenti di cui alle succitate lettere a) e c), assortendo una pluralità di congegni che coinvolgono:

- sia l'imprenditore e, nel caso di società, i suoi organi gestori, mercé l'estensione dell'obbligo di istituire assetti organizzativi adeguati, già sancito dal vigente codice civile quale generale contenuto dei doveri gestori degli amministratori di s.p.a. (cfr. art. 2381 c.c.), rispetto ora a tutti gli imprenditori e agli amministratori di tutti i tipi societari, nel novellato art. 2086 c.c., profilando tale adeguatezza "anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale", e perciò con doveroso apprestamento di presidi funzionali all'allerta, cui si aggiunge la parimenti generale previsione dell'obbligo "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"; tutto ciò con l'incentivo per cui l'assolvimento tempestivo di tale obbligo di attivazione, ex art. 24 CCII, costituisce il presupposto per la concessione di misure premiali, sia di natura patrimoniale che in termini di responsabilità personale (inclusa fra le prime "una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa", e fra le seconde l'introduzione di cause di non punibilità o attenuanti ad effetto speciale per reati fallimentari e non, cfr. art. 25 CCII);

- sia gli organi di controllo societari e i revisori (ai quali il CCII, all'art. 14, comma 4, offre quale ulteriore strumento conoscitivo, onde assecondarne la tempestività di attivazione, e pur non essendovene base nella legge delega n. 155/2017¹¹, l'obbligo degli istituti di credito e degli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 del T.U.B. di dar loro notizia delle variazioni o revisioni o revoche negli affidamenti comunicate al cliente), con l'obbligo di avvisare l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi (c.d. allerta "interna") e, in caso di omesso o insoddisfacente riscontro, di informarne tempestivamente l'organismo di composizione assistita della crisi (OCRI); obbligo la cui osservanza è perfino prevista - con una disposizione di discutibile ampiezza, meritevole di essere riconsiderata nel riaperto percorso di revisione e messa a punto della riforma - "causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione";

- sia ancora i creditori pubblici qualificati (tra cui l'Agenzia delle entrate, gli enti previdenziali e gli agenti della riscossione delle imposte), con l'obbligo - ascrivibile all'area dei "Meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento", ex art. 3, co. 2, lett. a, Direttiva - di immediato avviso al debitore che la sua esposizione ha superato l'importo rilevante fissato per legge quale corrispondente indicatore di crisi e che, in difetto di attivazione entro tre mesi mediante pagamento¹², accordo col creditore o accesso ad una procedura concorsuale

oppure a quella di composizione assistita gestita dall'OCRI, lo stesso creditore segnalerà l'indicatore di allerta agli organi di controllo della società e all'organismo di composizione della crisi (obbligo di avviso e segnalazione la cui inosservanza è sanzionata dall'inefficacia dei privilegi accordati ai crediti dei soggetti in parola o per i quali gli stessi procedono¹³, e perfino, quanto all'obbligo di avviso a carico dell'agente della riscossione delle imposte, con la "inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione", cfr. art. 15, comma 1, CCII).

Se, per quanto sopra, la riforma italiana *in itinere* sembra già contenere elementi attuativi dello strumentario tracciato dall'art. 3, comma 2, della Direttiva, alle surriferite lettere a) e c), restano però ancora spazi di intervento da riempire.

Innanzitutto, la Direttiva n. 2019/1023 prevede al Cons. 22 che "Gli Stati membri dovrebbero essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione delle dimensioni dell'impresa e stabilire specifiche disposizioni in materia di strumenti di allerta precoce per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità".

Per converso, il CCII estende sensibilmente (art. 12, commi 4 e 5) l'elenco dei casi di esclusione dall'applicazione degli strumenti di allerta - che la delega, nell'affidarne l'individuazione al governo, indicava "in particolare" nelle società quotate in borsa o altro mercato regolamentato e nelle grandi imprese come definite dalla normativa UE (art. 4, lett. b, L. n. 155/2017) - anche a: gruppi di imprese di rilevante dimensione; società con azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri CONSOB; banche, società capogruppo di banche e società componenti il gruppo bancario; intermediari finanziari iscritti nell'albo ex art. 106 T.U.B.; istituti di moneta elettronica e di pagamento; SIM, società di gestione del risparmio, SICAV e SICAF, società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e società componenti il gruppo; fondi comuni di investimento, succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi; depositari centrali; fondazioni bancarie di cui al D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153; Cassa depositi e prestiti; fondi pensione; imprese di assicurazione e riassicurazione; società fiduciarie.

In tal senso, la Direttiva attende di essere compiutamente attuata nel nostro ordinamento, con riferimento in particolare all'introduzione di aposite previsioni per i gruppi di società e per le imprese diverse dalle piccole e medie imprese.

4. (segue). I servizi di consulenza

Ancora, un'area di necessaria riconsiderazione sembra quella dei "servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private", come detto inclusi fra gli "strumenti di allerta precoce" dall'art. 3, comma 2, lett. b), della Direttiva, tenuto conto altresì delle previsioni dei considerando 17 e 70, secondo cui:

- (Cons. 17) "Le imprese, e in particolare le PMI, che rappresentano il 99% di tutte le imprese nell'Unione, [...] hanno maggiore probabilità di essere liquidate invece di essere ristrutturate poiché devono sostenere costi proporzionalmente di gran lunga più elevati rispetto a quelli sostenuti dalle società di maggiori dimensioni. Al fine di aiutare tali debitori a ristrutturarsi a basso costo, [...] dovrebbero essere predisposti anche strumenti di allerta precoce per segnalare ai debitori la necessità urgente di agire, tenendo conto delle risorse limitate a disposizione delle PMI per l'assunzione di esperti";

- (Cons. 70) "Qualora l'impresa versi in difficoltà finanziarie, i dirigenti dovrebbero prendere misure per ridurre al minimo le perdite ed evitare l'insolvenza, come: richiedere consulenza professionale, anche sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, ad esempio facendo ricorso a strumenti

11. Lo rileva anche S.Ambrosini, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in *OCI*, 30 agosto 2018, p.8. Quanto al diritto UE ora in esame, nella originaria Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 2016/0359 del 22 novembre 2016, erano previsti anche "obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito", che non compaiono più espressamente nel testo finale della Direttiva n. 1023/2019, ma che possono forse ritenersi inclusi nella soprariportata lett. a) dell'art. 3, comma 2, della stessa Direttiva.

12. Sul carattere poco vigilato di tale previsione rispetto al possibile incentivo a pa-

gamenti non rispettosi della *par condicio creditorum*, cfr. S.Ambrosini, *op.ult.cit.*, p. 4.
13. Osserva icasticamente M.S.Spolodoro, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv.soc.*, 2018, p. 173, che si tratta di "sanzione forse troppo drastica e che potrebbe spingere funzionari terrorizzati dallo spettro della responsabilità contabile a trasformarsi in altrettanti «petits Robespierre de la procédure d'alerte»".

di allerta precoce, se del caso”.

Ora, in diretta correlazione con l'apprestamento dei predetti “servizi di consulenza” si pone nell'attuale CCII l'istituzione del nuovo soggetto con rilievo pubblicistico, chiamato a svolgere funzioni di consulenza ed assistenza alle imprese in difficoltà, denominato *organismo di composizione della crisi di impresa* (OCRI) – posto a fianco dell'attuale organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC), che resta competente per le imprese “minori” (nuova denominazione delle piccole imprese ai fini delle norme concorsuali) – da costituire presso ciascuna camera di commercio e chiamato a nominare di volta in volta un collegio di almeno tre esperti costituito *ad hoc* per ciascuna situazione di crisi; all'OCRI è affidata nel CCII italiano la gestione della *procedura di allerta* in senso stretto (art. 18, commi 1 e 4, CCII) e dell'eventuale *procedimento di composizione assistita della crisi* (artt. 19-23 CCII).

Senonché l'interrogativo da porsi è se, nel caso dell'OCRI italiano, si tratti pur sempre di “servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private”, come vorrebbe la Direttiva, o piuttosto di servizi di consulenza sostanzialmente *imposti* alle imprese¹⁴, come da erogarsi soltanto da un organismo para-pubblico, posto in una sorta di posizione di *esclusiva territoriale* della consulenza, con costi significativi a carico dell'imprenditore in crisi.

Fra l'altro, è da chiedersi se davvero serva in tutti i casi un collegio di tre esperti, con i costi che ciò comporta, anche eventualmente a carico dei creditori concorsuali (cfr. art. 23 CCII, nonché l'art. 6, comma 1, lett. a, CCII, che ne prevede il carattere prededucibile); costi da sostenere anche nel caso in cui l'attività svolta dall'OCRI si riduca alla mera “audizione del debitore” ai sensi dell'art. 18 CCII; in alternativa, avrebbe potuto prevedersi ad esempio un solo esperto, e che i tre profili - aziendalistico, contabile, legale (cfr. art. 17, comma 4, CCII) - potessero essere integrati solo su richiesta del debitore che fosse sprovvisto della possibilità di accedere alle relative professionalità attraverso consulenti di sua fiducia. È peraltro in questa direzione che sembra muovere la recente introduzione, con gli artt. 2 ss. dell'ultimo d.l. 24 agosto 2021, n. 118, della figura dell'esperto indipendente *unico*, chiamato ad assistere l'imprenditore in difficoltà che ne faccia richiesta nel neostituito strumento di “composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa”¹⁵.

Soprattutto, tornando all'attuale disciplina dell'allerta nel CCII, lascia perplessi il carattere *obbligato* del servizio di consulenza pur così fornito dall'OCRI, atteso che, una volta ricevuta la segnalazione, il medesimo “OCRI è tenuto a gestire il procedimento di allerta, ai sensi dell'art. 18 CCII”¹⁶, a prescindere da una iniziativa del debitore e soprattutto con possibili esiti del tutto indipendenti dalla sua volontà, come la segnalazione al PM ex art. 22.

E lascia altresì dubbiosi l'“esclusiva” attribuita all'OCRI territorialmente competente (secondo i criteri dell'art. 16, comma 2, CCII), cui è assegnato una sorta di monopolio su base territoriale dei servizi di consulenza¹⁷, cui

14. Ne dà atto S.Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, p. 8, parlando della “assistenza ‘imposta’ di un organismo collegiale (OCRI)”.

15. Una introduzione nata appunto dalla consapevolezza, come segnala M.Fabiani, *La proposta della Commissione Pagni all'esame del Governo*, cit., p. 6, che nell'attuale scenario l'impianto congegnato per l'OCRI “non sarebbe stato sufficiente e, soprattutto sarebbe stato costoso per le imprese per la presenza di tre componenti dell'organismo, così come eccessivamente burocratico”.

16. Cfr. F.Pacileo, *Gli «strumenti d'allerta» tra Early Warning Tools e Preventive Restructuring Frameworks*, in *Riv.dir.comm.*, 2020, p. 162, nt. 9

17. Valga rammentare come tutto diverso e ben più aperto sia il “mercato” degli OCC, cioè degli organismi di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinati dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3 e dal decreto del Ministro della giustizia del 24 settembre 2014, n. 202 e successive modificazioni, che svolgono i compiti di composizione assistita della crisi da sovraindebitamento e, secondo il CCII, le stesse procedure di allerta per le imprese minori e quelle agricole, come prevede l'art. 17, comma 6, CCII: “Quando il referente verifica, ricevuta la segnalazione dei soggetti qualificati o l'istanza del debitore, che si tratta di impresa minore ai sensi dell'articolo 2, comma 1, lettera d), ovvero di impresa agricola (aggiunta del corrett., art. 3 comma 5 ult.cpv), convoca il debitore dinanzi all'OCC competente per territorio indicato dal debitore o

il debitore non potrebbe sottrarsi neppure dimostrando di godere già di simili servizi erogati da altre fonti pubbliche o private: dimostrazione che, ove invece venisse ammessa, consentirebbe di aprire in materia alla creazione di un corrispondente mercato dei servizi in discorso, da erogarsi da parte di (come vuole la Direttiva) *organizzazioni pubbliche o private* (eventualmente istituite *ad hoc*), ulteriore e peculiare rispetto al già esistente mercato dei servizi di consulenza professionale alle imprese in crisi. Esempi diversi sono del resto già presenti nello scenario europeo¹⁸.

5. Destinatari dell'allerta, fra incentivo e sanzione. Le misure premiali per il debitore

Il tema degli obbiettivi dell'allerta si lega indissolubilmente a quello dei destinatari del *warning*, i quali nell'impianto della Direttiva n. 2019/1023 sono essenzialmente *i debitori*, che si tratta di incentivare all'azione precoce.

Così, secondo il Cons. 22 “È opportuno [...] predisporre uno o più strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce”; e l'articolo 3, comma 1, della Direttiva parla di “uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare *al debitore* la necessità di agire senza indugio” (corsivo ns.).

In tal senso, come è stato osservato¹⁹, “scopo della direttiva è, evidentemente, quello di aumentare l'autoconsapevolezza del debitore, facendo leva sugli strumenti c.d. di allerta interna e di assistenza al debitore”.

Rispetto alla prospettiva unionale, il CCII prevede invece quali destina-

in difetto individuato sulla base di un criterio di rotazione, ai fini e dell'eventuale avvio del procedimento di composizione assistita della crisi”.

18. Un'esperienza di organizzazioni private attive in quest'ambito è quella francese dei Gruppi di prevenzione certificati, associazioni di operatori economici i quali forniscono agli aderenti un'analisi confidenziale delle informazioni economiche, contabili e finanziarie che li riguardano, segnalando agli stessi eventuali indici di difficoltà (art. L. 611-1, Code de Commerce). In particolare, l'allerta “esterna” in Francia può essere attivata anche dai *groupements de prévention agréés* (c.d. “raggruppamenti di prevenzione”), ai sensi dell'art. L. 611-1 code de com. Si tratta di organismi istituiti dall'art. 33 della L. 84 del 1984 e costituiti su base regionale da società commerciali e da persone giuridiche di diritto privato, ai quali gli imprenditori hanno la facoltà di aderire fornendo al “raggruppamento” tutta la documentazione finanziaria e contabile della propria azienda; la loro missione consiste, appunto, nel segnalare agli aderenti l'insorgenza di eventuali “...indices des difficultés” (art. L. 611-1, comma 3, code de com.). In tal caso i *groupements de prévention* possono proporre agli aderenti l'assistenza di un esperto, con l'incarico di eseguire un'analisi più approfondita della situazione, anche in funzione di favorire l'ingresso precoce in una delle procedure di *résolution amiable des difficultés des entreprises*.

Un'altra recente esperienza è quella di EWE, Early Warning Europe, forma di assistenza pensata per le PMI in Europa, avviata e supportata dalla Commissione europea attraverso lo SBA-*Small Business Act* (presentato nel giugno 2008 dalla Commissione Europea e approvato dal Parlamento Europeo e dal Consiglio Europeo nel Dicembre 2008, è un pacchetto di principi guida e misure concrete volti a sostenere la crescita e la competitività delle piccole imprese) e il COSME (acronimo di *Competitiveness of enterprises and Small and Medium-sized Enterprises*, è il programma dell'UE per la competitività delle imprese per il periodo 2014-2020). Obiettivo principale del progetto è diffondere il funzionamento dei meccanismi di allerta precoce in tutti gli Stati membri dell'UE.

Pure interessante è il caso di PRE SOLVE (*PREventing business failure ad inSOLVency*), progetto finanziato dalla Commissione europea, attraverso la Direzione generale della Giustizia, che prevede il coinvolgimento di Camere di Commercio di otto Paesi, tra cui l'Italia, con il coordinamento di Eurochambres. Esso promuove l'utilizzo di strumenti di supporto per gli imprenditori in difficoltà, per favorire la diagnosi della loro situazione aziendale, l'analisi dei costi, il miglioramento della gestione della catena amministrativa, la conoscenza delle varie opzioni di gestione dei conflitti, l'eventuale sostegno psicologico all'imprenditore in difficoltà e la riprogrammazione del business plan per sostenere la “second chance”. Per altre notizie e considerazioni cfr. F.Pacileo, *op.cit.*, 173 ss.

19. Cfr. L.Stanghellini, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, p. 875.

tari delle segnalazioni non solo il debitore ma, a certe condizioni, anche l'OCRI, il quale a sua volta a certe condizioni è mittente di segnalazioni ai soggetti qualificati, ex artt. 14 e 15, ed al Pubblico Ministero; ed al contempo oscilla tra le prospettive dell'incentivo all'intervento e della sanzione in caso di omessa attivazione.

Così, nel caso dell'allerta interna affidata agli organi di controllo societari, la segnalazione circa l'esistenza di fondati indizi della crisi ha per destinatari l'organo amministrativo e, nel caso di omessa o inadeguata risposta entro il successivo termine massimo di 30 giorni, o di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, l'OCRI, fornendogli ogni elemento utile per le relative determinazioni.

Analogamente, quanto all'allerta esterna devoluta ai creditori pubblici qualificati, la segnalazione del superamento dell'esposizione debitoria rilevante ha per destinatari il debitore (art. 15, comma 1) e – se entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso egli non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito con le modalità previste dalla legge, o se, per l'Agenzia delle entrate, non risulterà in regola con il pagamento rateale del debito previsto dall'articolo 3-bis del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462, o non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza – l'OCRI, anche per la segnalazione agli organi di controllo della società (art. 15, commi 1 e 4, CCII).

Diversa è però nei due casi suddetti la prospettiva: nel primo quella dell'incentivo (la stessa prospettiva, cioè, adottata per il debitore con la previsione delle misure premiali di cui all'art. 25 CCII); nella seconda, essenzialmente, quella della sanzione.

In particolare, è di incentivo per gli organi di controllo, in base all'art. 14, comma 3, CCII, secondo cui la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo, e nei casi come sopra previsti all'OCRI, costituisce esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione; ma ciò “a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI”, segnalazione che a norma dello stesso art. 14 comma 3 deve essere effettuata anche nel caso di “inadeguata risposta” dell'organo amministrativo: con il rischio che qualsiasi risposta possa essere ritenuta “inadeguata”, al fine di creare il presupposto di una segnalazione all'OCRI che valga alla ricercata esimente da responsabilità, così da generare un incentivo perverso alla stessa segnalazione²⁰, ben lungi dal tipo di incentivi programmati dalla Direttiva.

Per i creditori pubblici qualificati - Agenzia delle entrate, Istituto nazionale della previdenza sociale e Agente della riscossione -, la prospettiva sembra invece, anziché quella del mero incentivo, l'altra della sanzione, come emerge da ciò che la segnalazione entro i termini ex art. 15 comma 3 per i primi due soggetti è prevista a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari, per il terzo a pena di inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione.

6. Accesso alle informazioni da parte dei debitori in crisi...

Tema centrale nella recente disciplina europea, che figura nella stessa rubrica dell'art. 3 Direttiva 1023/2019 (“Allerta precoce e accesso alle informazioni”) è quello dell'accesso alle informazioni.

In base al Cons. 22, infatti, “È opportuno pertanto dare informazioni chiare, aggiornate, concise e di facile consultazione sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili e predisporre uno o più strumenti di allerta precoce [...]. Gli Stati membri dovrebbero rendere disponibili online

informazioni sugli strumenti di allerta precoce, ad esempio su una pagina web o un sito web dedicati”.

Anche l'art. 3 della Direttiva dispone, al comma 1, che gli Stati membri assicurino l'accesso dei debitori a “uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti”; al successivo comma 3 prevede che “Gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione”; e al comma 4 che “Gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione”.

Nell'attuale testo del CCII, probabilmente in rapporto con il disposto del succitato comma 4 può porsi soltanto l'art. 15, comma 6, secondo cui “6. Le Camere di commercio rendono disponibile, esclusivamente ai creditori pubblici qualificati, un elenco nazionale dei soggetti a cui sono applicabili le misure di allerta, da cui risultino anche le domande dagli stessi presentate per la composizione assistita della crisi o per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza”: un sistema di informazione invero assai limitato, sia quanto al suo oggetto che ai destinatari, unicamente costituiti dai creditori pubblici qualificati.

Un notevole passo avanti nella prospettiva unionale²¹ è invece quello ora compiuto dal d.l. n. 118/2021, allorché istituisce (art. 3, commi 1 e 2) “una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura”, nella quale è resa “disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento e un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati”; affidando ad un successivo decreto dirigenziale del Ministero della giustizia²² il compito di definire “il contenuto della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le indicazioni per la redazione del piano di risanamento e le modalità di esecuzione del test pratico”.

Come segnala la relazione illustrativa, viene così fra l'altro predisposto uno strumento di auto-diagnosi anche preventiva in favore dell'imprenditore, permettendogli di verificare in ogni momento la propria situazione e la reale praticabilità di un percorso di risanamento, in particolare comprendendo (augurabilmente, in attesa dell'anzidetto decreto ministeriale attuativo) “in modo semplice e rapido, la sostenibilità del debito accumulato tramite i flussi finanziari futuri e dunque la gravità dello squilibrio esistente e la sua eventuale reversibilità”.

7. (segue)... e dei rappresentanti dei lavoratori

Resta peraltro da completare la conformazione della disciplina nazionale in materia a quella unionale, atteso che l'accesso alle informazioni sugli strumenti di allerta, secondo la recente normativa europea, deve essere in particolare assicurato anche ai rappresentanti dei lavoratori, per l'inevitabile impatto – com'è appena il caso di annotare – che la rilevazione di indizi di crisi e la conseguente adozione di misure di ristrutturazione ha sulle posizioni di tali fondamentali *stakeholder*.

In base al Cons. 23 della Direttiva n. 2019/1023, infatti, “Al fine di aumentare il sostegno ai lavoratori e ai loro rappresentanti, gli Stati membri dovrebbero assicurare che i rappresentanti dei lavoratori possano accedere a informazioni pertinenti e aggiornate sulla disponibilità di strumenti di allerta precoce e dovrebbe essere possibile per essi prestare sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore”.

Al successivo art. 3 si prevede poi, nel comma 3, che “Gli Stati membri

20. Cfr. anche A.Nigro-D.Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, 5a ed., Bologna, Il Mulino, 2021, p. 94, circa il rischio di “di condurre ad un flusso incontrollato di segnalazioni, in funzione meramente cautelativa, da parte degli organi di controllo della società, con possibili gravi ripercussioni per quest'ultima”.

21. Lo nota anche A. Jorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *Dirittodellacrisi.it*, 1 ottobre 2021, p. 10 s.

22. Approvato il 28 settembre 2021.

provvedono affinché [...] i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e sulle misure di ristrutturazione e di esdebitazione”; e nel comma 5 che “Gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore”.

Rispetto a tali previsioni, nel silenzio dell'attuale testo del CCII, un deciso avanzamento è ora costituito dall'art. 4, comma 8, del d.l. n. 118/2021, ove si prevedono modalità di informazione e coinvolgimento dei lavoratori nella neoistituita fase di composizione negoziata di cui agli artt. 2 ss. dello stesso decreto, ed in particolare che “Ove non siano previste, dalla legge o dai contratti collettivi di cui all'articolo 2, comma 1, lettera g), del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25, diverse procedure di informazione e consultazione, se nel corso della composizione negoziata sono assunte rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni, il datore di lavoro che occupa complessivamente più di quindici dipendenti, prima della adozione delle misure, informa con comunicazione scritta, trasmessa anche tramite posta elettronica certificata, i soggetti sindacali di cui all'articolo 47, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 428”, i quali possono chiedere all'imprenditore un incontro ed attivare una conseguente consultazione, con la obbligatoria partecipazione dell'esperto (“si svolge con la partecipazione dell'esperto”), e con vincolo di riservatezza.

Tale nuova disciplina, di cui la relazione illustrativa al recente d.l. a ragione rivendica il (però ancora parziale) “ossequio alla direttiva (UE) 2019/1023, e alla direttiva 2002/14/CE dalla prima richiamata”²³, serve sia ora ulteriormente integrata da un regolato sistema di accesso anche preventivo dei rappresentanti dei lavoratori alle informazioni, già oggi rese disponibili ai debitori, grazie alla richiamata piattaforma telematica di cui all'art. 3, commi 1 e 2, d.l. n. 118/2021; e potrebbe altresì essere completata (il comma 5 dell'art. 3 della Direttiva parla infatti di una possibilità al riguardo, anziché di un obbligo, degli Stati membri) dalla previsione di forme di “sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore” (art. 3, comma 5, Direttiva n. 2019/1023).

A quest'ultimo fine, il previsto (si ripete, possibile) “sostegno” degli Stati membri, onde facilitare valutazioni altrimenti complesse da parte dei rappresentanti dei lavoratori, che necessitano di adeguato supporto consulenziale fornito da esperti, specie nei casi di imprese medio-grandi e/o facenti parte di un gruppo, ed in ogni caso al fine di poter consentire agli stessi di orientarsi fra le informazioni rese dall'imprenditore, ad esempio discernendo eventuali strategie orientate a prospettare crisi o insolvenze meramente “tattiche” o di comodo, potrebbe fra l'altro tradursi in supporto finanziario del ricorso ad esperti scelti dai lavoratori, quantomeno ove manchi un sostegno alternativo da parte dell'impresa o un fondo a ciò dedicato; o, in alternativa, nella previsione di un'obbligatoria messa a disposizione e interlocuzione dell'esperto (o degli esperti, nel caso dell'OCRI) di nomina pubblicistica con i sindacati, i comitati aziendali o i rappresentanti dei lavoratori, secondo il modello già adottato, s'è appena visto, nella disciplina del nuovo percorso di composizione negoziata di cui agli artt. 2 ss. del d.l. n. 118/2021²⁴.

Si tratta dunque di una vasta area di – in parte dovuto, in altra parte facoltativo, per come visto – intervento del legislatore italiano, al fine di realizzare un compiuto recepimento della Direttiva *Insolvency*.

8. Considerazioni d'insieme

In definitiva, la recente riforma concorsuale avviata dalla l. n. 155/2017,

23. Cfr. in particolare i cons. 60-61 e l'art. 13, Direttiva n. 2019/1023.

24. Si vedano in materia le considerazioni e proposte contenute nel documento “Linee guida e raccomandazioni” redatto dal CES - Confédération européenne des syndicats nel 2019 proprio con riferimento alla Direttiva n. 2019/1023, reperibile su <https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-10/Brochure%20Insolvency%20Guideline.IT.pdf>.

nella parte in cui introduce nel diritto italiano della crisi d'impresa gli strumenti di allerta, se posta a confronto con i contenuti della Direttiva europea n. 2019/1023 appare per un verso estendersi oltre (senza per questo necessariamente confliggere con) il perimetro del tema come delimitato dai principi unionali, per altro verso evidenziare ancora larghi spazi aperti di (necessaria o anche solo possibile e auspicabile) integrazione.

Sullo sfondo, l'orizzonte generale in cui orientarsi è quello per cui la cultura dell'allerta, quale pilastro ormai indeclinabile – peraltro ormai da tempo innestato nel nostro ordinamento, con la precisazione e l'approfondimento dei doveri organizzativi dell'imprenditore, in seno al c.d. diritto societario della crisi, e ora con la loro generalizzazione nel novellato art. 2086 c.c. – di una disciplina rivolta ai debitori (non solo imprenditori) in difficoltà finanziaria, in crisi o insolventi, non può che coniugarsi nei singoli ordinamenti nazionali con i modelli ideologici e/o i progetti giuspolitici del legislatore storico, che possono ben divergere e anche oscillare nel tempo, come del resto avvenuto nella stessa recente evoluzione della riforma italiana *in itinere* del diritto della crisi: fra una prospettiva più innervata di lineamenti pubblicistici, connotata da profili di coattività per il debitore e presidiata da risvolti sanzionatori e ampi spazi di intervento autoritativo giudiziale, qual è quella consegnata al testo attuale del CCII; ed un'ottica, come quella della *Direttiva Insolvency* così come qui osservata nei punti prima richiamati, più incentrata su tecniche di *incentivo* ad iniziative volontarie del debitore e su un sistema duttile e articolato di servizi di consulenza e di informazione: quella stessa ottica che, come da più parti osservato, sembra ora privilegiata dalle recenti “misure urgenti in materia di crisi d'impresa”, di cui al d.l. n. 118/2021²⁵.

Con un nodo dialettico ed una conseguente scelta da compiersi, mai scevra dalla necessità di attingere un equilibrio critico in cui, a fronte del serio pericolo di intempestività dell'intervento e di un'indebita dispersione di ricchezza, connesso ad un eccessivo affidamento sulla solerte iniziativa del debitore, sta il rischio (anch'esso non sottovalutabile) che, per converso, un sistema troppo oneroso, occhiuto e invasivo di allerta possa finire col farne temere oltre misura la stessa entrata in vigore e poi, prevedibilmente, per porre le premesse di una fuga dalla sua corrente ed ordinata applicazione.

25. Al riguardo si è subito innescato un acceso dibattito, non privo di critiche acuminata: cfr. D.Galletti, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è, se vi pare*, in *Ilfallimentarista*, 27 luglio 2021, il quale non esita a parlare polemicamente di “controriforma”; F.Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il “de profundis” per il sistema dell'allerta*, *ivi*, 25 agosto 2021, che censura una “oscillazione del pendolo legislativo verso le istanze filo-privatistiche”; più distese le analisi di S.Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa*, *cit.*, che parla della soluzione proposta dal d.l. n. 118/2021 nella chiave di “un'allerta autogestita” (p. 8); S.Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti*, *cit.*, il quale pur osserva che “viene drasticamente abbassato il tasso di coercitività dei meccanismi di c.d. *early warning* all'italiana” (p. 2); M.Fabiani, *La proposta della Commissione Pagni*, *cit.*, p. 2 ss., con illustrazione delle ragioni di fondo degli interventi in materia con il d.l. n. 118/2021; L.Panzani, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, *cit.*, ove il rilievo che “La volontarietà della composizione negoziata, incentinata dal ruolo attribuito all'organo di controllo societario e dal ruolo, non punitivo, attribuito all'esperto negoziatore, tiene conto del mutato quadro di riferimento economico e sociale, sul presupposto immutato dell'obbligo di istituire e mantenere assetti adeguati alla tempestiva rilevazione della crisi secondo il precetto dell'art. 2086 c.c.” (p. 3); A.Jorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, *cit.*, *passim*. Si veda anche, dopo la conversione in legge del d.l. n. 118/2021, la pacata e argomentata riflessione di I.Pagni-M.Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Diritto-dellacrisi.it*, 2 novembre 2021.

Le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa

di Fabio Santangeli, Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Catania

Quali sono gli obiettivi sottesi all'istituto della composizione negoziata e quali gli snodi operativi che attendono le imprese nel futuro prossimo e nel medio periodo? La riflessione muove sul crinale tra attualità e prospettive del nuovo strumento.

Sommario:

1. La relazione
2. Lo stato dell'arte. La situazione al momento dell'adozione delle nuove misure
3. Gli obiettivi della composizione negoziata
4. I prossimi passi?

1. La relazione

Il 13 ottobre 2021 il Senato della Repubblica ha approvato, con modificazioni, il decreto legge 24 agosto 2021 n. 118, recante misure urgenti in materia di crisi e di risanamento aziendale. La Camera dei Deputati, infine, lo ha convertito in legge il 21 ottobre 2021 (n. 147).

La legge contiene una serie di disposizioni tese a contribuire o a meglio affrontare nel prossimo futuro situazioni di difficoltà o crisi aziendali; tra queste, spicca il nuovo strumento della "composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa".

Per individuare le ragioni che hanno condotto all'adozione di questo nuovo istituto un grande ausilio è offerto dalla Relazione al decreto legge, che è estremamente chiara.

Delle Relazioni, in genere, l'avvertenza è "diffidare"; quello che si scrive, spesso, non è la descrizione della realtà e delle vere finalità dei provvedimenti; al di fuori delle affermazioni "commendevoli" si celano spesso (ulteriori se non contrapposti) obiettivi che si ritiene opportuno, per svariate ragioni, non esplicitare.

Come si leggerà, tuttavia, non è questo il caso, e pertanto l'analisi delle ragioni alla base delle nuove misure può essere condotta seguendo, per lo più, le riflessioni della relazione.

2. Lo stato dell'arte. La situazione al momento dell'adozione delle nuove misure

La relazione ricorda come il decreto legge *interviene nella attuale situazione di generalizzata crisi economica causata dalla pandemia da SARS-CoV-2 per fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti per prevenire l'insorgenza di situazione di crisi o per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili...*

Molte delle imprese che non saranno in grado di garantire la propria continuità aziendale... non hanno, ad oggi, idonei mezzi o strumenti per analizzare e comprendere la situazione in cui si trovano né per evitare che la crisi degeneri in dissesto irreversibile. Tale constatazione è particolarmente evidente per le micro, piccole e medie imprese, che rappresentano il substrato del sistema produttivo nazionale e che possono essere efficacemente sostenute se le si accompagna in un processo di presa di coscienza della situazione aziendale esistente e delle soluzioni praticabili per prevenire la crisi o per raggiungere il risanamento aziendale in caso di crisi, o di insolvenza, già esistente.

È difficile, in tutta franchezza, non concordare con queste osservazioni; colgono nel segno, sia nella percezione del pericolo imminente, sia nella consapevolezza della necessità di offrire immediatamente (ciò che rende comprensibile il ricorso al decreto legge) alle imprese ulteriori strumenti per prevenire o superare fasi di crisi.

3. Gli obiettivi della composizione negoziata

Pertanto, continua la Relazione, «*È necessario intervenire, in via d'urgenza, ...fornendo, nel contempo, agli imprenditori in difficoltà ulteriori strumenti, efficaci e meno onerosi, per il risanamento delle attività che rischiano di uscire dal mercato.*

Proprio perché il mero rinvio del Codice della crisi di impresa¹ non è risolutivo, ad esso si affiancano due tipologie di interventi: l'introduzione di un nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà, di tipo negoziale e stragiudiziale, e la modifica del regio decreto n. 267 del 1942 con l'anticipazione di alcune disposizioni dello stesso Codice ritenute utili ad affrontare la crisi economica in atto².

Il nuovo strumento è denominato "composizione negoziata della crisi". Si tratta di un percorso più strutturato rispetto a quello previsto dal Codice della crisi d'impresa, adeguato alle mutate esigenze di cui si è detto e meno oneroso, con il quale si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo d'azienda. Non vi sono requisiti dimensionali di accesso alla composizione negoziata, che è concepita con strumento utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali iscritte nel registro delle imprese, comprese le società agricole.

La scelta compiuta è quella di affiancare all'imprenditore un esperto nel campo della ristrutturazione, terzo e indipendente e munito di specifiche competenze, al quale è affidato il compito di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa...

Il percorso della composizione è esclusivamente di tipo volontario ed è dunque attivabile solo dalle imprese che decidono di farvi ricorso.....».

Il d.l., quindi, ha introdotto un istituto di nuovo conio, con tratti davvero originali (completato tempestivamente ed esaustivamente da un Decreto Dirigenziale del Ministero della Giustizia³ estremamente chiaro), frutto dell'eccellente lavoro svolto dalla Commissione di Riforma⁴.

Si rivolge a potenziali situazioni di crisi⁵ che, se certo oggi esacerbate

1. La scelta della data, il 16 maggio 2022 "tiene conto del termine entro il quale deve essere recepita la direttiva UE, sia del disposto dell'art. 31, 1° comma, della legge 24 dicembre 2012 n. 234". Così Ambrosini, *Il doppio rinvio del cci: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, in www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it, 2021, § 2.

2. M. Fabiani I.Pagni, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata*, in questo Speciale, ai § 1 e2, spiegano le ragioni che hanno condotto alla necessità del rinvio.

3. V. G. Nardecchia, *Anticipazioni del codice della crisi: le modifiche della legge fallimentare*, in questo Speciale.

4. Decreto del 28 settembre 2021.

5. La Commissione di Riforma istituita con decreto di nomina del 22 aprile 2021, presieduta dalla prof.ssa Ilaria Pagni.

6. La disciplina, all'art. 2, individua, al di là delle formule, una situazione di reale diffi-

dal momento post pandemico, sono state, sono e saranno francamente fisiologiche per un gran numero di imprese.

Non pretende evidentemente di essere la panacea di tutti i mali; non fornisce, ad esempio, garanzie statali per finanziamenti a imprese meritevoli, non fornisce formazione per gli imprenditori, non garantisce strumenti sostanziali di supporto al tessuto economico etc... per queste cose il legislatore ha pensato, pensa, e penserà ad altri strumenti. Sarebbe un errore, pertanto, riporre aspettative esagerate sulla "composizione negoziata per le soluzioni delle crisi d'impresa".

Allo stato attuale, peraltro, il debitore ha già una vasta gamma di strumenti per reagire ad una situazione di crisi. Egli può ritenere opportuno evitare di compiere azioni affrettate o inconsulte ed attendere che la situazione si risolva da sola; può innovare ed intervenire sul proprio ciclo produttivo, può agire con dinamiche esclusivamente privatistiche cercando accordi con alcuni o tutti gli interessati, può concludere accordi garantiti da un "piano attestato di risanamento" ex art. 67 l.f., può proporre un concordato preventivo, una convenzione di moratoria, un accordo di ristrutturazione, ovvero le attuali procedure concorsuali "minori". In generale, più si chiede la protezione del patrimonio del debitore, più il contraltare è l'ingresso di un giudice, un ingessamento nella gestione dell'impresa, dalla limitata possibilità di pagare debiti precedenti alle difficoltà nel concludere atti di straordinaria amministrazione (ciò che rende spesso impossibile imprimere all'impresa in termini rapidi quel deciso cambio di passo talora indispensabile).

La composizione negoziata si offre, allora, semplicemente come un ulteriore strumento a disposizione del debitore per reagire ad una situazione di difficoltà grazie anche ad una nuova serie di misure ed incentivi, che sembrano particolarmente pensate ed efficaci se adottati in una fase iniziale di difficoltà.

Ed in effetti, la nuova disciplina⁶ ha dei tratti originali di notevole interesse⁷.

Lodevolmente, si lascia la decisione di ricorrere o no alle nuove disposizioni all'imprenditore⁸, la si induce adottando intelligenti misure premiali, soprattutto in materia tributaria⁹ (ma addirittura, financo la rinegoziazione

coltà dell'impresa alla base dell'adozione del nuovo strumento; un momento, pertanto, anche ancora anteriore alla vera e propria crisi (nei sensi di cui all'art. 2 lett. a) comma 1° c.c.i. E per rispondere a queste situazioni (in cui una reazione tempestiva può garantire la ricerca di soluzioni senza che prima si sia inutilmente bruciata ricchezza) il nuovo strumento appare, almeno in alcuni casi, francamente davvero adatto.

M. Fabiani - I. Pagni, *op. cit.*, al § 6, ritengono che la situazione di difficoltà non debba essere considerata come un vero e proprio presupposto oggettivo necessario per l'avvio della composizione, valorizzando invece l'attenzione alle concrete possibilità di risanamento. Diversamente, Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, in *www.dirittodellacrisi.it*.

Ma l'ambito di applicazione della disposizione è comunque ben più ampio; l'art. 9, per come emendato in Senato, espressamente precisa come anche un'impresa allo stato insolvente, ma con concrete prospettive di risanamento, possa tentare la strada della composizione negoziata.

6. V. V. Minervini, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency". Prime riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, 2021, per la sintonia delle disposizioni in commento con la Direttiva 2019/1023, insieme tuttavia alla necessità, per evitare tensioni con i principi europei di diritto della concorrenza, che le nuove regole siano adottabili solo da imprese davvero risanabili.

7. L'apprezzamento, tuttavia, non è certo unanime, contra ad es. F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, in *www.lfallimentarista.it*, 2021; Galletti, *Breve storia di una (control) riforma "annunciata"*, in *www.lfallimentarista.it*, 2021.

8. Naturalmente, non qualunque imprenditore potrà efficacemente utilizzare il nuovo strumento; la "composizione negoziata" (ed i conseguenti potenziali benefit anche in caso di insuccesso del tentativo) è riservata solo alle ipotesi in cui sia almeno tendenzialmente possibile ipotizzare, ad esempio, anche grazie a forti riduzioni dei crediti vantati dai creditori con accordi raggiunti anche grazie alla figura dell'esperto, un verosimile risanamento dell'impresa.

9. Tuttavia, mi sembra forse eccessivo ritenere da questo che nella composizione negoziata il primato della *business rescue culture* si imponga; ferma certa la centralità del salvataggio della impresa in crisi, della tutela della continuità dell'impresa in senso oggettivo, non può dirsi che gli interessi dei creditori siano tout court sacrificati

"forzosa" di contratti¹⁰; si tranquillizza il debitore¹¹ garantendo che eventuali risultati non positivi non condurranno all'attivazione di un procedimento concorsuale davanti al tribunale fallimentare.

Ed anzi il tribunale, attraverso l'uso della concessione delle misure cautelari, delle autorizzazioni etc, diviene oggettivamente per l'imprenditore *uno strumento di ulteriore ausilio per la soluzione concordata delle crisi, e non più una istituzione da temere*¹².

Si mantiene, ancora, all'imprenditore l'onere di gestione dell'azienda¹³, favorendone, con le giuste cautele, anche la cessione come strumento di risoluzione della crisi.

Il legislatore, infine, sembra davvero puntare davvero sull'"esperto" (in ambito *restructuring/turn around*), alla cui figura, ai poteri e limiti è dedicata parte del Decreto Dirigenziale tempestivamente emesso, che si preoccupa di puntualizzare da subito i compiti analiticamente, con una indicazione chiara delle apprezzabili *best practices* che si consiglia di seguire¹⁴, lasciando tuttavia il giusto spazio alla sensibilità dell'esperto per coniugare la disciplina generale alle molteplici e mutevoli esigenze del caso concreto oggetto dell'intervento. È auspicabile, in effetti, ad esempio che proprio la capacità dell'esperto come organo terzo non scelto dal debitore possa far percepire ai terzi ed in particolare ai creditori la utilità di una proposta (contrapposta alle conseguenze nel caso del rigetto), e la fattibilità della stessa avendola sottoposta ad un attento ed imparziale esame.

Ma, ancora, il favore per l'imprenditore che con correttezza e serietà¹⁵ abbia deciso di utilizzare lo strumento della "composizione negoziata", si estenderà anche alle ipotesi in cui il tentativo non abbia successo; a tacer d'altro, attraverso la figura del "concordato liquidatorio", che consente di individuare una disciplina di chiusura della sfortunata esperienza imprenditoriale attraverso una peculiare figura concorsuale minore, tesa (a

cati e neanche che il ruolo dell'imprenditore in crisi sia subordinato ad altre esigenze certo più commendevoli (per quanto sia rimarchevole la previsione del Decreto Dirigenziale che accompagna le nuove disposizioni legislative che valuta tanto gli assetti organizzativi che le capacità tecniche per eseguire il piano di risanamento); non si prevede certo, ad esempio, la possibilità di un concordato preventivo proposto da terzi per il salvataggio dell'impresa, ad esempio, o un risanamento tramite sacrifici imposto ai creditori contrari, e dunque forse la "composizione negoziata" appare fenomeno non così innovativo almeno sotto questo profilo. Diversamente, V. Minervini, *op.cit.*

10. Una rinegoziazione affidata al giudice dall'art. 10 comma 2.

11. Tuttavia, mi sembra forse eccessivo ritenere da questo che nella composizione negoziata il primato della *business rescue culture* si imponga; ferma certa la centralità del salvataggio della impresa in crisi, della tutela della continuità dell'impresa in senso oggettivo, non può dirsi che gli interessi dei creditori siano *tout court* sacrificati e neanche che il ruolo dell'imprenditore in crisi sia subordinato ad altre esigenze certo più commendevoli (per quanto sia rimarchevole la previsione del Decreto Dirigenziale che accompagna le nuove disposizioni legislative che valuta tanto gli assetti organizzativi che le capacità tecniche per eseguire il piano di risanamento); non si prevede certo, ad esempio, la possibilità di un concordato preventivo proposto da terzi per il salvataggio dell'impresa, ad esempio, o un risanamento tramite sacrifici imposto ai creditori contrari, e dunque forse la "composizione negoziata" appare fenomeno non così innovativo almeno sotto questo profilo. Diversamente, Minervini, *op.cit.*

12. Se pure, avvertono M. Fabiani - I. Pagni, *op.cit.*, § 10, il tribunale, chiamato nel corso della procedura di composizione negoziata a rilasciare autorizzazioni, o confermare, modificare o revocare misure protettive o cautelari, opera come giudice civile, come tale legittimato a operare la segnalazione di cui all'art. 7 l.f., che può condurre alla dichiarazione di fallimento.

13. Il potere gestorio è, ad esempio, soggetto ad autorizzazione da parte del tribunale ex art. 10 comma 1 lett. a-c) se l'imprenditore intende acquisire un finanziamento se si voglia assegnare il rango di prededuzione al credito di rimborso, o ai sensi dell'art. 10 comma 1 lett. d) quando il debitore intenda procedere alla cessione dell'azienda o di un suo ramo con parziale esenzione dei debiti pregressi, a prescindere dalle indicazioni per l'imprenditore nella gestione dell'impresa nella fase delle trattative indicate dall'art. 9.

14. Le indicazioni del Decreto Dirigenziale sembrano ispirate dal documento "*Crisi d'impresa. Indici di allerta*" del 20 ottobre 2019 espresso dal CNDCEC.

15. L'art. 18, per come emendato in Senato, espressamente richiede come condizione per la presentazione del concordato semplificato, che l'esperto abbia dichiarato che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede.

evitare il fallimento e) a liquidare nel più breve tempo possibile le imprese non più sostenibili, con dinamiche assai più rapide, efficienti, leggere e facilitate (non è ad esempio richiesta l'approvazione dei creditori), che anche da sole si riveleranno in concreto potente incentivo per l'adozione della composizione negoziata per l'imprenditore in crisi.

Tanto, dunque, si è costruito; e sembra a portata di mano che lo strumento della composizione negoziata aiuti a convincere l'imprenditore, prima, della necessità di prendere immediata consapevolezza delle situazioni di difficoltà o crisi aziendali¹⁶, e poi di reagire non nascondendo la testa sotto la sabbia nell'attesa (spesso illusoria) che passi la tempesta, ma provando ad intervenire con professionalità (anche di terzi) per aggredire tempestivamente le crisi aziendali, tentando se necessario una ristrutturazione decisa in luogo di un mero galleggiamento.

Attraverso uno strumento, che dal combinato disposto delle nuove disposizioni legislative e dalle indicazioni del Decreto Dirigenziale sembra realmente rivolto con particolare attenzione a favorire una tempestiva aggressione delle situazioni di difficoltà proprio al vasto panorama delle medie e piccole imprese, cui invece davvero mal si addicono i tradizionali procedimenti concorsuali "minori".

Ci sarebbero davvero le condizioni per un cambio "epocale" di atteggiamento del debitore in difficoltà. Sarebbe, già solo questo, un ulteriore risultato straordinario, con ricadute sociali ed economiche importanti nel medio periodo.

È giusto, tuttavia, manifestare fondate perplessità sul successo, quantomeno su un successo generalizzato dell'istituto della composizione negoziata. Un ceto, quello imprenditoriale, abituato a temere iniziative giudiziarie, e qualunque ingresso di terzi in situazione di crisi, non sarà francamente ancora sufficientemente invogliato ad adire la composizione negoziata. Voglio dire, si deve tenere conto della reale attitudine del mondo imprenditoriale (e dei professionisti che attorno ad esso gravitano), con tutti i pregi ma anche i limiti che oggi questa classe ha. E si corre, temo, il fortissimo rischio che uno strumento ben pensato e altrettanto ben scritto non ottenga il successo che meriterebbe, ed anzi, alla luce delle limitate conseguenze negative di un eventuale insuccesso, possa essere usato dal debitore prevalentemente in modo strumentale, a fini dilatori, o solo come (comoda) via per accedere al concordato liquidatorio semplificato coattivo ex artt. 18-19¹⁷, o solo per vendere l'azienda in modo rapido e informale. Un risultato, minimale, quando non addirittura negativo, che va scongiurato ad ogni costo, per esempio investendo certo sulla professionalità dell'esperto, ma con la consapevolezza di come sarebbe stato necessario intervenire con maggiore decisione per rafforzarne ulteriormente la posizione nella sua attività di facilitazione.

4. I prossimi passi?

Ciò induce ad alcune considerazioni, necessariamente di (prossimo) *iure condendo*, alla luce della acclarata necessità di intervenire nei prossimi mesi sul codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Una prima riflessione attiene alla opportunità o no di inserire l'istituto della composizione negoziata nel codice della crisi di impresa¹⁸, previa naturalmente un adeguamento delle disposizioni generali del nuovo codice. La questione, a mio giudizio, va oltre l'attribuzione della natura concorsuale o no alla nuova disciplina¹⁹; una natura che va io credo certamente

negata alla composizione negoziata "pura", rimane incerta (nella sua accezione minimale²⁰) già quando si interessi il tribunale per la concessione di misure cautelari, protettive o autorizzazioni, nonché certamente nella fase eventuale del concordato liquidatorio coattivo semplificato. Ritengo, tuttavia, sia comunque opportuno inserire nel nuovo codice della crisi quelle disposizioni che si occupano di governare i fenomeni di crisi e insolvenza²¹, anche per consentire una visione d'insieme degli strumenti giudiziali e paragiudiziali adottati per risolvere le difficoltà, la crisi e l'insolvenza delle imprese.

Abbiamo già avvertito che non va taciuta una meditata preoccupazione sull'utilizzo ed il successo del nuovo strumento della composizione negoziata. Onde evitare questa deriva, appare allora opportuno al momento dell'adozione del nuovo codice, adottare ulteriori modifiche per rendere più efficace l'istituto della composizione negoziata, per renderlo davvero appetibile e vincente nella fase fisiologica²² (la salvezza e il risanamento) e non principalmente solo per i vantaggi di quella che dovrebbe essere una fase patologica (il concordato liquidatorio coattivo semplificato dopo l'insuccesso della composizione negoziata). Più in generale, utilizzare questa finestra di tempo per perfezionare quei tratti del nuovo istituto che si rendesse importante correggere, laddove non sia sufficiente una modifica regolamentare, non soltanto ma in particolare per facilitare il compito dell'esperto nella fase delle trattative con i creditori²³.

Va, ancora, rammentato come nella Relazione alla legge ora promulgata, nel motivare il rinvio all'entrata in vigore del nuovo codice della crisi di impresa, espressamente indica anche la necessità di intervenire su alcuni istituti del nuovo codice della crisi di impresa ritenuti "poco flessibili". Dall'analisi delle nuove disposizioni sulla composizione negoziata, allora, potrebbe trarsi spunto per riscrivere comunque alcune disposizioni del codice della crisi di impresa in linea con le finalità del nuovo istituto. Una indicazione, quella di una tendenza alla rivisitazione quantomeno della disciplina di tutti gli strumenti di composizione concordata delle crisi, fino

20. I requisiti richiesti per la qualificazione giuridica di un istituto come procedura concorsuale sono stati analizzati in particolare per l'inquadramento degli accordi di ristrutturazione dei debiti sono ad oggi individuati dalla corte di cassazione in asserita aderenza ai principi ricavabili nella normativa europea come aventi natura concorsuale. Un esame delle varie posizioni è offerto da A. Petronzi, *Sulla natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.Diritto.it, 2019.

21. Opinione opposta manifesta invece S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata: caratteri e presupposti*, cit., 12.

22. Rossi, *op.cit.*, 11, rappresenta oggettivamente una difficoltà per il successo del nuovo strumento, dato dal rischio di un immediato "cordone sanitario" per l'impresa, alla luce del fatto che, a differenza di analoghe situazioni precedute dall'apertura di procedure concorsuali, i creditori successivi all'inizio della procedura non sono coperti dalla prededuzione, ciò che potrebbe indurre fornitori etc. a evitare di intraprendere o mantenere rapporti con l'impresa nella fase delle trattative; l'art. 12 comma 3 pur circoscrivendo l'esonerazione da revocatoria sembra invece sufficientemente proteggere atti e pagamenti effettuati dal debitore nel corso delle trattative.

23. In F. Santangeli, *Il D.L. 118/2021. Spunti per la conversione*, in www.Ildiritto.it, 2021, in una articolata riflessione sulle implementazioni possibili della disciplina della composizione negoziata, per favorirne una applicazione vincente, suggerivo ulteriori spunti che potessero favorire le possibilità di una soluzione vincente della fase delle trattative, così incentivando l'uso della composizione negoziata; in particolare, preso atto della commendevole e particolare attenzione delle nuove disposizioni particolarmente tese a indurre la partecipazione reale e tempestiva dei creditori ed in particolare degli intermediari del credito attesa la consapevolezza del legislatore della centralità del tema, suggerivo precisazioni sulla possibilità di procedere alla rideterminazione dei contratti di mutuo, ed ancora, in ipotesi di non partecipazione alle trattative o partecipazione solo formale da parte degli intermediari del credito, di prevedere, in sintonia con le disposizioni di cui all'art. 4, comma 4 e 6, che oggi impone all'istituto una partecipazione tempestiva con motivazione della propria posizione, di reagire in maniera davvero efficace, ad esempio consentendo all'imprenditore al termine della procedura di depositare un accordo ex art. 11 chiedendo al tribunale, assistito dalla relazione dell'esperto, di sostituirsi all'istituto di credito formalmente o sostanzialmente assente nel giudizio sulla proposta di accordo con l'istituto, assumendo, come metro di valutazione pur sempre esclusivamente l'interesse del creditore nel ricevere un trattamento migliore rispetto alle altre ipotesi in astratto praticabili.

16. In questo senso, soccorre anche il Decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 che offre all'imprenditore test di valutazione per comprendere lo stato dell'impresa che, se certo perfettibili, forniscono comunque un ausilio a costo zero per le valutazioni del debitore.

17. Rappresenta questo pericolo A. Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, cit., 7.

18. O della legge fallimentare, se il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza non dovesse vedere la luce.

19. S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 2021, 12, ritiene che non si ravvisino gli estremi per qualificare come concorsuale questo nuovo strumento.

anche al concordato fallimentare, in maggiore coerenza con le dinamiche della composizione negoziata, che si caratterizza appunto per dinamiche fluide senza che per ciò si venga meno alla attenta esigenza di tutela di tutti gli *stakeholders*; naturale, allora, ipotizzare di impegnarsi in una riconsiderazione di alcune soluzioni adottate nel codice della crisi di impresa e dell'insolvenza²⁴, che talora inclinano all'opposto verso una qual certa rigidità e superfetazione degli strumenti di controllo e di indirizzo giudiziali nella gestione delle procedure²⁵.

La riflessione si fa più complessa se circoscritta a quel segmento della composizione negoziata che è il concordato liquidatorio coattivo semplificato ex artt.18 e 19; una misura, anche se non soltanto, premiale, proprio per indurre l'impresa in crisi a mettersi nelle mani di un esperto sapendo che, se va male, il debitore avrà almeno "guadagnato" il concordato liquidatorio coattivo semplificato. Ecco, da questo punto di vista, se le finalità della composizione negoziata sembrano chiare, quelle del concordato liquidatorio coattivo semplificato mi paiono più "oscuri": indizio di un deciso ripensamento di alcune storture del codice della crisi di impresa, o semplice spinta alla composizione negoziata (che si gioverebbe all'opposto del mantenimento delle regole sul concordato preventivo liquidatorio adottate dal nuovo codice della crisi d'impresa)? La risposta la trarremo, naturalmente, dalla prossima "manutenzione" del codice della crisi d'impresa²⁶.

Infine si dovrà intervenire con decisione sull'impianto degli istituti dell'allerta per coenzierle in qualche modo compatibili con le disposizioni oggi introdotte²⁷; non è un obiettivo, una finalità della composizione negoziata, ma tuttavia rimane una conseguenza necessitata.

Le misure non sono probabilmente *de plano* incompatibili, ma certo l'assetto complessivo dovrà essere radicalmente ripensato.

Qui c'è però davvero più tempo, poiché l'entrata in vigore delle misure sull'allerta è stata posticipata al 31 dicembre 2023; dunque almeno questa riflessione potrà attendere, e svilupparsi anche alla luce degli esiti delle misure oggi introdotte.

24. A. Iorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in www.ildirittodellacrisi.it, 2021, 1-2, ritiene farisaico il rinvio, combatte il possibile esito di un composito patchwork giuridico per accontentare tutti, rilancia sulla inidoneità del nuovo codice della crisi di impresa.

25. È, intendo dire, evidente una qual certa contrapposizione tra l'ispirazione del d.l. 118/2021, incentrato su iniziative volontarie del debitore all'interno di uno strumento duttile con forte accentuazione privatistica, rispetto all'impianto attuale del nuovo codice della crisi di impresa ispirato da un innervamento dei "lineamenti pubblicistici, connotata da profili di coattività per il debitore e presidiata da risvolti sanzionatori e ampi spazi di intervento autoritativo giudiziale", così M. Perrino, *Disciplina italiana dell'allerta e direttiva Insolvency*, in www.ildirittodellacrisi.it; S. Ambrosini, *Il (doppio) rinvio del cci: quando si scrive "differimento" e si legge ripensamento*, in www.ristrutturazionaziendali.it, 2021, contrappone la riforma *creditor oriented* di cui all'attuale formula del codice della crisi di impresa, alla legge oggi in commento la cui filosofia appare all'opposto una riforma *debtor oriented*, o *debtor friendly*, Rossi, *op.cit.*, 8, ravvisa un contesto "*firm oriented*, piuttosto che *debtor oriented*".

26. V. *retro* alla nota 1.

27. Se pure è vero, tuttavia, che la composizione negoziata abbraccia situazioni di difficoltà potenzialmente anche assai lievi, che favoriscono una precocissima emersione, non ancora considerate come elementi che facciano scattare i sistemi di allerta. Ipotizza l'adozione dei sistemi di allerta al limitato scopo di impedire l'aggravamento della condizione di conclamata insolvenza dell'impresa, Ambrosini, *Il (doppio) rinvio del cci: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, cit., §3.

I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa

di Antonio Rossi, Associato di diritto commerciale nell'Università di Bologna

L'autore approfondisce le intricate nozioni di crisi e insolvenza e la complessa tematica della risanabilità dell'impresa in una riflessione tesa a cogliere opportunità e criticità del nuovo strumento della composizione negoziata.

Sommario:

1. Cenni introduttivi
2. Il "presupposto" soggettivo della CNC
3. Il primo corno del "presupposto oggettivo": le condizioni di squilibrio
4. E lo stato d'insolvenza?
5. Il secondo corno del "presupposto oggettivo": le concrete prospettive di risanamento dell'impresa
6. Gli obiettivi del legislatore
7. Ma funziona?

1. Cenni introduttivi

Con il nuovo istituto che il legislatore della passata estate ha consegnato agli interpreti (prima) e agli operatori (poi) il contratto, allo stato più puro del prodotto della libera negoziazione tra le parti, depurata dall'intermediazione occhiuta dell'autorità giudiziaria, entra prepotentemente tra gli strumenti di regolazione della crisi d'impresa. L'occasione della pandemia ha offerto quindi il destro al legislatore per imprimere al sistema normativo una svolta "privatistica"¹ che, con ogni probabilità, resterà acquisita dall'ordinamento anche quando² saranno ripristinate condizioni di funzionamento dell'economia non contaminate dalle esigenze sociali di contenimento della pandemia.

Non che il contratto non fosse strumento di regolazione della crisi già conosciuto dall'esperienza e dal diritto, manifestandosi, ad esempio, nella pratica dei concordati stragiudiziali. E lo stesso piano attestato di risanamento ex art. 67 c. 3°, lett. d), l. fall., cela una valenza squisitamente contrattuale che si è poi manifestata *apertis verbis* nel Codice della Crisi³. Ma mai come con la composizione negoziata del D.L. n. 118/2021 ("il D.L.") il legislatore aveva costruito attorno al contratto un apparato di principi, norme e procedimenti così strutturato in funzione del suo adattamento alle particolari esigenze imposte dalla crisi d'impresa.

Tali esigenze, come noto⁴, dipendono anche dal fatto che la crisi d'impresa è fenomeno che raramente coinvolge due o poche parti, ma costringe un debitore (l'imprenditore in crisi) alla relazione con una massa di creditori e *stakeholders*, con interessi a fatica riconducibili a categorie omogenee e costretti spesso dalla (normale) insufficienza del patrimonio

responsabile ad un atteggiamento poco cooperativo. Si tratta di situazione che, per la numerosità dei protagonisti e la loro scarsa propensione alla trattativa (i creditori confidano *ab origine* nell'adempimento del debitore, non nella rinegoziazione del rapporto obbligatorio), genera costi di transazione elevatissimi, che, sino all'ingresso nell'ordinamento del D.L. n. 118, contribuivano a spiegare la necessità di governare la crisi d'impresa tramite procedure concorsuali, le più "negoziali" delle quali caratterizzate dall'operatività di quel principio maggioritario che costituisce tecnica di soppressione di un dissenso che si assume irrazionale, in quanto espresso da una minoranza, e quindi di riduzione dei costi di transazione⁵.

Nel percorso di composizione negoziata tracciato dal D.L., invece, non c'è spazio per la forza del numero e l'esito maggiormente auspicato dal legislatore (v. *infra*, al par. 6) è quello che passa attraverso l'adesione del tutto volontaria delle parti all'accordo finale.

Per arrivare a questo risultato, e per conciliare la libera contrattazione, non coartata dal principio maggioritario, con la necessità di ridurre i costi, tuttavia, il legislatore introduce la figura dell'esperto, vero e proprio caposaldo della composizione negoziata della crisi d'impresa ("CNC"), al quale, per l'appunto, l'art. 2.1⁶ affida il compito di "agevola[re] le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati". Compito senz'altro arduo e meritorio, affidato ad una persona sola⁷, vero e proprio *one (super)man band*⁸, la cui utilità al sistema dipenderà strettamente dalla sua specifica formazione professionale, alla quale è (giustamente) dedicata l'intera Sezione IV del Decreto Dirigenziale approvato dal Direttore Generale del Dipartimento per gli Affari di Giustizia il 28 settembre 2021 ("il Decreto Dirigenziale").

Alla concreta ed effettiva praticabilità delle trattative, inoltre, concorre la *soft law*⁹ che si esprime nei principi affermati dall'art. 4 e che - evocan-

1. La tendenza sembra inequivoca, a prescindere dal fatto che si tratti di un "venticello" (cfr. D. Galletti, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è, se vi pare*, nel *Fallimentarista*, 2 luglio 2021) o di un "vento di maestrale" (cfr. A. Iorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in questa *Rivista*, 1°10.2021). Si veda anche P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in www.giustiziasieme.it, 14.09.2021.

2. Si vuole indulgere all'ottimismo e muovere da un *certum an*, seppure *incertum quando*, della fine della pandemia che, d'altronde, costituisce evento storicamente ricorrente e quindi non propriamente "eccezionale" in sé, pur se eccezionali possono dirsi gli effetti determinati su una società interconnessa come mai lo era stata nella storia (nota) dell'umanità. E la storia (anche recente) insegna che le pandemie sono sempre passate (anche se alle volte tramite la rarefazione dei vettori umani dell'agente virale).

3. All'art. 56 del CCII si fa infatti oggi riferimento agli "accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento".

4. E come ci ha insegnato anche L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, p. 30 ss., autorevole membro della Commissione cui si deve l'articolato del D.L. n. 118/2021. V. anche (e già) D. Galletti, *La ripartizione del rischio di insolvenza. Il diritto fallimentare tra diritto ed economia*, Bologna, 2006, p. 7 ss.

5. È peraltro singolare che, nel testo di legge che restituisce al contratto dignità di strumento di regolazione della crisi, nella disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, l'istituto più "negoziale" contenuto nella legge fallimentare, si ampli ulteriormente, con l'apertura dell'efficacia estesa degli accordi ex art. 182-septies l. fall. ad ogni creditore, anche diverso da banche e intermediari finanziari, il ricorso al principio maggioritario.

6. In assenza di altri riferimenti, il richiamo di articoli di legge s'intende fatto all'articolato del D.L. n. 118/2021, quale modificato dalla legge di conversione n. 147/2021.

7. Anche nella conduzione di trattative che coinvolgano un gruppo d'impresе: cfr. art. 13.8.

8. L'esperto non potrà non fare affidamento, specie considerata la disciplina dei costi delle trattative (che scarica sul compenso dell'esperto "gli esborsi sostenuti per la remunerazione dei soggetti dei quali l'esperto si è avvalso": art. 16.9), sul contributo dei consulenti dell'imprenditore in crisi.

9. *Soft* a causa della sua scarsa coercibilità e della difficoltà di immaginare una reazione *ex post* all'inadempimento dei doveri imposti dall'art. 4.

do a grandi linee quelli già introdotti dall'art. 4 CCII¹⁰, riguardano tutti i protagonisti che devono sedere al tavolo: esperto (cfr. art. 4.2), imprenditore in crisi (cfr. art. 4.5), banche e intermediari finanziari (cfr. art. 4.6), "tutte le parti coinvolte nelle trattative" (art. 4.7), creditori *in primis*. Parimenti rilevante, al fine di incanalare le spinte e contropunte tipiche di una trattativa, il "manuale delle istruzioni" diffusamente esposto nel Decreto Dirigenziale che, a sua volta, concorre nel porre all'esperto e alle parti delle trattative regole di azione più dettagliate, pur se dall'incerta valenza normativa.

In questo contesto, caratterizzato da totale innovazione rispetto alla previgente disciplina della crisi d'impresa¹¹, l'autorità giudiziaria entra in gioco al bisogno (in termini gastronomici, si potrebbe dire "quanto basta"), solo allorché le esigenze della contrattazione (e la sua agevolazione) impongano la compressione, seppure normalmente temporanea, dei diritti di terzi¹². Si tratta, tuttavia, di un intervento non necessario¹³ al buon esito delle trattative, che ben potrebbero condursi e concludersi senza che mai un giudice ne abbia avuto il benché minimo sentore: risultato certo ottimale, che terrebbe insieme regolazione della crisi, rinunzie dei creditori accettate esclusivamente su base volontaria, alleggerimento del carico degli uffici giudiziari.

Sempre a mo' di premessa, si confessa che l'approccio di chi scrive al nuovo istituto è del tutto laico, senza indulgere a manifestazioni di appassionata esultanza per l'affermazione di un neoliberalismo contrattuale (ciò che - senza infingimenti - di sicuro comporta la disciplina della CNC) ovvero, al contrario, ad un senso di aprioristica repulsione per una disciplina che dà l'impressione di un abbandono dei principi rigoristici del CCII e della funzione tutoria della magistratura nella regolazione della crisi d'impresa.

Interessa piuttosto interrogarsi, nell'imminenza della sua entrata in servizio, su: (i) a chi serva la CNC; (ii) a cosa serva; (iii) se funzioni. Le pagine che seguono sono volte a contribuire a dare una risposta (o una delle risposte) a questi quesiti.

2. Il "presupposto" soggettivo della CNC

È costume parlare di "presupposti" a proposito delle condizioni, attinenti alla qualificazione del debitore, all'attività dallo stesso svolta, alla gravità della sua crisi, in presenza soltanto delle quali possa aprirsi una procedura concorsuale o, nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, possa ricevere il suggello dell'omologazione.

La CNC non è, a stretto rigore, una procedura concorsuale¹⁴ né l'autorità giudiziaria procede all'apertura o alla chiusura delle trattative, che ben

potrebbero condursi e concludersi su un piano di rigorosa *autonomia* negoziale, senza la necessità di alcun intervento eteronomo. Potrebbe quindi darsi l'obiezione che *non esistono* presupposti, nella loro tradizionale declinazione del "soggettivo" e dell'"oggettivo", di accesso alla CNC e degli stessi, quindi, non avrebbe senso discutere.

Vero è che, tuttavia, l'art. 2.1 riserva ad alcuni soggetti soltanto, che si trovino nelle condizioni previste dall'art. cit., la possibilità di chiedere al segretario generale della CCIAA, tramite la piattaforma telematica nazionale di cui all'art. 3, la nomina dell'esperto ed è utile quindi interrogarsi sul perimetro esatto della fattispecie cui possa applicarsi la disciplina in materia di CNC. D'altra parte, è pur vero che, nella migliore delle ipotesi, le trattative si aprono e si chiudono senza che mai l'autorità giudiziaria ne abbia notizia ma, allorché questa sia chiamata in gioco, è lecito attendersi che, preliminarmente, ai fini dell'applicazione della disciplina invocata dal debitore istante al fine di incidere sui diritti di terzi, s'interogherà se effettivamente sussistano le condizioni che di quella disciplina costituiscono il presupposto di applicazione. Esemplicando: quando l'imprenditore chiederà la conferma delle misure protettive ex art. 6, il tribunale andrà ad accertare se effettivamente si trovi nelle condizioni di cui all'art. 2, solo in presenza delle quali potrà farsi applicazione dello stesso art. 6 (così come dell'art. 10 in materia di autorizzazioni).

Accertata la rilevanza del tema dei "presupposti"¹⁵, e per rispondere alla domanda "a chi serve la CNC?", si può innanzitutto guardare alla natura del soggetto debitore cui la relativa disciplina è riservata. Così, l'art. 2.1 consente di chiedere la nomina dell'esperto negoziatore all'imprenditore commerciale e agricolo, senza distinzione a seconda delle loro dimensioni¹⁶ e a prescindere dal fatto che si tratti di una monade o di un elemento di un più ampio gruppo d'impreses¹⁷.

Abbiamo dunque a che fare con un istituto che si applica a qualunque soggetto, purché svolga un'attività d'impresa riconducibile al paradigma dell'art. 2082 c.c., qualunque sia la natura dell'attività esercitata, con una latitudine d'intervento unica nel panorama degli strumenti di regolazione della crisi. Sicuramente apprezzabile risulta l'omologazione di disciplina tra impresa commerciale ed impresa agricola, quell'omologazione che sembrava auspicata dall'art. 2.1.e) della L.n. 155/2017 e che invece era rimasta lettera morta nel CCII. Del tutto razionale anche l'applicazione della disciplina alle imprese sotto - soglia, specie considerato il (relativamente) basso costo di intervento dell'esperto, comunque correlato all'attivo dell'impresa (cfr. art. 16.1), e tenuto conto che le difficoltà nelle trattative saranno direttamente (non inversamente) proporzionate alle dimensioni e alla complessità dell'organizzazione d'impresa. Si sarebbe quindi potuto al limite immaginare un limite verso l'alto, piuttosto che verso il basso, nella fruibilità dell'istituto, ma il legislatore ha manifestato una fiducia estrema nella propria disciplina (e nell'esperto), prevedendone l'operatività anche per imprese che, se insolventi, avrebbero titolo per accedere alla procedura di amministrazione straordinaria, con apertura delle trattative anche ad imprese appartenenti allo stesso gruppo ma che non si trovino nelle condizioni previste dall'art. 2 (cfr. art. 13.7).

L'imprenditore in crisi (riservando al seguito la più precisa definizione dei contorni della crisi destinata alla regolazione tramite CNC) può rivestire ovviamente qualunque forma, potendo essere una persona fisica come una società o altro soggetto di diritto. Addirittura, è immaginabile il ricorso alla nomina dell'esperto anche da parte di una società in liquidazione, purché mantenga una organizzazione d'impresa suscettibile del risanamento previsto dall'art. 2.

Ciò premesso, la disciplina della CNC resta esclusa ai soggetti non im-

10. Cfr. L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodella-crisi.it*, 24 agosto 2021, p. 17.

11. Certo va riconosciuto il merito della Commissione Pagni nell'elaborare in tempi ristretti un istituto nuovo di zecca, caratterizzato da una disciplina nella quale sono quasi del tutto assenti rinvii esterni, con un lessico normativo appropriato e ricercato.

12. Che si tratti di impedire l'esercizio di azioni a tutela dei crediti (cfr. art. 6 e 7), di imporre gli effetti asimmetrici della prededuzione (cfr. art. 10.1, lettere "a", "b", "c"), di sottrarre la responsabilità solidale ex art. 2560 c.c. dell'acquirente dell'azienda (cfr. art. 10.1, lettera "d"), di rideterminare forzatamente, seppure "per il periodo strettamente necessario", il contenuto di contratti ad esecuzione continuata, periodica o differita (cfr. art. 10.2). In realtà, con la legge di conversione, l'art. 8 consente all'imprenditore di disapplicare *ex lege*, senza l'intervento dell'autorità giudiziaria, la disciplina di tutela dell'integrità del capitale sociale posta dagli artt. 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter c.c., di per sé posta ad evitare esternalità negative nella conduzione dell'impresa che incidano sulle sfere d'interesse di terzi. Vero è, d'altra parte, che la necessaria pubblicità dell'atto con il quale l'imprenditore dichiara di volersi avvalere di siffatta disapplicazione costituisce il contrappeso che il legislatore assume sufficiente e necessario nei confronti dei creditori volontari.

13. A differenza, ad esempio, da quanto avviene negli accordi di ristrutturazione dei debiti, che alla fine devono sempre passare attraverso il vaglio di omologazione del tribunale.

14. Cfr. S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 agosto 2021, p. 11 s. Più possibilista R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 08 settembre 2021, p. 14.

15. Le virgolette daranno il senso dello scarso rigore dell'utilizzo del sostantivo, debitore della tradizione e a grandi linee equivalente a "condizioni di applicazione della disciplina".

16. Cfr. art. 17, ove sono contenute le minime modifiche di disciplina riservate alle imprese "sotto soglia", con questa espressione riferendosi il legislatore a quelle imprese che non superino alcuna delle soglie numeriche previste dal comma 2° dell'art. 1 l. fall.

17. Cfr. art. 13, in materia di "Conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese".

prenditori, siano essi debitori "civili", associazioni, fondazioni, enti pubblici o altro, e la necessità di chiedere la nomina dell'esperto tramite una piattaforma telematica nazionale "accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese" (anche nella sola sezione speciale), dovrebbe di per sé impedire tentativi di accesso alla CNC da parte di soggetti non legittimati.

Si realizzerà quindi un disallineamento rispetto ai soggetti che possono fruire delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento ex L.n. 3/2012¹⁸, alcuni dei quali (gli imprenditori agricoli e sotto - soglia) potranno accedere a dette procedure anche dopo avere esperito un tentativo di CNC (cfr. art. 17.6), mentre agli altri, privi della qualità imprenditoriale, tale possibilità sarà negata. Si tratta di una differenza poco spiegabile, specie per un istituto avulso dal contesto della legge fallimentare o del CCII, anche perché l'intervento di un facilitatore nelle trattative e l'esito negoziale di una crisi da sovraindebitamento potrebbe essere del tutto plausibile anche al di fuori del contesto imprenditoriale, in considerazione della normale ristrettezza dei soggetti da coinvolgere nelle trattative, e potrebbe comunque generare i benefici sistemici cui tende la CNC: la soluzione della situazione di sovraindebitamento nel rispetto dei diritti soggettivi dei creditori (rimodulati solo su base squisitamente volontaria) e senza quell'intervento di apparati giudiziari che comunque costituisce un costo sociale. È auspicabile, dunque, che, magari all'esito di una positiva esperienza applicativa della CNC nell'ambito imprenditoriale oggi riservato, si rifletta sulla possibilità di estenderne l'applicazione anche al di fuori di siffatto ambito.

3. Il primo corno del "presupposto oggettivo": le condizioni di squilibrio

L'imprenditore che voglia chiedere la nomina dell'esperto ai sensi dell'art. 5 deve trovarsi "in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza"; l'istanza di nomina, peraltro, sembra possa proporsi solo "quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa" (art. 2.1).

Si tratta di due condizioni, non incompatibili tra loro, che devono coesistere affinché possa dirsi integrato il "presupposto oggettivo" della CNC.

Muovendo dall'analisi del "primo corno" del "presupposto oggettivo", si constata innanzitutto che la crisi descritta dall'art. 2.1 in termini di "squilibrio patrimoniale o economico-finanziario" non ha precedenti nel panorama degli strumenti di governo della crisi d'impresa, dove dominano il concetto di insolvenza ex art. 5 l. fall. e di crisi atipica di cui all'art. 160 c. 3° l. fall.¹⁹, e non si nasconde qualche perplessità nella pretesa del legislatore di dotare il nuovo istituto di condizioni di accesso singolari rispetto al sistema. Si tratta di un tema che era stato dibattuto nel corso dei lavori parlamentari di conversione del D.L. ma, alla fine, si è preferito confermare il testo originario.

In ogni caso, sembra che le "condizioni di squilibrio" siano un elemento del "presupposto oggettivo" poco utile a fini interpretativi²⁰, perché alla fine l'imprenditore dovrà allegare di trovarsi in una situazione di "probabilità di crisi o di insolvenza" e non c'è dubbio che, data questa situazione, qualche squilibrio, attuale o prospettico, di natura patrimoniale, economica o finanziaria, ci sarà sempre. Al contrario, se ci sia uno squilibrio innocuo, ovvero che non renda probabile la crisi o l'insolvenza, detta condizione non integrerà in sé il presupposto per accedere al percorso di CNC.

Occorre quindi interrogarsi sulla misura del segmento della crisi che corrisponda alla probabilità di crisi o di insolvenza, segmento che ideal-

mente muove dalla percezione intima dell'imprenditore circa l'esistenza di difficoltà dell'impresa (normalmente corrispondenti alle condizioni di squilibrio, anche prospettiche, evocate dalla norma), muove lungo una progressiva esternazione delle difficoltà limitata a pochi, attenti creditori (a grandi linee identificabili con il ceto bancario e con i maggiori fornitori) e degenera nella massiva incapacità di regolare adempimento che corrisponde ad un vero e proprio stato d'insolvenza.

Guardando all'estremo iniziale del segmento della crisi, il riferimento alla "probabilità della crisi", evoca un concetto di dubbia interpretazione, perché oggi convivono nell'ordinamento due nozioni di "crisi": quella, sostanzialmente atipica ed includente lo stato d'insolvenza, di cui all'art. 160 c. 3° l. fall., e quella, tipica e riconducibile ad una "probabilità di insolvenza", dell'art. 2.a del CCII, già pubblicato ma destinato ad entrare in vigore solo il 16 maggio 2022.

Pur nell'impasse creata dall'ambiguità della norma, sembra si possa abbandonare un approccio particolarmente rigoroso per concludere che la "probabilità della crisi" porti di fatto ad un'anticipazione della situazione rilevante per consentire (e imporre) all'imprenditore la fruizione della disciplina in materia di CNC. Il "presupposto oggettivo" della CNC, dunque, prende inizio dal momento in cui l'imprenditore, avvalendosi dei propri assetti organizzativi (imposti, come noto, anche dall'art. 2086 c. 2° c.c.) realizza che le cose vanno (o andranno) male se non si inciderà sulla programmazione d'impresa in chiave di discontinuità, a prescindere dal fatto che le difficoltà dell'impresa si siano tradotte in inadempimenti o, più in generale, in un deterioramento delle relazioni contrattuali che concorrono all'organizzazione e all'efficace funzionamento dell'impresa.

In altre parole, già la crisi "intima" è sufficiente (ma altresì necessaria) affinché si possa procedere con l'istanza di nomina dell'esperto²¹.

Se si condivide questo assunto interpretativo, allora non si può che escludere che il "presupposto oggettivo" della CNC corrisponda alla crisi tipicamente definita dall'art. 2.a CCII²², situazione che, a differenza di quanto previsto dall'art. 2 D.L. (oltre a non considerare rilevante uno squilibrio solo patrimoniale), si trova immediatamente a ridosso della vera e propria insolvenza e si manifesta potenzialmente all'esterno tramite quei "ritardi nei pagamenti reiterati e significativi" che l'art. 13.1 CCII annovera, per l'apporto, tra gli indicatori della crisi²³.

L'anticipazione della situazione rilevante alla crisi "intima" reca poi con sé importanti implicazioni di *governance* dell'impresa e, soprattutto, incide sul sistema dell'allerta interna. Se, infatti, la nozione di crisi di cui al CCII, nella sua prossimità allo stato d'insolvenza, determina (e forse determinerà) un nefasto ritardo nell'attivazione dei doveri di reazione imposti dall'art. 14 CCII²⁴, ciò non può dirsi per la condizione di attivazione della disciplina della CNC e, soprattutto, dei doveri di allerta imposti dall'art. 15 D.L. L'organo di controllo societario, dunque, per ricevere la benevola va-

21. Diffusa la convinzione dei primi commentatori dell'anticipazione della situazione rilevante al fine dell'applicazione della disciplina in materia di CNC: cfr. In tal senso, cfr. S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 agosto 2021, p. 6; L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid, in dirittodellacrisi.it*, 24 agosto 2021, p. 10; S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 28 settembre 2021, p. 5; V. Minervini, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della Direttiva "Insolvency"*. Prime riflessioni, in *Ristrutturazioni aziendali*, 17 ottobre 2021, p. 7 (ove parla di "earliest warning"). Tra gli "autori" del D.L., v. M. Fabiani, *La proposta della Commissione Pagni all'esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in questa *Rivista*, 02 agosto 2021, p. 4: "L'idea di fondo è quella di intercettare situazioni di difficoltà economica, finanziaria e patrimoniale che possono essere lontane dal concetto di crisi, palesemente schiacciato su quello di insolvenza declinato nel codice della crisi".

22. In tal senso, invece, M. Irrera e P. Riva, *La convergenza tra le indicazioni del Codice della Crisi e del D.L. 118/2021: is cash still king? DCSR e TdR a confronto*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 20.10.2021, p. 3, ove addirittura si ritiene "certo che la nozione di crisi contenuta nel D.L. 118/2021 appare certamente coerente con la definizione contenuta nel Codice della Crisi" (corsivi aggiunti).

23. V., se si vuole, Ant. Rossi, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, nel *Fallimento*, 2019, p. 293 ss.

24. V. ancora, se si vuole, Ant. Rossi, *op. cit.* p. 295 ss.

18. Escludendosi, ovviamente, che la CNC sia una delle "procedure concorsuali" che impediscano, ai sensi dell'art. 6.1 della L.n. 3/2012, la fruibilità dei suoi istituti.

19. Solo nella L.n. 3/2012, all'art. 6.2.a), si fa riferimento ad una (più precisa) "situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte", in una dimensione statica (evocata dal "patrimonio prontamente liquidabile") che mal si attaglia alla fattispecie imprenditoriale.

20. E ciò che è inutile ben che vada resta inutile, male che vada diventa dannoso a fini interpretativi, ovvero alimenta incertezze. Come nelle auto da corsa, anche nelle norme, più pezzi (inutili) ci sono, più c'è il rischio che si rompano (C. Chapman).

lutazione della sua responsabilità ai sensi del comma 2° dell'art. ult. cit.²⁵, dovrà segnalare per iscritto all'organo amministrativo "la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1° *tempestivamente*, ovvero all'inizio del loro manifestarsi all'interno dell'organizzazione d'impresa. Se, dunque, la segnalazione arriverà dopo, pur se possano ritenersi ancora persistenti i presupposti per la segnalazione ma nel frattempo la crisi "intima" sia mutata in vera e propria insolvenza (v. *infra*, al par. 4), l'organo di controllo potrà essere chiamato in responsabilità per il suo inadempimento, corrispondente alla *non esatta* (perché non tempestiva) prestazione dovuta.

L'identificazione nei termini anzidetti della situazione rilevante ex art. 2.1 incide poi sull'interpretazione e sull'applicazione dello stesso art. 2086 c. 2° c.c., laddove impone all'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". Anche qui si potrebbe discutere di quale sia la crisi da superare e che imponga all'imprenditore (*rectius*: agli organi della società imprenditore) di attivarsi senza indugio e ancora una volta la risposta non è così scontata. È vero, infatti, che l'art. 2086 c.c. è stato novellato dallo stesso D. Lgs. n. 14/2019 che ha introdotto la nozione tipica di crisi di cui all'art. 2.a del CCII, ma l'art. 2 CCII - a prescindere dalla sua posticipata entrata in vigore - pone definizioni "Ai fini del presente codice", che quindi non possono *de plano* estendere la loro portata a norme del codice civile.

Mi sembra quindi che, poiché l'istituto della CNC è senz'altro uno "strumento previsto dall'ordinamento per il superamento della crisi", strumento che può (e deve, ai sensi dell'art. 15) intervenire in un momento certamente anticipato, corrisponda proprio alle esigenze di tempestiva emersione e regolazione della crisi d'impresa riferire la nozione di "crisi" evocata dall'art. 2086 c. 2° c.c. a quella situazione definita (o, meglio, presupposta) dall'art. 2.1 D.L., che quindi assumerà una rilevanza sistematica esterna alla stessa disciplina in materia di CNC.

4. E lo stato d'insolvenza?

Visto dove inizia il segmento della crisi rilevante ex art. 2, resta infine da chiedersi dove lo stesso termini e, in particolare, se al suo estremo ultimo si trovi lo stato d'insolvenza vero e proprio o, in alternativa, una condizione dell'impresa meno drastica e meglio governabile. In altri termini, occorre rispondere alla domanda se possa ricorrere allo strumento della CNC anche un imprenditore già insolvente.

Dopo i dubbi iniziali (e qualche aggiustamento all'art. 9), sembra che il quesito non possa che risolversi in senso affermativo. È vero, infatti, che si potrebbe sostenere che la "probabilità d'insolvenza" di cui all'art. 2.1 vada vista in chiave prospettica e che, quindi, il rischio di una *futura* insolvenza sia logicamente incompatibile con un'insolvenza già attuale (anche se non "accertata"). D'altra parte, però, si potrebbe ricondurre la "probabilità" di insolvenza all'attualità, nel senso di ricomprendere nelle condizioni di cui all'art. 2 - specie considerato che, almeno *in limine* del procedimento, non si dà alcun accertamento giudiziale di dette condizioni - anche una situazione in cui sia probabile, anche se non certo, che l'imprenditore sia *già* insolvente.

Al di là di sofismi interpretativi, ritengo tuttavia più utile indurre la fattispecie dalla disciplina dalla prima attivata. Così, guardando ad un aspetto di disciplina tra i più caratterizzanti il nuovo istituto, nel momento stesso in cui si dà quasi per fisiologica la necessità di ricorrere a misure protettive del patrimonio²⁶ e, dunque, si assume che l'imprenditore stia già subendo

(o sia in procinto di subire) l'aggressione esecutiva sui propri beni da parte dei creditori, si dà per scontato che l'imprenditore che accede alla CNC possa essere già bell'e insolvente. E, d'altra parte, solo il suo stato d'insolvenza giustifica quella perdita di riservatezza - conseguente all'iscrizione nel registro delle imprese dell'istanza di misure protettive - che, ai sensi dell'art. 4.7, dovrebbe essere una delle caratteristiche del procedimento.

Il dubbio che lasciava l'originario testo dell'art. 9²⁷ è stato poi risolto dalla legge di conversione, che ha espressamente introdotto uno *shift duty* a pro dei creditori, nel cui interesse prevalente dovrà essere gestita l'impresa, "quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento"²⁸.

A chiare lettere si esprime anche il Decreto Dirigenziale che, alla sez. III, par. 2.4, fornisce all'esperto tali indicazioni: "Se l'esperto, ravvisa, diversamente dall'imprenditore, ... la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata"²⁹. Né sembra che tale regola impedisca all'imprenditore, che ravvisi *ex ante* lo stato d'insolvenza, di presentare istanza di nomina dell'esperto e di rappresentare *in limine* all'esperto nominato la sua drastica situazione, senza che l'esperto abbia bisogno di apprendere *ab externo*.

Potrà piacere o no; soprattutto, la CNC potrà *funzionare* o no, in presenza di un vero e proprio stato d'insolvenza dell'imprenditore che costringe alle trattative una *massa* di creditori e di parti contraenti in presenza di un normale deterioramento delle relazioni negoziali (v. *infra*, al par. 7), ma ciò può costituire un problema di *effettività* del ricorso alla CNC, non un impedimento *ex lege*³⁰.

Piuttosto, tra i primi commentatori e nella stessa Relazione Illustrativa del D.L., quasi a prendere le distanze da un "presupposto oggettivo" piuttosto ampio, in quanto comprendente lo stato d'insolvenza vero e proprio, si è fatto spesso riferimento all'ambiguo concetto di "insolvenza reversibile"³¹, che merita qualche precisazione. In particolare, va ricordato che l'art. 5 l. fall. riferisce lo stato d'insolvenza all'imprenditore, non all'impresa. Vero che normalmente la crisi dell'impresa porta all'insolvenza dell'imprenditore, ma ciò non toglie che si può parlare di incapacità di regolare adempimento soltanto relativamente al soggetto debitore.

Ciò premesso, l'insolvenza può dirsi veramente "reversibile" se l'imprenditore, nel momento in cui lo stato rilevante è oggetto di accertamento (o anche solo di indagine, nel caso della CNC), è in grado, anche attraverso la prosecuzione dell'attività d'impresa, di ripristinare la sua capacità di adempimento, magari soltanto dilatando nel tempo il pagamento dei propri debiti. È la condizione evocata dal Test Pratico della sez. I del Decreto Dirigenziale, dove, al par. 4, si assume il caso dell'impresa "prospettivamente in equilibrio economico" e che è in grado di generare flussi attesi in misura tale sia da alimentare la continuità aziendale, sia da portare all'*integrale* adempimento del debito pregresso. Nel secolo scorso, si sarebbe parlato di "temporanea difficoltà di adempimento" e questa situazione avrebbe costituito il presupposto ex art. 187 l. fall. per l'ammissione alla procedura di amministrazione controllata.

27. L'art. 9 originario dava regole di gestione dell'impresa in pendenza delle trattative che consideravano quale peggiore situazione dell'imprenditore la sussistenza di una "probabilità di insolvenza".

28. Per la persistente (ma non prevalente) rilevanza dell'interesse dei creditori in ogni momento della gestione dell'impresa, cfr. M.G. Musardo, *La conservazione del patrimonio nella gestione delle società*, Milano, 2020, p. 79 ss.

29. *Contra* S. Leuzzi, *op. cit.*, p. 9: "Quando l'impresa arriva decotta non c'è spazio per la relazione finale, dovendosi procedere all'archiviazione immediata da parte del negoziatore dopo l'audizione".

30. Cfr. S. Ambrosini, *op. cit.*, p. 7; R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 08.09.2021, p. 4.

31. V. Relazione Illustrativa, all'esordio (p. 1), dove si finalizza lo strumento della CNC allo scopo di "affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili". Ancor più esplicita la Relazione a p. 3, dove si legittima alla CNC l'imprenditore "in difficoltà, in crisi, o in stato di insolvenza reversibile". Tra i primi commentatori, cfr. S. Ambrosini, *op. cit.*, p. 8; L. Panzani, *op. cit.*, p. 10; S. Leuzzi, *op. cit.*, p. 16; A. Iorio, *op. cit.*, p. 2 ss.

25. La legge di conversione ha saggiamente abbandonato l'impreciso concetto di "attenuazione" della responsabilità contenuto nel testo originario del D.L., né ha un gran senso l'"esonero" che pure era previsto (come è tuttora previsto dall'art. 14.3 CCII), dal momento in cui la tempestiva segnalazione all'organo di amministrazione integra un'ipotesi di esatto adempimento delle obbligazioni dell'organo di controllo, in sé in grado di escludere (più che esonerarlo dal) la sua responsabilità.

26. Addirittura richiedibili in quasi contestualità con l'istanza di nomina dell'esperto: cfr. art. 6.1.

Temo però che ciò che ha in mente il legislatore della Relazione Illustrativa, e con lui molti autorevoli commentatori, allorché, a proposito della CNC, evocano l'ambiguo concetto di insolvenza reversibile, sia altro rispetto ad una temporanea difficoltà di adempimento – che, si ribadisce, assume la intrinseca capacità dell'imprenditore di ripristinare condizioni di integrale adempimento anche delle obbligazioni pregresse – e si riferisca piuttosto alla sussistenza di un'impresa ancora *viabile* e, quindi, capace di essere "rifinanziata", o in via diretta (tramite l'esercizio dell'opzione *call* riservata ai soci dalla disciplina in materia di aumento del capitale sociale o tramite l'ingresso di nuovi soci) o in via indiretta, tramite la cessione dell'azienda. Ciò, però, non ha nulla (o poco, in caso di continuità diretta) a che fare con la reversione dello stato d'insolvenza dell'imprenditore e attiene, invece, alle concrete prospettive di risanamento dell'impresa, prospettive che possono ben sussistere a prescindere dalle sorti dell'imprenditore. Solo se l'impresa vale l'intera massa dei debiti pregressi, allora il suo "rifinanziamento" può comportare anche il ripristino della capacità di regolare adempimento dell'imprenditore; nella normalità dei casi, la riallocazione dell'impresa, e quindi la sua concreta idoneità al risanamento, tramite la cessione dell'azienda in esercizio genererà un ammontare di risorse insufficiente al ripristino della solvibilità dell'imprenditore, e ciò normalmente imporrà che lo stato d'insolvenza (in realtà irreversibile, anche se l'impresa possa essere ancora appetibile) vada poi regolato tramite uno strumento negoziale, para-negoziale o giudiziale.

Insomma, sembra utile non confondere il soggetto (l'imprenditore, cui si riferisce l'insolvenza) con l'organizzazione (l'impresa, che aspira al risanamento) e abbandonare l'ambigua (e inutile a fini interpretativi: v. *infra*, al par. 5) nozione di "insolvenza reversibile", per affermare che l'insolvenza dell'imprenditore che accede alla CNC possa essere tranquillamente *irreversibile*³², salvo il fatto che, come prescrive l'art. 2.1, la sua impresa esibisca una "concreta prospettiva di risanamento" (cfr. art. 5.5).

5. Il secondo corno del "presupposto oggettivo": le concrete prospettive di risanamento dell'impresa

Se nessuna norma del D.L. impone all'esperto di verificare in quali condizioni si trovi l'imprenditore, se in una crisi passeggera o in uno stato di vera e propria (irreversibile) decozione, il legislatore si cura invece di precisare che la CNC ha un senso solo se risulti "ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa" (art. 2.1). Ai sensi dell'art. 5.5, l'esperto appena nominato "convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento", incontra le altre parti potenzialmente interessate alle trattative "se ritiene che le prospettive di risanamento sono concrete", segnala al segretario generale della CCAA per l'archiviazione dell'istanza (e del procedimento) "se non ravvisa concrete prospettive di risanamento".

Sembra dunque evidente la centralità della funzionalizzazione della CNC al risanamento dell'impresa, mentre lo stato di crisi dell'imprenditore resta ai margini, e rilevante soprattutto al fine dell'attivazione degli obblighi di allerta interna imposti dall'art. 15.

Come noto, l'obiettivo della continuità aziendale, che alla fine corrisponde al "risanamento dell'impresa" evocato dal D.L., può essere perseguito in via diretta, tramite la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del medesimo soggetto imprenditore³³, ovvero in via indiretta, tramite la cessione (o il conferimento) dell'azienda. Nel primo caso, l'impresa si "risana" in mano all'imprenditore in crisi (che tratterà poi la sua crisi tramite le trattative svolte nell'ambito della CNC o avvalendosi di altro strumento di regolazione della crisi); nel secondo caso il risanamento avviene in mani

altrui, in particolare di chi acquista l'azienda in esercizio.

L'istituto della CNC sembra immaginato innanzitutto per consentire un risanamento dell'impresa da un punto di vista soggettivo, con l'imprenditore in crisi che contestualmente svolge le trattative e prosegue ininterrottamente nell'esercizio dell'attività d'impresa (cfr. art. 9). Basti pensare alla richiesta, da parte dell'art. 5.3.b), di un "piano finanziario per i successivi sei mesi" e ai requisiti posti dalla Check List della Sezione II del Decreto Dirigenziale a proposito di organizzazione dell'impresa (par. 1) e di proiezione dei flussi finanziari (par. 4) per concludere che il complesso apparato normativo eretto attorno alla CNC servono innanzitutto al monitoraggio delle possibilità e delle necessità di un risanamento che avvenga in via diretta.

Con questa via è senz'altro coerente la riservatezza imposta alle parti del processo di risanamento e pure la possibilità per l'imprenditore di effettuare pagamenti e stipulare contratti senza dover sottostare al gravoso vincolo autorizzatorio previsto, ad esempio, dall'art. 161 c. 7° l. fall. per la fase prenotativa del concordato preventivo. Solo se la rete di fornitori e finanziatori che alimenta l'attività d'impresa resti nella convinzione di avere a che fare con un imprenditore *in bonis*, la prosecuzione dell'attività risulterà pressoché indifferente alla nomina dell'esperto e all'inizio delle trattative. Ma allorché l'imprenditore abbia bisogno di disapplicare la regola "ricapitalizza o liquida" (cfr. art. 8) o di tutelare il patrimonio aziendale dall'aggressione dei creditori, ricorrendo alle misure protettive apprestate dagli artt. 6 e 7, incorrerà inevitabilmente nel dovere di pubblicare il ricorso a siffatte misure nel registro delle imprese, con conseguente perdita di quella riservatezza invece imprescindibile per una lineare prosecuzione dell'attività d'impresa³⁴.

Se la situazione di crisi dell'imprenditore diventa di pubblico dominio, tuttavia, il D.L. non crea un ambiente accogliente per la continuità aziendale diretta³⁵, esponendo creditori e controparti contrattuali ad un rischio di degenerazione della situazione, con conseguente successivo trattamento concorsuale dei crediti, che crea un potentissimo disincentivo alla conservazione di relazioni contrattuali con l'imprenditore. È pur vero, infatti, che i pagamenti "non sono inibiti" pur a seguito dell'applicazione e della conferma delle misure protettive ma è altresì evidente che, specie considerato che il percorso di CNC non è una procedura concorsuale, i crediti che matureranno anche successivamente alla nomina dell'esperto e pure dopo l'applicazione delle misure protettive non godranno della prededuzione nella (vera) procedura concorsuale che eventualmente consegua all'insuccesso delle trattative. Addirittura, applicate e confermate le misure protettive, in assenza di una segregazione patrimoniale che distingua il prima dal dopo rispetto all'apertura di una procedura concorsuale, le misure protettive si applicheranno anche ai crediti maturati dopo la concessione delle stesse. Si tratta di un combinato disposto che rende pressoché impraticabile il ricorso al credito da parte dell'imprenditore che, nel *trade off* tra riservatezza e tutela del patrimonio, si veda costretto a rinunciare alla prima. Così, le forniture arriveranno solo se pagate alla consegna e il credito bancario si prosciugherà, poiché certo il mantenimento degli affidamenti previsto dall'art. 4.6 non imporrà alle banche di erogare *nuovo* credito mediante, ad esempio, il ricorso ad operazioni autoliquidanti, specie considerato come la ormai consolidata giurisprudenza della Suprema Corte in materia di concessione abusiva di credito³⁶ imponga al ceto bancario una valutazione del merito creditizio dell'imprenditore in crisi viepiù rigorosa.

E anche il pagamento per cassa delle forniture non sarà del tutto scontato, perché è vero che l'art. 12.2 prevede che non sono soggetti all'azione revocatoria ex art. 67 c. 2° l. fall. i pagamenti "posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'e-

32. Assumendosi che esista effettivamente un'insolvenza assolutamente "irreversibile", considerata l'astratta possibilità (che rientra comunque nella libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.) che qualcuno voglia buttare soldi in un'impresa non appetibile. Cfr. D. Galletti, *Breve storia*, cit.: "non esiste ontologicamente un'insolvenza in sé 'irreversibile'".

33. Anche se, qualora si tratti di società, la compagine sociale muti al suo interno con un conferimento di risorse da parte di un nuovo soggetto economico.

34. Cfr. S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in questa *Rivista*, 28 settembre 2021, p. 7: "La 'fuga di notizie' può far prendere all'impresa il piano inclinato della distruzione insanabile di ricchezza".

35. Cfr. D. Galletti, *Breve storia di una (contro) riforma annunciata*, nel *Fallimentarista*, 1 settembre 2021: "Ad un occhio disincantato in realtà l'obiettivo del risanamento dell'azienda, perseguito attraverso la continuità diretta, non sembra davvero interessare molto il Legislatore del DL".

36. Ci si riferisce, in particolare, a Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2021 (ord.), n. 18610.

sperto” ma l’esonero sarà riconosciuto solo se i pagamenti siano “coerenti con l’andamento dello stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti”, ovvero in presenza di una condizione normalmente intranea all’imprenditore ma (specie se i fornitori non siano coinvolti nelle trattative) estranea alla sfera informativa delle sue controparti contrattuali.

Nella “migliore” delle ipotesi, quindi, la diffusione della notizia circa la nomina dell’esperto determinerà la chiusura dei rubinetti del credito ed il disallineamento dei flussi di cassa, qualora i fornitori accettino di essere pagati alla consegna [quindi anche in difformità rispetto a quei “termini d’uso” che consentirebbero comunque l’esonero da revocatoria ex art. 67 c. 3°, lett. a), l. fall.]; nella peggiore delle ipotesi, attorno all’imprenditore che ha fatto ricorso alla CNC si farà il deserto di relazioni contrattuali, portandolo *ipso facto* fuori dal mercato (e al probabile insuccesso del percorso di risanamento dell’impresa).

La continuità aziendale diretta, nel corso dello svolgimento delle trattative, sarà quindi effettivamente esperibile solo se la crisi dell’imprenditore si trovi veramente in uno stadio iniziale, che consenta, in particolare, lo svolgimento delle trattative senza la necessità di disapplicare la regola “ricapitalizza o liquida” ex art. 8 e di ricorrere a misure di protezione del patrimonio.

In tutti gli altri casi – che possono essere ben più numerosi se, come prevedibile, alla CNC ricorreranno imprenditori veramente insolventi – non tutto è perduto, tuttavia, perché il risanamento sarà conseguibile in via indiretta, ovvero tramite la cessione dell’azienda in esercizio, come espressamente previsto dall’art. 2.2. In tal caso, all’esperto chiamato a valutare circa l’utilità delle trattative si chiederà alla fine di valutare soprattutto se l’azienda sia *viable*³⁷ e quindi riallocabile sul mercato. Quanta soddisfazione traggano i creditori dalla vendita dell’azienda o dal “rifiinanziamento” dell’impresa diventa circostanza tutt’affatto secondaria al fine dell’avvio delle trattative. Anche il Decreto Dirigenziale, al par. 8 della Sezione I, precisa: “Se la continuità aziendale può essere perseguita solo in via indiretta, occorre stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell’azienda o di rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità del risanamento”. La stima delle risorse, corrispondente a grandi linee al prezzo atteso di cessione dell’azienda, impone una perizia che dovrà essere attivata in conformità a quanto previsto dal par. 13 della Sezione III del Decreto Dirigenziale, dove la stima s’impone se “risultati utile per le trattative” (ciò che nel caso di specie potrebbe senz’altro essere), ma solo a seguito della “nomina congiunta di un soggetto di fiducia di tutte le parti”, e “con costi ripartiti tra di esse”. Sulla base di questa procedimentalizzazione, e se l’esperto non si vuole caricare di costi che non gli verranno mai rimborsati, giusta la previsione dell’art. 16.9, è verosimile immaginare che, alle soglie delle trattative, l’esperto esprimerà un giudizio del tutto sommario circa l’appetibilità dell’azienda e, dunque, sulla praticabilità di una continuità aziendale indiretta, così come sarà probabilmente piuttosto approssimativa l’aspettativa di ideale soddisfacimento dei creditori tramite la provvista formata dal prezzo di cessione dell’azienda.

Alla fine, in tutti i casi in cui la nomina dell’esperto sarà chiesta da un imprenditore insolvente, la continuità aziendale indiretta costituirà il *safe harbour* della CNC, nelle cui acque relativamente tranquille e pressoché indifferenti alle sorti dei creditori (v. *infra*, al par. 6) si svolgeranno trattative finalizzate innanzitutto alla ricerca di un acquirente dell’azienda³⁸.

Se questa dovesse essere la linea di conduzione di buona parte delle trattative, tuttavia, la montagna del Decreto Dirigenziale, evidentemente preoccupato di dotare l’imprenditore delle cautele e degli strumenti da utilizzare nel corso della pianificazione del percorso di risanamento in

contestualità con la prosecuzione dell’attività d’impresa, avrà partorito il topolino della cessione dell’azienda in esercizio, magari affittata a terzi a scopo protettivo subito dopo la nomina dell’esperto (e senza la necessità di alcuna autorizzazione del tribunale ex art. 10 o di quelle “procedure competitive” che il par. 12 della Sezione III del Decreto Dirigenziale richiede solo per la cessione dell’azienda).

Soprattutto, però, se il risanamento dell’impresa può tranquillamente essere conseguito nelle mani dell’acquirente dell’azienda, la necessità che sussistano concrete prospettive di risanamento avrà una capacità di selezionare le fattispecie per le quali possa darsi l’avvio delle trattative estremamente ridotta, e limitata alle remote ipotesi in cui, con valutazione *ex ante*, l’esperto ritenga che le caratteristiche intrinseche dell’impresa esprimano un valore organizzativo così basso da escludere che qualcuno possa mai essere interessato al suo acquisto. Negli altri casi, nonostante la peggiore insolvenza dell’imprenditore, e purché questi sia disposto alla dismissione dell’azienda, non sembra ci siano spazi per richiedere *in limine* l’archiviazione dell’istanza.

6. Gli obiettivi del legislatore

Svolta un’indagine sui “presupposti” di accesso al percorso di CNC, si tratta ora di chiedersi “a cosa serve” questo nuovo istituto. Non è così semplice fissare gli obiettivi che il legislatore si è dato per uno strumento di regolazione della crisi che, visto l’art. 11, può avere gli esiti più disparati, dalla chiusura di un accordo tra debitore e creditori che risolva la crisi su un piano squisitamente contrattuale (cfr. art. 11.1) ad una qualsiasi procedura disciplinata dalla legge fallimentare (cfr. art. 11.3.c)³⁹. D’altra parte, come non c’è un accertamento giudiziale dei presupposti per il ricorso alla nomina dell’esperto, così, redatta da parte di questo la relazione finale, non c’è un provvedimento di chiusura del percorso⁴⁰. Manca quindi un formale riscontro del successo della CNC e, per immaginare quali obiettivi si sia veramente dato il legislatore, può essere utile guardare alla disciplina del compenso dell’esperto, per verificare quando il risultato della sua attività sia stato così buono da meritare un supplemento di remunerazione.

Dalla lettura dell’art. 16, è agevole constatare che l’esperto arreca la massima utilità al sistema quando risolve la crisi e procura il risanamento dell’impresa (ai sensi dell’art. 11.1: individua “una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all’articolo 2, comma 1) attraverso un accordo su base contrattuale, pur se mediato dall’intervento dell’autorità giudiziaria (cfr. art. 16.5). Sono i casi: (i) del contratto con uno o più creditori che sia idoneo “ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni”; (ii) della convenzione di moratoria; (iii) dell’accordo assimilabile, quanto agli effetti, al piano attestato di risanamento ex art. 67 c. 3°, lett. d), l. fall.⁴¹, dell’accordo di ristrutturazione dei debiti. In queste ipotesi di uscita dalla CNC, l’esperto fruisce di un *bonus* pari addirittura ad un +100% del suo compenso (che diventa un +120% in caso di sottoscrizione da parte dell’esperto dell’accordo assimilabile al piano attestato di risanamento: cfr. art. 16.6). Si tratta di ipotesi piuttosto eterogenee, in alcune delle quali veramente la chiusura del percorso avviene sulla base della sola “forza di legge” del contratto (sono i casi del contratto di cui all’art. 11.a e dell’accordo assimilabile *quoad effectum* al piano attestato di risanamento), mentre in altre occorre o è possibile l’intervento sia dell’autorità giudiziaria, sia del principio maggioritario (sono i casi della convenzione di

39. Cfr. V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in questa *Rivista*, 26 ottobre 2021.

40. Cfr. P. Liccardo, *op. cit.*, p. 3: “l’esito negativo della composizione negoziata è caratterizzato dall’assoluta irrilevanza concorsuale della archiviazione del procedimento”.

41. Resta singolarmente fuori dall’applicazione del *bonus* la trattativa che porti alla predisposizione di un piano di risanamento, pur non sottoscritto dall’esperto ma attestato dal professionista indipendente ex art. 67 c. 3°, lett. d), l. fall., specie allorché il *bonus*, a seguito della conversione del D.L., è stato esteso anche all’ipotesi di chiusura con una domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti, che richiede pur sempre l’intervento del professionista attestatore.

37. V. Decreto Dirigenziale, sez. III, par. 2.4, ove sembra che sia “inutile avviare le trattative” solo in caso di “assenza di valore del compendio aziendale”.

38. V. anche L. Panzani, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in questa *Rivista*, 24 agosto 2021, p. 9: “L’accento è posto sulla possibilità di trasferimento dell’azienda o di rami di essa prendendo atto che l’esperienza insegna che la ristrutturazione ed il ripristino della continuità aziendale nella maggioranza dei casi sono possibili soltanto con la continuità indiretta”.

moratoria e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti).

In generale, tuttavia, in tali ipotesi il lavoro dell'esperto merita il massimo premio, considerato che la crisi è risolta con un nullo o minimo dispiego di risorse giudiziali e sulla base di una soluzione integralmente o ampiamente condivisa dai protagonisti delle trattative.

Dal punto di vista sistemico, tuttavia, balza agli occhi anche il (minor) premio riconosciuto all'esperto "in caso di vendita del complesso aziendale o di individuazione di un acquirente da parte dell'esperto", pari al 10% del compenso base e previsto dall'art. 16.3.d). Si tratta, per vero, di un *bonus* pari solo ad un decimo di quello riconosciuto nelle ipotesi contemplate dall'art. 16.5, ma è in sé rilevante perché consente di ritenere che, tutto sommato, il legislatore possa dirsi soddisfatto anche se, all'esito della CNC non si risolve la crisi dell'imprenditore su base negoziale ma, semplicemente, si riesce a trovare all'azienda una collocazione alternativa rispetto a quella dell'imprenditore in crisi. Torna cioè alla ribalta la continuità aziendale indiretta, che di per sé consente il risanamento dell'impresa, seppure nelle mani dell'imprenditore acquirente l'azienda.

Tutto ciò considerato, si può ritenere che l'esperto abbia fatto un *ottimo* lavoro, se ha rimediato alla crisi dell'imprenditore e *così* risanato anche l'impresa; ma può altresì ritenersi che abbia fatto un *buon* lavoro, anche se non ottimo, se ha procurato o agevolato la vendita l'azienda dell'imprenditore in crisi o addirittura anche soltanto "individuato" un suo acquirente, a prescindere dalla circostanza che la crisi dell'imprenditore si sia risolta oppure no. In questo secondo caso, sembra del tutto irrilevante se la cessione avvenga nel corso o all'esito delle trattative, magari con l'autorizzazione alla disapplicazione dell'art. 2560 c. 2° c.c. prevista dall'art. 10.1.d). Anche se, individuato l'acquirente dell'azienda da parte dell'esperto, la cessione avvenga dopo la redazione della relazione finale ex art. 5.8 e nel corso di altra, conseguente procedura concorsuale, che sia un concordato semplificato, o un concordato preventivo o addirittura un fallimento, la CNC avrà realizzato l'obiettivo della riallocazione dell'azienda e, dunque, del risanamento dell'impresa.

E i creditori? Può dirsi che la CNC sia funzionale anche ad un loro ottimale, se non *migliore*, soddisfacimento?

Sul punto occorre tenere distinti i piani. Se, infatti, le trattative si concludono con un *vero* contratto (sono le ipotesi dell'art. 11.1.a e dell'art. 11.1.c), il soddisfacimento dei creditori sarà *self-executing*, perché ogni loro adesione corrisponderà al massimo sacrificio dagli stessi accettabile su base esclusivamente e puramente volontaria.

Al di fuori di questa ipotesi, tuttavia, non c'è spazio per introdurre il migliore soddisfacimento dei creditori tra gli obiettivi che si dà la CNC⁴², anche perché solo nel confronto con un piano o un accordo già perfezionato può ragionarsi di un soddisfacimento dei creditori (promesso dal piano o dall'accordo) migliore rispetto alle alternative soluzioni liquidatorie. Nel caso di specie, se l'uscita dalle trattative avviene con un contratto, come visto, non ci si pone il problema; se le trattative sfociano invece in altro strumento di regolazione della crisi, il livello di soddisfacimento dei crediti sarà quello eventualmente imposto dalla disciplina di questo strumento.

Quae cum ita sint, sembra difficile riconoscere una valenza sistemica al requisito della "migliore *soddisfazione* dei creditori" quale condizione per il rilascio delle autorizzazioni previste dall'art. 10, perché, in assenza di un accordo già (magari solo a grandi linee) definito, se non anche stipulato, sarà estremamente difficile avere un termine di paragone affidabile, anche considerato che, ad esempio, in mancanza di un vincolo di destinazione già pattuito con i creditori, sarà molto difficile costringere l'imprenditore a devolvere l'intero prezzo di cessione di un ramo d'azienda al soddisfacimento dei creditori piuttosto che all'alimentazione di altra parte della continuità aziendale.

Alla fine dei conti, o i creditori trovano la loro tutela nella stipulazione di un contratto che dia loro soddisfazione, o la disciplina della CNC non offre loro particolari tutele. Anche nel caso in cui la gestione dell'impresa nel corso delle trattative sia del tutto diseconomica e foriera di distruzione di patrimonio responsabile, è lecito dubitare del fatto che l'art. 9.1, pur

come novellato dalla legge di conversione, imponga all'imprenditore la cessazione dell'attività d'impresa, se questa è funzionale alla conservazione dell'azienda in esercizio al fine della sua cessione *as a going concern*. E solo una lettura (molto) estensiva dell'art. 9.2 può condurre l'esperto a segnalare all'organo di amministrazione e all'organo di controllo, nonché alla successiva iscrizione del dissenso nel registro delle imprese se non anche alla comunicazione dello stesso al tribunale che abbia concesso misure protettive o cautelari, la conduzione di un'attività, piuttosto che il compimento di un atto, che possa arrecare pregiudizio ai creditori⁴³.

Adirittura, come visto, un dato essenziale per consentire ai creditori di adottare scelte razionali nel corso delle trattative, quale la stima del valore di liquidazione dell'intero patrimonio del debitore, sarà acquisibile al set informativo dei creditori solo se accetteranno di condividere il costo della stima, con un evidente corto circuito che impedisce il dispiegarsi della credibilità della minaccia del concordato semplificato, sempre aleggiante nello svolgimento delle trattative, minaccia che, per essere credibile e fungere da efficace *moral suasion* alla partecipazione dei creditori alle trattative, presuppone la piena conoscenza da parte dei creditori del risultato realizzabile all'esito di un percorso di liquidazione del patrimonio responsabile.

L'impressione offerta dal sistema normativo, dunque, è quella di un istituto che, sempre e comunque, deve realizzare il risanamento dell'impresa, vero e proprio comune denominatore delle ipotesi di uscita dalla CNC che vedano "premiato" l'esperto: pur in assenza di alcuna seria aspettativa di accordo con i creditori, le trattative potranno essere condotte anche solo al fine della riallocazione dell'azienda, a prescindere dal *quantum* di soddisfacimento dei creditori⁴⁴. Questi potranno ricevere un trattamento buono o cattivo, effettivamente negoziato o imposto da un concordato preventivo (in cui almeno vale una maggioranza di crediti) o semplificato (in cui i creditori "mandano giù" la proposta loro riservata e omologata dal tribunale): si tratta di circostanza che non incide sulle "concrete prospettive di risanamento" e, dunque, che non condiziona la percorribilità della CNC da parte dell'imprenditore, in un contesto *firm oriented*, ancor più che *debtor oriented*⁴⁵.

7. Ma funziona?

Alla terza domanda si può tentare di dare risposta solo in relazione agli obiettivi individuati nel precedente paragrafo: un tentativo di CNC

43. V. anche S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 28 settembre 2021, p. 4: "L'esperto parrebbe chiamato a dire la sua solo sull'attività straordinaria. Sul piano delle operazioni correnti, pertanto, potrebbero consumarsi iniziative opache".

44. V. Decreto Dirigenziale, Sezione I, par. 8: "Se la continuità aziendale può essere perseguita solo in via diretta, occorre stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità del risanamento". Le ambiguità di questa parte del *test* sono molte; soprattutto, una volta stimate le risorse (il valore-prezzo dell'azienda), constatato che tendenzialmente il prezzo ritraibile dalla cessione dell'azienda sarà inferiore alla massa passiva, il risanamento *dell'impresa* sarà comunque sempre praticabile attraverso la cessione dell'azienda, a prescindere dal soddisfacimento (integrale) del debito. In tal senso sembra indirizzare l'interprete anche la Sezione III, par. 2.4, del Decreto cit.: "Se l'esperto ravvisa ... la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata. Occorre però che l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento ... perché dovranno essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito. Si terrà conto del fatto che, a fronte (i) di una continuità aziendale che distrugge risorse, (ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse, (iii) dell'assenza di valore del compendio aziendale, la probabilità che l'insolvenza sia reversibile sono assai remote *indipendentemente dalle scelte dei creditori*, e dunque che [solo, *n.d.r.*] in questi casi è inutile avviare le trattative".

45. Cfr. V. Minervini, *op. cit.*, p. 13: "E' l'impresa in senso obiettivo, intesa dunque come *organizzazione* (e non il *soggetto-imprenditore*) a essere al centro del giudizio di risanabilità e, con esso, dell'azione di salvataggio volta a sottrarla alla possibile disgregazione a causa della pandemia".

42. Cfr. L. Panzani, *op. cit.*, p. 20.

può essere intrapreso e proseguito se e solo se l'azienda dell'imprenditore, nonostante la sua crisi, sia ancora appetibile ed in grado di sollecitare un "rifiinanziamento" dell'imprenditore stesso o una proposta di acquisto dell'azienda. Costituisce, tutto sommato, una positiva eventualità - ma non una necessità - la conclusione del percorso di risanamento dell'impresa che si accompagni anche ad una soluzione della crisi dell'imprenditore, con uno degli accordi previsti dai commi 1° e 2° dell'art. 11 che, se del caso, comportino una ristrutturazione su base negoziale dei suoi debiti.

Si potrebbe sostenere che, come in tutti gli strumenti di regolazione della crisi, l'effettiva praticabilità della CNC dipenda dalla composizione della massa passiva o dalle esigenze della continuità aziendale o dalle altre caratteristiche dell'organizzazione che fanno di ogni impresa un *unicum* di relazioni e di problemi. Ciò che, tuttavia, caratterizza il nuovo istituto è che, se si condivide la conclusione testé esposta circa l'individuazione degli obiettivi, lo svolgimento delle trattative può prescindere dall'*an* e dal *quantum* del soddisfacimento dei creditori e, in ultima istanza, dall'effettiva possibilità di risolvere su un piano negoziale la crisi dell'imprenditore.

Data questa premessa, la CNC si presenta come uno strumento *double face*.

Ci saranno condizioni in cui la presenza di un esperto che agevoli la rinegoziazione di contratti e rapporti obbligatori, tramite la sua autorevolezza e la spinta gentile consentita dalle norme che riguardano - tra l'altro - gli obblighi delle parti, la rinegoziazione dei contratti, la spada di Damocle dell'alternativa liquidatoria del concordato semplificato, sarà decisiva per cogliere effettivamente il risultato di una soluzione della crisi che dipenda in gran parte dalla volontaria adesione dei creditori e marginalizzi l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Sarà il caso, tipicamente, di un ricorso estremamente anticipato alla nomina dell'esperto, cui giova senz'altro l'allerta prevista dall'art. 15, ben più *early* di quella dell'art. 14 del CCII, compromessa da una definizione di crisi tipica ex art. 2.a CCII troppo vicina all'insolvenza per potersene effettivamente distinguere e per imporre veramente una reazione tempestiva agli organi di controllo⁴⁶. Allora, si potrà immaginare che si possa rimediare alla condizione di squilibrio mediante poche rimodulazioni di rapporti obbligatori con un *club ristretto* di creditori o altri fornitori di fattori della produzione (anche i lavoratori, cui si riferisce opportunamente ed espressamente il comma 8° dell'art. 4), in un contesto dialogico che conservi una rigorosa riservatezza, se ed in quanto il tempestivo ricorso alla CNC consenta la prosecuzione dell'attività d'impresa senza dover ricorrere alle protezioni "pubbliche" offerte dagli artt. 6, 7 e 8.

Se l'imprenditore fosse afflitto solo da una temporanea difficoltà di adempimento crisi, l'esperto potrebbe senz'altro agevolare la stipulazione di una convenzione di moratoria ex art. 182-*octies* l. fall. che consenta al primo di acquistare il tempo necessario al ripristino dell'equilibrio economico-finanziario. Soprattutto, però, costituirà terreno naturale di ricorso (quasi necessario) alla CNC il tentativo di risolvere la crisi tramite un accordo di ristrutturazione dei debiti, in funzione del quale magari l'imprenditore abbia già aperto il tavolo delle trattative *prima* della richiesta di nomina dell'esperto. In tale situazione, l'intervento dell'esperto indipendente sarà utile a smussare gli ultimi spigoli e ad agevolare la conclusione dell'accordo anche grazie allo scivolo offerto dall'esaltazione del principio maggioritario prevista dall'art. 11.2⁴⁷.

In questi esempi si specchia il volto virtuoso della CNC, ma purtroppo non è l'unico.

Innanzitutto, infatti, sembra evidente che le dimensioni e la complessità dell'organizzazione d'impresa da condurre al risanamento e la diffusione della crisi attraverso le entità di un gruppo di società (cui pure è dedicato l'art. 13) renderà estremamente improbabile un ricorso alla CNC che possa effettivamente risolvere la crisi dell'imprenditore o del gruppo.

In tali contesti, l'esperto potrebbe pensare di avvalersi generosamente dei consulenti dell'imprenditore (che possono partecipare alla conduzione delle trattative ex art. 5.5, con un significativo distacco della disciplina del D.L. dal senso di diffidenza nei loro confronti di cui è permeato il CCII e che trova plastica manifestazione nell'art. 6.3 CCII), così mutando il suo ruolo da *one (super)man band* a direttore d'orchestra, ma rischiando così di perdere quella indipendenza che costituisce caratteristica necessaria dell'esperto e che consiglia a questo di "avvalersi di [propri, n.d.r.] soggetti dotati di specifica competenza"⁴⁸, sostenendone i costi, senza potersi quindi appoggiare *in toto* al *team* di consulenti dell'imprenditore (pur tenuti a fornire all'esperto tutte le informazioni utili e necessarie allo svolgimento delle trattative).

Se la CNC riguardi un'impresa poco più che piccola, quindi, il lavoro dell'esperto rischia di essere improbo a prescindere (oltre che poco remunerativo, se la complessità dell'impresa gli impone di costruirsi e pagarsi una sua *team* di coadiutori) e fonte di potenziali sue responsabilità qualora, privo di veri e propri poteri di controllo della gestione, non riesca ad intercettare per tempo atti o attività dell'imprenditore pregiudizievoli per la massa dei creditori.

Ma ciò che rende veramente insidiosa la CNC è la sua utilizzabilità anche in presenza di uno stato di insolvenza dell'imprenditore. Al di là dell'esperibilità di un serio tentativo di stipulare un accordo di ristrutturazione dei debiti, infatti, dubito che la CNC si presti bene a governare una situazione di decozione che realisticamente impedisca il raggiungimento di un accordo con i creditori, data la necessità di coinvolgere nelle trattative una massa di creditori privi di un coordinamento, di una regola di allineamento degli interessi paragonabile al principio della *par condicio* (certo non imposto nello svolgimento delle trattative), caratterizzati da propensioni alla regolazione del proprio credito del tutto soggettive ed impossibili da ricondurre ad *unicum*.

In questi casi, però, l'obiettivo del risanamento dell'impresa sarà comunque perseguibile (normalmente) tramite la cessione dell'azienda, anche a prescindere dal livello di soddisfacimento dei creditori, e ciò consentirà all'esperto di condurre comunque trattative, seppure finalizzate *in primis* alla ricerca di un potenziale acquirente dell'azienda. Nella migliore delle ipotesi, il tempo delle trattative sarà limitato a questo minimale (ma pur "premiato": v. art. 16.3.d) obiettivo.

Nella peggiore, considerate le diffidenze che potrebbero comunque essere generate dall'acquisto di un'azienda da parte di imprenditore insolvente al di fuori di una procedura concorsuale, si rischia l'intrapresa di un percorso che alla fine si traduce in una "fase di osservazione" all'esito della quale - raccolta una qualsiasi Relazione Finale dell'esperto, in cui si dia atto dello svolgimento delle trattative "secondo correttezza e buona fede" (limitatamente all'intervento dell'imprenditore, sembra di poter sostenere) - la CNC possa trovare sfogo nel concordato semplificato o in qualche altra procedura più acconcia alla fattispecie concreta. Quasi un surrogato extra-giudiziale del concordato "in bianco", insomma, con le mani dell'imprenditore lasciate però innegabilmente più libere.

Questo, se si vuole, è il lato oscuro della CNC, che può giustificare l'appassionata levata di scudi che si è registrata tra alcuni commentatori, specialmente di estrazione giurisprudenziale⁴⁹. Di certo, abbiamo a che fare con un istituto estremamente flessibile, destinato ad introdurre nella panoplia degli strumenti di governo della crisi una modalità d'intervento unica per ampiezza di applicazione nell'ordinamento nazionale, destinata ad imprenditori commerciali ed agricoli, grandi e piccoli⁵⁰, organizzati in

46. Salvo la reviviscenza della rilevanza di una crisi atipica anche nel vigore del CCII: cfr., se si vuole, A. Rossi, *op. cit.*, p. 296.

47. L'art. 11.2 consente la riduzione della maggioranza richiesta per l'estensione degli affetti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-*septies* l. fall. dal 75% al 60%, con una sempre maggiore competitività dell'istituto rispetto al concordato preventivo.

48. Peraltro, a loro volta "non legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale", nel testo dell'art. 4.2 risultante dalla conversione in legge del D.L.

49. Ci si riferisce soprattutto a F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il 'de profundis' per il sistema dell'allerta*, nel *Fallimentarista*, 25 agosto 2021; D. Galletti, *Breve storia di una (control) riforma 'annunciata'*, nel *Fallimentarista*, 1 settembre 2021; P. Liccardo, *op. cit.*; A. Ghedini e M.L. Russotto, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, in *questa Rivista*, 19 ottobre 2021.

50. Poche le modifiche poste dall'art. 17 alla disciplina della CNC per le imprese

gruppi o monadi, destinato dal legislatore a trattare qualsiasi situazione di crisi, anche la peggiore immaginabile: veramente uno strumento totipotente, anche se mirato innanzitutto alla conservazione dell'impresa in sé e difficilmente utile al governo di una situazione di insolvenza dell'imprenditore, i cui risultati, in un contesto di intervento "quanto basta" dell'autorità giudiziaria, dipenderanno soprattutto dalla professionalità, dalla razionalità, dalla serietà, finanche dalla moralità delle persone coinvolte nel procedimento⁵¹.

"sotto soglia", specialmente dipendenti dai diversi strumenti di regolazione della crisi (previsti dalla L.n. 3/2012), nei quali può sfociare la CNC.

51. Esperto, imprenditore in crisi, consulenti, banche, creditori, tutte le anonime "parti" cui spesso le norme del D.L. si riferiscono ermeticamente.

La struttura del percorso

di Paolo Rinaldi, Dottore commercialista in Modena

Lo scritto indaga quali opportunità in astratto e quali insidie in concreto presenta il percorso di composizione negoziata.

Sommario:

1. Le dinamiche interne all'impresa
2. La nomina dell'esperto e la fase preliminare alle trattative
3. La negoziazione con i creditori

1. Le dinamiche interne all'impresa

L'imprenditore è chiamato ad approcciare il nuovo percorso di composizione negoziata su base esclusivamente volontaria: questo punto fermo differenzia profondamente questo quadro di ristrutturazione preventiva rispetto agli OCRI previsti dal CCL, ai quali l'imprenditore dovrebbe invece accedere anche contro la propria volontà a seguito di segnalazione interna o esterna.

La capacità di attrazione del nuovo percorso nei confronti dell'imprenditore è dunque integralmente fondata sulla sua superiorità rispetto ai percorsi alternativi che egli ha disponibili: tipicamente la negoziazione con i creditori al di fuori di un contesto formale, da un lato, e il concordato in bianco, dall'altro.

Internamente all'azienda l'imprenditore decide la strategia negoziale, ed in quella sede il primo passaggio importante è quello derivante dal più o meno corretto funzionamento degli adeguati assetti organizzativi. Il sistema informativo aziendale, le procedure interne, gli strumenti di programmazione, controllo e pianificazione disponibili dettano certamente la qualità ed i tempi con i quali l'imprenditore prende contezza della sua situazione. Tanto più evoluti e completi questi elementi, tanto più immediata e chiara sarà la diagnosi della situazione aziendale e la percezione dell'approximarsi della crisi o dell'insolvenza da parte di chi è chiamato a prendere decisioni in merito – tipicamente l'organo amministrativo.

La presenza o meno di un organo di controllo crea in ogni caso una prima suddivisione nelle imprese, in quanto quelle che ne sono prive non avranno intrinsecamente la capacità di gestire la conseguente dialettica interna che si verificherebbe invece in presenza del collegio sindacale laddove l'imprenditore o sottovaluti gli esiti degli assetti organizzativi e contabili, o questi ultimi non siano adeguati o addirittura presenti.¹

Essere in grado di cogliere quando è il momento giusto per accedere ad una negoziazione con i propri creditori è dunque funzione di variabili oggettive – l'adeguatezza degli assetti, e la presenza di un organo di controllo – e soggettive – la percezione e la valutazione che l'imprenditore dà delle informazioni che gli vengono sottoposte.

Tanto più precoce è la situazione di allerta, e quindi astrattamente minori sono gli interventi da compiere e le difficoltà negoziali, tanto più difficile sarà spesso riuscire ad impostare una strategia di richiesta di concessioni all'esterno, seppur proporzionatamente modeste, in quanto ciò richiederà di manifestare la difficoltà prospettica in cui potrebbe versare l'impresa. D'altro canto, l'apertura di tavoli negoziali eccessivamente tardiva, se da un lato certamente si accompagna alla sicura percezione da parte dei terzi dello stato di difficoltà dell'impresa (probabilmente non più prospettica ma attuale), dall'altra proprio per tale ragione troverà il tessuto fiduciario circostante già incrinato dalle manifestazioni esterne della crisi.

Occorre dunque chiedersi quando l'imprenditore potrà essere spinto alla richiesta di nomina dell'esperto in un contesto in cui ancora non si rende necessario ricorrere a misure protettive – ove, cioè, prevalga l'a-

spetto negoziale e della composizione amichevole con i creditori e gli altri *stakeholders*.

Il principale punto di forza della composizione negoziata rispetto alla negoziazione priva dell'esperto è rappresentato dalla certezza di funzionamento del tavolo con i creditori: ciò sia per ragioni di oggettiva qualità delle informazioni, sia per l'esperto disposto dalla norma.

L'imprenditore, infatti, accede alla nomina dell'esperto solo dopo aver predisposto tutta la documentazione necessaria che deve accompagnare l'istanza, così come previsto sia dall'art. 5 del DL 118², sia dal decreto dirigenziale: si tratta di un corposo elenco di informazioni che – sebbene in parte siano già disponibili – devono essere oggetto di espressa elaborazione preventiva da parte dell'impresa. Si fa in particolare riferimento alla relazione “chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare l'imprenditore”, di cui alla lettera c) art. 5, al “test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento” di cui alla sezione I del decreto dirigenziale 28.09.2021, che richiede la predisposizione di dati attuali e prospettici, passando dalla check-list per la redazione del piano di risanamento e l'analisi della sua coerenza, di cui alla sezione II del medesimo decreto dirigenziale, sino al piano di risanamento vero e proprio, che in gran parte dei casi si renderà necessario predisporre per negoziare con i creditori aziendali.

La necessità di predisporre questi documenti porta implicitamente l'imprenditore verso un “sano” confronto interno e un approccio costruttivo verso il ricorso ad un *advisor* di qualità che possa aiutarlo a predisporre un *info-package* adeguato alla negoziazione che interverrà, la cui qualità dovrà essere vagliata dall'esperto.

In presenza di un organo di controllo, la dialettica interna sarà ancora più forte, anche alla luce dell'impatto che può portare sul percorso da selezionare in seguito al confronto con il collegio sugli squilibri economici patrimoniali e finanziari. Aver attivato questo dialogo costituirà per il collegio un elemento positivo da valutare ai fini della sua responsabilità ex art. 2407 cod.civ.³

Insieme alla qualità delle informazioni, l'altro punto di forza della composi-

2. Così dispone l'art. 5 comma 3 del DL 118: 3. *L'imprenditore, al momento della presentazione dell'istanza, inserisce nella piattaforma telematica: a) i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza; b) una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare; c) l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia; d) una dichiarazione sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza.*

3. Va notato, al proposito, che rispetto alla iniziale formulazione del decreto, la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo della sussistenza dei presupposti per la nomina dell'esperto non rileva più ai fini dell'esonerazione o dell'attenuazione della responsabilità ex art. 2407 cod. civ., ma esclusivamente “ai fini della responsabilità”. È da ritenersi che questa eliminazione possa derivare dal permanere in capo al collegio dei poteri-doveri di cui all'art. 2409 cod.civ.

1. In questo senso è facile cogliere il nesso strettissimo tra estensione dell'obbligo di nomina dell'organo di controllo e misure di allerta, già implementato in sede di approvazione del D.Lgs. 14/2019.

zione negoziata sono i diritti e i doveri delle parti che sono statuiti dall'art. 4 del DL 118⁴: non vi è solo un generico obbligo di reciproca buona fede e correttezza delle parti (che viene previsto dal comma 4, forse in modo ultroneo), ma un più preciso dovere delle parti di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e l'esperto, rispettando l'obbligo di riservatezza, dando inoltre riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata. I creditori bancari, poi, devono partecipare alle trattative sempre, ed in modo peraltro attivo ed informato: obblighi, questi, che si estendono anche ai *servicers* ed ai cessionari dei loro crediti. Si tratta di elementi differenziali molto forti rispetto ad una negoziazione "libera" ed informale, all'interno della quale si misura la qualità delle relazioni e della capacità dell'advisor di convincere gli intermediari a sedersi al tavolo e a fornire le risposte circostanziate rispetto alle proposte da formularsi. Appare chiaro che la composizione negoziale potrebbe non essere di per sé necessaria in presenza di advisors primari e/o dimensionalmente rilevanti, che hanno probabilmente relazioni bancarie migliori, e con *info-package* di qualità. Possono invece esservi casi in cui l'imprenditore, rivolgendosi al proprio consulente di fiducia, non vede intervenire al tavolo tutte le banche, ovvero non riceve da esse riscontri tempestivi e/o motivati: in questo caso, passare da un tavolo "libero" alla composizione negoziata ha certamente indubbi vantaggi.

Un secondo vantaggio di tipo normativo riguardo alla negoziazione "libera" è rappresentato dalla richiesta di misure protettive nei confronti degli intermediari creditizi, laddove questi sospendano la prestazione creditizia: il disposto dell'art. 6 ultimo comma⁵ prevede infatti che i creditori interessati dalle misure protettive non possano unilateralmente rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti, risolverli, anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'impresa per il solo fatto dei mancati pagamenti anteriori. Si tratta di una misura particolarmente "potente" e che andrà usata *cum grano salis* al fine di evitare di inasprire i tavoli bancari.

Un terzo e ultimo vantaggio è rappresentato dalla possibilità di ottenere dal Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti (si ritiene anche la prosecuzione degli affidamenti esistenti) per i quali si disponga la prevedibilità ex art. 111 L.F.⁶: un beneficio di cui fare buon uso specialmente a fronte della presenza di misure protettive che obblighino le banche a mantenere gli accordati.

Se le condizioni dell'impresa sono tuttavia talmente compromesse che gli inadempimenti non sono più prospettici ma attuali, e dunque sussistono aggressioni patrimoniali, atti esecutivi o istanze di fallimento, attualmente l'unica alternativa per l'imprenditore è quella di depositare un concordato c.d. "in bianco" ex art. 161 sesto comma, in attesa di procedere poi a depositare accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di concordato preventivo e – fino a quando tale possibilità sarà ancora concessa – piani

attestati ex art. 67.

Ecco che, anche in questi casi, la scelta del percorso da parte dell'imprenditore potrebbe utilmente dirigersi verso la composizione negoziata, poiché il ricorso a misure protettive non inibisce i pagamenti – e dunque la *supply chain* può essere preservata (circostanza che nel concordato è possibile solo dietro specifica autorizzazione ex art. 186-bis) – e inoltre non sono inibiti gli atti di straordinaria amministrazione e non vi è un commissario giudiziale che sorveglia la gestione ed esamina le informative periodiche mensili che vengono richieste dal Tribunale.

Il deposito di un concordato in bianco, inoltre è una misura protettiva valida *erga omnes* mentre le misure protettive possono essere invocate all'interno della composizione negoziata solo nei confronti di singoli creditori o categorie di essi, neutralizzando "chirurgicamente" i pericoli per la negoziazione.⁷

Al termine della fase di confronto interno e di predisposizione dei documenti necessari, l'imprenditore utilizzerà la piattaforma telematica non più per prepararsi – accedendo alle informazioni di cui al decreto dirigenziale – ma per depositare l'istanza di nomina dell'esperto.

2. La nomina dell'esperto e la fase preliminare alle trattative

Una volta ricevuta l'istanza di nomina da parte del segretario generale della CCIAA del capoluogo di provincia ove ha sede l'impresa, questi la comunica il giorno stesso alla commissione⁸ che procederà – anche sulla base della nota sintetica che contiene il volume di affari, il numero dei dipendenti e il settore in cui opera l'impresa istante – a nominare l'esperto nel campo della ristrutturazione tra gli iscritti all'apposito elenco.

L'esperto avrà a disposizione due giorni per valutare la propria indipendenza – rispetto non solo all'impresa ma anche a coloro che hanno interesse nella ristrutturazione (ovvero gli advisors e i creditori) – nonché le proprie competenze e la disponibilità di tempo⁹ per svolgere l'incarico. Se deciderà di accettare la nomina lo comunicherà all'imprenditore ed inserirà nella piattaforma telematica l'accettazione; in caso contrario lo comunicherà al soggetto che lo ha nominato che lo sostituirà con altro esperto. Una volta accettato, ha inizio una fase preliminare "interna" tra esperto, da una parte e imprenditore, advisors e organi di controllo e revisore contabile, dall'altra.¹⁰

L'esperto deve infatti verificare le concrete prospettive di risanamento dell'impresa, e per farlo gli occorre prima esaminare la documentazione predisposta dall'imprenditore e poi interloquire con questi ed i suoi advisors, nonché con gli altri soggetti sopra menzionati.

L'esame della documentazione interverrà alla luce sia della specifica esperienza dell'esperto¹¹, sia delle chiare e circostanziate linee guida

4. Così dispone l'art. 4 del DL 118: 4. *Durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza.* 5. *L'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.* 6. *Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore.* 7. *Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata.*

5. Così dispone l'art. 6 ultimo comma DL 118: 5. *I creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori.*

6. Così dispone l'art. 10: 1. *Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può: a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prevedibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;*

7. Così dispone l'art. 7 quarto comma ultimo capoverso: *Su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.*

8. L'intero percorso della nomina è disciplinato dagli artt. 3 e 4 DL 118.

9. Quest'ultima potrà essere valutata anche in funzione dell'organizzazione di cui dispone l'esperto per svolgere l'incarico.

10. Questa fase è disciplinata dall'art. 5 comma 5 del DL 118: 5. *L'esperto, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica. L'imprenditore partecipa personalmente e può farsi assistere da consulenti. Se ritiene che le prospettive di risanamento sono concrete l'esperto incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata. Se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.*

11. Costituirà elemento fondante della scelta del nominativo da parte della commissione l'esame del curriculum vitae dell'esperto con particolare riferimento alla

presenti nel decreto dirigenziale: egli dovrà verificare il test dell'imprenditore sulla risanabilità e anche il piano di risanamento, se predisposto; qualora quest'ultimo sia mancante e dunque, in sua assenza, l'esperto ritenga di non potersi esprimere circa la concretezza delle prospettive di risanamento, l'imprenditore dovrà predisporre il piano ovvero modificare quello esistente.

L'esame del piano costituisce l'elemento fondante del giudizio di risanabilità: nei casi di risanabilità "agevole" la sua predisposizione potrà seguire anche linee guida più semplici e sintetiche, mentre tanto maggiori saranno le difficoltà di rimborso dei debiti, tanto più il piano dovrà conformarsi ai principi per la predisposizione dei piani di risanamento statuite dal CN-DCEC¹², dai quali sono peraltro evidentemente state tratte le linee guida del decreto dirigenziale.

Se la tenuta del piano è un primo presupposto fondamentale della risanabilità, l'altro è rappresentato dagli elementi negoziali: la tipologia di soggetti da coinvolgere, il loro numero e la natura delle richieste - tanto più si passa da richiesta di tipo dilatorio rivolte alle sole banche a richieste di concessione rivolte alla maggioranza dei creditori, magari accompagnate da stralcio e/o conversione in equity o strumenti finanziari partecipativi, tanto più il risanamento diventa complesso e difficoltoso.

Sarà l'esperto a decidere se le proposte ai creditori siano accettabili almeno "sulla carta", basandosi sulla propria esperienza e sulla preparazione che viene certificata dal percorso formativo di 55 ore, le quali prevedono - ad esempio - anche tecniche di negoziazione e conoscenza della regolamentazione bancaria.¹³

Per quanto validi siano infatti gli advisors dell'imprenditore, infatti, è l'esperto l'unico soggetto deputato a verificare la concretezza della risanabilità prospettica: sua è la responsabilità di questo giudizio che - implicitamente - egli dichiara alle parti interessate al risanamento quando le incontra. Ciò in quanto in mancanza di concrete prospettive di risanamento l'esperto dovrà invece dichiarare l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata: l'apertura delle negoziazioni implica l'esistenza di un giudizio positivo dell'esperto sulla concreta prospettiva di risanamento.

In caso di dissenso tra imprenditore ed esperto, non vi sono apparenti modalità per "appellare" una sua decisione di archiviazione, e dunque pare inevitabile che l'imprenditore dovrà in qualche modo confrontarsi in modo costruttivo con l'esperto.

Alla luce della impossibilità per l'imprenditore di presentare una nuova istanza per 12 mesi dopo l'archiviazione¹⁴, egli sarà infatti ben attento a cogliere i consigli e i suggerimenti dell'esperto e le sue critiche costruttive al piano, in modo da pervenire ove possibile ad un giudizio positivo che - ancorché, al momento, non se ne preveda l'espressione scritta in una relazione iniziale - condurrà all'apertura della trattativa.

In caso contrario, l'esperto comunicherà al segretario generale della CCIAA cui è stata inizialmente depositata l'istanza, per richiederne l'archiviazione: questo provvedimento non ha tuttavia altra conseguenza e - poiché né i terzi né il tribunale sono venuti a conoscenza della circostanza - l'imprenditore, se lo riterrà, potrà proseguire il risanamento con i percorsi e gli strumenti che già sono a sua disposizione tramite la Legge Fallimentare, ovvero astenersi dal farlo, con le conseguenze del caso.

3. La negoziazione con i creditori

La fase negoziale successiva, in cui l'imprenditore si confronta con i terzi interessati rispetto alla situazione dell'impresa e alle iniziative che intende adottare (e che presumibilmente li vedono coinvolti), non è oggetto di particolare intervento da parte del legislatore.

Si tratta di una precisa scelta, che vuole mantenere particolarmente infor-

male l'intero percorso, in modo da evitare ingessature e mettere a proprio agio le parti che partecipano, protette dalla riservatezza e dall'informalità, ma tutelate dalla presenza dell'esperto.

Il ruolo dell'esperto nella negoziazione è infatti quello di un mediatore culturale "qualificato" ed "esperto": egli incontra le altre parti interessate al percorso di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento individuate dall'imprenditore e dai suoi advisors, fissando i successivi incontri con cadenza ravvicinata.

Queste attività - previste espressamente dal quinto comma dell'art. 5 DL 118 - vedono quindi "concorrere" insieme l'advisor finanziario e l'esperto nel processo di contatto con i creditori e di comunicazione a questi dell'*info-package* iniziale, del piano e della manovra finanziaria. La "prospettazione delle possibili strategie di intervento" da parte dell'esperto è una fase di illustrazione anche in chiave critica, in cui l'esperto si sovrapporrà ed affiancherà agli advisors, dando maggior credibilità a quanto proposto - anche e soprattutto perché quel piano e quella manovra sono stati precedentemente posti dall'esperto a base del suo convincimento circa la concreta perseguibilità del risanamento. L'esperto, quindi, ci "metterà la faccia" e tanto più credibile egli sarà, tanto maggiori saranno le possibilità che il percorso negoziale proceda senza intoppi.

Anche se il DL 118 non prevede particolari ritualità, non essendo previsti verbali degli incontri, sarà probabile che ne vengano invece richiesti, mentre appare certo che i creditori insisteranno per ottenere periodicamente dall'esperto una opinione sulla permanenza del requisito di risanabilità: ciò sia per legittimare la prosecuzione della prestazione creditizia (lato banca), sia per cautelare adeguatamente gli atti di straordinaria amministrazione ed i pagamenti di cui all'art. 9 DL 118.

Sarà la prassi a stabilire quale portata possano avere le dichiarazioni - non obbligatorie - dell'esperto al riguardo, e se siano o meno da assimilarsi, ad esempio, alla *comfort letter* dell'attestatore.

Decorsi i 180 giorni di durata massima iniziale della composizione negoziata previsti dal settimo comma dell'art. 5, senza che si sia raggiunto una soluzione adeguata al superamento degli squilibri che hanno dato luogo alla richiesta di nomina dell'esperto, quest'ultimo dovrà considerare concluso il proprio incarico e redigere una relazione finale che inserirà in piattaforma, comunicandola all'imprenditore e al Tribunale nel caso di richiesta di misure cautelari.

Se invece tutte le parti e l'esperto stesso sono concordi nel proseguire la composizione negoziata, il decreto consente un'ulteriore estensione di altri 180 giorni, decorsi i quali comunque esso cesserà¹⁵.

Alla cessazione dell'incarico l'esperto produrrà come si è accennato una relazione finale, il cui contenuto - di nuovo - non è previsto dalla norma: anche in questo caso sarà la prassi a definirlo nel corso dei mesi.

È da ritenersi che non possa mancare una cronistoria della negoziazione, delle iniziative adottate dall'imprenditore e delle risposte delle controparti, nonché una spiegazione chiara delle circostanze che hanno condotto alla mancata conclusione delle trattative, ovvero una illustrazione - in caso contrario, di individuazione di soluzione adeguata - del percorso, delle proposte e dei contenuti del piano e dell'accordo che l'imprenditore propone alle parti interessate all'operazione di risanamento.

tipologia di settori industriali in cui ha seguito operazioni di ristrutturazione.

12. Si vedano i "Principi per la redazione dei piani di risanamento", CN-DCEC, Settembre 2017.

13. Si veda in merito il programma di formazione degli esperti previsto nella Sezione IV del decreto dirigenziale citato.

14. Così come previsto al comma 8-bis aggiunto in sede di conversione del DL 118.

15. Un'ulteriore caso di proroga - anche contrario l'esperto - è legata alla necessità di prosecuzione dell'incarico dell'esperto in conseguenza del ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli art. 7 (Misure protettive e cautelari) e 10 (Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti).

Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte

di Riccardo Ranalli, Dottore commercialista in Torino

Lo strumento della composizione negoziata trova nel contenuto del decreto dirigenziale un presidio operativo importante. I tempi che caratterizzano lo strumento, assai più brevi rispetto a quelli consueti nella composizione della crisi d'impresa, impongono una piena comprensione del ruolo dell'esperto che non ha precedenti ed il cui contenuto è declinato in dettaglio nel protocollo. Quest'ultimo e le ulteriori indicazioni presenti nella piattaforma (test e *check-list*) permettono all'imprenditore di predisporre le informazioni occorrenti e nel contempo consentono l'adozione di un linguaggio comune da parte di tutti gli attori al tavolo delle trattative (l'imprenditore, i suoi professionisti, l'esperto e le parti interessate).

Sommario:

1. Un'indispensabile premessa
2. Il test di praticabilità e le sue finalità
3. La check-list e l'allegato recante l'indicazione per la formulazione delle proposte alle parti interessate
4. Il Protocollo di conduzione della composizione negoziata
5. Conclusioni: la vera sfida

1. Un'indispensabile premessa

Nell'ambito dello strumento della composizione negoziata, al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 del Ministero della Giustizia è affidato un compito importante per la gestione della crisi e precisamente fornire chiare indicazioni all'imprenditore e all'esperto perché il tentativo possa essere condotto senza incertezze in tempi rapidi e con efficacia.

Per comprenderne l'esigenza e le finalità occorre risalire alla composizione assistita del CCII e alle perplessità che erano sorte sulla sua concreta efficacia. Le misure di allerta del CCII avrebbero dovuto trovare nella fase volontaria della composizione assistita lo strumento per affrontare una crisi intercettata con tempestività. Invero, l'intervento del collegio degli esperti era poco disciplinato ed anzi le scarse indicazioni contenute nella norma presentavano più di un profilo di contraddittorietà: da una parte infatti, il collegio degli esperti, su richiesta dell'imprenditore, avrebbe dovuto assisterlo (art. 16, comma 1, e 18, comma 4, CCII) e redigere una relazione aggiornata sulla sua situazione (art. 19, comma 2, CCII); dall'altra, attestare la veridicità dei suoi dati (art. 19, comma 3, CCII) esponendosi, il collegio, al rischio di auto riesame dell'operato svolto; avrebbe inoltre dovuto individuare le misure (art. 18, comma 4, CCII) e negoziare accanto al debitore (art. 19, comma 1, CCII). In altre parole, da una parte avrebbe assistito l'imprenditore, dall'altra si sarebbe dovuto porre con il necessario agnosticismo dell'attestatore. Invero, il corpo normativo si limitava all'indicazione del contenitore lasciando indefinito il contenuto; quest'ultimo sarebbe stato tutt'al più oggetto delle buone pratiche che con il tempo si sarebbero formate. Nella fase iniziale ciascun collegio avrebbe dovuto indagare il proprio ruolo, anche alla luce delle richieste ricevute dall'imprenditore, e domandarsi come condurre le attività senza in ciò disporre di alcun modello di riferimento. Da parte sua l'imprenditore che vi avesse fatto ricorso sarebbe stato abbandonato a se stesso, privo di indicazioni sul come prepararsi al più efficace impiego dello strumento. Fino a quando non si fossero formate le buone pratiche, il limitato tempo disponibile al collegio degli esperti per concludere le proprie attività sarebbe stato utilizzato per riuscire ad orientarsi e per permettere all'imprenditore di colmare le carenze informative, assai probabili in assenza di una chiara individuazione delle informazioni occorrenti. Chi scrive¹ era rimasto isolato nel sostenere, da una parte, l'esigenza di definire protocolli di azione del Collegio dell'OCRI e, dalla parte opposta, di cercare di individuare il percorso preparatorio che l'imprenditore avrebbe dovuto compiere prima di

richiedere l'intervento dell'OCRI.

In questa situazione, non conoscere in anticipo come il collegio dell'OCRI avrebbe agito e che cosa avrebbe richiesto all'imprenditore sarebbe stato sufficiente ad indurre quest'ultimo (o meglio i professionisti di sua fiducia) a temere l'insuccesso della composizione assistita, dissuadendolo dall'affrontare il percorso.

Lo strumento della composizione negoziata del D.L. 118/2021, sotto questo profilo, tenta un radicale cambiamento di paradigma, cercando di introdurre un approccio metodologico e pragmatico nel superamento della crisi d'impresa attraverso la negoziazione. La conduzione di trattative in via informata attraverso la presenza di un esperto terzo ed imparziale consente anche al tribunale, nei numerosi giudizi previsti dal decreto, di cogliere dal contraddittorio² con i creditori e l'esperto l'effettiva concretezza delle prospettive di risanamento.

Il decreto dirigenziale previsto dal comma 3 dell'art. 3, interviene sul punto attraverso una serie di indicazioni pratiche rivolte a tutte le imprese, agli operatori e alle parti interessate, reperibili nella parte della piattaforma telematica accessibile al pubblico. Tali indicazioni arricchiscono con suggerimenti operativi di dettaglio il ruolo dell'esperto e l'intero percorso di risanamento. Si tratta di quattro distinti documenti costituiti dal test pratico di verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, dalla *check-list* (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e l'analisi della sua coerenza, dal protocollo di conduzione della composizione negoziata, nonché dalle indicazioni per la formulazione delle proposte alle parti interessate. Essi hanno lo scopo di guidare imprenditore ed esperto nella composizione negoziata.

Il test e la *check-list* rispondono, tra l'altro, a quanto richiesto dalla Direttiva *Insolvency*³, che sollecita gli Stati membri a rendere disponibili *online* informazioni sugli strumenti di allerta precoce e liste di controllo particolareggiate per i piani di ristrutturazione, la direttiva dice "specialmente" adeguate alle esigenze delle PMI e di agevole consultazione, recanti indicazioni per la loro redazione. Non può sottacersi che, a ben vedere, gli strumenti di allerta di cui agli artt. 13 e 15 CCII mancavano sia della precocità necessaria, che di qualsivoglia indicazione operativa per la redazione di piani di ristrutturazione. Con particolare riferimento alla precocità, si deve dubitare che la struttura delle due norme consentisse un'adeguata tempestività, in quanto le soglie di rilevanza sia degli indicatori di natura esterna, che quelli di natura interna erano necessariamente tarate a livelli tali da

2. L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi*, 25 agosto 2021.

3. Dir. EU 2019/1023, art. 8 par. 2 e considerando 17, nonché art. 3 par. 4 e considerando 22.

1. R. Ranalli, *Le misure di allerta - dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019, p. 206 e ss.

evitare il proliferare di 'falsi positivi'. Il punto debole del sistema era infatti quello di rimettere, in ultima istanza, ad un algoritmo o ad un'indicazione quantitativa di sintesi l'individuazione dello stato di crisi al cui manifestarsi si sarebbero attivati, in automatico, una serie di conseguenze.

In tempi straordinari di pandemia tutto ciò avrebbe rischiato di portare schiere di imprese alla deriva. Ciò nonostante da più parti ci si lamenta del rinvio degli strumenti e delle misure di allerta del CCII⁴, ravvisando la perdita di un'importante opportunità per il sistema. Si trascura però che un'allerta che fosse stata fondata sulle segnalazioni passive, interne od esterne, ancorate a prefissate soglie di rilevanza, prima ancora di essere necessariamente tardiva, sarebbe stata inefficace, perché l'impresa trascinata di fronte all'OCRI, vi sarebbe arrivata per lo più impreparata e ciò sarebbe stato sufficiente a condurre l'imprenditore su un piano inclinato al cui termine vi sarebbe potuta essere la liquidazione fallimentare⁵.

Ci si dimentica troppo spesso che la tempestività del risanamento dipende in primo luogo dalla volontà di affrontarlo. La composizione della crisi necessita, infatti, di una forte determinazione dell'imprenditore nel trovare una soluzione alle proprie difficoltà. Chi scrive ritiene che il primo a percepire lo stato di difficoltà sia quasi sempre lo stesso imprenditore; egli vi arriva prima dell'organo di controllo sulla base di elementi oggettivi, tanto basilari quanto efficaci: ad esempio, il calo degli ordini, se esso assume carattere strutturale, o il momento in cui la flessione delle risorse finanziarie diventa critica. Se ciò nonostante, egli rimane inerte, cosa che spesso accade, il motivo, al di fuori di comportamenti che rientrano nella patologia e che fortunatamente non sono così frequenti, deve essere ricercato altrove. L'imprenditore, e prima di lui i suoi professionisti di fiducia, esita ad intraprendere un percorso, quello del risanamento con gli strumenti della legge fallimentare, in quanto percepisce la certezza di costi elevatissimi a fronte della forte incertezza di un esito favorevole: ai suoi occhi, il rischio minore è quello di perdere l'azienda; più spesso quello di un lungo ed accidentato percorso che porta al fallimento.

Sono sostanzialmente questi gli ostacoli che la composizione assistita, per la mancata coerenza nella definizione del ruolo e dei compiti del collegio degli esperti, non avrebbe superato.

L'imprenditore per accedere tempestivamente ad un strumento di composizione tempestiva della crisi deve trovare risposte alle sue legittime e comprensibili perplessità che possono essere sintetizzate nei seguenti interrogativi: ricorrendovi, non rischio di generare ulteriori sospetti presso i fornitori o i clienti? L'esperto che verrà nominato saprà come agire? Quali sono le probabilità di successo?

Il decreto dirigenziale aiuta l'imprenditore a rimuovere queste perplessità. Il Protocollo di conduzione delle negoziazioni gli permette di conoscere in anticipo come si muoverà l'esperto; come meglio si vedrà in appresso, gli permetterà anche, ad un esame più attento, di cogliere il valore associato al fatto che l'esperto sia chiamato ad operare in modo imparziale rispetto a tutte le parti coinvolte. La *check-list* e gli esempi delle proposte che potrà formulare alle diverse parti interessate gli chiariranno come perseguire il risanamento. Il test di praticabilità, infine, gli permetterà di valutare *ex ante* se "risulta ragionevole il risanamento dell'impresa" (art. 2, comma 1) e, finanche, di comprendere se, all'esito della prima convocazione o in un momento successivo, l'esperto potrà o meno ravvisare la sussistenza di "concrete prospettive di risanamento dell'impresa".

Invero, la perplessità dell'imprenditore di fronte alla composizione assistita era anche un'altra: l'assenza di un'adeguata "cassetta degli attrezzi" che consentisse di porre rimedio alle criticità dell'impresa. Le misure premiali di cui all'art. 14 (ed in particolare (i) la rateazione del debito tributario, (ii) la possibilità di ottenere la finanza prededucibile, (iii) quella di ottenere la deroga all'art. 2560, comma 2, c.c., indispensabile per poter cedere anche solo

un ramo di azienda, (iv) la richiesta della rinegoziazione di alcuni contratti se indispensabile per la continuità aziendale, (v) la possibilità di ottenere finanziamenti da altre imprese del gruppo evitando la loro postergazione, (vi) il trascinarsi rafforzato dei creditori non aderenti previsto dall'art. 11, comma 2, (vii) la possibilità stessa di circoscrivere l'*automatic stay* solo ad alcuni creditori) hanno l'ulteriore valenza di costituire gli attrezzi che potranno essere utilizzati allorquando necessari.

2. Il test di praticabilità e le sue finalità

Il test di praticabilità è volto a consentire, sia all'imprenditore che all'esperto, una valutazione preliminare della complessità del percorso per il superamento delle proprie difficoltà. Si tratta di una valutazione che può essere svolta anche in assenza di un piano d'impresa; è sufficiente disporre di una stima, realistica per quanto sommaria, dell'andamento a regime dell'impresa. Essa costringe l'imprenditore a seguire un *iter* logico che lo conduce ad una disamina critica della sua situazione, prescindendo da elementi non ricorrenti che possono, in particolare in questo momento storico, inquinare i dati contabili (ci si riferisce agli effetti del *lockdown* e a quelli di talune norme emergenziali).

Rispetto ad algoritmi di sintesi, quali il noto Z.Score di Altman⁶, e ai prodotti di intelligenza artificiale, accumulati dal fatto che i razionali sottostanti sono difficilmente padroneggiabili da fruitore non evoluto, la struttura del test, il significato della composizione dei suoi singoli addendi e la rilevanza quantitativa dei loro effetti è immediatamente percepibile, al punto che il lettore può comprendere dalla sua disamina dove e come agire per riportare l'impresa in equilibrio finanziario ed assicurarne la sostenibilità economico-finanziaria⁷.

La finalità del test è quella di rendere evidente il grado di difficoltà che deve essere affrontato per nel risanamento dell'impresa. L'esercizio gli permetterà di determinare il debito che deve servire e di commisurarli ai flussi che può porre annualmente al servizio dello stesso, comprendendo se sussista l'esigenza, e nel contempo la sua misura, del rafforzamento di tali flussi attraverso l'adozione di iniziative in discontinuità rispetto al passato.

Il debito è la somma di quello scaduto e di quello in scadenza (tendenzialmente nei successivi due anni), ridotto degli interventi straordinari che è in grado di attuare (ad esempio, aumenti a pagamento del capitale sociale e dismissione di cespiti superflui), mentre i flussi sono quelli che, secondo la migliore valutazione dell'imprenditore, possono essere posti al servizio dello stesso. Essi sono desunti dall'andamento corrente, tenendo conto, laddove occorra, dell'esito delle iniziative industriali in corso di attuazione o che l'imprenditore intende adottare.

In termini invero riduttivi, la logica sottostante al rapporto è quella del tempo occorrente per rientrare del debito: maggiore esso è, più arduo è il risanamento. Quando il risultato del rapporto tra debito e flussi al suo servizio è particolarmente elevato, la continuità aziendale presenterebbe maggiori rischi di insuccesso e, nei casi più gravi, potrebbe essere perseguita solo in via indiretta attraverso la cessione dell'azienda. Nemmeno la cessione dell'azienda potrebbe però essere sufficiente, dovendo essere comunque associata al raggiungimento di un accordo con i creditori per la riduzione dell'esposizione debitoria all'ammontare delle risorse che ne deriverebbero. Sotto questo profilo saranno sufficienti pochi incontri con i creditori per cogliere la praticabilità o meno del risanamento; in caso contrario non si instaurerebbe nemmeno una vera e propria trattativa.

Il test non deve essere considerato alla stregua degli indici della crisi dell'art. 12 CCII. Per quanto esso presupponga che l'impresa sia in equilibrio economico o, per lo meno, che sia in grado di raggiungerlo, la sua

4. F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema di allerti*, in *Il fallimentarista*, 25 agosto 2021.

5. R. Ranalli *Adeguatezza degli assetti organizzativi. 'Indicatori' e prevenzione della crisi tra tecnica e diritto*, in Atti del Convegno: *Crisi d'impresa, prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, Courmayeur 20-21 settembre 2019, Milano 2021, p. 57 e ss.

6. *Fundamental Ratios and Market Values*, 1968

7. La sostenibilità economica è stata ritenuta priva di ogni ancoraggio concettuale ed operativo (P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Giustizia Insieme*, 6 settembre 2021); in realtà essa è espressamente prevista nei principi contabili (§ 32 dell'OIC 9) e all'art. 10, par. 3 della Direttiva *Insolvency*.

assenza è rilevante nel solo caso in cui l'impresa sia in difficoltà o in crisi, in quanto il mero disequilibrio economico, in assenza di un disequilibrio finanziario, anche solo prospettico, non comporta una situazione di crisi certa o probabile.

3. La *check-list* e l'allegato recante l'indicazione per la formulazione delle proposte alle parti interessate

Il risanamento richiede che l'imprenditore disponga di un piano d'impresa correttamente redatto e funzionale allo scopo. Il decreto dirigenziale ne sottolinea l'esigenza sia dal momento in cui egli decida di intraprendere il percorso di risanamento, pur precisando che la sua presenza non è imprescindibile. Il piano d'impresa che assume la natura di piano di risanamento è, infatti, l'elemento che consente di definire la strategia da adottare e di misurarne in via prognostica gli effetti. È solo attraverso tale esercizio che potranno essere formulate alle parti interessate proposte adeguate per ricondurre alla sostenibilità il debito esistente⁸.

Non tutte le imprese dispongono però di un piano e molto spesso, anche quando ne dispongono, esso non ha i requisiti necessari allo scopo. Il che è aggravato dal fatto che la redditività compromessa dell'impresa può necessitare dell'individuazione di iniziative in forte discontinuità rispetto al passato; ciò è fonte di complessità ulteriore e di incertezza maggiore nel conseguimento dei risultati prospettati. Obiettivo del risanamento è sempre quello di rendere sostenibile il debito attraverso i flussi liberi che possono essere posti al servizio dello stesso. Se un'impresa genera risultati operativi negativi essa distrugge valore e per ottenerne il risanamento occorre che venga innanzitutto recuperata la redditività. Il che impone un cambiamento di passo, un diverso agire rispetto al passato. Pur essendo sempre importante che la redazione del piano segua un processo rigoroso; il rigore diventa viepiù fondamentale quanto più si rendano necessarie iniziative in discontinuità.

L'iter logico è comune a quello che sorregge il test preliminare di praticabilità del risanamento, con la differenza che mentre quest'ultimo reca stime sommarie (essendo solo volto a comprendere la complessità del processo di risanamento che l'imprenditore si accinge ad intraprendere), il piano è la bussola che lo orienterà nel tempo per il raggiungimento della meta.

La redazione del piano di risanamento e l'esame della sua adeguatezza derivano dalla Lista di Controllo. Essa reca indicazioni particolareggiate volte a stimolare riflessioni da parte di chi si accinge a redigere il documento, utili a tutte le imprese ma rivolte in special modo alle PMI che sono meno avvezze alla redazione di piani d'impresa.

L'esigenza di una *check-list* discende dal fatto che il piano non è tanto un insieme di tabelle e numeri, come talvolta si crede, ma è innanzitutto un processo che partendo dallo stato dell'impresa e dalla manifestazione delle difficoltà percepite dall'imprenditore lo conduce ad individuare le cause e le iniziative necessarie per rimuoverle. La vera essenza del piano è l'indicazione di che cosa si intende fare nella conduzione dell'impresa, del perché e del come si intende farlo. La conversione di tali indirizzi in stime quantitative viene solo dopo la definizione della fondamentale parte programmatico-qualitativa del piano. La *check-list* dunque costituisce il momento di confronto critico dell'appropriatezza e del grado di affidabilità del processo seguito nella costruzione dei numeri prognostici. Si sottolinea in essa l'esigenza di solidità del processo seguito nel presupposto, spesso trascurato, che l'affidabilità del dato in quanto tale non esiste, e non avrebbe nemmeno senso indagarla, essendo il dato la mera conseguenza del processo.

8. È stato osservato (A. Iorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *dirittodellacrisi.it*, 1 ottobre 2021), che "assai più incisivamente di quanto previsto per l'accesso all'OCRI, l'imprenditore deve avere già chiara, e convincente, la prospettiva di uscita dalle difficoltà, una prospettiva da affinarsi nella collaborazione tra l'esperto e i professionisti dell'imprenditore, ma già presente nella visione di costui. In tal senso, anche P. Rinaldi, *La composizione negoziata della crisi e i rapporti con gli intermediari creditizi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 settembre 2021.

L'importanza della *check-list* deriva dal fatto che, diversamente rispetto ai dati consuntivi, per i dati previsionali non esiste alcun set preconfezionato di regole valide ad ogni uso e non esiste per un banale motivo: le regole di dettaglio dipendono da come è conformato il modello di *business*, da come è in concreto strutturata l'organizzazione dell'impresa, da quali sono le linee di responsabilità e quelle di riporto, dalla mappatura delle informazioni disponibili, dalla loro fruibilità, dal vaglio dell'adeguatezza del processo di rilevazione, impiego e condivisione tra le funzioni aziendali delle valutazioni condotte. In pratica, ogni impresa costituisce un *habitat* originale difficilmente replicabile *in vitro*. Per tale motivo, il manuale per la redazione del piano d'impresa non è un *paper* pronto all'uso, da applicare in modo automatico.

Il percorso di definizione interna delle regole di confezionamento del piano deve essere dunque scritto dalla singola impresa. Però, per quanto alla sua scrittura vi si giunga solo gradualmente, attraverso affinamenti successivi, l'esercizio della redazione del piano può essere avviato in qualunque momento senza attendere la definizione delle regole interne. Sarà anzi dall'esercizio condotto *in vivo* dall'impresa che deriveranno le regole da adottare anche in futuro. La PMI che si accinge per la prima volta alla redazione del piano d'impresa, al pari dell'impresa di dimensioni superiori che ha constatato la presenza di scostamenti significativi tra i dati previsionali e quelli consuntivi, più che ricorrere ad un manuale preconfezionato di redazione del piano, di difficile impiego concreto, dovrà rispondere ad un insieme articolato di domande, di stimolo alla corretta costruzione del dato prognostico, fornendo utili indicazioni pratiche⁹. È questa la finalità della *check-list* alla quale fa riferimento la direttiva unionale. Essa non deriva, e lo precisa con chiarezza la premessa della *check-list*, da precetti assoluti ma dal recepimento delle migliori pratiche di redazione dei piani. Le tappe del percorso di redazione del piano sono chiaramente definite nella *check-list*. Esse sono cinque : 1. l'autovalutazione della sussistenza dei necessari requisiti di organizzazione interna; 2. la rilevazione della situazione in essere; 3. l'individuazione delle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi; 4. la proiezione dei dati finanziari e la misurazione dei flussi che possono essere destinati al servizio del debito, attraverso un processo articolato in distinte fasi successive; 5. il risanamento dell'esposizione debitoria. Le cinque tappe costituiscono il contenuto di altrettanti corrispondenti paragrafi della *check-list*, ai quali fa seguito un sesto paragrafo recante le specificità in presenza di un gruppo di imprese. Elemento imprescindibile è costituito dal fatto che il piano di risanamento deve essere fondato su intenzioni strategiche (c.d. linee guida) chiare e razionali, condivisibili da parte di un lettore informato quale è l'esperto, coerenti con la situazione di fatto dell'impresa e del contesto in cui opera. Nel piano il lettore (in primo luogo l'esperto) deve poter trovare la risposta chiara e convincente alla domanda "le strategie di intervento e le iniziative industriali individuate dall'imprenditore appaiono appropriate per il superamento delle cause della crisi?" (punto 3.9 della *check-list*). In altre parole, la risposta alla domanda: perché e come il piano dovrebbe consentire il superamento della crisi? Affinché la risposta sia convincente occorre che essa presenti forti collegamenti con le specificità dell'impresa, costituite dal modello adottato per la conduzione del *business* e dalle leve per la creazione del valore, e, al contempo, con le cause della crisi. Essa deve apparire visibilmente atta, quanto meno in astratto, a rimuoverle (vedi le domande del paragrafo 3 della *check-list*). Il piano non deve però mai essere decontestualizzato, essendo tale un piano che si riferisca ad intenzioni strategiche stereotipate, prive di aderenza alla realtà, che mancano della concreta operatività necessaria. Il piano deve essere, in particolare, sistematico e cioè descrivere la situazione attuale e quella obiettivo, riferendosi alle principali aree di attività dell'azienda, ai processi operativi più significativi, alla struttura organizzativa e manageriale, alle risorse disponibili (si tratta delle questioni affrontate con le domande di cui paragrafo 1 della *check-list*).

9. Un esempio è l'indicazione di cui ai punti 5.4 e 5.5 recanti indicazioni sulla misurazione del debito che deve essere servito nei singoli anni di piano e sulle azioni che consentono di renderlo sostenibile con i flussi derivanti dalla gestione.

Il processo del piano non si esaurisce con la sua redazione. Occorrerà, infatti, condurre il monitoraggio della sua implementazione e la valutazione degli scostamenti (punto 1.3 della *check-list*). Dal monitoraggio derivano gli affinamenti necessari e, solo attraverso di esso, il piano da elemento funzionale per il risanamento diventa strumento di *governance* dell'impresa, contribuendo alla creazione del valore ed alla mitigazione dei rischi. In pratica da una esigenza si trasforma in un'opportunità per l'imprenditore. Le indicazioni di dettaglio contenute nella *check-list* dovrebbero consentire all'imprenditore che intende accedere allo strumento quanto meno di cimentarsi, prima ancora di richiedere la nomina dell'esperto, nella redazione del piano verificandone autonomamente l'affidabilità. L'esperto dovrebbe in pratica intervenire solo in un momento successivo quando esamina il piano con l'imprenditore, soffermandosi sulle risposte date da quest'ultimo alle domande contenute nella *check-list* ed effettuando i puntuali specifici riscontri dalla stessa rimessi alla sua cura. Quando l'esperto rilevasse inappropriate o non convincenti le risposte a talune domande, sempreché le domande in questione appaiano rilevanti per la solidità del piano, non potrà che chiedere all'imprenditore di rafforzare il proprio spirito critico ripercorrendo le singole fasi del processo. In questo poggia la disamina del piano richiesta all'esperto che, pur non costituendo una verifica di fattibilità in senso tecnico, consente l'analisi di coerenza del documento al fine di riconoscerne la credibilità (punto 3.9 della *check-list* "il piano appare credibile?").

4. Il Protocollo di conduzione della composizione negoziata

Anche per la novità dello strumento e l'assenza di precedenti, il Protocollo della sezione III del decreto dirigenziale, per quanto non contenga precetti assoluti, assume rilevanza fondamentale per lo svolgimento del ruolo dell'esperto in modo efficace e rapido.

Un aspetto, in particolare, mai sufficientemente rimarcato, deve essere chiaro: per il successo della composizione negoziata occorre la piena consapevolezza da parte dell'esperto del proprio ruolo di imparziale facilitatore delle trattative. Egli non assiste l'imprenditore né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e di stimolare gli accordi (v. punti 8.2. e 8.3. del Protocollo). Tale ruolo, che si colloca nell'ambito della mediazione¹⁰, deve essere ben compreso e interiorizzato dall'esperto, anche perché non ha precedenti nella crisi d'impresa. Rispetto allo stesso collegio dell'OCRI, non è più sufficiente che l'esperto sia indipendente ma occorre che operi con indipendenza e imparzialità nei confronti di tutte le parti e cioè con eguale distacco rispetto ad esse. Assai diversa è pertanto la sua missione rispetto a quella prevista dall'art. 16 co. 1 CCII, che invece chiede al collegio dell'OCRI di "assistere" l'imprenditore, su istanza di quest'ultimo, nel procedimento di composizione "assistita".

La terzietà e l'equidistanza del suo operato lo pongono nella situazione ideale per svolgere il ruolo di facilitatore delle trattative. Egli deve essere consapevole che è piuttosto facile generare sospetti di parzialità e che ciò impedirebbe il raggiungimento di un componimento efficace ed in tempi rapidi delle diverse posizioni delle singole parti. L'imprenditore può infatti essere tentato di proporre ai creditori sacrifici eccessivi rispetto alle esigenze o di non rappresentare con oggettività la propria situazione nella speranza di ottenere ulteriore credito; l'esperto, però, che ha accesso alle informazioni disponibili, deve atteggiarsi con oggettività per perseguire l'equilibrio dei sacrifici richiesti alle diverse parti (tra le quali vi rientra anche l'imprenditore) evitando, nei limiti di quanto a lui possibile, che una di queste si avvantaggi ingiustificatamente¹¹ a scapito delle restanti. Se sorgesse in talune parti il sospetto che l'esperto stia favorendo una o più

delle restanti, si ripresenterebbero le criticità che caratterizzano le faticose e lunghissime trattative degli accordi nei tavoli tra imprenditore e creditori. Egli perderebbe credito, verrebbe compromesso il suo ruolo di terzo facilitatore e ne verrebbero pregiudicati i tempi, disperdendo inutilmente il vantaggio di un'allerta effettivamente tempestiva.

L'imparzialità deve sussistere durante tutto il corso delle trattative. Vi sarà chi riterrà eccessivo che, per preservare la terzietà, l'esperto si debba astenere dall'assunzione di incarichi retribuiti dal debitore successivamente all'esito della composizione negoziata. In realtà, il solo fatto che possa accadere potrebbe ingenerare dubbi sull'effettiva imparzialità dell'esperto presso i creditori derivanti dal sospetto che egli nutra l'aspettativa di ottenere tali incarichi una volta conseguita la composizione (in tal senso si pone il punto 1.5 del Protocollo).

Deriva anche dall'imparzialità dell'esperto il fatto che le trattative si svolgano in via informata. Si tratta di un'esigenza fondamentale per consentire a ciascuna parte coinvolta di valutare il rischio al quale essa è esposta ed i vantaggi derivanti dal risanamento. Gli stessi tempi di conclusione delle trattative dipendono da ciò.

Il Protocollo, oltre a sottolineare tale ruolo dell'esperto, ne rende più snello ed agevole l'intervento cadenzando la sua attività. Egli non dovrà interrogarsi sul ruolo da assumere, e disporrà dell'indicazione di un percorso che potrà seguire con determinazione.

Vi è di più. La presenza del Protocollo dell'esperto ne rende prevedibile l'attività, agli occhi sia dell'imprenditore che dei creditori. È questo un elemento che deve essere attentamente soppesato in quanto il procedere in modo disordinato ed estemporaneo sarebbe non solo fonte di legittime perplessità presso l'imprenditore, di cui già si è detto, ma anche presso i suoi fornitori, ai quali è richiesto di continuare a concedere credito con le nuove forniture. È questo, a bene vedere, il tema più rilevante durante la composizione: il canale degli approvvigionamenti, fondamentale per ogni impresa, trova un presidio normativo solo nella 'collaborazione leale' dell'art. 4, comma 7, le nuove forniture non rientrano, infatti, nel portato dell'art. 6, comma 5, al pari di quanto previsto dall'art. 12, comma 3, CCII, trattandosi di norme rivolte ai soli contratti pendenti. Incertezza e tentennamenti dell'esperto nell'espletamento del proprio ruolo verrebbero percepiti dai fornitori come rischi di insuccesso, pregiudicando il canale degli approvvigionamenti e di conseguenza la continuità aziendale.

Al fine di evitare incertezze, nel Protocollo sono affrontati i profili più critici.

Si tratta in primo luogo del tema della concreta perseguibilità del risanamento. L'individuazione della presenza di concrete prospettive di risanamento necessitava, infatti, dell'enunciazione di buone pratiche maturate nella gestione della crisi d'impresa, in difetto delle quali la valutazione avrebbe rischiato di essere estremamente soggettiva. Il Protocollo sottolinea, come già la Relazione illustrativa, che la presenza di uno stato di insolvenza non preclude necessariamente l'accesso alla composizione negoziata ed evidenzia come, per il riconoscimento della concretezza delle prospettive di risanamento in presenza di uno stato di insolvenza, sia determinante l'andamento delle trattative con i creditori (la stessa cessione dell'azienda è realisticamente praticabile nella composizione negoziata solo se le trattative permettono l'assorbimento da parte dei creditori aderenti dell'impatto della carenza delle risorse per fronteggiare il debito complessivo dell'impresa). Determinante è quanto riportato nel Protocollo, al punto 2.4., laddove si precisa che l'esperto terrà conto: i) della distruzione di risorse derivante dalla continuità aziendale; ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse; iii) dell'assenza di valore del compendio aziendale. In presenza di tali circostanze le probabilità che l'insolvenza sia reversibile sono assai remote, indipendentemente dalla scelta dei creditori ed appare dunque inutile addirittura avviare le trattative.

Nel corso delle trattative, quando l'esperto ravvisi che sia venuta meno ogni concreta prospettiva di risanamento, anche in via indiretta, interrompe la composizione. Vi è un momento in cui tali prospettive vengono meno ed è il momento in cui viene constatato che le risorse per rendere il debito sostenibile, comprese quelle messe a disposizione dai creditori attraverso il riconoscimento di stralci o di conversione in *equity*, non pos-

10. S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 28 settembre 2021.

11. "L'ingiusto pregiudizio" è un *leitmotiv* della direttiva *Insolvency* al punto che il termine ricorre sedici volte nel testo della direttiva.

sano avere un ritorno adeguato che tenga conto del premio per il rischio in capo al creditore. Con una precisazione: il ritorno minimo occorrente per le risorse impiegate da coloro (creditori e soci) che sono già esposti al rischio di perdite in caso di insolvenza è più contenuto rispetto al loro valore nominale, non si deve, infatti, tenere conto di quella parte delle perdite che essi comunque subirebbero in assenza di composizione della crisi. Con un'ulteriore precisazione: la valutazione del ritorno minimo necessario e dell'implicito premio per il rischio la può fare solo colui che mette a disposizione le risorse (creditore o socio che sia), anche sulla base del suo livello di appetito al rischio. L'andamento delle trattative costituirà di fatto la cartina tornasole e l'esperto dovrà sempre tenerne conto.

In ogni caso nell'apprezzamento della concretezza delle prospettive di risanamento l'esperto terrà conto del grado di difficoltà emerso dal test e, nell'esame delle linee di intervento e del piano, delle risposte date dall'imprenditore alle domande della *check-list*.

L'operato dell'esperto trova un punto di attenzione nel vaglio critico degli atti di gestione dell'impresa, tanto più rilevante quanto maggiore è la gravità della situazione dell'impresa. Al riguardo il Protocollo fornisce utili indicazioni operative al paragrafo 7.

Centrale è il tema dello svolgimento delle trattative con le parti interessate e la formulazione da parte dell'imprenditore delle sue proposte, cui si affianca l'intervento dell'esperto nel caso in cui la rideterminazione del contenuto, dei termini o delle modalità delle prestazioni contrattuali si renda opportuna per assicurare la continuità aziendale ed agevolare il risanamento dell'impresa. Il Protocollo li affronta ai paragrafi 8, 9 e 11.

Vi è una fase evidenziata nel Protocollo che appare fortemente innovativa rispetto alle pratiche che sino ad ora hanno caratterizzato i tavoli negoziali delle crisi: si tratta dell'individuazione delle parti interessate. Lo strumento della composizione negoziata, rispetto a quanto di fatto accade nelle trattative che caratterizzano gli accordi di cui all'art. 182-bis l. fall. e quelli sottostanti ai piani attestati di cui all'art. 67 l. fall., ha l'ambizione di estenderle dal ristretto ambito del ceto bancario a tutte le parti interessate. Sono queste costituite dagli altri creditori e dai fornitori, in particolare, dai detentori del capitale sociale e, laddove sussista un ragionevole interesse, dai clienti di filiera. L'esperto è chiamato ad individuare le parti che hanno interesse al risanamento dell'impresa avendo riguardo alla loro esposizione al rischio ed ai vantaggi che ritrarrebbero dalla continuità aziendale. Il Protocollo al punto 5.2. fornisce suggerimenti su come individuare l'interesse delle singole parti ed invita l'esperto ad esaminare: le conseguenze derivanti dal venire meno della continuità (il punto 5.2.1. fornisce esempi al riguardo); la misura di soddisfacimento in caso di liquidazione dei beni o nelle alternative concretamente praticabili; le conseguenze derivanti sui rapporti di credito o economici con terze parti, ad esempio le altre imprese del gruppo dell'imprenditore; le ulteriori conseguenze derivanti in capo al creditore da una procedura concorsuale in capo all'imprenditore (ad esempio: responsabilità civili e penali, azioni revocatorie e risarcitorie).

Come già detto, l'equilibrio dei sacrifici richiesti alle parti interessate è il presupposto per un rapido superamento negoziale della crisi. In ciò l'esperto potrà essere di stimolo al raggiungimento di una composizione se ha ben chiare quali siano le proposte che l'imprenditore può formulare a ciascuna delle parti interessate e quali invece non sarebbero compatibili con il suo stato o con la situazione della singola parte. È utile al riguardo il contenuto dell'allegato 1 del decreto dirigenziale che reca l'elencazione ragionata delle tipologie di proposte che possono essere formulate dall'imprenditore alle diverse parti (banche, fornitori, erario, soci, clienti, ecc.). Si tratta di un documento pensato per l'imprenditore ma che è anche di ausilio all'esperto per valutare in concreto il complessivo equilibrio delle proposte formulate. Va anche evidenziato il suggerimento rivolto all'esperto di proporre la nomina di un CRO (*chief restructuring officer*) con il ruolo di monitorare l'attuazione del piano di risanamento quando siano previsti ristori ai creditori subordinati al raggiungimento di risultati economici o finanziari prefissati (*earn-out*) o l'assegnazione di strumenti finanziari partecipativi di cui all'art. 2346 c.c. (punto 9.4).

Per una piena consapevolezza delle reciproche utilità delle parti occorre la stima della liquidazione del patrimonio dell'impresa, attraverso la quale

gli interessati possono pervenire alla stima del tasso di *recovery*. Il Protocollo (punti 13.1 e 14.8) suggerisce all'esperto di darvi corso già durante l'iter delle trattative per lasciarne traccia nella relazione finale. Il che ha destato in taluni perplessità¹² che paiono a chi scrive prive di fondamento: il rischio che le valutazioni rese dall'esperto possano essere strumentalmente volte a costringere i creditori ad accettare sacrifici eccessivi è, ad avviso di chi scrive, fugato dalla sua imparzialità che, se sussiste, ben i creditori saranno in grado di apprezzare nel corso delle trattative ovvero, in caso contrario, di non riconoscergli non attribuendo affidabilità alcuna alle sue valutazioni.

Il Protocollo scende in dettaglio anche per affrontare la specifica situazione del gruppo di imprese. Lo fa al paragrafo 3, invitando l'esperto ad estendere la valutazione degli interessi a quelli dei creditori delle singole imprese del gruppo e suggerendogli di tenere conto della coincidenza e della contrapposizione degli interessi delle parti interessate delle singole imprese, nonché delle reciproche conseguenze in caso di discontinuità aziendale e sui rapporti infragruppo in ogni altro caso. La presenza di un gruppo consente anche all'esperto (art. 13, comma 7) di invitare a partecipare alle trattative, quali parti interessate, anche le altre imprese del gruppo anche se non presentano situazioni di squilibrio patrimoniale od economico-finanziario. Assai rilevante è, con riferimento alla nuova finanza infragruppo, quanto previsto all'art. 13, per escludere la postergazione, e all'art. 10, per il riconoscimento della prededuzione; in materia il Protocollo fornisce puntuali indicazioni rispettivamente al punto 7.8 ed al par. 10.

Il Protocollo fornisce inoltre suggerimenti all'esperto sulle valutazioni da condurre nel caso in cui gli sia richiesto un parere da parte del tribunale in sede di giudizio di conferma o proroga delle misure protettive e cautelari (par. 6) o in quello di autorizzazione di nuovi finanziamenti prededucibili o di rinegoziazione dei contratti (par. 10).

Completano il quadro definito dal Protocollo, l'intervento dell'esperto in caso di cessione dell'azienda o di rami di essa, la stima della liquidazione dell'intero patrimonio, la conclusione dell'incarico. Con riferimento ad essi, pare opportuno sottolineare una particolarità rilevante dello strumento in questione che lo differenzia da tutti gli altri: la sua flessibilità di impiego. Chiunque assista le imprese in crisi ben sa che sono rari i casi in cui il percorso di risanamento disegnato all'inizio dell'intervento rimanga immutato sino al termine. Molto spesso sono le difficoltà sorte nel corso delle trattative, il peggioramento (od il miglioramento) dell'andamento corrente e lo stesso andamento delle trattative che impongono all'*advisor* di modificare il percorso e di sfociare in uno strumento diverso. Il che tutte le volte comporta perdite di tempo e, laddove siano previsti termini rigidi da rispettare (quale ad esempio il termine del prenotativo del concordato preventivo), sorge il rischio di non arrivare in tempo utile o l'esigenza di dover ripartire da capo. Con la composizione negoziata, invece, gli esiti possono essere diversi e modificati in corso d'opera: dal mero contratto con una o più parti, alla convenzione di moratoria, agli accordi non omologati, con o senza attestazione, alle diverse forme di accordi di ristrutturazione omologati, anche ad efficacia estesa. Il contenuto dell'intervento dell'esperto ad esito delle trattative cambia a seconda della soluzione individuata ed il Protocollo fornisce ai punti 14.4 e 14.5. puntuali indicazioni in caso di contratto di cui alla lett. a) dell'art. 11, comma 1, o di sottoscrizione sostitutiva dell'attestazione dell'accordo di cui alla seguente lett. c), nonché al punto 14.6 in caso del raggiungimento del *term sheet* di un accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa.

Nel corso delle trattative, è ben possibile transitare da una forma di continuità soggettiva ad una di continuità indiretta, che l'esperienza insegna essere assai frequente e, in un Paese caratterizzato da particolare nanismo delle imprese, anche opportuna.

Si tratta di un cambio di prospettiva che necessita della deroga al dispo-

12. D. Galletti, *Breve storia di una (control) riforma "annunciata"* in *Il fallimentarista*, 1 settembre 2021: il quale ravvisa nel concordato semplificato lo sbocco della composizione negoziata 'nella direzione del ricollocamento del compendio, non tanto sul mercato ..., quanto a beneficio di sfere soggettive che molto ottimisticamente saranno "terzi", ma che nella migliore delle ipotesi asseconderanno la vocazione dei nostri imprenditori italici per la sindrome della "Fenice".

sto dell'art. 2560, comma 2, c.c. e pertanto sarebbe, in radice, impedita dal ricorso diretto agli strumenti del piano attestato e dell'accordo di ristrutturazione omologato e comunque non sarebbe stata accessibile con la composizione assistita dell'OCRI. La deroga necessita però dell'autorizzazione del tribunale (art. 9, comma, lett. d) che sentirà i creditori e quasi certamente l'esperto. Al riguardo, deve essere sottolineato che la cessione dell'azienda o di suoi rami sarebbe comunque oggetto di trattativa con i creditori, i quali probabilmente richiederanno l'adozione di procedure competitive (e la Piattaforma mette a tal fine a disposizione un ambiente di *virtual data room* e uno, secretato, di raccolta delle offerte). L'esperto, sentito dal tribunale nel contraddittorio del relativo giudizio autorizzativo, sarebbe chiamato a rendere informativa dell'attività svolta (delineata al punto 12.2 del Protocollo). Di estrema rilevanza il fatto che, nell'ambito di tale informativa, il Protocollo inviti l'esperto a dare anche conto se l'acquirente riveste la qualifica di parte correlata all'imprenditore (punto 12.4) e si ha ragione di ritenere che il tribunale non possa non richiederglielo.

Se anche la soluzione non fosse raggiunta ad esito dell'intervento dell'esperto, le indicazioni di praticabilità che egli riporta nella propria relazione finale in conformità al punto 14.7 del Protocollo consentirebbero all'imprenditore ed alle parti con le quali sono state condotte le trattative di concludere una convenzione di moratoria, un accordo o le altre soluzioni concordate della crisi anche dopo l'archiviazione dell'istanza. Il lavoro svolto dall'esperto non verrebbe in questi casi affatto vanificato ed anzi costituirebbe la base per una più circostanziata rimeditazione dell'opportunità di raggiungere comunque un'intesa. L'attività svolta nel corso della composizione negoziata costituirà comunque una base rilevante che consentirà comunque un risparmio di tempo e di costi nel diverso strumento adottato in caso di suo esito sfavorevole. Perché questo possa accadere occorre però che la relazione finale abbia un contenuto adeguato e, di nuovo, rilevano le indicazioni fornite dal Protocollo.

È anche fuggito il rischio che dalle stime della liquidazione del patrimonio rese dall'esperto possa derivare un documento per i creditori nell'eventualità del concordato semplificato al quale l'imprenditore intendesse accedere. A prescindere dal fatto che la stima dell'esperto sarebbe meramente indicativa e potrebbe essere superata dai valori in concreto realizzati, la presenza dell'ausiliario prevista dall'art. 18 ed il ricorso alle procedure competitive, che verrebbe disposto per effetto del richiamo all'art. 182 l. fall., occorrente per verificare l'assenza di soluzioni migliori sul mercato (art. 19, comma 2), sarebbero sufficienti ad evitare documento per i creditori. Anzi il realizzo dell'azienda e di rami aziendali potrebbe essere reso più efficiente dall'attività di selezione (in particolare se effettuata con le indicazioni del punto 12.2. del protocollo) dei potenziali acquirenti svolta dall'esperto quando l'impresa era ancora operativa e comunque attraverso l'ostensione di informazioni agli interessati (la *data room*) appropriate in quanto predisposte insieme allo stesso imprenditore che ben conosce le esigenze informative del settore.

Il che dà evidenza della rilevanza operativa del documento e della sua diffusione attraverso la pubblicazione nella parte pubblica della Piattaforma. Quest'ultima, unitamente a quella della *check-list*, consentirà l'impiego di un linguaggio comune a imprenditore, esperto, creditori, ed advisor, fondamentale per la conduzione in via informata delle trattative, rendendo più efficace il dialogo, evitando fraintendimenti e incomprensioni, a tutto vantaggio dei tempi di raggiungimento di un accordo.

5. Conclusioni: la vera sfida

In momenti normali ci si sarebbe potuto attendere che dagli adeguati assetti e dagli strumenti di allerta maturassero, via via, pratiche virtuose; ma non viviamo un momento normale. In presenza di una rapida trasformazione della domanda e dei modelli di business¹³ occorre invece sin da

13. Essa non deriva tanto dal lockdown e dalle misure sanitarie adottate in presenza della pandemia Covid-19 quanto piuttosto dai cambiamenti dei costumi (ad esempio *e-commerce*, *smart working*) che ne sono derivati e da quelli strutturali che deriveranno al piano PNRR a seguito degli incentivi alla transizione digitale e a quel-

subito imprimere la massima gradualità nella schumpeteriana distruzione creativa che segue ad ogni grande cambiamento ed è quanto il legislatore si ripropone con la composizione negoziata¹⁴.

La diffusione delle competenze per l'efficace impiego dello strumento costituisce la vera sfida: perché dalla percezione della presenza di difficoltà l'imprenditore decida di passare all'azione occorre che i suoi professionisti di fiducia acquisiscano una diversa competenza in materia di crisi d'impresa.

Le indicazioni operative contenute nella Piattaforma consentono la divulgazione di competenze al di fuori del club ristretto dei professionisti che si occupano di ristrutturazione del debito. Sarebbe stato a tal fine fondamentale dare l'opportunità dell'accesso all'elenco anche a coloro che, ultimato il ricco percorso formativo del decreto dirigenziale, non avevano trascorsi nell'ambito della crisi d'impresa, pur avendo competenze aziendalistiche. Il che purtroppo non è stato a causa dell'emendamento che ha modificato il comma 3 dell'art. 3.

Da tale divulgazione sarebbe derivato un triplice innegabile vantaggio.

In primo luogo, quello di infoltire con nuove reclute i ranghi degli esperti, indispensabile laddove si verificasse il rischio di un accresciuto numero di imprese in crisi.

In secondo luogo, quello di estendere ai professionisti di fiducia dell'imprenditore la capacità di affrontare le difficoltà finanziarie e la crisi di impresa. Maturerebbero competenze nuove e più trasversali; il dibattito sulla crisi d'impresa non interesserebbe più soltanto una cerchia ristretta di professionisti, ma si estenderebbe ad altre preziose competenze. La stessa limitazione a due del numero degli incarichi di composizione negoziata che possono essere assunti (di cui all'art. 3, comma 6), oltre ad evitare rallentamenti degli interventi derivanti dalla sovrapposizione di un numero eccessivo di incarichi, va nella direzione di una maggiore diffusione delle competenze in materia di crisi d'impresa.

In terzo luogo, quello di far acquisire alle imprese, per il tramite dei loro professionisti di fiducia, dimestichezza con uno strumento dai costi contenuti, che ha livelli di pervasività limitati, in particolare nei casi più semplici; uno strumento atto non solo ad affrontare situazioni di crisi avanzate, ma anche per superare mere difficoltà risolubili con pochi contratti con singole parti (prima ancora che abbiano avuto luogo riclassificazioni delle esposizioni creditorie da parte del sistema bancario). I professionisti di fiducia delle imprese saprebbero come orientare il proprio cliente nel condurre le scelte più opportune¹⁵.

Per la diffusione delle competenze, invero, è sufficiente la parte aperta al pubblico della Piattaforma. Grazie ad essa, per le ragioni illustrate, la composizione negoziata potrà costituire lo strumento di allerta per eccellenza¹⁶, nel momento stesso in cui l'imprenditore è messo nelle condizioni di coglierne l'adeguatezza a rispondere in concreto al suo obiettivo primario che è quello di mantenere in vita la propria impresa superando le difficoltà che la hanno coinvolta.

la green.

14. L'esigenza di gradualità è sottolineata anche nella relazione illustrativa al decreto.

15. Lo strumento potrebbe, ad esempio, essere utilizzato, alle prime difficoltà, per pervenire alla tempestiva stipula di un contratto di riscadenziamento delle rate del mutuo senza pregiudicare il merito di credito dell'impresa, per concordare la dilazione temporanea del termine contrattuale di pagamento delle forniture, o per concordare un'abbreviazione dei termini di pagamento da parte del cliente principale.

16. Il test e la *check-list* contribuiscono alla realizzazione degli adeguati assetti di cui all'art. 2086 c.c., nonché il presupposto per l'adozione e l'attuazione degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi, in tal senso v. M. Irrera, P. Riva, *La convergenza tra le indicazioni del codice della crisi e D.L. 118/2021: is cash king? DSCR e TdR a confronto in Ristrutturazioni aziendali*, 20 ottobre 2021.

La figura dell'esperto

di Lorenza Calcagno, Componente comitato direttivo della Scuola Superiore della Magistratura

Quali requisiti e quale formazione si richiede all'esperto negoziatore? Quale posizione in concreto gli assegna la nuova disciplina? A quali regole gli impone di adeguarsi? La riflessione offre una risposta critica e meditata a questi interrogativi, scrutando a fondo il ruolo di una figura inedita.

Sommario:

1. Introduzione
2. La procedura di individuazione dell'esperto
 - 2.1 L'elenco degli esperti
 - 2.2 I requisiti soggettivi
 - 2.3 La domanda di inserimento nell'elenco
 - 2.4 La formazione
 - 2.5 La nomina dell'esperto
3. Indipendenza, doveri e poteri dell'esperto indipendente
 - 3.1 La posizione dell'esperto rispetto al debitore: approfondimento
4. Un esperto "mediatore" o un mediatore esperto?
5. Conclusioni

1. Introduzione

Questo scritto è dedicato ad una prima analisi e lettura delle norme che delineano la figura assolutamente nuova dell'esperto indipendente introdotta dall'articolo 2 comma 1 del D.L. 118/2021, statuizione non oggetto di alcuna modifica in sede di conversione ad opera della legge 21 ottobre 2021, n. 147. Quale indicazione iniziale appare utile riportare il contenuto della Relazione illustrativa al provvedimento d'urgenza. Dopo aver introdotto la scelta del nuovo strumento della "composizione negoziata della crisi", individuato in termini definitori quale "... percorso più strutturato rispetto a quello previsto dal Codice della crisi d'impresa, adeguato alle mutate esigenze. e meno oneroso, con il quale si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato...", si legge che per ottenere il risultato si è scelto "... di affiancare all'imprenditore un esperto nel campo della ristrutturazione, terzo e indipendente e munito di specifiche competenze, al quale è affidato il compito di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa". La natura e l'attività dell'esperto è già contenuta in queste poche righe: un soggetto dotato di competenze specifiche, terzo e indipendente non solo rispetto al debitore ma anche alle altre parti, con il compito di facilitare l'individuazione di proposte e percorsi di risanamento dell'impresa. Chiarite le caratteristiche essenziali di questa figura assolutamente centrale per la funzionalità del nuovo strumento di risanamento, lo scritto si propone di analizzarne i punti più importanti verificando quali siano i criteri seguiti dal legislatore al fine di raggiungere i fini chiaramente individuati.

2. La procedura di individuazione dell'esperto

2.1. L'elenco degli esperti

Naturalmente le modalità di individuazione della nuova figura costituiscono disposizioni essenziali al fine di garantirne i requisiti, di indipendenza e terzietà, che la assistono. Al centro del sistema vi è la creazione dell'albo, definito dall'articolo 3 comma 5 L. n. 147/2021 in termini di elenco, istituito presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ciascun capoluogo di Regione e delle Province autonome di Trento e Bolzano, alimentato tramite i nominativi degli esperti inviati, dopo la legge di conversione che sul punto ha profondamente modificato l'articolo 3, dagli Ordini professionali, salvo per coloro che, pur avendo i requisiti prescritti dall'articolo 3 comma 3 L. n. 147/2021, non risultino iscritti ad alcun ordine

professionale. Il comma 7 dell'articolo 3 in commento prevede, disposizione già presente nel medesimo articolo e comma nel D.L. n. 118/2021, la possibilità, per i tre membri della Commissione competenti per la nomina, di individuare l'esperto "anche al di fuori dell'ambito regionale" – così l'ultima parte del comma in commento-. Questa disposizione evidenzia una visione nazionale dell'elenco nella disponibilità della commissione, cui fa da completamento il necessario inserimento degli incarichi e del *curriculum vitae* degli esperti nominati in una sezione dedicata del sito internet sia della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del luogo di nomina sia del luogo di tenuta dell'elenco. La chiara indicazione degli incarichi conferiti risponde a diversi principi sottolineati dal legislatore: primo fra tutti il rispetto del numero di incarichi contemporanei, che non deve essere superiore a due, la trasparenza e la rotazione. Il D.L. n. 118/2021 ha dunque introdotto un elenco nel quale saranno inseriti i nominativi di esperti in ristrutturazione di imprese, incaricati della conduzione del procedimento di composizione negoziata, dotati di specifici requisiti soggettivi e per i quali è previsto un percorso formativo *ad hoc*. Diviene qui inevitabile un richiamo alla disciplina contenuta nel titolo X, Capo II del D.Lgs. n. 14/2019, dedicata all'albo degli incaricati della gestione e del controllo delle procedure. Se pure gli artt. 356 e 357 siano entrati in vigore nel 2019, secondo il dettato dell'articolo 389 comma 2 D.Lgs. n. 14/2019, ad oggi tale albo non è stato ancora istituito, necessitando per l'attuazione un decreto del Ministro della giustizia, assunto di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, che avrebbe dovuto stabilire, in particolare, le modalità di iscrizione, nonché quelle di sospensione e cancellazione – lettera h) introdotta dal decreto correttivo D.Lgs. n. 147/2020-, e di esercizio del potere di vigilanza. Il decreto avrebbe dovuto essere adottato entro il 1 marzo 2020, termine prorogato al 30 giugno 2020 dall'art. 8 comma 4 del D.L. n. 162/2019, in vista dell'adozione delle disposizioni correttive. Come noto, il decreto correttivo è giunto con il D.Lgs. n. 147/2020, ma la disposizione ad oggi non ha trovato attuazione. E' ben vero che lo strumento della composizione negoziata è definito spesso come "degiurisdizionalizzato" e dunque le caratteristiche richieste all'esperto indipendente, chiamato a trattare con tutte le parti nella prospettiva del risanamento economico dell'impresa sono diverse da quelle proprie del curatore, del commissario giudiziale o del liquidatore, i quali operano nell'ambito di procedure concorsuali in senso stretto, tuttavia, anche richiamando alcune suggestioni contenute in particolare in uno scritto¹, ci si può interrogare se, in una prospettiva futura, non si possa pensare ad una sezione dedicata ad esperti

1. S. Zenati, "Albo degli incaricati dall'Autorità Giudiziaria, elenco dei Commissari Straordinari ed elenco degli esperti indipendenti: proposte di unificazione nell'albo ex art. 356 CCI", in *dirittodellacrisi.it*, 14 settembre 2021

dotati delle competenze necessarie per operare nella composizione assistita, sessione speciale inserita in un albo comune. La creazione di un albo comune, suddiviso in sezioni rispondenti alle specificità delle procedure, avrebbe il vantaggio di permettere una visione nazionale degli esperti in crisi di impresa, se pure con caratterizzazioni diverse. Un altro interessante punto di contatto con la disciplina contenuta nel CCII su questo tema attiene alla formazione.

2.2. I requisiti soggettivi

Secondo il disposto dell'articolo 3 comma 3 D.L. n. 118/2021, come modificato dalla L. n. 147/2021, possono essere inseriti nell'elenco: gli iscritti da almeno cinque anni nell'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili e all'albo degli avvocati che *"documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa"*; gli iscritti da almeno cinque anni nell'albo dei consulenti del lavoro che documentano di aver concorso, almeno in tre casi, *"alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati"* ed infine i soggetti con esperienza di amministrazione, direzione e controllo di imprese, pur non iscritti in albi professionali, purché documentino di aver svolto attività in *"imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi omologati, nei confronti dei quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza"*. Nel passaggio della conversione è stato introdotto l'obbligo, anche a carico degli iscritti all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e non dei soli avvocati, di documentare esperienze nell'ambito della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa. Il legislatore ha richiesto la prova di una esperienza operativa maggiormente stringente per i consulenti del lavoro e, ancor più, per chi ha svolto attività amministrativa, di controllo e direzione di impresa, senza tuttavia essere iscritto in un albo professionale. Con la conversione in legge del D.L. n. 118/2021 gli ordini professionali sono stati poi direttamente coinvolti nella fase di raccolta delle domande di inserimento nell'elenco, tranne naturalmente per i soggetti non iscritti, per i quali è rimasta la procedura prevista inizialmente a carico della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del capoluogo di regione competente con riferimento alla residenza del richiedente.

2.3. La domanda di inserimento nell'elenco

Come già sopra accennato, la domanda di iscrizione nell'elenco, inizialmente inoltrata direttamente alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del capoluogo di regione competente in base al luogo di residenza del professionista, viene oggi, a seguito della modifica dell'articolo 3 comma 5, presentata agli ordini professionali di appartenenza dei richiedenti. Una attenta lettura del comma 5 porta a ritenere che i requisiti di cui al comma 3, dunque l'esistenza di precedenti esperienze nell'ambito della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa, secondo le precise indicazioni della normativa quanto a procedure ed esiti delle medesime, debbano essere documentati, mentre l'assolvimento dell'obbligo formativo richiesto dal comma 4 ed il *curriculum vitae* possano essere oggetto di autocertificazione ai sensi degli artt. 46 e 47 DPR n. 445/200. Tale diversa modalità risulta emergere, a parere di chi scrive, dalla lettera della disposizione normativa, la quale detta *"La domanda è corredata della documentazione comprovante il possesso dei requisiti di cui ai commi 3 e 4, di un'autocertificazione attestante l'assolvimento degli obblighi formativi e di un curriculum vitae"*. Il curriculum può inoltre contenere ogni altra indicazione attinente esperienze formative nelle materie della crisi di impresa e della ristrutturazione, oltre, elemento importante, nelle *"tecniche di facilitazione e mediazione"*. Questa precisazione si pone in perfetta linea con il ruolo di facilitatore emergente dallo stesso articolo 2 comma 2

D.L. n. 118/2021, ove il compito dell'esperto è definito in termini di agevolazione delle *"trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati"* affinché sia individuata la soluzione per il superamento dello squilibrio economico-finanziario o patrimoniale. Il compito di mediatore torna in tutta evidenza nel decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, previsto dall'art. 3 commi 2 e 4 ed emanato il 28 settembre 2021, nella Sezione III dedicata al *"Protocollo di conduzione della composizione negoziata"*, in particolare laddove, nel punto 9, intitolato *"Formulazione delle proposte dell'imprenditore e delle parti interessate"*, viene sottolineato il ruolo di stimolatore di proposte concrete in uno con quello di custode del rispetto dell'equilibrio dei diversi interessi in gioco in termini di sacrificio e bilanciamento dei rischi e delle utilità derivanti dalla continuità aziendale. La centralità delle capacità di negoziatore dell'esperto risulta chiaramente dai contenuti della formazione obbligatoria. La modifica del comma 5 dell'articolo 3 ha permesso una maggior precisazione della disciplina del trattamento dei dati comunicati al momento della presentazione della domanda: oggi sono gli ordini professionali che designano i responsabili della formazione, della tenuta e dell'aggiornamento dei dati degli iscritti all'elenco unico e del trattamento dei dati stessi nel rispetto del Regolamento UE n. 2016/679 e del codice di protezione dei dati personali, di cui al D.Lgs. n. 196/2003. È inoltre previsto che i consigli nazionali degli ordini professionali disciplinino con regolamento le modalità di formazione, tenuta e aggiornamento dei dati raccolti dagli ordini professionali e comunicati alle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, norma opportuna per garantire l'omogeneità sul territorio nazionale. Il controllo della documentazione ai fini dell'accoglimento della domanda spetta agli ordini professionali o alla camera di commercio, secondo le rispettive competenze sopra ricordate. Il legislatore ha previsto, al fine del primo popolamento, un aggiornamento continuo dei dati fino al 16 maggio 2022 e con cadenza annuale successiva. La modifica legislativa operata in sede di conversione ha, infine, permesso un collegamento costante tra la tenuta degli albi professionali e l'elenco degli esperti indipendenti, in quanto gli ordini sono tenuti a comunicare alle camere di commercio l'adozione, nei confronti dei propri iscritti, delle sanzioni disciplinari più gravi di quella minima prevista dai vari ordinamenti nonché l'avvenuta cancellazione dei professionisti dagli albi di appartenenza. Le camere di commercio senza indugio aggiornano l'elenco, così si esprime il legislatore. Si pone qui una domanda, precisamente che cosa debbano fare le camere di commercio qualora venga comunicata l'adozione di una sanzione disciplinare meno grave della cancellazione. Per individuare una risposta occorre far riferimento alla specifica disciplina sanzionatoria prevista dagli ordini professionali ai quali appartengono i professionisti. Il Regolamento contenente il codice delle sanzioni disciplinari adottato, in forza delle disposizioni presenti nel D.Lgs. 28 giugno 2005, n. 139, dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili, prevede le seguenti sanzioni: 1. censura; 2. sospensione dall'esercizio professionale per un periodo di tempo non superiore a due anni; 3. radiazione dall'Albo. In questo caso potrebbe ritenersi applicabile la sospensione, per un eguale periodo, anche dall'elenco – si è già visto che la censura non deve neppure essere comunicata. La disciplina delle sanzioni disciplinari applicabile agli iscritti all'albo dei consulenti del Lavoro è sovrapponibile a quella prevista per gli iscritti all'ODCEC². La questione potrebbe essere più complessa con riguardo agli Avvocati. La legge 31 dicembre 2012, n. 247, contenente *"Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense"*, prevede, nel Titolo V dedicato al procedimento disciplinare, l'articolo 52, la cui rubrica recita *"Contenuto della decisione"*, che elenca le seguenti sanzioni: 1. il richiamo verbale, privo di carattere sanzionatorio, come precisa la normativa; 2. l'avvertimento; 3. la censura: 4. la sospensione dall'esercizio della professione da due mesi a cinque anni; 5. la radiazione. Nessun dubbio né sul richiamo verbale, che non ha natura sanzionatoria, né sull'avvertimen-

2. Legge 11 gennaio 1979, n. 12 *"Norme per l'ordinamento della professione di consulente del Lavoro"* e aggiornamenti successivi, articolo 27 *"Pene disciplinari"*, detta *"Le pene disciplinari, che il consiglio provinciale può applicare, sono: 1) la censura; 2) la sospensione dall'esercizio della professione per un tempo non superiore a due anni; 3) la radiazione."*

to, che può ritenersi la sanzione più lieve. Ma cosa deve fare la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura a fronte dell'irrogazione di censura a carico di un iscritto? La CCIAA, lo si ricorda, non è titolare del trattamento dei dati dei professionisti iscritti in albi professionali. Pare a chi scrive che debbano essere gli ordini professionali a definire le comunicazioni all'ente, il quale è solo titolare della tenuta dell'elenco. Nel caso qui esaminato, se si legge l'art. 53 della legge n. 247/2021, pare potersi argomentare che l'avvertimento non sia una sanzione in senso stretto, trattandosi di una sorta di informazione all'incolpato sulla natura della condotta tenuta, non conforme alle norme deontologiche e di legge, con invito ad astenersi dal compiere altre infrazioni, apparendo la censura una vera e propria sanzione, consistente in un "biasimo formale" che si applica "quando la gravità dell'infrazione, il grado di responsabilità, i precedenti dell'incolpato e il suo comportamento successivo al fatto inducono a ritenere che egli non incorrerà in un'altra infrazione". Ma la censura, considerata allora la sanzione meno grave, non dovrebbe essere comunicata. Si tornerrebbe allora alla comunicazione solo della sospensione dall'Albo, con applicazione di eguale periodo anche dall'elenco degli esperti, come già sopra argomentato. La questione si presenta però delicata, attese le specifiche caratteristiche di imparzialità e terzietà che caratterizzano l'esperto ed alla luce dei molteplici richiami alla buona fede e correttezza presenti nella disciplina, un quadro che fa ritenere necessario un profondo rigore nell'individuazione dei soggetti presenti in elenco e nella tenuta dello stesso. Ancor più la questione appare delicata se si fa riferimento alla disciplina prevista per l'inserimento dei nominativi dei soggetti non iscritti ad albi professionali. In questa ipotesi, come già sopra ricordato, la domanda per l'inserimento nell'elenco è presentata alla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura regionale competente per territorio con riguardo alla residenza dell'istante, la quale deve provvedere al trattamento dei dati personali, nel rispetto della disciplina eurounitaria e del codice dei dati personale. In questo caso la legge prevede la sola cancellazione "ove sia intervenuta una causa di ineleggibilità ai sensi dell'articolo 2382 c.c.", introducendo una disciplina diversa e più favorevole per i non iscritti agli albi professionali, posto che le ipotesi sarebbero limitate alla sola cancellazione a fronte di provvedimenti di interdizione, inabilitazione, fallimento e condanna ad una pena comportante interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici. Si tratta in conclusione di una disciplina che non risulta perfettamente allineata e che introduce elementi di disparità di trattamento ancor più delicati se si considera l'assenza di norme specifiche sulla responsabilità dell'esperto e su una sua possibile revoca nel corso del percorso.

2.4. La formazione

L'articolo 3, comma 4, della disciplina in esame prevede l'obbligatorietà di un percorso formativo specifico per tutti coloro che, in possesso dei requisiti soggettivi di cui al precedente comma 3, vogliono presentare domanda per l'inserimento nell'elenco degli esperti. La disciplina rimanda, quanto al contenuto, al decreto dirigenziale del Ministero della giustizia deputato, come già ricordato, a definire aspetti essenziali del percorso della composizione negoziata della crisi. Nella relazione illustrativa al D.L. n. 118/2021 si legge: "L'esperto dovrà acquisire una specifica formazione, secondo un percorso adeguato che sarà tratteggiato, ..., da un decreto dirigenziale che individuerà le materie di studio e la tipologia del docente; la formazione, nel rispetto delle linee indicate dallo stesso decreto, potrà essere gestita dagli ordini professionali, dalle università e, nel caso in cui gli esperti non siano iscritti ad albi professionali, dalle associazioni di riferimento." Nella relazione si precisa ancora che requisito di accesso è una formazione "specifica nella materia della ristrutturazione aziendale e nelle tecniche di facilitazione e mediazione", alla quale possono accompagnarsi altri specifici percorsi che troveranno adeguato richiamo nel *curriculum vitae* e che saranno valutati nella scelta dell'esperto più adatto alla specificità dell'impresa. La Sezione IV del decreto dirigenziale detta una disciplina molto specifica: prevede 55 ore di formazione, elenca in dettaglio i temi da trattare, suddivisi per sessioni formative, nonché la tipologia di

docente adatto al tema. Senza volere qui esaminare tutti gli argomenti elencati, pare importante sottolineare due aspetti. Il primo, si tratta di una formazione specifica e mirata sul nuovo strumento "di ausilio alle imprese in difficoltà, di tipo negoziale e stragiudiziale" - così ancora la relazione illustrativa - introdotto, e dunque presuppone una conoscenza tecnica di carattere più generale riferita al sistema della crisi d'impresa ed alle procedure previste dal legislatore per la gestione della stessa. Il secondo, la centralità delle competenze di mediatore o facilitatore richieste all'esperto, posto che a tale profilo sono dedicate 10 ore di un percorso intitolato "La gestione delle trattative con le parti interessate. Facilitazione della comunicazione e della composizione consensuale: il ruolo dell'esperto e le competenze.", suddiviso in passaggi molto precisi, in due sessioni, la prima dedicata alla fase di preparazione e di gestione delle trattative e la seconda ad un laboratorio sui casi e apprendimento delle tecniche. Il docente deve essere individuato tra i soggetti dotati di entrambi i requisiti prescritti dall'art. 18 D.M. n. 180/2010 - "Regolamento recante la determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione" - emanato in attuazione del D.Lgs. n. 28/2010. La disciplina normativa nulla dice in merito ai soggetti incaricati dell'organizzazione dei percorsi formativi individuati: nella relazione si legge, come sopra riportato, che tale compito spetta agli ordini professionali, alle università e, nel caso di esperti non iscritti agli albi professionali, alle associazioni di riferimento. Deve qui ricordarsi come la formazione adeguata dei professionisti nel campo della ristrutturazione, nominati sia dall'autorità giudiziaria che amministrativa, costituisca un principio chiaramente espresso nella direttiva n. 1023/2019, sia nel considerando (87) "Gli Stati membri dovrebbero ... provvedere affinché i professionisti nel campo della ristrutturazione, dell'insolvenza e dell'esdebitazione, nominati dall'autorità giudiziaria o amministrativa («professionisti»), siano adeguatamente formati; siano nominati in modo trasparente tenendo debitamente conto della necessità di garantire l'efficacia delle procedure..."; sia nel successivo articolo 26, obblighi ben presenti al legislatore del CCII che ha previsto, nell'articolo 356 comma 2, una specifica competenza della Scuola Superiore della Magistratura nella definizione delle linee guida generali per la definizione dei programmi dei corsi di formazione e di aggiornamento. Le linee guida, pubblicate alla fine del 2019 ed oggi in fase di aggiornamento, sia a fronte della modifica delle ore di formazione, ridotte dal D.Lgs. n. 147/2020 a 40 complessive, sia a fronte del diverso percorso oggi intrapreso dal legislatore con le scelte presenti nel D.L. n. 118/2021, possono offrire un utile momento di confronto sul profondo significato che ha oggi la cultura della crisi d'impresa che deve costituire patrimonio comune prima di tutto chi opera nella giurisdizione ed i professionisti. Come sopra si è accennato con riferimento al possibile percorso verso la creazione di un Albo unico nazionale, suddiviso in sezioni funzionali ai diversi settori operativi della crisi d'impresa, anche la formazione potrebbe essere ripensata offrendo percorsi specifici e specializzati, del quale costituisce esempio il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021.

2.5. La nomina dell'esperto

Ancora l'articolo 3 detta, nel comma 6, la procedura di nomina dell'esperto. Il nominativo viene individuato da una Commissione che resta in carica due anni ed è composta da tre membri: un magistrato designato dal Presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o Bolzano nel cui territorio si trova la CCIAA che ha ricevuto l'istanza di nomina, un membro individuato dal presidente della CCIAA presso la quale è costituita la Commissione ed uno indicato dal prefetto del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la CCIAA che ha ricevuto l'istanza. In merito alla designazione da parte del prefetto, nomina del tutto nuova rispetto all'individuazione dei componenti dell'OCRI, alcuni hanno argomentato che tale scelta, più che ascrivere ad eventuali possibili riflessi della crisi d'impresa sull'ordine pubblico, pare piuttosto collegarsi alla opportunità di prevenire i tavoli di crisi oggi aperti

presso il Mise³. In questa fase riveste un ruolo importante il segretario generale della CCIAA nel cui ambito territoriale si trova la sede dell'impresa e competente, ai sensi dell'articolo 2, comma 1, a ricevere l'istanza di nomina, in quanto è questo soggetto che, nei due giorni lavorativi successivi alla ricezione della richiesta, la trasmette alla Commissione accompagnata da una nota sintetica che contiene l'indicazione del volume d'affari, del numero di dipendenti, e del settore di attività dell'impresa. Si rammenta qui che l'istanza viene formulata tramite l'impiego della piattaforma unica nazionale alla quale hanno accesso tutte le imprese iscritte nei registri tenuti dalle CCIAA. Inoltre, pare opportuno sottolineare la diversa competenza territoriale della CCIAA: l'elenco viene custodito e trattato nel capoluogo di regione, le istanze di nomina vengono inserite presso la CCIAA nel cui ambito territoriale l'impresa ha sede. La Commissione decide nei cinque giorni lavorativi successivi, individua l'esperto scegliendolo dall'elenco con criteri che assicurino la rotazione e la trasparenza, rispettando la regola del divieto di cumulo superiore a due incarichi e considerando le specifiche competenze emergenti dal curriculum in funzione delle caratteristiche dell'impresa che ha formulato l'istanza. La trasparenza è garantita dalla pubblicazione, già ricordata, dell'incarico conferito e del curriculum vitae in apposita sezione del sito della CCIAA sia del luogo di nomina che del luogo di tenuta dell'elenco. La Commissione decide a maggioranza, non è previsto alcun emolumento, né alcun rimborso spese per i membri. Ricevuta la nomina l'esperto, ai sensi dell'articolo 5 comma 4, deve verificare la propria indipendenza come declinata nel precedente articolo 4 e, valutate anche le proprie competenze rispetto alle caratteristiche dell'impresa e la propria disponibilità di tempo comunica all'imprenditore la sua accettazione. Il successivo comma 6 contiene una disposizione importante, in quanto permette una verifica delle condizioni di indipendenza richieste dalla legge. Nei tre giorni successivi alla comunicazione della convocazione, le parti possono presentare osservazioni sull'indipendenza dell'esperto al segretario generale della CCIAA il quale riferisce alla commissione, che, sentito l'esperto, può procedere alla sostituzione. La disciplina non contiene invece alcuna previsione in termini di sostituzione o di revoca nel corso della composizione negoziata. Tale mancanza potrebbe comportare da un lato l'impossibilità di intervenire qualora emergesse una inadeguatezza del professionista e dall'altro un contrasto rispetto al contenuto dell'art. 26, lett.b), della Direttiva n. 1023/2019, la quale fa espresso riferimento alla revoca ed alle dimissioni, chiedendo agli Stati la previsione di una normativa chiara, trasparente ed equa. La disciplina presente nel comma 6 dell'articolo 5 risponde invece appieno al disposto della lettera d) del medesimo art. 26. Occorre infine ricordare che l'articolo 17 prevede la procedura per le imprese sotto soglia. In questo caso la nomina dell'esperto potrà essere richiesta, in via alternativa, all'OCC oppure al segretario generale della CCIAA nel cui ambito si trova la sede dell'impresa e la nomina verrà fatta dal soggetto al quale è stata presentata l'istanza.

3. Indipendenza, doveri e poteri dell'esperto indipendente

L'articolo 4 della L. n. 147/2021 individua le incompatibilità a presidio dell'indipendenza dell'esperto e ne precisa i doveri. Le incompatibilità sono declinate sia con specifico riferimento all'articolo 2399 c.c. - dedicato alle cause di ineleggibilità e decadenza dei sindaci -, sia prescrivendo l'assenza di rapporti di natura personale o professionale con l'impresa o con le altre parti interessate all'operazione di risanamento. Inoltre, sia l'esperto che i professionisti ai quali sia unito in associazione professionale non devono aver prestato attività di lavoro subordinato o autonomo negli ultimi cinque anni a favore dell'imprenditore né aver fatto parte per il medesimo tempo degli organi di amministrazione o controllo né aver posseduto partecipazioni. In sede di conversione è stato previsto, così ulteriormente

rafforzando il requisito, che anche nei due anni successivi all'archiviazione della composizione negoziata l'esperto non può intrattenere rapporti con l'imprenditore. Questa previsione non è però stata estesa ai professionisti a lui legati in associazione professionale. L'articolo 2399 c.c. prevede, quali cause di ineleggibilità, le condizioni di cui all'art. 2382 c.c., già contemplate dalla normativa quali causa di cancellazione dall'elenco dei professionisti non iscritti negli albi professionali, l'esistenza di rapporti di coniugio, parentela o affinità entro il quarto grado con gli amministratori della società o di società controllate o controllanti, l'esistenza di rapporti di lavoro o di consulenza continuativa o prestazione d'opera retribuita con la società o le società da questa controllate o controllanti o sottoposte a comune controllo, ovvero, dice infine la norma, che siano legati alle imprese così individuate "da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.". Il comma 2 dell'articolo 5 definisce l'esperto in termini di terzietà rispetto a tutte le parti, caratterizzazione inserita in sede di conversione, e ne indica l'obbligo ad operare in modo "professionale, riservato, imparziale e indipendente". Questa disciplina richiama il contenuto della relazione illustrativa, dove si legge, nella parte dedicata alla definizione dei caratteri fondamentali di questa figura: "La presenza dell'esperto non ha lo scopo e la funzione di sostituire l'imprenditore nel dialogo con i suoi creditori o con le altre parti interessate ma serve a dare forza e credibilità alla posizione dell'impresa ed a rassicurare i creditori e le altre parti interessate. La figura terza ed indipendente dell'esperto, chiamato a verificare costantemente la funzionalità e utilità delle trattative rispetto al risanamento e l'assenza di atti pregiudizievoli per i creditori, conferisce alle trattative un elevato livello di sicurezza ed elimina il dubbio sull'esistenza di possibili atteggiamenti dilatori o poco trasparenti tenuti dalle parti coinvolte. La competenza nelle tecniche di facilitazione richiesta all'esperto agevolerà lo svolgimento di tali funzioni". La normativa prevede la possibilità per l'esperto di avvalersi di soggetti dotati di specifiche competenze nel settore ove opera l'impresa, o di revisori legali, i quali a loro volta non devono avere alcun rapporto di natura personale o professionale con l'impresa o le altre parti interessate. La nomina dell'ausiliare rimane interamente nella sfera dell'esperto, non comportando alcun onere economico a carico delle parti. La previsione di un così ampio elenco di situazioni di incompatibilità può apparire in qualche passaggio ridondante, basti pensare all'ampiezza dei casi di ineleggibilità dei sindaci, ma la volontà del legislatore è certamente di sottolineare la centralità della posizione dell'esperto per la fruttuosità dello strumento, fondata su un corretto scambio tra parti che, avendo interessi e dovendo valutare rischi opposti, devono trovare in un compositore di interessi "super partes" colui che potrà condurli all'individuazione di una soluzione di recupero di un equilibrio patrimoniale o economico-finanziario che necessariamente richiede sacrifici. Sacrifici che debbono essere sopportati da tutte le parti, come evidente dal richiamo ai principi di lealtà e correttezza riferiti a tutti i soggetti coinvolti nel procedimento di risanamento. Altro elemento caratterizzante l'attività dell'esperto e che permea tutta la trattativa, è la riservatezza. Salva l'ipotesi in cui sia sentito dall'autorità giudiziaria nell'ambito del procedimento disegnato dall'articolo 7, relativo alle misure protettive e cautelari, l'esperto non può essere tenuto a deporre né davanti all'Autorità giudiziaria né davanti ad altra Autorità, sul contenuto delle informazioni che ha acquisito nell'esercizio della funzione, trovando applicazione gli artt. 200 c.p.c. e le garanzie previste per il difensore dall'art. 103 c.p.c., in quanto compatibili. Questa disciplina potrebbe porsi in contrasto con l'articolo 35 comma 1 D.Lgs. n. 231/2007, contenente attuazione della direttiva n. 2005/60/CE relativa alla prevenzione dell'utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo, il quale prevede l'obbligo, per i soggetti destinatari, di effettuare la segnalazione di operazione sospetta all'UIF. Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e sono tenute a rispettare l'obbligo di riservatezza sulle condizioni dell'imprenditore, il quale a sua volta deve fornire ogni informazione utile ai fini di una completa trasparenza delle condizioni economiche esistenti. La normativa fa spesso riferimento alle clausole generali di buona fede e correttezza; nei riguardi delle banche e degli in-

3. Così Arato, "La scelta dell'istituto più adeguato per superare la crisi d'impresa", contributo reso al Convegno di studi tenuto a Brescia il 25 settembre 2021, "La gestione della crisi di impresa nel post pandemia tra esigenze del Paese, Legge Fallimentare e Codice della Crisi".

termediari finanziari parla di un obbligo di partecipazione alle trattative *“in modo attivo e informato”*. Nella prospettiva di un approfondimento del contenuto di queste clausole, sarebbe interessante chiedersi se, dal quadro complessivo delineato dal legislatore, non emerga l'idea di una sorta di buona fede propria dei rapporti economici coinvolti in una fase di crisi, dalla quale deriverebbe la necessità di tenere un comportamento fruttuoso per tutte le parti coinvolte, in una prospettiva dove le trattative non siano spinte unicamente da interessi di natura individuale ed il risanamento dell'impresa costituisca un superiore e sopraindividuale interesse. Occorre qui ricordare che la legge non contiene disposizioni specifiche sulla responsabilità dell'esperto. Volendone qui solo fare cenno, in assenza di vincoli di natura contrattuale, difficilmente potendo pensare ad una sorta di mandato *“ex lege”*, dovrebbe trovare applicazione la disciplina generale extracontrattuale, salvo interrogarsi su un eventuale spazio per una ricostruzione in termini di *“contatto sociale”*. A completamento di questo profilo, abbiamo già sopra accennato all'assenza di una normativa sulla revoca. A fini di completezza occorre ricordare che il legislatore si occupa della composizione negoziata anche con riguardo ai gruppi di imprese, dettando una disciplina specifica nell'articolo 13. In questa fattispecie l'esperto agevola le trattative con riguardo alle imprese del gruppo in modo unitario, salvo che lo svolgimento congiunto non sia troppo gravoso, nel qual caso le trattative si svolgeranno per singole imprese; inoltre possono partecipare alle trattative le società del gruppo che non si trovano in situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario. Se le società facenti parte di un gruppo presentano più istanze di nomina di esperto, i professionisti nominati propongono una composizione negoziata svolta unitariamente o per più imprese individuate con un esperto designato di comune accordo e, in difetto di accordo, con l'esperto nominato a seguito della prima istanza.

3.1. La posizione dell'esperto rispetto al debitore: approfondimento

Da quanto fin qui analizzato emerge che il legislatore ha individuato nell'esperto il punto di bilanciamento della procedura. Un soggetto non ausiliare dell'imprenditore, terzo e indipendente, un facilitatore che non si ingerisce nell'esercizio dell'impresa ma la sorveglia. Tuttavia vi sono alcuni spunti nella normativa che fanno riflettere su questa asserita piena terzietà. Il primo è contenuto nell'articolo 7, comma 4 del D.L. n. 118/2021, il quale prevede che, in sede di procedimento relativo alle misure protettive e cautelari, il giudice sente il debitore e l'esperto e nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 c.p.c. Secondo il disposto della norma richiamata, l'ausiliare è una persona esperta in una data materia o professione che coadiuva il giudice nel compimento di atti che non può effettuare da solo: applicata al caso di specie deve concludersi che, qualora il giudice ritenga non sufficienti e non adeguate le informazioni ricevute dall'esperto in merito alle caratteristiche, ai tempi ed alla natura delle misure protettive e cautelari oggetto di ricorso, possa nominare un esperto affinché in sostanza lo aiuti a comprendere la veridicità o forse meglio ad approfondire in modo indipendente il necessario bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. L'esperto dovrebbe essere terzo e imparziale, dunque dovrebbe poter coadiuvare il giudice nella decisione sulle misure richieste dall'imprenditore. La scelta del legislatore pare indicare in qualche modo la presenza di una attività di sostegno all'impresa da parte dell'esperto, o forse prende atto di un suo necessario coinvolgimento nel percorso dell'imprenditore. Vero è che nel prosieguo dell'articolo 7 più volte l'esperto è individuato come soggetto in grado di fornire informazioni necessarie al fine della decisione, e dunque del bilanciamento tra gli interessi delle parti coinvolte nel procedimento di risanamento. L'esperto può inoltre presentare direttamente istanza per la revoca delle misure. Anche nel concordato semplificato la figura dell'esperto pare avvicinarsi a quella di un ausiliare dell'imprenditore, posto che, ai sensi dell'articolo 18 comma 1, per l'accesso a questa procedura è necessario che l'esperto nella sua relazione finale dichiari che le trattative si sono svolte secondo correttezza

e buona fede, non abbiano avuto esito positivo e le soluzioni individuate ex art. 11 commi 1 e 2 non siano praticabili. In questa ipotesi il Tribunale acquisisce, oltre alla relazione finale anche il parere dell'esperto in merito ai presumibili risultati della liquidazione e nomina un ausiliare, nuovamente, ai sensi dell'art. 68 c.p.c. Ai creditori verrà comunicato il parere dell'ausiliario e quello dell'esperto: alla luce della terzietà della figura del primo sarà interessante approfondire la differenza tra queste fondamentali fonti di conoscenza per i creditori, in particolare se in qualche modo il parere dell'ausiliare non costituisca una sorta di verifica del parere sulle prospettive liquidatorie formulato dall'esperto. Certamente i profili ora evidenziati derivano dal necessario passaggio da una fase di trattative interne e riservate ad una fase di incidenza sui diritti dei creditori e di altre parti che richiedono l'intervento del giudice ed in questo passaggio è previsto un controllo sull'attività dell'esperto, realizzato attraverso la figura dell'ausiliare di cui all'art. 68 c.p.c. Si tratta comunque di aspetti che richiedono un approfondimento, nell'ambito di un esame che consideri il quadro complessivo dell'atteggiarsi dei rapporti nella dimensione dell'impresa in crisi.

4. Un esperto “mediatore” o un mediatore esperto?

All'esito di questa prima lettura della disciplina la domanda se debbano ritenersi prevalenti nella figura dell'esperto le competenze tecniche in materia di crisi d'impresa o le capacità specifiche di mediatore risulta forse poco fruttuosa. Nella volontà del legislatore, lo strumento della composizione negoziata, destrutturato, caratterizzato da riservatezza e degiurisdizionalizzato – anche se in realtà laddove vengono incisi i diritti dei terzi il giudice è chiamato ad intervenire con un difficile giudizio di bilanciamento degli interessi in gioco – vede quale attore principale l'esperto indipendente e terzo dotato di capacità di trattare con tutte le parti, senza intervenire direttamente nell'individuazione delle soluzioni per il risanamento dell'impresa ma facilitando l'emersione, nella trattativa, delle soluzioni più adeguate al rispetto degli interessi coinvolti. La capacità del sistema di formare questi esperti diviene quindi centrale per la funzionalità dello strumento stesso. Uno strumento che richiama l'esperienza francese, caratterizzata più fortemente in termini conciliativi, quella prevista dall'art. 611-4 del Code de Commerce, modificato con Ordonnance n. 2010-1512 del dicembre 2010, che individua una procedura di conciliazione di cui possono beneficiare i debitori che esercitano attività commerciale o artigianale e che si trovano in difficoltà giuridica, economica e finanziaria, già verificata o prevedibile, ma non abbiano cessato i pagamenti da oltre quarantacinque giorni – con esclusione, dunque, dei casi di insolvenza. Un altro strumento che richiama la composizione negoziata è previsto nell'art. L611-3 che individua la possibilità, per il debitore, di chiedere la nomina di un *“mandataire ad hoc”*, i cui compiti di risanamento dell'impresa sono determinati dal presidente del tribunale. La figura dell'esperto, se ricorda queste esperienze, ha però compiti più ampi e quindi deve concludersi che le due competenze debbano essere presenti entrambe, al fine di permettere il risanamento, ragionevolmente perseguibile, dell'impresa in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario. La capacità di comprendere prospetticamente la possibilità di un risanamento richiede grande competenza tecnica relativa anche al profilo economico-aziendalistic, mentre i mezzi per raggiungere il fine, tramite una trattativa che tenda a far individuare alle parti le soluzioni, comporta specifiche attitudini di mediazione. Un esperto e mediatore, dunque.

5. Conclusioni

L'introduzione nel nostro sistema di questo nuovo strumento, o percorso, offerto alle imprese al fine di permettere la salvaguardia del loro valore non solo economico ma anche sociale, attraverso una scelta di risanamento coinvolgente tutte le parti, compiuta con modalità trasparenti e corrette, segna una chiara direzione verso una modifica della concezione di crisi d'impresa, certamente in linea con il CCII. Occorrerà però che si individuino esperti indipendenti capaci di essere esperti e mediatori e che tutte le

parti tutte coinvolte comprendano il significato di una correttezza e buona fede condivisa e quindi trascendano dal profilo meramente egoistico del recupero dei crediti. Uno sforzo sarà poi richiesto ai giudici, soprattutto nell'intervento sulle misure protettive e cautelari: quali debbano essere, di quale durata, al di là del limite massimo indicato dal legislatore, potrà essere stabilito solo alla luce della specificità del percorso di risanamento, giudizio nel quale, oltre all'esperto, potranno essere guidati da un ausiliare individuato ai sensi dell'articolo 68 c.p.c.. Una sfida, infine, di natura soprattutto culturale.

Il ruolo dell'esperto nelle trattative con i soggetti rilevanti

di Alberto Guiotto, Dottore commercialista in Parma

La negoziazione con i creditori e con gli altri soggetti interessati è l'elemento centrale di ogni istituto di soluzione della crisi. L'Autore formula approfondite riflessioni su come e a quali condizioni, nell'ambito della composizione negoziata, le trattative siano agevolate dalla presenza dell'esperto e su quali siano le modalità di conduzione delle trattative con i soggetti rilevanti, finalizzate a un'adeguata soluzione per il superamento della crisi dell'impresa.

Sommario:

1. La negoziazione quale strumento di soluzione della crisi
2. Lo svolgimento delle trattative e il ruolo dell'esperto
3. I doveri delle parti (e dell'esperto) nella negoziazione
4. Le trattative con le banche
5. Le trattative riguardanti i rapporti di lavoro subordinato
6. La negoziazione per modificare i contratti in corso

1. La negoziazione quale strumento di soluzione della crisi

L'istituto della composizione negoziata della crisi, con il quale gli imprenditori, i professionisti e i giudici saranno chiamati a confrontarsi nell'immediato futuro, trova quale elemento portante la necessità di facilitare le trattative tra l'imprenditore, i suoi creditori e gli altri soggetti interessati al fine di individuare una soluzione idonea al superamento della crisi o, comunque, un efficace approdo a uno degli istituti richiamati dall'art. 11 del d.l. 118/2021¹.

Centrale è, a questo proposito, la figura dell'esperto nominato su richiesta dell'imprenditore ai sensi dell'art. 3, comma 6, a cui la nuova normativa affida compiti non facilmente inquadrabili in figure e funzioni tipiche e già conosciute dall'ordinamento italiano.

Le funzioni dell'esperto descritte nel secondo comma dell'art. 2 sono, infatti, solo apparentemente nitide: è certamente vero che l'esperto è chiamato ad agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati al fine di individuare una soluzione per il superamento della situazione di crisi o di insolvenza in cui versa l'impresa, ma il novero delle funzioni che gli vengono attribuite dalla lettera della legge è evidentemente riduttivo sol che si consideri, come faremo tra breve, l'ampiezza dei compiti che la legge intende affidargli.

Dando per acquisite le vistose differenze funzionali rispetto al commissario giudiziale nel concordato preventivo e, ancora maggiormente, al curatore fallimentare², la figura dell'esperto non coincide neppure con quella del consulente o con quella del professionista attestatore anche se una contaminazione tra i ruoli e i compiti di queste figure professionali riecheggiano più volte nella prima lettura offerta dalla dottrina³.

Compito principale dell'esperto è, infatti, quello di agevolare le trattative con i soggetti rilevanti per il risanamento dell'impresa, primi tra tutti i creditori aziendali: è un concetto, questo, ribadito anche dal decreto della direzione generale degli affari interni del Ministero della Giustizia del 28

settembre 2021 ("Decreto Dirigenziale") dove, nel protocollo di conduzione della composizione negoziata, viene ribadito *ad abundantiam* come l'esperto debba considerarsi terzo rispetto a tutte le parti, imprenditore compreso⁴.

L'esperto, dunque, è un soggetto terzo e indipendente, che non assiste l'imprenditore né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi⁵. Compito dell'esperto è, inoltre, quello di coadiuvare le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna⁶. Solo dopo avere inquadrato con sufficiente chiarezza il ruolo dell'esperto e avere tracciato i confini tra il suo operato e quello dei consulenti dell'impresa è possibile formulare alcune considerazioni sulla principale funzione cui egli è preposto, che è quella di agevolare attraverso una sapiente opera di mediazione le trattative tra l'imprenditore (e i suoi advisors) e le controparti rilevanti per superare la situazione di crisi in cui versa l'azienda.

2. Lo svolgimento delle trattative e il ruolo dell'esperto

Una volta acquisita contezza della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e delle linee guida per il suo risanamento già tracciate dall'imprenditore con i suoi consulenti, l'esperto dovrà aiutare l'imprenditore stesso ad elaborare una strategia negoziale che abbia adeguate caratteristiche di efficacia e di probabilità di successo, per poi attivarsi per attivare le trattative coi principali creditori.

Già in questo ambito, peraltro, il ruolo dell'esperto inizia ad assumere una coloritura più vivida rispetto a quanto tratteggiato dalla lettera della legge: all'esperto, infatti, viene chiesto dapprima di valutare la strategia e il piano di risanamento tracciati dall'imprenditore e dai suoi consulenti, e quindi di individuare – con l'imprenditore – le parti con cui è opportuno che vengano intraprese le trattative⁷: è, quest'ultimo, un elemento fondamentale nella strategia negoziale nell'ambito della crisi d'impresa posto che l'esperienza pratica insegna come le probabilità di successo delle trattative dipendano in buona misura dalla loro impostazione iniziale. Nell'ambito di

1. Per una visione complessiva degli obiettivi della composizione negoziata della crisi cfr. le prime considerazioni di M. Fabiani, *La proposta della Commissione Pagni all'esame del Governo: valori obiettivi e strumenti*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 agosto 2021 e S. Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 agosto 2021; A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *dirittodellacrisi.it*, 6 settembre 2021 e, più recentemente, F. Santangeli, *Le finalità della composizione negoziata*, in *dirittodellacrisi.it*.

2. Così, con sicurezza, L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in questa *Rivista*, 25 agosto 2021.

3. Cfr., ad esempio, A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, cit. e S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 18 del 2021*, in questa *Rivista*, 28 settembre 2021.

4. Cfr. P. Riva, *Ruolo e funzioni dell'esperto "facilitatore"*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 30 settembre 2021.

5. V. anche Decreto Dirigenziale, sez. III, art. 8.1.

6. Per ulteriori approfondimenti sul ruolo dell'esperto, cfr. anche L. Calcagno, *La figura dell'esperto*, in *dirittodellacrisi.it*; L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.; S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 18 del 2021*, cit.; LA. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Il Fallimentarista*, 4 ottobre 2021.

7. Così, letteralmente, Decreto Dirigenziale, sez. III, art. 8.2.

7. Cfr. Decreto Dirigenziale, sez. III, art. 5.2.

istituti risoluzione della crisi diversi dalle procedure concorsuali è fondamentale, infatti, definire quali siano i creditori con cui intraprendere le trattative e quali invece da trascurare, perché portatori di crediti non rilevanti o perché notoriamente indisponibili alla negoziazione.

Altrettanto importante è l'individuazione della tempistica e della cronologia del coinvolgimento dei creditori, così come l'approccio: se per i creditori commerciali potrà essere preferibile una negoziazione separata e bilaterale, anche per mantenere un adeguato livello di riservatezza, per la negoziazione con i soggetti finanziari la *best practice* suggerisce un approccio collettivo (il c.d. "tavolo interbancario"), in cui alla trattativa siano invitati contestualmente tutti gli istituti di credito e gli intermediari finanziari con i quali l'imprenditore abbia posizioni debitorie pendenti⁸. Per inciso, la necessità di una negoziazione contestuale e aperta a tutti gli istituti di credito è implicitamente richiesta anche dalla normativa vigente, allorché l'art. 182-*septies* l. fall. e l'art. 182-*octies* l. fall. richiedono, per l'estensione degli effetti degli accordi, che i creditori (e principalmente i creditori finanziari) nei cui confronti si chiede l'estensione siano stati informati dell'avvio delle trattative e siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede.

L'impostazione delle trattative è, pertanto, un elemento di grande rilevanza per le loro prospettive di successo e nella normalità dei casi l'imprenditore viene assistito in questo delicato compito dai suoi consulenti di fiducia: il fatto che la legge (*rectius* il Decreto Dirigenziale) ipotizzi di affidare questa attività anche all'esperto è probabilmente funzionale all'agevolazione delle trattative, ma tende a permeare la sua terzietà con elementi e funzioni tipiche della consulenza professionale.

Una volta individuati i creditori con cui intraprendere le trattative, il momento introduttivo alla negoziazione è rappresentato, intuitivamente, dalla richiesta di incontro da parte del debitore. Sotto questo profilo, né la norma di legge né quelle regolamentari prevedono un intervento diretto da parte dell'esperto, ancorché appaia evidente come l'esplicita indicazione della sua presenza, già al momento della convocazione delle parti o della richiesta di incontro, sia assai opportuna al fine di rassicurare i creditori sul percorso intrapreso e sull'intervento di un professionista istituzionalmente preposto alla facilitazione del processo negoziale.

Per quanto concerne le concrete modalità di svolgimento delle negoziazioni, non vi è dubbio che quelle riguardanti i creditori finanziari debbano avvenire attraverso riunioni in presenza o, in alternativa, attraverso strumenti di audio o videoconferenza che consentano un'effettiva partecipazione al dibattito da parte di tutti gli intervenuti. L'incontro in presenza o l'utilizzo di adeguati strumenti di telecomunicazione paiono da preferirsi anche per le trattative bilaterali con singoli creditori, anche se non può escludersi *a priori* la possibilità che per una moltitudine di creditori di piccolo importo siano trasmesse proposte in via epistolare: quest'ultimo caso, peraltro, andrebbe considerato eccezionale e valutato con grande cautela considerate le limitate tutele in termini di riservatezza e l'oggettiva difficoltà da parte dell'esperto, in questo caso, a raccogliere informazioni e a svolgere le funzioni di facilitatore cui è preposto.

In caso di negoziazioni collettive è opportuno valutare anche l'opportunità della redazione di un sintetico verbale della riunione da parte dell'esperto, previo consenso delle parti⁹: per quanto tale attività non sia richiesta da alcuna norma di legge¹⁰, è da ritenersi che l'annotazione delle date, dei soggetti presenti e del contenuto sommario della riunione possa rivelarsi utile *a posteriori* per ricostruire la cronologia delle proposte e controproposte e l'effettiva dinamica delle negoziazioni al fine di giungere

a una loro migliore conclusione.

Un ulteriore, rilevante elemento delle negoziazioni che l'esperto è chiamato a influenzare è la loro tempistica: è esperienza comune, infatti, che le negoziazioni con i creditori possano spesso protrarsi per un periodo sostanzialmente più ampio rispetto a quanto pianificato. Anche in considerazione del termine di 180 giorni disposto dall'art. 5, comma 7, per l'individuazione di un'adeguata soluzione della crisi, sarà compito dell'esperto serrare i tempi delle trattative fissando riunioni e incontri ravvicinati tra loro e sollecitando riscontri e controproposte finalizzate al raggiungimento di un tempestivo accordo tra le parti.

3. I doveri delle parti (e dell'esperto) nella negoziazione

Durante le trattative le parti si dovranno comportare secondo buona fede e correttezza (art. 4, comma 4). Questo principio, trasfuso dalla *best practice* in una specifica norma di legge, è evidentemente riferibile a tutte le parti coinvolte nella negoziazione.

Per quanto riguarda l'esperto, ammesso e non concesso che possa essere considerato "parte", la sua terzietà impone che egli operi in modo professionale riservato, imparziale e indipendente (art. 4, comma 2) mentre all'imprenditore è imposto il dovere di rappresentare in modo completo e trasparente la propria situazione non solo all'esperto, ma anche ai creditori e agli altri soggetti interessati (art. 4, comma 5). Si tratta, questo, di un principio di grande importanza posto che un'adeguata *disclosure* della reale situazione del debitore è l'elemento di partenza per un flusso informativo efficiente e trasparente tra le parti, che a sua volta è quasi sempre la chiave di volta per un processo decisionale rapido e non condizionato da sospetti e retropensieri. Non va sottaciuto, peraltro, che la diffusa ritrosia da parte degli imprenditori a fornire ai creditori bancari piena e completa evidenza della loro reale situazione sia riconducibile anche al (fondato) rischio di sospensione degli affidamenti e di limitazione degli utilizzi dei conti bancari che spesso ne consegue: sotto questo profilo, la legge prevede ora disposizioni normative *ad hoc* delle quali si darà brevemente conto nel prosieguo della trattazione.

Per quanto riguarda le controparti dell'imprenditore nelle trattative, il comma 7 dell'art. 4 prevede che queste abbiano il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto, e di non ostacolare le trattative con un comportamento ostruzionistico o rifiutando a priori il contraddittorio sulle proposte del debitore¹¹.

Alle controparti viene inoltre chiesto di mantenere il necessario riserbo sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative che questi intende intraprendere e, più in generale, sulle informazioni apprese in occasione delle trattative. Il tema della riservatezza è, in effetti, di importanza fondamentale nell'ambito di un processo di risanamento che preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa¹² posto che la reputazione dell'impresa sul mercato è un asset di grande valore, potenzialmente pregiudicabile da iniziative di concorrenti che intendano pregiudicare il buon nome dell'impresa sfruttandone la momentanea debolezza e diffondendo maliziosamente informazioni sulla sua situazione di crisi.

Sotto questo profilo, la scelta dello strumento della composizione negoziata della crisi, in assenza di richiesta di misure protettive e della loro pubblicità, è potenzialmente idonea a mantenere un buon livello di riservatezza sulla situazione di crisi dell'impresa e a tutelare la sua reputazione sul mercato. Se, peraltro, la negoziazione con i soli istituti di credito può effettivamente limitare il rischio di "fughe di notizie" ai soli operatori coinvolti non v'è dubbio che, nonostante gli obblighi imposti dalla legge, le probabilità di mantenere un elevato livello di riservatezza siano inversamente proporzionali al numero degli *altri* creditori coinvolti nelle trattative: appare evidente, infatti, che l'instaurazione di trattative dall'esito

8. Così, Decreto Dirigenziale, sez. III, art. 8.7.

9. Sulla loro sicura utilità, cfr. P. Rinaldi, *La struttura del percorso*, in *dirittodellacrisi.it*, 27 ottobre 2021. Il tema della verbalizzazione è, peraltro, da valutare con grande cautela al fine del mantenimento della riservatezza delle trattative: salvo che il verbale non venga custodito personalmente dall'esperto, è mio parere che la sua redazione e diffusione tra le parti coinvolte debba essere subordinata al preventivo consenso delle parti.

10. Con l'unica eccezione, assai peculiare, del rapporto delle consultazioni con le rappresentanze sindacali previste dall'art. 4, comma 8. In quel caso, peraltro, il verbale sdrà redatto ai soli fini della determinazione del compenso dell'esperto.

11. Così L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.

12. Cfr. LA. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, cit.

fisiologicamente incerto con una moltitudine di creditori – alcuni dei quali probabilmente mal disposti nei confronti del debitore – presenti scarse garanzie di confidenzialità, nonostante gli ammonimenti sull'obbligo di riservatezza che l'esperto possa dispensare nel corso delle negoziazioni.

Una volta identificati e coinvolti i creditori e chiariti i rispettivi obblighi, assume fondamentale importanza la proposta che l'imprenditore intenderà formulare per cercare di raccogliere il maggior numero di consensi. Sebbene appaia evidente che la formulazione della proposta ai creditori spetti all'imprenditore e ai suoi consulenti, è fisiologico che l'esperto, in ragione delle funzioni che gli sono demandate e della sua personale competenza e autorevolezza, contribuisca ad affinare gli elementi della proposta o, in casi particolari, a modificarne la struttura non in forza dell'autorità a lui attribuita ma con un'opera di *moral suasion* che eviti la formulazione di proposte manifestamente incongrue o inaccettabili. L'opera di facilitazione demandata all'esperto impone, infatti, che le distanze tra le parti siano ridotte il più possibile, sino a far coincidere i rispettivi *desiderata*, sia attraverso una sapiente negoziazione che tenga conto dei reciproci interessi sia, ancora prima, attraverso la formulazione di proposte ragionevoli, che non abbiano l'esclusivo obiettivo di mantenere uno spazio negoziale per massimizzare l'utilità per il debitore ma, piuttosto, quello di individuare sin da subito i punti di contatto tra le reciproche posizioni, al fine di giungere rapidamente a una sintesi di interessi e alla conclusione delle trattative.

In questa fase l'esperto, oltre a influenzare la proposta iniziale da parte dell'imprenditore, può disporre di numerose leve per indirizzare la negoziazione, in parte derivanti dalla sua imparzialità e dalle funzioni che la legge gli attribuisce, e in parte riconducibili alla migliore conoscenza dell'intera situazione che egli sarà in grado di acquisire grazie alla facoltà, prevista dall'art. 4 comma 2, di chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le informazioni ritenute utili o necessarie per la migliore conduzione e definizione delle negoziazioni.

La fluidità della trattativa è, inoltre, agevolata dal già citato obbligo delle parti di condurle con lealtà e sollecitudine, accompagnato dal corrispondente obbligo di riscontare sollecitamente e in modo motivato le reciproche proposte e richieste (art. 4, comma 7). È esperienza comune, infatti, che il rallentamento e la macchinosità di talune trattative siano spesso causati proprio dall'insufficiente qualità dei riscontri o persino dalla latitanza di alcuni creditori che rendono estremamente difficoltosa la conduzione delle negoziazioni e improbabile il loro esito positivo.

4. Le trattative con le banche

Mentre la negoziazione con singoli fornitori è un'evenienza frequente ma non costante nel panorama delle crisi aziendali, la necessità di instaurare trattative con le banche e i creditori finanziari per la ristrutturazione del debito finanziario riguarda invece pressoché la totalità dei tentativi di risanamento per ragioni che possono essere ricondotte alle specifiche caratteristiche del rapporto tra banche e imprese in Italia¹³.

La prima ragione è da ricondurre al costante e consistente indebitamento bancario delle imprese italiane, stante la generalizzata sottocapitalizzazione che le caratterizza e, soprattutto, lo scarso ricorso ad altre forme di finanziamento – quali obbligazioni e fondi di debito – che sono invece diffuse in altri Paesi occidentali. La seconda ragione è probabilmente riconducibile al fatto che le banche vengono considerate creditori professionali, dai quali potersi aspettare un'uniformità di comportamento e con i quali intavolare trattative scerve da aspetti emozionali e rivendicativi, anche grazie alla loro solidità patrimoniale che molto raramente rischia di essere pregiudicata dal mancato pagamento del credito in discussione. La terza ragione riguarda la possibilità che le banche creditrici possano essere disposte a erogare nuova finanza, che a sua volta rappresenta spesso un fattore di grande rilevanza per le probabilità di successo e la rapidità

del risanamento delle imprese¹⁴ e della quale si farà cenno tra breve.

Conscio dell'importanza di questa tipologia di creditori nelle soluzioni della crisi dell'impresa, il legislatore ha dedicato alle banche e agli intermediari finanziari due specifiche disposizioni, entrambe racchiuse nel secondo comma dell'art. 4.

Viene, innanzi tutto, tenuto conto dell'eventualità, molto frequente nell'ultimo quinquennio, che la banca abbia nel frattempo ceduto il proprio credito ad istituti finanziari specializzati, ovvero che ne abbia affidato la gestione a un mandatario esterno (c.d. *credit servicer*). Viene quindi previsto che non solo le banche (originariamente) creditrici, ma anche i loro mandatarî e cessionari siano tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato¹⁵. È, questo, un obbligo del tutto assimilabile a quello di tempestivo riscontro delle proposte da parte degli altri creditori, con una significativa differenza terminologica che tiene conto dell'effettiva e attiva partecipazione alle trattative da parte dei soggetti finanziatori, non limitata quindi al mero riscontro alle proposte del debitore.

La seconda disposizione, di grande portata, riguarda la circostanza che l'accesso alla composizione negoziata della crisi da parte dell'imprenditore non possa costituire di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore. Non è possibile, in questa sede, approfondire adeguatamente le numerose conseguenze e criticità di ordine giuridico e pratico che tale disposizione comporta: basti, qui, rilevare come questo divieto intenda contrastare il fenomeno, precedentemente illustrato, in cui alla *disclosure* della situazione di crisi da parte dell'imprenditore corrisponda normalmente, quale prima reazione da parte degli istituti di credito, la riduzione o il congelamento dell'operatività bancaria, finalizzata a limitare il suo rischio di credito ma destinata a peggiorare notevolmente le condizioni di svolgimento del tentativo di risanamento aziendale.

In questa fase, la presenza ai tavoli interbancari dell'esperto può avere indubbiamente un benefico effetto sulla fiducia reciproca tra le parti, grazie alla sua imparzialità e indipendenza e alla possibilità di fornire una rappresentazione veritiera e corretta della reale situazione dell'impresa e delle concrete prospettive di risanamento, offrendo alle banche e all'imprenditore la possibilità di formulare decisioni adeguatamente informate sui rischi e le conseguenze delle possibili soluzioni alternative.

È possibile immaginare che, nel corso del processo di negoziazione, le banche possano chiedere all'esperto di esprimersi sulla ragionevolezza di talune assunzioni del piano di risanamento o sul mantenimento della continuità aziendale: non si tratta, in questo caso, di una funzione attribuitagli dalla legge quanto, piuttosto, di una parziale assimilazione del suo ruolo a quello del professionista attestatore, al quale vengono talvolta richieste *comfort letters* interinali sui punti di delicatezza delle trattative¹⁶. Su queste dinamiche non è, per il momento, possibile esprimere un sicuro giudizio di merito ed è pertanto necessario attendere la formazione di una *best practice* in materia che possa fornire utili indicazioni al riguardo.

Appare interessante la previsione, suggerita dal Decreto Dirigenziale, che per favorire la conclusione degli accordi l'esperto proponga la nomina di un *chief restructuring officer* ("CRO") con il ruolo di monitorare in futuro l'attuazione del piano di risanamento e il rispetto degli accordi raggiunti¹⁷. La figura del CRO è ben conosciuta nella prassi dei risanamenti aziendali e delle ristrutturazioni del debito bancario e la sua previsione nell'ambito della composizione negoziata appare senz'altro opportuna; qualche dubbio riguarda, semmai, l'ipotesi che il suo costo sia sostenuto in modo proporzionale dalle parti, posto che nella prassi esso viene normalmente sostenuto integralmente dal debitore: sotto questo profilo, è possibile che la *moral suasion* dell'esperto possa non essere sufficiente a modificare una prassi da tempo consolidata.

Un accenno specifico merita la possibilità, precedentemente segnalata, che l'imprenditore intenda richiedere nuova finanza prededucibile agli

13. Per considerazioni generali sulle caratteristiche del rapporto tra banche e impresa nel panorama italiano, ci si permette di rimandare a A. Guiotto, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, in *Il Fallimento*, 2021, 1199 ss.

14. Sull'ampio tema della rilevanza e delle caratteristiche dei finanziamenti alle imprese in crisi si rinvia a A. Guiotto, *I finanziamenti alle imprese in crisi*, in *Il Fallimento*, 2017, 1063 ss.

15. Cfr. L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.

16. Così, infatti, P. Rinaldi, *La struttura del percorso*, cit.

17. Cfr. Decreto Dirigenziale, sez. III, art. 9.4.

istituti bancari. Rinviando l'approfondimento tecnico ai contributi specifici sul tema¹⁸, in questa sede è opportuno evidenziare come l'esperto possa svolgere un ruolo di grande importanza nell'agevolare l'accesso dell'imprenditore in crisi a nuovi finanziamenti bancari. Sebbene l'art. 10, comma, 1, lett. a) non lo preveda espressamente, è infatti agevole ritenere che il tribunale voglia verificare la funzionalità dei finanziamenti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori anche sentendo, sul punto, l'esperto¹⁹. Prescindendo dalla formulazione del giudizio richiesto dal tribunale, appare evidente che la negoziazione con il possibile finanziatore - che si tratti di una banca già creditrice o di un istituto che intervenga in quella specifica operazione - possa essere notevolmente facilitata dalla presenza dell'esperto, il quale potrà informare il finanziatore sulla reale situazione dell'impresa e rassicurarlo sulle effettive possibilità di restituzione del finanziamento e, ancora prima, sui benefici che questo possa avere sulle prospettive di risanamento dell'impresa. La terzietà e imparzialità dell'esperto, in questo ambito, potranno così supportare il processo decisionale del futuro finanziatore e rendere più agevole la conduzione delle trattative per l'ottenimento di nuova finanza.

5. Le trattative riguardanti i rapporti di lavoro subordinato

Un breve accenno merita la possibilità, specificamente prevista dalla legge, che l'imprenditore in crisi che occupi complessivamente più di quindici dipendenti si trovi nella necessità di assumere determinazioni che incidano sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori. Qualora non siano previste dalla legge o dai contratti collettivi applicabili diverse procedure di informazione e consultazione, l'art. 4, comma 8 prevede che la consultazione avvenga con specifiche modalità.

In particolare, la consultazione con le rappresentanze sindacali dei dipendenti, che dovrà avvenire prima della adozione delle misure, dovrà essere introdotta con comunicazione scritta che dia facoltà alle rappresentanze sindacali dei lavoratori di chiedere un incontro, al quale parteciperà anche l'esperto.

Questa particolare forma di consultazione, che non fa parte della composizione negoziata vera e propria²⁰ e di cui la legge traccia soltanto alcuni elementi procedurali, è caratterizzata dall'estrema rapidità di svolgimento dell'intero processo che, idealmente, è destinato a concludersi entro diciotto giorni dall'invio dell'informativa da parte del datore di lavoro.

Si tratta evidentemente di una negoziazione *sui generis*, posto che l'intero procedimento potrebbe concludersi anche senza un accordo tra le parti. L'obbligatoria partecipazione dell'esperto, peraltro, può anche in questo caso facilitare la comprensione delle reciproche ragioni attraverso un'imparziale ricognizione delle cause e dello stato della crisi e delle soluzioni ipotizzate dall'imprenditore per superarla. La mediazione dell'esperto, dunque, anche in questo caso potrà assicurare un adeguato e trasparente scambio di informazioni e facilitare il raggiungimento di un consenso tra le parti su una soluzione finale che possa essere accettata, perché considerata equa.

6. La negoziazione per modificare i contratti in corso

Un'ultima annotazione merita il ruolo dell'esperto nella negoziazione tra le parti riguardante le possibilità di modificare le condizioni dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita qualora la prestazione da parte dell'impresa in crisi sia divenuta eccessivamente

onerosa a causa degli effetti della pandemia da Covid-19.

L'art. 10, comma 2, offre una dettagliata disciplina dei possibili rimedi giudiziali a questa situazione, per l'esame dei quali si rimanda ai contributi sul tema. Ciò che interessa rilevare, in questa sede, è come la decisione del tribunale rappresenti, sussistendone i presupposti, un'*extrema ratio* a fronte dell'indisponibilità delle parti a raggiungere in buona fede una soluzione che appaia idonea a consentire la continuità aziendale per il periodo necessario al risanamento.

Accanto alle fattispecie regolate dalla norma contenuta nel secondo comma dell'art. 10, è agevole immaginare che possano sussistere nella pratica numerose altre situazioni in cui l'eccessiva onerosità del contratto in corso non sia stata causata dalla pandemia o che non impedisca, a stretto rigore, la continuità aziendale ma renda comunque estremamente impervio il percorso di risanamento.

In tutte queste situazioni, l'intervento propositivo dell'esperto può costituire un elemento di fondamentale importanza per impostare e condurre una negoziazione tra l'imprenditore e la sua controparte contrattuale finalizzata alla consensuale modifica del contratto originario: la presenza di un mediatore terzo e la sua imparziale rappresentazione sia dell'effettiva situazione dell'impresa sia del programma di risanamento può, infatti, favorire una negoziazione efficace e trasparente, priva di elementi rivendicativi e finalizzata a individuare consensualmente una soluzione che, attraverso reciproche concessioni, consenta di soddisfare utilmente gli interessi di entrambe le parti.

18. Cfr. in particolare S. Bonfatti, *La nuova finanza bancaria*, in questo Speciale e A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex D.L. 118/2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 12 ottobre 2021.

19. Così, infatti, Decreto Dirigenziale, sez. III, art. 10.1.

20. Cfr. L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.

Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali

di Laura Baccaglini, Associato di diritto processuale civile nell'Università di Trento

e Francesco De Santis, Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Salerno

Il d.l. n. 118 del 2021 individua nelle misure protettive e nei provvedimenti cautelari uno strumento di centrale importanza per la prosecuzione ed il buon esito delle trattative, condotte dall'imprenditore (con l'ausilio dell'esperto) nell'ambito della procedura di soluzione negoziata della crisi. La disciplina introdotta dal legislatore impone di circoscrivere il perimetro di tali strumenti, a raffronto con analoghe previsioni della normativa concorsuale generale, e di offrire una prima soluzione alle delicate e complesse problematiche processuali, che possono sorgere nelle distinte fasi del procedimento finalizzato alla conferma, revoca o modifica delle misure protettive, ovvero al rilascio dei provvedimenti cautelari, ed alle relative impugnazioni.

Sommario:

1. Testo normativo e contesto emergenziale: tra attese e ritorni
2. Misure "protettive" e "cautelari" nella crisi di impresa: tassonomia normativa e nuove funzioni
3. Tipi e contenuti delle misure protettive nella composizione negoziata della crisi
4. Le finalità dei provvedimenti cautelari
5. Il processo: a) il ruolo e la competenza del tribunale
6. Il processo: b) il richiamo delle regole del procedimento cautelare uniforme
7. Il processo: c) l'introduzione della domanda ed i suoi contenuti
8. Il processo: d) la fissazione dell'udienza e l'instaurazione del contraddittorio
9. Il processo: e) l'udienza, l'istruttoria e la tutela dei terzi
10. Il processo: f) il contenuto dei provvedimenti del tribunale e la loro stabilità
11. Il processo: g) il perimetro della deliberazione giudiziale

1. Testo normativo e contesto emergenziale: tra attese e ritorni

Dopo alcuni mesi di oscillazioni normative in attesa che si maturassero le condizioni per affrontare a viso aperto le problematiche sollevate (e le sfide aperte) dalla pandemia nel vasto e non univoco mondo della crisi d'impresa¹, il 24 agosto 2021 è stato promulgato il d.l. n. 118 (recante *Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*).

Con esso il legislatore d'urgenza ha preso atto di tre circostanze, non più eludibili.

La prima: la situazione "artificiosamente" indotta dai corposi interventi di sostegno, "tramite i quali lo Stato, mediante regole che hanno temporaneamente modificato gli istituti del diritto societario e sostegni di tipo finanziario ed economico riconosciuti alle imprese, ha ridotto il peso della crisi sulle attività produttive", è destinata a mutare rapidamente, "posto che, da un lato, gli effetti della crisi economica si protrarranno per un lasso di tempo certamente non breve e, dall'altro, gli interventi pubblici di sostegno sono destinati ad esaurirsi e dunque non potranno, nel lungo periodo, contenere e risolvere i profondi mutamenti del tessuto socio-economico provocati dalle restrizioni collegate alla pandemia"².

La seconda circostanza – non meno significativa ai fini che ci occupano – riguarda il CCII, a proposito del quale oggi il legislatore d'urgenza non esita, senza mezzi termini, a riconoscere che esso "non appare la soluzione più efficace rispetto alle attuali esigenze del sistema economico"³.

Per quanto il riferimento implicito (e prevalente) sia qui al sistema delle allerte cd. "esterne"⁴, piace ipotizzare che esso si estenda quanto meno alla disciplina del cd. "procedimento unitario": quella strana e complessa "creatura", con la quale il CCII ha ipotizzato di risolvere l'intero ventaglio delle inestricabili tecnicità processuali, che già da alcuni anni hanno posto all'attenzione dell'interprete il processo per la dichiarazione di fallimento, i procedimenti di soluzione pattizia della crisi, e, soprattutto, il loro intersecarsi.

La terza circostanza, di cui il d.l. n. 118/2021 prende atto, è che, allo stato, neppure la legge fallimentare del 1942, attualmente (ancora) vigente, sia idonea a fare fronte allo scenario economico post-pandemico, specie perché essa "non fornisce strumenti che incentivano l'emersione anticipata della crisi e, anzi, scoraggia l'imprenditore dal fare ricorso alle procedure in essa previste, aventi natura prevalentemente giudiziale".

A ciò si aggiunga il fatto che il quadro normativo vigente dovrà essere presto rivisto al fine di recepire (entro il termine del 17 luglio 2022) la direttiva (UE) 2019/1023, del Parlamento europeo e del Consiglio, riguardante proprio i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione⁵.

1. A seguito della pandemia, la data di entrata in vigore del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (recante il *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155-CCII*), originariamente fissata al 15.9.2020, è stata rinviata al 1° settembre 2021 dall'articolo 5, comma 1, d.l. 8 aprile 2020, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020, n. 40; come si dirà *infra*, il d.l. n. 118/2021 ha ulteriormente prorogato la data dell'entrata in vigore al 22 maggio 2022. Alle ripercussioni della pandemia sulla normativa concorsuale, in vigore ed *in fieri*, nella prospettiva costituzionale di un rinnovato solidarismo processuale, sono dedicati, tra gli altri, gli scritti di L. Baccaglini, *I processi concorsuali solidali*, in *Il processo civile solidale* a cura di A. Didone e F. De Santis, Milano, 2020, p. 345 ss., e di M. Fabiani, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza dopo la pandemia*, *ivi*, p. 386 ss. In tema v. anche F. De Santis, *Primi appunti per un'esecuzione concorsuale solidale (dopo la pandemia)*, in *Riv. es. forzata*, 2020, p. 273 ss.

2. Le parti del testo riprodotte in virgolettato appartengono alla *Relazione gover-*

nativa di accompagnamento al d.d.l. di conversione del decreto-legge (Atto Senato n. 2371), p. 3 s.

3. Si afferma a questo riguardo che "la natura fortemente innovativa e la complessità dei meccanismi previsti non consentirebbero quella necessaria gradualità nella gestione della crisi che è richiesta dalla situazione determinata dalla pandemia e rischierebbero di creare incertezze e dubbi applicativi in un momento in cui si invoca, da più parti, la massima stabilità nella individuazione delle regole".

4. Che il d.l. n. 118/2021, art. 1, lett. b), sembra avere "giubilato" col rinvio dell'entrata in vigore dell'intero titolo II della parte I del CCII al 31 dicembre 2023.

5. Una prima, ma già corposa, lettura del d.l. n. 118/2021 – anche nella prospettiva della direttiva – è proposta da L. Panzani, *Il d.l. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021.

Vedremo se, in esito a tutto ciò, il legislatore opererà per: i) una sostanziosa implementazione della legge fallimentare; ii) uno strutturale (e strutturato) *restyling* del CCII; iii) l'introduzione di corpi normativi separati e tematici, a cui corrispondano idonei adeguamenti della legge fallimentare vigente, con il conseguente avvio del CCII *in articulo mortis* (specie col suo pesante "fardello" di norme processuali)⁶.

Quale che sia la soluzione verso la quale il legislatore si orienterà⁷, è nel contesto del complesso quadro sistematico appena delineato, che trova collocazione il percorso di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, oggetto del d.l. n. 118/2021 e, per ciò che qui rileva, il tema delle misure protettive e cautelari, che gli artt. 6 e 7 del citato d.l. hanno posto a salvaguardia dello strumento stragiudiziale di nuovo conio e, nelle intenzioni dei *conditores*, a garanzia di una sua migliore riuscita.

2. Misure "protettive" e "cautelari" nella crisi di impresa: tassonomia normativa e nuove funzioni

Per cogliere il significato ed il perimetro applicativo delle misure protettive e cautelari nel percorso di composizione negoziata della crisi d'impresa, conviene muovere da una breve riflessione sulla portata che esse hanno assunto, nel tempo, all'interno delle procedure concorsuali.

Nel sistema concorsuale vigente, alle misure protettive ed a quelle cautelari il legislatore fa ricorso in momenti e contesti diversi, a rimarcare le distinte finalità che le une e, rispettivamente, le altre rivestono, siccome funzionali alla tutela di interessi variegati e tendenzialmente opposti.

L'ottavo comma dell'art. 15 l. fall., in sede di procedimento prodromico alla dichiarazione di fallimento, discorre espressamente di misure cautelari, e dispone che il tribunale, ad istanza di parte (di regola il creditore) possa pronunciare i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati dalla sentenza che dichiara il fallimento, ovvero revocati con il decreto che rigetta l'istanza.

La previsione di misure protettive è contenuta invece nell'art. 168, ove si prevede che, dalla data della pubblicazione del ricorso di concordato preventivo nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del medesimo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possano, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio, col necessario correttivo che le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono

sospese e le decadenze non si verificano.

Si tratta dell'effetto cd. di *automatic stay*, esteso dall'art. 182-bis agli accordi di ristrutturazione dei debiti. Ai creditori, inoltre, è fatto divieto di acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice; infine, le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

L'esigenza di sistematizzazione delle categorie ha spinto, invece, il legislatore del CCII ad affrontare il tema delle misure protettive e cautelari anche in termini definitori, esplicitando le ragioni sottese a tali strumenti.

Nel lessico del CCII, l'adozione di misure protettive per le situazioni di crisi d'impresa mira a prevenire, ovvero ad inibire, azioni da parte dei creditori che potrebbero compromettere il buon esito dei tentativi di soluzione pattizia della crisi: ai sensi dell'articolo 2, lettera p), CCII, si definiscono "misure protettive" le misure temporanee disposte dal giudice competente, su istanza del debitore, volte ad evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Ancora a livello definitorio, il CCII distingue le "misure protettive" dalle "misure cautelari"; queste ultime, stando alla lettera q) del medesimo articolo 2, sono i provvedimenti emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaiano secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Il tema è ripreso, nell'ambito della disciplina del procedimento unitario, dall'art. 54, ove le misure definite nell'art. 2 vengono poste al servizio di esigenze tendenzialmente opposte.

Così, da un lato, si prevede (comma 1) che, nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione giudiziale, o che omologa il concordato preventivo o gli accordi di ristrutturazione dei debiti.

All'opposto, il debitore, al momento della presentazione della domanda di accesso ad una procedura di soluzione concordata della crisi, può chiedere al tribunale il rilascio di particolari misure protettive, ossia che, dalla data della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, i creditori per titolo o causa anteriore non possano, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio; dalla stessa data le prescrizioni rimangono sospese e le decadenze non si verificano (art. 54, comma 2).

Le misure protettive possono essere richieste dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima del deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione (compresi gli accordi cd. ad efficacia estesa), allegando la documentazione di supporto prevista in relazione a questi ultimi e la proposta di accordo corredata da una dichiarazione del professionista indipendente, il quale attesta che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti, e che la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare (art. 54, comma 3, CCII).

È alla nozione di misure protettive, come tratteggiata dal CCII, che si ispira il d.l. n. 118/2021, il cui art. 6 prevede che l'imprenditore possa chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le medesime modalità, l'applicazione di misure protettive del patrimonio. L'istanza è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

6. Malgrado il legislatore non si sia ancora espressamente pronunziato al riguardo, previsioni nel senso di un rinvio *sine die* del CCII sono state già da più parti formulate: cfr. D. Galletti, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è, se vi pare*, in *Il fallimentarista*, 27 luglio 2021; F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice*, ivi, 25 agosto 2021; M. Irrera, *Le tormentate procedure concorsuali e la nuova legislazione "a gambero" (è giunto il tempo di un Recovery Plan per le crisi d'impresa?)*, in *Il caso.it*, 21 gennaio 2021; S. Ambrosini, *Il doppio rinvio del CCII: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, in *Il caso.it*, 22 settembre 2021, pp. 4, 7. Rileva A. Jorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulle riforme*, in *Dirittodellacrisi.it*, 1 ottobre 2021, che "Le disposizioni del nuovo CCII non sono ritenute idonee ad una risposta efficiente, e quindi vengono rinviare, alcune/per ora) a tempi relativamente brevi, altre a più lungo termine. Né le une né le altre vengono (per ora) eliminate: c'è una legge delega che le sorregge ed occorrerebbe una legge di modifica, che le abrogasse. La soluzione (un po' farisaica) è rinviarle, nell'attesa di tempi migliori, e soprattutto, vien da dire, nell'attesa di poter constatare che, nel confronto con il nuovo intervento normativo, la struttura del CCII riveli le proprie difficoltà di applicazione ed imponga, anche nel necessario adeguamento alla Direttiva Insolvency, gli opportuni mutamenti".

7. La *Relazione governativa* rassicura che il rinvio al 22 maggio 2022 tiene conto sia del termine entro il quale va recepita la direttiva UE 2019/2023, sia "del tempo necessario per la modifica di alcuni istituti ritenuti poco flessibili [di cosa? del CCII o della legge fallimentare?, n.d.r.] - che potrebbero portare a difficoltà applicative, soprattutto nell'attuale congiuntura economica - e per esercitare la delega conferita con la legge n. 53 del 2021 per il recepimento della disciplina comunitaria sui quadri di ristrutturazione".

Sebbene, stando alla formulazione letterale dell'art. 6 d.l. n. 118/2021, l'istanza di applicazione delle misure sia rivolta, al pari di quella avente ad oggetto la nomina dell'esperto, al segretario generale della camera di commercio dove ha sede legale l'impresa (cfr. art. 2, comma 1), il successivo art. 7, comma 1, chiarisce che le misure protettive sono soggette a conferma, revoca o modifica da parte del tribunale competente, dietro ricorso presentato lo stesso giorno della presentazione dell'istanza alla camera di commercio, in esito al procedimento di cui più avanti si dirà.

Ciò sta a significare che l'effetto protettivo, pur producendosi immediatamente in forza di una mera espressione di volontà dell'imprenditore (esternata attraverso la pubblicità camerale), ha natura provvisoria, perché destinato a venir meno in mancanza di un intervento dell'autorità giurisdizionale, come a breve si dirà.

L'art. 7, comma 1, prevede altresì che, con la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto (o anche con istanza successiva), il debitore possa chiedere l'adozione dei provvedimenti cautelari "necessari per condurre a termine le trattative". La norma non precisa quali provvedimenti possano essere domandati, né si esprime quanto alla loro durata, sebbene il dato, come si vedrà, possa essere ricavato dal sistema.

Per ciò che qui rileva, può, dunque, osservarsi che:

a) nel lessico concorsuale antecedente al d.l. n. 118/2021, mentre le misure protettive sono poste a presidio del tentativo del debitore di soluzione pattizia della crisi d'impresa, i provvedimenti cautelari sono tendenzialmente finalizzati a sterilizzare il rischio della dispersione del patrimonio del debitore nella pendenza dell'iniziativa concorsuale attivata dal creditore: diverso essendo l'interesse ad agire, diversi sono i soggetti legittimati a richiederle (il debitore chiede le misure protettive; il creditore, o il pubblico ministero, chiedono le misure cautelari);

b) nel lessico del d.l. n. 118/2021, le misure protettive mantengono la stessa finalità che esse hanno nella normativa concorsuale vigente, ma i provvedimenti cautelari subiscono, rispetto a quest'ultima, una sorta di "torsione" dal punto di vista dell'interesse ad agire, perché legittimato a richiederli è il debitore, al fine di condurre a termine le trattative;

c) l'effetto di *automatic stay* è previsto, per le sole misure protettive, dalla legge fallimentare e dal d.l. n. 118/2021 (sia pure con durata e di efficacia diverse, di cui si dirà *infra*), non anche dal CCII, che lo subordina ad un provvedimento del tribunale⁸.

3. Tipi e contenuti delle misure protettive nella composizione negoziata della crisi

Il perimetro ed i contenuti delle misure protettive attingibili nel contesto della composizione negoziata della crisi d'impresa sono sensibilmente più ampi di quanto previsto dalla legge fallimentare e dal CCII.

Non può ritenersi estraneo a siffatto ampliamento il confronto con le previsioni recate dagli artt. 6 e 7 della citata direttiva (UE) 2019/1023, del Parlamento europeo e del Consiglio.

Giova rilevare che le misure protettive – differentemente dai provvedimenti cautelari – non hanno di norma uno o più soggetti "passivi" determinati, ma possono produrre effetti, quanto meno in astratto, nei confronti di una platea indeterminata di destinatari (creditori e/o terzi).

Vi rientrano, al pari che nella normativa concorsuale, anzitutto le misure tradizionalmente perimetrare dall'effetto di *automatic stay*: i creditori non possono, cioè, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore⁹, ancorché le prescrizioni che sarebbero state

interrotte da tali atti predetti rimangano sospese e le decadenze non si verifichino.

Sono, invece, esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori¹⁰.

E' altresì confermato il divieto per i creditori di acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti; tuttavia – mentre nella normativa concorsuale comune il divieto non è disponibile dalle parti, ed è il solo tribunale che può autorizzare simili acquisti – nell'ambito della composizione concordata della crisi, invece, il divieto è "disponibile", ed il debitore ed il singolo creditore possono accordarsi per l'acquisto della prelazione, anche a dispetto degli altri creditori¹¹.

Il d.l. n. 118/2021 non ha invece replicato la previsione, propria della disciplina del concordato preventivo, secondo la quale le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

Ai sensi del citato d.l. devono altresì considerarsi misure "protettive", in quanto poste a presidio del tentativo di composizione negoziata della crisi:

a. la possibilità per l'imprenditore di effettuare i pagamenti (i.e.: qualunque pagamento), senza richiedere la preventiva autorizzazione del tribunale, e, ovviamente¹², senza tema di revocatoria per chi li riceve¹³;

b. l'impossibilità di dichiarare il fallimento o di accertare lo stato d'insolvenza fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi: ciò vuol dire che, durante questo periodo, la domanda di fallimento o di accertamento dello stato d'insolvenza può essere introdotta¹⁴ – e (compatibilmente col principio di economia processuale) forse anche istruita – ma che comunque non può essere decisa nel senso del suo accoglimento¹⁵;

c. il divieto fatto ai creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, o di anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto¹⁶.

re tutti i creditori, o limitata, ossia riguardare uno o più singoli creditori o categorie di creditori.

10. In linea con quanto prevede l'art. 67, comma 5, della direttiva n. 2019/1023, la quale, tuttavia, concede agli Stati membri la possibilità (non recepita dal d.l. n. 118/2021) di applicare le misure protettive anche ai diritti dei lavoratori se, e nella misura in cui, esse assicurano che il pagamento di tali diritti sia garantito nell'ambito di un quadro di ristrutturazione preventiva con un livello di tutela analogo.

11. Si rammenta che il principio per il quale i creditori, per tutta la durata della procedura, non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, opera esclusivamente nei rapporti fra i creditori, al fine di garantirne la *par condicio*, nell'eventualità che a detta procedura consegua quella di fallimento; pertanto, la sua violazione non può essere fatta valere dal debitore né nel proprio interesse, versando egli nella posizione di terzo estraneo ai menzionati rapporti, né nell'interesse dei creditori pregiudicati, ostandovi il divieto della sostituzione processuale sancito dall'art. 81 c.p.c. (Cass. 26 giugno 2001, n. 8739).

12. L. Panzani, *op. cit.*, p. 23, osserva che "il legislatore non ha vietato i pagamenti in considerazione del fatto che tale divieto, che caratterizza ordinariamente la sospensione delle azioni esecutive e che è diretta conseguenza dell'applicazione del regime della *par condicio*, non avrebbe senso in questo caso, dove il debitore conserva tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione ed è *in bonis*. Nel contempo il divieto dei pagamenti causa effetti negativi nei confronti delle imprese creditrici sottraendo loro liquidità. In periodo di pandemia il divieto ha effetti sistemici pregiudizievoli".

13. Va tenuto presente che, ai sensi dell'art. 9, se l'esperto – avuta notizia dall'imprenditore di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento – ritenga che l'atto sia pregiudizievole per i creditori, iscrive il proprio dissenso alla camera di commercio, e ciò, oltre a provocare la revoca delle misure protettive da parte del tribunale, incide conseguentemente sulla revocabilità del pagamento.

14. L. Panzani, *op. cit.*, p. 24.

15. L'art. 7, comma 2, della direttiva è di tenore più "tranciante", in quanto prevede la "sospensione" dell'apertura, su richiesta di uno o più creditori, di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore.

16. Più composito è il contenuto delle previsioni di cui all'art. 7, comma 4, della di-

8. Questa è probabilmente la ragione per la quale l'art. 7 del d.l. n. 118 tiene distinti, anche dal punto di vista della tassonomia normativa, le "misure" protettive dai "provvedimenti" cautelari, ancorché – forse per una distrazione – nel comma 6 discorra di "misure protettive e cautelari".

9. La sospensione delle azioni esecutive individuali può riguardare tutti i tipi di crediti, compresi quelli garantiti e privilegiati (cfr. art. 6, comma, 2, della direttiva n. 2019/1023). Non è stata, invece, recepita in questa sede la previsione, portata dal successivo comma 3, a mente della quale gli Stati membri possono prevedere che una sospensione delle azioni esecutive individuali possa essere generale, ossia riguarda-

Resta da chiedersi se il sistema disegnato dal d.l. n. 118/2021 legittimi il ricorso a misure protettive atipiche, anche al di fuori di quelle previste dall'art. 6.

La soluzione negativa, già prospettata dagli interpreti con riguardo all'art. 54 CCII¹⁷, trova conferma nel dato letterale dell'art. 7: il comma 1 onera il debitore – che abbia presentato, unitamente alla domanda di nomina dell'esperto, anche l'istanza di misure protettive – di chiederne al tribunale la conferma o la modifica, non già la concessione di nuove e non previste misure.

Piuttosto, è da considerare opportuna la previsione dell'art. 7, comma 4, ove si stabilisce che il tribunale, su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, può limitare le misure a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori¹⁸.

Proprio il fatto che l'efficacia delle misure protettive sia rimessa alla libera scelta del debitore induce a ritenere che quest'ultimo, nel formulare il ricorso ex art. 7, possa "selezionare" le procedure esecutive e cautelari da inibire, avuto riguardo, ad esempio, ai creditori che ne hanno provocato l'apertura e con i quali intende trattare.

Nulla vieta, peraltro, che lo *stay* colpisca in prima battuta tutte le azioni esecutive e cautelari pendenti (inibendo anche quelle che in futuro dovessero essere intraprese), ma che questo effetto – quand'anche confermato dal giudice in esito all'udienza – sia successivamente circoscritto (a seguito di apposito provvedimento del tribunale) a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori, su richiesta del debitore.

La previsione dell'art. 7, comma 4, come è stato condivisibilmente osservato, evita, pertanto, colpire l'intero ceto creditorio, limitando le misure ai soli creditori che si sono posti in posizione (irragionevolmente) antagonista con le trattative pendenti¹⁹.

4. Le finalità dei provvedimenti cautelari

Rispetto alle istanze cautelari, il discorso appare più complesso.

Come sopra accennato, finora in ambito concorsuale si è discusso di misure cautelari in relazione alla previsione di cui all'ottavo comma dell'art. 15 l. fall., secondo la quale il tribunale, ad istanza di parte, può emettere i provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, con efficacia limitata alla durata del procedimento prefallimentare.

La prospettiva che fino ad ora si è assunta è stata quella della tutela dei creditori, nelle more del giudizio volto alla apertura del fallimento.

Certo, l'art. 15 l. fall. – là dove allude a misure in corso di causa a carattere interinale²⁰ – assume, nel panorama della tutela cautelare, un carattere di specialità. Non si tratta, però, di misure asistematiche, essendo le stesse funzionali alla realizzazione delle finalità di tutela ed alle caratteristiche di

rettiva 1023/2019, che si riferisce ai contratti pendenti "essenziali" (ossia i contratti pendenti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione comporterebbe la paralisi dell'attività del debitore), ancorché il formante unionale affidi agli Stati membri la possibilità di prevedere che la previsione si applichi anche ai contratti pendenti non essenziali. 17. I. Pagni, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Le Società*, 2019, p. 441; G. Scarselli, *Le misure cautelari e protettive nel nuovo codice della crisi dell'impresa*, in *Judicium*; in favore della atipicità delle misure protettive, v. M. Fabiani, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 868.

18. La previsione è conforme all'art. 6, comma 3, della Direttiva 2019/1023.

19. L. Panzani, *op. cit.*, p. 26 s.

20. Il legislatore ha inteso preservare, per quanto possibile, la produttività aziendale, soprattutto qualora ci si trovi in presenza di una crisi finanziaria e non industriale, "con lo sguardo a quelle che potranno essere, dopo l'apertura del fallimento, le attività di gestione e di liquidazione rimesse all'opera del curatore" (così I. Pagni, *I provvedimenti cautelari a tutela del patrimonio e dell'impresa nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Le procedure concorsuali* a cura di A. Caiafa, I, Padova, 2011, p. 218).

giudizio contenzioso a cognizione piena, che il legislatore del 2006-2007 ha voluto imprimere al procedimento prodromico.

La norma prevede, pertanto, forme di tutela cautelare in corso di causa, attivabili su domanda di parte e strumentali alla definizione del giudizio di merito, quest'ultimo avente ad oggetto la dichiarazione d'insolvenza del debitore e l'apertura della liquidazione concorsuale del suo patrimonio.

Sotto il profilo del *periculum*, si tratta di provvedimenti cautelari che presidiano il rischio che, nelle more della durata del giudizio di merito (l'istruttoria prefallimentare, appunto), possano essere lese o deteriorate le ragioni e le aspettative delle parti istanti per la dichiarazione di fallimento.

Il soggetto nei confronti del quale è attuata la cautela resta pur sempre il debitore²¹.

Nel caso, invece, dei provvedimenti cautelari cui allude l'art. 7, d.l. n. 118/2021, l'istanza è proposta dal debitore ed i soggetti passivi dell'eventuale misura cautelare sono uno o più terzi, ma verosimilmente anche i creditori.

Qual è allora la domanda di merito cui siffatta tutela cautelare è strumentale?

La norma non lo dice, limitandosi ad un generico riferimento a quei provvedimenti cautelari "necessari per condurre a termine le trattative".

E chi sarebbe il convenuto di siffatto ipotetico giudizio di merito?

Anche su questo punto l'art. 7 tace, limitandosi a stabilire che, se i provvedimenti cautelari (al pari delle misure protettive) incidono sui diritti dei terzi, questi ultimi devono essere sentiti.

È possibile, ad esempio, immaginare una domanda cautelare diretta ad inibire l'esecuzione forzata su un bene, di proprietà di un terzo, ma che il debitore detiene (in ipotesi a seguito di un contratto di *leasing*), in quanto funzionale all'esercizio dell'impresa. In questo caso, la domanda cautelare atipica sarà rivolta sia al terzo proprietario sia al creditore del terzo, come tali legittimati a contraddire nel procedimento ex art. 7.

Meno immediato è immaginare una richiesta di provvedimenti cautelari innominati suscettibili di trovare attuazione nelle forme dell'esecuzione forzata ai sensi dell'art. 669-*duodecies* c.p.c.²², che costringano il creditore ad una *facere*, o, più realisticamente, gli inibiscano l'esercizio di un diritto, al solo fine di cautelare un percorso di trattativa avviato dal debitore. Va rammentato, infatti, che le iniziative esecutive dei creditori possono essere inibite per il tramite delle misure protettive, sicché un provvedimento d'urgenza ex art. 700 c.p.c., diretto contro un creditore, potrebbe rivelarsi assai utile (solo) se sia necessario impedire a quest'ultimo di attivarsi, in via stragiudiziale, per ottenere l'adempimento, ad esempio escutendo una garanzia autonoma.

Fuori dal percorso contenzioso, in funzione del quale la tutela cautelare trova il suo fisiologico nutrimento, l'imposizione *ab externo* di provvedimenti d'autorità, col solo limite di un esile contraddittorio svincolato dal processo di merito *adversary*, potrebbe comportare ingiustificati (e forse illegittimi) sacrifici al libero esercizio dell'attività economica privata.

In questo senso, perciò, v'è da credere che il richiamo contenuto nell'art. 7 del d.l. ai provvedimenti cautelari abbia una portata davvero residuale, essendo in realtà le misure protettive lo strumento d'elezione pressoché esclusivo posto a presidio della "serenità" delle trattative.

5. Il processo: a) il ruolo e la competenza del tribunale

E' bene rimarcare che – diversamente dalle altre procedure di soluzione pattizia della crisi, che ordinariamente si svolgono, per tutta la loro durata, *sub umbraculo* del tribunale – nell'ambito della composizione negoziata le fasi (o, sarebbe meglio dire, gli "incidenti") giurisdizionali si

21. Si rinvia, per una più ampia e sistematica riflessione sul tema delle misure cautelari in corso di istruttoria prefallimentare, a F. De Santis, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, spec. p. 477 ss.

22. Non a caso, L. Panzani, *op. cit.*, p. 24, rileva che siffatti provvedimenti "debbono essere idonei a vincere una resistenza ingiustificata di un creditore o di un altro soggetto che sia parte della composizione negoziata".

aprono soltanto al ricorrere di determinate ipotesi: quando l'imprenditore richiede l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, ovvero a trasferire in qualunque forma l'azienda o suoi rami (cfr. art. 10, d.l. n. 118/2021); e, per l'appunto, nel caso in cui siano richieste misure protettive e/o provvedimenti cautelari (in relazione a questi ultimi, il procedimento è regolato dall'art. 7 e, *in parte qua*, anche dall'art. 6).

Per il resto, è ben possibile che le trattative si chiudano con la stipula di un accordo coi creditori che passi completamente "sopra la testa" del tribunale (cfr. art. 11, comma 1, del d.l. cit.), salvo che, in esito alle trattative medesime, l'imprenditore non trovi più utile (se non necessario) accedere ad altre procedure (queste sì giurisdizionali) di composizione della crisi (comma 2).

Prescindendo ora da ogni considerazione relativa all'assetto integralmente (o strutturalmente) privatistico dello strumento pattizio introdotto dal d.l. n. 118/2021, va sottolineata l'opportunità della scelta del legislatore di affidare la competenza sugli "incidenti" giurisdizionali, che possono aprirsi nell'arco della procedura di composizione negoziata della crisi, al tribunale dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa, competente ai sensi dell'art. 9 l. fall., ovvero – per adoperare il gergo del CCII (cfr. art. 122) – al tribunale "concorsuale"²³.

L'ultimo comma dell'art. 7 precisa che il tribunale provvede (differentemente che nei casi dell'art. 9 l. fall.) in composizione monocratica e con ordinanza, comunicata dalla cancelleria al registro delle imprese entro il giorno successivo.

Il d.l. n. 118, per contro, ha ripudiato le scelte "differenziate" in tema di competenza fatte dal CCII, che, come è noto (cfr. art. 27), affida al tribunale sede delle sezioni specializzate in materia d'impresa la competenza per i procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza delle imprese di maggior dimensioni, ma stabilisce, in tutti gli altri casi, la competenza del tribunale concorsuale del circondario ove il debitore ha il centro degli interessi principali.

Il riferimento espresso, che si rinviene nel primo comma dell'art. 7 del d.l. n. 118, all'art. 9 l. fall. (in luogo del richiamo all'espressa locuzione di "tribunale dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa"), potrebbe porre, a regime, una tematica di coordinamento col CCII, se e quando quest'ultimo dovesse entrare in vigore, con la conseguente abrogazione della legge fallimentare.

Di più complessa soluzione appaiono, invero, gli interrogativi immediatamente successivi, e cioè se, in relazione ai procedimenti di cui all'art. 7, d.l. n. 118, debba trovare applicazione l'integrale sistema della competenza fallimentare, e dunque anche gli artt. 9-*bis* e 9-*ter* l.fall. relativi al regime dell'incompetenza e del conflitto positivo di competenza.

Il discorso sarebbe, all'evidenza, troppo lungo (e non poco complesso) da affrontare in questa sede, e probabilmente non avrebbe un rilevante significato pratico.

Nella misura in cui, però, il procedimento in questione è retto dagli artt. 669-*bis* e seguenti c.p.c. (come dispone l'ultimo comma dell'art. 7, d.l. n. 118: cfr. *infra*), non pare eccentrico ritenere che valga il principio (implementato dal diritto vivente con riguardo al regolamento di competenza ad istanza di parte), alla stregua del quale, in tema di procedimenti cautelari, è inammissibile la proposizione del regolamento di competenza, sia in ragione della natura giuridica dei provvedimenti declinatori della competenza – inidonei, in quella sede, ad instaurare la procedura di regolamento, in quanto caratterizzati dalla provvisorietà e dalla riproponibilità illimitata – sia perché l'eventuale decisione, pronunciata in esito al procedimento disciplinato dall'art. 47 c.p.c., sarebbe priva del requisito della definitività, atteso il peculiare regime giuridico del procedimento cautelare nel quale andrebbe ad inserirsi²⁴.

6. Il processo: b) il richiamo delle regole del procedimento cautelare uniforme

Si è testé detto che, ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 7, l'incidente giurisdizionale avente ad oggetto la stabilizzazione delle misure protettive ed il rilascio dei provvedimenti cautelari "si svolg[e] nella forma prevista dagli articoli 669-*bis* e seguenti del codice di procedura civile": è chiara la scelta di adottare il modello generale dei procedimenti cautelari, sempre che, ovviamente, per aspetti peculiari del procedimento, non trovino applicazione le regole speciali di cui agli artt. 6 e 7 del d.l. all'esame.

Sebbene la norma non lo dica espressamente, è evidente che le regole del procedimento uniforme possono trovare applicazione solo "in quanto compatibili".

E se è vero che la relazione di compatibilità può essere agevolmente predicata – oltre che con riguardo al regime d'impugnazione dettato dall'art. 669-*terdecies* c.p.c. (di cui si dirà *infra*) – anche con riferimento al regime della cauzione (art. 669-*undecies*), dell'attuazione (art. 669-*duodecies*) e, per quanto di ragione, della revoca e modifica (art. 669-*decies*), restano, per contro, fuori del perimetro d'azione qui all'esame le regole sull'efficacia della misura cautelare (artt. 668-*octies* e 669-*novies*), non essendo alcun giudizio di merito al quale riferire la stabilizzazione della misura, anche nelle forme "attenuate" di cui all'art. 669-*octies*, comma 8, c.p.c.

Ciò significa che la scelta del procedimento cautelare uniforme sottende – per condivisibili ragioni di snellezza e di economia processuali – l'opzione del solo modello procedimentale, non anche della natura giuridico-processuale del provvedimento che definisce il giudizio cautelare di diritto comune.

Il legislatore non ha, dunque, preso posizione sulla natura giuridica delle misure protettive, che pur presentano, per molti aspetti, i tratti "conservativi" e, più ancora, "inibitori" di alcuni provvedimenti cautelari; ai fini della loro conferma o revoca, il tribunale non è, pertanto, vincolato alla tradizionale delibazione del *fumus* e del *periculum*, nei termini in cui ciò avviene per le misure cautelari.

Piuttosto, sarà necessario avere riguardo, da un lato, alla concreta possibilità che le misure siano funzionali ad evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito delle trattative e, dall'altro lato, alla situazione di conclamata crisi o addirittura di insolvenza in cui versa l'imprenditore, che potrebbe sconsigliare, a tutela dei creditori, la conferma delle misure.

Diversamente, per il rilascio dei provvedimenti cautelari sarà imprescindibile una valutazione dei presupposti "sistemici" del *fumus* e del *periculum*, inteso, quest'ultimo, come idoneità della misura richiesta ad assicurare provvisoriamente (*rectius*: a non compromettere) il buon esito delle trattative.

7. Il processo: c) l'introduzione della domanda ed i suoi contenuti

Ai sensi degli artt. 6, commi 1 e 2, e 7, commi 1 e 2, d.l. n. 118/2021, la domanda volta a provocare (e poi a conservare) l'efficacia delle misure protettive non determina, nell'immediato, l'intervento giurisdizionale. Quell'istanza è "scissa" in una modalità amministrativa, alla quale, però fa seguito, contestualmente, una fase giurisdizionale: entrambe sono necessarie ed ineludibili.

Quanto alla prima, ai sensi dell'art. 6, l'imprenditore chiede l'applicazione delle misure protettive con l'istanza di nomina dell'esperto, ovvero con successiva istanza presentata con le medesime modalità, e deve farlo depositando l'istanza (rivolta al segretario generale) presso la camera di commercio competente.

L'istanza non è soggetta – ben inteso – ad alcuna valutazione di merito da parte del sistema camerale, ma soltanto a controlli di tipo formale, ovvero del rispetto dei requisiti previsti dall'art. 5 e del deposito, da parte dell'imprenditore, nella piattaforma telematica, unitamente all'istanza, del-

23. In tema si fa rinvio a F. De Santis, *Giudice (procedure concorsuali)*, in *Enc. dir.* (in corso di pubblicazione).

24. Cass., sez. un., 29 luglio 2013, n. 18189; Cass. 20 gennaio 2017, n. 1613; Cass. 7 maggio 2018, n. 10914.

la dichiarazione relativa all'esistenza di misure esecutive o cautelari disposte nei suoi confronti, nonché alla pendenza di ricorsi per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza. Se l'istanza per l'applicazione delle misure è presentata in un momento successivo all'istanza per la nomina dell'esperto, tale dichiarazione deve essere aggiornata.

La camera di commercio, verificata in questi termini la regolarità formale dell'istanza, provvede senza indugio alla sua pubblicazione nel registro delle imprese, assegnando una data ed un numero di protocollo; da quel momento le misure protettive richieste, coi contenuti di cui si è detto al precedente paragrafo 3, acquistano automatica efficacia. È necessario che, contestualmente, sia pubblicata anche l'accettazione dell'esperto, in quanto di per sé attestante la pendenza di una procedura di composizione negoziata della crisi.

Alla modalità amministrativa deve però far seguito l'apertura della fase giurisdizionale: è prescritto che "lo stesso giorno" il debitore depositi presso il tribunale competente un ricorso con la richiesta di conferma o modifica delle misure protettive, ovvero per l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative²⁵.

L'apertura della fase giurisdizionale è soggetta a pubblicità, essendo onere dell'imprenditore domandare la pubblicazione nel registro medesimo del numero di ruolo generale del procedimento instaurato davanti al tribunale.

L'omesso o il ritardato deposito del ricorso è causa di inefficacia delle misure, sì che l'iscrizione dell'istanza sarà cancellata dal registro delle imprese, d'ufficio (e senza indugio), ad opera della camera di commercio.

Ciò conferma l'efficacia immediata, ancorché provvisoria, delle misure protettive iscritte, senza alcun preventivo controllo giurisdizionale.

Il riferimento contenuto nell'art. 7 al "ricorso", unito al richiamo degli artt. 669-bis c.p.c. quanto al procedimento da seguire, non fa altresì dubitare della necessità che, nel corso della fase giurisdizionale, il debitore debba essere assistito da un difensore.

Le diversità che connotano e distinguono le misure protettive dai provvedimenti cautelari (le prime agiscono di norma nei confronti di una platea indeterminata di soggetti - creditori, terzi - ma hanno un contenuto tipico; i secondi hanno un contenuto innominato, ma si rivolgono a destinatari determinati) renderanno articolata l'*editio* del ricorso, chiedendo al debitore di indicare puntualmente i diversi *petita*, ma anche i distinti soggetti destinatari delle diverse misure.

Il ricorso al tribunale è accompagnato dal deposito dei seguenti documenti: a) i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non vi è obbligo di deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta; b) una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso; c) l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella; d) un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare; e) una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata; f) il nominativo dell'esperto, con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

L'onere di depositare tali documenti grava sull'imprenditore; atteso il loro contenuto (finalizzato a porre il tribunale in condizione di deliberare la serietà della domanda di soluzione concordata della crisi, nonché l'idoneità delle misure e dei provvedimenti richiesti a presidiarla senza eccessivo sacrificio per i creditori ed i terzi), è da ritenersi che la mancata produzione di quei documenti determini l'inammissibilità *prima facie* dell'istanza, che il tribunale dovrebbe dichiarare *in limine litis*, onde evitare che si perda altro tempo, nel corso del quale le misure protettive conserverebbero la

loro efficacia.

8 . Il processo: d) la fissazione dell'udienza e l'instaurazione del contraddittorio

A questo punto, la palla passa nelle mani del tribunale, ovvero del giudice monocratico tabellarmente designato per la trattazione del giudizio e per la decisione della domanda.

Il compito più immediato che la legge pone a carico del giudice è quello di fissare l'udienza per l'esame della domanda; senonché - ai sensi dell'art. 7, comma 3 - il tribunale potrebbe trovare davanti a sé una pluralità di non convenzionali opzioni processuali.

Anzitutto, il giudice deve valutare la tempestività del ricorso, verificando che esso sia stato depositato lo stesso giorno in cui l'istanza per l'applicazione delle misure cautelari è stata depositata alla camera di commercio. Considerato che tali passaggi avvengono attraverso flussi telematici, è da ritenersi che l'imprenditore proceda, dapprima, al deposito dell'istanza alla camera di commercio, e, subito dopo averne ottenuto un'ideonea ricevuta telematica, proceda (nello stesso giorno) all'iscrizione a ruolo del ricorso presso il tribunale competente.

La tardiva iscrizione a ruolo del ricorso è causa di dichiarazione d'inefficacia delle misure protettive, che viene pronunciata senza fissare l'udienza, ossia *inaudita altera parte* (o meglio, per adoperare una terminologia più vicina al gergo fallimentare, con provvedimento *cd. prima facie*).

È da ritenersi che un provvedimento di identico tenore debba essere adottato anche nell'ipotesi di incompletezza della documentazione di supporto al ricorso, quanto meno con riferimento ai documenti di cui alle lettere b), c), d), e) e f), di cui al paragrafo che precede.

Se non ci inganniamo, il legislatore ha, infatti, previsto il deposito dei documenti in questione al fine di porre il tribunale in condizione di verificare, per l'appunto, *prima facie*, e fatti salvi gli esiti del successivo giudizio:

ü la pendenza presso il sistema camerale di una procedura di composizione negoziata;

ü la ricorrenza della condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'imprenditore, che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, e che rappresentano il presupposto per l'accesso alla procedura di composizione negoziata;

ü la "serietà" dell'iniziativa di composizione negoziata;

ü i creditori coinvolti nelle trattative e potenzialmente incisi dalle misure protettive, anche al fine di somministrare al ricorrente le necessarie direttive in ordine ai soggetti a cui notificare il ricorso.

L'ultimo periodo del terzo comma dell'art. 7 prevede, infine, che gli effetti protettivi prodotti dalla presentazione dell'istanza alla camera di commercio ai sensi dell'articolo 6, comma 1²⁶, cessano se, nel termine di dieci giorni dal deposito del ricorso, il giudice non provvede alla fissazione dell'udienza.

Da un punto di vista ordinamentale, l'ingiustificata inerzia del tribunale potrà, se del caso, essere valutata (e, all'occorrenza, sanzionata) secondo le regole della responsabilità disciplinare e civile del magistrato.

Da un punto di vista processuale, è da ritenersi che, al netto dell'ipotesi di tardivo deposito del ricorso, il tribunale potrebbe omettere la fissazione dell'udienza quando la domanda, anche alla luce della documentazione allegata, si presenti *prima facie* inammissibile o manifestamente infondata, magari perché non accompagnata dal deposito della documentazione richiesta.

Bene avrebbe fatto il decreto-legge a precisare che il giudice debba pronunciare in ogni caso un decreto di diniego di fissazione dell'udienza. È da credere, però, che ciò sia sottointeso: risulta, infatti, difficile pensare che il giudice possa limitarsi a non fissare l'udienza, se non altro per il fatto che la camera di commercio dovrebbe, in questo caso, cancellare la misura

25. A questo riguardo, meglio avrebbe fatto il decreto-legge a precisare che la locuzione "lo stesso giorno" alluda al giorno in cui avviene la pubblicazione camerale dell'istanza di nomina dell'esperto e di accettazione da parte di quest'ultimo, che attestano, come si è detto, la pendenza della procedura.

26. La norma non menziona espressamente - probabilmente per una dimenticanza - gli effetti del comma 3 dell'art. 6 (ossia l'impossibilità di dichiarare il fallimento o accertare l'insolvenza).

protettiva iscritta a seguito della mera inerzia del tribunale.

La norma tace circa il tempo entro il quale deve essere fissata l'udienza; tenuto conto della delicatezza degli interessi in gioco e del fatto che l'efficacia temporale minima delle misure protettive, come si vedrà più avanti, è di trenta giorni, è da ritenersi che l'udienza debba essere fissata a stretto giro. Volendo rinvenire un termine massimo nel sistema processuale di riferimento più prossimo (ossia il procedimento cautelare uniforme, le cui norme, come si è detto, sono qui applicabili in quanto compatibili), si potrebbe pensare ai quindici giorni previsti dall'art. 669-sexies, comma 2, c.p.c. per l'udienza di convalida del decreto cautelare emesso *inaudita altera parte*.

Col decreto di fissazione dell'udienza, il tribunale prescrive, anche ai sensi dell'art. 151 c.p.c., "le forme di notificazione opportune per garantire la celerità del procedimento".

In pratica, nell'assenza di previsioni normative al riguardo, il tribunale dovrà indicare al ricorrente le modalità della notifica, anche al di fuori di quelle previste dalla legge, a condizione che si abbia certezza della consegna²⁷.

La norma non prevede espressamente quali siano i soggetti destinatari della notifica del ricorso e del decreto, sebbene, al comma 4, essa precisi che il tribunale all'udienza debba sentire le parti.

A chi si riferisce il dettato normativo? Chi sono coloro chiamati ad interloquire all'udienza (e dunque legittimati a riceverne la convocazione)?

È certo che lo siano, anzitutto, i creditori ed i terzi, i cui diritti siano incisi dalle misure protettive e dalle domande cautelari proposte.

È verosimile pensare che il legislatore abbia voluto estendere il contraddittorio anche agli altri creditori, o quanto meno a quelli più "significativi". La convinzione si genera dalla previsione dell'art. 7, comma 2, lett. c), là dove si prescrive che il debitore depositi un elenco dei propri creditori, individuando i primi dieci per ammontare ed indicando i rispettivi indirizzi di posta elettronica certificati. Il senso della norma, che non precisa che si debba trattare di creditori interessati dalle misure protettive, potrebbe scorgersi nella necessità per il tribunale di aprire il contraddittorio anche con tutti i creditori interessati ed invitati al tavolo delle trattative.

Pur non essendo prevista la trasmissione del ricorso e del decreto di fissazione dell'udienza al pubblico ministero, il tribunale potrebbe, nel caso concreto, egualmente disporla, ove ne ravvisi l'opportunità (ad esempio, quando pende un giudizio di istruttoria prefallimentare a carico del debitore istante, aperto su domanda dello stesso pubblico ministero).

9. Il processo: e) l'udienza, l'istruttoria e la tutela dei terzi

L'udienza si tiene preferibilmente con sistemi di videoconferenza (art. 7, comma 3, d.l. n. 118/2021).

Ai sensi del comma 4, nel corso dell'udienza il tribunale, dopo avere verificato la validità delle notifiche, sentite le parti e l'esperto ed omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 c.p.c. e procede agli atti di istruttoria indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti ed ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive.

Risulta di tutta evidenza che l'ausiliario a cui allude l'art. 7 d.l. n. 118/2021 non è (e non può essere) un surrogato del commissario giudiziale del concordato preventivo, ma semmai un consulente tecnico, che il tribunale può nominare (con spese a carico del ricorrente) per farsi assistere nel compimento di atti istruttori che non è in condizione di compiere da solo.

È da ritenersi che si tratterà, nella maggior parte di casi, di un consulente-

te contabile, al quale il giudice affiderà la valutazione della documentazione esibita dal ricorrente, e di quella che il consulente stesso ritenesse di acquisire nel corso delle operazioni peritali, siccome strettamente funzionale allo svolgimento dell'incarico a lui affidato.

Ai fini dell'esame del ricorso, il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021, adottato in forza dell'art. 3, comma 2, d.l. n. 118/2021, stabilisce, al punto 6.1, che il giudice valuti l'opportunità dell'istanza di misure protettive e cautelari, il suo contenuto ed i soggetti destinatari, tenuto conto, a titolo esemplificativo:

a. della disponibilità finanziarie e copertura del fabbisogno finanziario occorrente per l'esecuzione dei pagamenti dovuti;

b. delle conseguenze delle misure protettive sugli approvvigionamenti e rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna;

c. nel caso di estensione delle misure protettive agli istituti di credito, del rischio che le esposizioni bancarie del debitore siano riclassificate a "crediti deteriorati", con conseguenze sulla nuova concessione di credito.

Se, poi, le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidono sui diritti dei terzi, questi ultimi devono essere sentiti.

Non è esclusa la possibilità sia della costituzione in giudizio dei soggetti che sono stati destinatari della notifica, sia dell'intervento volontario di soggetti ai quali nulla è stato notificato, ma che hanno appreso *aliunde* (ad esempio, a seguito della pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo) la notizia della pendenza del giudizio.

Resta sul tappeto il dubbio circa l'idoneità della mera pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive nel solo fascicolo camerale dell'impresa, che abbia avviato la procedura di composizione negoziata della crisi, a garantire con sufficiente latitudine la conoscenza legale dell'istanza medesima a tutti i creditori e terzi che potrebbero esserne toccati.

È da credere che, qualora il giudice verifichi all'udienza che il destinatario del provvedimento cautelare richiesto o della misura protettiva non abbia ricevuto la notifica del ricorso dell'imprenditore e dal presequito decreto di fissazione dell'udienza, il giudice provveda ad un breve rinvio dell'udienza, invitando il debitore ad integrare il contraddittorio.

Ai suddetti soggetti, specie se incisi nei loro diritti, non può essere negata la possibilità di prendere autonome conclusioni, chiedendo, ad esempio, la revoca o modifica di una o più misure protettive, ovvero il rigetto della domanda cautelare.

Se ciò accade, il giudizio si trasforma in *adversary*, così inevitabilmente ampliandosi la platea dei soggetti astrattamente tenuti al pagamento delle spese di lite e legittimati alle impugnazioni.

10. Il processo: f) il contenuto dei provvedimenti del tribunale e la loro stabilità

L'art. 7, comma 4, stabilisce che il tribunale provvede con ordinanza.

Nell'ipotesi di conferma delle misure protettive e/o di rilascio di provvedimenti cautelari, l'ordinanza stabilisce la durata, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari disposti.

Inoltre, come sopra si è detto, su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

Sempre con ordinanza, il tribunale può revocare le misure protettive e/o rigettare le domande cautelari, tenuto conto delle difese dei creditori. Il procedimento ex art. 7 d.l. n. 118/2021 è, infatti, il terreno di elezione per apprestare tutela alle ragioni dei creditori bilanciando le loro esigenze con quelle dell'imprenditore.

Ad esempio, il creditore destinatario dell'inibitoria di una azione esecutiva potrebbe dimostrare il pregiudizio irreparabile che lo *stay* avrebbe rispetto alla stabilità della sua impresa; oppure è possibile immaginare che all'udienza i creditori dimostrino che non sussistono margini per il ri-

27. Secondo la giurisprudenza, in tema di notificazioni autorizzate dal giudice ai sensi dell'art. 151 c.p.c., le forme devono trovare corrispondenza nello scopo dell'atto e le modalità prescelte debbono garantire i principi fondamentali del diritto di difesa e del diritto al contraddittorio (cfr. Cass. 11 ottobre 2017, n. 23919, che ha ritenuto giuridicamente inesistente la notificazione a mezzo fax in quanto, difettando in tale caso la prova della consegna dell'atto e la conoscenza legale dello stesso da parte del destinatario, essa esorbita dallo schema legale previsto dagli artt. 137 ss. c.p.c.).

sanamento dell'impresa del debitore, potendo allegare in questa sede, il deposito dell'istanza ex art. 6 l. fall., che, specie se accompagnata da una misura cautelare ottenuta ex art. 15, comma 8 l. fall., potrebbe indurre il giudice a revocare le misure protettive rigettando ogni istanza cautelare.

All'opposto, quand'anche il giudice dovesse accogliere il ricorso depositato dall'imprenditore, l'ordinanza è suscettibile di modifiche in virtù di quanto previsto dai commi 5 e 6 dell'art. 7.

Precisamente, il tribunale:

a. su istanza delle parti ed acquisito il parere dell'esperto²⁸, può prorogare la durata delle misure disposte per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative, fermo rimanendo che la durata complessiva delle misure non può superare i duecentoquaranta giorni;

b. su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto²⁹, può, in qualunque momento, sentite le parti interessate, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

Non essendo preventivabile la durata del giudizio (che in ogni caso deve essere ispirato al principio di celerità), è da ritenersi che la durata delle misure protettive fissata dal tribunale si sommi a quella già decorsa al momento del deposito nel registro delle imprese, fermo il limite temporale complessivo (a far data dal deposito nel registro delle imprese) di duecentoquaranta giorni, trascorsi i quali, anche se le trattative ancora pendono, le misure protettive perdono di efficacia.

Non così i provvedimenti cautelari, che – salvo diverso e successivo provvedimento del tribunale (di cui sopra si è detto) – hanno fisiologicamente una durata coerente con quella delle trattative, essendo, per espresso dettato normativo, “necessari per condurre a termine le trattative”.

La modifica o revoca delle misure protettive e/o dei provvedimenti cautelari, intervenuta successivamente alla prima ordinanza di conferma e/o di concessione, presuppone l'avvio di un nuovo procedimento (ancorché auspicabilmente più snello): resta da stabilire se, in relazione a tale successivo procedimento, debba essere nuovamente instaurato il contraddittorio con tutti i destinatari della prima notifica o, come parrebbe più coerente con i provvedimenti da adottare, con l'imprenditore, l'esperto e le sole parti costituite ed interessate dal singolo provvedimento di cui è chiesta la modifica.

Tutti i provvedimenti di cui sopra sono reclamabili davanti al collegio nelle forme dell'art. 669-terdecies c.p.c. (Cfr. art. 7, comma 7, in fine, d.l. n. 118/2021), senza possibilità di ricorrere in Cassazione, atteso il loro carattere provvisorio, comunque non idoneo alla formazione del giudicato sostanziale.

Dovrebbe altresì essere riconosciuta all'imprenditore la facoltà di rivolgersi al collegio nelle forme dell'art. 669-terdecies c.p.c. anche nell'ipotesi di implicito rigetto del ricorso per mancata fissazione dell'udienza nel

termine di dieci giorni dal deposito, fermo rimanendo che, nel concreto, potrebbe essere più rapido (ed utile) ripresentare l'istanza ed il ricorso, sollecitando nuovamente il tribunale a dare ingresso al giudizio.

11 . Il processo: g) il perimetro della deliberazione giudiziale

In ultimo – e qui veniamo al punto probabilmente più spinoso sotto il profilo processuale – resta da definire il perimetro della deliberazione giudiziale.

Sono possibili due approcci.

Secondo un primo modo di vedere (che potremmo definire “funzionalista”), muovendo dalla natura marcatamente “privatistica” della procedura di composizione negoziale della crisi, si potrebbe giungere alla conclusione che la valutazione del tribunale debba arrestarsi all'orto concluso della mera verifica: i) dell'attitudine delle misure protettive di cui si chiede conferma, e/o dei provvedimenti cautelari che si chiede di disporre, a perseguire astrattamente la funzione a cui essi sono preordinati dalla legge (proteggere le trattative e presidiarne il buon esito); ii) dell'assenza di pregiudizi ingiustificati a carico dei creditori e dei terzi, secondo una tecnica di astratto “bilanciamento” degli interessi.

Secondo un approccio opposto (che, per comodità, potremmo definire “teleologico”), il tribunale non potrebbe altresì esimersi da una valutazione: iii) della concreta possibilità che, nella situazione data, le misure protettive ed i provvedimenti cautelari servano allo scopo di preservare il patrimonio e favorire le trattative; iv) del concreto pregiudizio che, a seguito dell'applicazione delle misure, potrebbero subire tutti o alcuni tra i creditori ed i terzi, che ad esse si oppongono.

Il secondo approccio sembra preferibile, a meno di non voler predicare un inopinato, progressivo distacco della giurisdizione concorsuale dalla realtà della crisi d'impresa.

Ma la valutazione in concreto di cui qui si parla non può prescindere da una valutazione a carattere sommario – da condursi, ben inteso, *quoad rationem* – circa le prospettive di successo delle trattative in corso. Diversamente, sarebbe come armare fino ai denti un esercito per combattere un guerriero con le armi ormai spuntate o addirittura senz'armi, che magari cerca soltanto di prolungare l'agonia che precede la sconfitta.

Quanto siffatta valutazione assomigli alla valutazione di fattibilità giuridica e/o economica del concordato preventivo – tema, quest'ultimo, su cui si è da tempo formata un'ampia letteratura giuridica ed una altrettanto ampia casistica pretoria, non ancora pervenuta a risultati da tutti condivisi³⁰ – è cosa difficile da preannunciare in questa fase.

Non può, però, escludersi *a priori* che la giurisprudenza sia indotta a

28. Il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021, al punto 6.4, precisa che, quando è domandata la proroga delle misure protettive, l'esperto rappresenti l'andamento delle trattative e si esprima sulla praticabilità del risanamento dell'impresa, anche in via indiretta, a quella data, nonché sulla concreta necessità di prorogare le misure protettive per salvaguardare il buon esito della trattativa.

29. Ai sensi dell'art. 9 del d.l., l'imprenditore – il quale durante le trattative conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa – è tenuto ad informare preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione, nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. L'esperto, quando ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo; se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando, poi, l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria, e, allorché sono state confermate le misure protettive o concesso provvedimenti cautelari, l'esperto, iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, procede alla segnalazione al tribunale, di cui al testo.

30. Nelle sue declinazioni più consolidate, l'orientamento della Suprema Corte pare essere nel senso che rientra nell'alveo del giudizio di fattibilità giuridica demandato al tribunale, la valutazione dell'effettiva realizzabilità della causa concreta della proposta concordataria “attraverso la previsione di una soddisfazione in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti; viceversa, sono rimessi all'apprezzamento dei creditori la verosimiglianza dei termini di adempimento prospettati e i rischi temporali connessi alla liquidazione dell'attivo, trattandosi di aspetti concernenti la mera convenienza economica” (Cass. 24 agosto 2018, n. 21175); che il tribunale “è tenuto ad una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore alla relativa procedura, nel senso che, mentre il controllo di fattibilità giuridica non incontra particolari limiti, quello concernente la fattibilità economica, intesa come realizzabilità di esso nei fatti, può essere svolto nei limiti della verifica della sussistenza, o meno, di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi, con ciò ponendosi il giudice nella prospettiva funzionale, propria della causa concreta” (Cass. 17 dicembre 2020, n. 28891; Cass. 28 aprile 2021, n. 11216) e che “anche la fattibilità economica può ben essere sindacata dal giudice del fallimento laddove il piano si riveli irrealizzabile *prima facie*, al punto che la stessa distinzione astratta tra verifica di fattibilità giuridica e verifica di fattibilità economica può dirsi nella sostanza superata dalla più recente giurisprudenza di legittimità” (Cass. 14 gennaio 2019, n. 645, in motivazione. Nello stesso senso v. già Cass. 9 aprile 2018, n. 5825).

valutare con un certo “rigore” la ricorrenza dei presupposti per attingere a misure e provvedimenti che accedono (per un breve periodo di tempo anche automaticamente) ad una procedura di composizione pattizia della crisi altrimenti sottratta ad ogni controllo giudiziale, e nondimeno suscettibile di incidere sui diritti dei creditori e dei terzi.

Le autorizzazioni giudiziali

di Laura De Simone, Presidente della Sezione procedure concorsuali nel Tribunale di Bergamo

L'autore si sofferma sul ruolo della giurisdizione nel contesto della composizione negoziata, delineando gli spazi di intervento decisivi rimessi al Tribunale nel percorso di risanamento delle imprese costruito fuori dalle aule di giustizia.

Sommario:

1. Introduzione.
2. I finanziamenti a cui garantire il rango della prededuzione.
3. Il trasferimento dell'azienda
4. Il procedimento e l'ambito di accertamento del tribunale.
5. Conclusioni

1. Introduzione

L'art.10 del D.L. n.118/2021, convertito in L. 147/2021, prevede che nel corso della composizione negoziata l'imprenditore possa rivolgere istanza al tribunale per essere autorizzato al compimento di determinati atti.

La norma si pone come eccezionale rispetto alla regola generale poiché il contesto della composizione negoziata non è quello di una procedura concorsuale, trattandosi di un percorso strutturato ma allo stesso tempo riservato e stragiudiziale, a cui l'imprenditore accede unicamente su base volontaria con l'obiettivo di una ristrutturazione precoce.

La composizione negoziata si colloca prima e al di fuori di tutte le procedure disciplinate dalla legge fallimentare, in un terreno che all'attualità è incolto, in cui l'imprenditore che cerca un accordo "contrattuale" con i suoi creditori, per superare criticità più o meno rilevanti, opera in solitudine, subisce pressioni da parte dei creditori più forti, è sprovvisto di argini protettivi ed è talvolta costretto a comportamenti scomposti per arginare le emergenze del momento, pregiudicandosi soluzioni di più ampio respiro, con significativo rischio di dispersione del patrimonio aziendale. Se questo imprenditore entra in procedura trova nell'assetto normativo attuale la protezione che gli necessita per organizzare una ristrutturazione dell'indebitamento ma è chiamato da subito ad affrontare ingenti costi e a subire significative limitazioni alla propria libertà di azione, imposte dalla rigidità degli strumenti, dalla presenza di un Commissario giudiziale che vigila, di un Giudice che sovrintende e da un regime vincolato di autorizzazioni previsto dagli artt.161 co.8, 167, 182 quater, 182 quinquies L.fall.

Nel momento corrente, che vede per molte imprese avvicinarsi lo spettro della crisi, in ragione del forte indebitamento che è stato determinato dal rallentamento dell'economia e dal cambiamento dei costumi generati dalla pandemia, è stata prontamente intercettata dal Governo l'esigenza di strumenti nuovi a disposizione degli imprenditori che consentano loro di mantenere il controllo dell'impresa e nel contempo di aprire con i creditori tavoli di negoziazione guidati e protetti¹.

Durante la composizione negoziata chi vi accede, pur potendo beneficiare delle misure protettive e cautelari di cui agli artt.6 e 7, gestisce in autonomia la propria impresa, compiendo attività di ordinaria e straordinaria amministrazione, e questo in linea con la Direttiva sui quadri di ristrutturazione preventiva (Direttiva 20 giugno 2019, n. 2019/1023/UE, c.d. Direttiva Insolvency, che dovrà essere recepita dall'Italia entro il 17 luglio 2022), laddove sin dalle premesse si evidenzia l'obiettivo che le ristrutturazioni siano attuate dalle imprese in difficoltà - soprattutto e prima di tutto - in una fase anticipata, senza pregiudizio per le attività in corso.

Unico limite alla prosecuzione della normale operatività dell'imprenditore, se l'impresa versa in stato di crisi, è quello di gestirla in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economica finanziaria della attività per cui non potranno essere compiuti quegli atti non coerenti con le prospettive di risanamento (come esplicitato dal primo comma dell'art.9 come modificato in sede di conversione in legge del D.L. n.118/2021).

Quando l'imprenditore ha valicato il confine della crisi e versa in condizione di insolvenza, e, ciò nonostante, sussistono concrete possibilità di recupero, la gestione dell'impresa deve essere ancora più prudente e conservativa, per cui le attività andranno contenute nell'ambito strettamente necessario a non provocare un'interruzione della continuità aziendale e questo nel prevalente interesse dei creditori, secondo uno schema affine a quanto previsto nell'ipotesi di cui all'art. 2486 c.c. allorché si determini una causa di scioglimento di società di capitali.

Con le limitazioni suddette, descritte dall'art.9, l'imprenditore in pendenza di trattative resta *in bonis* e può ricercare una modalità percorribile di ristrutturazione dell'indebitamento nel contraddittorio con i creditori senza stringenti e rigide limitazioni all'operatività dell'impresa.

Unicamente per gli atti di straordinaria amministrazione e pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, il secondo comma dell'art.9 prevede l'informativa preventiva dell'esperto, il quale potrà segnalare per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo che l'atto può recare pregiudizio ai creditori o alla ristrutturazione dell'impresa. Se quindi nulla osta alla gestione ordinaria dell'imprenditore nel tempo della negoziazione con i suoi creditori, con riguardo agli atti più significativi e pregiudizievoli per l'impresa, è sempre prevista una interlocuzione con l'esperto, che tuttavia non potrà mai impedire il compimento dei singoli atti, stabilendo la norma esclusivamente che l'eventuale dissenso possa o debba (in ipotesi di atto che a giudizio dell'esperto leda gli interessi dei creditori) essere iscritto nel Registro Imprese.

Il Tribunale e i suoi giudici delegati sono dunque fuori dal contesto della negoziazione e dall'andamento delle trattative e l'intervento dell'autorità giudiziaria è riservato ad alcune ipotesi peculiari, in cui l'imprenditore intende porre in essere operazioni che sono decisive per la conservazione e prosecuzione dell'azienda e nel contempo incidono su diritti, in ambiti che potenzialmente possono costituire terreno di conflitti, in cui è essenziale che sia assicurato un equilibrio nei rapporti.

Le ipotesi sono esattamente descritte dall'art.10: a) autorizzazione ai finanziamenti a cui l'imprenditore vuole che sia riconosciuto il rango della prededuzione, b) il trasferimento in qualunque forma dell'azienda o di uno o più rami senza gli effetti di cui all'art.2560 II co.c.c., c) la rideterminazione

1. Per una ricostruzione dell'istituto della composizione negoziata, v. M.Fabiani e I.Pagni, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 2 novembre 2021; P.Rinaldi, *La struttura del percorso*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 27 ottobre 2021; V.Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 26 ottobre 2021; A.Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 25 ottobre 2021; F.P.Sisto, *Un decreto "ponte" per trasformare la crisi aziendale in opportunità*, in *La crisi d'impresa. Speciale Italia Oggi*, 25 ottobre 2021, p.6; M.Pollio, *Uscire dalla crisi con un esperto facilitatore*, in *La crisi d'impresa, Speciale Italia Oggi*, 25 ottobre 2021, p.8; A.Ghedini e M.L.Russotto, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 19 ottobre 2021; A.Iorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 1 ottobre 2021; S.Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 27 settembre 2021; F. Santangeli, *Il D.L. 118/2021. Spunti per la conversione*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 21 settembre 2021; A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 6 settembre 2021; L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 25 agosto 2021.

secondo equità e buona fede del contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia.

Dei primi due si tratterà nei paragrafi seguenti mentre l'ultimo, per la sua complessità e per il fatto che investe problematiche civilistiche di ampio respiro, sarà riservato ad autonoma trattazione.

2. Finanziamenti a cui garantire il rango della pre-deduzione

La prima ipotesi disciplinata dall'art.10 è quella dell'imprenditore che nel corso della composizione negoziata intende ottenere finanziamenti a cui garantire il rango della pre-deduzione².

Come anticipato l'attività ordinaria e straordinaria non è preclusa dalla pendenza delle trattative per cui all'imprenditore è anche consentito contrarre finanziamenti.

Nella maggior parte dei casi, comportando il finanziamento un impegno di spesa per la restituzione di quanto erogato, è ragionevole che per la sua entità sia qualificato atto di straordinaria amministrazione e che, in quanto tale, ricada nella disciplina prevista dall'art 9 D.L.n.118/2021. L'imprenditore dovrà informare previamente l'esperto e se l'esperto riterrà che l'atto possa recare pregiudizio ai creditori lo segnalerà per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. Nondimeno il finanziamento potrà essere erogato, ma del contratto concluso contro il parere dell'esperto, questi dovrà essere notiziato. L'esperto nei dieci giorni successivi potrà iscrivere il proprio dissenso nel Registro delle imprese. L'iscrizione sarà obbligatoria se l'esperto riterrà che l'atto sia pregiudizievole per l'interesse dei creditori.

Se questa ricostruzione è ammissibile in via astratta, in realtà è di presoché impossibile verifica essendo assolutamente arduo che un imprenditore in crisi ottenga finanziamenti non assistiti dalla pre-deduzione, essendo di regola imprescindibile per i finanziatori che la restituzione di quanto erogato avvenga a prescindere dal successo della ristrutturazione.

I nuovi finanziamenti, sotto forma di aperture di credito, di anticipazioni, di sconti, di mutui, sono vitali per qualsiasi percorso di risanamento, come riconosce l'art.17 della Direttiva Insolvency che impone agli Stati membri di offrire agli stessi particolare tutela e li autorizza a prevedere che i concessori di nuovi finanziamenti o di finanziamenti temporanei abbiano il diritto di ottenere il pagamento in via prioritaria, nell'ambito di successive procedure di insolvenza, rispetto agli altri creditori che altrimenti avrebbero crediti di grado superiore o uguale.

La stessa disciplina prevista per i finanziamenti provenienti dai finanziatori terzi, tradizionali o straordinari, è altresì contemplata ora per i finanziamenti erogati dai soci. Per ampliare al massimo per le imprese in difficoltà la possibilità di recuperare risorse finanziarie la norma di cui all'art. 8 del D.L. n. 23 del 2020 (c.d. Decreto liquidità) è stata, di fatto, stabilizzata come opzione possibile nel contesto della composizione negoziata. Il legislatore dell'emergenza aveva rimosso temporaneamente la regola della

postergazione del rimborso dei finanziamenti dei soci. L'art. 10 del D.L. n. 118 del 2021 permette adesso all'impresa di ottenere dal giudice un sostanziale *placet* a sterilizzare l'incidenza del divieto di cui agli artt. 2467 e 2497-*quinquies* c.c. In definitiva, qualora il tribunale reputi il finanziamento dei soci funzionale alla continuità aziendale e rispondente alla migliore soddisfazione dei creditori, la postergazione dei finanziamenti viene neutralizzata. Viene pertanto anticipata ad un ambito non concorsuale, e rafforzata rispetto alla percentuale dell'80% prevista dall'art. 182-*quater* L. fall, la facoltà di "chiamare a raccolta" i soci, nel momento critico dell'impresa, a supporto delle sue *chance* di ristrutturazione.

Quanto al perimetro dei finanziamenti autorizzabili la norma non specifica se questi devono essere erogati per sopperire alle necessità relative all'esercizio delle attività in pendenza della composizione negoziata o se possano riguardare anche il fabbisogno finanziario dell'impresa successivo al tempo delle trattative, ma in mancanza di una rigida delimitazione pare preferibile la prospettazione più ampia anche perché proprio l'esito delle trattative potrebbe essere condizionato dalla finanza messa a disposizione per l'esecuzione del piano di risanamento più che dalla liquidità temporanea finalizzata alla mera sopravvivenza momentanea dell'impresa.

Se tuttavia la pre-deduzione dei finanziamenti da un lato è necessaria affinché le banche e i soci erogino liquidità e i piani di risanamento possano essere portati ad esecuzione, dall'altro produce effetti dirompenti sulla massa passiva poiché genera un debito che viene antergato a quello dei creditori con cui pendono le trattative e incide pesantemente sull'ordine dei pagamenti.

Per bilanciare gli interessi in gioco interviene il tribunale, al quale l'imprenditore deve rivolgersi se chiede di: i) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti pre-deducibili ai sensi dell'art. 111 L.fall; ii) autorizzare la società a contrarre finanziamenti dai soci pre-deducibili ai sensi dell'art. 111 L. fall; iii) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo, che acceda alla composizione negoziata di gruppo, a contrarre finanziamenti pre-deducibili ai sensi dell'art.111 L.fall.

Il giudice, nel rispetto del contraddittorio, svolgendo una rapida attività istruttoria che potrebbe anche richiedere la nomina dell'esperto, verifica la funzionalità degli stessi finanziamenti rispetto alla continuità aziendale e la rispondenza dei medesimi alla migliore soddisfazione dei creditori.

L'esperto che esprime il proprio dissenso in ordine agli atti di straordinaria amministrazione compiuti dall'imprenditore deve precipuamente utilizzare come parametro per valutare l'adeguatezza dell'atto straordinario l'andamento delle trattative, le prospettive di risanamento e il possibile pregiudizio per i creditori. Il tribunale, per converso, deve indagare il miglior soddisfacimento dei titolari delle pretese creditorie. L'ambito valutativo dell'esperto ha un orizzonte ridotto avuto riguardo a quello giudiziale in quanto ancillare agli esiti del percorso di composizione, mentre quello del magistrato è mirato a soppesare le posizioni dei creditori in rapporto ai plurimi, alternativi scenari possibili, anche di matrice concorsuale.

Si noti che la relazione illustrativa del D.L. n.118/2021 già nelle premesse si cura di evidenziare che, per i creditori muniti di cause legittime di prelazione, aventi titolo anteriore rispetto al finanziamento, e in particolare per i creditori pubblici, la disposizione che consente di autorizzare finanziamenti pre-deducibili non è in sé dannosa poiché il risanamento dell'impresa, che garantisce il ripristino delle sue capacità solutorie, rappresenta per tutti i creditori la migliore alternativa rispetto alla gestione della crisi in sede concorsuale. Un'impresa risanata e, come tale rimessa sul mercato in un regime di ritrovato equilibrio economico-finanziario, è un contribuente per l'erario; un'impresa in meno sul mercato è un soggetto d'imposta in meno dal quale attingere tributi.

Deve essere infine chiarito che l'autorizzazione concessa dal tribunale non è funzionale a regolare l'ordine dei pagamenti nel piano di risanamento, perché in questa fase l'imprenditore è *in bonis*, opera la previsione dell'art.2740 c.c. ma tecnicamente non esiste l'ordine dei pagamenti di cui all'art.2741 c.c., e neppure la pre-deduzione. La pre-deduzione assume rilevanza solo nell'ipotesi in cui si apra il concorso perché l'imprenditore non è riuscito con strumenti di componimento stragiudiziale a ristrutturare il

2. In dottrina recentemente sul tema dei finanziamenti all'impresa in crisi L.Stanghellini, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in *Il Fall*, 2021, 1181; S.Bonfatti, *La nozione di finanziamento. Le forme negoziali tipiche e atipiche*, in *Il Fall*, 2021, 1187; A.Guiotto, *Il finanziamento bancario e i rapporti tra banca e impresa*, in *Il Fall*, 2021, 1199; P.Rinaldi, *Il fallimento su credito deteriorato*, in *Il Fall*, 2021, 1217; G.Nardecchia, *Il finanziamento fondiario e le sue patologie*, in *Il Fall*, 2021, 1231; L.Panzani, *I privilegi dei crediti finanziari*, in *Il Fall*, 2021, 1251; F. De Santis, *Garanzie dei finanziamenti alle imprese in crisi ed autotutele esecutive*, in *Il Fall*, 2021, 1262; L.D'Orazio, *I finanziamenti e la legislazione Emergenziale*, in *Il Fall*, 2021, 1272; R.Brogi, *I finanziamenti all'impresa in crisi tra legge fallimentare, Codice della crisi e D.L. n. 118 del 2021*, in *Il Fall*, 2021, 1285; M.Maugeri, *Finanziamenti infragruppo e codice della crisi*, in *Il Fall*, 2021, 1298; A.Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex D.L. 118/2021*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 12 ottobre 2021; G.Soldi, *Le regole bancarie di fronte alla negoziazione della crisi*, in *La crisi d'impresa, Speciale Italia Oggi*, 25 ottobre 2021, p.173; P.Vella, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 2019/1023 e nel diritto nazionale (commento alla normativa)*, in *Il Fall*, 2020, 1033.

proprio indebitamento ed ha dovuto accedere ad una procedura concorsuale.

La portata e l'importanza dell'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile nelle varie forme puntualmente descritte si coglie appieno dalla lettura congiunta dell'art.10 con il successivo art.12 che regola la conservazione degli effetti, prevedendo che gli atti autorizzati conservino i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio³.

All'attualità non è così pacifico che i finanziamenti ex art.182 *quater* e *quinquies* ritenuti prededotti in sede con concordataria siano automaticamente ritenuti tali in sede di accertamento del passivo nel successivo fallimento poiché nessuna norma prevede tale automatismo⁴. Ora l'art.12 è molto chiaro nell'esplicitare che gli atti autorizzati dal tribunale conservano i propri effetti se successivamente interviene un accordo di ristrutturazione, una procedura concorsuale tradizionale (concordato preventivo omologato, fallimento, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria) ovvero il concordato liquidatorio semplificato. Il riconoscimento della prededuzione non ha autonoma pregnanza in pendenza di composizione negoziale, ma assume rilievo proprio nelle procedure che possono aprirsi all'esito della composizione negoziata. Il limite è che nel caso di accordo di ristrutturazione o di concordato preventivo dovrà essere intervenuta l'omologa, ma questo non pregiudica i creditori finanziatori perché se non si addivenisse all'omologa, nella procedura liquidatoria alternativa che verosimilmente si aprirà la prededuzione potrà essere riconosciuta.

Rimane tuttavia intatto, anche alla luce delle nuove previsioni, il nucleo d'incertezza connesso alla dimensione operativa della prededuzione. L'istituto nasce ontologicamente dentro al processo (o all'attualità anche all'interno al percorso di composizione negoziata) e in ragione (o in funzione) di esso, ma tende a dilatare la propria incidenza al di fuori del processo stesso, dunque negli eventuali, diversi ambiti concorsuali nei quali l'imprenditore abbia successivamente fatto ingresso. Si tratta ora di comprendere se l'identità della crisi-insolvenza - che connota l'impresa nella fase della negoziazione in cui ab origine la prededuzione matura e che la contrassegna in un successivo ambito concorsuale - sia sufficiente a preservare la corsia preferenziale del credito. Occorre, in altri termini, comprendere se il fattore tempo possa avere un qualche impatto sulla sussistenza (e persistenza) della prededuzione nel contesto concorsuale che sia seguito, ad anni di distanza, rispetto alla composizione negoziata, soprattutto perché i finanziamenti erogati potrebbero prevedere, anche per loro natura (es. i mutui) tempi lunghi di restituzione. Una prededuzione condizionata dal trascorrere del tempo e destinata a venir meno in ragione di esso determina una incertezza del rango del credito tale da disincentivare o addirittura ostacolare il sistema bancario nei confronti dell'imprenditore che aspira a fare finanziare la ristrutturazione nell'alveo stragiudiziale. È forse giunto il tempo di prendere atto del venire in essere di una nozione sostanziale di prededuzione, ossia di una caratteristica del credito, che si genera nel procedimento, ma finisce per contraddistinguere definitivamente la posizione creditizia, quasi alla stregua di superprivilegio.

3. Il trasferimento dell'azienda

Può accadere che nel corso della composizione negoziata l'imprenditore avverta la necessità, o raccolga l'opportunità, di trasferire a terzi, in qualsiasi forma, la propria azienda, o taluno dei suoi rami, quale intervento funzionale al superamento della crisi⁵. L'imprenditore è *in bonis* e ha un'at-

tuale capacità di adempiere alle proprie obbligazioni in un orizzonte perlomeno semestrale, sebbene non nasconda ai creditori il proprio disagio economico-finanziario e l'esigenza di ristrutturare il debito e l'impresa. Ciò implica che l'imprenditore in linea di principio possa vendere la propria azienda a chi vuole.

Si tratta di un atto di straordinaria amministrazione a cui l'imprenditore può procedere in autonomia ai sensi dell'art.9, previa informativa all'esperto⁶. In tale caso la cessione segue le regole ordinarie e il cessionario risponde in via solidale con il cedente di tutti i debiti anteriori. È evidente tuttavia che la situazione di crisi dell'imprenditore costituisce un ostacolo pressoché insormontabile al trasferimento, prediligendo i potenziali acquirenti vedersi trasferita l'impresa nel contesto protetto delle procedure concorsuali in cui l'intervento del Tribunale assicura l'effetto purgativo e la deroga alla previsione dell'art.2560 c.c. Quest'ultima, come noto, è prevista solo per la vendita dell'azienda in ambito fallimentare ai sensi dell'art.105, comma 8, L. fall. ovvero in esecuzione di un concordato omologato sulla scorta del richiamo di cui all'art.182 L. fall. Al di fuori di questi ambiti rigorosamente procedurali trova applicazione l'inderogabile regime di responsabilità solidale in capo all'acquirente per i debiti aziendali, dal che discende un disincentivo alle cessioni "privatistiche" e non concorsuali delle aziende.

Questo ha indotto in passato le imprese in crisi, nel corso delle negoziazioni stragiudiziali, a concludere con gli interessati all'acquisto della loro azienda contratti di affitto, riservando il trasferimento ad un successivo concordato preventivo. Se questa percorso si palesa come snello, esso presenta almeno due ordini di inconvenienti: a) rischia di pregiudicare l'imprenditore e i creditori per il fatto che le procedure competitive di una impresa gravata da un affitto sono meno penetranti sul mercato per le asimmetrie tra i potenziali interessati, b) l'affittante, che di regola è anche il potenziale acquirente, nel tempo del mero godimento non ha la medesima libertà di movimento che potrebbe essergli assicurata dal trasferimento immediato e questo può precludere operazioni industriali vitali per la stessa sopravvivenza dell'impresa.

Per non precludere agli imprenditori la possibilità di cessione immediata delle attività, nell'interesse degli imprenditori ma soprattutto per salvaguardare l'afflato vitale delle imprese, l'art.10, primo comma al punto b) prevede che il Tribunale autorizzi la cessione dell'azienda o di uno o più dei suoi rami, consentendo all'imprenditore di assicurare all'acquirente il valore aggiunto della deroga alla responsabilità per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, di cui al secondo comma dell'art. 2560 c.c.

Il provvedimento del Tribunale non tramuta in una vendita coattiva quella che rimane una vendita intrinsecamente privatistica in un contesto in cui l'operatività dell'impresa fa capo direttamente allo stesso imprenditore. Si tratta d'altronde di una vendita che potrebbe avvenire anche in assenza del provvedimento giurisdizionale, la cui funzione è allora sostanzialmente circoscritta ad assicurare la vistosa deroga alla solidarietà menzionata.

6. Il decreto dirigenziale 28 settembre 2021 all'art.12 onera l'esperto, nelle ipotesi di informativa circa la possibilità di cessione dell'azienda nella composizione negoziata, di alcune attività, in analogia a quanto previsto nell'ambito del concordato semplificato nella fase tra la domanda e l'omologa: *12.1. Qualora si intenda procedere alla cessione dell'azienda o di suoi rami, l'esperto avrà cura di far presente all'imprenditore l'utilità e l'opportunità del ricorso a procedure competitive per la selezione dell'acquirente (o in ogni caso prima di escludere possibilità diverse), in modo da sgombrare il campo dal timore di scelte in danno ai creditori. 12.2. All'esperto potrà essere richiesto di: - individuare il perimetro dell'azienda o di rami di essa ritenuto idoneo per il miglior realizzo; - fornire indicazioni all'imprenditore per organizzare data room informativa da utilizzare la raccolta delle manifestazioni di interesse (a tal fine potrà essere utilizzata la Piattaforma); - dare corso, o far dare corso, alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati, anche attraverso procedure competitive, raccogliendo le relative manifestazioni di interesse e le eventuali offerte vincolanti (a tal fine potrà essere utilizzata la Piattaforma); - se richiesto, esprimere il proprio parere sulle manifestazioni di interesse e le offerte ricevute. 12.3. L'esperto avrà cura di ricordare all'imprenditore l'opportunità che le offerte siano quanto più possibile a contenuto determinato, vincolanti, sottoscritte ed accompagnate da garanzie.*

3. In merito al tema della conservazione degli effetti v. A.Pezzano e M.Ratti, *La conservazione degli effetti in caso di insuccesso della composizione negoziata*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 16 novembre 2021.

4. Sul punto da ultimo in giurisprudenza Cass.14 luglio 2020 n.14961, in www.dejure.it; Trib.Ravenna, 6 febbraio 2020, in www.dejure.it.

5. Per una disamina puntuale del tema G.D'Attorre, *Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 5 novembre 2021.

La richiesta di autorizzazione può riguardare il trasferimento in qualunque forma dell'azienda o dei suoi rami e nell'ambito dell'espressione utilizzata può senz'altro ricomprendersi il conferimento di azienda, anche in una *newco*, o comunque qualsiasi forma di traslazione della proprietà. Quel che rileva è il transito della titolarità della proprietà, non essendo compreso il passaggio del mero godimento, a cui è estranea la previsione dell'art.2560 secondo comma c.c.

Nel momento stesso in cui l'imprenditore accede a questa cornice di "preconcorsualità" che gli concede alcuni incentivi ed altrettante agevolazioni, egli tuttavia è chiamato a preservare l'interesse di quelli che riconosce già all'attualità come propri interlocutori sulle sorti dell'impresa.

Per questa ragione alla base del provvedimento autorizzativo previsto vi è un obbligo di verifica da parte del giudice circa la funzionalità della cessione alla salvaguardia della continuità aziendale, che assume una connotazione all'evidenza indiretta, trasferendosi il compendio produttivo in capo all'acquirente.

Parallela rispetto alla valutazione di funzionalità al *going concern* corre la valutazione di rispondenza dell'operazione traslativa alla migliore soddisfazione del ceto creditorio.

Le istanze del ceto creditorio sono tenute in conto non solo in virtù del richiamo in apertura al primo comma, ma anche nell'ampia indicazione al giudice, acclusa nella lettera d), di dettare le misure ritenute opportune, anche su istanza delle parti interessate, nell'ottica di tutelare il complesso degli interessi coinvolti. Si tratta di un riferimento che guarda non solo alla posizione del debitore e dell'acquirente, ma in generale le parti interessate, tra le quali si annoverano i creditori, soprattutto di quelli che vedono nella stabilità e nella reiterazione delle relazioni contrattuali - anche con l'acquirente - la cifra essenziale dell'utilità reale perseguibile. Non è infatti avulso dal contenuto possibile delle "misure opportune" il rilascio di un'autorizzazione contenente una deroga solo parziale all'art. 2560 secondo comma c.c. o che contempra la salvaguardia necessaria di un gruppo di rapporti con alcuni soggetti costituenti il cosiddetto indotto del debitore cedente.

Con riguardo alla verifica del trasferimento alla miglior soddisfazione dei creditori è evidente che il Tribunale dovrà riscontrare che la vendita avvenga al meglio, pur non essendo previsto alcun ricorso ad una gara e ad adeguata pubblicità.

Per i creditori non è indifferente né il prezzo al quale l'impresa viene ceduta, né il quomodo in cui l'operazione si compie. Il migliore interesse dei creditori, tenuto in conto dall'art. 10 D.L. n. 118/2021, esige quindi che il corrispettivo ricavabile dalla cessione non sia peggiore rispetto a quello obiettivamente espresso dal mercato del riferimento e postula - dal punto di vista delle modalità operative della cessione - se non una competitività procedimentalizzata, perlomeno un'ostensione della trattativa nei confronti del mercato finalizzata a sondarne le eventuali, diverse reazioni e a far emergere interessi paralleli sulle potenzialità e sul valore del complesso produttivo in dismissione (nulla impedisce che si svolga un'indagine di mercato deformalizzata alla stregua anche dell'art.91 CCII - che non replica le paratie formali delle vendite competitive della legge fallimentare). Ovvio che il sondaggio del mercato non possa essere irregimentato, ma debba avvenire in maniera destrutturata, ragionevolmente per mezzo dell'ausiliario, purché emerga una sollecitazione trasparente verso i protagonisti del mercato di riferimento e una opportunità di costoro di palesarsi all'imprenditore cedente, per far pesare il proprio interesse all'acquisto. Il giudice dal canto suo dev'essere messo in grado di leggere l'effettività, sia del sondaggio del mercato, sia delle pari condizioni fra i potenziali acquirenti di provare a rilevare l'azienda.

L'autorizzazione del Tribunale, una volta concessa, conserva i suoi effetti e il trasferimento, compreso della purgazione che lo caratterizza, è da intendersi stabilizzato in ragione della espressa previsione dell'art.12, qualsiasi siano le sorti della composizione negoziata intrapresa.

Unico limite rimarcato, presente anche nelle vendite in sede concorsuale, attiene alla tutela dei lavoratori che resta ferma ai sensi dell'art.2112 c.c. come eccezione alla deroga alla solidarietà (art. 10, comma 1, lett. d, d.l. 118/2021). Le protezioni legali dei diritti dei lavoratori in ipotesi di trasferi-

mento dell'azienda sono conservate.

La cessione precoce del complesso produttivo può rivelarsi in molte situazioni l'unica soluzione che consente la ristrutturazione perché assai spesso il tempo delle negoziazioni e ancor più quello delle procedure concorsuali di risanamento gioca contro l'imprenditore, il quale mantenendosi in sella all'impresa in difficoltà, finisce per allargare l'indebitamento complessivo sovente seminando nuove predezioni.

4. Il procedimento e l'ambito di accertamento del tribunale

L'Ufficio giudiziario competente, come nell'ambito contiguo delle misure protettive e cautelari⁷, è il tribunale di cui all'art. 9 L.Fall., quindi quello del luogo della sede principale dell'impresa. La forma del procedimento è quella snella e deformalizzata dei procedimenti in camera di consiglio.

Il tribunale, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, alla nomina di un ausiliario ex art. 68 c.p.c., decide in composizione monocratica.

Non è specificamente indicata l'identità delle parti "interessate". Ad individuarle sarà il tribunale medesimo sulla base di quanto emerso davanti all'esperto nel momento in cui il giudice è interpellato. Il contraddittorio avrà dunque un recinto più o meno esteso, a seconda di quelle che si palesano essere le posizioni e le sfere giuridiche dei creditori suscettibili di essere immediatamente incise o influenzate dalla decisione autorizzatoria del giudice. Tuttavia va considerato che diversamente dalle misure protettive e cautelari dove lo stesso imprenditore può individuare selettivamente i soggetti da coinvolgere e nei cui confronti si chiede che le misure siano adottate, nelle ipotesi delle autorizzazioni di cui all'art.10, incidendo le medesime su atti strategici per la vita dell'impresa (finanziamenti e cessione dell'azienda) è verosimile che debbano essere coinvolti tutti i creditori fino a quel momento già raccolti attorno al tavolo dell'esperto negoziatore. A costoro si aggiungeranno gli altri creditori che, sebbene non ancora convocati dinanzi all'esperto, vedono le proprie sfere giuridico-economiche direttamente influenzate dalla scelta dell'imprenditore in attesa di autorizzazione.

Nel procedimento avanti al tribunale l'esperto non assume la veste di ausiliario del giudice, ma in quanto professionista indipendente, a conoscenza dell'esatta situazione dell'imprenditore, egli garantirà al magistrato, che potrà acquisire per suo tramite qualsiasi informativa ritenuta utile, anche in ragione degli obblighi cui è vincolato ex art. 4 D.L. n. 118 del 2021, un metro oggettivo sulle vicende ristrutturatorie in corso⁸. Verrà assicura-

7. In merito, L.Baccaglioni e F.De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 12 ottobre 2021; A.Didone, *Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021*, in <https://ristrutturazioniaziedali.it>.

8. Chiarisce il Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021 all'art.10.1 che qualora l'esperto sia sentito dal tribunale in occasione della richiesta del debitore di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare nel corso della composizione negoziata, "l'esperto - nella valutazione dell'utilità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile alla continuità aziendale - potrà tener conto delle seguenti circostanze: i) se i finanziamenti siano funzionali al ciclo degli approvvigionamenti; ii) se occorrono per ristabilire la regolarità del pagamento delle imposte e quella del documento unico di regolarità contributiva (DURC) al fine di evitare la sospensione del titolo abilitativo o l'impedimento della partecipazione a gare e la stipula dei relativi contratti. L'esperto dovrà tenere conto inoltre della necessità che il finanziamento non pregiudichi la migliore soddisfazione dei creditori ed in particolare del fatto: a) che ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, nel corso della composizione negoziata; b) oppure, in presenza di margine operativo lordo negativo, che esso sia compensato dai vantaggi derivanti ai creditori nel corso della composizione negoziata dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei suoi beni). 10.2. Se sia richiesta l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare in esecuzione di quanto previsto dalle soluzioni di cui all'articolo 11, comma 1 e 2, l'esperto, quando sentito dal

to, pertanto, all'autorità giudiziaria coinvolta nel percorso un punto di vista neutrale idoneo a far luce sull'effettiva funzionalità dell'autorizzazione richiesta. La circostanza stessa che il tribunale possa assumere informazioni dà supporto alla possibilità di una interlocuzione ad ampio spettro con l'esperto, al fine di ricavarne tutte le informazioni utili sull'ipotesi traslativa, sull'attualità del mercato, sulla natura e finalità del finanziamento richiesto e quant'altro possa interferire con le valutazioni da assumere. Precisa il Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021 all'art.12.4 che se l'esperto è sentito dal tribunale nel procedimento autorizzativo alla cessione dell'azienda in deroga dell'art. 2560, comma 2, c.c. potrà essere chiamato ad esprimersi anche sulle modalità con cui in seno alla composizione negoziata si è arrivati all'individuazione dell'acquirente e sulla congruità del prezzo. Egli dovrà fornire al tribunale informativa anche circa le qualità dell'acquirente reperito, precisando se si tratti di una parte correlata dell'imprenditore.

Solo nei casi maggiormente complessi o dubbi, ovvero a fronte di un esperto poco "convincente", il giudice potrà ricorrere alla nomina di un ausiliario, quale ulteriore tecnico che offre il suo apporto.

L'esperto e l'ausiliario sono tra loro autonomi, non sono chiamati a collaborare, da un lato l'esperto fornirà tutte le informative di cui è a conoscenza acquisite nel corso della negoziazione di cui è protagonista e dall'altro l'ausiliario elaborerà le informazioni acquisite nel corso della sommaria istruttoria disposta e costituirà il supporto tecnico del tribunale necessario per le valutazioni allo stesso demandate. Le verifiche che il Tribunale deve compiere riguardano l'adeguatezza e la consonanza dell'atto richiesto rispetto alla continuità d'impresa e la funzionalità dell'atto alla migliore soddisfazione dei creditori, e questo sia che si tratti di autorizzare un finanziamento piuttosto che la cessione in tutto o in parte dell'azienda. La congiunzione "e" comporta la necessità che entrambi i presupposti sussistano contemporaneamente, secondo il medesimo paradigma che si riscontra nelle procedure concorsuali in tutte le ipotesi in cui sono chieste autorizzazioni nei piani di risanamento (artt.182 *quater*, 182 *quinquies* L.fall.) o è chiesta l'ammissione di un concordato in continuità (art.186 *bis* L.fall.). Si tratta di requisiti invero molto stringenti che trovano giustificazione proprio nella peculiarità degli atti che è richiesto al Tribunale di autorizzare, nodali per la sopravvivenza dell'impresa ma anche potenzialmente estremamente pregiudizievoli per i creditori. Il contesto dell'art.10 è l'unico in seno alla composizione negoziata in cui occorre verificare la corrispondenza degli atti alla miglior soddisfazione dei creditori dovendosi comparare la soluzione proposta con l'alternativo scenario liquidatorio. La finanza nuova sarà vitale a supportare il progetto di risanamento ma per altro finirà per generare un nuovo debito assistito dal rango predefinito a cui dovrà destinarsi una parte anche significativa dei nuovi flussi. La cessione dell'azienda nel corso della composizione stragiudiziale dell'indebitamento sarà fondamentale per la miglior prosecuzione, senza soluzione, delle attività ma determina la perdita per i creditori degli asset su cui contavano di soddisfarsi.

Quando il tribunale concede l'autorizzazione richiesta, alla luce della modifica apportata all'art.10 in sede di conversione in legge del D.L. n.118/2021, può dettare le misure ritenute opportune, ossia porre le "condizioni" contrattuali più giuste a contemperare l'arco degli interessi coinvolti. La matrice di tali interessi non è chiarita, il che implica che possano essere tenuti in conto e valorizzati interessi di varia natura, tra cui la prosecuzione dell'attività acquisita per un certo tempo o in un determinato contesto territoriale, oppure il mantenimento di livelli occupazionali minimi, o ancora la prosecuzione di talune relazioni negoziali già in essere. Non sembrano venire in evidenza interessi eccentrici rispetto a quelli strettamente legati alle posizioni dei creditori⁹.

Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giu-

dice che ha pronunciato il provvedimento.

5. Conclusioni

La composizione negoziata inaugura, ad un tempo, una nuova concorsualità e un diverso ruolo della giurisdizione.

La concorsualità – perlomeno quella intesa come regolazione ordinata e strutturata delle posizioni dei creditori – viene anticipata temporalmente in un perimetro stragiudiziale, esterno al tribunale.

Quest'ultimo mantiene, tuttavia, sugli snodi cruciali della negoziazione *in itinere*, un ruolo essenziale di presidio di diritti e contemperamento degli interessi. Allo stesso modo di quanto accade nel contesto delle misure cautelari, la giurisdizione diviene "selettiva": al giudice è demandata l'incombenza di verificare se la scelta dell'impresa sia rispondente all'esigenza della sua continuità e di valutarne la coerenza con la persistente necessità della miglior soddisfazione dei creditori.

La continuità dell'attività d'impresa, pertanto, non potrà mai essere avulsa dalla tutela del credito e sarà proprio il giudice a ad assicurare il coordinamento fra i due piani.

L'intervento del Tribunale è decisivo e pregnante, ma non invasivo. Il percorso di risanamento dev'essere sgombrato da eccessivi condizionamenti o intralci. Perciò il giudice è chiamato in causa, non con riferimento alle dinamiche ordinarie e quotidiane dell'impresa, ma unicamente riguardo alle sue scelte di maggior impatto: quella dell'assunzione di nuovo debito (finanziamenti), quella della cessione sul mercato del complesso produttivo (trasferimento d'azienda), quella, infine, di cui non si è trattato ma che pure grandemente rileva, della rimodulazione del contenuto dei contratti d'impresa alterati *in executivis* dall'incidenza della pandemia (ri-negoziazione).

L'opzione del legislatore è inedita proprio nella misura in cui affida al giudice un compito non facile, eppure stimolante: quello di tenere insieme in concreto la libertà dell'impresa *in bonis* nella gestione della propria attività e nella ristrutturazione del proprio indebitamento e la tutela effettiva dei creditori, che esige il filtro della giurisdizione ogni qualvolta l'autonomia dell'impresa sia suscettibile di pregiudicarne le posizioni.

Cambia in prospettiva l'approccio del giudice, che deve adattarsi ad un contesto non concorsuale, maturando rispetto ad esso una visione d'insieme. E' richiesto un intervento rapido, un itinerario e un'impostazione meno schematici per quanto analogamente garantistici rispetto a quelli propri delle attuali procedure di concorso. Il magistrato diventa il metronomo tra la disciplina giuridica e il fenomeno economico essendogli demandato il compito di saldare, con flessibilità d'approccio, il divario tra la velocità del mercato e staticità delle regole chiamate a disciplinarlo.

tribunale, in aggiunta al precedente punto 10.1 della presente Sezione, potrà tenere anche conto delle utilità derivanti ai creditori dalla soluzione individuata rispetto a quelle che si avrebbero nell'alternativa concretamente praticabile in assenza dei finanziamenti in questione".

9. G.D'Atorre, Sostenibilità e responsabilità sociale nella crisi d'impresa, in <https://dirittodellacrisi.it>, 13 aprile 2021.

La nuova finanza bancaria

di Sido Bonfatti, Ordinario di diritto commerciale nell'Università di Modena e Reggio Emilia

L'autore si sofferma sul delicatissimo tema del credito bancario nel contesto inedito della negoziazione. Quali regole e quali prospettive per l'attore bancario? E quali preclusioni? A questi interrogativi cruciali viene offerta una articolata risposta, che segnala opportunità e criticità della scelta di sistema.

Sommario:

I. La “finanza bancaria” nel contesto della disciplina della gestione dell'impresa nella “composizione negoziata” della crisi

1. Premessa
2. 1. La natura del procedimento di “Composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa” e la disciplina della opponibilità ai creditori degli atti posti in essere con l'imprenditore (ovvero sul suo patrimonio)
3. “Finanza bancaria” e gestione dell'impresa
4. Il divieto di “rifiuto dell'adempimento” per il mancato pagamento di crediti anteriori conseguente all'applicazione di “misure protettive”
5. L'equa rideterminazione delle condizioni del contratto
6. L'incentivo della esenzione da revocatoria
7. L'incentivo della “esimente” penale

II. Le forme della “finanza bancaria”

1. La “Nuova finanza” per l'impresa versante in una situazione di “crisi”
2. La nozione di “finanziamento” nelle “misure urgenti in materia di crisi d'impresa” – ed in particolare nel procedimento di “Composizione negoziata” -
3. La nozione di “finanziamento” (e di “mutuo”) nel contesto della disciplina degli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione e dei contratti pendenti

III. La “finanza bancaria” ordinaria

Sezione I. La finanza bancaria derivante dalla esecuzione di contratti pendenti

1. Il divieto di “revoca degli affidamenti bancari” (pendenti)
2. La prosecuzione dell'esecuzione dei contratti bancari di credito pendenti
3. La “esenzione” da revocatoria per la finanza bancaria “ordinaria”

Sezione II. La finanza bancaria derivante dalla concessione di nuove erogazioni

1. “Nuova finanza” e gestione dell'impresa

IV. La “finanza bancaria” straordinaria (e i “pagamenti”)

1. La disciplina dei finanziamenti comportanti il compimento di atti di straordinaria amministrazione
2. La disciplina dei “pagamenti”
3. La formalizzazione della adesione (o della intenzione di non pubblicizzare l'eventuale dissenso) dell'esperto

V. I finanziamenti prededucibili

1. La preclusione nella “Composizione negoziata” della crisi d'impresa
2. I presupposti della preclusione dei “finanziamenti”
3. Le modalità di esercizio della preclusione
4. Segue. Il soddisfacimento dei crediti prededucibili, sorti nel procedimento di “Composizione negoziata”, nel concorso con i creditori e successivi

I. La “finanza bancaria” nel contesto della disciplina della gestione dell'impresa nella “composizione negoziata” della crisi

1. Premessa

Il tema rappresentato dalla individuazione e dall'esame della disciplina della “finanza bancaria” nell'ambito del procedimento di “Composizione negoziata” della crisi d'impresa – regolato dal (provvedimento legislativo 21 ottobre 2021, n. 147, di conversione del) decreto legge n. 118/2021 – è interessato in via preliminare dalla necessaria considerazione di alcuni principi e di alcune disposizioni di carattere generale, che riguardano tutti gli atti posti in essere dall'imprenditore avviato alla “negoziato”, o per lo meno tutti i contratti bancari di credito.

All'interno di questi occorrerà poi distinguere la disciplina che investe gli *atti di ordinaria amministrazione* (con specifico riguardo, per quel che interessa in questa sede, ai contratti bancari – ovvero “parabancari” – di credito); da quella che investe gli atti di straordinaria amministrazione (sempre in ambito bancario o “parabancario”), nonché i *pagamenti*¹.

1. Sulla necessità di considerare i “pagamenti” accomunati agli *atti di straordinaria amministrazione*, al fine di determinarne la disciplina nell'ambito della “Composizio-

2. 1. La natura del procedimento di “Composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa” e la disciplina della opponibilità ai creditori degli atti posti in essere con l'imprenditore (ovvero sul suo patrimonio)

La considerazione della disciplina che caratterizza l'istituto introdotto e disciplinato dal d. l. n. 118/2021, denominato “Composizione negoziata” (per la soluzione della crisi d'impresa), ne evidenzia un carattere marcatamente stragiudiziale, che induce ad escluderne la natura di “procedura concorsuale”^{2 3}.

ne negoziata” della crisi d'impresa, v. *infra*, Parte IV.

2. In argomento v. S. Bonfatti, *La procedura di liquidazione coatta amministrativa nel fallimento e nel Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza*, di prossima pubblicazione per i tipi di Pacini Editore.

3. E quindi, per esempio, ad ammetterne la utilizzabilità anche da parte delle imprese (banche; intermediari finanziari non bancari; assicurazioni) che sono soggette esclusivamente alle “procedure concorsuali” disciplinate dalle leggi speciali che, rispettivamente, ne regolano le situazioni di “crisi”; in argomento S. Bonfatti, *La disciplina delle situazioni di “crisi” degli intermediari finanziari*, Milano, 2021.

È vero che, a determinate condizioni, a seguito dell'apertura del procedimento di "Composizione negoziata" si producono (o, più frequentemente, si *possono* produrre) taluni effetti che sono propri (anche) delle "procedure concorsuali" (la esenzione dalla revocatoria; la prededucibilità dei crediti derivanti da determinati finanziamenti; la operatività di certe "misure protettive"): ma non si ritiene che ciò possa fondare la tesi della attribuibilità all'istituto della natura di "procedura concorsuale", in presenza di caratteristiche che sono estranee agli istituti (fallimento; concordato preventivo; L.C.A.; liquidazione giudiziale del CCII prossimo venturo), ai quali tale natura è indiscutibilmente attribuibile. Basti considerare:

a) la mancanza di controlli sugli atti di straordinaria amministrazione, sui pagamenti di debiti pregressi, sulla costituzione di garanzie "preferenziali" (tali atti sono assolutamente legittimi ed opponibili, e la *possibile* assoggettabilità ad azione revocatoria – art. 12, co. 3 – è del tutto fisiologica);

b) la costituibilità di garanzie "preferenziali" anche nell'ipotesi nella quale fossero scattate "misure protettive" – il divieto di acquisizione di "diritti di prelazione" riguarda soltanto quelli "non concordati" (art. 6, co. 1): e tale eventuale pattuizione non è soggetta ad alcuna autorizzazione, men che meno giudiziale –;

c) gli effetti "esentativi" da revocatorie, od "esimenti" da responsabilità penali, sono comuni anche al "Piano Attestato di Risanamento", che certamente procedura concorsuale non è;

d) la "conservazione degli effetti" nel contesto delle eventuali procedure (concorsuali?) successive è circoscritta a quelli derivanti da "atti autorizzati dal tribunale" (art. 12, co. 1), e non ricomprende quelli prodotti dall'apertura del procedimento in quanto tale.

La conseguenza di tale conclusione è rappresentata dalla impossibilità di attribuire al procedimento *de quo* gli effetti che sono tipici della apertura di un "concorso" sul patrimonio del debitore, quali – principalmente –:

(i) il divieto del pagamento dei debiti pregressi (*sempre* consentito, anche in presenza di "misure protettive": cfr. art. 6, co. 1);

(ii) il divieto di avviare o di proseguire azioni esecutive o cautelari (salvo l'ipotesi del ricorso a "misure protettive");

(iii) il divieto di acquisire cause di prelazione (salvo l'ipotesi del ricorso a "misure protettive", che peraltro non impediscono la costituzione di cause di prelazione "concordate" con l'imprenditore);

(iv) il divieto di compensazione;

(v) il necessario compimento preventivo delle formalità idonee a rendere opponibili gli atti ai terzi⁴.

Con riguardo alla "finanza bancaria" l'affermazione del principio generale sopra enunciato comporta, con particolare riferimento ai contratti bancari di credito in corso:

(i) la compensabilità dei crediti per anticipazioni erogate prima dell'apertura del procedimento con il debito da retrocessione conseguente al successivo incasso dei crediti anticipati, senza condizioni – per esempio nel contesto delle linee di credito "ant./sbf." –;

(ii) l'opponibilità (all'imprenditore e) agli altri creditori delle cessioni di credito poste in essere in favore delle banche finanziatrici, benché non seguite dal compimento delle formalità idonee a rendere opponibili le cessioni anche ai terzi, per esempio nel contesto delle linee dei crediti "ant./fatture";

(iii) la piena ed incondizionata operatività, ove stipulato, del *pactum de compensando*⁵ – per esempio nelle linee di credito per anticipo di crediti

commerciali, in generale –;

(iv) la escutibilità del pegno costituito in favore della banca, nonostante l'eventuale mancanza di un atto di data certa, contenente sufficiente indicazione del credito garantito e del bene costituito in pegno – per esempio nelle linee di credito per "anticipo/merc" –.

3. "Finanza bancaria" e gestione dell'impresa

Secondo quanto previsto dall'art. 9, comma 1, d. l. n. 118/2021, "nel corso delle trattative l'imprenditore conduce la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa". La legittimità (in termini di *opponibilità* degli effetti) degli atti di ordinaria amministrazione non incontra limiti o condizioni – di per sé –.

Si deve pertanto concludere che nulla osti a:

(i) la prosecuzione dell'esecuzione dei contratti di finanziamento in corso, allorché gli atti di esecuzione degli stessi possano ritenersi rientrare nella "gestione ordinaria" dell'impresa (come sarà per lo più, se non altro per la circostanza di continuare a dare esecuzione ad un contratto concluso in epoca antecedente all'apertura del procedimento: e come sarà comunque, per es., per tutti i contratti di credito cc.dd. "di smobilizzo" di crediti commerciali – ant./sbf; anticipo fatture; sconto; eccetera, che rientrano nella "gestione ordinaria", di carattere finanziario, dell'impresa –): ciò anche se gli atti di esecuzione in questione rivestono la natura di "finanziamenti", con la sola eccezione dell'ipotesi nella quale il finanziatore aspiri alla collocabilità in prededuzione dei relativi crediti, per la quale è dettata una disciplina speciale – art. 10⁻⁶.

(ii) la erogazione di nuovi finanziamenti, tutte le volte che la linea di credito interessata possa ritenersi rientrante negli atti di "gestione ordinaria" di una impresa, come tale inevitabilmente bisognosa di sostegno anche finanziario. In tale prospettiva, la legittimità degli atti posti in essere dall'imprenditore non riguarderà soltanto quelli direttamente collegati al finanziamento (ad es. il contratto di mutuo), ma anche quelli costitutivi di garanzia, ove "ordinariamente" collegati ai primi (la cessione del credito anticipato, nelle linee di credito per "anticipo fatture"; il "*pactum de compensando*", nella linea di credito "ant. /s.b.f."; il pegno sulla merce finanziaria, nel contratto di anticipazione bancaria; ecc.).

4. Il divieto di "rifiuto dell'adempimento" per il mancato pagamento di crediti anteriori conseguente all'applicazione di "misure protettive"

L'art. 6 d. l. n. 118/2021 consente all'imprenditore di avvalersi di "misure protettive", soggette alla successiva (ma tempestiva) conferma da parte del Tribunale.

Le "misure protettive" possono comprendere (e, di norma, saranno proprio rappresentate da) il divieto di promuovere azioni esecutive o cautelari in conseguenza del mancato pagamento dei debiti pregressi. In tal caso non si produrrà soltanto questo effetto "protettivo", ma si produrrà anche l'effetto "inibitorio" di impedire alla controparte sia di risolvere il contratto (ovvero anticiparne la scadenza; o ancora modificarlo in danno dell'imprenditore), sia di sospendere o rifiutare l'adempimento delle prestazioni poste a suo carico dal contratto stesso.

L'effetto della disposizione sulla "finanza bancaria" è principalmente condizionato dall'accertamento del perimetro di applicabilità della norma: perimetro circoscritto ai "contratti pendenti".

È nota la discussione che investe i cc.dd. contratti bancari "autoliquidanti": che per la giurisprudenza (della Corte di Cassazione) non sarebbero qualificabili "contratti pendenti"⁷: mentre per altre opinioni – e, soprattutto,

⁴ forme negoziali tipiche atipiche, in *Fallimento*, 2021.

⁵ Su cui *infra*, Parte V.

⁷ Cass., 15 giugno 2020, n. 11 524, in *Fallimento*, 2020, II, 39, con nota di V. Zanichelli, *I contratti pendenti di finanziamento autoliquidanti tra presente e futuro* (in

4. Si deve ritenere che fra le misure protettive" di cui l'imprenditore può avvalersi immediatamente, con la sola presentazione della "istanza" di conferma o di modifica rivolta al Tribunale, non possano essere comprese misure diverse da quelle evocate dall'art. 6, co. 1, d. l. n. 118/2021 (divieto di acquisire diritti di prelazione, se non concordati; divieto di avvio e divieto di prosecuzione di azioni esecutive e cautelari). Anche a seguito dell'apertura del procedimento giudiziale volto ad ottenere la conferma o la modifica delle misure protettive, nonché "la adozione dei provvedimenti cautelari necessari", non si ritiene possibile che vengano dichiarati inopponibili atti compiuti da singoli creditori (o singole categorie), alla luce della natura non concorsuale del procedimento in discussione, nonostante la facoltà di "personalizzazione" prevista dall'art. 7, co. 4.

5. In argomento, in termini generali, S. Bonfatti, *La nozione di finanziamento*. Le

per il CCII prossimo venturo (cfr. art. 97, co. 14, CCII), come appositamente introdotto dal decreto legislativo “correttivo” n. 147/2020) – sono qualificabili tali.

L'opinione preferibile, in termini generali, è forse la seconda, se non altro alla luce del (diverso) orientamento della Corte di Cassazione, secondo il quale la soluzione ai problemi interpretativi concernenti la vigente legge fallimentare si può ricavare anche dalle indicazioni eventualmente derivanti dalla disciplina prossima ventura del CCII, allorché lo stesso prenda posizione sulle diverse tesi interpretative che si contrappongono.

In tale prospettiva il contratto di credito bancario “autoliquidante”, in essere con un imprenditore che avesse avuto accesso al procedimento di “Composizione negoziata” e fosse ricorso a “*misure protettive*”:

(i) non potrebbe essere “revocato” (*rectius*: oggetto di recesso), per il solo fatto dell'accesso al procedimento stesso (art. 4, co. 6);

(ii) non potrebbe essere “risolto” (poniamo, se a tempo determinato: ma, c'è da ritenere, neppure “revocato”), nonostante la presenza di inadempimenti pregressi (per es. il mancato regolamento dei crediti anticipati dalla banca ma poi risultati insoluti);

(iii) non giustificerebbe il “*rifiuto dell'adempimento*” del contratto pendente, da parte delle banche, “*per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori*” (art. 6, co. 5).

Il problema che si pone nell'accertare la portata dell'ultimo principio è identico a quello posto, in termini generali, dalla valutazione della sussistenza di un effettivo diritto all'utilizzo del contratto di credito bancario “autoliquidante”, quando ancora in essere perché non “revocato” o non risolto (o fatto oggetto di recesso), in presenza di un affidamento “accordato” non completamente utilizzato. La situazione infatti è identica, non rilevando – per quanto detto sopra – né che l'imprenditore abbia avuto accesso alla “Composizione negoziata”; né che l'imprenditore risulti inadempiente alle obbligazioni sussistenti nei confronti della banca⁸.

Sarà pertanto necessario accertare, nel caso di specie, se il contratto di credito bancario “autoliquidante” giustifichi o non giustifichi l'eventuale intento della banca di non dare corso alla sua esecuzione (anticipando i crediti commerciali, oggetto della specifica linea di credito, per l'importo dello “accordato” risultante ancora non “utilizzato”), per una ragione diversa dall'accesso dell'imprenditore alla “Composizione negoziata”, e/o dalla presenza di “crediti anteriori” non pagati (cioè, “insoluti”): come potrebbe accadere – sempre che la circostanza costituisca oggetto di una puntuale clausola contrattuale “impeditiva” – nell'ipotesi di eccessiva concentrazione di portafoglio presentato su un esiguo numero di clienti; di presentazione per l'anticipazione di portafoglio “infragruppo”; e via dicendo.

Analoghe valutazioni dovranno essere dedicate alla considerazione degli effetti della norma in commento su altri contratti bancari qualificabili “pendenti”: per la individuazione dei quali non potrà soccorrere il disposto dell'art. 97, co. 14, CCII, bensì il disposto dell'articolo 97, comma 1, che definisce “pendenti” i contratti “*ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti nelle prestazioni principali da entrambe le parti*”⁹.

5. L'equa rideterminazione delle condizioni del contratto

Secondo l'art. 10, co. 2, d. l. n. 118/2021, su richiesta dell'imprenditore il

progress).

8. L'art. 6, co. 5, d. l. n. 118/2021 sembra porre una correlazione diretta tra “contratto pendente” (insuscettibile di risoluzione o sospensione o “congelamento”) e mancato pagamento di crediti anteriori, come se rilevassero i mancati pagamenti concernenti l'esecuzione di *quel* contratto: ma la norma potrebbe essere accreditata di un effetto “paralizzante” anche con riguardo alla irrilevanza del mancato pagamento di *obbligazioni diverse*, sempre presentate verso la banca interessata.

9. Presumibilmente potranno essere ricompresi in tale categoria i contratti di *apertura di credito* (per “cassa” o per “firma”), sia in quanto non ancora integralmente utilizzati; sia in quanto suscettibili di successivo “scarico”, in conseguenza di “rientri” parziali. La disciplina in esame non dovrebbe risultare applicabile ai “*mutui*” (intesi come finanziamenti seguiti dalla erogazione di una somma, che esaurisce l'obbligazione della banca), con l'eccezione dei mutui “*a stato di avanzamento lavori*”.

Tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può:

a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall;

b) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall;

c) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di cui all'articolo 13 d. l. n. 118/2021 a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall;

d) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'art. 2560, co. 2, cod. civ. (restando fermo l'articolo 2112).

L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, *se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da Covid-19*: in mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, *può rideterminare equamente le condizioni del contratto*, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni, stabilendo anche la corresponsione di un indennizzo¹⁰.

La portata del principio è *circoscritta*, sia per ragioni di carattere generale, sia per ragioni di carattere particolare.

In via generale, la norma in questione può essere invocata soltanto nelle ipotesi nelle quali la prosecuzione del contratto, di cui si chiede la modificazione del contenuto, sia divenuta eccessivamente onerosa “*per effetto della pandemia da SARS – COV-2*”: quindi dovrebbe trattarsi di una disciplina *ad tempus*.

In via particolare, la norma non parrebbe in condizione di produrre effetti di rilievo sui contratti bancari di credito.

Ovviamente, nessun limite particolare si contrappone all'ipotesi che la modificazione del contratto bancario di credito consegua *all'accordo fra le parti*, sia pure conseguente all'intervento dell'esperto, che le “*invita*” a rideterminare il contenuto del contratto originario.

Il tema connotato da profili problematici è piuttosto rappresentato dalla valutazione dei limiti e delle condizioni entro i quali le modificazioni *de quibus* possono essere prodotte – in assenza di un accordo tra le parti – dall'intervento autoritativo del Tribunale.

E' da verificare se la norma potrebbe essere applicata alla esecuzione (differita) dell'obbligo di rimborso di un finanziamento *bullet* erogato in valuta straniera, allorché fossero cessate le vendite nel relativo Paese; fossero venuti meno gli afflussi della valuta straniera; ed avesse preso corpo un rischio di cambio prima insussistente: *rischio annullabile con la modificazione della valuta di rimborso del finanziamento* (e, probabilmente, del relativo tasso di interesse).

Ancora si possono ipotizzare “interventi correttivi” sui *profili di carattere economico* dei contratti bancari di credito – quali: il tasso di interessi; la “*commissione di messa a disposizione fondi*” –; ovvero sui profili concernenti l'equilibrio tra rischio e garanzia – quali la introduzione di un obbligo di *restrizione* della garanzia reale costituita originariamente in favore della banca, in corrispondenza della progressiva diminuzione del debito residuo-.

Non dovrebbero ritenersi ammissibili, invece, per la impossibilità di configurare ipotesi di “*obbligo alla concessione di credito*”¹¹, modificazioni

10. Le disposizioni di cui al comma richiamato non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente.

I procedimenti di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 10 d. l. n. 118/2021 si svolgono innanzi al tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l. fall, che, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorra, ai sensi dell'art. 68 c.p.c., decide in composizione monocratica. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss. c.p.c.

Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

11. Principio ribadito dalla conferma del divieto di ricomprendere la “concessione

contrattuali incidenti sulla variazione (in aumento) dell'affidamento "accordato", tanto in via diretta - aumento dell'affidamento in termini assoluti -; quanto in via indiretta - aumento della percentuale contrattualmente determinata della anticipazione ottenibile a seguito della presentazione di portafoglio commerciale "allo sconto" -, rispetto al valore nominale dei crediti anticipati.

6. L'incentivo della esenzione da revocatoria

Secondo l'art. 12, co. 2, d. l. n. 118/2021 non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'art. 67, co. 2, l. fall., gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore *nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto*, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti.

Al comma 3 si aggiunge che gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli art. 66 e 67 l. fall., se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 9, co. 4, d. l. n. 118/2021, o se il Tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 10.

Si può allora concludere che:

a) per gli atti rientranti nella "gestione ordinaria", la norma non condiziona l'effetto "esentativo" disposto ad alcun presupposto, diverso da quelli rappresentati dalle circostanze che:

(i) gli atti interessati siano stati posti in essere "nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto": e

(ii) gli atti siano coerenti con l'andamento e lo stato della trattativa e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti. Non è previsto pertanto alcun intervento "autorizzatorio": né dal tribunale, né dell'esperto nominato dalla competente Commissione.

b) per gli atti rientranti nella "straordinaria amministrazione", la esenzione è condizionata alla mancata iscrizione nel Registro delle Imprese dell'eventuale dissenso dell'esperto;

c) per i "pagamenti", come si dirà, vale quanto rilevato a proposito degli atti di straordinaria amministrazione¹².

Ciò detto per quanto concerne *i presupposti* della produzione degli effetti "esentativi" disposti dall'art. 12, co. 2, d. l. n. 118/2021, è necessario ora accertarne *la portata*.

A differenza di quanto disposto, nell'attuale legge fallimentare (e di quanto sarà disposto nel C.C.I.I.) a proposito degli atti di esecuzione di un "Piano Attestato di Risanamento"; ovvero di un "Accordo di Ristrutturazione"; o ancora di un Concordato Preventivo, per quel che riguarda gli atti - posti in essere nel contesto della "Composizione negoziata" della crisi d'impresa -, rappresentati da: (i) gestione ordinaria; ovvero (ii) straordinaria amministrazione, in mancanza della pubblicizzazione dell'eventuale dissenso dell'esperto¹³; o, ancora, (iii) costitutivi di "pagamenti", sempre con salvezza dell'ipotesi di pubblicizzazione del dissenso dell'esperto - come accade, per quanto già osservato, in materia di atti di amministrazione straordinaria -: il beneficio della "esenzione" da revocatoria è circoscritta entro i seguenti confini:

a) la "esenzione" è limitata agli atti (e pagamenti; e garanzie) "di cui all'articolo 67, secondo comma", l. fall., e pertanto (i) ai soli atti a titolo oneroso non "sproporzionati" - e come tali non ricadenti nel perimetro del *primo comma* della norma, che rimane applicabile -; (ii) ai soli pagamenti effettuati con denaro o altri "mezzi normali" - e come tali non ricadenti nel

perimetro del n. 2) *del primo comma* -; (iii) alle sole garanzie *contestuali* - e come tali non ricadenti nel perimetro dei numeri 3) e 4) del primo comma-;

b) gli atti/i pagamenti/le garanzie *de quibus* dovranno risultare "coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti";

c) gli atti di straordinaria amministrazione ed i pagamenti (anche effettuati con denaro o con altri mezzi normali) per i quali l'esperto abbia iscritto il proprio dissenso nel Registro delle Imprese (ai sensi dell'art. 9, co. 4); ovvero per i quali il Tribunale abbia rigettato la richiesta di autorizzazione che avrebbe comportato la collocabilità in prededuzione dei conseguenti crediti (art. 10); rimangono tuttavia soggetti all'azione revocatoria fallimentare (di cui all'art. 67 l. fall.) ed all'azione revocatoria ordinaria (art. 66): cfr. art. 12, co. 3, d. l. n. 118/2021.

7. L'incentivo della "esimente" penale

Secondo l'art. 12, co. 5, d. l. n. 118/2021, le disposizioni di cui agli art. 216, co. 3, e 217 l. fall. non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'art. 5, comma 5, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale a norma dell'articolo 10.

Si tratta di una disposizione esentativa dai reati di bancarotta semplice e di bancarotta preferenziale analoga a quella dettata dall'art. 217-bis l. fall. e dall'art. 324 CClI, solo un po' più circostanziata quando condiziona l'effetto in questione alla circostanza che l'atto interessato (se non appartenente alla categoria di quelli autorizzati dal Tribunale) risulti "compiuto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva del risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 5, comma 5".

II. Le forme della "finanza bancaria"

1. La "Nuova finanza" per l'impresa versante in una situazione di "crisi"

Per una impresa già attiva sul mercato, che si trovi a dovere affrontare - ovvero a volere prevenire - una situazione di "crisi", l'esigenza del sostegno finanziario alla gestione corrente ed all'adozione delle misure necessarie a superare; ovvero comporre; o magari anticipare una situazione di "crisi" è effettivamente insopprimibile.

La soddisfazione di tale esigenza può pervenire, principalmente, da due direzioni: a) il *mantenimento* del sostegno finanziario sino ad allora assicurato dall'esterno (banche; soci; finanziatori in genere); e b) l'*incremento* del sostegno finanziario "pendente", vuoi allo scopo di compensare le prevedibili defezioni dei finanziatori meno propensi a condividere il rischio connesso ad una ristrutturazione dell'attività di impresa; vuoi per sostenere il prevedibile aumento del fabbisogno finanziario conseguente non solo alla presumibile esigenza di effettuare investimenti straordinari, ma anche più semplicemente ad assorbire gli effetti della inevitabile modificazione dei rapporti commerciali con i fornitori (che reclameranno pagamenti più ravvicinati) e con i clienti (che pretenderanno dilazioni più pronunciate).

Tradotto in termini giuridici questo fenomeno economico-finanziario impatta, principalmente, sulla considerazione dei presupposti e degli effetti della prosecuzione dei contratti di "finanziamento" in essere fra l'impresa ed i soggetti terzi-finanziatori; e sull'esame delle condizioni e delle conseguenze della accensione di nuovi rapporti di finanziamento, ad integrazione di quelli già in essere (come detto, per aumentarne il livello complessivo ovvero per compensarne le eventuali riduzioni).

Per ragioni di comodità espositiva i due fenomeni verranno talora presi in considerazione separatamente: ci si renderà agevolmente conto, peraltro, che taluni profili problematici sono comuni ad entrambi, donde l'opportunità - in talune circostanze - di reciproci rinvii dall'uno o all'altro, e viceversa.

di credito" nei possibili "effetti estensivi" dello "Accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa", e della (nuova) "Convenzione di moratoria", disposto dai novellati artt. 182-secties e 182-octies l. fall.

12. A tale proposito v. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex dl. 118 barra 2021*, in *Diritto della crisi*, 12 ottobre 2021, 10.

13. *Infra*, Parte IV.

Già da un punto di vista preliminare si pone un quesito che è comune tanto al sostegno finanziario che l'impresa aspira a *mantenere*, quanto a quello che la stessa mira ad *incrementare*: la individuazione delle fattispecie riassumibili nel concetto di "finanza" o di "finanziamento", che rappresentano le nozioni alle quali – come vedremo – fa riferimento la disciplina chiamata a regolare i rapporti tra l'impresa ed i soggetti "finanziatori", tanto nel diritto fallimentare "tradizionale" –; quanto nel diritto fallimentare prossimo venturo (il CCII); quanto, infine, nel "nuovo diritto fallimentare", introdotto dalla disciplina (*inter alia*) della Composizione negoziata della crisi d'impresa.

2. La nozione di "finanziamento" nelle "misure urgenti in materia di crisi d'impresa" – ed in particolare nel procedimento di "Composizione negoziata" –

Per definire le operazioni funzionali a sostenere, dal punto di vista finanziario ed economico, i tentativi di superamento o di Composizione della crisi d'impresa, la legge fallimentare "vecchia e nuova" utilizza talora il termine "finanziamento" (cfr. artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.; artt. 10 e 13 d. l. 24 agosto 2021, n. 118); talora il termine "mutuo" (cfr. art. 167 l. fall.; art. 20, co. 1, lett. d), d. l. n. 118/2021). Nello stesso modo dispone il CCII (cfr., rispettivamente, artt. 99 e 101, e artt. 94 e 100). Sorge pertanto spontanea la domanda se debbano considerarsi termini equivalenti, oppure espressivi di operazioni diverse.

Il termine "finanziamenti" è evidentemente atecnico e descrittivo. Si deve ritenere che esso ricomprenda tutte le "forme tecniche" attraverso le quali l'impresa può ricevere il sostegno finanziario ed economico alla propria attività, sia che siano rappresentate da "mutui" (a loro volta suscettibili di essere intesi in senso restrittivo ovvero estensivo, come si dirà in appresso); sia che siano rappresentate da contratti di *finanziamento* non riconducibili alla nozione giuridica di "mutuo" (come sarebbero le *aperture di credito bancario*, nelle quali – a rigore – non ricorre la "consegna... di una determinata quantità di denaro": cfr. art. 1813 cod. civ.)¹⁴.

Nello stesso modo, si ritiene che non ci sia ragione di escludere dal perimetro delle operazioni evocate dal termine "finanziamenti" quelli che vengono definiti "crediti di firma" (cioè prestazione di garanzie nell'interesse dell'imprenditore, ed in favore di suoi creditori o di sue controparti in genere), in contrapposizione ai c.c.dd. "crediti di cassa" (rappresentati da erogazioni di somme, ovvero dall'assicurazione dell'obbligo di consentire all'impresa la prelevabilità di somme). La legge fallimentare vigente consente già di giustificare questa apertura della nozione di "finanziamenti" ai "crediti di firma"¹⁵ (cfr. art. 182-*quater*, co. 1, l. fall., che si riferisce ai finanziamenti "in qualsiasi forma effettuati")¹⁶: ed il CCII conferma tale conclusione

14. Secondo M. Petriello, *Il Concordato liquidatorio: le novità introdotte dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* (in *Fallimentarista*, 18 marzo 2019), "alla stregua di quanto la dottrina ha già evidenziato nell'esegesi della previgente normativa di cui all'art. 182-*quinquies* l. fall. l'uso della parola "finanziamenti" va inteso in senso totalmente atecnico: per questa ragione, dovranno ricomprendersi in via generale tutti i contratti caratterizzati da una causa di credito, indipendentemente dalla qualificazione soggettiva del soggetto finanziatore, posto che legittimati non sono più soltanto gli intermediari bancari o finanziari". Secondo S. Sanzo, *Il finanziamento alle imprese in crisi*, in *Le operazioni di finanziamento*, diretto da F. Galgano, Bologna, 2016, possono rientrare nella categoria dei finanziamenti in questione "tutti i rapporti negoziali cui sia sottesa la causa di sovvenzione finanziaria in favore dell'impresa della cui ristrutturazione si tratta". In giurisprudenza Cass., 2 febbraio 2018, n. 2627, ha chiarito che nella definizione normativa di "finanziamento in qualsiasi forma" deve ricomprendersi qualsiasi "tipologia di finanziamento adottata, anche diversa dal mutuo (nella specie una fideiussione), stante l'ampiezza della previsione e la sua "ratio" compensativa del rischio del finanziatore realizzata con la preveducibilità del relativo credito".

15. In argomento v. S. Bonfatti, *Le aperture di credito (per crediti) di firma*, in *Contratti bancari*, a cura di E. Capobianco, Milano, 2021, 1387 ss.

16. L'art. 167, co. 2, l. fall. (ed il corrispondente art. 94, co. 2, CCII) menziona anche "le concessioni di ipoteche o di pegno, le fideiussioni": ma pare alludere alle fideiussioni prestate dall'imprenditore nell'interesse di terzi, non – invece – alle fideiussioni (o pe-

in modo inequivocabile (cfr. art. 99, co. 1, CCII, che ricomprende espressamente nella nozione di "finanziamenti in qualsiasi forma" la "richiesta di emissione di garanzie").

Non v'è ragione di ritenere che tali conclusioni non valgano anche per il procedimento di "Composizione negoziata" della crisi d'impresa (cfr. art. 10, co. 1, d. l. n. 118/2021).

Per ciò che concerne il rapporto tra il termine "finanziamento" ed il termine "mutuo", si ritiene di potere osservare quanto segue.

Tenuto conto della circostanza che, a parere di chi scrive, le disposizioni dichiarate applicabili ai "finanziamenti" riguardano le operazioni poste in essere (i) a seguito dell'apertura del procedimento di "Composizione negoziata" della crisi d'impresa di cui al d.l. n. 118/2021; ovvero (ii) in tre delle quattro fasi, nelle quali si può sviluppare una delle procedure di Composizione negoziale della crisi d'impresa "classiche" (la fase "ponte"; la fase "interinale"; la fase "in esecuzione" – artt. 182-*quater* e 182-*quinquies* l. fall.; art. 99 e 101 CCII –; mentre la disposizione applicabile ai "mutui" – se escludiamo il caso particolare della disciplina del pagamento di rate pregresse del mutuo ipotecario garantito da immobili aziendali¹⁷ – concerne le operazioni poste in essere nella fase "in corso" di procedura – particolarmente nel corso del Concordato preventivo: art. 167 l. fall.; art. 94 CCII –; ne deriva la irragionevolezza di una interpretazione che riconoscesse al termine "mutuo" un ambito di applicazione più ristretto rispetto a quello attribuibile al termine "finanziamento".

In ragione di ciò – oltre che di concomitanti considerazioni di carattere generale – non pare ci sia ragione per ritenere il termine "mutui" come riferibile esclusivamente al contratto descritto con tale nome dal Codice civile (art. 1813 c.c.), secondo il quale il mutuo è il contratto con il quale una parte "consegna all'altra una determinata quantità di denaro... e l'altra si obbliga a restituire" altrettanto.

Tanto meno sussistono ragioni, a parere di chi scrive, per ritenere limitata l'applicabilità delle norme che disciplinano i "mutui" alle operazioni così qualificate dalla prassi bancaria, e caratterizzate dalla erogazione di una somma di denaro accompagnata dalla assunzione dell'obbligazione di restituirla mediante il pagamento di un certo numero di rate del medesimo importo¹⁸, salvo le fattispecie nelle quali viene espressamente presa in considerazione proprio questa forma tecnica (ad es. il citato art. 20, co. 1, lett. d) del d. l. n. 118/2021).

Non sussistono peraltro i presupposti per estendere l'ambito di applicazione della disciplina dettata per i "finanziamenti" (e per i "mutui") ai contratti pure produttivi di effetti "finanziari", ma caratterizzati da una natura giuridica diversa (tipicamente: di scambio; di prestazione di servizi; di messa a disposizione di beni; eccetera), benché la strutturazione che possono ricevere nel singolo caso di specie – particolarmente prevedendo una marcata dilazione per il pagamento del corrispettivo dovuto dall'imprenditore alla controparte – possa effettivamente produrre effetti "finanziari". In tal senso non pare possibile attribuire al diritto positivo vigente (tanto la "consolidata" legge fallimentare vigente quanto la novella legge n. 147/2021 di conversione del d. l. n. 118/2021) ed a quello prossimo venturo (il CCII) la portata attribuibile al "considerando" n. 66 della Direttiva Comunitaria dei Quadri di Ristrutturazione (n. 1023/2019), secondo il quale "l'assistenza finanziaria dovrebbe essere intesa in senso lato, compreso nel senso di erogare denaro o garanzie personali e di fornire giacenze, inventari, ma-

gni; o ipoteche) prestate da terzi nell'interesse dell'imprenditore (che sarebbero propriamente qualificabili "crediti di firma"). Parrebbe esprimere una opinione contraria, peraltro, G. Morri, *La finanza concorsuale: commento agli artt. 99, 101 e 102 del Codice della Crisi* (in *Il fallimentarista*, 11 giugno 2020), che ricomprende "le concessioni di ipoteche o di pegno e le fideiussioni" di cui all'art. 94, co. 2 CCII (ed all'art. 167, co. 2, l. fall.) tra le operazioni di *interim financing*, funzionali a sostenere finanziariamente l'impresa nel momento dell'accesso ad una procedura di Composizione negoziale della situazione di crisi.

17. Art. 20, co. 1, lett. d), d. l. n. 118/2021; art. 100, co. 2, CCII.

18. Altro essendo peraltro il discorso quando si considera l'operazione di "mutuo" nel contesto della disciplina della eseguibilità di pagamenti di debiti pregressi in pendenza di una procedura di Concordato preventivo: cfr. art. 20, co. 1, lett. d), d.l. n. 118/2021 e art. 100 CCII.

terie prime e servizi, ad esempio concedendo al debitore un termine di rimborso più lungo”.

3. La nozione di “finanziamento” (e di “mutuo”) nel contesto della disciplina degli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione e dei contratti pendenti

Le operazioni comportanti l'assunzione di “finanziamenti” (e di “mutui”) costituiscono certamente “atti” dell'imprenditore: come tali, dovrebbero essere disciplinati dalle disposizioni dettate (o non dettate) per la regolamentazione degli atti posti in essere nel contesto di una procedura di Composizione della crisi d'impresa.

Nello stesso modo i “finanziamenti” (e i “mutui”) possono essere ricompresi nella più ampia categoria dei contratti (di credito): onde la concessione di finanziamenti o mutui in esecuzione di un contratto concluso precedentemente all'apertura di una procedura di Composizione negoziale della crisi d'impresa dovrebbe essere regolata dalla disciplina dei “contratti pendenti” prevista per quella procedura.

Per i “finanziamenti” (ed i “mutui”) non è però così: se si esclude l'ipotesi del ricorso da parte dell'impresa in crisi all'istituto del “Piano Attestato di Risanamento”, gli atti qualificabili (nei termini sopra chiariti) “finanziamenti” e “mutui” non sono sempre regolati dalla disciplina degli “atti”, o dalla disciplina generale dei “contratti pendenti”, sibbene molto spesso da norme speciali: con carattere di esclusività per gli “Accordi di Ristrutturazione” e per i Concordati preventivi – nel senso che la disciplina dei “finanziamenti” prescinde in toto dalla disciplina dei “contratti” (art. 167 l. fall.; artt. 182-*quater* e 182-*quinquies*; art. 94 CCII; art. 99 e 101)¹⁹; ovvero con funzione integrativa per ciò che concerne la “Composizione negoziata” (artt. 10 e 13 d. l. n. 118/2021).

Tale conclusione genera conseguenze contraddittorie e difficilmente spiegabili, se non con la considerazione di una tecnica legislativa che continua a peccare di approssimazione.

Se si considera il quadro delle procedure di Composizione negoziale delle crisi di impresa disponibili sino a ieri (la legge fallimentare “consolidata”: Accordi di Ristrutturazione e Concordato preventivo), la scelta – non si sa quanto consapevole – di attribuire ai “finanziamenti” ed ai “mutui” una disciplina speciale, diversa da quella assegnata agli “atti” ed ai “contratti”, comporta la conseguenza – si ripete: non si sa quanto consapevole – dell'assoggettamento dei “finanziamenti” (e dei “mutui”) ad una disciplina più severa di quella che sarebbe loro assegnabile in quanto “atti” ovvero in quanto esecuzione di “contratti”. Trattasi di una disciplina caratterizzata dall'elemento comune della necessaria previsione di una autorizzazione giudiziale²⁰: anche nelle ipotesi nelle quali la ordinarietà dell'atto, ovvero la sua funzione di rappresentare la esecuzione di un contratto già pendente, la sottoporrebbero a tale vincolo.

Se si rivolge peraltro l'attenzione alla considerazione della disciplina della procedura di “Composizione negoziata” della crisi di impresa (come introdotta dal decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118), peraltro, lo scenario muta sensibilmente. In tale contesto, infatti, il ricorso all'autorizzazione giudiziale (come vedremo) è soltanto *facoltativo*; e – circostanza anche di maggiore rilievo – si consente all'imprenditore in “crisi” di avvalersi della autorizzazione del Tribunale “fallimentare” per ottenere, attraverso l'assicurazione alla controparte *in bonis* del diritto alla collocazione in predeuzione dei propri crediti, prestazioni – si badi bene, esclusivamente in campo finanziario, e non in campo “commerciale” lato sensu inteso –,

funzionali a sostenere l'esercizio dell'attività aziendale, che in condizioni normali avrebbero potuto essergli negate.

E' evidente come l'attribuzione di una tale forma di garanzia possa facilitare l'accesso a prestazioni altrimenti precluse ad un imprenditore versante in una condizione di “crisi”: e peraltro tale *chance* è disponibile, come detto, soltanto per i “terzi – finanziatori”, e non, per esempio – per i “terzi – fornitori”; oppure i “terzi – clienti”, i quali devono decidere se sostenere l'imprenditore a proprio rischio, ovvero cessare il rapporto (o non allacciare quello che fosse stato loro prospettato), con reciproco pregiudizio. Ma tant'è: l'art. 10 d. l. n. 118/2021 prevede che gli “atti” che, in quanto funzionali “rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori”, possono vedersi attribuita dal Tribunale l'attitudine a generare crediti collocabili in prededuzione, possono essere (soltanto) i “finanziamenti”, escludendo pertanto gli “acquisti”; gli “*inrich*”; le forniture di “beni” o “servizi”; o qualunque altro atto di gestione dell'impresa.

III. La “finanza bancaria” ordinaria

Sezione I. La finanza bancaria derivante dalla esecuzione di contratti pendenti

1. Il divieto di “revoca degli affidamenti bancari” (pendenti)

La “finanza bancaria”, in occasione della sopravvenienza di una situazione di “crisi” dell'impresa affidata, viene in considerazione già solo per il profilo della possibilità o meno di proseguire nella esecuzione del contratto bancario di credito in corso, ove il relativo (importo) “accordato” non risulti ancora interamente “utilizzato”; ovvero ove la relativa provvista si ricostituiscia, in conseguenza del progressivo “scarico” dello “utilizzato” presente al momento dell'apertura del procedimento di “Composizione negoziata”.

A tale proposito l'art. 4, co. 6, d. l. n. 118/2021 dispone che “l'accesso alla Composizione negoziata non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore”.

Tale principio suona tanto impreciso da un punto di vista tecnico, quanto ingeneroso da un punto di vista etico.

Da un punto di vista tecnico, tanto il termine “revoca” quanto quello di “affidamenti” tradiscono una evidente genericità. Presumibilmente si intendeva fare riferimento al recesso, consentito nei rapporti contrattuali conclusi a tempo indeterminato (quali sono la maggior parte dei contratti di finanziamento bancario, a partire – di norma – dall'apertura di crediti in conto corrente/ per anticipo fatture/ per anticipo s.b.f. di ricevute bancarie, eccetera) – e forse si voleva fare riferimento anche alla “risoluzione”, quando l'accesso alla “Composizione negoziata” e il comportamento tenuto dall'imprenditore nell'occasione fosse stato assimilabile nella nozione di “inadempimento” –; e si voleva alludere ai contratti di finanziamento, tanto collocabili nell'orbita dei “mutui” (con erogazione già avvenuta ed obbligo di rimborso differito nel tempo), quanto riferiti ai contratti di apertura di credito (suscettibili di un utilizzo “rotativo” nel corso del tempo).

La denunciata genericità del principio così enunciato non è accettabile senza alcune necessarie precisazioni.

Si può ipotizzare l'introduzione di un divieto di “risoluzione” del contratto di finanziamento (per es. il contratto di “mutuo”), allo scopo di sottrarre l'imprenditore in crisi – e per ciò inadempiente: per es. al rispetto dell'osservanza puntuale del piano di ammortamento rateale – all'obbligo di rimborsare immediatamente l'intero debito residuo, con conseguente produzione (ovvero aggravamento) di una crisi di liquidità. Già tale intervento si traduce in un obbligo di “finanziamento” – per la dilazione imposta alla banca, che in tal modo viene costretta a sostenere finanziariamente l'impresa per tutto il periodo nel quale rimanesse efficace il divieto di risoluzione –: ma ciò corrisponde ad un fenomeno ricorrente nel quadro delle procedure di Composizione delle crisi d'impresa, trattandosi di una “moratoria” già presente, in varie modalità, anche in altri istituti della specie (*in primis* il concordato preventivo).

19. Per ciò che concerne il concordato preventivo, il principio è affermato abile senza precisazioni; per ciò che concerne l'accordo di ristrutturazione, il principio affermato abile per i finanziamenti aspiranti al collocamento dei relativi crediti “in prededuzione”.

20. Non è questa la sede per potere dare dimostrazione compiuta delle ragioni sottese alla conclusione riportata nel testo, per ragioni di spazio.

Si può altresì ipotizzare l'introduzione di un divieto di "recesso" relativamente agli effetti che lo stesso produrrebbe sulle prestazioni della banca già eseguite - vale a dire sui finanziamenti, in particolare le "anticipazioni", già concessi -, sempre allo scopo di impedire la produzione della immediata esigibilità del credito "utilizzato", e la conseguente, possibile crisi di liquidità.

Sarebbe invece inimmaginabile il divieto di "revoca" (ovvero di recesso; o anche di risoluzione, in presenza di contratti di apertura di credito conclusi a tempo determinato) *con riguardo alle prestazioni ancora da eseguire*: vale a dire con riguardo agli "utilizzi" di cui l'imprenditore avesse ancora il diritto contrattuale di avvalersi (perché relativi alla porzione di affidamento "accordato" risultante non utilizzata alla data di accesso alla "Composizione negoziata"); ovvero a quelli che si ricreassero in conseguenza della riduzione dello "utilizzato" precedente (per effetto del "rientro" della originaria esposizione, nelle aperture di credito bancario cc.dd. "rotative" e/o "autoliquidanti").

La introduzione di un divieto di interruzione dell'utilizzo del credito reso originariamente disponibile all'imprenditore - quale che fosse lo strumento funzionale a conseguire tale interruzione: "revoca", ovvero recesso, ovvero risoluzione -, equivarrebbe alla introduzione di un *obbligo di finanziamento*, contrario ad ogni principio di ragionevolezza, oltre che incompatibile con la natura (di impresa privata) da attribuirsi all'esercizio dell'attività creditizia²¹.

Da un punto di vista "etico" non si comprende poi la ragione per la quale la preoccupazione di un comportamento "brutale" nei confronti dell'imprenditore in crisi debba concentrarsi *sulla banca*, piuttosto - per esempio - che sul "fornitore strategico" (che potrebbe interrompere il rapporto per la preoccupazione di non essere pagato); oppure sul "cliente esclusivo" (che potrebbe cambiare fornitore per la preoccupazione della possibile discontinuità delle prestazioni dell'imprenditore in crisi); od ancora sul "Capo-Agente" (che potrebbe traghettare i clienti alla concorrenza per mantenere integro il valore del "pacchetto" formatosi grazie alla sua attività di intermediazione).

2. La prosecuzione dell'esecuzione dei contratti bancari di credito pendenti

Come detto, la gestione ordinaria dell'impresa, per la quale si sia avviato il procedimento di "Composizione negoziata" disciplinato dal d. l. n. 118/2021, rimane all'imprenditore, senza riserve.

Il principio è ovviamente applicabile anche ai contratti bancari di credito: per i quali pare però emergere la necessità di distinguere quelli appartenenti alla "gestione ordinaria", da quella rappresentati, invece, atti di amministrazione straordinaria.

Si può ritenere, con buona approssimazione, che la *prosecuzione dei contratti pendenti* rappresenti una ipotesi di "gestione ordinaria". Ove l'utilizzo del contratto bancario di credito rappresenti un *diritto* per l'imprenditore, non si vede come l'esercizio dello stesso potrebbe considerarsi un fatto straordinario; laddove, nel caso contrario, ove si trattasse di *atto dovuto*, il carattere della straordinarietà dovrebbe piuttosto essere attribuito, all'incontrario, al suo eventuale inadempimento anche per le relative, possibili conseguenze -.

Come si è avuto modo di segnalare, in generale l'accesso al procedimento di "Composizione negoziata" della crisi d'impresa non produce effetti traumatici sui rapporti giuridici in corso, né - in particolare - sui "contratti pendenti". Se mai, si registra la volontà di conseguire il "consoli-

damento" in favore dell'imprenditore che facesse ricorso al nuovo istituto, dal momento che:

(i) si invitano (*rectius*: si "obbligano") "*le parti*" (dei rapporti giuridici in essere con l'imprenditore) a comportarsi "*secondo buona fede e correttezza*" (art. 4, co. 4): ed in particolare

(ii) si dispone che le banche e gli intermediari finanziari (e i loro mandatarî e cessionari dei loro crediti) partecipino ("*sono tenuti a partecipare*") alle trattative "*in modo attivo e informato*" (art. 4, co.6);

(iii) si esclude che l'accesso al procedimento di "Composizione negoziata" della crisi costituisca di per sé "*causa di revoca degli affidamenti bancari*";

(iv) si vieta di assumere a motivo di rifiuto dell'adempimento del contratto pendente, di sua risoluzione, ovvero di scadenza anticipata o di modifica unilaterale, il "*mancato pagamento dei... crediti anteriori*", conseguente all'ottenimento da parte dell'imprenditore in crisi delle "misure protettive" previste dall'articolo 6: disposizione che si deve ritenere applicabile anche ai "contratti di credito";

(v) nell'ipotesi di "*eccessiva onerosità della prestazione*" generata dalla pandemia da SARS-COV-2, si attribuisce all'esperto, nominato per la agevolazione della trattativa condotta nell'ambito della "Composizione negoziata", della legittimazione ad *invitare* le parti a rideterminare il contenuto del contratto ad esecuzione continuata o periodica, ovvero ad esecuzione differita;

(vi) nella stessa ipotesi si attribuisce al tribunale la competenza a *disporre* la equa rideterminazione delle condizioni del contratto pendente, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale.

I "*contratti pendenti*" (anche di credito) possono pertanto continuare ad essere eseguiti regolarmente, ivi compresa la effettuazione dei pagamenti dovuti e nonostante l'eventuale ricorso a "Misure protettive" (art. 6, co. 1, ult. parte: "*Non sono inibiti i pagamenti*").

Da notare anche che la costituibilità di titoli di prelazione (non soltanto - ma, comunque, anche - in favore di finanziamenti bancari) sarebbe consentita, ed opponibile ai creditori, nell'ipotesi nella quale l'imprenditore avesse pure imposto agli stessi la *par condicio* conseguente al ricorso (eventualmente confermato dal Tribunale) a "Misure protettive": infatti l'art. 6, co. 1, consente anche in questo caso la costituzione di titoli di prelazione, se "*concordati con l'imprenditore*".

3. La "esenzione" da revocatoria per la finanza bancaria "ordinaria"

Come detto, l'art. 12, co. 2, d.l. n. 118/2021 rientranti nella gestione ordinaria non condiziona l'effetto "esentativo" disposto ad alcun presupposto, diverso da quelli rappresentati dalle circostanze che:

(i) gli atti interessati siano stati posti in essere "*nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto*"; e

(ii) gli atti siano coerenti con l'andamento e lo stato della trattativa e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti. Non è previsto pertanto alcun intervento "autorizzatorio": né dal tribunale, né dell'esperto nominato dalla competente Commissione.

La mancanza di un "filtro" preventivo condizionante l'applicabilità (o meno) all'atto, posto in essere nel contesto della erogazione di finanza bancaria "ordinaria", dell'incentivo "esentativo" in discussione, rappresenta un fattore positivo (sotto il profilo organizzativo), ma espone contemporaneamente ad un rischio di mancato conseguimento dell'obiettivo.

Gli atti *de quibus*, infatti, saranno inevitabilmente soggetti *alla valutazione del tribunale*, in sede di eventuale promozione, nei loro confronti, di una azione revocatoria di cui all'art. 67, co. 2, l. fall: e potranno trovarsi a subirne le conseguenze, laddove il Tribunale non condivida le valutazioni concernenti (i) *in via generale*, l'appartenenza degli atti alla *gestione ordinaria* dell'impresa (con quel che ne consegue); e (ii) *in via particolare*, la loro "coerenza" con le trattative e con le prospettive di risanamento dell'impresa, formulate dalla banca (e dall'impresa stessa) al momento del

21. La tendenziale esclusione delle introduzioni di "obblighi di finanziamento", in situazioni sottratte ad un preventivo vaglio giudiziale, è confermata dalla riproposizione della disciplina degli Accordi di Ristrutturazione "ad efficacia estesa", e della Convenzione di Moratoria, con riguardo alla esclusione della circostanza che l'effetto estensivo della volontà della maggioranza qualificata (75%) dei creditori di una determinata Categoria possa estendersi a qualsiasi forma di concessione "forzata" di credito all'impresa interessata: cfr. artt. 182-*septies*, co. 4, e 182-*octies*, co.3, l. fall., come introdotti dal d. l. n. 118/2021.

compimento degli atti in questione.

La incertezza generata dalla soggezione del beneficio della “esenzione” alla valutazione postuma del tribunale, investito dell'eventuale azione revocatoria, della effettiva natura “ordinaria” dell'atto, nonché della sua “coerenza” con quanto indicato dalla norma esentativa, comporta l'oggettivo rischio della valutazione di inadeguatezza dell'incentivo così programmato; ovvero il pericolo che il soggetto finanziatore pretenda la costituzione di garanzie aggiuntive di soggetti “non a rischio” (soci; capogruppo; eventuali altri), per lo meno per l'eventualità dell'effettivo assoggettamento a revocatoria degli atti che se ne auspicavano esentati²².

Il fenomeno è analogo a quello generato dalla disciplina dei cc.dd. “finanziamenti – ponte” (art. 182 - *quinquies*, co.1, l. fall.; art. 99, co. 5, C.C.I.), per i quali l'incentivo della predeuzione è legato alla condizione che tale prerogativa venga “ratificata”, *ex post*, dal provvedimento di ammissione del Concordato preventivo ovvero di omologazione dell'Accordo di Ristrutturazione.

Si può porre l'interrogativo, a questo punto, se l'eventuale condivisione del giudizio di “coerenza”, formulato dalle parti, da parte dell'esperto, abbia l'attitudine a “blindare” l'atto nei confronti del rappresentato pericolo dell'accoglimento dell'azione revocatoria *ex art. 67, co. 2, l. fall.*, in conseguenza di un apprezzamento difforme da parte del tribunale successivamente investito dell'azione.

Ad avviso di chi scrive – e sul presupposto che l'esperto accetti di rilasciare un parere di tale contenuto, per non essendo legalmente previsto dalla disciplina in commento – la soluzione dovrebbe essere coerente con quella individuata per l'analogo quesito, rappresentato dalla definitività o meno dell'effetto esentativo concernente l'atto di *straordinaria amministrazione*, per il quale l'esperto – opportunamente notiziato ai sensi dell'art. 9, co. 2, l. fall. – non avesse ritenuto di (negare la propria condivisione; ovvero, pur avendola negata, non avesse ritenuto di) inserire nel Registro delle Imprese il proprio dissenso. Non risulterebbe infatti giustificata la mancata estensione anche ad atti di ordinaria amministrazione, debitamente condivisi dall'esperto, dello “effetto esentativo” che si ritenesse di dover attribuire (alla condivisione, ovvero la) alla mancata pubblicazione del dissenso espresso nei confronti di un atto di straordinaria amministrazione – ovvero di un pagamento²³ –, per effetto di quanto previsto dall'art. 12, co. 3, d. l. n. 118/2021.

Ad avviso di chi scrive – come si dirà²⁴ – la (condivisione, ovvero) mancata pubblicazione del dissenso dell'esperto nei confronti del compimento di un atto di straordinaria amministrazione – ovvero di un pagamento –, debitamente comunicatogli in via preventiva, dovrebbe produrre effettivamente un *effetto preclusivo* alla esercitabilità nei confronti dell'atto o del pagamento posto in essere, nell'eventuale fallimento successivo, dell'azione revocatoria *ex art. 67, co. 2, l. fall.*: dal ché si dovrebbe trarre analogo conclusione anche per gli atti (di finanziamento) di ordinaria amministrazione che fossero stati preventivamente rappresentati all'esperto, e da questo condivisi.

Sezione II. La finanza bancaria derivante dalla concessione di nuove erogazioni

1. “Nuova finanza” e gestione dell'impresa

In linea di principio la concessione di “nuova finanza”, intesa come la messa a disposizione di linee di credito precedentemente inesistenti o comunque non operative, può costituire *tanto* un atto di gestione ordinaria dell'impresa; *quanto* un atto di amministrazione straordinaria.

Possono essere esempi della prima ipotesi le linee di credito cc.dd. “autoliquidanti”, in quanto funzionali a rendere liquide disponibilità finanziaria

già acquisite dall'impresa – con l'esecuzione delle prestazioni regolate dai clienti in modo dilazionato –, ma scadenti in un momento successivo.

Possono essere esempi della seconda ipotesi i finanziamenti a medio/lungo termine funzionali a sostenere degli investimenti rappresentati da atti di amministrazione straordinaria, per l'importo; per la natura; per il carattere non ricorrente.

L'imprenditore che abbia chiesto ed ottenuto l'accesso alla “Composizione negoziata” della crisi di impresa *non soffre di alcun limite nel compimento di atti anche di amministrazione straordinaria*, compresi quelli aventi carattere finanziario: nel senso, che i relativi effetti sono *opponibili senza riserve* ai creditori ed ai terzi in genere (cfr. art. 9, co. 1, d. l. n. 118/2021).

Le conseguenze di ciò sono rappresentate principalmente dalle circostanze che:

a) le obbligazioni assunte dall'imprenditore, anche in conseguenza di un finanziamento qualificabile atto di straordinaria amministrazione, *non accompagnato da alcun “accorgimento”*, generano passività legittimate a concorrere con tutte quelle degli altri creditori; e

b) le garanzie costituite dall'imprenditore, anche attraverso atti ritenuti rientranti nella amministrazione straordinaria, saranno pienamente opponibili agli altri creditori.

Diversi sono invece i presupposti di conseguibilità della “esenzione” da revocatoria²⁵.

IV. La “finanza bancaria” straordinaria (e i “pagamenti”)

1. La disciplina dei finanziamenti comportanti il compimento di atti di straordinaria amministrazione

Fermo quanto già segnalato in merito alla *validità* ed *opponibilità* “senza riserve” degli atti (anche di finanziamento) posti in essere nel corso della “Composizione negoziata” della crisi d'impresa nonostante l'eventuale carattere di straordinarietà, occorre immediatamente segnalare che la appartenenza dell'atto (o del finanziamento) posti in essere dall'imprenditore all'area della amministrazione straordinaria dell'impresa non è irrilevante, allorché se ne intenda esaminare la disciplina.

Ferma restando, come detto, la validità e la opponibilità degli effetti dell'atto “a prescindere”, la legge tuttavia prevede per tale fattispecie:

(i) l'obbligo di informazione preventiva all'esperto, in forma scritta (art. 9, co. 2);

(ii) la segnalazione all'imprenditore ed all'organo di controllo, da parte dell'esperto e sempre per iscritto, dell'eventuale opinione circa la attitudine dell'atto ad “*arrecare pregiudizio al creditore, alle trattative o alle prospettive di risanamento*” (art. 9, co. 3);

(iii) l'obbligo di informazione dell'esperto dell'eventuale compimento dell'atto, nonostante il dissenso ricevuto (art. 9, co. 4),

(iv) l'iscrizione del dissenso dell'esperto nel Registro delle Imprese, entro 10 giorni (dalla comunicazione del compimento dell'atto non condiviso), *possibile* – in via generale –; o *necessaria*, “*quando l'atto pregiudica gli interessi dei creditori*”;

(v) la segnalazione della iscrizione del dissenso dell'esperto nel Registro delle Imprese al Tribunale che avesse autorizzato “*misure protettive*” in favore dell'imprenditore, per la loro eventuale revoca;

(vi) la *soggezione dell'atto alle azioni revocatorie di cui agli artt. 66 e 67 l. fall.*, nell'ipotesi di iscrizione del dissenso dell'esperto nel Registro delle Imprese (ovvero nell'ipotesi di rigetto della richiesta di autorizzazione che fosse stata rivolta al Tribunale).

Con riguardo a quest'ultimo effetto ci si può domandare se la conseguita adesione dell'esperto al compimento dell'atto di straordinaria amministrazione programmato dall'imprenditore (oppure, comunque, la mancata pubblicazione del dissenso dell'esperto nel Registro delle Imprese)

22. A. Dentamaro, *op. cit.*, 11.

23. Per ciò che concerne la equiparazione, dal punto di vista della problematica qui in discussione, dei “pagamenti” agli atti di amministrazione straordinaria, v. *infra*, Parte IV, n. 2.

24. *Infra*, Parte IV, n. 3.

25. A. Dentamaro, *op. cit.*, 11.

possa essere valutata come “garanzia” di “permanenza” del beneficio esentativo; oppure se, in ogni caso, la ricorrenza dei presupposti per il suo riconoscimento possa essere soggetta alla valutazione discrezionale del Tribunale che fosse successivamente investito della revocatoria proposta contro l'atto in questione. Non è dubbio che la risposta debba essere indirizzata *tout court* ad escludere l'ammissibilità stessa dell'azione revocatoria: nel caso contrario sarebbe inevitabile pretendere una modifica normativa che preveda anche per il beneficio della esenzione da revocatoria un “passaggio” di carattere giudiziale.

2. La disciplina dei “pagamenti”

Come già detto, pare opportuno segnalare la circostanza che in base al combinato disposto dagli atti 9, co. 2, e 12, co. 3 d. l. n. 118/2021 pare di poter concludere che i “pagamenti” siano assimilati sempre, per il profilo che interessa in questa sede, agli atti “di straordinaria amministrazione”. Per essere esentati dall'azione revocatoria fallimentare ex art. 67, co. 2, l. fall., infatti, non devono soltanto risultare “coerenti” con le trattative e con le prospettive di risanamento (art. 12, co. 2): ma devono anche (i) essere oggetto di informativa preventiva all'esperto (art. 9, co. 2); nonché (ii) essere accompagnati dalla condivisione da parte di questi, ovvero – per lo meno – dalla mancata pubblicizzazione del suo eventuale dissenso.

Si pongono a tale proposito alcune questioni connesse alla concreta applicazione della disciplina, così come rappresentata.

In primo luogo occorre stabilire se la “restrizione” rappresentata dalla equiparazione dei “pagamenti” agli atti di straordinaria amministrazione sia circoscritta a quelli che, pur posti in essere dopo la apertura del procedimento, riguardino *debiti progressi*; oppure si estenda anche a quelli estintivi di debiti sorti “in corso” di procedimento. La logica privilegierebbe la prima soluzione: ma la prudenza deve consigliare la seconda.

Oltre a ciò, occorre stabilire se la informativa preventiva, e la condivisione (ovvero mancata pubblicizzazione dell'eventuale dissenso) dell'esperto, possano riguardare anche pagamenti “seriali” – quindi essere, rispettivamente, attuate e conseguite *una tantum* –: oppure debbano trovare attuazione di volta in volta. L'esempio più ricorrente potrebbe essere rappresentato dal pagamento di fatture, ricevute bancarie od altri titoli anticipati dalla banca in esecuzione di un contratto di credito “autoliquidante” (proseguito perché già in essere, ovvero concluso *ex novo*), risultati insoluti per il mancato pagamento da parte del “debitore ceduto”. La risposta che si fa preferire – se non in via generale, per lo meno per la fattispecie rappresentata e quelle alla stessa riconducibili – è la risposta positiva: l'autorizzazione *una tantum* al regolamento degli eventuali insoluti dovrebbe bastare per tutta la durata delle trattative in corso, fino alla chiusura del procedimento.

3. La formalizzazione della adesione (o della intenzione di non pubblicizzare l'eventuale dissenso) dell'esperto

Rimane infine da stabilire quale forma possa assumere la decisione dell'esperto, concernente la scelta di non dare pubblicità al proprio eventuale dissenso, per garantire la operatività della protezione esentativa dall'azione revocatoria ex art. 67, co. 2, l. fall., sottraendo l'atto di straordinaria amministrazione (anche bancaria) programmato al rischio di un futuro assoggettamento alla revocatoria.

Atteso che il confronto tra imprenditore ed esperto, sulla condivisione o meno dell'atto di straordinaria amministrazione programmato, deve svolgersi *per iscritto*; e che ugualmente deve assumere forma scritta la comunicazione dell'imprenditore all'esperto di intendere porre in essere l'atto contestato nonostante il dissenso ricevuto; si deve ritenere che l'imprenditore possa chiedere (ed abbia il diritto di ottenere) la risposta finale dell'esperto circa la ritenuta ricorrenza dei presupposti per dare corso alla pubblicizzazione del proprio dissenso con la prevista iscrizione nel Registro

delle Imprese.

Una volta ricevuta una risposta che prefigura il ricorso alla pubblicità descritta, l'imprenditore rimarrà libero di dare definitiva esecuzione alla propria decisione, compiendo ugualmente l'atto contestato, che rimarrà perfettamente valido (ed opponibile ai creditori), ma esposto al rischio (di tutti gli atti posti in essere nel contesto di una situazione di “crisi”, e cioè) di essere assoggettato ad una futura azione revocatoria (la noma evoca gli artt. 66 e 67 l. fall., ma non si può escludere la permanente applicabilità delle altre disposizioni della revocatoria “fallimentare”, nonché quella dell'art. 2901 cod. civ.).

Una volta ricevuta invece una risposta che andasse nella direzione di escludere l'iscrizione del dissenso nel Registro delle Imprese, la eventuale proposizione di una successiva azione revocatoria (di cui all'art. 67, co. 2, l. fall.) dovrebbe essere giudicata inammissibile *tout court*.

V. I finanziamenti prededucibili

1. La prededuzione nella “Composizione negoziata” della crisi d'impresa

Diversamente da quanto disposto per i “Piani Attestati” (ed in analogia, invece, con quanto disposto per gli “Accordi di Ristrutturazione” e per il Concordato preventivo) la disciplina della “Composizione negoziata” della crisi d'impresa prevede altresì l'ipotesi dell'attribuibilità del collocamento “*in prededuzione*” ad una serie di crediti sorti nel corso del relativo procedimento, alla condizione che i relativi “atti” risultino funzionali “*rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori*”. Come detto, tale effetto può riguardare esclusivamente i crediti derivanti da “*finanziamenti*”, purché autorizzati dal Tribunale²⁶: e precisamente:

(i) finanziamenti assunti da terzi in genere;

(ii) “finanziamenti – soci”;

(iii) finanziamenti assunti da una o più società appartenenti al “gruppo” dell'impresa versante nella “Composizione negoziata”, come delineato dall'art. 13. d.-l. n. 118/2021.

Oltre a tutto ciò, per l'ipotesi di accesso al procedimento di “Composizione negoziata” della crisi da parte di una impresa appartenente ad un gruppo societario, i finanziamenti eseguiti in favore delle controllate ovvero delle società sottoposte a comune controllo *sono esclusi dalla postergazione* di cui agli articoli 2467 e 2497 – *quinquies c.c.*, purché l'imprenditore ne abbia preventivamente informato l'esperto designato dalla competente Commissione, e poiché costui, dopo aver segnalato che l'operazione può arrecare pregiudizio ai creditori, non abbia iscritto il proprio dissenso nel Registro delle Imprese (ovvero – si deve ritenere – purché l'esperto non abbia formulato un giudizio di pregiudizievolezza).

2. I presupposti della prededuzione dei “finanziamenti”

L'art. 10, co. 1, d. l. n. 118/2021, afferma che il Tribunale su richiesta dell'imprenditore, lo può autorizzare “*a contrarre finanziamenti prededucibili*”, ai sensi dell'art. 111 l. fall.

I presupposti fissati dalla legge sono rappresentati dunque, in primo luogo, dalla circostanza che i crediti aspiranti alla prededuzione trovino

26. Tribunale al quale è altresì riconosciuta la competenza di autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più dei suoi rami “senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma”, c.c. (responsabilità solidale dell'acquirente per i debiti risultanti dai libri contabili obbligatori: per la corrispondente disciplina della vendita dell'azienda bancaria o di suoi rami nell'ambito delle procedure concorsuali bancarie v. S. Bonfatti, *Risoluzione della banca “in crisi”: la responsabilità degli “Enti Ponte” (e delle banche incorporanti) è regolata dalla disciplina della cessione d'azienda*, in *Rivista di Diritto Bancario*, luglio 2018; ID., *La responsabilità degli “enti ponte” (e delle banche incorporanti) per le pretese risarcitorie nei confronti delle “quattro banche” (vantate dagli azionisti “risolti”, e non solo)*, ivi, novembre 2017 – fermo però restando il disposto dell'art. 2112 c.c. –: cfr. art. 10, co. 1, lett. a), d. l. n. 118.

origine in “finanziamenti”: non potendo conseguire tale effetto, invece, i crediti prodotti da “forniture”; prestazioni di servizi; o altro ²⁷.

Un secondo presupposto è rappresentato dalla “funzionalità degli atti [di finanziamento] alla continuità aziendale” e dalla “migliore soddisfazione dei creditori”.

L'acquisizione del parere dell'esperto non è obbligatoria: ma si deve ritenere che sarà ugualmente sistematica (e potenzialmente condizionante il segno del provvedimento del Tribunale).

Il giudice (in Composizione monocratica) può avvalersi di “ausiliari”, ai sensi dell'art. 68 cpc: il provvedimento pronunciato è soggetto a reclamo davanti al Tribunale (e del collegio non può fare parte il giudice che lo ha pronunciato).

La prededuzione così disposta troverà la propria disciplina nelle disposizioni dettate dall'art. 111 l. fall.

3. Le modalità di esercizio della prededuzione

L'art. 12, co. 1, d. l. n. 118/2021 dispone che “gli atti autorizzati dal Tribunale ai sensi dell'articolo 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono”: (i) un Accordo di Ristrutturazione omologato; (ii) un Concordato Preventivo omologato; (iii) un Fallimento; (iv) la L.C.A.; (v) la Amministrazione Straordinaria; (vi) ovvero, infine, il “Concordato Semplificato” disciplinato dagli articoli 18 e 19.

Da ciò si deve trarre la conclusione che il principio (che sarà) affermato dal CCII, secondo il quale “la prededucibilità permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali”, in parte non trova applicazione (per ciò che concerne la esercitabilità della prededuzione nell'ambito di un “concorso” aperto dall'avvio di una procedura esecutiva individuale); in parte trova una applicazione più circoscritta (alle procedure di Composizione della crisi espressamente menzionate e) “consecutive”.

La prededuzione non opera nel corso dello svolgimento del procedimento di “Composizione negoziata”, essendo esso interessato dal regime dell'adempimento delle obbligazioni secondo la loro scadenza e non in base alla loro natura²⁸.

La prededuzione opera nel contesto di una “procedura di crisi” (tra quelle menzionate) “consecutiva”: ma ciò origina il problema della individuazione di quali “masse” subiscono l'effetto della necessaria postergazione ai crediti prededucibili così formati.

4. Segue. Il soddisfacimento dei crediti prededucibili, sorti nel procedimento di “Composizione negoziata”, nel concorso con i creditori e successivi

Nel diritto vigente manca la previsione delle modalità con le quali dare esecuzione alle disposizioni che attribuiscono il collocamento in prededuzione ai crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione, nel corso, ovvero in esecuzione di una procedura di Composizione negoziale della crisi d'impresa nel momento in cui – poniamo, nell'ambito del fallimento consecutivo finale – questi abbiano a dover concorrere con crediti sorti dopo l'intervenuta chiusura della procedura – non essendo scontato che il concorso finale si apra contemporaneamente alla cessazione del procedimento pendente -.

L'attribuzione della prededuzione ai crediti per i quali sia disposta la “permanenza” (più o meno accentuata) di tale effetto “premierale” comporta la postergazione di tutti i crediti pregressi (tralasciando per ora, e in questa sede, il problema dei crediti bensì pregressi ma assistiti da garanzie reali e per i quali dovrebbe comunque trovare l'applicazione la regola contenuta nell'art. 111-bis, co. 3, l. fall.) al preventivo soddisfacimento integrale dei crediti prededucibili.

Ove si ritenesse che i crediti prededucibili *de quibus* debbano trovare una collocazione preferenziale, nella procedura “concorsuale”, rispetto all'intero passivo fallimentare, comprensivo dei debiti sorti dopo la chiusura della “Composizione negoziata” – per esempio, in conseguenza di un “contratto” ai sensi dell'art. 11, co. 1, lett a), d. l. n. 118/2021; o di una Convenzione di moratoria poi finita nel nulla; eccetera -, si dovrebbe dare luogo al soddisfacimento preventivo dei primi, e poi al soddisfacimento dei secondi *in concorso con i crediti pregressi*²⁹.

Ove si ritenga invece – come a chi scrive appare preferibile – che la prededuzione ex artt. 10 d. l. n. 118/2021 riguardi il concorso dei finanziatori della “Composizione negoziata”, con i (soli) creditori pregressi rispetto alla sua apertura, la necessaria postergazione di costoro ai crediti così prededucibili ne implicherebbe la postergazione anche rispetto a tutti i creditori successivi: perché i crediti prededucibili, che si dovessero ritenere pur concorrenti con i crediti posteriori all'omologazione (nell'ipotesi che non si ritenga che debbano essere anteposti anche a questi!), non potrebbero avere trovato soddisfacimento integrale (come condizione per la partecipazione al riparto dei crediti pregressi postergati) se non in concomitanza con il corrispondente soddisfacimento integrale anche dei creditori successivi.

Risultando tale conclusione difficilmente accettabile – non avendo avuto a suo tempo i creditori pregressi alcun elemento di valutazione su quale avrebbe potuto essere l'entità finale complessiva dei crediti successivi alla chiusura del procedimento di “Composizione negoziata” (diversi da quelli per i quali fosse espressamente prevista la collocazione in prededuzione); e che nell'ipotesi qui presa in considerazione sarebbero destinati a ricevere anch'essi un soddisfacimento preferenziale rispetto all'indebitamento pregresso -, pare necessario dare esecuzione alla prededuzione qui presa in considerazione attraverso una tecnica diversa da quella ricavabile dalla semplice antergazione / postergazione di categorie di creditori³⁰.

Tale tecnica può essere rappresentata dall'ammissione dei crediti pregressi a concorrere anch'essi nella ripartizione del ricavato dalla liquidazione “fallimentare” – quindi, insieme ai crediti prededucibili (nel nostro caso, in quanto derivanti da finanziamenti erogati in base alla richiamata disposizione comportante tale effetto “premierale”); ed insieme ai crediti maturati successivamente in corso di esecuzione del contratto o dell'accordo conclusivo della “Composizione negoziata” - ma con attribuzione delle pertinenti quote di riparto ai titolari dei crediti prededucibili, sino a

29. L'idea che i crediti pregressi debbano trovare soddisfazione preferenziale sul patrimonio esistente alla data della chiusura della “Composizione negoziata”, alla stregua di un “patrimonio separato”, pare di difficile attuazione pratica (stante la prevedibile difficoltà di ricostruzione delle attività che lo compongono), e risulta priva di qualsiasi supporto normativo - giudicato peraltro necessario laddove il principio è stato ritenuto meritevole di affermazione: cfr. art. 12, co.3, ultima parte, l. n. 3/2012 (“Accordo di Composizione della crisi”); art. 12 - *ter*, co.2, ultima parte, l. n. 3/2012 (“Piano del consumatore”); art. 14-*duodecies*, co. 1, l. n. 3/2012 (“Liquidazione del patrimonio”) -.

30. Ricorre questa ipotesi nella fattispecie di *postergazione convenzionale*, pattuita tra i singoli creditori con efficacia per c.d. “interna”. Il fenomeno è abbastanza ricorrente nei rapporti tra banche e soci di società di capitali in cerca di nuovo sostegno finanziario. Le banche condizionano spesso la disponibilità a concederlo alla condizione che i soci acconsentano alla *postergazione* dei propri crediti (derivanti, di norma, da finanziamenti pregressi) rispetto al preventivo soddisfacimento integrale della “nuova finanza” bancaria. Si comprende che in caso di assoggettamento della società ad una procedura concorsuale, la condizione del preventivo pagamento integrale della “nuova finanza” bancaria assume la portata di una “postergazione universale”, dal momento che al soddisfacimento integrale del passivo bancario può pervenirsi soltanto a condizione di realizzare il soddisfacimento (altrettanto) integrale di ogni altra passività collocata nello stesso grado (di norma, il chirografo). Tale effetto non corrisponde in nulla alla volontà delle parti, che aspiravano a sacrificare il soddisfacimento dei soci al soddisfacimento integrale preventivo *del solo passivo bancario*, non già dell'intero passivo societario. Deve allora ritenersi che la postergazione convenzionale in questione comporti non già l'esclusione del credito del socio interessato dai riparti del ricavato dalla liquidazione dell'attivo societario, bensì l'attribuzione alla banca antergata – *fino a concorrenza del soddisfacimento integrale del credito antergato* – delle quote di riparto spettanti al creditore-socio; e la successiva partecipazione di costui agli altri riparti, in concorso con i restanti creditori.

27. Per la nozione di finanziamento ritenuta preferibile v. *supra*, Parte II.

28. In argomento v. anche L. Panzani, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del Covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021.

soddisfacimento integrale.

Questa tecnica, che dovrebbe essere quella da utilizzarsi in via generale ogni qualvolta ci si trovi di fronte a postergazioni (di norma convenzionali) a singoli creditori (ovvero a singole categorie di creditori), richiama quella prevista dall'art. 62, co.3 l. fall., in materia di obbligazioni solidali. Anche in quel caso è affermato il principio che il coobbligato solidale del fallito è "postergato" al creditore solidale, nel senso che "il regresso ... può essere esercitato solo dopo che il creditore (solidale) sia stato soddisfatto per l'intero credito" - art. 61, co. 2 -; ma laddove tale risultato economico non sia conseguibile con la semplice "postergazione" dell'esercizio del regresso al soddisfacimento integrale del creditore preferito - il che accade quando un credito di regresso, sia pure parziale, è già sorto, e non può essere fatto valere che dal coobbligato solidale escusso, laddove il creditore solidale può insinuare soltanto il credito residuo: art. 62 -, il soddisfacimento preferenziale integrale del creditore solidale è perseguito non già escludendo dal concorso il soggetto destinato ad un soddisfacimento postergato, bensì disponendo che egli concorra con il creditore destinato ad essergli preferito, ma con la previsione che "il creditore ha diritto di farsi assegnare la quota di riparto spettante al coobbligato, fino a concorrenza di quanto dovutogli" (art. 62, co.3).

In tal modo i creditori pregressi risulterebbero postergati ai soli finanziatori dell'Accordo, o del Concordato, giacché dopo che costoro avessero ricevuto soddisfacimento integrale - anche con il concorso delle quote spettanti ai creditori pregressi - questi ultimi continuerebbero a percepire e diventerebbero legittimati a trattenere quanto così percepito.

La conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal Tribunale

di Marco Greggio, Avvocato in Padova

Cosa rimane a valle della composizione negoziata? Quale salvezza per gli effetti degli atti che l'hanno articolata e contrassegnata? A queste risposte è offerta una puntuale e analitica risposta.

Sommario:

1. L'intervento del tribunale nella composizione negoziata
2. La conservazione degli effetti
3. I finanziamenti prededucibili
4. In particolare: i finanziamenti dei soci e infragruppo
5. La cessione dell'azienda
6. Prededuzione e mancata omologa
7. Esenzione dall'azione revocatoria
8. La responsabilità dell'imprenditore
9. Conclusioni

1. L'intervento del tribunale nella composizione negoziata

Il nuovo istituto della composizione negoziata rappresenta l'epitome del principio di autonomia delle parti nella composizione della crisi.¹ Nel segno dell'emersione anticipata della crisi e della *rescue culture*, con la riforma portata dal d.l. 118/21 è stata così superata l'impronta dirigista che permeava il Codice della crisi (e la legge fallimentare).²

1. Sulla natura ed i caratteri del nuovo istituto, tra i primi interventi, si vedano (in ordine alfabetico): S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2021, p. 901 ss.; Id., *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, www.ilcaso.it, 23 agosto 2021; A. Ceccherini, *Nuove esigenze di negoziazione e risoluzione della crisi, in Il fallimentarista*, 9 settembre 2021; M. Ciabottoni, *Decreto legge 24 agosto 2021 n. 118: le condizioni di accesso alla composizione negoziata della crisi e il ruolo dell'organo di controllo*, in www.ilcaso.it, 5 ottobre 2021; M. Fabiani, *La proposta della Commissione Pagni all'esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in www.dirittodellacrisi.it, 2 agosto 2021; A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in www.dirittodellacrisi.it, 6 settembre 2021; D. Galletti, *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata"*, su Ilfallimentarista.it, 1 settembre 2021; A. Jorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in www.dirittodellacrisi.it, 1 ottobre 2021; F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, su Ilfallimentarista.it, 25 agosto 2021; S. Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 agosto 2021; MORRI, *La composizione negoziata della crisi di cui al D.L. 118/2021: un rapido quadro e alcune riflessioni critiche*, su Ilfallimentarista.it, 24 agosto 2021; S. Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Riv. Ristrutturazioni Aziendali*, www.ilcaso.it, 9 agosto 2021; L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021; F. Santangeli, *Il D.L. 118/2021. Spunti per la conversione*, in www.dirittodellacrisi.it, 21 settembre 2021.

2. La filosofia di fondo della riforma è la "*rescue culture*", unitamente ai principi di semplificazione, celerità, economicità e modernizzazione delle discipline e di prevalenza delle soluzioni negoziate, stante il favor per la conservazione delle strutture produttive (cfr. Nigro, *I principi generali della nuova riforma "organica" delle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. banca*, 2020, 1, 12 s.). Come ha condivisibilmente osservato Arato, *La scelta dell'istituto più adeguato per superare la crisi d'impresa*, in *Riv. Ristrutturazioni Aziendali* www.ilcaso.it, "è singolare che nei momenti di crisi le norme fallimentari diventino più flessibili (basti pensare alle riforme del 2010 e del 2012 post crisi Lehman, con l'introduzione dell'*automatic stay* italiano rappresentato dal concordato con riserva e al recentissimo D.L. 118/2021), mentre nei momenti di ripresa economica si ritorni alla rigidità (si pensi al D.L. del 2015 che ha segnato l'inizio dell'oscillazione del pendolo verso un inasprimento delle norme in quanto ha introdotto

Il "percorso" della composizione negoziata³ si svolge fuori dalle aule giudiziarie: il tribunale non la dirige e non ha poteri autoritativi nei confronti né dell'esperto né delle altre parti coinvolte⁴. In tale ottica, l'intervento dell'Autorità giudiziaria durante lo svolgimento delle trattative tra le parti è soltanto *eventuale*: oltre che per la conferma e la revoca delle misure protettive e cautelari (art. 7)⁵, senza le quali in molti casi la composizione negoziata non potrà svolgersi, al tribunale compete l'autorizzazione di alcuni atti, il cui compimento deve essere previamente richiesto da parte dell'imprenditore in quanto - in conformità alla Direttiva n. 1023 del 2019⁶ (artt. 2, par. 1, n. 1, e 17) - rivestono rilievo significativo.

Tali atti sono partitamente elencati all'art. 10: (i) i finanziamenti prededucibili (ex art. 111 l.f.) dall'esterno (tipicamente dagli istituti di credito) ovvero effettuati dai soci o, ancora, da parte di una o più società appartenenti ad un gruppo sottoposto alla direzione e coordinamento di una società, ente o di una persona fisica⁷ ai sensi dell'art. 13, comma 9; (ii) il trasferimen-

una percentuale minima di pagamento nel concordato preventivo liquidatorio e il ritorno del silenzio-rifiuto dei creditori per l'approvazione del concordato preventivo). Atteggiamento - quasi una "oscillazione del pendolo" - considerato dall'Autore "irrazionale e non condivisibile".

3. Come definito ripetutamente dalla Relazione illustrativa al d.l. n. 118/21.

4. Il principio su cui si fonda il rapporto tra l'esperto e l'imprenditore è che il primo *non* si sostituisce al secondo, che mantiene la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, con il vincolo che, ove sussista probabilità d'insolvenza, l'imprenditore gestisca l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'attività (art. 9, comma 1). L'imprenditore dovrà dunque agire in un'ottica conservativa, trattandosi quindi dello stesso dovere già vigente in capo all'imprenditore in presenza di una causa di scioglimento della società (artt. 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter, 2484 c.c.). Sul ruolo dell'esperto cfr. Riva, *Ruoli e funzioni dell'esperto facilitatore*, in *Ristrutturazioni Aziendali* www.ilcaso.it, 30 settembre 2021; dello stesso Autore, si v. anche (con riferimento al processo negoziale e alle capacità di conduzione dell'esperto, *La negoziazione*, in *La mediazione civile. Tecniche di gestione dei conflitti*, Quad. n. 37).

5. Si precisa che nel testo laddove sono citati articoli senza indicare gli estremi dei provvedimenti legislativi, ci si riferirà agli articoli del D.L. 24 agosto 2021, n. 118, coordinato con la legge di conversione 21 ottobre 2021, n. 147.

6. Direttiva del Parlamento e del Consiglio, 20 giugno 2019, n. 2019/1023 UE riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva (c.d. "Direttiva insolvency"). Al riguardo: cfr. Minervini, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency"*. *Prime riflessioni*, in www.ilcaso.it, 17 ottobre 2021; Perrino, *Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore*, in www.dirittodellacrisi.it, 31 agosto 2021.

7. Ai sensi dell'art. 13, comma 1, costituisce gruppo di imprese l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica. Sull'argomento si rinvia a Bosticco, *La composizione negoziata: trattative e gruppo di imprese*, in

to, "in qualunque forma", dell'azienda o di uno o più rami d'azienda senza gli effetti di cui all'art. 2560 comma 2 c.c. - e quindi senza il rischio che l'acquirente risponda solidalmente dei debiti sociali insieme all'alienante (ma facendo salve a tutela dei lavoratori le disposizioni di cui all'art. 2112 c.c.); (iii) l'equa rideterminazione del contenuto dei contratti pendenti in cui l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni sia stato alterato dalla pandemia (art. 10 comma 2)⁸.

In relazione a tali atti, l'autorizzazione non è richiesta come condizione di efficacia, ma da essa dipendono gli effetti della prededuzione per i finanziamenti e della liberazione del cessionario dai debiti inerenti all'azienda ceduta, eccezion fatta per i crediti di lavoro per i quali l'accollo è obbligatorio.

Il tribunale concede l'autorizzazione soltanto una volta verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.⁹ Il procedimento di autorizzazione, come per le misure protettive¹⁰ e al pari di quello relativo all'eventuale rideterminazione dei contratti, segue - per ragioni di celerità¹¹ - le regole dei procedimenti camerali, in quanto compatibili, ossia gli artt. 737 e ss. c.p.c.. Tuttavia il riferimento all'art. 9 l. fall. per l'individuazione della competenza indica che si verte in materia "concorsuale" e, quindi, la sezione cui demandare la decisione sarà quella c.d. fallimentare, ove esistente¹².

Il tribunale, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, decide in composizione monocratica. Nell'ambito del procedimento, vengono sentite le parti interessate ed assunte le informazioni necessarie (art. 10 comma 3) ed il decreto è reclamabile al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento (si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss del c.p.c.).

Nella fase autorizzativa innanzi il tribunale l'esperto ha un ruolo importante. Ancorché infatti non sia previsto espressamente un dovere da parte del tribunale di sentire l'esperto, tale circostanza è espressamente prevista nel "Protocollo di conduzione della composizione negoziata" (nel prosieguo: il "Protocollo") contenuto nella Sezione III del Decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 (il "Decreto dirigenziale"), norma secondaria che dettaglia il comportamento delle parti nel corso della composizione negoziata. Pertanto si ritiene che tale *audizione dell'esperto* sia, di fatto, necessaria o comunque quanto meno opportuna.

Ilfallimentarista.it, 13 settembre 2021.

8. A seguito di invito in tal senso rivolto dall'esperto alle parti, al quale non abbia fatto riscontro un accordo delle parti stesse sul punto, il Tribunale, su istanza dell'imprenditore, può rideterminare equamente le condizioni dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero i contratti ad esecuzione differita, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2, per il periodo strettamente necessario ad assicurare la continuità aziendale e prevedendo, qualora l'equilibrio tra le parti lo renda necessario, il pagamento di un indennizzo. Non è ammessa la rideterminazione delle prestazioni dei contratti di lavoro dipendente.

9. Va notato che questo è l'unico caso, insieme alla cessione d'azienda, in cui il d.l. vincola la destinazione di un atto di gestione al "miglior soddisfacimento dei creditori", oltre che al perseguimento della continuità aziendale: la norma riprende un principio già presente nella legge fallimentare (e fondamentale per i concordati in continuità di cui all'art. 186-bis l.f.), tralasciando la più generica espressione "interesse dei creditori" altrove utilizzata nell'articolato (per es. al comma 4 dell'art. 9).

10. È il c.d. *automatic stay* dell'ordinamento concorsuale statunitense (v. U.S. Bankruptcy Code, Section 362 del noto Chapter 11). Sulle tematiche create dalle misure protettive, disciplinate in maniera assile dal Codice della Crisi, si rinvia a Bozza, *Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Ristrutturazioni Aziendali* www.ilcaso.it, 18 luglio 2021.

11. Come chiarito dalla Relazione illustrativa al d.l. 118/21.

12. E non il tribunale delle imprese o le sezioni ordinarie del tribunale civile: cfr. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit., per il quale vi sarà di conseguenza una certa continuità tra gli orientamenti sinora seguiti dalle sezioni fallimentari e quelli che verranno assunti con riguardo ai nuovi istituti.

2. La conservazione degli effetti

Gli atti autorizzati dal tribunale durante il percorso della composizione negoziata conservano i propri effetti *anche* in caso di *esito negativo* delle trattative e quindi di conseguente accesso ad una delle procedure regolate dalla legge fallimentare (art. 12, comma 1): (a) un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato; (b) un concordato preventivo omologato; (c) il fallimento; (d) la liquidazione coatta amministrativa; (e) l'amministrazione straordinaria; (f) il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio previsto e disciplinato nell'ambito del percorso di composizione negoziata (art. 18)¹³.

Esito negativo delle trattative che potrà avere tre cause: (i) l'inesistenza di concrete prospettive di risanamento, tanto iniziale quanto sopravvenuta (art. 5, co. 5); (ii) il compimento da parte dell'imprenditore di atti o pagamenti "non coerenti" con le negoziazioni o con le prospettive risanatorie, eseguiti in modo occulto ovvero malgrado il dissenso dell'esperto (art. 9); (iii) il decorso di 180 giorni dall'accettazione della nomina dell'esperto (termine prorogabile con il consenso di tutte le parti) senza che le parti coinvolte abbiano raggiunto accordi sulle soluzioni proposte per il superamento degli squilibri di cui all'art. 2, co. 1, del D.L.¹⁴

La conservazione degli effetti degli atti autorizzati è, quindi, uno degli *incentivi* volti a favorire l'utilizzo del nuovo istituto previsti nell'art. 12, unitamente all'esenzione da revocatoria per gli atti e i pagamenti coerenti con le trattative e le prospettive di risanamento (commi 2 e 3), nonché all'esonero da responsabilità penale per i fatti di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice di cui agli artt. 216, comma 3 e 217 l.f. degli atti e pagamenti "coerenti" e di quelli autorizzati dal giudice (comma 5).

Gli altri "incentivi" si trovano disseminati nell'articolato: oltre alle misure premiali (di cui all'art. 14), v'è la sospensione, rimessa alla volontà del debitore, degli obblighi di ricapitalizzazione per perdite rilevanti e della connessa causa di scioglimento, dalla pubblicazione nel Registro delle imprese dell'istanza di misure protettive e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata (art. 8); la possibilità di conferire all'eventuale accordo di ristrutturazione sottoscritto anche dall'esperto gli effetti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.f. senza necessità dell'attestazione (art. 11); la possibilità di presentare il concordato semplificato di liquidazione se l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative hanno avuto esito positivo¹⁵.

Gli effetti conservati ai sensi dell'art. 12 comma 1 sono il "beneficio" della: (i) collocazione in prededuzione nel passivo della successiva procedura i crediti per finanziamenti autorizzati¹⁶; (ii) deroga alla responsabilità solidale dell'acquirente ex art. 2560 c.c. in caso di cessioni di aziende o di rami d'azienda; (iii) rideterminazione delle condizioni contrattuali dei contratti divenuti eccessivamente onerosi per il debitore proponente a causa del Covid.

Il regime di conservazione degli effetti trova la propria *ratio* nell'ottica di garanzia nei confronti dei terzi (o dei soci) erogatori del finanziamento - o cessionari dell'azienda o del ramo di essa. Regime di garanzia che viene ricollegato al necessario intervento autorizzativo del tribunale, che deve operare una valutazione di *funzionalità* (rispetto alla continuità azienda-

13. Sul tema cfr. S. Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, Ilcaso.it, 23 settembre 2021; R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Riv. Ristrutturazioni Aziendali*, www.ilcaso.it, 8 settembre 2021.

14. Con l'archiviazione dell'istanza - o, in caso di inerzia degli organi a ciò obbligati, con la conclusione negativa delle trattative - riprendono vigore i diritti dei creditori, i quali possono proseguire l'eventuale procedura prefallimentare avviata prima della composizione negoziata e si potrà pervenire alla pronuncia della sentenza di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza a termini dell'art. 6, comma 4.

15. Per un'acuta analisi della "bacheca degli incentivi" cfr. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, 28 settembre 2021.

16. Per un'indagine completa sulla sistematica delle prededuzioni nel diritto concorsuale v. S. Leuzzi *Dalla crisi all'emergenza: la prededuzione al tempo del Covid-19*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 18 marzo 2021.

le ed alla migliore soddisfazione dei creditori), nonché al parere positivo dell'esperto - ove sentito dal tribunale - che deve essere orientato dai principi sopra esposti.

In una fase critica per l'impresa, in cui la stessa si sia trovata in una condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, non fornire - per mezzo del regime di conservazione - adeguate garanzie di affidamento significherebbe di fatto limitare la possibilità stessa per l'azienda di uscire dallo stato di crisi/squilibrio. L'art. 12, comma 1, mira così a tutelare la certezza dei rapporti giuridici, in linea con l'intento legislativo di favorire la possibilità per l'imprenditore di evitare la situazione di crisi od insolvenza irreversibile per mezzo del percorso della composizione negoziata.

Al riguardo, v'è un parallelismo con i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.fall.¹⁷, in relazione alla loro prededucibilità, che non viene condizionata all'effettivo deposito della proposta di concordato preventivo entro il termine assegnato (poiché, in tale ipotesi, una condotta omissiva del debitore inciderebbe negativamente - ed in modo retroattivo - sui terzi che incolpevolmente avevano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti)¹⁸.

Il combinato disposto dell'art. 12, comma 1 con l'art. 10, ivi richiamato, rende chiaro che la prededucibilità dei finanziamenti autorizzati ai sensi di tale ultima disposizione non riguarda il solo eventuale fallimento che dovesse seguire le trattative negoziate, come potrebbe indurre (erroneamente) a pensare il richiamo - operato dall'art. 10 comma 1 - alla disposizione (in ambito fallimentare) di cui all'art. 111 l.fall.¹⁹. Infatti l'art. 12, comma 1 amplia (rispetto al solo fallimento) il novero delle procedure in cui i finanziamenti autorizzati conservano i propri effetti (la prededuzione, appunto).

3. I finanziamenti prededucibili

Tra gli atti che conservano i loro effetti dopo il termine del percorso della composizione negoziata vi sono i finanziamenti autorizzati dal tribunale, al fine di garantire al creditore erogante il beneficio della prededuzione (art. 10, comma 1, lett. a-b-c). La legge, come anticipato, prevede tre ipotesi di finanziamenti: quelli prededucibili in generale, quelli erogati dai soci e, infine, i finanziamenti contratti da una o più società appartenenti ad un gruppo, che acceda alla composizione negoziata di gruppo.

Di fatto il sostegno finanziario alle imprese in crisi è normalmente affidato all'intervento del credito bancario²⁰ (e - anche se più raramente - al credito commerciale attraverso dilazioni da parte dei fornitori) o all'intervento finanziario dei soci. Tuttavia sia l'accesso al credito bancario che commerciale, nonché la disponibilità dei soci a finanziare l'impresa

divengono spesso difficoltosi nel momento di emersione della situazione di crisi o di insolvenza dell'impresa. Per tale motivo risulta poco probabile che l'imprenditore possa ottenere finanziamenti non assistiti dalla prededuzione. D'altro canto, posto che si tratta di finanziamenti che consentono la prosecuzione dell'attività e migliori prospettive di soddisfacimento per tutti i creditori, la disposizione non risulta dannosa per i creditori titolari di diritti maturati in epoca anteriore e muniti di una causa legittima di prelazione, ed in particolare per i creditori pubblici: il risanamento dell'impresa, che garantisce il ripristino delle sue capacità solutorie ed è verificato dal tribunale, dovrebbe rappresentare per tutti i creditori la migliore soluzione rispetto alle alternative concorsuali²¹.

Il legislatore non precisa se i finanziamenti vanno erogati in relazione alla gestione interinale in pendenza della composizione negoziata o se possono riguardare anche la futura gestione all'esito delle trattative. Si ritiene tuttavia preferibile la soluzione più ampia, in quanto l'esito delle trattative sarà condizionato non soltanto dalla finanza interinale, ma dalle possibilità di esecuzione del piano di risanamento²².

Con la previsione dei finanziamenti prededucibili nell'ambito della composizione negoziata viene così introdotta la possibilità di finanziare l'impresa in un momento anteriore alla crisi o all'insolvenza irreversibile: più esattamente quando l'impresa si trovi in una condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono solo probabile la crisi (art. 2).

In tal modo il quadro normativo si arricchisce di un ulteriore tassello, a seconda della fase, avanzata o meno, dello "stato di crisi" in cui si trova l'impresa debitrice: ai fini della individuazione della disciplina applicabile ai finanziamenti alle imprese in crisi, sarà quindi necessario distinguere a seconda che gli stessi vengano contratti *prima* o *durante* le procedure, rientrando oggi nella prima categoria (e quindi in uno stato di pre-crisi/crisi reversibile) i finanziamenti ex art. 10 e quelli ex art. 182-quater, secondo e terzo comma, l. fall. e nella seconda categoria tutti gli altri, ossia i finanziamenti concessi nel quadro di una procedura fallimentare²³ o di un piano di risanamento attestato ex art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall., o ancora di accordi di ristrutturazione dei debiti o di concordato preventivo.

In tale ultime ipotesi, a seconda della fase della procedura (scandita dai tre fondamentali passaggi: deposito della domanda, anche ai sensi del sesto comma dell'art. 161 l. fall., l'apertura e la chiusura) è possibile distinguere i finanziamenti a seconda che vengano erogati: (i) *in funzione* della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui al secondo e terzo comma dell'art. 182-quater l. fall.²⁴;

17. La norma prevede infatti che dopo il deposito del ricorso (contenente la domanda di concordato) e fino al decreto di cui all'articolo 163 (con cui il tribunale dichiara aperta la procedura) il debitore possa compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione ed i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111 l.f.

18. Questo comporterebbe pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici ed il depotenziamento della fiducia nel modello del pre-concordato: *ex plurimis* cfr. Trib. Terzi, 17 gennaio 2014, in www.ilcaso.it.

19. Sotto questo profilo, la disposizione riecheggia la questione sollevata dal rinvio all'art. 111 l.fall. contenuto nell'art. 182-quater l. fall. discussa con particolare riferimento ai finanziamenti in funzione della presentazione di una domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo ovvero quella di delimitare l'esatto ambito di operatività della prededucibilità ex artt. 111 e 182-quater l.fall. e dunque se la stessa debba intendersi limitata al solo successivo fallimento o anche riferita alla stessa procedura di concordato preventivo. A tale riguardo cfr. F. Censoni, Concordato preventivo e nuova finanza, in *Fall.*, 2014, p. 377 ss. e p. 380; L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, p. 1346 e ss.; A. Dentamaro, *Il trattamento concorsuale dei finanziatori di società di capitali*, in *Quaderni della Rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 2015, p. 146 ss.

20. Sui rapporti con il ceto bancario nell'ambito del nuovo istituto cfr. P. Rinaldi, *La composizione negoziata della crisi e i rapporti con gli intermediari creditizi*, in *Riv. Ristrutturazioni Aziendali*, www.ilcaso.it, 9 settembre 2021.

21. Cfr. L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021.

22. Così L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit. Sulla predisposizione metodologica del piano di risanamento e sulle sue condizioni di efficacia, strategiche e organizzative, si veda Bastia, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Giappichelli, Torino, 2019.

23. Ci si riferisce in particolare all'art. 104 l. fall., ove il finanziamento venga canalizzato verso l'impresa in esercizio provvisorio, e all'art. 105, ottavo comma, l. fall., ove il prestito sia rivolto all'impresa conferita in una società di nuova costituzione.

24. Cfr. R. D'Amora, a) *La prededuzione fra presente e futuro* b) *La prededuzione dopo l'art. 182-quater l.f.* c) *Le mobili frontiere della prededuzione: l'art. 182-quater l.f.*, 2014, su www.oci.org. Per un quadro della disciplina dei finanziamenti assistiti dal beneficio della prededuzione cfr. F. Bonato, *Concessione e perdita della prededuzione tra legge fallimentare e Codice della crisi - Un'analisi diacronica*, in www.ilcaso.it, 17 aprile 2019.

(ii) *in occasione* della procedura²⁵; (iii) *durante* la procedura²⁶; (iv) *in esecuzione* della procedura²⁷.

Con l'art. 10 risulta pertanto una significativa dilatazione della gamma dei finanziamenti prededucibili contratti nella fase che precede l'avvio delle procedure, con una probabile sovrapposizione dei rispettivi ambiti applicativi delle citate disposizioni. Ciò in ragione non solo dell'ampia latitudine dei finanziamenti prededucibili previsti ex art. 10, comma 1, ma anche dell'ampio novero di procedure nel corso delle quali la prededucibilità conserva la propria efficacia: concordati preventivi e accordi di ristrutturazione, ma anche tutte le procedure di cui al primo comma dell'art. 12²⁸.

Seppur la collocazione temporale dei finanziamenti ex art. 10 li rende assai prossimi ai finanziamenti in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti²⁹, va rilevato come per i terzi finanziatori apparirà meno pericoloso, ove si intenda finanziare un'impresa in crisi, procedere ex art. 10 (con certa prededucibilità) piuttosto che ex art. 182-quater, secondo e terzo comma, l. fall. (con incerta prededucibilità).

Per altro verso, l'imprenditore avrà una possibilità in più di ottenere più agevolmente dei finanziamenti in una situazione di pre-crisi/crisi reversibile, purché si passi per le trattative negoziate di cui alla composizione negoziata: un ulteriore incentivo all'applicazione di tale istituto.

4. In particolare: i finanziamenti dei soci e infragruppo

Riguardo ai finanziamenti dei soci nell'ambito della composizione negoziata va distinta l'ipotesi di quelli contratti con l'autorizzazione del tribunale e quelli contratti senza.

All'autorizzazione, come visto, segue la *prededucibilità* ai sensi dell'art. 111 l. fall.: collocazione in prededuzione che avrà un senso, tuttavia, soltanto nelle future eventuali procedure di cui al primo comma dell'art. 12 e non anche pendenti le trattative negoziate, considerato che in tale ultimo caso da un lato l'imprenditore rimane *in bonis*, dall'altro con tutta

probabilità può attivare lo strumento delle misure protettive (ex artt. 6 e 7) onde proteggere il proprio patrimonio dall'eventuale azione esecutiva del finanziatore (azione a seguito della quale acquisterebbe un significato la prededuzione nell'ambito della graduazione dei crediti).³⁰

Senza autorizzazione, invece, i finanziamenti dei *soci* alla s.r.l., quand'anche contratti con segnalazione e senza dissenso dell'esperto ai sensi dell'art. 9, restano postergati ove ricorrano i presupposti applicativi di cui all'art. 2467 c.c., non introducendo il d.l. alcuna deroga alla disciplina codicistica³¹.

Con riguardo ai finanziamenti *infragruppo*, invece, il d.l. 118/2021 introduce una evidente deroga alla normativa codicistica: il comma 9 dell'art. 13 *esclude* dalla postergazione (ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c.) i finanziamenti - in qualsiasi forma pattuiti - eseguiti *dopo* la presentazione dell'istanza compositiva in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, a condizione che (i) l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto ai sensi dell'art. 9, comma 2, e che (ii) quest'ultimo - pur segnalando il fatto ai creditori - non iscriva il proprio dissenso nel registro imprese. Trattasi all'evidenza di questione *diversa* dalla prededuzione, la quale dev'essere autorizzata dal tribunale ex art. 10, co. 1, pur attenendo ai medesimi finanziamenti.

Di conseguenza sulla base di questa disposizione potremmo essere in presenza di tre ipotesi di finanziamento infragruppo: a) quelli *non postergati* - per effetto del non dissenso dell'esperto indipendente - in quanto esclusi dall'ambito applicativo degli artt. 2467 e 2497 - quinquies c.c.; b) quelli *postergati* in presenza dei presupposti applicativi della normativa codicistica; c) quelli autorizzati e quindi *prededucibili* ex art. 10.

Peraltro astrattamente l'impresa nell'ambito della composizione negoziata potrebbe *contemporaneamente* da un lato informare (ex art. 9, comma 2, e art. 13, comma 9) l'esperto del finanziamento, al fine di escluderlo dalla postergazione (in mancanza di iscrizione del dissenso nel registro delle imprese da parte dell'esperto), dall'altro procedere ai sensi dell'art. 10 onde ottenere la prededucibilità del medesimo finanziamento³². Tuttavia, mentre per l'esperto chiamato ad esprimere il proprio assenso ex art. 13, comma 9, il finanziamento non deve arrecare "pregiudizio ai creditori"³³, per il tribunale che autorizza la contrazione di un finanziamento prededucibile lo stesso deve risultare funzionale - oltre che alla continuità aziendale - alla "migliore soddisfazione dei creditori". Laddove si attribuisca un diverso significato alle due espressioni, un finanziamento escluso dalla postergazione ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., in quanto valutato dall'esperto non pregiudizievole per i creditori, potrebbe essere non autorizzato dal tribunale, in quanto valutato non funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. D'altro canto, laddove l'esperto valuti l'atto come pregiudizievole per i creditori, non sembra che lo stesso possa esimersi dall'obbligo di iscrivere tale dissenso, dopo averlo comunicato all'imprenditore, nel registro delle imprese.

L'esperto, d'altronde, riveste un ruolo importante ai fini di cui all'art. 10: il Decreto dirigenziale prevede che qualora sia sentito dal tribunale in occasione della richiesta del debitore di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare nel corso della composizione negoziata,

25. Concessi ai sensi del settimo comma dell'art. 161 l. fall., del primo comma dell'art. 182-quinquies l. fall. e (fino allo scadere del termine concesso ex art. 161, sesto comma, l. fall. e, per gli accordi di ristrutturazione, sostanzialmente fino all'omologazione), del terzo comma dell'art. 182-quinquies l. fall. Un aspetto interessante è il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda, sul portato dei quali gli interpreti si sono divisi, tra chi ha predicato la natura sostanzialmente ultronea della disposizione in oggetto (Trib. Ancona, 11 dicembre 2016, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Como, 3 ottobre 2016, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Rovigo, 26 novembre 2015, in [www.ilcaso.it](#); in dottrina cfr. F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, 2015, p. 58; A. Farolfi, *La "nuova finanza" nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in [www.ilcaso.it](#), 16 novembre 2015, p. 18), e chi ha ritenuto che, in assenza di una apposita autorizzazione ex art. 182-quinquies, comma 3, l. fall. si verificherebbe un automatico scioglimento delle linee di credito autoliquidanti (Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in [www.ilcaso.it](#); in dottrina cfr. M. Fabiani, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 1, p. 57; L. Bottai, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i finanziamenti interinali*, in [Ilfallimentarista.it](#), 27 luglio 2015).

26. Ai sensi del secondo comma dell'art. 167 l. fall. e/o ancora il primo comma dell'art. 182-quinquies l. fall.

27. Di cui al primo e terzo comma dell'art. 182-quater l. fall. o di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall.: al riguardo cfr. A. Dentamaro, *Il trattamento concorsuale dei finanziatori di società di capitali*, cit., p. 146 ss.

28. In questo senso cfr. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex D.L. 118/2021*, 12 ottobre 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](#).

29. Nonché, dal 16 maggio 2021, ai finanziamenti in funzione ex art. 99, quinto comma, Codice della Crisi. È al riguardo interessante notare come nella disciplina dedicata nel Codice ai finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo ovvero dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, pur essendo stato loro confermato il beneficio della prededucibilità, sia scomparso il rinvio all'art. 111 l. fall.

30. Di tale avviso anche Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit. e A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit., secondo cui "... pendenti le trattative negoziate, sebbene il punto meriti un maggiore approfondimento, questi finanziamenti potrebbero ritenersi chirografari pendenti le trattative".

31. Cfr. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit.

32. Nota A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit., che "in caso di esito positivo di entrambe le procedure, si tratterebbe di una ulteriore ipotesi di finanziamento infragruppo ovvero un finanziamento escluso dalla postergazione ex art. 13, nono comma, d.l. 118/2021 e prededucibile ex art. 10 d.l. 118/2021 (la qual cosa potrebbe, certo, assumere rilievo ove si riscontrino un diverso ambito di operatività della prededucibilità e della non postergazione)".

33. Sul principio di assenza di pregiudizio per i creditori (il c.d. *No creditor worse off*, già in vigore nella disciplina delle crisi bancarie e ribadito anche nella Direttiva Insolvency) cfr. il d.lgs. 180/2015, art. 52, di recepimento della direttiva BRRD; in dottrina cfr. I. Donati, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Soc.*, 2020, 164 ss.; L. Stanghellini, *Verso uno statuto dei diritti dei soci di società in crisi*, in *RDS*, 2020, 304).

l'esperto – nella valutazione dell'utilità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile alla continuità aziendale – potrà tener conto delle seguenti circostanze: (i) se i finanziamenti siano funzionali al ciclo degli approvvigionamenti; (ii) se occorrono per ristabilire la regolarità del pagamento delle imposte e quella del documento unico di regolarità contributiva (DURC) al fine di evitare la sospensione del titolo abilitativo o l'impedimento della partecipazione a gare e la stipula dei relativi contratti³⁴.

5. La cessione dell'azienda

Anche la cessione d'azienda o di uno o più rami d'azienda nel corso delle trattative, purché debitamente autorizzata dal tribunale ex art. 10, comma 1, lett. d), conserva i suoi effetti allorché successivamente intervenga una procedura concorsuale (compreso l'accordo ex art. 182-bis l.fall., nella recente interpretazione della Suprema Corte)³⁵. Effetti che sono, come anticipato, la disapplicazione del vincolo di solidarietà tra cedente e cessionario per i debiti sociali inerenti l'azienda (salve le norme a tutela dei lavoratori).

La cessione, dovendo essere funzionale alla continuità aziendale ed alla migliore soddisfazione dei creditori, dovrà avvenire in ipotesi di *continuità indiretta* - e quindi di prosecuzione dell'impresa in capo al terzo acquirente - salvo il caso di cessione di rami d'azienda di valore marginale. Per altro verso, la cessione dell'azienda o di suoi rami sarà, probabilmente, lo sbocco più comune dalla composizione non riuscita, ancor più con l'appendice dell'accesso al concordato semplificato di liquidazione, che avrà il medesimo fine di cessione dell'azienda o di suoi rami o di specifici beni ad un soggetto individuato - magari nelle more divenuto anche affittuario -, purché sia "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato" (art. 19, comma 2)³⁶.

D'altro canto, la verifica del presupposto del "miglior soddisfacimento dei creditori" imporrà il controllo delle condizioni di vendita per accertare che essa avvenga al meglio. Ancorché la legge non abbia previsto il ricorso alla gara, previa adeguata pubblicità, evidenziando soltanto la snellezza del procedimento, vi rimedia il Protocollo contenuto nel Decreto dirigenziale: viene "consigliato" espressamente per la cessione dell'azienda o di suoi rami, in quanto "utile e opportuno", il ricorso a procedure competitive per la selezione dell'acquirente (o in ogni caso prima di escludere possibilità diverse), in modo da sgombrare il campo dal timore di scelte in danno ai creditori³⁷.

In particolare il Protocollo contiene una serie di precetti che, sostanzialmente, descrivono quanto già previsto per le offerte concorrenti di cui al subprocedimento ex art. 163-bis l.fall., onde pubblicizzare le operazioni di vendita sui siti specializzati e/o sugli organi di informazione a diffusione locale o nazionale a seconda del mercato di riferimento.

Nel corso dell'iter autorizzativo, pertanto, ordinariamente il giudice disporrà la ricerca di offerte alternative e concorrenti prima di autorizzare

cessioni di rami aziendali. Qualora sussistano più potenziali acquirenti, essi si potranno palesare all'esperto indipendente e dovranno essere messi in competizione. In tale ottica, precisa il Protocollo, all'esperto potrà essere richiesti di: individuare il perimetro dell'azienda o di rami di essa ritenuto idoneo per il miglior realizzo; fornire indicazioni all'imprenditore per organizzare data room informativa da utilizzare la raccolta delle manifestazioni di interesse (e a tal fine potrà essere utilizzata la Piattaforma telematica nazionale di cui all'art. 3); dare corso, o far dare corso, alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati, anche attraverso procedure competitive, raccogliendo le relative manifestazioni di interesse e le eventuali offerte vincolanti (a tal fine potrà essere utilizzata la Piattaforma); se richiesto, esprimere il proprio parere sulle manifestazioni di interesse e le offerte ricevute³⁸. Sarà finanche opportuno - evidenzia il Protocollo - procedere alle stime dell'azienda e, in generale, "delle risorse derivanti dalla liquidazione dell'intero patrimonio o di parti di esso o, ove siano richieste competenze diverse dalle proprie, che proponga alle parti la nomina congiunta di un soggetto di fiducia di tutte, che proceda alle valutazioni necessarie, con costi ripartite tra di esse"³⁹.

6. Prededuzione e mancata omologa

Riguardo le procedure elencate dall'art. 12, comma 1, nell'ambito delle quali conservano i loro effetti gli atti autorizzati nel corso della composizione negoziata, sono necessarie alcune precisazioni.

Anzitutto il concetto di prededucibilità riferito all'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l.f., richiamato dalla norma, è parso ad alcuni "improprio", in considerazione della circostanza che in questa procedura lo spartiacque è dato dall'*adesione*, che discrimina «i creditori aderenti (da soddisfare con le modalità e nei tempi concordati) e quelli non aderenti (da pagare integralmente, sia pure con la possibilità di moratoria oggi prevista dall'art. 182-bis, comma 1, l. fall.)»⁴⁰.

Per altro verso, non facendo la norma distinzione alcuna in ordine alla tipologia di accordo, l'efficacia della prededucibilità dei finanziamenti autorizzati resterebbe ferma finanche nei successivi accordi di ristrutturazione ad *efficacia estesa* ex art. 182-septies l.fall.⁴¹.

Il problema applicativo maggiore, tuttavia, sembra essere quello relativo all'"omologazione" dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero del concordato preventivo quale *condicio sine qua non* per la conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 nell'ambito della (precedente) composizione negoziata: presupposto espressamente richiamato dall'art. 12 comma 1.

V'è da chiedersi, quindi, qual è il regime giuridico degli atti autorizzati dal tribunale allorché successivamente *non* sopraggiunga l'omologa-

34. L'esperto - a mente del Protocollo - dovrà tenere conto del fatto: a) che ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, nel corso della composizione negoziata; b) oppure, in presenza di margine operativo lordo negativo, che esso sia compensato dai vantaggi derivanti ai creditori nel corso della composizione negoziata dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei suoi beni). In aggiunta, laddove sia stata richiesta l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare in esecuzione di quanto previsto dalle soluzioni di cui all'articolo 11, comma 1 e 2, l'esperto, quando sentito dal tribunale, potrà tenere anche conto delle utilità derivanti ai creditori dalla soluzione individuata rispetto a quelle che si avrebbero nell'alternativa concretamente praticabile in assenza dei finanziamenti in questione.

35. Cass., sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182.

36. Cfr. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Infallimentarista.it*, 4 ottobre 2021.

37. Sul tema delle procedure competitive interessante lo scritto di P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Infallimentarista.it*, 2021.

38. Il Protocollo inoltre precisa che "l'esperto avrà cura di ricordare all'imprenditore l'opportunità che le offerte siano quanto più possibile a contenuto determinato, vincolanti, sottoscritte ed accompagnate da garanzie. Se sentito dal tribunale nel procedimento autorizzativo ai fini della deroga dell'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, potrà essere chiamato ad esprimersi sulle modalità con cui si è arrivati all'individuazione dell'acquirente, sulla congruità del prezzo e su ogni altro elemento ritenuto utile dal tribunale. Egli è chiamato ad informare il tribunale se l'acquirente dell'azienda o di rami di essa sia una parte correlata dell'imprenditore e a riferire sulle predette attività".

39. La stima - precisa il Protocollo - "servirà anche a consentire alle parti, con le quali sono in essere le trattative, di valutare le utilità che deriverebbero dalla liquidazione, nel rispetto dell'ordine delle prelazioni, sulla base dell'elenco dei creditori depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c)." Per di più le stime, potendo le stime potranno occorrere ai fini del parere previsto in caso di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

40. Cfr. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit., che evidenzia come non sembrano riproponibili discussioni analoghe a quelle già sollevate in dottrina sulla prededucibilità dei finanziamenti in funzione ex art. 182-quater l.fall. nel concordato preventivo, sembrando la disciplina ora introdotta confermare quanto - da una parte pur minoritaria della dottrina - ipotizzato in ordine alla prededucibilità di questi finanziamenti altresì negli accordi di ristrutturazione.

41. Sugli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa v. Abriani, *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*, su *www.dirittodellacrisi.it*.

zione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.f., per esempio per la mancata adesione della maggioranza dei creditori.

Stando all'interpretazione letterale (art. 12 delle preleggi), la soluzione sembra chiara: se gli accordi ex art. 182-bis l.f. e i concordati successivi alla composizione negoziata non vengono omologati, l'efficacia degli atti autorizzati ex art. 10 viene meno. Ma ciò che è semplice rischia di essere troppo semplicistico, creando un'evidente distonia nell'impianto normativo, oltre che una chiara disparità tra i soggetti finanziatori e gli acquirenti di aziende in dipendenza di un evento, futuro (in una procedura diversa e posteriore), incerto oltre che indipendente (perché non ricollegabile al loro operato). Evidente distonia in considerazione della circostanza che, in dipendenza del "caso", da un lato vi sarebbero atti già autorizzati ex art. 10, vagliati dall'autorità giudiziale prima del loro compimento – e considerati essenziali per il risanamento dell'impresa (in quanto funzionali alla continuità aziendale e al miglior soddisfacimento dei creditori sociali) – che godono del "beneficio" della conservazione degli effetti (perché la successiva procedura è stata omologata), dall'altro altri atti, anch'essa autorizzati dai tribunali, successivamente divenuti sprovvisti di tale beneficio (per la mancata omologazione)⁴².

D'altro canto tale rischio in capo ai terzi (finanziatori e acquirenti dell'azienda), riconducibile ad una specie di "lancio della monetina", potrebbe indurre i possibili interessati ad astenersi dal compiere l'operazione, essendo poco tutelate le loro ragioni e, strategicamente, potendo attendere per intervenire l'apertura di una procedura concorsuale, con le conseguenti maggiori garanzie offerte dalla legge. In particolare, riguardo la cessione di azienda, qualora la procedura successiva non venga omologata senza che segua il fallimento, far rivivere la solidarietà ex post pare davvero irragionevole e lesivo dell'affidamento ingenerato nell'acquirente⁴³.

Tale distonia potrebbe essere superata, in via interpretativa, per vari motivi di ordine logico e sistematico. Anzitutto, per analogia con la soluzione (opposta) adottata dal legislatore nell'art. 161, comma 7, che conferisce la qualifica di preveducibilità ai "crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore" durante il concordato in bianco, ancorché non seguito da omologazione. Inoltre, per il diverso trattamento riservato agli atti, pagamenti e garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto (purché "coerenti"): atti e pagamenti che rimangono esenti dalla revocatoria fallimentare ex art. 12, comma 2⁴⁴. Va anche considerato che, laddove al primo tentativo di omologazione non riuscito faccia seguito un secondo accesso alla stessa o ad una differente procedura concorsuale, con esito positivo, l'interpretazione *secundum rationem legis* imporrebbe di ritenere che siano conservati gli effetti dell'autorizzazione ex art. 10 D.L.⁴⁵.

Si è tuttavia autorevolmente osservato che, nella pratica, il problema rischia di essere di poco momento, atteso che la norma così formulata non risulterebbe lesiva degli interessi dei creditori, in quanto nel caso non intervenga l'omologazione seguirà – verosimilmente – una procedura liquidatoria dove la prededuzione potrà essere riconosciuta.⁴⁶ Invero, avendo rilievo la preveducibilità soltanto in caso di apertura del concorso, avrebbe ben poco significato in pendenza della composizione negoziata, sia perché l'imprenditore è *in bonis* sia perché potrà richiedere le misu-

re protettive onde impedire al finanziatore di agire esecutivamente sul proprio patrimonio: pertanto in caso di mancata omologazione della successiva procedura l'impresa dovrebbe fallire; in alternativa, il finanziatore sarebbe libero di aggredire il patrimonio della società rimasta *in bonis*.

7. Esenzione dall'azione revocatoria

L'art. 12, comma 2, prevede un'ulteriore norma volta ad incentivare l'accesso all'istituto della composizione negoziata: non sono soggetti all'azione *revocatoria fallimentare* (di cui all'art. 67, comma 2, l.f.) – che è l'altra faccia della medaglia della prededuzione – gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché – come visto – "coerenti" con le trattative e le *prospettive di risanamento* (art. 12, comma 2)⁴⁷. Prospettive di risanamento che d'altronde l'esperto è tenuto a valutare fin dalla prima audizione dell'imprenditore (art. 5, comma 5): solo se tali prospettive risultino "concrete" (con un'assonanza alla terminologia dell'art. 27, D. lgs. n. 270/1999 per l'apertura dell'amministrazione straordinaria) il percorso della composizione potrà iniziare/proseguire e l'istanza deve essere archiviata *de plano* laddove un tale risultato non sia ragionevolmente ottenibile⁴⁸.

Viceversa, ai sensi del comma 3 dell'art. 12, gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono "in ogni caso" soggetti alle azioni revocatorie (artt. 66 e 67 l.f.) se, in relazione ad essi, (i) l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese (ex art. 9, comma 4), o se (ii) il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione (di cui all'art. 10).

Tale ultima previsione tuttavia rischia di essere un'arma spuntata, atteso che le azioni revocatorie fallimentari dopo lo spirare della composizione negoziata⁴⁹ saranno – in taluni casi – difficilmente ipotizzabili in assenza di una norma – analoga all'art. 69-bis l.f. – che faccia decorrere i termini almeno dalla pubblicazione della domanda di applicazione di misure protettive nel registro delle imprese, se il fallimento sia stato dichiarato entro un breve lasso di tempo e come effetto della medesima crisi⁵⁰. Discrasia ancor più evidente considerando da un lato che la composizione negoziata è un "percorso" stragiudiziale e non una procedura e, quindi, non v'è alcuna consecutio di procedure (minore/maggiore), dall'altro che non è stato previsto alcun prolungamento del periodo di revocabilità pur dinanzi alla sospensione delle istanze di fallimento ex art. 6, comma 1⁵¹.

Un'ulteriore riflessione merita il coordinamento della previsione della revocatoria ex art. 12, comma 3, con l'autorizzazione del tribunale ex art. 10 e l'assenso dell'esperto ex art. 9. Tale ultima norma, al comma 2, dispone che l'imprenditore debba informare preventivamente l'esperto del compimento di atti di straordinaria amministrazione⁵², nonché dell'esecuzione di

47. L'esenzione rievoca quella prevista in caso di eventuale successivo fallimento dell'impresa per gli atti, pagamenti e garanzie posti in essere per la presentazione ed esecuzione di un piano di risanamento, di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione.

48. Cfr. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi*, cit., il quale propende per il criterio causale del "più probabile che non". Sul concetto di risanabilità cfr. V. Minervini, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, p. 299 ss.; Id., *Le procedure concorsuali dopo il "lockdown": dal concetto di "insolvenza" a quello di "risanabilità"*, in *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di S. Ambrosini e S. Pacchi, Bologna, 2020, p. 595 ss.; G. Fauceglia, *La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi*, in *Giur. Comm.*, 2021, p. 431 ss., per il quale prima del Decreto non sembrava possibile "pervenire ad un giudizio di "risanabilità" dell'impresa.

49. Termine di 180 giorni, prorogabili di ulteriori 180 giorni con l'accordo di tutte le parti (art. 5, comma 7).

50. Cfr. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, cit.

51. Così F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, in *Infallimentarista.it*, 25 agosto 2021.

52. Gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che necessitano di preventiva comunicazione sono elencati, ancorché in via soltanto esemplificativa, nel Decreto dirigenziale (articolo 7.3). In generale, la giurisprudenza ha precisato che sono gli atti idonei ad incidere *negativamente* sul patrimonio del debitore, *pregiudicandone* la

42. Dello stesso avviso v. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, cit.

43. In tema di cessione d'azienda è stato correttamente osservato che il problema non è relativo all'opponibilità della cessione nelle procedure che seguiranno a carico dell'imprenditore cedente, quanto piuttosto all'opponibilità dell'effetto purgativo della vendita ai creditori del cedente che intendano agire nei confronti del cessionario (Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.).

44. Cfr. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, cit.

45. Mentre – osserva L. Bottai, *ivi* – "in caso di sopravvenuta risoluzione del contratto di finanziamento o di trasferimento d'azienda non sembra dubbio che gli effetti suddetti vengano meno definitivamente (così anche la responsabilità solidale del cessionario)".

46. Così L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.

pagamenti che non siano “coerenti”⁵³.

L'esperto dovrà quindi segnalare per iscritto – e attraverso la Piattaforma Telematica (meglio descritta nella Sezione 5 del Decreto dirigenziale) – all'imprenditore e all'organo di controllo (se nominato) l'atto che ritiene possa arrecare pregiudizio (i) ai creditori, (ii) alle trattative o (iii) alle prospettive di risanamento⁵⁴. L'imprenditore può fornire chiarimenti in proposito (art. 7.9 del Decreto dirigenziale) e allorquando ritenga ugualmente di compiere l'atto, nonostante la predetta segnalazione, l'esperto può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese nei successivi dieci giorni⁵⁵. Tale facoltà diviene invece un preciso dovere allorquando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori: al riguardo il Decreto dirigenziale evidenzia (articolo 7.6) che l'esperto, nel valutare il pregiudizio ai creditori, tiene anche conto della sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa e dei vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale⁵⁶.

Nel concreto, si potrebbero così verificare le seguenti ipotesi⁵⁷: (a) il finanziamento è stato rimborsato senza segnalazione all'esperto; (b) il rimborso del finanziamento è stato segnalato all'esperto e questo non ha dissentito; (c) il rimborso del finanziamento è stato segnalato all'esperto e questo ha dissentito, con successiva iscrizione nel registro delle imprese; (d) il rimborso del finanziamento è stato segnalato all'esperto e questo, pur dissentendo, non ha iscritto il suo dissenso nel registro delle imprese, non pregiudicando l'atto compiuto gli interessi dei creditori (ma, per esempio, pregiudicando le sole trattative ovvero le prospettive di risanamento).

V'è da chiedersi, quindi, cosa accadrebbe nel caso di successivo fallimento dell'impresa per tali atti. Invero potrebbero essere ragionevolmen-

consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determinano la riduzione ovvero lo gravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi (Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291; Trib. Treviso, 28 giugno 2017; Trib. Padova, 21 febbraio 2014; Trib. Pinerolo, 9 gennaio 2013; Trib. Terni, 28 dicembre 2012, tutte in www.ilcaso.it). Costituiscono invece atti di ordinaria gestione dell'azienda quelli strettamente aderenti alle finalità e alle dimensioni del suo patrimonio, che – ancorché comportanti una spesa elevata – lo migliorino o anche solo lo conservino, nonché quelli relativi alla prosecuzione dei rapporti negoziali pendenti, ove inerenti alla gestione caratteristica dell'impresa e non incidenti in modo innovativo sul suo patrimonio (ex multis cfr. Cass., 21 ottobre 2011, n. 2194; nel merito cfr. Trib. Milano, 11 dicembre 2012 e Trib. Prato, 14 giugno 2012, entrambe in www.ilcaso.it; Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org).

53. Riguardo i pagamenti la loro “non coerenza” andrà valutata rispetto «al momento in cui sono stati compiuti» gli atti, caso per caso, in relazione sia allo stato delle negoziazioni in essere con i creditori, sia alle concrete possibilità di risanamento dell'impresa e quindi di uscita dallo stato di crisi della stessa. Cercando di risolvere a monte i problemi, il Decreto dirigenziale – con uno sforzo apprezzabile e di non poco momento – suggerisce (articolo 7.4) “di fare particolare attenzione ai pagamenti diversi dai seguenti: il pagamento di retribuzioni a dipendenti; il pagamento di provvigioni ad agenti e di compensi a collaboratori coordinati e continuativi; il pagamento di debiti fiscali e contributivi; il pagamento di debiti commerciali, nei confronti di coloro che non siano parti correlate, e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi; il pagamento di rate di mutuo e canoni di leasing alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti; tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione.” I pagamenti non ricompresi in tale elenco, quindi, potenzialmente possono essere non coerenti – in virtù di una specie di presunzione legale – e devono valutati con particolare attenzione dall'imprenditore e, quindi, anche dall'esperto.

54. A tal fine il Decreto dirigenziale precisa (articolo 7.2) il comportamento opportuno per l'esperto nel corso del primo incontro (notiziare l'imprenditore del dovere di informazione previsto dalla legge).

55. L'iscrizione facoltativa produce tuttavia i medesimi effetti della iscrizione obbligatoria (art. 12, comma 3).

56. Non vi è pregiudizio, ad esempio, quando i finanziamenti richiesti siano necessari ad assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia in grado di rimborsare i finanziamenti attraverso i soli flussi derivanti dalla continuità stessa. Vi è viceversa pregiudizio, ad esempio, quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento (art. 7.9 del Decreto dirigenziale).

57. Le evidenze A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit.

te revocabili (ex comma 3 dell'art. 12) gli atti di cui *sub* lettere (a) e (c), mentre sarebbero esenti da revocatoria (ex comma 2 dell'art. 12) gli atti *sub* lettere (b) e (d) in presenza del presupposto temporale (posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto) e laddove “coerenti”⁵⁸.

In generale, si è comunque osservato che la sottoposizione a revocatoria degli atti e pagamenti effettuati, così come formulata, risulta assai generica e vaga da risultare uno scarso deterrente, anche considerato che tali misure sanzionatorie potranno scattare solo in caso di successivo fallimento⁵⁹.

8. La responsabilità dell'imprenditore

In ogni caso, per gli atti compiuti dall'imprenditore rimane ferma la sua responsabilità, in coerenza con la permanenza dei poteri di gestione in capo allo stesso e in applicazione del principio generale contenuto nell'articolo 2086 del codice civile, sia in ipotesi di conservazione degli effetti degli stessi, che in quelli soggetti ad azioni revocatorie.

Trattasi, a mente dell'art. 12, comma 4 (che richiama le ipotesi di cui ai commi 1, 2 e 3 del medesimo articolo) degli atti: (i) autorizzati dal tribunale ai sensi dell'art. 10, laddove la composizione negoziata abbia esito negativo e ad essa consegua una procedura; (ii) non soggetti all'azione revocatoria di cui al comma 2 dell'art. 67; (iii) di straordinaria amministrazione e dei pagamenti effettuati nel corso del percorso della composizione, in relazione ai quali l'esperto abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ovvero non autorizzati dal tribunale ai sensi dell'art. 10.

Pertanto i profili di responsabilità dell'imprenditore sono da porsi in relazione agli atti per cui sussiste un preciso dovere di informazione, sia in quanto oggetto di necessaria autorizzazione (per gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 10, comma 1, e 12, comma 1), sia in quanto rientranti nel perimetro di cui al comma 2 dell'art. 9, riguardante gli atti di straordinaria amministrazione ed i pagamenti (non coerenti)⁶⁰.

L'ipotesi più semplice si ha laddove a seguito di tale informazione sia intervenuta l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese da parte dell'esperto: in tal caso la responsabilità dell'imprenditore che, nonostante l'iscrizione compie l'atto, risulta triplice: a) per danni, b) per la revocabilità delle operazioni e c) penale, ai sensi dell'art. 12, commi 3 e 5⁶¹.

Più difficile è il tema degli atti che l'imprenditore compie senza aver previamente informato l'esperto. In tal caso la legge nulla dice: l'art. 9 infatti disciplina le conseguenze degli atti compiuti dall'imprenditore nonostante il dissenso dell'esperto (previamente notiziato degli atti stessi), ma nulla prevede in caso di mancata informazione da parte dell'imprenditore

58. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit., precisa che andrebbero “approfondite le ragioni della distinzione ex art. 9, terzo e quarto comma, tra iscrizione del dissenso nel registro delle imprese obbligatoria (perché l'atto è pregiudizievole per i creditori) e iscrizione del dissenso nel registro delle imprese facoltativa (perché l'atto può arrecare pregiudizio alle trattative o alle prospettive di risanamento), posto che ove dissenso dell'esperto vi sia stato, la revocabilità dell'atto, certa nel primo caso, sarebbe ragionevole anche nel secondo caso (pur subordinandola ad una ulteriore verifica in sede fallimentare)”.

59. Così F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il “de profundis” per il sistema dell'allerta*, in *Ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021, per il quale al di fuori del fallimento “... non sembrano previste serie misure di contrasto degli abusi che può compiere il debitore, di tal genere non potendo considerarsi l'obbligo di informare l'esperto, incombente sul debitore, in ordine alla sua intenzione di compiere pagamenti ed atti di straordinaria amministrazione (art. 9), tenuto conto che tale obbligo sussiste solo quando lo stesso debitore (improbabilmente) ritenga che tali atti e pagamenti siano non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento”.

60. Ciò che potrà accadere ogni qualvolta il debitore provveda a contrarre obbligazioni superflue o eccessivamente gravanti sul ciclo produttivo, privando l'azienda di risorse determinanti, ovvero a soddisfare crediti non strategici nonostante la concessione di misure protettive, etc.

61. Sull'esperto, peraltro, pende una corrispondente responsabilità per la vigilanza stretta e attenta sulle condotte del debitore, specialmente quelle non dichiarate e comunicate.

(scientemente ovvero per negligenza, imprudenza o ancora imperizia) degli atti che ricadono nell'ambito del comma 2⁶².

Ebbene, al pari dell'esecuzione di quegli atti compiti nonostante l'iscrizione del dissenso, ovvero non coerenti, è ragionevolmente ritenere che l'omessa informativa comporti una precisa responsabilità per l'imprenditore.

Responsabilità di natura *civile*, per violazione dei doveri di informazione imposti dall'art. 9 ma anche dei più generali doveri di comportarsi secondo buona fede e correttezza (art. 4, comma 4) e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 4, comma 5), laddove il danno causato da tale omissione sarà commisurato al pregiudizio causato agli interessi dei creditori. Ma anche responsabilità di natura *penale*, ricavabile *a contrario* dall'ultimo comma dell'art. 12, laddove si prevede l'inapplicabilità dei reati di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice per i pagamenti e le operazioni compiute nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto purché "coerenti", nonché per gli atti autorizzati dal tribunale a norma dell'art. 10. Trattasi, quindi, di bancarotta nel caso in cui sopraggiunga il fallimento per atti compiuti durante la fase delle trattative "non coerenti" oppure non autorizzati.

9. Conclusioni

Alcune riflessioni conclusive.

La conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal tribunale è uno degli incentivi offerti dal legislatore per accedere al percorso della composizione negoziata. Percorso sul quale il legislatore, ispirato all'esperienza francese del *conciliateur judiciaire*⁶³ (che sta dando buoni frutti), confida molto per traghettare fuori dalla "palude" della crisi le imprese che hanno prospettive di essere risanate. Imprese in crisi che, purtroppo, per effetto della pandemia da Covid-19 ci si aspetta essere assai numerose allorquando termineranno le misure di sostegno alle imprese introdotte con i decreti emergenziali.

L'istituto, come visto, è espressione del principio di *autonomia negoziale* nella composizione della crisi. È compito ora degli operatori – imprenditori/debitori, professionisti/esperti e creditori – dimostrare che tale *favor* del legislatore per la soluzione negoziata della crisi d'impresa sia stata una scelta felice. Ciò, evidentemente, imporrà un cambio culturale notevole per tutti i soggetti coinvolti nel percorso della composizione negoziata.

Si è detto, da più parti, che è un istituto *debtor-friendly*: certo, ma se applicato correttamente e nella fase precoce della crisi per consentire l'emersione tempestiva e un pronto risanamento dell'impresa, potrà dimostrarsi anche *creditor-friendly*. Facile supporre, invero, che coinvolgere i creditori in trattative volte a comporre la crisi in una fase precoce e a salvare l'azienda possa avere esiti più soddisfattivi (per i creditori) di una procedura concorsuale che interviene in un momento patologico avanzato.

Nel solco della direttiva comunitaria 2019/1023, le nuove norme sono destinate a rivoluzionare il diritto della crisi, con una (da più parti auspicata) riduzione delle tradizionali procedure concorsuali e con l'attribuzione ai giudici del solo compito di dirimere le controversie e decidere sugli atti

più rilevanti: procedure concorsuali che, nell'intenzione del legislatore, diventeranno – unitamente all'accesso ai tribunali – residuali. In tale ottica, è da accogliere con favore l'inserimento del *percorso* della composizione assistita al di fuori della legge fallimentare, onde favorire finanche l'accesso degli operatori stranieri al "mercato" delle aziende in crisi, oggi spesso precluso per la mancanza di uno strumento di risanamento che si colloca al di fuori delle procedure.

Il "percorso" della composizione non è una "procedura concorsuale", anche se leggendo l'impianto normativo in più parti si ravvisano una serie di tutele e di effetti tipici proprio delle procedure concorsuali: tra questi, la prededuzione per i finanziamenti dei soci, la rimodulazione ad equità dei contratti, la possibilità di cessione aziendale senza la solidarietà passiva di cui all'art. 2560, comma 2, c.c. e l'esclusione dell'obbligo di postergazione rispetto ai finanziamenti *infra gruppo*.

La conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal tribunale ex art. 12 comma 1 rischia, quindi, di minare la convinzione, sopra affermata, circa la natura non concorsuale del nuovo istituto. E i dubbi potrebbero sorgere considerando finanche l'inibitoria dalle azioni esecutive e la necessità di accedere alla composizione negoziata per poi, all'esito negativo della stessa, presentare un concordato semplificato ex art. 18, comma 1, e accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa.

Peraltro, si avverte anche la necessità di coordinamento con alcuni principi consolidati nelle procedure concorsuali, quali la *consecutio* e il conseguente periodo di retrodatazione per l'esercizio delle azioni revocatorie, onde rendere più efficace l'arma di cui all'art. 12, comma 3. V'è da chiedersi quindi se tale istituto non vada definito, utilizzando l'interpretazione sistematica, un istituto di diritto concorsuale al pari degli accordi di ristrutturazione dei debiti.⁶⁴

Un antico insegnamento di Lucio Giavoleno Prisco, tuttavia, ci ricorda che "*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit*"⁶⁵.

62. Di converso, i doveri dell'esperto indicati dall'art. 9 sono invero collegati e, in qualche modo, subordinati, al preciso dovere di informazione che ha l'imprenditore: informazione all'esperto *ex ante* rispetto all'atto che vuole compiere ovvero *ex post* laddove, nonostante la segnalazione dell'esperto, l'imprenditore abbia ritenuto ugualmente di compiere l'atto.

63. Di cui all'art. 611-4 Code de Commerce: il *conciliateur* è stato introdotto in Francia da un decennio e modificato il 15.9.2021 con Ordonnance 2021/1193; tuttavia in Francia non è ammesso per le imprese che siano insolventi (in *cessation des paiements*) da più di 45 giorni e il tribunale commerciale che nomina il professionista indipendente, non è composto da magistrati togati, bensì da giudici eletti tra i commercianti o i dirigenti di società commerciali (sul tema cfr. Carmellino, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fall*, 2015, 1057). Peraltro va ricordato che già gli artt. 825 e 827 del Codice di Commercio del 1882 disciplinavano l'accordo amichevole durante la moratoria prefallimentare, da stipularsi con la maggioranza dei creditori che rappresentasse almeno il 75% del passivo: procedura stragiudiziale che non aveva un contenuto predeterminato e con salvezza dei diritti dei dissenzienti.

64. Seguendo la recente accezione della Suprema Corte (cfr. Cass, sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182).

65. lav. 11 epist. D. 50, 17, 202.

La conservazione degli effetti in caso di insuccesso della composizione negoziata

di Antonio Pezzano, Avvocato in Firenze

e Massimiliano Ratti, Avvocato in La Spezia

Gli autori offrono un approfondito esame dell'art. 12 L. 147/2021, in particolare analizzandone la disciplina rispetto agli atti di ordinaria amministrazione, con le possibili ricadute tanto revocatorie che risarcitorie. Conclude il lavoro una riflessione aperta sulla possibile natura della composizione negoziata.

Sommario:

1. Inquadramento del fenomeno
2. L'art. 12 L. 147/2021
3. L'irrevocabilità degli atti di ordinaria amministrazione...
4. ...E la revocabilità degli atti compiuti con il dissenso iscritto dell'esperto
5. La persistenza delle responsabilità
6. La composizione negoziata: un nuovo istituto del diritto concorsuale
7. Gli effetti conservati delle misure premiali

1. Inquadramento del fenomeno

Con il D.L. 24 agosto 2021 n. 118 e la conseguente legge di conversione n. 147 del 21 ottobre 2021¹, ha preso corpo un nuovo istituto d'allerta per la possibile soluzione negoziale delle crisi d'impresa², qual è appunto la composizione di cui all'art. 2 - che si appalesa innovativa per i suoi endogeni tratti concorsuali (per cui *infra* § 6), essendo ivi prevista un'espressa protezione e, comunque, disciplina rispetto a quanto si verifica, legalmente³ ed in forza di autorizzazione giudiziale, nell'ambito della sua cornice temporale, oltre che nello scenario del suo insuccesso.

Uno sforzo encomiabile, quindi, che ha l'ambizione di voler infondere fiducia nell'efficienza del "Sistema Italia", soprattutto al cospetto degli operatori esteri⁴, e che si riflette in un maggior grado di certezza nei traffici

giuridici, favorendo così l'implementazione di quelli commerciali, a partire da quelli finanziari⁵.

Per rendersi conto del deciso passo in avanti che, al riguardo, è stato compiuto con la neo riforma rispetto al codice della crisi e dell'insolvenza⁶, basti considerare che ivi l'unica previsione in tema è quella dell'art. 19, comma 4 (peraltro neppure del tutto perspicua) secondo cui "*l'accordo produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento*" (ragion per cui, un pagamento o qualsivoglia atto unilaterale in genere, esecutivo del piano attestato - come, ad esempio, anche la concessione di un'ipoteca - non potrebbe ricevere alcuna tutela di esenzione dalla revocatoria, seppur ricompreso nell'accordo di cui all'art. 19 cit.).

Il legislatore del 2019 non ha effettuato alcun ulteriore intervento sul tema, se si eccettua il riconoscimento della prededuzione ai membri dell'OCRI, resiliente anche nelle eventuali e successive procedure (art. 6, comma 1, lett. a e comma 2, CCII), con la precisazione del terzo comma, alla stregua del quale "*non sono prededucibili i crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI.*"

Dunque, tutti gli atti compiuti dal debitore durante il periodo dell'allerta disciplinata nel CCII, sia essa coattiva o volontaria, risultano privi di qualsiasi regolamentazione per l'ipotesi che poi l'allerta stessa non si chiuda positivamente e l'impresa venga assoggettata alla liquidazione giudiziale, con buona pace dei contraenti, finanziari e di servizi/forniture, che le hanno continuato a dar fiducia.

Il tutto, peraltro, in aperta distonia - visto anche il considerando 69 (dall'emblematico *incipit*: "*Al fine di promuovere una cultura che incoraggi la ristrutturazione preventiva precoce...*") - con l'art. 18 Dir. UE n. 1023/2019 che al primo comma prescrive che "*gli Stati membri provvedono affinché, nel caso di successiva insolvenza di un debitore, le operazioni che sono ragionevoli e immediatamente necessarie per le trattative sul piano di ri-*

1. Il cui articolato, allorché richiamato nel presente scritto, per brevità d'ora in poi sarà indicato senza alcun riferimento né al D.L. né alla Legge.

2. Fra i tanti autori che hanno già affrontato il nuovo istituto della composizione negoziale per la crisi d'impresa, vale la pena segnalare S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del cci, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2021, I, pag. 901 e ss.; L. Baccaglioni e F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in www.dirittodellacrisi.it, 12 ottobre 2021; Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in www.ilfallimentarista.it, 4 ottobre 2021; A. Ghedini e L. Russotto, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, in www.dirittodellacrisi.it, 19 ottobre 2021; S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 28 settembre 2021; A. Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 ottobre 2021; Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in www.dirittodellacrisi.it, 26 Ottobre 2021.

3. Fra i tanti autori che hanno già affrontato il nuovo istituto della composizione negoziale per la crisi d'impresa, vale la pena segnalare Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del cci, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2021, I, pag. 901 e ss.; Baccaglioni e De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in www.dirittodellacrisi.it, 12 ottobre 2021; Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in www.ilfallimentarista.it, 4 ottobre 2021; Ghedini e Russotto, *L'istituto della composizione negoziata della crisi*, in www.dirittodellacrisi.it, 19 ottobre 2021; S. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 28 settembre 2021; A. Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: presupposti e obiettivi*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 ottobre 2021; V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in www.dirittodellacrisi.it, 26 Ottobre 2021.

4. Problema oramai notoriamente endemico che vede l'Italia agli ultimi gradini in punto di efficienza dei sistemi giudiziari ed amministrativi.

5. Tanto che a presidio di ciò la Dir. UE n. 1023/2019 ai "considerandi" da 67 a 70 e negli artt. 17 e 18 prescrive che gli Stati membri, anche "*al fine di promuovere una cultura che incoraggi la ristrutturazione preventiva precoce*", adottino tutte le misure necessarie affinché i finanziamenti e le operazioni che sono ragionevoli e immediatamente necessarie per le trattative siano protetti dalle azioni revocatorie nelle successive procedure di insolvenza.

6. Di seguito CCII. Difatti, il sistema d'allerta di nuovo conio della recente novella si distingue nettamente da quello del CCII anche, per non dire *in primis*, per aver riportato l'elemento volontaristico dell'imprenditore in crisi come centrale rispetto a quello sostanzialmente coattivo del D. Lgs. n. 14/2019 e perciò anche in linea con i dettati dell'unione europea. Ci sia permesso rinviare in tema a A. Pezzano, *Il nuovo d.l. in materia di crisi d'impresa e risanamento aziendale: con la composizione negoziata quale prospettiva per il diritto concorsuale?*, in www.dirittodellacrisi.it, 9 agosto 2021.

strutturazione non siano dichiarate nulle, annullabili o inopponibili in base al rilievo che dette operazioni sono pregiudizievoli per la massa dei creditori⁷.

Ecco allora che va salutata con favore la scelta del Legislatore di regolare al meglio gli effetti degli atti e contratti in corso, come pure perfezionati durante le trattative, soprattutto per l'ipotesi che la crisi non si snodi verso gli auspicati esiti di cui all'art. 11, commi 1 e 2, ove interviene una sorta di "barriera" i) preventiva, volta a dirimere e, appunto, anticipare ogni situazione che possa ingenerare potenziali conflitti e ii) protettiva, contro la quale si infrangono sino a dissolversi eventuali contestazioni in merito alla stabilità degli atti compiuti.

Il perimetro di detta profilassi preservatrice spazia dalla previsione dell'art. 4 comma 6, ove viene sancito che l'accesso alla composizione negoziata non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari, per proseguire con quanto disposto dall'art. 6 in ordine: alla possibilità di effettuare pagamenti durante la composizione (comma 1), all'insensibilità dei crediti da lavoro dipendente alle misure protettive (comma 3), all'impronunciabilità della sentenza di fallimento sino a quanto la composizione è in corso (comma 4), all'impossibilità per il contraente *in bonis* di risolvere o rifiutarsi di adempiere i contratti per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti anteriori (comma 5).

L'afflusso di dette misure stabilizzanti involge, altresì, l'art. 8, in merito alla sospensione degli obblighi di capitalizzazione e l'art. 10, relativo agli atti che necessitano della previa autorizzazione giudiziale per fruire, quali finanziamenti, della prededuzione (comma 1, lett. a, b e c) ovvero, in caso di trasferimenti aziendali, per far conseguire all'acquirente l'esenzione dalla solidarietà passiva di cui all'art. 2560, comma 2, c.c. (comma 1, lett. d) oppure, ancora, per ottenere la rideterminazione secondo buona fede dei contenuti dei contratti divenuti eccessivamente onerosi a causa della pandemia, fatta eccezione per le prestazioni dei contratti da lavoro dipendente (commi 2 e 3).

Non ne rimangono immuni neppure l'art. 13 comma 9 (per il riconoscimento di una particolare esenzione da postergazione legale a favore dei finanziamenti infragruppo), l'art. 15 comma 1 e 2 (in riferimento alla permanenza, durante le trattative, del dovere di vigilanza in capo agli organi di controllo, con la conseguenza che la tempestiva segnalazione ha l'effetto di esonerare o attenuare la relativa responsabilità) e l'art. 16 comma 11 (in ordine alla prededucibilità del compenso dell'esperto).

2. L'art. 12 L. 147/2021

Ma - ed andando così allo specifico tema d'indagine del contributo - è soprattutto nell'art. 12 (nonché nell'art. 14 per alcuni marginali aspetti) che la recente novella ha ben interpretato i dettati "unionali".

Recita così la disposizione tema d'indagine:

Art. 12 Conservazione degli effetti

"1. Gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18.

2. Non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento

7. Va infatti ricordato che, se pur vero che la Dir. UE n. 1023 risulta pubblicata il 20 giugno 2019, e la legge delega n. 155 il 19 ottobre 2017, lo Stato italiano sin dal novembre 2016 aveva ricevuto la Proposta di direttiva (*recte*, Progetto di atto legislativo) dal Parlamento Europeo e dal relativo Consiglio tanto che si esprimeva in proposito favorevolmente pur se con alcune precisazioni sin dal 24 maggio 2017 (cfr. Documento finale Camera dei Deputati, Commissione 2 (Giustizia) in Atti parlamentari, doc. XVIII, n. 69).

esistenti al momento in cui sono stati compiuti.

3. Gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 66 e 67 del regio decreto n. 267 del 1942, se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 9, comma 4, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 10.

4. Nelle ipotesi disciplinate dai commi 1, 2 e 3 resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti.

5. Le disposizioni di cui agli articoli 216, terzo comma, e 217 del regio decreto n. 267 del 1942 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiute nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 5, comma 5, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale a norma dell'articolo 10."

Come accennavamo, ciò che subito balza agli occhi è l'anelito di completezza che ha pervaso il legislatore nel suo agire di nuovo conio e che ci sembra rappresenti effettivamente un *unicum* nella frastagliata normativa concorsuale (tale rimasta anche dopo il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sol pensando alle varie amministrazioni straordinarie, come pure alle liquidazioni coatte speciali delle leggi bancarie e assicurative).

E non è un caso che, per cercare di incoraggiare al massimo i traffici giuridici e commerciali, segnatamente il rilascio di nuovo credito alle imprese meritevoli in crisi, non sono state riprodotte le comunque "destabilizzanti" disposizioni di cui all'ultimo capoverso dell' art. 99, comma 6, CCII (e art. 101, comma 2) secondo cui "In caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, i finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededuzione quando risulta congiuntamente che: a) il ricorso o l'attestazione di cui al comma 2 contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione; b) il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano le circostanze di cui alla lettera a)."

D'altra parte, ove mai emergessero tali evenienze, la "via" risarcitoria resterebbe ben percorribile da parte del Curatore, se del caso in seno all'azione di responsabilità, soprattutto ora che ne è stata riconosciuta la sua piena legittimazione rispetto all'eventuale concorso anche da parte dell'istituto di credito⁸.

L'aspetto della conservazione degli atti autorizzati ex art. 10, di cui al primo comma dell'art. 12 e, comunque, di quelli aventi natura straordinaria verrà trattato in un altro contributo, a cui si rimanda.

3. L'irrevocabilità degli atti di ordinaria amministrazione...

Nel presente, invece, ci interesseremo specificamente di cosa succede rispetto agli atti di ordinaria amministrazione compiuti durante le trattative nell'ipotesi di insuccesso delle stesse, cioè in cui nessuno dei percorsi di cui all'art. 11, commi 1 e 2 risulti positivamente esitato.

Dunque delle previsioni del secondo comma dell'art. 12 e, per quanto di ragione rispetto ai pagamenti, del terzo comma, con relative ricadute rispetto alle correlate previsioni di cui ai successivi quarto e quinto comma.

Per far ciò è preliminarmente necessario ripercorrere le distinzioni di matrice concorsualistica tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, che costituisce da sempre un "nodo gordiano" particolarmente complesso, tanto nella procedura di "concordato in bianco" quanto con

8. Cfr. Cass., sez. I, 30 giugno 2021, n. 18610 in www.ilcodicedeiconcordati.it; *ibidem*, Cass., sez. I, 14 settembre 2021, n. 24725 anch'essa in www.ilcodicedeiconcordati.it. In dottrina, Inzitari, *L'azione del curatore per abusiva concessione di credito*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 agosto 2021.

riferimento ai c.d. “atti legalmente compiuti” di cui al citato art. 161, comma 7, l. fall. poiché, per espressa previsione del medesimo comma, “i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell’articolo 111”.

Sul tema è comunque finalmente intervenuta la Suprema Corte di Cassazione la quale, con ben 28 sentenze “gemelle”, ha fissato i principi in tema di prededuzione dei crediti di terzi sorti per atti legalmente compiuti dall’imprenditore nel citato periodo ed ha chiarito cosa debba intendersi per atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, la cui differenziazione è legata indissolubilmente alla situazione di crisi in contrapposizione al concetto di “atti legalmente compiuti”⁹ (atteggiandosi diversamente nel caso di imprenditore *in bonis*).

Naturalmente non vi è ragione per discostarsi nella composizione assistita da tali distinzioni fra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, sebbene possa disorientare quanto precisato al riguardo nel Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021 di cui all’art. 3, comma 2. Difatti, pur non vincolando in alcun modo il debitore (e tantomeno l’interprete), lascia un poco perplessi che possano essere catalogati come atti di straordinaria amministrazione anche “gli atti dispositivi in genere” di cui al par. 7.3. della Sezione III, atteso che risulta concetto che potrebbe essere assolutamente decontestualizzato ove si pensi alla vendita ordinaria di beni/merci di un’impresa, in particolare ove di modico valore e/o di natura immobiliare (anche perché l’art. 167, comma 2, l. fall. considera *ex lege* di straordinaria amministrazione solo tale ultima tipologia di alienazioni).

A maggior ragione in un tale quadro, indubbiamente potrebbe risultare complesso accertare nel caso concreto, ai fini appunto dell’esenzione da revocatoria, se gli atti di ordinaria amministrazione siano “coerenti con l’andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti.”

9. Sono ben 5 i principi di diritto espressi da Cass., sez. I, 29 maggio 2019, sentenze da n. 14713 alla n. 14733 in www.ilcodicedeiconcordati.it (si rileva che i medesimi principi di diritto sono stati riportati anche dalle sentenze della Cass., sez. I, 31 maggio 2019 da n. 15095 a n. 15101, sempre in www.ilcodicedeiconcordati.it):

Principio n. 1) *i crediti di terzi, scaturenti da atti legalmente compiuti dall’imprenditore dopo la presentazione di una domanda di concordato in bianco, sono in astratto prededucibili, per espressa disposizione di legge, nel fallimento o nella liquidazione coatta amministrativa, anche ove vi sia stata rinuncia al concordato, poiché il requisito della consecuzione tra le procedure dipende dalla mancanza di discontinuità dell’insolvenza;*

Principio n. 2) *nella fase di preconcordato, ai sensi dell’art. 161, settimo comma, legge fall., è consentito al ricorrente di compiere atti di gestione dell’impresa, senza necessità di autorizzazione del tribunale, ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio;*

Principio n. 3) *la nozione di atti legalmente compiuti, di cui all’art. 161, settimo comma, legge fall., è legata innanzi tutto al significato della distinzione tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, la quale va intesa secondo l’art. 167 legge fall.; sicché resta incentrata sul requisito della idoneità dell’atto a incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, perché in grado di determinarne la riduzione ovvero di gravarlo di vincoli e di pesi cui non corrisponde l’acquisizione di utilità reali prevalenti; del ceto creditorio mediante l’assunzione di ulteriori debiti o la sottrazione di beni alla disponibilità della massa;*

Principio n. 4) *anche dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o di straordinaria amministrazione dell’atto deve essere compiuta con riferimento all’interesse della massa dei creditori, e non dell’imprenditore insolvente, essendo possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio dell’impresa possano, invece, assumere un diverso connotato se compiuti nel contesto procedimentale attivato dalla domanda suddetta, laddove gli stessi finiscano con l’investire gli interessi;*

Principio n. 5) *la necessità di valutare l’atto in coerenza con la situazione nella quale è posto in essere impone al debitore, che intenda presentare una domanda di concordato “con riserva”, l’onere di fornire informazioni sul tipo di proposta (o anche sul contenuto del piano) idonee a discernere verso quale forma di concordato egli abbia inteso indirizzarsi, per modo da confrontare rispetto a essa la valutazione degli atti consentiti; sicché in difetto l’atto, che si riveli idoneo a incidere negativamente sul patrimonio, deve essere considerato, ai fini dell’art. 161, settimo comma, come di amministrazione straordinaria.*

Soprattutto in considerazione della circostanza che, nonostante tale valutazione debba effettuarsi nel “momento in cui [gli atti] sono stati compiuti” e quindi con apprezzamento *ex ante* (come prescrive espressamente anche l’art. 18, comma 2, Dir. 1023/2019), nei fatti risulta spesso incisiva l’influenza del giudizio *ex post*.

Indubbiamente faciliterà il debitore una previa predisposizione del piano con cui intende operare nel periodo delle trattative, come d’altra parte gli impone l’art. 5, comma 3, lett. b), ove prescrive il deposito di “una relazione chiara e sintetica sull’attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare”.

Piano che risulterà ancora più credibile se risulti supportato anche dal positivo esito del *test on line* di cui all’art. 3, comma 2, che non a caso “contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento”, facilitato tra l’altro nella relativa germinazione dalle indicazioni al riguardo contenute nel Decreto Dirigenziale¹⁰, che opportunamente si è mosso in linea con le indicazioni della Dir. UE n. 1023/2019¹¹.

D’altra parte, gli atti di ordinaria amministrazione dovrebbero essere fisiologicamente “coerenti”.

E non è un caso che l’art. 18, comma 4, lett. d), Dir. UE n. 1023/2019 li salvaguarda senza distinzione, aggiungendo tra l’altro, “come minimo”, nello stesso alveo anche i pagamenti a favore dei dipendenti nonché per i professionisti della ristrutturazione¹².

Dunque sono qualcosa di più degli atti “legalmente” resi di cui all’art. 161, comma 7, l. fall., che la giurisprudenza ha chiarito essere solo quelli con finalità conservative¹³.

D’altra parte, lì ci troviamo in una situazione già di acclarata crisi o addirittura insolvenza con automatica protezione legale; qui non necessariamente e con protezione su richiesta solo giudiziale.

Tant’è che anche i pagamenti dei creditori anteriori possono essere effettuati (art. 6, comma 1 a differenza che nel concordato preventivo in cui *ex art.* 168, comma 1, l.fall., sono inibiti, fatta salva l’eccezionale ipotesi disciplinata dall’art. 182-quinquies comma 5 l.fall.).

Una finale riflessione, sempre in relazione al disposto dell’art. 12, comma 2.

Dovrebbe essere naturale, quantunque la norma non lo dica espressamente, che se si tratta di atti e garanzie non revocabili, i relativi crediti dovrebbero risultare fruente della prededuzione, che come noto¹⁴ costituisce

10. Si veda Decreto Dirigenziale, 28 settembre 2021, Sez. II “*Check-list (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per la analisi della sua coerenza*” che non a caso evidenzia nell’incipit in corsivo “È utile, anche se non imprescindibile, che l’imprenditore, nel momento in cui decide di intraprendere il percorso di risanamento, abbia già redatto un piano. In ogni caso occorre che lo rediga, in tempi brevi, nel corso della composizione negoziata per individuare le proposte da formulare alle parti interessate e la soluzione idonea per il superamento della crisi.”

11. Difatti il considerando 69 precisa che “L’autorità giudiziaria ed amministrativa, nel determinare la ragionevolezza e l’immediata necessità dei costi e degli onorari ad esempio dovrebbe poter prendere in esame proiezioni e stime presentate [d]alle parti interessate ad un comitato di creditori, a un professionista nel campo della ristrutturazione o alla stessa autorità giudiziaria od amministrativa. A tal fine, gli Stati membri potrebbero dover anche esigere che i debitori forniscano ed aggiornino le stime pertinenti. Questa proiezione dovrebbe aumentare la certezza delle operazioni effettuate con imprese notoriamente in difficoltà finanziarie e far sì che i creditori e gli investitori non temano più che tutte queste operazioni possano esser dichiarate nulle se la ristrutturazione fallisse.”

12. E per l’occasione constatare che tra i pagamenti per i quali il Decreto Dirigenziale invita a fare particolare attenzione vi siano anche quelli relativi al pagamento degli onorari dei professionisti della ristrutturazione (v. par. 7.4., Sez. III).

13. Cass., sez. I, 29 maggio 2019, n. 14717, cit. in cui viene, appunto, espresso il seguente principio di diritto “nella fase di preconcordato, ai sensi dell’art. 161, settimo comma, legge fall., è consentito al ricorrente di compiere atti di gestione dell’impresa, senza necessità di autorizzazione del tribunale, ai soli fini della conservazione dell’integrità e del valore del patrimonio”.

14. Cfr. L. Bottai, “La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative”, cit. e prima ancora S. Leuzzi, *Dalla crisi all’emergenza: la prededuzione al tempo del Covid-19*, in www.dirittodellacrisi.it, 18 marzo 2021, il

l'altra faccia della medaglia dello stesso fenomeno che concerne gli atti non revocabili (almeno di quelli compiuti "legalmente" durante una procedura anche minore ovvero in funzione della stessa anche per espressa previsione di legge).

D'altra parte, opinare diversamente, soprattutto rispetto ai crediti derivanti da atti di ordinaria amministrazione, significherebbe vanificare le finalità di fondo della composizione negoziata, atteso che nessuno continuerebbe ad operare con l'imprenditore che vi ricorre.

Peraltro, se "non sono inibiti i pagamenti" (art. 6, comma 1) e se il contraente *in bonis* deve continuare ad operare con l'imprenditore, ove anche interessato da una misura protettiva (art. 6, comma 5), immaginare che poi il medesimo, in ipotesi di fallimento (o anche di un ADR o concordato preventivo)¹⁵ - unicamente perché, caso mai, meno scaltro del creditore che è riuscito a farsi pagare prima e quindi si giova dell'esenzione dalla revocatoria -, non possa fregiarsi della prededuzione¹⁶ sarebbe assolutamente irragionevole e quindi non sostenibile su un piano di tenuta costituzionale ex art. 3.

4. ...E la revocabilità degli atti compiuti con il dissenso iscritto dell'esperto

L'atteggiamento del debitore dovrà comunque mutare, divenendo cioè più prudente in caso di ritenuta¹⁷ sussistenza di uno stato di crisi e ancor più nello scenario dell'insolvenza.

Difatti, "l'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori" (art. 9, comma 1)¹⁸.

Tanto che il terzo comma dell'art. 12 dispone "in ogni caso" la soggezione alle azioni di cui agli artt. 66 e 67 l. fall. ogni qual volta un atto o un pagamento sia considerato dall'esperto non coerente rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento ed il medesimo abbia manifestato il suo dissenso poi, anche iscritto al registro delle imprese, come peraltro è tenuto a fare obbligatoriamente ogni qual volta reputi che il pagamento sia pregiudizievole per i creditori ex art. 9, comma 4.

Trattasi di disposizione che pone più d'un dubbio.

Che valenza dovrebbe attribuirsi all'avverbio "in ogni caso"? Forse che il curatore dell'eventuale successivo fallimento dovrà comunque intraprendere la strada della revocatoria?

Francamente ci sembra troppo, potendo anche nel caso specifico emergere che l'azione non farebbe conseguire alcuna utilità concreta.

Né potrebbe ipostatizzarsi una presunzione "iuris et de iure" di fondamento dell'azione, non fosse altro che per il fatto che il dissenso dell'esperto rispetto al compimento dell'atto di cui all'art. 9, comma 4 non viene comunicato al terzo il quale, dunque, ne potrebbe avere conoscibilità, attraverso la pubblicità al registro delle imprese, solo a negozio perfezionato.

Pertanto, deve concludersi che l'avverbio *de quo* mira ad escludere la possibilità che siano invocabili, in alcun caso (quindi, ad esempio, ove anche, dopo la composizione infruttuosa e prima del fallimento, sia seguito un concordato preventivo omologato e poi risolto o annullato), le esimenti previste dall'art. 67, comma 3, l. fall.

Esimenti che, però, non hanno rilievo rispetto alle revocatorie ordinarie - e quindi il rinvio anche all'art. 66 l. fall. risulterebbe ultroneo - se si consideri l'insegnamento della Corte di Legittimità¹⁹, tanto che il legislatore del Codice della Crisi, ben conscio della problematica, ha ritenuto necessario superare l'impasse prevedendo nel nuovo art. 166, comma 3, l'espressa estensione delle esimenti in esame (*recte* di alcune e cioè solo quelle di cui alla lett. d ed e) anche alle azioni revocatorie ordinarie.

Tra l'altro, vi è da chiedersi per quale ragione, in una tale avviluppata situazione, nel secondo comma dell'art. 12 non si sia estesa la tutela dell'esenzione anche verso la revocatoria ordinaria ex art. 2901 e ss c.c., quantomeno rispetto all'azione in sede fallimentare ex art. 66 l.fall.²⁰

La disposizione resta, in generale, comunque da apprezzare, anche perché, a differenza dell'analoga disposizione in tema che fa riferimento al più incisivo concetto di adeguatezza (a "consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria" del piano attestato di cui all'art. 67, comma 3, lett. d, l.fall.)²¹, il giudizio sulle "prospettive di risanamento" dovrebbe rappresentare un *minus* probabilistico che in quanto tale offre maggior certezza ai traffici giuridici/commerciali, anche perché, come poc'anzi anticipato, da valutarsi esclusivamente alla situazione esistente al momento di compimento degli atti.

Ulteriore perplessità: qualora la composizione, non solo non naufraghi, ma si chiuda con uno degli accordi di cui all'art. 11, comma 1, lett. a) o c),²² se poi siano tali accordi a naufragare, in sede revocatoria fallimentare si guarderà sempre e solo all'art. 12 oppure, soprattutto nel caso di cui alla lettera c), che produce, testualmente, "gli effetti di cui all'articolo 67, comma 3, lett. d)" , bisognerà restare ancorati al concetto di adeguatezza ai fini revocatori?

quale plasticamente conclude che "all'esenzione da revocatoria fa da pendant la prededuzione". In giurisprudenza cfr. Cass., sez. I, 5 marzo 2014, n. 5098 in www.ilcaso.it.

15. È infatti oramai pacifico che la prededuzione corra anche all'interno delle procedure concorsuali c.d. "minori", quali gli accordi di ristrutturazione ed il concordato preventivo ovvero, in caso di naufragio della prima procedura, anche poi nella seconda e, in caso di successivo fallimento, anche nella procedura c.d. "maggiore"; cfr. Cass., sez. I, 11 giugno 2019, n. 15724 in www.ilcaso.it. Serra, *Conseguenza tra procedure di concordato preventivo e prededuzione dei crediti dei professionisti. Il sigillo della Suprema Corte*, in Banca Borsa Titoli di Credito, fasc. 4, 2021, 537. Ed il principio è stato canonizzato dal CClI al relativo art. 6, comma 2.

16. E tutto ciò sol perché il legislatore non l'ha espressamente riconosciuta all'art. 12 ovvero perché la composizione non potrebbe collocarsi tra le vere e proprie procedure concorsuali - sul cui *genus* peraltro, nessuna disposizione/definizione normativa sussiste - ai fini e per gli effetti dell'art. 111, comma 2, l. fall. Ma sul tema torneremo nelle pagine conclusive del presente lavoro.

17. Grazie anche ad un sapiente, quanto obbligatorio, utilizzo di un idoneo assetto organizzativo, attuato "anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa" ex art. 2086, comma 2 c.c., fruendo per ciò anche del nuovo, per non dire primo, strumento di allerta interno rappresentato del test di autocontrollo di cui all'art. 3, comma 2. Per il primo accenno al riguardo, cfr. CDC 0.1 Speciale Convegni Mantova e Riccione del 1-2 ottobre 2021, in www.ilcodicedeconcordati.it.

18. Concetti, quindi, quelli di crisi ed insolvenza, che il neo legislatore sembra gradire tra loro; dunque a volerli considerare alla stessa stregua del codice della crisi ex art. 2, comma 1, lett. a) e b) e non secondo l'attuale legge fallimentare per cui per stato di crisi di intende anche lo stato di insolvenza ai sensi dell'art.160, comma 3 l. fall.

19. Cass., sez. I, 8 febbraio 2019, n. 3778 in www.ilcaso.it; S. F. Marzo, *L'incerta delimitazione dell'ambito di operatività delle esenzioni da revocatoria*, in www.lfallimentarista.it, 5 luglio 2019.

20. Difatti, senza una tutela di tal guisa, potrebbe accadere che i creditori estranei all'accordo intercorso solo con alcuni ai sensi dell'art. 11, comma 1, lett. a), potrebbero già agire in sede di revocatoria ordinaria civilistica e quindi anche in assenza della dichiarazione fallimento.

21. Al riguardo, la giurisprudenza della Suprema Corte, dopo aver affermato che il giudice deve compiere, con giudizio *ex ante*, una verifica positiva mirata ad accertare che gli atti esecutivi del piano risultino manifestamente idonei all'attuazione del piano di risanamento (cfr. Cass., sez. VI, 5 luglio 2016, n. 13719 in www.ilcaso.it), è approdata alla più condivisibile conclusione che il giudice deve effettuare, sempre con giudizio *ex ante*, una valutazione in negativo, parametrata comunque sulla condizione professionale del terzo contraente, circa l'assoluta inettitudine del piano (cfr. Cass., sez. I, 10 febbraio 2020, n. 3018 in www.ilcodicedeconcordati.it). L. Falcone, *La revocabilità degli atti esecutivi del Piano attestato alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in www.GiustiziaCivile.com, 8 maggio 2020.

22. Art. 11, comma 1 "Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 2, comma 1, le parti possono, alternativamente: a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 14 se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 5, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni; b) c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto n. 267 del 1942; in tal caso non occorre l'attestazione prevista dal medesimo articolo 67, terzo comma, lettera d).

5. La persistenza delle responsabilità

Il quarto comma dell'art. 12 chiarisce che, nelle ipotesi disciplinate dagli antecedenti commi 1, 2, e 3, resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti.

Ciò come "contrattare" con il permanere dei suoi poteri di (sostanziale piena ed autonoma) gestione dell'impresa, così come declinati dall'art. 9²³ in applicazione dei principi generali previsti nell'art. 2086 c.c. che non risulta in alcun modo derogato o sospeso, quanto ad effetti, durante la composizione (come anche la relazione *legis* ci ricorda), così come l'art. 2486 c.c.

Dunque, se anche la trattativa si svolgesse con correttezza e buona fede, pure nel senso dell'assenza di atti passibili di revocatoria (come, ad esempio, nel caso del secondo comma), ma poi la composizione non si chiudesse con uno degli accordi di cui all'art. 11, comma 1, lett. a) o c), gli organi sociali resterebbero comunque esposti, sussistendone i presupposti nel caso concreto, alle azioni ex artt. 2394 c.c. ovvero 2476, comma 6, c.c.

Ciò accadrebbe ove anche la trattativa si chiudesse con uno dei predetti accordi, senza, però, che il profilo dell'eventuale responsabilità degli organi sociali risultasse regolato fra le pattuizioni oggetto delle intese.

Né potrebbe rappresentare un'esimente l'aver invocato la sospensione degli obblighi sulla capitalizzazione di cui all'art. 8, tenuto conto che, come accennavamo, anche l'art. 2486 c.c. non è escluso, quanto ad applicazione, durante il predetto periodo di sospensione (a differenza di quanto invece accade in sede concordataria ordinaria ex art. 182-sexies, comma 2, l.fall.)²⁴.

Di certo potrebbe sussistere astrattamente la responsabilità degli organi sociali per quanto successo anteriormente, ma anche durante le trattative, ove non svolte correttamente o in buona fede, nel senso in cui, *contra ius*, si sia verificato il mancato rispetto dell'obbligo di conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale ex art. 2486, comma 1, c.c., disposizione da considerarsi anche in correlazione con i disposti dell'art. 4, comma 5 (obbligo "*di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori*") e dell'art.9, comma 1 (obbligo di gestire l'impresa in stato di crisi "*in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore*").

Molto delicato si appalesa il profilo dell'eventuale corresponsabilità dell'esperto con l'imprenditore, *recte* relativi organi sociali, fenomeno che non risulta regolato neanche in sede penale (davvero "originale", a tal ultimo riguardo, ove si pensi alle - in qualche modo assimilabili - figure dell'attestatore nel concordato preventivo - art. 236 *bis* l.fall.- o al gestore della crisi nel sovraindebitamento - art. 16 l. 3/2012 - ovvero agli stessi membri dell'OCRI nel CCII, come prevede il relativo art. 345).

Ad esempio, visto che ai sensi dell'art. 5, comma 5 l'esperto deve, non solo aprire alla composizione unicamente se ed in quanto sussista una concreta prospettiva di risanamento, ma anche monitorare che tale prospettiva perduri durante tutta la trattativa, ove poi emergesse, decorsi vanamente i 180 giorni di cui all'art. 5, comma 7, che in effetti la composizione poteva essere arrestata mesi prima, per gli eventuali danni provocati nelle more dal debitore, risponde in solido nei confronti dei creditori anche l'esperto per responsabilità da "contatto sociale"²⁵.

23. Che infatti al primo comma, così come emendato *post* conversione dalla L. 147/2021, ribadisce il precepto.

24. Norma che, infatti, esclude l'applicabilità dell'art. 2486 c.c. unicamente per il periodo anteriore al deposito della domanda di concordato preventivo. In dottrina, con particolare riguardo alla analoga - rispetto all'art. 8 L. 147/2021 - disposizione di cui all'art. 6, L. 40/2020, cfr. M. Spadaro e F. Frasca, *La sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione nel diritto emergenziale "anti-Covid"*, in www.dirittodellacrisi.it, 28 aprile 2021.

25. Per un primigenio esame della tematica cfr. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, cit.; cfr anche S. Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in www.ristrutturazionaziendali.ilcaso.it,

E se perciò al debitore venissero contestate anche le ipotesi di reità di cui all'art. 217 nn. 3 e 4 l.fall., l'esperto potrà essere chiamato in correttezza?

La domanda non pare di poco momento, perché in tali scenari non potrebbe scattare l'esimente di cui al comma quinto dell'art. 12 (rispetto alle fattispecie di cui agli artt. 216, terzo comma, e 217 l.fall.) che richiede, infatti, la coerenza dell'atto, oltre che con l'andamento delle trattative, anche rispetto alla prospettiva di risanamento, che appunto, nella specie portata ad esempio, difetterebbe²⁶.

6. La composizione negoziata: un nuovo istituto del diritto concorsuale

Il tutto si pone in un contesto potenzialmente ancora più articolato per via della scelta di non prevedere una norma *ad hoc*, analoga a quella di cui all'art. 69-bis, comma 2, l.fall. o ancor meglio ex art. 10, comma 3, l. 40/2020²⁷, finalizzata a sospendere il decorso dei termini, in ordine alla inerteizzazione degli effetti degli atti pregiudizievoli, neppure ove risulti proposta istanza per la dichiarazione di fallimento che, come è noto (cfr. art. 6, comma 4), non può essere pronunciata nelle more della composizione negoziata per il sol fatto che il debitore richieda le misure protettive²⁸.

Indubbiamente, se la composizione negoziata fosse una procedura concorsuale o comunque potesse collocarsi tra i relativi "sottotipi", quantomeno in punto di *consecutio* tutte le volte in cui ci si trovi dinanzi alla stessa crisi d'impresa, che poi è la regola, una così assordante assenza potrebbe anche passare inosservata²⁹.

Se si affronta la tematica senza riserve preconette, peraltro in uno scenario in cui la definizione normativa di procedura concorsuale comunque difetta, la risposta dovrebbe essere affermativa.

Difatti, già in sede di composizione negoziata vengono a verificarsi una

9 agosto 2021, la quale, ipotizzando che l'esperto possa risultare un "*garante dell'esecuzione degli impegni assunti dal debitore*", si spinge, nel caso di eventuale inadempimento ad uno degli accordi di cui all'art. 11, comma 1 raggiunti sotto la sua egida, a prospettare "*possibili inquietanti scenari di responsabilità*" per l'esperto medesimo. Sulla circostanza che nella specie, sussistendo obblighi di legge *pro* tutela di terzi (nella specie, i creditori e gli altri soggetti interessati) e risultando l'incarico conferito solo da una delle parti della composizione (il debitore), possa prefigurarsi un'ipotesi di responsabilità contrattuale da c.d. "contatto sociale" lo si ricava anche dai più recenti arresti di legittimità (cfr. *ex multis* Cass., Sez. II, 29 dicembre 2020, n. 2971, in www.dejure.it).

Per quanto riguarda la figura in qualche modo affine dell'attestatore, giungono ad ipotizzare tale fonte di responsabilità, cfr. L. Bottai e A. Pezzano, *La responsabilità civile dell'attestatore in Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore*, opera diretta da S. Ambrosini e A. Tron, Bologna, 2016, p. 146 e ss.

26. Per un primo approfondimento della specifica problematica, v. C. Santoriello, *Responsabilità penali dell'esperto della "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa"*, in www.ilfallimentarista.it, 18 ottobre 2021.

27. Invero poco comprensibile; cfr. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, cit.; G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 ottobre 2021; A. Pezzano, *Il nuovo d.l. in materia di crisi d'impresa e risanamento aziendale: con la composizione negoziata quale prospettiva per il diritto concorsuale?*, cit.

28. E, pare, a prescindere dal relativo esito ex art. 7, sembrando contare, a stare almeno alla lettera della legge, solo la persistenza, o meno, della composizione negoziata. Il che, d'altra parte, potrebbe anche far concludere che il legislatore domestico abbia scelto l'opzione prevista in tema dalla Direttiva comunitaria, e segnatamente dal comma 3 dell'art. 7, secondo cui, una volta cessate le misure protettive, può anche non procedersi direttamente verso la dichiarazione di insolvenza ogni qual volta non appaia la soluzione che persegua il miglior soddisfacimento dei creditori. Comunque, essendo solo inibito la pronuncia della sentenza di fallimento (a differenza dell'analogo scenario di cui alla disposizione temporanea prevista dall'art. 10, comma 1, L. 40/2020), l'istruttoria prefallimentare può andare avanti, quindi anche in ordine alle misure cautelari di cui all'art. 15, comma 8 l.fall.; Cfr. Panzani, Il D.L. "L. Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021.

29. Opta per la soluzione negativa S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in www.ristrutturazionaziendali.ilcaso.it, 23 agosto 2021.

serie di effetti, taluni *ex lege* altri *ope iudicis*, tipici delle procedure concorsuali, tra l'altro molti, non solo non conseguibili: i) in sede di piani attestati di risanamento, che non sono procedure concorsuali³⁰ (tutta la schiera degli effetti di cui agli artt. 4, 6, 7, 8, 9, 10 e 13, a partire dalla prededuzione), ma addirittura alcuni neppure ii) in sede di accordi di ristrutturazione, che invece lo sono³¹ (in particolare ex artt. 4, 6 e 10 e 13, come l'impossibilità di andare in revoca bancaria per la sussistenza della composizione negoziata ovvero di rifiutarsi di adempiere i contratti o di risolverli per inadempimenti anteriori, la prededuzione sino al 100%, anziché 80%, per i finanziamenti dei soci, la rimodulazione ad equità dei contratti, la possibilità di cessione aziendale senza il "bagaglio" della solidarietà passiva di cui all'art. 2560, comma 2, c.c. e l'esclusione dell'obbligo di postergazione rispetto ai finanziamenti infra gruppo) e finanche non ottenibili iii) in ambito di concordato preventivo (in particolare ex artt. 4, 6 e 10 e 13, come l'impossibilità di andare in revoca bancaria sol per la sussistenza della composizione negoziata, la prededuzione sino al 100%, anziché 80%, per i finanziamenti dei soci, la rimodulazione ad equità dei contratti e l'esclusione dell'obbligo di postergazione rispetto ai finanziamenti infra gruppo).

E comunque, a parte ogni altra considerazione, è indubbio che, allorché si inibisca l'agire esecutivo di tutti o - a maggior ragione ai fini qui in disputa - solo di taluni creditori o si riconosca la prededuzione ad un particolare credito, è pacifico che si vada potenzialmente ad incidere sul paritetico concorso fra tutti i creditori.

Ed è anche perciò che, sulla scorta delle statuizioni degli artt. 7 e 10, *incipit* e comma 3, emerge la necessità di un previo controllo giurisdizionale attraverso un procedimento che, nel massimo rispetto del contraddittorio, *recte* "concorso" (anche) processuale possibile, salvaguardi gli interessi di tutte le parti interessate, privilegiando sempre il miglior soddisfacimento dei creditori, mantra oramai immanente ad ogni procedura, appunto, concorsuale.

Ecco, allora, che così la composizione negoziata si ammanta di un'indubbia natura concorsuale, amplificata dal possibile sbocco (anche) verso il concordato semplificato, di cui infatti è *conditio sine qua non* (art. 18, co. 1), e prima ancora verso gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa dei quali, ove sussista la (positiva) relazione dell'esperto, ne consente l'omologazione anche con il solo 60% - anziché 75% - dei consensi dei creditori di singola categoria (art. 11, comma 2).

In altri termini, con la composizione negoziata per la risoluzione della crisi d'impresa si è dato vita ad una nuova forma di procedura concorsuale, *recte* di istituto di diritto concorsuale, almeno nel senso fatto proprio dal Giudice di Legittimità in materia di accordi di ristrutturazione e cioè "come ipotesi intermedia tra le forme di composizione stragiudiziale e le soluzioni concordatarie della crisi dell'impresa, e per quanto oggetto di annosi dibattiti dottrinali, l'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis appartiene agli istituti del diritto concorsuale"³².

D'altra parte, come accennavamo all'inizio di questo breve *excursus*, giungere a ritenere che anche la composizione negoziata possa ritenersi, se non una vera procedura, quantomeno un "istituto di diritto concorsuale" sarebbe funzionale soprattutto, per non dire unicamente (grazie allo zelo del neo legislatore ed al "suo" art. 12), allo scopo di invocare il fenomeno della *consecutio*, per via, appunto, dell'inopinata scelta legislativa di non sospendere espressamente, rispetto alla dichiarazione di fallimento, il decorso dei termini relativamente all'impugnativa degli eventuali atti pregiudizievoli compiuti durante la composizione negoziata (che nei fatti porrebbe al riparo praticamente ogni atto *contra ius*, vista la durata semestrale, e sin anche annuale, che può rivestire la composizione).

E, con specifico riguardo alla *consecutio*, le conclusioni in tema possono essere assunte con maggior (consapevole) coraggio, se si consideri il costante insegnamento della Suprema Corte secondo cui «la consecuzione tra procedure concorsuali è un fenomeno generalissimo, consistente nel collegamento tra procedure di qualsiasi tipo, volte a regolare una coinci-

dente situazione di dissesto dell'impresa» (manifestatasi indifferentemente come crisi o insolvenza, trattandosi di una distinzione di grado del medesimo fenomeno), in base al quale le varie procedure restano avvinte da un rapporto di continuità causale e unità concettuale (Cass. nn. 7324/2016, 8439/2012), anche se non di rigorosa continuità cronologica (Cass. n. 15724 del 2019), purché lo iato temporale non sia irragionevole (Cass. nn. 9290/2018, 9289/2010, 8013/1992, 3741/1988), in una logica unitaria che consente di saldare i presidi «di tutela insorti con la prima procedura a vantaggio dei creditori concorsuali riaggregati nella seconda» (Cass. ord. n. 30694/ 2019; cfr. anche Cass. nn. 6045/2006, 18437/2010, 8439/2012, 7324/2016)³³.

Peraltro, concludere per la concorsualità della composizione negoziata, avrebbe l'ulteriore vantaggio di evitare che, durante il relativo *iter*, possano maturare, oltre gli interessi legali o convenzionali (che continuano a decorrere, in difetto di una previsione al riguardo agli artt. 6 e 7), anche i gravosi interessi moratori ex Dlgs 231/02, poiché ai sensi del relativo art. 1, n. 2, lett. a) tali interessi, come è noto, non germinano rispetto ai "debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, comprese le procedure finalizzate alla ristrutturazione del debito".

7. Gli effetti conservati delle misure premiali

Ed il tema degli interessi ci consente di chiudere con un breve cenno sulla conservazione degli effetti rispetto ad alcune gaurentigie previste nelle misure premiali di cui all'art. 14³⁴.

Anche in caso di insuccesso nelle trattative, l'imprenditore, che dovesse poi perseguire uno dei variegati scenari concorsuali negoziali di cui all'art. 11, commi 2 e 3, comunque fruirà della riduzione al 50% di sanzioni ed interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di composizione e che erano stati oggetto delle relative trattative (art. 14, comma 3).

Invece, in caso di rateizzazione ex art. 14, comma 4, conseguita nei confronti dell'Agenzia delle Entrate successivamente ad uno degli accordi di cui all'art. 11, comma 1, lett. a) o c), la stessa può essere mantenuta in caso di insuccesso di tali accordi, solo se l'imprenditore rispetta il piano dei rateizzi e converta utilmente uno di tali accordi in un piano attestato o un accordo di ristrutturazione.

Di contro, in caso di fallimento o "di ricorso ai sensi dell'art. 161 l. fall"³⁵ il beneficio della rateizzazione non potrà essere più mantenuto.

Analogamente, nel (solo) caso di fallimento o analoghe procedure di insolvenza, si perderanno i benefici su sanzioni interessi tributari di cui ai primi due commi (art. 14, comma 6).

33. Cass., sez. I, 13 settembre 2021, n. 24632, in www.dirittodellacrisi.it; C. Ravina, *La natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilfallimentarista.it, 9 maggio 2018.

34. L. Cambi, *Le misure premiali nella composizione negoziata della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 20 ottobre 2021.

35. Vista la formulazione testuale usata dal legislatore nell'art. 14, viene naturale chiedersi se anche il deposito del ricorso per concordato preventivo semplificato ex art. 18 L. 47/2021 ovvero ai sensi dell'art. 186 bis l. fall. comporti ugualmente la decadenza dal beneficio *de quo*. Guardando anche all'*incipit* dell'art. 10, propenderemmo per la risposta negativa nell'ipotesi in cui il beneficio sia funzionale alla continuità aziendale com'è senz'altro nel secondo scenario.

30. Cass., sez. I, 15 maggio 2020, n. 9026, in www.ilcodicedeconcordati.it.

31. *Ex multis* Cass., sez. I, 19 giugno 2020, n. 11985, in www.ilcodicedeconcordati.it.

32. Cit. Cass., sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182, in www.ilcodicedeconcordati.it.

I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali

di Massimo Montanari, Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Parma

Il presente lavoro si prefigge l'obiettivo di illustrare e coordinare tra loro le diverse disposizioni che trovano posto all'interno del D.L. n. 118/2021 in funzione regolatrice dei rapporti tra il nuovo strumento, nell'occasione coniato, della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa e le molteplici procedure che popolano la galassia dell'ordinamento concorsuale italiano.

Sommario:

1. Notazioni introduttive: le ragioni del problema
2. I rapporti con le procedure liquidatorie: a) la sfera applicativa della norma regolatrice
3. Segue: b) l'inserimento della norma regolatrice nel quadro delle misure protettive
4. Segue: c) il contenuto della norma regolatrice
5. I rapporti con le procedure compositive

1. Notazioni introduttive: le ragioni del problema

Se il nuovo istituto, introdotto dal D. L. 24 agosto, 2021, n. 118, convertito, con modifiche, nella L. 21 ottobre 2021, n. 147, della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa dovesse fungere esclusivamente, come suggerito dalla lettera dell'art. 2, comma 1, del testo normativo in questione, da strumento per "l'aggressione tempestiva" delle situazioni di difficoltà economico-finanziaria non ancora degenerate nella vera e propria crisi o insolvenza², il problema, cui è dedicato il presente lavoro, dei rapporti di detta composizione negoziata con i procedimenti regolati dal diritto concorsuale vigente non avrebbe chiaramente ragione di essere, dal momento che, trattandosi di procedimenti invariabilmente radicati su una situazione di crisi o insolvenza *già in atto*, diversi ne risulterebbero automaticamente i presupposti applicativi.

Le cose, però, non stanno nel modo che si è appena ipotizzato. Come recita testualmente la relazione illustrativa del citato decreto, l'intento che ha mosso il legislatore nell'approntare l'inedita figura della composizione negoziata è stato quello di mettere a disposizione delle imprese in difficoltà un nuovo strumento deputato non soltanto a "prevenire l'insorgenza di situazioni di crisi" ma anche ad "affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili". E questa ulteriore, e forse addirittura preminente, dimensione funzionale dell'istituto è attestata da molteplici spunti normativi, *in primis*, quello rappresentato dall'art. 11 D.L. n. 118 del 2021, il quale, nel tracciare un ampio ventaglio dei possibili epiloghi delle trattative condotte nel segno dello strumento in esame, vi include anche, e a tacer d'altro, l'accesso, inconcepibile in difetto della sussistenza di un autentico stato di crisi o d'insolvenza, a taluna "delle procedure disciplinate dal regio decreto n. 267 del 1942, dal decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, o dal decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39" (comma 3, lett. c)³.

Il problema dei rapporti della composizione negoziata con le procedure che compongono l'ordinamento concorsuale ha dunque motivo di essere posto; e senz'altro giustificata si dimostra pertanto la preoccupazione, avvertita dal legislatore, di dettare una regolamentazione di quei rapporti, nella consapevolezza altresì che, non essendosi certo messo capo, con l'introduzione della composizione negoziata, a una nuova *species* di procedura concorsuale⁴, non sarebbe stato possibile rinviare, a quel fine, all'elaborazione giurisprudenziale in tema di rapporti tra fallimento e concordato preventivo o accordi di ristrutturazione ex art. 182 *bis* L. fall. né, tantomeno, alle indicazioni di sistema che si possono ricavare, sul punto, dall'art. 7 CCII.

Detta regolamentazione è stata impostata sul filo, per certi versi obbligato, della classica *distinctio* tra procedure liquidatorie e procedure compositive, giacché è evidente che dove, come è per le procedure del secondo tipo, il potere d'iniziativa compete in esclusiva a quel medesimo soggetto, ossia il debitore, che ha l'esclusiva dell'attivazione del nuovo strumento di prevenzione/regolazione della crisi, diverse e, giocoforza, fortemente semplificate siano le questioni destinate a venire in gioco rispetto alle ipotesi (leggi: procedure del primo tipo) dove il potere d'iniziativa è riconosciuto anche a soggetti terzi. Ai rapporti con le procedure liquidatorie è dedicata la disposizione di cui all'art. 6, comma 4, D.L. n. 118 del 2021; mentre è al successivo art. 23, comma 2, che occorre fare riferimento per i rapporti con le procedure compositive: ed è appunto su queste norme che, fugato, si spera, ogni dubbio circa la loro rispondenza a un'obiettiva necessità, dobbiamo ora focalizzare lo sguardo. Non senza, invero, aver previamente rilevato come interferente sulla presente materia sia anche la disposizione del summenzionato art. 11, ult. comma, del decreto in rassegna, dove il legislatore, come s'è visto, senza distinguere tra l'una e l'altra categoria di procedure concorsuali e scontando l'eventualità che le intavolate trattative non siano in grado di produrre l'auspicato risultato di una soluzione negoziale della crisi, prevede che a segnare l'epilogo del percorso della composizione negoziata, ove ancora, del caso, formalmente in atto, possa essere la domanda di accesso, da parte dell'imprenditore, ad una delle procedure regolate dalla L. fall. ovvero all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi nell'una o nell'altra (v. al prossimo § 2) delle sue distinte configurazioni⁵.

1. L'espressione è mutuata da F. Santangeli, *Il D.L. 118/2021. Spunti per la conversione*, in *dirittodellacrisi.it*, 21 settembre 2021, p. 2.

2. La legittimazione ad attivare l'istituto in rassegna è difatti riconosciuta, dalla norma cui s'è appena fatto riferimento nel testo, all'"imprenditore [...] che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza".

3. Nel senso per cui, dello strumento in esame, potrebbero avvalersi anche imprese che già versino in stato di crisi o d'insolvenza, v. pure L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021, p. 12; S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 23 agosto 2021, p. 7 ss.; R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, *ivi*, 8 settembre 2021, p. 3 s. Per conclusioni parzialmente divergenti sul punto, incentrate sul rilievo

della mancanza di elementi testuali veramente risolutivi nella direzione qui accolta e della presenza, per contro, di spunti di segno contrario, si veda peraltro la diffusa trattazione di A. Rossi, *Composizione negoziata della crisi d'impresa, presupposti e obiettivi*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 ottobre 2021, p. 3 ss.

4. Sul punto, in luogo di altri, v. S. Ambrosini, *op. cit.*, p. 11 s.; ad avviso di Guidotti, *op. cit.*, p. 14, non sarebbe implausibile distinguere in proposito a seconda che vi sia stato o meno intervento del giudice, con inquadramento entro il *genus* delle procedure concorsuali ove ricorra la prima ipotesi.

5. Per l'analoga disciplina degli effetti, sulla composizione negoziata della crisi delle

2. I rapporti con le procedure liquidatorie: a) la sfera applicativa della norma regolatrice

Ai sensi del menzionato art. 6, comma 4, D.L. n. 118 del 2021, “dal giorno della pubblicazione dell’istanza di cui al comma 1 [sul significato di questo riferimento, v. al successivo § 3] e fino alla conclusione delle trattative o all’archiviazione dell’istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata”.

I provvedimenti giurisdizionali espressamente richiamati dalla disposizione ne rivelano la diretta attinenza ai rapporti della composizione negoziata con le procedure di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d’insolvenza, tanto nella versione “ordinaria” di cui al D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, che in quella “speciale”, riservata alle imprese di più rilevanti dimensioni di cui al D.L. 23 dicembre 2003, n. 347, conv., con modifiche, nella L. 18 febbraio 2004, n. 39. Ma l’ambito applicativo della medesima richiede, da parte dell’interprete, una più puntuale ridefinizione.

In particolare, se, come scolpito nella norma appena riportata, la proposizione dell’istanza di cui al relativo comma 1 viene ad ergersi quale impedimento (sulla cui natura e valenza dovrà indagarsi nel successivo § 4) rispetto all’apertura delle procedure di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi, questo non sembra, però, possa valere con riguardo alle ipotesi in cui la liquidazione coatta non riposa sul fondamento dell’insolvenza o, comunque, di una situazione di dissesto economico dell’imprenditore, bensì sopravviene come risposta e sanzione nei confronti della violazione di obblighi comportamentali attinenti alla *governance* dell’impresa, ossia è chiamata a far fronte a una situazione qualificabile nei termini onnicomprensivi della “crisi di legalità”⁶: ciò, almeno, nella misura in cui sia dato ritenere che d’ostacolo all’apertura della liquidazione coatta in siffatte circostanze e con siffatte funzioni non possa rilevare neppure uno strumento di composizione negoziale della crisi ben più strutturato e presidiato di quello in rassegna, come il concordato preventivo⁷. Resta inteso che, una volta avviata la procedura di liquidazione coatta per effetto dell’apposito decreto dell’autorità amministrativa – cui, a quel punto, può naturalmente seguire la dichiarazione giudiziale dello stato d’insolvenza, ai fini e per gli effetti di cui all’art. 202 L. fall. -, una trattativa dell’imprenditore con i creditori in vista della sistemazione del proprio dissesto non abbia più alcun senso di essere, così da rendere impercorribili le vie della composizione negoziata e inevitabile decretarne l’archiviazione.

Ancor più problematica si palesa la definizione dei rapporti con l’amministrazione straordinaria riservata alle imprese di più rilevanti dimensioni. A differenza dell’amministrazione straordinaria “di diritto comune”, la procedura, nel caso ora in considerazione, non si radica sulla declaratoria giudiziale dello stato d’insolvenza, bensì sull’istanza di c.d. ammissione immediata, rivolta dall’imprenditore medesimo all’autorità amministrativa competente – oggi: Ministero dello Sviluppo Economico –, e sul conforme decreto ministeriale, cui la declaratoria giudiziale in questione è destinata a sopravvivere in funzione di consolidamento dei relativi effetti. Orbene, non può escludersi che, dopo aver presentato l’istanza di cui ora s’è detto, l’imprenditore ritorni sui propri passi e decida di intraprendere un percorso di uscita o sistemazione dalla/della crisi in via negoziale. Ma questa scelta è attuabile anche una volta che l’autorità amministrativa abbia decretato l’avvio della procedura? Per quanto accreditata dalla *littera legis*, una ri-

sposta affermativa all’interrogativo or formulato appare francamente improponibile: basti, in proposito, tener presente come il disegno normativo della composizione negoziata si regga sul presupposto che l’imprenditore abbia la piena disponibilità del proprio patrimonio e della propria impresa, laddove, nel caso, si avrebbe a che fare con un soggetto che versa in stato di spopolamento pieno e che la gestione di patrimonio e impresa vede integralmente affidata al commissario straordinario nominato con il provvedimento amministrativo di cui si discorre.

Non sembra quindi avventato opinare che la valenza impeditiva dell’istanza di nomina dell’esperto investito della composizione negoziata abbia già e direttamente spiegarsi nei confronti del decreto ministeriale di ammissione immediata all’amministrazione straordinaria, anziché del successivo accertamento giudiziario dello stato d’insolvenza. Una forzatura, indubbiamente, del dato testuale: ma non si vedono alternative a quello che sarebbe l’*absurdum* di un negoziato “in affiancamento” al commissario straordinario: senza contare che non si tratterebbe, comunque, di forzatura eccessiva, visto che con un divieto di far luogo alla declaratoria giudiziale dello stato d’insolvenza si avrebbe in ogni caso a che fare, sia pure come effetto riflesso dello sbarramento opposto in prima battuta al provvedimento amministrativo che ad essa declaratoria prelude.

Nel sancire la possibilità di accedere alla composizione negoziata anche per i c.d. imprenditori sotto soglia, come tali soggetti alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, l’art. 17, comma 7, D. L. n. 118 del 2021 rinvia, in quanto compatibili, a una serie di disposizioni dello stesso testo normativo, tra cui il presente art. 6. Naturale verrebbe, pertanto, pensare che l’inibitoria ivi comminata con espresso riguardo alle sentenze di fallimento o accertamento dello stato di insolvenza debba operare anche nei confronti del decreto di apertura della liquidazione del patrimonio di cui agli artt. 14 *ter* ss. L. 27 gennaio 2012, n. 3. Ma a smentire questa supposizione è sopravvenuta la riscrittura, attuata in sede di conversione in legge del decreto n. 118/2021, del relativo art. 23, comma 2, che ha visto estesa alla domanda di apertura della liquidazione la stessa efficacia, quale causa di improponibilità dell’istanza di avvio della composizione negoziata (v. *amplius infra*, § 5), che la norma già riannodava alle domande di ammissione al concordato preventivo e di omologa degli accordi di ristrutturazione.

Ad essere valorizzato in tal senso è stato, verosimilmente, quel profilo, che accomuna la liquidazione del patrimonio alle procedure compositive testé richiamate, rappresentato dalla legittimazione (tendenzialmente: v. appresso) esclusiva del debitore a promuovere la procedura: circostanza, a ben vedere, non decisiva, se solo si considerano e confrontano le scelte, di cui s’è appena dato atto, compiute dal legislatore sul versante dell’amministrazione straordinaria per le imprese insolventi di più rilevanti dimensioni, dove parimenti vige una regola di legittimazione esclusiva del debitore ad attivare la procedura, senza, per questo, che sia inibito ad esso debitore di instare per la composizione negoziata dopo essersi rivolto all’autorità ministeriale per l’ammissione immediata alla procedura medesima.

Se quanto appena osservato può rappresentare motivo di critica, in ragione degli elementi di discrasia sistematica che ne risultano, nei confronti della revisione di cui è stata *in parte qua* oggetto la disposizione dell’art. 23, comma 2, D.L. n. 118 del 2021, altrettanti spunti critici non possono invece ritrarsi da quell’ulteriore circostanza costituita dalla presenza, nel sistema specifico della liquidazione del patrimonio, di ipotesi in cui il potere di iniziativa è riconosciuto anche ai creditori del soggetto sovraindebitato. Parliamo infatti dei casi, di conversione nella liquidazione di alternative procedure di sovraindebitamento non andate a buon fine, di cui all’art. 14 *quater* L. n. 3 del 2012, dove alla composizione negoziata non dovrebbe essere concesso spazio alcuno, stante la sperimentata impercorribilità, nell’occasione, delle vie negoziali di soluzione della crisi dell’impresa.

3. Segue: b) l’inserimento della norma regolatrice nel quadro delle misure protettive

Il divieto temporaneo di pronunciare il fallimento o addivenire alla dichiarazione giudiziale dello stato d’insolvenza nei confronti dell’imprendi-

imprese sotto soglia, della domanda di accesso del debitore ad una delle procedure riservate a quella tipologia di imprese, v. *sub* art. 17, comma 6, D.L. n. 118 del 2021.

6. Per questa locuzione, v., in luogo di ogni altro, S. Bonfatti, *La liquidazione coatta amministrativa nel nuovo codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza – I. Struttura della nuova disciplina, in diritto della crisi*, 14 maggio 2021, p. 3.

7. Cfr. C. C. Costa, *sub* Artt. 2-3 L.F., in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, p. 81 s.; G. D’Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell’insolvenza*, Torino, 2021, p. 393; R. Battaglia, *Liquidazione coatta amministrativa e fallimento*, in AA. VV., *Fallimento e concordato fallimentare*, a cura di A. Jorio, I, Milanofiori Assago (MI), 2016, p. 303 s., con ulteriori e più risalenti riferimenti.

tore che abbia promosso la composizione negoziata della crisi risponde in pieno al modello normativo delle così definite misure protettive, quale tracciato a livello dell'art. 2, lett. p), CCII nei termini di quelle che sarebbero le "misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza". E sistematicamente ineccepibile si dimostra, pertanto, la scelta operata dai *conditores* del D.L. n. 118 del 2021 di inquadrare la disposizione istitutiva di detto divieto all'interno di quell'art. 6 dello stesso decreto che, in un al successivo art. 8, l'intero palinsesto delle misure protettive connesse all'avvio della composizione negoziata viene a dispiegare. Senza dimenticare l'opportunità di una cominatoria espressa di tale divieto, evitando, dunque, di postularlo come implicitamente ricompreso in quello dettato in via generale con riguardo alle azioni esecutive, l'appartenenza al cui *genus* dell'azione per la declaratoria di fallimento o per l'accertamento dello stato d'insolvenza del debitore è tutt'altro che incontrovertibile, come attesta il dibattito apertosi sul punto in sede di definizione dell'orbita applicativa del divieto di agire *in executivis* posto in relazione alle istanze di ammissione al concordato preventivo e, soprattutto, di omologa degli accordi di ristrutturazione⁸.

Se *in toto* partecipe dei profili funzionali che contrassegnano le misure in discorso, l'inibitoria in esame se ne discosta sensibilmente, però, in quanto attiene al relativo regime processuale.

Ai sensi di quanto previsto dall'art. 6, comma 1, il debitore ha il potere di provocare automaticamente lo spiegamento delle misure protettive ivi regolate – inammissibilità/improcedibilità delle azioni esecutive e cautelari esperibili o già pendenti nei suoi confronti; divieto di acquisizione di diritti di prelazione non concordati con esso debitore –, mediante la mera proposizione, e annessa pubblicazione nel registro delle imprese, della richiesta di applicazione di quelle misure medesime, da presentarsi congiuntamente all'istanza di nomina dell'esperto o con atto successivamente depositato⁹. Al fine di preservare in vita quelle misure ed evitarne l'immediata caducazione, il debitore è però gravato dell'onere, a mente del successivo art. 7, comma 1, di chiederne la conferma al giudice, con ricorso presentato a pena di decadenza nello stesso (o, comunque, non oltre il) giorno della pubblicazione della predetta richiesta e dell'accettazione dell'esperto: ricorso che vale ad investire il giudice adito del potere, in alternativa a quello di conferma, di revoca o modifica delle misure dianzi venute in essere nonché di determinazione (e, del caso, rimodulazione) del relativo periodo di durata.

Ebbene, di questo complessivo regime, l'inibitoria relativa alla dichiarazione di fallimento o all'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza condivide solamente il tratto iniziale. Come sancito mediante il richiamo compiuto all'istanza di cui al comma 1 del presente art. 6, anche ai fini dell'innalzamento di quella barriera preclusiva è necessaria, ma, al contempo, sufficiente, un'apposita richiesta della parte interessata, da formularsi congiuntamente all'istanza di nomina dell'esperto o con atto successivo. A partire da quel momento, però, le cose cambiano radicalmente e, v'è da aggiungere, *pour cause*. È di solare evidenza come un'eventuale apertura del fallimento o di altra procedura di liquidazione varrebbe automaticamente a decretare la fine dell'esperimento, dianzi promosso, di composizione negoziata per la soluzione della crisi. E poiché non è pensabile che le sorti di quell'esperimento possano essere in balia delle scelte rimesse al giudice intorno all'operatività e alla durata di una determinata misura protettiva, il legislatore ha stabilito che, una volta calata, la suddetta barriera preclusiva debba tassativamente protrarsi "fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata", con tutto quanto ciò significa, in termini di: a) emancipazione della misura dai limiti temporali di durata di cui all'art. 7, commi 4 e 5; b) sottrazione della stessa

ai poteri giudiziali di revoca e abbreviazione della durata di cui al comma 6 dello stesso art. 7; c) insussistenza dell'onere di chiederne la conferma in sede giudiziale *ex art. 7, comma 1*, non essendovi ragione alcuna per sottoporre al vaglio del giudice una misura su cui lo stesso, per quanto s'è appena visto *sub a)* e *b)*, non avrebbe modo di interferire.

4. Segue: c) il contenuto della norma regolatrice

La dizione testuale della norma i cui contenuti si vanno ora ad analizzare parrebbe suggerire che quella ivi codificata non sia una regola d'indole processuale. La norma, infatti, non prevede che, a partire dalla proposizione dell'apposita istanza *ex art. 6, commi 1 e 4, D. L. n. 118 del 2021, rectius*, a partire dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese, la domanda diretta alla sentenza dichiarativa del fallimento o di accertamento dello stato d'insolvenza del debitore non possa essere proposta ovvero, se già pendente, non sia perseguibile il relativo e susseguente giudizio. Dice piuttosto e semplicemente che quelle sentenze *non possono essere pronunciate*: il che farebbe pensare che quello che ivi si riconnette all'istanza in parola sia configurabile come impedimento d'ordine *sostanziale* rispetto alle pronunce *de quibus*, il cui accertamento non soltanto conduca alla definizione del procedimento in luogo della sua mera sospensione ma anche a una definizione per ragioni di merito e non in termini di *absolutio ab instantia*.

Fuori discussione che, nell'eventualità in cui la composizione negoziata non dovesse andare a buon fine, una nuova domanda diretta all'apertura della procedura liquidatoria vanamente perseguita in precedenza sarebbe comunque riproponibile¹⁰, è però evidente che nel nuovo procedimento non sarebbero recuperabili gli effetti delle misure cautelari del caso ottenute, ai sensi di quanto previsto dall'art. 15, comma 8, L. fall., nel corso del procedimento originariamente instaurato e rimaste caducate in forza della negata concessione della pronuncia di merito cui erano funzionalmente preordinate. L'esigenza di salvaguardare quelle misure e i loro effetti, a tutela dell'integrità del patrimonio e dell'impresa del debitore, portano allora a ritenere, anzi lo impongono, che il divieto di cui al presente art. 6, comma 4, abbia a risolversi nella *sospensione* del procedimento attivato in vista delle pronunce ivi enumerate, in tal modo idoneo a riprendere il proprio cammino senza soluzione alcuna di continuità nell'ipotesi, testé tratteggiata, di infelice esito delle trattative avviate con i creditori.

La particolare dizione della norma che si sta esaminando, ossia il fatto che essa abbia formalmente riguardo alla sola decisione di accoglimento delle domande di fallimento o accertamento giudiziario dello stato d'insolvenza e non a una decisione di merito purchessia su quelle domande, può essere allora decifrata/o, a sommoso parere dello scrivente, guardando a quella di cui s'è appena fatta parola in oggetto come a particolare figura di sospensione¹¹, costruita sulla falsariga di quella per pregiudizialità-dip-

8. Per i dovuti ragguagli in merito a questo dibattito, sia consentito rinviare a M. Montanari, *La protezione del patrimonio dell'imprenditore in crisi*, in AA. VV., *Il ruolo del professionista nei risanamenti aziendali*, a cura di M. Fabiani e A. Guiotto, Torino, 2012, p. 160 ss.

9. Analoghi automatismi caratterizzano la produzione degli effetti protettivi di cui al successivo art. 8.

10. E ciò pure a voler condividere l'idea – non certo incontroversa ed anzi comunemente riusata a livello della giurisprudenza di legittimità (per le essenziali indicazioni in proposito, v. P. Farina, *La sentenza dichiarativa di fallimento*, in A. Jorio – B. Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, I, Milano, 2014, p. 543, nt. 34) secondo cui anche la pronuncia di rigetto della domanda di fallimento, ove fondata su ragioni di merito, sarebbe in grado di esplicitare gli effetti preclusivi di *ne bis in idem* propri del giudicato sostanziale (cfr., in particolare, F. De Santis, *Il processo per la dichiarazione di fallimento*, Padova, 2012, p. 551 ss.). Si tenga infatti presente che, nel caso, si sarebbe comunque al cospetto di un fatto *nuovo*, che come tale consentirebbe di superare il pregresso giudicato negativo e legittimerebbe la presentazione di una domanda identica a quella dianzi respinta.

11. L'assunto non contrasta con l'osservazione per cui, limitandosi la legge a vietare la pronuncia di fallimento, il relativo ricorso non sarebbe improcedibile (Panzani, *op. cit.*, p. 24 s.). E' chiaro, infatti, che, se il procedimento non può mettere capo al suo atto finale, esso debba essere a un certo punto fermato, ossia, per l'appunto, sospeso. Il problema è semmai capire dove si collochi quel punto e cosa si possa fare sino ad allora: per il che si rinvia al prosieguo della trattazione. Esclude espressamente potersi parlare di sospensione, ma unicamente a significare ciò – su cui può convenirsi: v. *infra*, che non sia inibita la prosecuzione dell'istruttoria né la concessione di misure cautelari ai sensi dell'art. 15, comma 8, L. fall., F. Platania, *Composizione negoziata:*

endenza ex art. 295 c.p.c., se ed in quanto si possa ammettere che a questa non sarebbe necessario addivenire laddove consti al giudice della causa dipendente la mancanza di ulteriori elementi della fattispecie costitutiva del diritto sottoposto al suo esame, così da rendere ininfluenza la cognizione su quel distinto elemento della stessa fattispecie che sia oggetto della causa pregiudiziale¹².

In buona sostanza, per tutto il tempo in cui sia in atto il tentativo, per il tramite della composizione negoziata, di superare lo stato di crisi in cui versa l'imprenditore, è fatto divieto al giudice di certificare formalmente quello stato con il provvedimento di apertura di una procedura liquidatoria che quel tentativo inesorabilmente vanificherebbe. Ma nulla, al contempo, impedisce al giudice, all'esito, del caso, di un'apposita verifica istruttoria¹³, di rilevare l'assenza di altri presupposti sostanziali di quella procedura – quale, in primis, la qualità di imprenditore commerciale del debitore –, così da respingerne immediatamente la richiesta di apertura senza bisogno di disporre la sospensione del relativo procedimento¹⁴.

Come già segnalato, lo sbarramento opposto all'apertura del fallimento e delle procedure liquidatorie amministrative dall'art. 6, comma 4, ora in rassegna è destinato a prolungarsi “fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata”. Se quest'ultimo riferimento non pone problemi di sorta, più ambiguo è quello precedentemente operato alla conclusione delle trattative. Ragionevole è fare capo, a tale riguardo, alla relazione c.d. finale che l'esperto, a norma dell'art. 5, comma 8, D.L. n. 118 del 2021, è tenuto a redigere al termine del suo incarico e dove, fatalmente, viene a dar conto dell'esito conclusivo delle trattative: questo, a maggior ragione, ove si consideri che tale relazione deve essere poi comunicata al giudice che abbia concesso le misure protettive

misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c., in www.ilfallimentarista.it, 7 ottobre 2021, p. 9.

12. Ed invero, se la *ratio*, o una delle *rationes*, fondante/i dell'istituto va ravvisata nell'esigenza di evitare una doppia istruttoria sul *thema cognoscendum* comune alle due controversie (per ogni altro, F. Luiso, *Diritto processuale civile*, 11a ed., II, Milano, 2020, p. 238 s.), è evidente che qualora, nell'ambito di una controversia, quell'istruttoria possa essere evitata, alla sospensione non si debba far luogo. E' poi probabilmente inutile osservare che il lessico utilizzato nel testo riflette la classica ricostruzione del nesso di pregiudizialità-dipendenza come fenomeno legato all'inquadramento di una data situazione di diritto soggettivo tra gli elementi che compongono la fattispecie genetica complessa di un differente diritto: E. Allorio, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Padova, 1935, rist. Milano, 1992, p. 68 ss.; sulla ricezione di questo modello teorico nella successiva dottrina, si veda l'ampio *excursus* di S. Recchioni, *Pregiudizialità processuale e dipendenza sostanziale nella cognizione ordinaria*, Padova, 1999, p. 64 ss.

13. Sulla perseguibilità dell'istruttoria, ancorché senza l'essenziale, almeno a parere di chi scrive, specificazione che essa possa vertere soltanto sui presupposti del fallimento diversi dall'insolvenza, v. pure L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *www.ilfallimentarista.it*, 4 ottobre 2021, p. 10; nonché, come già riferito, F. Platania, *loc. cit.*

14. Come, in virtù della sospensione del procedimento che dovrebbe altrimenti essere disposta, sono fatte salve le misure cautelari che siano state concesse a monte dell'istanza di avvio della composizione negoziata, allo stesso modo dovrebbe essere ammessa (arg. ex art. 48, comma 2, c.p.c.) la concessione di siffatte misure in pendenza di quell'istanza (conf., anche se, ovviamente, non sul fondamento della norma del codice di rito appena richiamata – *retro*, nt. 11 –, F. Platania, *op. cit.*), beninteso nella misura in cui non abbiano ad incidere su beni o diritti – compresi nel patrimonio del debitore o utilizzati dallo stesso nell'esercizio dell'impresa – che godono dello schermo di protezione dalle azioni cautelari di cui all'art. 6, comma 1, efficace altresì nei confronti delle misure anteriormente largite e, alla data dell'istanza di nomina dell'esperto, non ancora portate ad esecuzione. La sospensione del procedimento in sé considerata non permette, viceversa, di mettere i creditori al riparo dal rischio che determinati atti pregiudizievoli nei loro confronti divengano irrevocabili a causa dell'integrale decorso del c.d. periodo sospeso, decorrente, allo stato del diritto oggi vigente (e a differenza di quel che sarà nel sistema del CCI), dalla sentenza dichiarativa di fallimento e non dalla relativa domanda: in termini critici avverso la mancata scelta del legislatore di prevedere un prolungamento di quel periodo in relazione al blocco temporaneo opposto alla sentenza di fallimento, si è espresso F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, in *www.ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021, p. 10.

e/o cautelari di cui agli artt. 6 e 7 dello stesso decreto, affinché ne possa dichiarare cessati gli effetti.

Resta inteso che, qualora si tratti, come altamente verosimile, dello stesso giudice innanzi al quale sia pendente una domanda di fallimento o di accertamento dello stato d'insolvenza del debitore, nulla impedisce che alla declaratoria di cessazione del divieto di cui all'art. 6, comma 4, esso provveda con la medesima sentenza con cui abbia ad accogliere quelle domande. A meno, ovviamente, che non si abbia a che fare con una delle figure negoziali che, a tenore del successivo art. 11, commi 1 e 2, vengono a suggellare l'esito positivo delle trattative con i creditori: nel qual caso il divieto di cui al predetto art. 6, comma 4, dovrebbe saldarsi con gli effetti di protezione, e, segnatamente, di protezione dal fallimento, che da quegli accordi s'irradiano, siccome atti idonei, almeno temporaneamente, a rimuovere lo stato d'insolvenza.

A mente dell'art. 18, comma 1, D.L. n. 118 del 2021, “quando l'esperto, nella relazione finale dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'art. 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'art. 5, comma 8, un proposta di concordato per cessione dei beni [...]”. Si tratta della nuova e particolare figura del concordato semplificato, in relazione al quale e alla necessità di salvaguardare il diritto del debitore di avvalersene, lecito è domandarsi se alla declaratoria di cessazione del divieto di cui all'art. 6, comma 4, e, del caso, all'annessa pronuncia di fallimento o accertamento dello stato d'insolvenza, il giudice possa addivenire immediatamente, ossia non appena ricevuta la relazione finale di tenore negativo, ovvero non debba piuttosto attendere il decorso del termine di sessanta giorni di cui alla disposizione testé riportata.

5. I rapporti con le procedure compositive

In forza delle integrazioni apportate in occasione della conversione in legge, la norma regolatrice dei rapporti in epigrafe, ossia l'art. 23, comma 2, del decreto in rassegna, recita oggi che “l'istanza di cui all'articolo 2, comma 1, non può essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma [L. fall.], con ricorso depositato ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma [L. fall.], o con ricorso per l'accesso alle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni di cui agli articoli 7 e 14 ter della legge 27 gennaio 2012, n. 3”.

La spinta a rimettere mano a tale disposizione è scaturita indubbiamente dalle critiche mosse all'indirizzo del suo dettato primigenio, in ragione del mancato inserimento, tra le cause di improponibilità dell'istanza di composizione negoziata della crisi che vi figuravano contemplate, del ricorso per i cc.dd. pre-accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis, comma 6, L. fall.¹⁵ Nel porre rimedio a questa omissione, si è, peraltro, giudicato opportuno provvedere a un'ulteriore estensione del perimetro applicativo della norma, in modo da includervi anche l'istanza di accesso alle procedure di sovraindebitamento riservate agli imprenditori, quali gli accordi di composizione della crisi di cui all'art. 7 della L. n. 3 del 2012¹⁶ e la liquidazione del patrimonio di cui al successivo art. 14 ter (che non appartiene al novero delle procedure d'indole compositiva ma è ad esse assimilata, ai fini *de quibus*, per le ragioni dianzi esposte, *sub § 2*): soluzione che il legislatore ha evidentemente reputato preferibile a quella, che identici effetti, sostanzialmente, avrebbe sortito, di aggiungere il presente art. 23, comma 2, agli articoli cui è rinvio nel precedente art. 17, comma 7, in funzione regolatrice della composizione negoziata della crisi per le imprese sotto soglia.

15. Per l'applicabilità della norma anche a séguito di quell'iniziativa, v., peraltro, Ambrosini, *op. cit.*, 9 s.; ma per l'opportunità di darne espressamente conto nel dettato normativo, cfr. R. Guidotti, *op. cit.*, p. 9.

16. Dalla norma ora in esame battezzati, facendo, presumibilmente, confusione con la terminologia del Codice della crisi, “accordi di ristrutturazione dei debiti”. L'esplicito riferimento all'art. 7 L. n. 3 del 2012 non lascia dubbi, però, sull'intento di richiamare gli accordi di composizione di cui è menzione nel testo.

Poiché legato, per testuale disposto normativo, alla pendenza del procedimento introdotto da taluna o talaltra delle istanze giudiziali enumerate da detto art. 23, comma 2, è da ritenersi che il divieto, ivi professato, di presentazione dell'istanza di composizione negoziata sia destinato a venir meno in caso di anticipata definizione di quel procedimento medesimo, in particolare, per effetto di sopravvenuta rinuncia alla relativa istanza introduttiva. Non è, infatti, pensabile che il diritto del debitore di percorrere le vie della composizione negoziata quivi in esame debba intendersi come irreversibilmente consumato per effetto della scelta, dianzi messa in atto da quello stesso soggetto, di cercare una diversa soluzione compositiva della sua crisi.

Ma se così è - e poiché a nessuno sarebbe mai venuto in mente che il percorso della composizione negoziata possa tranquillamente srotolarsi in costanza e, dunque, in parallelo di/ad una delle procedure considerate dall'art. 23, comma 2 -, il concreto significato precettivo della norma deve apprezzarsi in ciò, che l'istanza di cui all'art. 2, comma 1, del D.L. n. 118 del 2021 non possa in alcun modo rilevare alla stregua di rinuncia implicita o *per facta concludentia* alla domanda giudiziale che abbia dato vita all'una o all'altra di quelle procedure. Ferma restando, per contro, l'ammissibilità di una rinuncia esplicita, nei limiti, beninteso, in cui consentita in rapporto alla fase specifica in cui la procedura in essere abbia, a quella data, a versare.

In difetto di tale rinuncia esplicita, l'istanza in questione, come recita la norma, non potrà essere presentata; e, se egualmente presentata, andrà dichiarata improponibile o inammissibile, da parte, è lecito opinare, della Commissione incaricata della nomina dell'esperto, nei termini della ricusazione di tale nomina¹⁷.

17. R. Guidotti, *op. ult. cit.*

La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice

di Luciano Panzani, già Presidente della Corte d'Appello di Roma

Come cambia il ruolo dell'autorità giudiziaria e come si ridefinisce il perimetro della giurisdizione nella cornice della composizione negoziata? Un'approfondita riflessione tesa a cogliere implicazioni e prospettive di un sistema inedito.

Sommario:

1. Composizione negoziata e *moral hazard*
2. Il ruolo del giudice
3. Ancora sulle misure protettive e cautelari

1. Composizione negoziata e *moral hazard*

La composizione negoziata, introdotta nel nostro ordinamento dal d.l. 118/2021, non è certamente una procedura concorsuale. Può probabilmente essere considerata una "misura", e quindi un segmento di un quadro di ristrutturazione nel senso indicato dagli artt. 2, par. 1, n. 1 e 4, comma 5, della Direttiva 1023/2019, ma non una procedura concorsuale.

Come ha osservato recentemente Renato Rordorf¹, rispetto all'allerta ed alla composizione assistita disciplinati dal codice della crisi, la composizione negoziata si presenta "più agile, più economica e molto più nettamente profilata in chiave mediatoria". Ancora, osserva Rordorf, si tratta di uno strumento che proprio per queste caratteristiche, si sarebbe tentati di definire più *mite*, perché, a differenza dall'allerta non è caratterizzata da "un'impostazione alquanto più burocratica e proceduralizzata [di quella alla base della sua concezione originaria n.d.r.], scandita da una molteplicità di termini di adempimento e di soglie di rilevanza, in cui sembra quasi che l'imprenditore sia chiamato a giustificarsi e difendersi piuttosto che ad essere coadiuvato, in un contesto che rischia perciò di evocare il clima di una procedura prefallimentare, rafforzato dalla previsione dell'intervento finale del pubblico ministero in caso di cattivo esito dei tentativi di risanamento".

Questi tratti del nuovo procedimento hanno dato luogo a critiche², che si incentrano sulla mancanza di adeguati presidi, che evitino pratiche di *moral hazard* da parte dell'imprenditore, pratiche che l'esperienza dimostra essere tutt'altro che infrequenti, come insegna il *boom* di domande di concordato con riserva che seguì all'entrata in vigore dell'istituto, prima che il legislatore e la giurisprudenza corressero ai ripari prevedendo la nomina *ab initio* del commissario giudiziale e la possibilità di revoca dell'ammissione prima della scadenza del termine per la presentazione del piano.

Si lamenta in sostanza che il legislatore abbia rinunciato al saldo presidio giudiziale con la previsione della figura del giudice delegato e la possibilità d'intervento del P.M. anche al fine di chiedere la dichiarazione di fallimento.

Semplificando, si potrebbero sintetizzare le critiche nell'osservazione che mentre l'allerta e la composizione assistita presentavano un sistema caratterizzato dal ricorso da parte del legislatore al bastone e alla caro-

ta: da una parte le misure premiali, anche sulla responsabilità penale, e dall'altra il rischio che in caso di esito negativo il P.M. potesse chiedere il fallimento, la composizione negoziata prevede la carota, mantenendo le misure premiali sia pure spogliate dalla parte penale, ma non ha conservato il bastone.

Se queste sono le preoccupazioni, va detto che esse si fondano sulla mancata comprensione dei tratti fondamentali della disciplina, certamente favorita dall'impossibilità di considerare il decreto dirigenziale 28 settembre 2021 del Ministero della Giustizia, appena pubblicato, che ha chiarito con la disciplina del contenuto del test che all'imprenditore è suggerito di praticare prima di accedere al procedimento (e che in ogni caso andrà svolto insieme all'esperto una volta formulata la domanda), della lista di controllo da spuntare per procedere alla redazione del piano, e con il protocollo che scandisce le fasi del procedimento, i doveri dell'imprenditore e dell'esperto.

In armonia con le sue caratteristiche di fondo la composizione negoziata non incide sulla capacità dell'imprenditore, che rimane *in bonis* ed è quindi titolare dei poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione dell'impresa, ivi compresi i pagamenti dei debiti pregressi ritenuti strategici, pur quando benefici delle misure protettive e della conseguente sospensione delle azioni esecutive, che comprende il divieto di pronunciare la sentenza dichiarativa di fallimento. I poteri di vigilanza e controllo dell'esperto riguardano l'andamento delle trattative, non la gestione. Anche l'annotazione del dissenso sugli atti di straordinaria amministrazione e sui pagamenti perché non coerenti con l'andamento delle trattative o pregiudizievoli per i creditori, non incide sull'efficacia dell'atto, pur potendo portare alla conclusione della composizione negoziata ed al venir meno delle misure protettive.

Non mancano però gli strumenti di controllo nelle mani dell'esperto e non manca neppure il controllo giudiziale sugli atti tipici dell'imprenditore.

Si tratta di un complesso di misure che possono essere guardate come un adeguato "bastone" che, se non prevede di per se stesso l'intervento del P.M., ma neppure lo esclude, rappresenta comunque un filtro adeguato contro manovre opportunistiche di imprenditori disinvolti. Società cartiera, evasori fiscali, bancarottieri non potranno avvalersi dell'istituto.

Ci limiteremo a qualche accenno per quel che riguarda l'esperto, le cui funzioni sono già oggetto di altri interventi, al solo scopo di meglio introdurre qualche riflessione sul ruolo del giudice.

La composizione negoziata non sfocia immediatamente nelle trattative tra l'imprenditore ed i creditori. L'art. 5, comma 5, del d.l. 118 prevede infatti che l'esperto, accettato l'incarico, convochi senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore, ove in carica. Soltanto quando ritiene che le prospettive di risanamento siano "concrete", l'esperto incontra le altre parti interessate al processo di risanamento.

Il decreto dirigenziale meglio articola i doveri dell'esperto e dell'imprenditore a questo proposito. Il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento permette di valutare il rapporto tra "l'entità

1. R.Rordorf, *Il tormentato iter della riforma del diritto concorsuale*, in *Questione Giustizia*, 1 ottobre 2021.

2. Le considerazioni di R.Rordorf sono state commentate negativamente da R.Braccialini, *Qualcosa di nuovo oggi nel sole? Anzi, d'antico...*, in *Questione Giustizia*, 2021, che ha affermato che il d.l. 118 rappresenta "Una Novella costruita sul vecchio scafo della legge fallimentare, ma con un motore nuovo che punta alla turbo-negozialità come fondamentale panacea delle varie crisi di impresa, utilizzando una tecnica di cannibalismo selettivo che già abbiamo visto in azione con la riforma nello scorso dicembre della normativa sul sovra-indebitamento la quale, per parte sua, indubbiamente aveva un profondo bisogno di restyling".

Per le ragioni esposte in questo articolo, non condividiamo queste valutazioni che vedono la composizione negoziata e gli altri interventi del d.l. 118 come una contro-riforma rispetto alle scelte del legislatore dal 2015 in poi, maggiormente garantiste nell'interesse dei creditori e della legalità in generale.

del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al suo servizio". Tale rapporto (punto 4 del test) consente di valutare se siano sufficienti iniziative industriali o se si debba pensare alla cessione dell'azienda, con l'avvertenza che in assenza di un MOL positivo occorre comunque pensare ad iniziative in discontinuità rispetto alla normale gestione.

Questi accertamenti che l'imprenditore compie con il test (eventualmente, ove non abbia provveduto prima, insieme all'esperto subito dopo la sua nomina) sono seguiti dalla redazione della lista di controllo, dove la stessa operazione viene confrontata con il piano predisposto o in corso di redazione da parte dell'imprenditore (si veda in particolare la sezione 5).

I punti 2.4 e ss. del Protocollo precisano che lo stato d'insolvenza in sé non è incompatibile con l'avvio delle trattative, ma sottolineano che "a fronte (i) di una continuità aziendale che distrugge risorse, (ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse, (iii) dell'assenza di valore del compendio aziendale, le probabilità che l'insolvenza sia reversibile sono assai remote indipendentemente dalle scelte dei creditori, e dunque che in questi casi è inutile avviare le trattative". Ed ancora "quando l'esito del test online indica che il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative che si intendono adottare in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (iniziative industriali, modifiche del modello di business, cessioni o cessazione di rami di azienda, aggregazioni con altre imprese), l'esperto, prima di sciogliere la propria riserva, compie gli opportuni approfondimenti esaminando il piano di risanamento" (punto 2.6). Infine "qualora l'esperto reputi che il risanamento possa avere luogo in via indiretta attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa, dovrà tener conto delle concrete manifestazioni di interesse eventualmente ricevute dall'imprenditore o da terzi, delle ragionevoli stime delle risorse realizzabili pur in assenza degli effetti dell'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, e della loro adeguatezza a consentire il raggiungimento di un accordo con i creditori" (punto 2.7).

Il successivo punto 2.8 ribadisce quanto disposto dall'art. 5, comma 5, ultima parte, del d.l. 118 e cioè che "in qualunque momento, nel corso dello svolgimento dell'incarico, l'esperto ravvisi che non sussista o che sia venuta meno ogni concreta prospettiva di risanamento dell'impresa, anche in via indiretta attraverso la cessione dell'azienda o di suoi rami, redige una relazione che inserisce nella Piattaforma Telematica e comunica all'imprenditore; in caso di misure protettive e cautelari la trasmette al tribunale, mediante accesso al fascicolo telematico, affinché questo possa pronunciarsi sulla conferma degli effetti e in ogni caso dichiararne la cessazione".

Il controllo dell'esperto sulla proposta che l'imprenditore sta sviluppando è dunque rigoroso. La violazione delle regole previste dal decreto dirigenziale, che trovano la loro fonte nei principi stabiliti dal decreto legge, è fonte di responsabilità per l'esperto sia sul piano della responsabilità civile sia, eventualmente, sul piano della responsabilità penale sotto il profilo del concorso con l'imprenditore nell'aggravamento del dissesto o nella bancarotta fraudolenta per il compimento di operazioni dolose.

Una volta iniziate le trattative l'imprenditore, come si è detto, ha la piena disponibilità della gestione dell'impresa. Egli tuttavia deve rispettare il vincolo generale previsto dall'art. 2, comma 1, del d.l. che sia ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa e che, ai sensi dell'art. 9, comma 1, non vi sia pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. A tale proposito il punto 7.5 del Protocollo rileva che "dinanzi ad uno stato di crisi, è opportuno che l'esperto ricordi all'imprenditore che deve gestire l'impresa per evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività". A tale proposito si aggiunge: "non vi è di norma pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono)". Infine "con le trattative in corso e ancora sussisten-

do concrete prospettive di risanamento, la gestione, in caso di insolvenza, dovrà avvenire nel prevalente interesse dei creditori".

Quest'ultimo vincolo non era indicato direttamente dal decreto legge nella sua stesura originaria, ma è ora espresso con chiarezza dall'art. 9, primo comma, nel testo modificato dalla legge di conversione 21 ottobre 2021, n. 147. La norma afferma che l'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando nel corso della composizione negoziata risulta che l'imprenditore è insolvente, ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori.

Il legislatore ha dunque meglio articolato la previsione dell'art. 2086, comma 2, c.c. che fa obbligo all'imprenditore una volta che sia emersa una situazione di crisi o di insolvenza, 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 caso di insolvenza la composizione negoziata può proseguire soltanto quando sia questione di insolvenza reversibile ed esistano quindi concrete prospettive di risanamento. In caso di crisi deve essere garantita la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività con la conseguenza, che si è già illustrata, che la gestione caratteristica sia attiva o generi perdite che non sono di pregiudizio per i creditori perché salvaguardano la continuità aziendale e quindi il maggior valore dell'azienda rispetto all'ipotesi liquidatoria.

Le indicazioni dell'art. 9, primo comma, riguardano la composizione negoziata, ma hanno un chiaro valore di sistema e possono essere invocate per integrare e chiarire le prescrizioni dell'art. 2086 ed anche i doveri degli amministratori nella gestione conservativa che segue ad una causa di scioglimento.

Ne deriva, pertanto, che l'esperto ha chiare indicazioni da seguire per quanto concerne i limiti entro i quali può essere coltivato il tentativo di raggiungere un accordo con i creditori. Ed anche qui qualora se ne discosti, può concorrere nella responsabilità relativa all'aggravamento del dissesto.

Per quanto riguarda gli atti soggetti all'autorizzazione del tribunale (atti di straordinaria amministrazione, finanziamenti in prededuzione, cessione di azienda, rinegoziazione dei contratti con intervenuta alterazione del sinallagma) l'esperto dovrà esprimere i pareri previsti dalla legge. Il Protocollo ai punti da 10 a 12 indica con chiarezza il contenuto tecnico di tali pareri. Per quanto concerne i finanziamenti in prededuzione da erogare nel corso della composizione negoziata l'esperto - si dice - deve valutare la funzionalità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile alla continuità aziendale, anche se l'art. 10, co. 1, del d.l. parla più genericamente di funzionalità dell'atto alla continuità aziendale ed alla migliore soddisfazione dei creditori. Ne deriva, secondo il decreto dirigenziale, che i finanziamenti debbono essere funzionali al ciclo degli approvvigionamenti ovvero essere funzionali per ristabilire la regolarità del pagamento delle imposte e quella del DURC per evitare sospensioni ed interdizioni alla partecipazione a gare. La migliore soddisfazione dei creditori si articola in un MOL positivo nel corso della composizione negoziata o, nell'ipotesi di MOL negativo, quantomeno in vantaggi per i creditori derivanti dalla continuità aziendale.

Quando invece i finanziamenti riguardino l'esecuzione del piano nell'ambito delle soluzioni di uscita dalla composizione negoziata (il contratto, la moratoria, il piano attestato e gli accordi di ristrutturazione previsti dai commi 1 e 2 dell'art. 11 del d.l.) sarà sufficiente che l'esperto sottolinei le utilità per i creditori confrontate con le soluzioni alternativamente praticabili, di regola la liquidazione fallimentare.

Nel caso di autorizzazione alla cessione d'azienda l'esperto pone in essere una serie di attività in pendenza di trattative di cui la più importante (punto 12.2) è l'individuazione dei potenziali acquirenti attraverso procedure competitive, in modo da sgombrare il campo dal timore di scelte in danno ai creditori (punto 12.1). Le offerte (punto 12.3) debbono essere per quanto più possibile a contenuto determinato, vincolanti, sottoscritte ed accompagnate da garanzie. In sede di audizione da parte del tribunale l'esperto dovrà riferire su queste attività, sulle modalità con cui si è arrivati

ad individuare l'acquirente ed alla determinazione del prezzo.

Anche qui va sottolineato che la legge di conversione ha modificato l'art. 10, lett. d) aggiungendo la previsione che con l'autorizzazione alla cessione il tribunale deve dettare le misure opportune, tenendo conto delle istanze delle parti interessate, al fine di tutelare gli interessi coinvolti. Ne deriva che il tribunale potrà stabilire regole per la ricerca dell'acquirente o per l'espletamento della gara ed anche, posto che l'acquirente non risponde dei debiti pregressi in deroga all'art. 2560, comma 2, c.c., per l'accantonamento del prezzo a garanzia dei creditori.

Per quanto concerne le misure protettive, in sede di conferma l'esperto rappresenta al tribunale (punto 6.3) lo stato delle trattative, l'attività svolta e l'esito dei controlli sul test pratico e sulla lista di controllo. Nel caso di proroga egli indica la praticabilità del risanamento dell'impresa e la necessità di prorogare le misure per salvaguardare l'esito delle trattative. Così pure segnala al tribunale ogni elemento determinante per la revoca o abbreviazione quando non garantiscano più il buon esito delle trattative od appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori.

Anche in caso di rinegoziazione l'esperto cerca di raggiungere un accordo tra le parti scongiurando il ricorso al tribunale. Se non vi riesce riferisce al tribunale sull'andamento delle trattative a tal fine, quando le parti vi consentano, ed altrimenti indica se la rinegoziazione del contratto possa effettivamente assicurare la continuità aziendale ed in quali tempi (punto 11.2).

I pareri che l'esperto deve rendere non sono generici. Il loro oggetto si ricava dal complesso della disciplina di legge ed Protocollo ne ha ulteriormente determinato il contenuto articolando il principio legislativo secondo le regole della buona tecnica aziendale. Il risultato complessivo è una rete robusta di principi e di metodi che non lasciano molti spazi di manovra all'imprenditore disattento e nessuno a chi voglia porre in essere manovre illecite.

2. Il ruolo del giudice

La composizione negoziata si svolge al di fuori delle aule giudiziarie, come del resto già era previsto per la composizione assistita dal codice della crisi. Non dovrebbe quindi, in teoria, configurarsi un problema d'intervento del giudice in un procedimento che: a) non è una procedura concorsuale; b) può concludersi, ai sensi dell'art. 11 del d.l. 118, con vari esiti, alcuni dei quali corrispondono all'apertura di una procedura concorsuale, che può anche essere il fallimento (art. 11, co. 3, lett. c). A quel momento dovrebbe guardarsi per valutare la rilevanza ed i termini dell'intervento del giudice. Così non è.

Come abbiamo visto il tribunale, e si tratta del tribunale competente ex art. 9 l.fall. quindi, ragionevolmente³ il tribunale fallimentare, interviene con provvedimenti autorizzativi con riguardo ai momenti tipici del procedimento di composizione negoziata dove non può essere sufficiente la mera libertà dell'imprenditore *in bonis* di gestire l'impresa nel modo ritenuto più ragionevole o l'eventuale consenso di alcuni creditori. Il riconoscimento della predeuzione sui finanziamenti non è diretta a supplire un difetto di capacità d'agire dell'imprenditore, che, come si è già detto, è *in bonis*, ma a permettere il riconoscimento di tale condizione del credito nelle successive procedure concorsuali che potranno essere aperte in futuro. L'autorizzazione alla cessione d'azienda mira a consentire la deroga al disposto dell'art. 2560, co. 2, c.c. e dunque all'accollo ex lege dei debiti pregressi che risultano dalle scritture contabili obbligatorie all'acquirente,

realizzando così un effetto purgativo⁴ della vendita che è altrimenti riservato all'esecuzione forzata. Il provvedimento che modifica le condizioni contrattuali deroga al disposto dell'art. 1372 c.c. in ragione di una situazione eccezionale conseguente alla pandemia e richiede quindi l'autorità del giudice. La conferma, proroga o revoca delle misure protettive o cautelari di nuovo deroga al regime ordinario di tutela dei creditori in ragione dell'interesse, ritenuto a determinate condizioni prevalente, alla prosecuzione delle trattative con il debitore.

In tutte queste situazioni, eccezione fatta per la rinegoziazione⁵, anche la Direttiva 1023/2019 sui quadri preventivi di ristrutturazione riconosce necessario l'intervento del giudice. Nella procedura di ristrutturazione prevista dalla Direttiva la proposta del debitore non richiede sempre l'approvazione del giudice, ma tale provvedimento non può mancare se il piano prevede l'apporto di finanza nuova (art. 10, par. 1, lett. b), anche se il riconoscimento della predeuzione può essere previsto direttamente ex lege (art. 17, par. 4). La cessione d'azienda dovrà essere regolata dal piano (art. 8, par. 1, lett. g, i, in relazione all'art. 2, par. 1, n. 1) e sarà quindi nella maggior parte dei casi oggetto di autorizzazione da parte del giudice attraverso l'approvazione del piano stesso. La sospensione delle azioni esecutive individuali può richiedere, se gli Stati membri lo ritengono, l'intervento del giudice ed altrettanto è previsto in caso di proroga o revoca (art. 6, par. 7 e 9).

Anche le analogie con la Direttiva mostrano che nella composizione negoziata il tribunale rimane apparentemente sullo sfondo, ma svolge in realtà un compito di grande importanza.

Il tribunale, che provvede sempre in composizione monocratica, salvo il reclamo attribuito al collegio di cui non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento impugnato, può o deve avvalersi di un ausiliario nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. il cui parere si aggiunge e può prevalere rispetto a quello dell'esperto. Nel caso delle misure protettive e dei provvedimenti cautelari provvede nel contraddittorio delle parti, dopo aver sentito tutti coloro che sono pregiudicati dalla misura adottata. Il legislatore ha quindi tutelato adeguatamente tutti coloro che sono incisi dal provvedimento, dando voce ai creditori e ai terzi danneggiati dalla misura o dal provvedimento cautelare, con gli strumenti del contraddittorio⁶ e della rapida successiva decisione.

La tutela dei creditori è dunque diretta, conseguente alle difese o alla richiesta di revoca del soggetto pregiudicato, non indiretta ed avulsa dal contraddittorio processuale come avviene nel concordato preventivo dove il giudice sino all'omologazione non sente i creditori e gli altri soggetti coinvolti. Il giudice svolge quindi il suo compito istituzionale: è soggetto terzo ed imparziale, chiamato a dirimere un conflitto tra le parti, imprenditore e creditori o altri soggetti terzi pregiudicati (soprattutto nel caso delle misure protettive), mai coinvolto, neppure indirettamente, nelle scelte gestionali dell'impresa. A differenza dal concordato preventivo il giudice non decide sul contrasto di valutazioni tra l'attestatore indipendente scelto dall'imprenditore ed il commissario giudiziale di nomina giudiziale, ma sul conflitto concreto tra le parti. Non rischia di tutelare posizioni astratte, ma affronta una reale situazione di contrasto, contrasto che può anche mancare ed anche questa circostanza può assumere rilevanza ai fini della decisione.

Il giudice è certamente estraneo alla composizione negoziata perché non la dirige e non ha poteri autoritativi nei confronti né dell'esperto né delle altre parti coinvolte. Non ha neppure funzioni di monitoraggio e vigilanza. Gli sono invece attribuiti specifici poteri di garanzia, che senza incidere direttamente sulla composizione negoziata, consentono o impediscono di fatto che possano essere utilmente compiuti gli atti chiave: l'accesso ai finanziamenti per i quali la predeuzione è vitale, la cessione di azienda, la rinegoziazione dei contratti pendenti. Ancora il giudice de-

3. L'individuazione della sezione competente all'interno dei tribunali divisi in sezioni è materia tabellare, ma può ritenersi che l'esperto richiami al tribunale competente per la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 9 l.fall. comporti, anche per ovvie ragioni di specializzazione del giudice, che la sezione competente sia individuata nella sezione cui tabellarmente sono affidate le procedure concorsuali. La circostanza che la competenza sia attribuita a tutti i tribunali e non ai tribunali sede delle sezioni specializzate dell'impresa esclude che il legislatore abbia voluto far riferimento soltanto a tali tribunali, sul modello previsto dall'art. 27 del codice della crisi.

4. Usiamo l'aggettivo purgativo in senso non tecnico, ma per sottolineare il mancato accollo dei debiti all'acquirente.

5. La rinegoziazione dei contratti non rientra nell'ambito delle misure considerate dalla Direttiva.

6. Condivido l'opinione di chi afferma che il contraddittorio è eventuale e non si tratta di un'ipotesi di litisconsorzio necessario.

cide sulle misure protettive e sui provvedimenti cautelari nel conflitto tra interesse del debitore ed interessi dei creditori.

Se valutiamo complessivamente il ruolo dell'esperto e quello del giudice, del tribunale fallimentare, possiamo concludere che le trattative possono avviarsi soltanto se vi sono le condizioni per un possibile successo, condizioni che l'esperto deve verificare, rispettare e far rispettare. Anche la loro prosecuzione è legata a queste medesime condizioni. La stessa gestione dell'impresa è libera, ma ai sensi dell'art. 9 deve svolgersi in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'attività e, se vi è insolvenza, deve essere orientata a perseguire l'interesse dei creditori.

Anche la concessione delle misure protettive e cautelari è subordinata al rispetto di regole rigorose, prima tra tutte come chiarisce l'art. 7, comma 6, del d.l., assicurare il buon esito delle trattative e la proporzionalità rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori.

La preoccupazione che la composizione negoziata apra la strada a tentativi inconcludenti di ristrutturazione, che rappresenti una limitazione dei preesistenti livelli di tutela dei creditori non sembra fondata, a condizione naturalmente che non si affermino prassi *contra legem*, indulgenze inaccettabili. Va peraltro detto che anche il presidio del giudice nella sua articolazione tradizionale ha dei costi. Garantisce il rispetto delle regole, ma orienta inevitabilmente la gestione in termini conservativi. Inoltre, come insegnano episodi della nostra storia economica, non sempre è stata sufficiente ad impedire l'apertura di procedimenti quando la pressione sociale e sindacale, legata al ruolo chiave di alcune imprese ed al numero di posti di lavoro in gioco, è stata rilevante.

3. Ancora sulle misure protettive e cautelari

L'imprenditore può domandare l'applicazione di misure protettive del patrimonio ai sensi dell'art. 6 del d.l. con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva domanda, presentata sempre attraverso la piattaforma telematica della camera di commercio. L'istanza di applicazione delle misure è pubblicata nel registro delle imprese, unitamente all'accettazione dell'esperto se contestuale all'istanza di nomina di quest'ultimo. Spiega la legge che dal giorno della pubblicazione i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Non sono vietati i pagamenti spontanei.

Il meccanismo previsto dal legislatore, salvo che per i pagamenti, è lo stesso che regola la sospensione delle azioni esecutive nel concordato preventivo secondo il codice della crisi. L'effetto cautelare sospensivo è automatico ed è ricollegato alla formulazione della domanda di nomina dell'esperto o alla richiesta delle sole misure, se successiva, per il tramite della piattaforma telematica della camera di commercio. Esso però ha una breve durata e la sospensione deve essere confermata dal giudice. Ai sensi dell'art. 7, co. 1, con ricorso presentato lo stesso giorno al tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l.fall. e quindi al tribunale della sede dell'impresa, l'imprenditore chiede la conferma o la modifica delle misure protettive ed ove occorra, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative.

Va infatti sottolineato che il legislatore ha affiancato alle misure protettive quelle cautelari che, a differenza dalle prime, scattano soltanto a seguito di un provvedimento del giudice.

La possibilità di chiedere provvedimenti cautelari, sia tipici che atipici, rappresenta un'innovazione di notevole importanza, la cui concreta portata dovrà verosimilmente essere chiarita dalla giurisprudenza, sia pur nell'ambito dei principi generali che regolano questo tipo di tutela. L'intero procedimento segue le regole del processo cautelare uniforme.

Questi provvedimenti debbono essere necessari per condurre a termine le trattative e debbono dunque essere idonei a vincere una resistenza ingiustificata di un creditore o di un altro soggetto che sia parte della composizione negoziata. Pare evidente che deve sussistere il requisito dell'ur-

genza ed il *fumus*. Non vi è infatti nella legge nulla che autorizzi a ritenere possibile una deroga ai diritti legittimamente fatti valere dai creditori e dalle altre parti che partecipano alla composizione negoziata.

Torniamo alle misure protettive. Entro trenta giorni dalla domanda l'imprenditore deve chiedere la pubblicazione sul registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato. La mancata o ritardata presentazione dell'istanza di conferma o modifica e la mancata richiesta della pubblicazione del numero di ruolo generale sono causa d'inefficacia delle misure. Il decorso del termine di trenta giorni senza che sia stata chiesta la pubblicazione del numero di R.G. è causa di cancellazione dell'istanza di richiesta delle misure protettive dal registro delle imprese.

La pubblicità del numero di ruolo generale mira a verificare che l'imprenditore abbia chiesto al tribunale la conferma delle misure protettive lo stesso giorno in cui ha inserito sulla piattaforma telematica l'istanza di applicazione delle misure stesse. Ciò spiega il rigore del legislatore nel regolare le conseguenze della mancata pubblicazione sul registro delle imprese: l'omesso o il ritardato deposito del ricorso è causa di inefficacia delle misure che deve essere dichiarata dal tribunale.

Segue la fissazione dell'udienza da parte del tribunale entro dieci giorni dal deposito del ricorso. Come si è detto il tribunale non fissa l'udienza e dichiara invece l'inefficacia delle misure protettive se accerta che il ricorso non è stato depositato lo stesso giorno in cui è stata inserita sulla piattaforma telematica la richiesta di applicazione delle misure stesse. Gli effetti delle misure protettive cessano anche nel caso in cui il giudice non fissi l'udienza nel termine di dieci giorni dalla presentazione del ricorso previsto dall'art. 7, co. 1⁷.

E' previsto che l'udienza venga preferibilmente tenuta con sistemi di videoconferenza. Il decreto è notificato dal ricorrente con le modalità indicate dal tribunale ai sensi dell'art. 151 c.p.c. tribunale che deve prescrivere le forme di notificazione opportune per garantire la celerità del procedimento. Tali modalità dovranno tener conto dell'elenco dei creditori depositato dall'imprenditore insieme al ricorso. Per ognuno di essi deve essere indicato l'indirizzo PEC se disponibile oppure l'indirizzo di posta elettronica non certificata per il quale sia verificata o verificabile la titolarità della casella. Poiché peraltro l'indirizzo di posta elettronica non certificata non consente di verificare l'effettivo buon fine della comunicazione, il tribunale dovrà prescrivere le forme di notificazione opportune per i casi in cui non vi siano indirizzi PEC disponibili. Va tuttavia tenuto presente che in linea di principio i creditori sono imprenditori, tenuti ad iscriverne l'indirizzo PEC a registro imprese.

Ai fini del contraddittorio occorre anche tener presente il disposto dell'art. 7, co. 4, secondo il quale se le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidono sui diritti dei terzi, costoro devono essere sentiti.

Il tribunale deve sentire le parti, da intendersi come l'imprenditore ed i creditori ed i terzi incisi dalle misure protettive e dai provvedimenti cautelari, l'esperto e provvede omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio. Procede agli atti di istruzione indispensabili avvalendosi, ove occorra, di un ausiliario nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c.

Le valutazioni espresse dall'imprenditore, dai creditori e dai terzi, oltre che dall'esperto, possono pertanto essere oggetto di verifica anche tecnica per il tramite dell'apporto dell'ausiliario. Il tribunale provvede con ordinanza con la quale stabilisce la durata delle misure protettive e dei provvedimenti cautelari che non potrà essere inferiore a trenta e superiore a 120 giorni.

Occorre chiarire qual è l'oggetto del sindacato del tribunale. Il legislatore indica soltanto indirettamente le finalità delle misure, che non sono precisate nell'art. 6 del d.l., probabilmente perché tale norma si occupa soltanto dell'effetto automatico della protezione che discende direttamente

7. E' questa norma che illustri commentatori (Costantino, Montanari) nei primi interventi a caldo in occasione di convegni e webinar ritengono violare il disposto dell'art. 24 Cost. ove non legata ad un'originaria carenza dell'istanza dell'imprenditore che impedisce di dar corso al procedimento. Anche così peraltro si darebbe vita ad un anomalo silenzio-rifiuto del giudice, difficilmente compatibile con il nostro sistema processuale.

dall'istanza dell'imprenditore.

Tuttavia l'art. 7, comma 5, chiarisce che la proroga può essere disposta per il tempo necessario per assicurare il buon fine delle trattative e il comma 6 prevede che le misure possano essere revocate o che ne possa essere abbreviata la durata quando non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

Si può dunque ritenere che lo scopo delle misure, anche se il legislatore non l'ha detto espressamente, sia di garantire il buon fine delle trattative. La relazione illustrativa al decreto legge indica anche l'obiettivo di mettere il patrimonio dell'imprenditore al riparo da iniziative che possono mettere a rischio il risanamento dell'impresa. È questa la funzione tradizionale delle misure protettive che seguono all'apertura di una procedura concorsuale: evitare la dispersione del patrimonio e dei beni con cui viene esercitata l'attività d'impresa, la conseguente compromissione della continuità aziendale che potrebbe seguire alle azioni esecutive dei creditori ed anche l'alterazione dell'ordine delle cause di prelazione in vista dell'apertura del concorso. Tale obiettivo, pur non espressamente enunciato, risulta con sufficiente chiarezza proprio dal contenuto delle misure qual è esplicitato dall'art. 6, comma 1, del d.l.: divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore e di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

Ci si può domandare se questa finalità abbia valore assoluto. Nel regolare la proroga o la revoca delle misure il legislatore non considera il rischio di dispersione del patrimonio o la compromissione della continuità aziendale, ma soltanto l'interesse alla prosecuzione delle trattative a fronte del pregiudizio che ne deriva per i creditori, pregiudizio che è *in re ipsa*, ma che ai sensi dell'art. 7, comma 6, non può essere sproporzionato rispetto all'esigenza di garantire tale prosecuzione. Non si fa qui cenno del rischio di dispersione del patrimonio o di compromissione dell'attività d'impresa. A fronte di trattative che non vanno a buon fine il tribunale non potrebbe prorogare o non abbreviarne la durata per consentire all'imprenditore di chiedere l'omologa di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 11, comma 2, del d.l. o di accedere ad una procedura concorsuale ai sensi del comma 3 dello stesso articolo. Questa lettura sarebbe confermata anche dal decreto dirigenziale. Il punto 6.4 del Protocollo indica che l'esperto esprime il proprio parere in merito "alla sussistenza, a quella data, della praticabilità del risanamento dell'impresa, anche in via indiretta, e all'esigenza di prorogare le misure protettive per salvaguardare l'esito delle trattative".

L'istanza di revoca o abbreviazione della durata delle misure può provenire anche dall'esperto, che è certamente il primo a comprendere che le trattative non possono andare a buon fine. L'esperto, ai sensi dell'art. 5, comma 5, del d.l. quando non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione dell'imprenditore o in un momento successivo, ne dà notizia a quest'ultimo e al segretario generale della camera di commercio che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. Il comma 8 aggiunge che l'esperto redige la relazione finale che comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari, al giudice che le ha emesse che ne dichiara cessati gli effetti.

Di conseguenza se l'esperto chiede la riduzione della durata delle misure anziché redigere la relazione finale e far decadere le misure *tout court*, vuol dire che egli ritiene che vi sia ancora una possibilità di esito favorevole delle trattative. La riduzione del termine può essere usata per incentivare le parti a rompere gli indugi e per vincerne le resistenze. Per quanto si è sin qui osservato l'esperto non potrebbe richiedere l'abbreviazione della durata delle misure come "ponte" in vista dell'apertura di una procedura concorsuale che non sia lo sbocco delle trattative stesse, esito questo certamente lecito e possibile non solo nel caso in cui sia individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi o insolvenza ai sensi dell'art. 11, comma 1, del d.l., ma anche nell'ipotesi in cui l'imprenditore richieda l'omologa di un accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa con riduzione della percentuale di adesione dei creditori al 60% perché il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale

dell'esperto. Si potrebbe infine immaginare che la riduzione della durata delle misure protettive possa essere oggetto della richiesta dell'esperto anche nel caso in cui l'imprenditore proponga la domanda di concordato semplificato ex art. 18 del d.l. e dalla relazione finale dell'esperto risulti che la proposta concordataria si fonda su di un contenuto sul quale si era già formato il consenso di una parte significativa di creditori nel corso delle trattative, sì che tale proposta si palesi essere una naturale prosecuzione delle trattative stesse.

Ma la lettura su cui si fondano le considerazioni sin qui svolte è l'unica possibile. Davvero la prosecuzione delle misure protettive non può rappresentare un ponte in vista dell'avvio di un'altra soluzione della crisi d'impresa?

L'art. 5, comma 7, del d.l. 118 prevede che l'incarico dell'esperto possa proseguire non soltanto quando vi è richiesta in tal senso di tutte le parti, ma anche quando la prosecuzione dell'incarico è *resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli artt. 7 e 10*, cioè nel caso di richiesta delle misure protettive e delle autorizzazioni ai finanziamenti ed alla cessione di azienda.

La prosecuzione dell'incarico dell'esperto è legata al ruolo che egli è chiamato a svolgere nei procedimenti in parola, dove, come si è visto, deve rendere specifici pareri. Ma se non vi sono elementi per ritenere che le trattative vadano a buon fine e l'esperto è pronto a redigere la relazione finale, cui segue il provvedimento del giudice che pone termine alle misure protettive, per quale motivo il suo incarico deve proseguire? E perché il tribunale deve autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti che saranno assistiti dalla prededuzione o a cedere l'azienda se le trattative non hanno più speranza di proseguire?

L'apparente aporia legislativa trova spiegazione soltanto ammettendo che i provvedimenti autorizzativi del tribunale, ivi compresi quelli che riguardano la prosecuzione delle misure protettive, abbiano un'ulteriore finalità oltre a quella evidente collegata all'andamento delle trattative. Si tratta di consentire la prosecuzione delle misure protettive per il tempo necessario a permettere all'imprenditore di accedere agli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 11, comma 2, o ad una diversa procedura concorsuale, ivi compreso il concordato semplificato ai sensi dell'art. 11, comma 3. E l'autorizzazione alla cessione di azienda o a contrarre finanziamenti assistiti dalla prededuzione potrà essere data, con le conseguenze che ne derivano ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c. non solo quando essa sia coerente con l'andamento delle trattative, ma anche quando essa sia compatibile con la continuità aziendale e non rechi pregiudizio ai creditori, in vista di nuovo degli sbocchi previsti dall'art. 11, commi 2 e 3.

Ne deriva che il ruolo del tribunale assume una rilevanza ancora maggiore di quanto potrebbe sembrare ad una prima lettura perché le valutazioni cui è chiamato il giudice possono assumere rilevanza anche oltre lo stretto orizzonte temporale della composizione negoziata, nella prospettiva del ricorso ad altre soluzioni della crisi d'impresa. Si tratta di una prospettiva inedita, che forse meriterebbe un ulteriore coordinamento con la disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza.

Dagli elementi che abbiamo sin qui prospettato risulta evidente la centralità delle decisioni cui è chiamato il tribunale. Si tratta ora di approfondire gli elementi su cui si può fondare tale giudizio.

A tale proposito viene anzitutto in esame la documentazione fornita dall'imprenditore, che ai sensi dell'art. 7, comma 2, deve depositare:

- a) i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando l'imprenditore non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta;
- b) una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso;
- c) l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella;
- d) un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare;
- e) una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla

base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata;

f) il nominativo dell'esperto nominato ai sensi dell'articolo 3, commi 6, 7 e 8, con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

Il tribunale è quindi messo in condizioni di valutare le condizioni in cui si trova l'imprenditore e l'effettiva possibilità che le trattative vadano a buon fine.

Agli elementi di giudizio ricavabili dai documenti depositati dall'imprenditore si aggiungono il parere dell'esperto, le circostanze esposte dalle parti nel corso del procedimento, i risultati dell'istruttoria che il tribunale può compiere e le conclusioni dell'ausiliario eventualmente nominato dal tribunale ai sensi dell'art. 68 c.p.c.

Pare utile spendere ancora qualche parola per sottolineare che il tribunale pronuncia nel contraddittorio delle parti. L'art. 7, comma 2, lett. c) richiede all'imprenditore nel deposito dell'elenco dei creditori di indicare i primi dieci per ammontare, che presumibilmente dovrebbero essere i maggiori controinteressati alla misura protettiva. Anche se l'art. 7 non si esprime chiaramente, pare evidente che il ricorso dell'imprenditore debba essere notificato a tutti i creditori. Il tenore dell'art. 6, comma 1, è nel senso che la misura protettiva determini la sospensione delle azioni esecutive in via automatica nei confronti di tutti i creditori. La limitazione della misura ad alcuni creditori soltanto può essere disposta soltanto in occasione della conferma delle misure su istanza dell'imprenditore, sentito l'esperto (art. 7, comma 4). Ne deriva che il contraddittorio deve essere garantito nei confronti di tutti i creditori perché tutti sono incisi dalla misura protettiva. E proprio per questa ragione, tenuto conto delle esigenze di celerità del procedimento, l'art. 7, comma 3, prevede che il tribunale prescriva le forme di notificazione opportune. Come si è accennato, il tribunale dovrà anche tener conto dell'esigenza di agevolare la notificazione per tutti quei soggetti che non risultano titolari di PEC, anche se la maggior parte dei creditori saranno imprenditori iscritti al registro delle imprese e dovranno pertanto essere titolari di un indirizzo PEC.

Il contraddittorio va esteso a tutti i soggetti terzi nei cui confronti incidono le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti, ancorché non si tratti di creditori.

L'effettivo contraddittorio tra imprenditore e creditori è la vera differenza tra la disciplina delle misure protettive secondo gli artt. 54 e 55 del codice della crisi e quella dettata dal d.l. L'art. 54 CCII prevede il contraddittorio nel caso di provvedimenti cautelari richiesti dal creditore in pendenza del procedimento di apertura della liquidazione giudiziale, del concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione. Non vi è invece contraddittorio quando sia questione delle misure protettive chieste in pendenza della composizione assistita o della conferma della sospensione automatica che segue alla domanda di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, quando il debitore ne abbia fatto richiesta.

Il contraddittorio consentirà un effettivo dibattito processuale, nelle forme del procedimento cautelare uniforme, sulla necessità della misura per evitare la dispersione del patrimonio e/o la cessazione della continuità aziendale e sull'utilità della misura per consentire la prosecuzione delle trattative. A tal fine l'esperto, secondo quanto risulta dal decreto dirigenziale, dovrà esprimere il suo parere con cui metterà in luce i risultati del test pratico sulla verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e l'attività già svolta relativa al confronto con l'imprenditore sulla coerenza del piano di risanamento con la lista di controllo. Come la lettura delle due sezioni del decreto richiamate dimostra, si tratta di una seria indagine aziendalistica che il tribunale potrà verificare sulla base dei documenti che l'imprenditore deve produrre. Su queste conclusioni e sul materiale acquisito, oltre che sull'eventuale ulteriore documentazione prodotta dalle parti, si incentrerà l'analisi del tribunale, che, ove sia necessaria una valutazione tecnica, potrà avvalersi di un proprio ausiliario.

Come si è accennato, il contraddittorio toglie genericità al controllo che il giudice è chiamato a svolgere e lo àncora alle questioni effettivamente dibattute dalle parti. Non è escluso che ne possa derivare un salto di qualità della trattativa, che potrebbe proseguire davanti al tribunale e qui

Gli esiti possibili della composizione negoziata

di Vittorio Zanichelli, già Consigliere della Corte di Cassazione

Lo scritto propone un'analisi dettagliata dei possibili sbocchi della composizione negoziata. Un'indagine critica sugli strumenti, le regole, le criticità.

Sommario:

1. Considerazioni preliminari
2. L'inutilità di procedere con l'incarico
3. L'esito positivo delle trattative
4. I nuovi strumenti
- 4.1 Gli accordi finalizzati alla continuità aziendale
- 4.2 La convenzione di moratoria
- 4.3 L'accordo controfirmato dall'esperto
5. L'accordo di ristrutturazione dei debiti
6. L'accesso alle altre procedure concorsuali
- 6.1 Strumenti e procedure ordinari
- 6.2 Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio
7. I possibili esiti per l'imprenditore agricolo
8. Gli esiti della composizione negoziata per le imprese sotto soglia

1. Considerazioni preliminari

Non vi è dubbio che la principale novità introdotta nell'ordinamento dal D.L. 24 agosto 2021 n. 118, convertito con modifiche dalla L. 21 ottobre 2021 n. 147, sia costituita dalla composizione negoziata della crisi di impresa¹.

Si tratta di uno strumento (o "percorso", per utilizzare la terminologia della relazione illustrativa al decreto legge) messo a disposizione dell'imprenditore commerciale o agricolo in situazione di "probabile crisi o insolvenza" finalizzato al superamento della stessa tramite un accordo con uno o più creditori da raggiungersi grazie all'intermediazione di un esperto indipendente e alla predisposizione di una serie di benefici volti a sollecitare l'interesse delle parti ad una soluzione non conflittuale.

Si è posto l'accento, con una certa enfasi, sulla deformalizzazione dello strumento e sulla sostanziale diversità dello stesso rispetto alla composizione assistita disciplinata dal Codice della crisi ma il giudizio forse deve essere rivisto. Certamente la previsione della nomina di un solo esperto in luogo del collegio previsto dal Codice rende più agevole e quindi efficiente il rapporto con le parti ma è probabile che per la gestione dell'attività in caso di crisi di imprese di grandi dimensioni l'esperto non possa che utilizzare la facoltà di farsi coadiuvare da ausiliari. Né pare del tutto esatto esaltare la deformalizzazione delle operazioni, posto che mentre per l'O-CRI non era prevista alcuna formalità nella gestione della composizione, la nuova disciplina impone all'imprenditore specifiche comunicazioni e all'esperto l'obbligo di formalizzare il suo dissenso in presenza di determinati rischi per i creditori. Indubbiamente un elemento di novità importante e

positivo è dato dall'assenza dell'obbligo di comunicazione al PM in caso di naufragio delle prospettive di risanamento e in presenza di uno stato di insolvenza anche se resta da vedere se in determinati casi questo sbocco non sia inevitabile.

2. L'inutilità di procedere con l'incarico

L'esperto individuato con le modalità previste dall'art. 3 del D.L. n. 118/2021 ha il mandato di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di probabile crisi o insolvenza anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa. (art. 2, c. 2).

L'espletamento del mandato comporta un esame preliminare delle condizioni per uno svolgimento fruttuoso dell'incarico e a tal fine si dispone che il medesimo, una volta comunicata l'accettazione e inserito la stessa nella piattaforma dedicata allo strumento in discorso, convochi senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento; poiché è previsto anche che l'esperto assuma informazioni dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica, è plausibile che l'incontro con l'imprenditore avvenga in esito all'interlocuzione con detti organi e quindi quando l'esperto, grazie anche alla documentazione che deve essere allegata alla richiesta di nomina (art. 5, c. 3), ha già un quadro piuttosto completo della situazione, così che l'incontro, più che volto ad accertare la situazione dell'impresa, serve a sondare la effettiva disponibilità dell'imprenditore e a formulare ipotesi di soluzione.

Già in questo stadio la prosecuzione dell'incarico potrebbe rivelarsi inutile, vuoi perché la situazione è assolutamente degradata, vuoi perché l'imprenditore pone delle condizioni che appaiono anche a prima vista inaccettabili o è fermo su prospettive chiaramente inattuabili.

Si verifica allora la situazione disciplinata dall'ultimo capoverso del quinto comma dell'art. 5 e cioè l'avvenuta verifica dell'assenza di concrete prospettive di risanamento che appunto può derivare sia dalla situazione oggettiva dell'impresa che dall'atteggiamento di chi pure ha assunto l'iniziativa. In tale situazione l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

Nel caso, invece, che ritenga che le prospettive di risanamento sono concrete l'esperto incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata. È probabile, dunque, che l'e-

1. Tra i primi commenti sull'intervento legislativo si possono vedere S. Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 2021; S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCL, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.* 2021, I, 922; R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in www.ristrutturazioniazien-dali.ilcaso.it, 2021; P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in www.ilfallimentarista.it, 2021; A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in www.dirittodellacrisi.it, 2021; P. Rinaldi, *La composizione negoziata della crisi e i rapporti con gli intermediari creditizi*, in *Ilcaso.it*, 2021; D. Galletti, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è, se vi pare*, in www.ilfallimentarista.it, 2021; S. Pacchi *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale ovvero i cambi di cultura sono sempre difficili*, in *ilcaso.it*, 2021; L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 2021; M. Fabiani, *La proposta della Commissione Pagni all'esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in www.dirittodellacrisi.it, 2021.

sperto faccia già una prima selezione dei soggetti il cui apporto può rilevare ai fini delle trattative, essendo per contro difficilmente immaginabile che interpellati tutti i creditori quando questi sono molto numerosi o portatori di crediti non rilevanti.

Da notare che non pare mai in discussione la possibilità di una ristrutturazione esclusivamente interna all'azienda come è reso evidente sia dalla considerazione che, dopo l'incontro con l'imprenditore, il passo successivo è l'incontro con altri soggetti, sia dal fatto che, a differenza di quanto previsto per la composizione assistita disciplinata nel Codice della crisi (art. 19), tra i possibili esiti dell'intervento dell'esperto non vi è l'archiviazione per intervenuto accordo e conseguente adozione di misure di ristrutturazione interna. L'esclusione della ricerca di una simile soluzione da parte del legislatore nell'ambito della composizione negoziata non può non indurre a ritenere che non sia ostativa all'accesso alla procedura una situazione di inevitabile imminente insolvenza la cui esistenza è appunto dimostrata dalla necessità di ricorrere ai creditori in vista di una ristrutturazione dei debiti nella prospettiva dell'incapacità di onorarli regolarmente.

Quello che però pareva possibile dopo l'incontro con l'imprenditore, può risultare inattuabile dopo il giro di consultazione con i creditori o altre parti interessate (ad esempio possibili acquirenti dell'azienda o di suoi rami). Anche in questo caso, una volta accertata la mancanza di disponibilità a soluzioni che comunque comportino un accordo con uno o più creditori o l'intervento concordato di altri interessati, si verifica la stessa situazione sopra descritta e identica è la conseguenza: comunicazione dell'impossibilità di perseguire il risanamento e archiviazione della composizione negoziata.

Ovviamente nulla vieta a che l'imprenditore successivamente acceda anche in tempi brevi ad uno degli istituti che durante i colloqui erano parsi inattuabili ma l'archiviazione della composizione impedisce che siano invocabili i benefici di cui all'art. 12 la cui fruizione presuppone un'iniziale valutazione dell'esperto circa la sussistenza di prospettive di risanamento, come meglio si vedrà.

3. L'esito positivo delle trattative

Superata la fase del preliminare accertamento circa concreta possibilità di trovare un accordo con uno o più degli interessati (creditori, possibili finanziatori o acquirenti di assets aziendali, ecc.) hanno inizio le trattative sulla cui gestione le parti hanno piena libertà, preoccupandosi il legislatore solo di disciplinare la durata delle stesse (centottanta giorni prorogabile per una stessa durata) e di prevedere alcuni mirati interventi volti a far sì da un lato che l'imprenditore sia messo al riparo da azioni aggressive (artt. 6 e 7 sulle misure protettive) e dall'altro che il medesimo non compia impunemente attività potenzialmente dannose per i creditori approfittando della conservazione della gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (artt. 9 e 10).

La disposizione relativa alla conclusione dell'incarico è minimalista in quanto si prevede (art. 5, c. 8) che "Al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari di cui agli articoli 6 e 7, al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti".

La relazione, che ovviamente deve contenere il resoconto dell'attività compiuta e della condotta tenuta dall'imprenditore e dalle parti che hanno partecipato alle trattative, si deve concludere, altrettanto intuitivamente, con le indicazioni circa l'eventuale accordo raggiunto con una o più delle parti o con la constatazione che nessun accordo è stato raggiunto.

Sempre escludendo l'ipotesi che gli interessati abbiano trovato un accordo su di un percorso che non preveda il coinvolgimento diretto e formale di terzi in quanto consistente in una modifica delle modalità di gestione dell'impresa, il legislatore formula tre ipotesi circa sbocchi conseguenti all'interlocuzione con i creditori.

La prima consiste nell'utilizzo di uno dei nuovi strumenti che vengono introdotti con il D.L. n. 118/2021.

La seconda è rappresentata dal ricorso ad una procedura già esistente ma implementata con lo stesso D.L. n. 118/2021 e che, proprio perché preceduta da un accordo raggiunto a conclusione del percorso della composizione negoziata, viene integrata con una modifica volta a favorirne il successo.

Una terza ipotesi, infine, attiene ai possibili esiti che prescindono da un accordo con i creditori anche se non lo escludono.

4. I nuovi strumenti

In realtà, in alcuni casi non si tratta di strumenti del tutto nuovi ma di varianti di strumenti già esistenti ma dotati di particolarità di rilievo tale da poter essere considerati quasi come istituti a parte e non solo evoluzione di quelli da cui concettualmente derivano.

Tutti sono accumulati, come si è anticipato, dalla particolarità che la loro adozione deve essere il risultato dell'accordo raggiunto con la mediazione dell'esperto, già qualificato nei primi commenti come "facilitatore" e quindi catalizzatore dell'accordo.

Le soluzioni di cui si sta per dare conto sono presentate con la formula "Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di all'articolo 2, comma 1, le parti possono, alternativamente: ... (omissis) ..."

Un problema che preliminarmente si pone al fine di delimitarne il perimetro operativo è il seguente: questi istituti sono previsti come soluzione della crisi o possono essere soluzioni interinali in vista del superamento con altri mezzi della stessa?

La soluzione dovrebbe essere la prima sia perché compito dell'esperto è quello di favorire un accordo che comporti l'esclusione del rischio di crisi o di insolvenza, sia perché se gli strumenti di cui si tratta avessero solo la funzione di traghettare l'impresa verso approdi definitivi rappresentati da altri istituti di questi dovrebbe essere espressamente prevista l'indicazione nella relazione ma è dubbio se ciò emerga in modo univoco dalla disciplina che ci si accinge ad esaminare.

4.1. Gli accordi finalizzati alla continuità aziendale

Il primo strumento è previsto dalla lettera a) del primo comma dell'art. 11 e consiste nella stipula di un contratto, con uno o più creditori; di tale contratto non è minimamente specificato il contenuto per cui, tenuto conto del dettato dell'art. 1321 del c.c., si spazia da un accordo estremamente complesso con un solo creditore ad una mera riduzione dell'ammontare del credito con tutti i creditori, opportunità, quest'ultima, non prevista come obbligo estensibile a tutti i creditori dall'accordo di moratoria. Non viene invece preso in considerazione l'eventuale accordo con un terzo (ad esempio per importanti forniture ad un prezzo particolarmente favorevole).

L'unica condizione richiesta esplicitamente dalla norma perché possano derivare gli effetti che dovrebbero incentivare l'operazione (art. 14 D.L. n. 118/2021) è dato dalla circostanza che detto contratto sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni. Nulla si dice circa le caratteristiche che detta continuità deve avere e, in particolare, in quale rapporto si ponga la continuazione della gestione aziendale con l'interesse dei creditori.

La probabilità che detta condizione si verifichi, e cioè che l'impresa possa proseguire l'attività per almeno due anni, deve risultare dalla relazione finale dell'esperto che quindi sul punto ha inevitabilmente valore di attestazione, non potendo chiaramente il medesimo limitarsi a riferire quanto in proposito eventualmente enunciato dalle parti, né potendo ritenersi che i benefici di cui all'art. 14 vengano lucrati sulla sola base dell'intervenuto accordo e senza alcuna presa di posizione del gestore della negoziazione sulla sostenibilità della prospettiva.

Non può non rilevarsi come un simile esito, di per sé solo considerato, appaia piuttosto modesto in quanto un conto è assicurare la continuità per due anni e altro è il risanamento dell'impresa che presuppone una

soluzione tendenzialmente definitiva della situazione economica deteriorata tramite la prosecuzione dell'attività in prospettiva di permanenza nel mercato da parte dello stesso imprenditore o di un terzo. Una temporanea continuazione dell'attività non presuppone di per sé un ritorno alla normalità in quanto potrebbe anche essere perseguita assicurandosi l'approvvigionamento di fattori della produzione o la commercializzazione del prodotto a prezzi tali da consentire di non operare in perdita, senza che vengano superate le eventuali criticità strutturali del modello di impresa.

Di per sé, dunque, questa soluzione appare volta unicamente a superare le difficoltà connesse ad una crisi temporanea nel convincimento che il miglioramento della situazione economica generale riporti l'impresa a poter operare utilmente sul mercato ed allora appare incongruo che lo strumento *de quo* sia limitato ai contratti conclusi con i creditori, quando lo stesso effetto potrebbe avere anche un contratto concluso con un nuovo fornitore o un cliente, ma anche che vi sia un limite temporale prefissato, posto che le condizioni per il compimento del risanamento potrebbero verificarsi in un tempo anche più dilatato ma prevedibile con sufficiente affidabilità.

Se invece la continuità in tal modo assicurata non è misura risolutiva, e non essendo la stessa un valore in sé, l'esperto non potrà allora limitarsi a valutare come fattibile la continuità aziendale per il biennio ma dovrà indicare qual è lo strumento (concordato preventivo, accordo di ristrutturazione dei debiti, piano attestato o altro) già preconizzato e concordato che la continuità rende possibile in quanto mantiene in vita l'azienda assicurandole il valore.

Gli incentivi offerti sono costituiti dalle misure premiali di cui all'art. 14 che tuttavia hanno effetti unicamente per l'imprenditore, non essendo prevista la prevedibilità dei crediti nascenti dall'esecuzione del contratto, e questo rende poco appetibile l'istituto per i creditori in quanto, oltretutto, la prospettiva della continuità rischia di essere bilanciata dal rischio di revocatorie se la previsione si rivela fallace o il fallimento interviene al termine del biennio con conseguente rischio di declaratoria di inefficacia per i pagamenti ricevuti e le garanzie concesse nel periodo sospetto.

Deve infatti ritenersi che agli atti, ai pagamenti e alle garanzie eventualmente offerte per ottenere il consenso del creditore alla stipula del contratto non si applichi l'esenzione della revocatoria di cui all'art. 12 D.L. n. 118/2021 in quanto la stessa è prevista unicamente per quelli posti in essere nel corso delle trattative e non per le attività compiute dopo la conclusione delle stesse quali sono quelle collegate all'esecuzione del contratto *de quo*. A tale conclusione si perviene non solo in base alla formulazione della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 12 citato, che condiziona l'esenzione alla congruità degli atti rispetto "all'andamento e allo stato delle trattative", quindi ancora in corso, ma soprattutto dalla diversa disposizione contenuta nella disciplina dell'accordo controfirmato dall'esperto (art. 11, c. 1, lett. c) di cui *infra* che invece, proprio per l'inapplicabilità dell'esenzione prospettata nell'art. 12, prevede espressamente che detto accordo comporta "gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)" della L.fall.

4.2. La convenzione di moratoria

Il secondo strumento è previsto dalla lett. b) del primo comma dell'art. 11 ed è costituito dalla convenzione di moratoria.

La convenzione di moratoria costituisce uno strumento nuovo nel solo senso che viene introdotto proprio dal D.L. n. 118/2021 come art. 182-*octies* nella legge fallimentare con una disciplina diversa rispetto a quella dettata nell'art. 182-*septies*, cc. 5, 6 e 7 (ante modifiche apportate con lo stesso decreto legge) e identica a quella dell'art. 62 del Codice della crisi. La novità è data dalla possibilità di applicare la disciplina originariamente prevista solo per le banche e gli intermediari finanziari a tutti i creditori che (in estrema sintesi) consente all'imprenditore di concludere con i suoi creditori una convenzione "diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi"; oggetto della convenzione possono essere solo le scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e

conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito; la peculiarità dell'accordo così concluso è che, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del codice civile, questo è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, a condizione che gli aderenti costituiscano almeno il 75% di tutti gli appartenenti alla stessa.

Come si è anticipato, il contenuto dell'accordo che può essere esteso ai non aderenti è limitato e non solo non sono ammissibili patti che comportino una rinuncia totale o parziale ai crediti ma non possono neppure essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti, con la precisazione che non è considerata nuova prestazione la prosecuzione della concessione del godimento di beni oggetto di contratti di locazione finanziaria già stipulati.

Questo non comporta che nell'accordo concluso con i creditori aderenti debbano essere rispettati i limiti indicati ma solo che eventuali patti contrari a tali limiti non possono essere estesi ai non aderenti.

Una condizione necessaria, la cui sussistenza deve essere attestata da un professionista qualificato ex art. 67, c. 3, lett. d), L.fall., è non solo che la convenzione sia idonea a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi ma anche che i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, subiscano un pregiudizio proporzionato e coerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza in concreto perseguite [art. 182-*octies*, c. 2, lett. c) e d), L.fall.].

Poiché, dunque, non solo la *mission* dell'esperto è quella di cercare di individuare la soluzione idonea al risanamento dell'impresa ma anche l'attestatore della convenzione di moratoria deve indicare quale sia la soluzione della crisi o dell'insolvenza cui la moratoria è funzionale, è chiaro che due sono le ipotesi: che la moratoria da sola sia sufficiente a consentire il risanamento oppure che lo strumento sia solo un passaggio necessario a consentire di predisporre e mettere in atto altri strumenti di soluzione della crisi.

In entrambi i casi la relazione deve motivare la sostenibilità e l'efficacia della soluzione e quindi, nel caso in cui la moratoria sia, come è nella natura dell'istituto (volto a "disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi" e non a rimuoverne le cause) solo una soluzione ponte, l'esperto deve indicare quale sia l'ulteriore percorso concordato con i creditori che hanno partecipato alla trattativa per addivenire alla soluzione definitiva.

Quanto alla disciplina dell'istituto, sono previste disposizioni volta a garantire la possibilità di partecipazione di tutti i creditori interessati alle trattative, ai quali deve comunque essere comunicata mediante lettera raccomandata (ma una PEC avrebbe lo stesso valore) la convenzione raggiunta unitamente all'attestazione del professionista in modo che possano tempestivamente (entro trenta giorni) proporre opposizione avanti al tribunale che decide in camera di consiglio con decreto reclamabile avanti alla corte d'appello.

Può porsi il dubbio circa l'eventuale abuso soprattutto di questo strumento (ma il discorso potrebbe valere anche per il contratto idoneo ad assicurare la continuità aziendale di cui si è trattato) quando sia previsto, in esito alla scadenza della moratoria, la presentazione di una domanda di concordato preventivo: la stipulazione della convenzione consentirebbe infatti al debitore di godere dei maggiori benefici di cui all'art. 14 che mancherebbero invece in ipotesi di accesso al concordato preventivo senza previa convenzione e in ogni caso garantirebbe al debitore uno spazio temporale per la predisposizione della domanda ben maggiore di quello ottenibile con la domanda ex comma sesto dell'art. 161, peraltro neppure esclusa all'esito della composizione negoziata.

4.3. L'accordo controfirmato dall'esperto

Il terzo istituto innovativo è costituito da un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto n. 267 del 1942 e quindi l'esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie po-

sti in essere in esecuzione dello stesso.

Si tratta sostanzialmente di una rivisitazione del piano attestato che prende atto che un piano per essere credibile deve essere affiancato da accordi con uno o più creditori e quindi correttamente la norma si focalizza su questi lasciando in sordina il piano. In teoria, un piano, inteso come documento autonomo, potrebbe anche non esserci in quanto il contenuto del contratto di per sé può indicare qual è l'attività giuridica e operativa che ci si impegna a porre in essere e quindi qual è il risultato concreto che viene perseguito.

Manca nella norma il richiamo, contenuto invece nell'art. 67 citato, alla necessità che il contratto "appaia idoneo a consentire il risanamento della posizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria" ma poiché, si ripete, il fine della composizione negoziata che l'esperto deve perseguire è il risanamento dell'impresa, la sottoscrizione del contratto anche da parte del medesimo che la norma richiede e la previsione che, in tal caso, non occorra l'attestazione del professionista qualificato che invece l'art. 67 impone, necessariamente sta a significare che veridicità dei dati aziendali e fattibilità del risanamento sono il presupposto della partecipazione al contratto dell'esperto stesso che quindi, implicitamente, con la sottoscrizione ne attesta l'esistenza.

Una criticità della disposizione in esame può essere rinvenuta nella formulazione secondo cui l'accordo deve essere "sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto" e quindi, dovrebbe ritenersi, da tutti i creditori, tenuto anche conto della diversa formulazione della lettera a) dello stesso art. 11 a mente della quale il contratto ivi previsto può essere concluso "con uno o più creditori".

Questa interpretazione che comporta un consenso plebiscitario della creditoria renderebbe estremamente difficile per non dire impossibile l'accesso all'istituto, tenuto anche conto della variabilità della stessa quale conseguenza della dinamica della vita dell'impresa per cui pare inevitabile interpretare la norma sottintendendo, qui come in altri luoghi, l'aggettivo "disponibili" o la locuzione "che hanno partecipato alle trattative" riferiti ai creditori.

5. L'accordo di ristrutturazione dei debiti

Il secondo comma dell'art. 11 tratta di un'ulteriore alternativa per l'imprenditore che ha seguito il percorso della composizione negoziata della crisi e cioè l'accesso alla procedura degli accordi di ristrutturazione del debito in una delle varie, e in parte nuove, declinazioni previste. Nella legge fallimentare, infatti, all'art. 182-*bis* (che viene solo integrato con la previsione del termine di 90 giorni concesso all'amministrazione finanziaria per pronunciarsi circa l'adesione alla proposta del debitore nonché, molto opportunamente, con la disciplina per la gestione di eventuali modifiche sostanziali al piano nella fase anteriore all'omologazione e in quella dell'esecuzione) si aggiungono gli artt. 182-*septies* (Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa) e 182-*novies* (Accordi di ristrutturazione agevolati) consistenti in un'ulteriore anticipazione e integrazione di norme del Codice della crisi (artt. 60 e 61).

La prima variante (Accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa) prende il posto nell'art. 182-*septies* degli Accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari (che vengono assorbiti dalla nuova formulazione dell'articolo) e della Convenzione di moratoria (che viene disciplinata nel nuovo art. 182-*octies*) e consiste nell'estensione della disciplina prima prevista per i soli creditori banche e intermediari finanziari a tutti i creditori che possono quindi essere suddivisi in categorie omogenee per tipologia di crediti nell'ambito delle quali il debitore può raggiungere un accordo per la ristrutturazione del debito che, se ottiene un'adesione almeno pari al 75% del debito complessivo della categoria, può essere coattivamente esteso anche ai non aderenti. Rispetto alla formulazione dell'art. 61 del Codice, e salve modifiche imposte dall'inserimento della norma nel tessuto della legge fallimentare, non viene più richiesta la condizione consistente nella previsione che i creditori vengano soddisfatti in misura significativa o prevalente con il ricavato dalla continuità aziendale e si dispone che,

ai fini dell'accordo, non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

La seconda variante (Accordi di ristrutturazione agevolati) prevede la riduzione del 50% dell'aliquota dell'ammontare dei crediti complessivi di cui devono essere portatori i creditori aderenti per la validità dell'accordo che quindi può essere raggiunto con il solo 30% della creditoria; condizioni per l'omologazione dell'accordo sono che il debitore abbia rinunciato alla facoltà di pagamento posticipato dei crediti dei non aderenti e che non abbia presentato e rinunci a presentare istanza per il divieto o la sospensione di azioni esecutive e cautelari nonché (ad integrazione della disciplina codicistica) che non abbia presentato ricorso per la concessione del termine per il deposito degli accordi ex art. 161, sesto comma L.fall.

Viene infine introdotta sub art. 182-*decies* la norma già prevista nel Codice che disciplina la posizione dei coobbligati e dei soci illimitatamente responsabili dei soggetti che accedono agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Rimandando ulteriori approfondimenti alle specifiche trattazioni sull'istituto e alle sue varianti è opportuno chiarire la ragione per cui l'ipotesi dell'accesso dell'imprenditore agli accordi di ristrutturazione dei debiti sia considerata separatamente sia da quella di cui si è dato conto in precedenza concernente i nuovi strumenti sia da quelle menzionate nel terzo comma.

Una ragione pare potersi ravvisare nella circostanza che la soluzione in discorso non deve obbligatoriamente essere il frutto di un accordo con i creditori né necessariamente la migliore soluzione possibile. Ciò di desume dalla circostanza che un beneficio particolare è riservato all'imprenditore "se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto", locuzione che deve essere intesa nel senso che la soluzione adottata deve essere maturata nell'ambito delle trattative e non dopo la conclusione della negoziazione e quindi sostanzialmente patrocinata e condivisa dall'esperto. Se dunque è intervenuto un accordo in tale sede (presumibilmente con gli stessi creditori disponibili a sottoscrivere gli accordi formali) la percentuale delle adesioni necessaria perché, nell'ambito delle categorie, l'accordo con la maggioranza sia estensibile alla minoranza si riduce al 60% e questo, ovviamente, rende maggiormente agevole l'accordo.

Il beneficio non spetta se la relazione non fa cenno dell'intervenuto accordo e quindi l'accesso alla procedura è frutto di autonoma determinazione del debitore che viene tuttavia comunque incentivato a tale passo mediante il riconoscimento dei benefici economici in ambito fiscale enunciati nell'art. 14 commi 1 (riduzione alla misura legale degli interessi sui debiti tributari), 2 (riduzione al minimo delle sanzioni tributaria da pagarsi entro un certo termine se questo scade dopo la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto) e 3 (riduzione alla metà della sanzioni e degli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di nomina dell'esperto, e oggetto della composizione negoziata); da rilevare che solo l'ultimo beneficio è riconosciuto a chi accede alle diverse soluzioni di cui si darà conto.

6. L'accesso alle altre procedure concorsuali

Il terzo comma dell'art. 11 elenca le ulteriori possibili soluzioni cui può accedere l'imprenditore prescindendo dalla circostanza che sia intervenuto un accordo in tal senso con i debitori. Giova precisare che non può certo escludersi che le soluzioni in discorso siano concordate con i creditori e "benedette" dall'esperto (con l'eccezione relativa al concordato liquidatorio semplificato di cui si dirà) ma il legislatore per il solo fatto che i debiti tributari siano stati "oggetto della composizione negoziata" (così, con locuzione di non agevole interpretazione, il c. 3 dell'art. 14) prevede una misura premiale.

Poiché, a parte il concordato liquidatorio semplificato di nuova istituzione, si tratta degli ulteriori strumenti già a disposizione dell'imprenditore in crisi o insolvenza (salva la modifica, effettuata mediante integrazione

dell'art. 182-*quinquies* L.fall., della disciplina del concordato preventivo con la previsione della possibilità di prevedere la prosecuzione del contratto di mutuo con garanzia reale sui beni strumentale all'esercizio dell'impresa già prevista dall'art. 100, c. 2, del Codice), ci si deve domandare perché queste soluzioni siano prese espressamente in considerazione quando sarebbero state in ogni caso praticabili in ipotesi di esito negativo della composizione negoziata e perché il legislatore comunque preveda un premio rinvenibile nell'art. 14 e costituito dalla riduzione alla metà delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di nomina e oggetto della composizione negoziata; la risposta non può che rinvenirsi nella volontà di incentivare l'accesso alla composizione negoziata e quindi di motivare l'imprenditore a farvi ricorso con la prospettiva di averne comunque un vantaggio, nelle convinzioni che l'interlocuzione con l'esperto e i creditori comporti il miglior esito possibile dalla crisi.

6.1. Strumenti e procedure ordinari

La prima soluzione indicata nella lettera a) del terzo comma dell'art. 11, è quella del piano attestato di risanamento di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), senza alcuna ulteriore specificazione per cui deve essere redatta l'attestazione del professionista indipendente. Questo strumento è indicato singolarmente solo perché non può qualificarsi come procedura che è la denominazione che accomuna tutti gli altri istituti.

Sub lettera c), infatti, vengono elencati, come possibili esiti della trattativa, ma non necessariamente frutto della stessa, le "procedure disciplinate dal regio decreto n. 267 del 1942", e quindi gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, nonché l'amministrazione straordinaria c.d. comune, disciplinata dal decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 ("Prodi bis"), e l'amministrazione straordinaria c.d. speciale" ("Decreto Marzano") dal decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39, come risultante, ovviamente dalle successive integrazioni.

Anche per l'accesso a queste procedure è previsto un incentivo che, come anticipato, è costituito dalla riduzione alla metà delle sanzioni e degli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di accesso alla composizione negoziata e oggetto della stessa.

Il beneficio non spetta se all'accesso alle procedure di cui sopra segue il fallimento.

Questa disposizione induce a dubitare che il beneficio spetti nel caso in cui l'imprenditore opti per il fallimento all'esito delle trattative in quanto non avrebbe molto senso trattare diversamente questa ipotesi da quella del fallimento dichiarato dopo un tentativo di accordi o di concordato preventivo.

6.2. Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

Con il disposto della lettera b) del terzo comma dell'art. 11 viene indicato, come ulteriore procedura accessibile dall'imprenditore dopo la conclusione delle trattative il concordato semplificato liquidatorio².

È questa, unitamente alla composizione assistita, la vera novità della riforma, non solo e non tanto perché introduce una nuova tipologia di concordato nell'ordinamento ma per il messaggio che il legislatore sembra lanciare, tanto da far ritenere che non sia frutto della legislazione di emergenza ma destinato a costituire uno strumento duraturo.

Se non si vuole parlare di controriforma è certo che la nuova disciplina sconfessa le più recenti scelte sia del legislatore del 2015 che di quello del

Codice della crisi in quanto non solo viene rivitalizzato il concordato liquidatorio, che sembrava destinato ad una sostanziale marginalizzazione, eliminando i vincoli costituiti dalla necessità di assicurare il soddisfacimento dei creditori chirografari almeno nella misura del 20% e di incrementare il valore del patrimonio di almeno il 10% con apporti esterni, ma vengono anche ridotte le occasioni di intervento del tribunale, la cui valutazione sul merito della proposta sotto il profilo della fattibilità viene riservato all'omologazione e il cui potere di dettare le modalità della liquidazione viene quasi escluso in caso di offerte di acquisto; in controtendenza è altresì l'esclusione di ogni rilevanza alla volontà dei creditori, la cui approvazione non viene richiesta e che possono unicamente interferire con l'opposizione all'omologa sostanzialmente solo per sostenere la maggior convenienza del fallimento rispetto al piano di liquidazione, così come lo è clamorosamente la circostanza che viene quasi privilegiata la proposta preconfezionata semplificando la procedura di ricerca di soluzioni maggiormente convenienti.

Quella del concordato liquidatorio semplificato è una soluzione vincolata alla trattativa nel senso che è ammissibile solo se vi è stato il previo accesso alla composizione negoziata, posto che si prevede (art. 18, c. 1) che il ricorso per l'omologazione possa essere proposto entro il termine di sessanta giorni dalla comunicazione della relazione conclusiva dell'esperto con cui si dà atto che le soluzioni costituite dai nuovi strumenti o dagli accordi di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa speciale non sono praticabili e, al fine di evitare ogni dubbio, con le modifiche intervenute in sede di conversione, al comma 3, lett. b) è stata aggiunta la precisazione che la domanda di concordato semplificato può essere presentata (solo) "all'esito delle trattative".

Non è agevole stabilire perché solo per questa soluzione e non per le altre previste dal terzo comma e quindi per tutte quelle previste dalla legge fallimentare e dalla disciplina sulle grandi imprese, sia prevista una specifica dichiarazione dell'esperto nella relazione finale ma una spiegazione potrebbe consistere nella volontà del legislatore di consentire all'imprenditore di trovare una via alternativa al fallimento, salvando il complesso aziendale dallo smembramento, allorché il confronto con i creditori ha evidenziato che nessuna soluzione che comportasse il consenso anche solo di qualcuno di loro sarebbe stata possibile. In altri termini, non si deve essere trattato di una soluzione perseguita dall'imprenditore fin dall'inizio della negoziazione ma dell'esito di un percorso in cui lo stesso ha ricercato in buona fede una qualche forma di accordo con i creditori, poi non raggiunto per indisponibilità degli stessi o per ragioni oggettive; se ciò poteva già desumersi in via interpretativa, costituisce conferma della volontà del legislatore di consentire l'accesso alla procedura *de qua* quasi come misura premiale la precisazione, apportata dalla legge di conversione al primo comma dell'art. 18, che ora dispone che il concordato in discorso può essere proposto "Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'art. 11, commi 1 e 2, non sono praticabili".

Rinviando per un esame più approfondito all'intervento sullo specifico tema possono rilevarsi i seguenti punti salienti della procedura.

Il ricorso, per il quale è presumibilmente necessario il patrocinio legale, deve essere proposto avanti al tribunale competente in base al luogo in cui l'impresa ha la sede principale. Non è richiamato espressamente l'art. 9 L.fall. e quindi anche il principio della sterilizzazione degli spostamenti di sede nell'ultimo anno ma la disposizione deve comunque essere ritenuta applicabile in quanto potrebbe diversamente verificarsi un ingiustificato disallineamento tra l'ufficio competente per le misure protettive e le autorizzazioni di cui all'art. 10, individuato invece in base al disposto dell'art. 9 citato.

Mentre non vi sono particolari differenze di disciplina circa gli effetti della presentazione della domanda, con piano di liquidazione e proposta, tra il concordato ordinario e quello semplificato una prima difformità si nota nell'elenco dei documenti da depositare in quanto non è prevista espressamente l'attestazione del professionista qualificato sulla veridicità dei dati e la fattibilità né è richiamato l'art. 161 L.fall. Questo trova la sua

2. Sull'argomento L.A. Bottai, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2021 e G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2021; D. Galletti *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata"*, in *www.illfallimentarista.it*; A. Pezzano e M. Ratti, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al miglior, e soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*.

ragione nella circostanza che il tribunale deve acquisire non solo la relazione dell'esperto di cui si è dato conto ma anche il parere del medesimo "con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte". Nulla si dice in ordine al giudizio sulla veridicità dei dati aziendali in quanto questa dovrebbe essere logicamente il presupposto delle trattative portate avanti dall'esperto e dovrebbe quindi risultare dalla relazione.

La circostanza che il documento dell'esperto sia qualificato parere e non attestazione è presumibilmente un modo per non attribuire al professionista una particolare responsabilità ma pare indubbio che questa sussista se il parere è tecnicamente insufficiente.

A tutela dei creditori e a conforto delle valutazioni spettanti al tribunale è prescritta la nomina da parte del medesimo di un ausiliario. È abbastanza curioso che questo organo non sia qualificato come commissario giudiziale (ragioni di limitazione del compenso? diversità di compiti?); certo è che tale scelta comporta, in difetto di altre precisazioni, che per la nomina non sia necessaria alcuna qualifica benché svolga funzioni di sorveglianza analoghe a quelle del commissario (è richiamato l'art. 173 L.fall.) e possa anche assumere il ruolo di liquidatore in determinate circostanze.

Si è messo in rilievo anche nella Relazione illustrativa che manca la fase dell'ammissione. Questo è senz'altro vero in senso formale in quanto non è prevista una specifica pronuncia in tal senso, come d'altra parte non è prevista nemmeno nella disciplina del Codice della crisi. Che poi non sia previsto lo stesso ambito di valutazione ormai riconosciuto quanto al concordato preventivo comune dovrebbe effettivamente desumersi dalla lettera della norma che prevede solo un giudizio di "ritualità", e quindi di regolarità, della proposta ma anche dalla considerazione che non è prevista alcuna interlocuzione con il proponente circa l'esistenza e la possibilità di emendare eventuali criticità, presumibilmente sul presupposto che la natura liquidatoria del concordato non comporti problematiche particolari problematicità.

D'altra parte, la valutazione del tribunale in questa fase non può che essere limitata alla ritualità della proposta, terminologia che non rimanda certamente a valutazioni di merito, posto che il giudice ha il supporto unicamente della relazione finale dell'esperto e del parere che, a richiesta del tribunale, lo stesso deve redigere "con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte", garanzie che, peraltro, potrebbero anche mancare in quanto nessuna disposizione ne impone la sussistenza.

Superato positivamente lo scrutinio della ritualità, il tribunale, come anticipato, provvede alla nomina dell'ausiliario (figura prevista dall'art. 68 c.p.c.) il quale, dopo aver accertato l'incarico, deve redigere un parere sul cui contenuto nulla si precisa ma che evidentemente non può che attere alla fattibilità del piano concordatario e alle possibilità di soddisfacimento dei creditori in vista della valutazione di convenienza di cui *infra*.

Sulla sequenza degli adempimenti è opportuno fare ordine in quanto l'incipit del quarto comma ("Con lo stesso decreto") parrebbe prevedere che con il decreto che nomina l'ausiliario, unico provvedimento previsto nel comma precedente, il tribunale proceda all'ordine di comunicazione ai creditori della relazione dell'esperto (ma ovviamente anche del parere dallo stesso redatto, come opportunamente chiarito in sede di conversione) e del parere dell'ausiliario. Poiché non è ovviamente possibile che il parere dell'ausiliario sia allegato al provvedimento che lo nomina, l'espressione "Con il medesimo decreto" deve essere letta come dicesse "Con un unico decreto" e quindi riferita non già al decreto di nomina dell'ausiliario ma al decreto da emettere dopo il deposito del parere di tale organo con il quale si fissa l'udienza di omologa e contestualmente si dispone la comunicazione ai creditori della relazione e dei pareri di cui si è trattato.

Queste precisazioni importano al fine di individuare i momenti processuali in cui rileva la connessione tra l'andamento della composizione negoziata e concordato semplificato.

Non vi è dubbio che il tribunale possa scrutinare, ai fini dell'ammissibilità della domanda introduttiva non solo la connessione formale rappresentata dalla successione temporale tra percorso di negoziazione e concordato ma anche il collegamento sostanziale tra l'attività di ricerca di una

soluzione e l'esito consistente nel deposito della proposta di concordato semplificato. Non pare nemmeno dubbio che il tribunale possa valutare se sussista il presupposto di un rituale accesso alla negoziazione e quindi si pone la questione della legittimazione dell'impresa già in stato di insolvenza. In realtà, se l'esperto ha dato corso alla composizione dovrebbe ritenersi che detta situazione apparisse all'inizio reversibile e che solo l'andamento degli incontri e degli approfondimenti abbia dimostrato che l'unica soluzione possibile fosse il concordato liquidatorio semplificato. È ben difficile, in ogni caso, che una tale valutazione possa essere fatta solo in base alla relazione dell'esperto, visto che la negoziazione si deve necessariamente essere conclusa con un sostanziale via libera al concordato ed è quindi maggiormente plausibile che solo il parere dell'ausiliario possa evidenziare l'insussistenza ab origine del presupposto della possibilità di risanamento.

Discorso diverso può essere fatto circa l'eventuale abuso sia della negoziazione che del concordato semplificato consistente nella preordinata volontà di accedere alla composizione negoziata al solo fine di poter proporre domanda di concordato semplificato in quanto già della relazione dell'esperto il tribunale potrebbe trarre sufficienti elementi indicanti una conduzione delle trattative da parte del debitore del tutto disinteressata a soluzioni diverse e pur praticabili. In tal caso la pronuncia di inammissibilità della proposta potrebbe intervenire già nell'ambito del preliminare esame di ritualità e senza necessità di acquisizione del parere dell'esperto e di nomina dell'ausiliario.

Quanto all'omologazione si è già anticipata l'assenza di voto, così che la contrarietà dei creditori può esprimersi solo con l'opposizione che in sostanza nulla aggiunge al perimetro di valutazione del tribunale che deve comunque d'ufficio accertare "che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore".

È previsto anche espressamente un giudizio di fattibilità che, trattandosi di concordato liquidatorio, è limitato alla prospettiva del soddisfacimento di tutti i creditori in misura non irrisoria.

Un discorso a parte merita il sostanziale *revirement* compiuto dal legislatore un tema di concordati preconfezionati in cui la destinazione dei beni da liquidare viene sostanzialmente scelta dal proponente.

È nota la non lontana avversione del legislatore per tale tipologia di concordati evidenziata con l'introduzione nel 2015 dell'art. 163-*bis* sulla disciplina delle offerte concorrenti, poi confermata nella sostanza e ancor più di recente dal legislatore del Codice, che subordina l'accettazione del piano del debitore alla ricerca formalizzata di altre offerte e l'effettuazione di una gara avanti allo stesso tribunale cui l'originario offerente può partecipare solo incrementando l'offerta e garantendola.

Con il nuovo istituto il principio viene formalmente mantenuto ma la ricerca di soluzioni alternative è, affidata, piuttosto genericamente, alla verifica da parte del liquidatore dell'assenza di soluzioni migliori sul mercato; questa ricerca, dunque, può essere effettuata in qualunque modo e giustificare un giudizio di assenza di alternative anche sulla sola prova di inutili sondaggi condotti dal debitore; in ogni caso, e questa è un'ulteriore variante, se vengono individuati altri interessati, non viene riproposto il procedimento avanti al tribunale ma la competizione può essere perseguita con procedure competitive anche del tutto deformalizzate, come consente l'art. 182 L.fall. espressamente richiamato.

Da notare, con riferimento al ruolo non marginale dell'ausiliario anche se non qualificato, che lo stesso può assumere quello di liquidatore se il piano prevede che questa se l'offerta debba essere accettata (più razionalmente: se il trasferimento debba essere effettuato) prima dell'omologazione e quindi prima che il tribunale effettui la valutazione di fattibilità e di convenienza, non certo surrogata dalla necessaria autorizzazione alla cessione anticipata.

7. I possibili esiti per l'imprenditore agricolo

Mentre per le procedure di crisi e insolvenza non vi è alcuna preclu-

sione per l'imprenditore agricolo, quanto alla possibilità di opzione tra le diverse procedure, derivante dal superamento o no dei limiti di cui al secondo comma dell'art. 1 della legge fallimentare, potendo indifferentemente accedere sia agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 23, c. 43, D.L. 98/2011) che agli accordi con i creditori e di liquidazione dei beni di cui alla L. n. 3/2012, diversi sono i possibili esiti della composizione negoziata a seconda che si tratti di imprese agricole sopra o sotto soglia.

Limitando il discorso alle prime e rinviando al paragrafo che segue quello sulle seconde, non vi sono particolari osservazioni da fare quanto al possibile accesso agli strumenti di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 11 D.L. n. 118/2021, salva l'impraticabilità della soluzione di cui alla lett. c) del primo comma che presuppone la qualità di imprenditore fallibile.

Quanto ai possibili esiti di cui al terzo comma, escluso l'accesso alle procedure che presuppongono la qualifica di imprenditore commerciale, resta a disposizione dell'imprenditore agricolo la soluzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* e relative varianti nonché quella giustamente introdotta in sede di conversione in legge mediante l'integrazione del disposto della lett. c) del medesimo comma con la quale si prevede l'accesso per le imprese agricole anche "alle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni disciplinati dagli artt. 7 e 14-*ter* della legge 27 gennaio 2012, n. 3".

Problema a parte è quello dell'accesso al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio che, ad un primo approccio, dovrebbe essere escluso in quanto in quanto il concordato preventivo sia per la legge fallimentare che per il Codice della crisi è riservato all'imprenditore commerciale. Il dubbio su tale interpretazione deriva dalla circostanza che come si vedrà, per l'imprenditore agricolo sotto soglia l'art. 17 prevede espressamente l'accesso alla procedura di cui all'art. 18 e quindi si potrebbe ritenere che tale soluzione sia accessibile anche alle imprese agricole sopra soglia, visto che l'art. 11 non esclude espressamente dal concordato semplificato l'imprenditore agricolo e che il medesimo è escluso dalla negoziazione avanti all'OCC.

Per contro non può non rilevarsi come mentre non sia del tutto sorprendente la legittimazione dell'imprenditore sotto soglia all'accesso alla procedura concordataria, posto che il Codice della crisi e dell'insolvenza prevede che tutti i debitori in stato di sovraindebitamento, escluso il consumatore, possano accedere al concordato minore, costituirebbe un'apertura non del tutto in linea con il sistema attuale e con il Codice di futura entrata in vigore l'estensione di tale possibilità anche all'imprenditore agricolo sopra soglia, posto questi, anche dopo il DL n. 118/2021, non può accedere al concordato preventivo e nel Codice è espressamente prevista solo la legittimazione alle procedure di sovraindebitamento e, secondo l'interpretazione prevalente, agli accordi di ristrutturazione dei debiti.

8. Gli esiti della composizione negoziata per le imprese sotto soglia

La disciplina fin qui esaminata è dettata per le imprese che non posseggono i requisiti di cui al secondo comma dell'art. 1 L.fall. e quindi alle c.d. imprese "sopra soglia" in quanto l'entità dell'attivo patrimoniale, dei ricavi e dell'indebitamento supera i limiti di cui alla citata disposizione.

Una disciplina in parte derogatoria rispetto a quella dettata per le sopraddette imprese è invece prevista dall'art. 17 del D.L. n. 118/2021 che estende anche alle imprese commerciali e agricole "sotto soglia" (formalizzando la definizione nella rubrica) la possibilità di accedere alla composizione negoziata nei casi di situazioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa³.

Le differenze rispetto alla disciplina dettata per le altre imprese sono costituite dalla possibilità di richiedere la nomina dell'esperto ad un Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC) come

alternativa al ricorso al segretario della Camera di commercio e quindi all'esperto nominato dalla commissione di cui all'art. 3.

In luogo dell'articolata previsione dell'art. 11, l'art. 17 citato formula solo due ipotesi.

La prima è che sia individuata una soluzione idonea al superamento del pericolo di crisi o insolvenza e che le parti propongano una determinata soluzione.

La seconda si verifica quando nessun accordo viene trovato.

Se si verifica la prima ipotesi, la norma letteralmente prevede che "le parti possono, alternativamente:

a) concludere un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi idoneo ad assicurare la continuità aziendale oppure con il contenuto dell'articolo 182-*octies* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

b) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, senza necessità dell'attestazione prevista dal medesimo articolo 67, terzo comma, lettera d);

c) proporre l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 7 della legge 27 gennaio 2012, n. 3;

d) chiedere la liquidazione dei beni ai sensi dell'articolo 14-*ter* della legge 27 gennaio 2012, n. 3;

e) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto."

Non può non rilevarsi come la formulazione della disposizione sia piuttosto imprecisa in quanto, in primo luogo, non è dato intendere quali siano le parti che debbono concordare le varie soluzioni. Se per le soluzioni sub a), e b) queste possono essere individuate con sicurezza quantomeno nei creditori che concludono il contratto o l'accordo, per quella sub c) si potrebbe ipotizzare che l'accordo avente ad oggetto la condotta da tenere in occasione della votazione debba essere raggiunto con i creditori portatori di almeno il 60% del credito complessivo in quanto qualunque altra percentuale ipotizzata inferiore a questa sarebbe arbitraria e comunque inidonea ad assicurare il raggiungimento dell'obiettivo. Del tutto indefinite sono invece le parti che dovrebbero concorrere a raggiungere l'accordo per accedere alla liquidazione dei beni o al concordato semplificato, per cui, come già ipotizzato in precedenza, bisogna concludere che le parti in questione siano i creditori che hanno partecipato concretamente alle trattative.

Imprecisa è anche la formulazione della norma laddove si esprime nel senso che "le parti possono, alternativamente ... proporre" l'accordo di ristrutturazione dei debiti dell'art. 7 della L. n. 3/2012 oppure " ... chiedere" la liquidazione dei beni ai sensi dell'articolo 14-*ter* della stessa legge, oppure ancora " ... proporre" la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, posto che in tutti questi casi la legittimazione all'accesso non è dei creditori ma del solo debitore.

Per quanto concerne le singole soluzioni della crisi di cui al quarto comma il testo è piuttosto asciutto.

Prima ipotesi sub lettera a): contratto privo di effetti nei confronti di terzi idoneo ad assicurare la continuità aziendale. Se questa locuzione deve intendersi come forma abbreviata della analoga soluzione di cui all'art. 11, come sarebbe logico, il contratto deve essere concluso con uno o più creditori ed assicurare la continuità per un biennio.

Seconda ipotesi sub lett. a): contratto avente il contenuto di cui all'art. 182-*octies* di nuova formulazione. Non si tratta della convenzione di moratoria ma di un contratto che ha lo stesso contenuto che può concernere solo le scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito; non è quindi possibile l'estensione coattiva a terzi né è necessaria l'attestazione del professionista qualificato.

Ipotesi sub b): è identica a quella prevista per le imprese non minori dall'art. 11, c. 1, lett. c) al cui commento si rimanda.

Ipotesi sub c) e d): le soluzioni consistono nell'accesso alle procedure di sovraindebitamento degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della liquidazione del patrimonio la cui disciplina non subisce ritocchi.

Ipotesi sub e): accesso al concordato liquidatorio semplificato. A diffe-

3. Sull'argomento A. Mancini, *Le "imprese sotto soglia" nel d.l. 118/2021: interazioni con il sovraindebitamento, in ilcaso.it*, 2021.

renza di quanto previsto per le imprese non minori, la soluzione *de qua* è qualificata come soluzione concordata del percorso di composizione negoziata ma il richiamo puro e semplice al nuovo istituto impone di ritenere che l'esperto indichi che nessun'altra soluzione è stata trovata e che il ricorso debba essere presentato entro sessanta giorni dalla comunicazione della negoziazione.

Con la legge di conversione è stato precisato, che in esito al fallimento della negoziazione, l'imprenditore sotto soglia può comunque accedere ad una delle procedure disciplinate dalla legge sul sovraindebitamento. La precisazione non è ultronea in quanto consente di escludere eventuali dubbi sull'applicabilità delle misure premiali di cui all'art. 14 c. 3.

Sempre con la legge di conversione è stata eliminata la disposizione a mente della quale "Se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere l'accordo, l'esperto, su richiesta dell'imprenditore, svolge i compiti di gestore della crisi di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3". Pare evidente il fine di evitare sospetti sulla condotta dell'esperto e dunque il dubbio che abbia avallato una soluzione comportante un'ulteriore attività remunerata.

Per quanto attiene alle modalità con cui deve svolgersi la trattativa, alle misure protettive, a quelle premiali, alla conservazione degli effetti e al compenso dell'esperto si applica la disciplina dettata per le imprese sopra soglia nei limiti della compatibilità.

Un'ultima perplessità: la circostanza che per l'imprenditore agricolo sotto soglia non sia previsto come possibile sbocco, né come esito concordato della composizione negoziata né come autonoma decisione in caso di esito negativo delle trattative, l'accesso all'istituto di cui all'art. 182-*bis*, ipotesi, invece, entrambe previste per l'imprenditore agricolo sopra soglia, è frutto di mera dimenticanza oppure è una sorta di interpretazione autentica della legge fallimentare nel senso che solo l'imprenditore agricolo sopra soglia può optare per gli accordi di ristrutturazione dei debiti? Se così fosse, detta interpretazione si porrebbe in rotta di collisione con la disciplina del Codice che all'art. 57 prevede quale requisito soggettivo quello di essere imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore; se infatti, come ritiene l'opinione maggioritaria, in tale elencazione rientra anche l'imprenditore agricolo non vi sono ragioni per discriminare gli imprenditori agricoli sotto soglia da quelli sopra soglia ai fini dell'utilizzo di tale istituto, posto che i primi non rientrano nella categoria degli imprenditori minori in quanto il Codice elenca separatamente le due categorie nell'art. 2, primo comma, lett. c) dedicato alle definizioni.

L'autosospensione dagli obblighi di conservazione del capitale e i nuovi quadri di responsabilità degli organi sociali

di Alberto Cimolai, Dottore commercialista in Pordenone

L'autore, dopo un dettagliato esame di prescrizioni e condizionalità gestorie poste a carico degli organi amministrativi e di controllo della società dal d.l. 118/2021 convertito con modifiche nella Legge n. 147, analizza gli effetti della ivi prevista sospensione degli obblighi sulla conservazione dell'integrità del capitale e dell'impedito scioglimento del contratto sociale previsti dall'art. 8 del decreto, ed esegue un approfondimento in ordine alla fisiopatologia delle nuove attribuzioni degli organi sociali e ai riflessi sulle rispettive linee di responsabilità conseguenti a condotte incoerenti o deviate.

Sommario:

1. Introduzione: la clausola di salvaguardia
2. L'art. 8 del d.l. 118/21
3. Gli obblighi e le condizionalità gestorie previste da d.l. 118 in capo all'imprenditore
4. Gli obblighi previsti dal d.l. 118 in capo all'organo di controllo
5. La ridisegnata fisiopatologia delle condotte
- 5.1. Sulle responsabilità gestorie dell'organo amministrativo
- 5.2. Sulle responsabilità dell'organo di controllo
6. Conclusioni

1. Introduzione: la clausola di salvaguardia

Il *pattern* nell'ambito del quale è stata strutturata la composizione negoziata della crisi non poteva non comprendere una clausola di salvaguardia che sembra ormai caratterizzare tutti percorsi ristrutturativi giudiziali associati al *business as a going concern*.

Se ai fini dell'ammissibilità alla procedura di composizione negoziata le condizioni di solvibilità dell'impresa potranno essere le più differenziate (dalla sola probabilità di crisi fino all'insolvenza conclamata), le corrispondenti condizioni patrimoniali in cui l'imprenditore si ritroverà nella fase immediatamente antecedente alla presentazione dell'istanza potrebbero rivelarsi notevolmente deteriorate, cosicché la prosecuzione dell'attività d'impresa, se non nei ristretti ambiti imposti dall'art. 2486 cod. civ., potrebbe essergli del tutto preclusa.

Il salvacondotto introdotto dall'art. 8 del d.l. 118 viceversa rimuove ogni ostacolo legale all'avvio della fase ristrutturativa cosicché, seppur nell'ambito delle (ineludibili) condizionalità gestorie previste dal successivo art. 9, consentirà di instradare il risanamento osservando le sole regole tecniche di origine aziendalistica.

La norma non è inedita e, seppur parzialmente discostandosene, richiama alcuni provvedimenti che l'hanno preceduta sia in ambito concorsuale sia nell'ambito delle norme specificamente introdotte per fronteggiare gli effetti della crisi sanitaria.

Per quanto attiene alla normativa concorsuale vigente, ricordiamo infatti il disposto di cui all'art. 182-sexies l.fall. che prevede la disapplicazione automatica degli obblighi di conservazione dell'integrità del capitale sociale (di cui agli artt. 2446 co. 2 e 3, 2447, 2482-bis co. 4, 5 e 6 e 2482-ter, cod. civ.) e dell'operatività della clausola di scioglimento (di cui agli artt. 2484, n. 4 e 2545-duodecies cod. civ.):

- dalla data di deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo (anche in bianco);
- dalla domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182-bis l.fall.

In ambito concorsuale oggetto di sospensione, e dunque nel *corpus* di norme che costituiscono il Codice della Crisi, ricordiamo che analogo provvedimento è contenuto:

- nell'art. 20 (misure protettive) che, al comma 4, prevede che, nell'ambito della composizione assistita, il debitore possa chiedere al giudice il differimento degli obblighi sul capitale, e degli effetti solutori sul contratto sociale, fino alla sua conclusione, con facoltà di potervi conferire pubblicità

camerale;

- nell'art. 89 (riduzione o perdita del capitale della società in crisi) che, al primo comma, prevede che dal deposito della domanda di concordato preventivo e fino alla sua omologazione non si applichino e non operino tali clausole;

- nell'art. 64 (effetti degli accordi sulla disciplina societaria) che, al comma 1, prevede che dal deposito della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione e fino all'omologazione anche qui non si applichino e non operino le medesime clausole.

Nell'ambito della normativa emergenziale ricordiamo, infine, il provvedimento di cui all'art. 6 del d.l. 23/2020 (decreto Liquidità) - convertito dall'art. 1, co. 266, della legge 178/2020 (legge di bilancio 2021) - che ha introdotto la sterilizzazione delle perdite d'impresa emerse nell'esercizio 2020, sospendendo in loro favore, e per cinque anni, le norme sulla riduzione di capitale e sullo scioglimento della società, con l'effetto di rinviare i relativi provvedimenti all'assemblea di approvazione del bilancio relativo all'esercizio 2025.

2. L'art. 8 del d.l. 118/21

La norma in esame, con un testo (centrale) pressoché identico a quello di tutti i provvedimenti sopra richiamati, opera la sospensione:

- degli articoli 2446, secondo e terzo comma, e 2447 (rispettivamente per la perdita di oltre un terzo del capitale, senza e con la riduzione al di sotto del minimo legale, per le società per azioni) e delle fattispecie regolate dagli articoli 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma e 2482-ter del codice civile (rispettivamente per la perdita di oltre un terzo del capitale, senza e con la riduzione al di sotto del minimo legale, per le società a responsabilità limitata);
- della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4) (per tutte le società di capitali) e 2545-duodecies del codice civile (per le società cooperative).

L'agevolazione, invero, non esenta l'impresa dagli obblighi informativi che completano la portata del precetto; la sospensione non riguarda infatti il primo comma dell'art. 2446 cod. civ. né i primi tre commi dell'art. 2482 bis, i quali (in parallelo, pur riferiti a diverse tipologie societarie) prevedono l'onere di immediata convocazione dell'assemblea alla quale sottoporre una relazione sulla situazione patrimoniale della società, con le osservazioni del collegio sindacale (o del comitato di controllo della gestione). Tali

obblighi andranno dunque regolarmente assolti.

La norma, infine, si completa con le disposizioni:

- sulle modalità di ottenimento della sospensione, che si acquisirà mediante la semplice dichiarazione di volersene avvalere;
- sul momento di presentazione della dichiarazione, che potrà coincidere con l'istanza di nomina dell'esperto ma potrà intervenire in qualsiasi momento successivo;
- sul decorso degli effetti, che si produrranno solo dopo la pubblicazione della dichiarazione presso il registro delle imprese.

Tuttavia, prima di analizzare effetti ed esiti che la sospensione genererà su condotte e responsabilità gestorie, andranno preliminarmente e necessariamente approfondite le molteplici prescrizioni di cui il decreto legge onera l'imprenditore che intraprende il percorso negoziale.

3. Gli obblighi e le condizionalità gestorie previste da d.l. 118 in capo all'imprenditore

Dopo l'avvio del percorso compositivo, a fronte dell'assenza di alcuno spossessamento patrimoniale, nemmeno attenuato, e quindi della conservazione in capo al debitore della gestione sia ordinaria che straordinaria dell'impresa, sono stati introdotte a carico dello stesso specifiche indicazioni di governo dell'impresa e precisi oneri informativi.

Le indicazioni e gli oneri sono molteplici, non circoscritti in un ambito unico e collocati in diverse sezioni del decreto.

Già all'art. 4 è imposto un primo, fondamentale, onere informativo, ossia il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente (per inciso, non siamo molto distanti, pur con una diversa terminologia, dalle clausole generali del bilancio previste dall'art. 2423 cod. civ.). Onere all'evidenza amplissimo sia sotto il profilo oggettivo, rappresentare la propria situazione in modo completo e trasparente, sia in riferimento ai soggetti destinatari, ossia esperto, creditori e ogni altro possibile interessato (verosimilmente clienti, nuovi fornitori, investitori, potenziali acquirenti...).

A seguire, sempre nel medesimo articolo, viene introdotta la prima indicazione generale di governo ossia quella di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori. (art. 4 c. 5), prescrizione affatto diversa dalla gestione conservativa del valore e dell'integrità del patrimonio prevista dopo l'avverarsi di una causa di scioglimento della società dall'art. 2486 cod. civ. (quantomeno nell'interpretazione restrittiva di tale regola) che lascia aperto, e dunque consente, il *giusto* pregiudizio agli interessi dei creditori. Un aspetto che dovrà essere esaminato con particolare cura in quanto, se la compromissione degli interessi dei creditori risultasse legittimata dalla conservazione dell'impresa, che all'evidenza appare come l'obiettivo strategico di tutta la riforma, saremmo di fronte ad un mutamento valoriale di assoluto rilievo (che potrebbe risultare addirittura disallineato con i più recenti orientamenti comunitari).

Le successive condizionalità gestorie sono state invece collocate nell'ambito di un articolo che le rubrica più propriamente (l'art. 9, titolato "gestione dell'impresa in pendenza delle trattative"), che include le più incisive prescrizioni di governo dell'impresa e che le sottodisciplina in riferimento alle due possibili manifestazioni dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, ossia la crisi o l'insolvenza.

Viene innanzitutto premesso che, non essendo disposto alcuno spossessamento patrimoniale del debitore, restano a lui devoluti tutti i poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione dell'impresa.

La piena devoluzione non risulta però incondizionata e trattandosi pur sempre di un'impresa che potrebbe presto uscire, se non è già uscita, dal circuito dell'adempimento ordinario, all'imprenditore viene imposto il rispetto di alcuni specifici parametri economici.

Se l'impresa è solo in crisi non potrà essere pregiudicata la sostenibilità economico-finanziaria dell'attività e dunque, si ritiene, non sarà consentito il peggioramento dei risultati della gestione corrente, che dovranno quantomeno essere, medio tempore, mantenuti inalterati (sul presupposto che sia in corso da parte dell'esperto la valutazione, o che lo stesso abbia già

raggiunto la convinzione, sulla piena risanabilità dell'impresa e che quindi siano in via di predisposizione o di attuazione i correlati piani di azione).

Se, viceversa, si fossero già verificati gli inadempimenti che caratterizzano l'insolvenza, ma l'esperto la giudicasse (concretamente) reversibile, l'impresa andrà gestita nel prevalente interesse dei creditori e dunque non sarà verosimilmente consentita la generazione di nuove perdite d'esercizio e il turnaround dovrà essere ben più rapido e deciso (fino al limite della dissociazione proprietà/gestione acquisibile mediante la continuità indiretta).

Sempre nell'ambito dell'art. 9 vengono introdotti ulteriori oneri ma di carattere informativo, questa volta finalizzati ad ulteriormente contrappesare gli ampi poteri di governo e, dunque, per prevenire incongruenze o anomalie nell'ambito delle operazioni non ordinarie.

L'imprenditore infatti dovrà informare preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. (art. 9 c. 2).

L'esperto potrà ovviamente condividerne le motivazioni, e quindi non reagire in alcun modo, ma se rileva che gli atti straordinari o i pagamenti incoerenti possono arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, dovrà segnalare il proprio dissenso per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. (art. 9 c. 3).

Da ciò non conseguirà alcuna limitazione gestoria in capo all'imprenditore, ma se tali atti o pagamenti verranno comunque eseguiti (si tratterà, presumibilmente, di rilevanti divergenze su strategie di conduzione dell'impresa o sull'esecuzione del risanamento) si produrrà in capo ad esso un ulteriore obbligo informativo, in quanto dovrà notificare immediatamente all'esperto la loro esecuzione per l'eventuale (o, se vi è pregiudizio ai creditori, dovuta) iscrizione del dissenso presso il registro delle imprese) (art. 9 c. 4).

Riassumendo e schematizzando, siamo quindi in presenza di una serie di prescrizioni di natura informativa, in quanto l'imprenditore dovrà:

- fornire all'esperto tutte le informazioni utili o necessarie;
- rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente;
- informare preventivamente l'esperto, per iscritto, della sua intenzione di compiere di atti di straordinaria amministrazione ovvero di eseguire pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento;
- informare immediatamente l'esperto dell'intervenuto successivo compimento di atti straordinari nonché dei pagamenti incoerenti in ordine ai quali l'esperto abbia espresso il dissenso;
- unire ad alcune prescrizioni di natura gestoria, in quanto l'imprenditore dovrà:
 - gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori;
 - gestire l'impresa, se in stato di crisi, in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività;
 - gestire l'impresa, se in stato di insolvenza ma esistono concrete prospettive di risanamento, nel prevalente interesse dei creditori;
 - che, all'evidenza, imporranno all'organo amministrativo e al collegio sindacale una ampia e marcata rifasatura dei rispettivi processi decisionali e di controllo.

4. Gli obblighi previsti dal d.l. 118 in capo all'organo di controllo

Riuniti, a differenza di quelli posti a carico dell'imprenditore, in un unico articolo (l'art. n. 15) gli obblighi ascritti all'organo di controllo (nella sua forma uni o pluripersonale) sono di triplice natura e di portata particolarmente incisiva.

La prima prescrizione, di carattere segnalatorio, prevede il dovere in capo a tale organo di comunicare, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei due presupposti per la presentazione dell'istanza di cui

all'articolo 2, che la norma individua:

1. nella condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza;
2. nella ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa.

Com'è evidente già dal dato testuale, la comunicazione della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza presume, a propria volta, che l'organo di controllo abbia operato una valutazione preliminare sull'esistenza di tali presupposti.

Per quanto attiene al primo di essi, in assenza di una precisa definizione legale (quantomeno vigente) di crisi e insolvenza cui fare riferimento, ci si potrà alternativamente attenere ad un dato normativo oggi sospeso e oggetto di rinvio, ossia l'art. 2, comma 1, del Codice della crisi (che, com'è ampiamente noto, la qualifica, con un arco visuale semestrale, come *inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*) ovvero utilizzare un dato di normativa secondaria anch'esso oggetto di sospensione (nonché di conferma da parte del MEF), segnatamente gli indici dell'allerta elaborati dal CNDCEC in ottemperanza al disposto di cui all'art. 14 del codice della crisi¹, oppure, infine, avvalersi di un ampio spettro di elementi non normativi costituiti dalle misurazioni e dalle determinazioni quantitative aziendali contenute nelle best practices accademiche o professionali².

Per quanto viceversa attiene al secondo presupposto, ossia la ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa, l'organo di controllo potrà questa volta fare sicuro e diretto riferimento al *test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento*, di cui all'art. 3, co. 2, del decreto, le cui modalità esecutive sono state dettagliatamente definite dal decreto dirigenziale dd. 28.9.2021³.

Rilevata dunque la compresenza dei requisiti, all'organo di controllo non resterà che segnalare all'organo amministrativo la sussistenza di entrambi i presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata.

La segnalazione dovrà indicare le motivazioni (e dunque riferire in ordine alle analisi quantitative operate e sull'esito dei procedimenti), dovrà essere trasmessa con mezzi che assicurano la prova dell'avvenuta ricezione e conterrà la fissazione di un congruo termine, ma non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo dovrà riferire in ordine alle iniziative intraprese.

La seconda prescrizione di cui è onerato l'organo di controllo concerne l'esito della segnalazione, ossia la valutazione delle iniziative intraprese.

Iniziativa intraprese, e non iniziative da intraprendere (o soluzioni individuate, come prevedeva il Codice della crisi), pone l'accento sull'atteggiamento proattivo che l'imprenditore è tenuto ad adottare immediatamente dopo aver ricevuto la segnalazione: il riscontro dell'organo amministrativo dovrà infatti consistere o nella ricevuta di presentazione dell'istanza di composizione unitamente ad una prima strutturazione del piano (quantomeno nei suoi quadri generali) ovvero in una altrettanto motivata contestazione in ordine alle analisi o alle conclusioni della segnalazione. E se la contestazione non convincerà l'organo di controllo, come nel caso di mancato riscontro, ad esso non resterà altro che avviare i procedimenti legali posti a presidio delle irregolarità di gestione.

Quale terza ed ultima prescrizione, la norma conferma che in pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del codice civile.

Trattasi, all'evidenza, di un richiamo pressochè superfluo; in assenza di uno spossessamento patrimoniale e gestionale dell'imprenditore, come della presenza di una qualsiasi forma di controllo esterno (non vi è alcuna procedura aperta nei suoi confronti né sono presenti organi commissariali ma è stato esclusivamente avviato un percorso negoziale facilitato),

i controlli sul rispetto della legge, dello statuto e dei principi di corretta amministrazione preveduti dall'art. 2403, dovranno essere mantenuti inalterati e dunque la norma pare assolvere sostanzialmente una funzione di richiamo.

Ma, ancor più, va osservato che l'introduzione in capo all'imprenditore di tutte le ulteriori prescrizioni legali di natura informativa e gestoria che caratterizzano il percorso compositivo, rende ben più ampio e complesso il set di controlli di cui i sindaci si dovranno far carico.

Salva la consultazione preliminare da parte dell'esperto preveduta dal comma 5 dell'art. 5, l'organo di controllo dovrà infatti attentamente vigilare affinché:

1. l'informativa preventiva nei confronti dell'esperto di cui è onerato l'imprenditore nel caso di esecuzione di atti di straordinaria amministrazione, ovvero di pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, sia correttamente eseguita;

2. sia altrettanto tempestivamente fornita all'esperto l'informativa sull'intervenuto successivo compimento di atti straordinari, come di pagamenti incoerenti con creditori, trattative o risanamento, in ordine ai quali l'esperto abbia espresso il dissenso;

3. il patrimonio e l'impresa vengano gestiti, in generale, senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori;

4. l'impresa, se in stato di crisi, sia gestita in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività;

5. l'impresa, se in stato di insolvenza ma esistono concrete prospettive di risanamento, sia gestita nel prevalente interesse dei creditori.

Com'è evidente, la vigilanza del collegio dovrà essere notevolmente rafforzata sia in ordine al perimetro dei controlli, che dovrà estendersi fino a comprendervi pressochè tutti gli atti programmatici e gestori dell'impresa, sia nella frequenza delle verifiche, che nel semestre di sviluppo del procedimento dovrà essere marcatamente intensificata.

5. La ridisegnata fisiopatologia delle condotte

5.1. Sulle responsabilità gestorie dell'organo amministrativo

Come risulta evidente dalla ricostruzione appena esposta, la composizione negoziata ridisegna ricostruendo l'ambito delle responsabilità gestorie degli organi di amministrazione, mantenendo ad indirizzo esclusivo dell'imprenditore il governo del patrimonio e dell'impresa (l'esperto, come è noto, è normativamente definito *terzo* rispetto a tutte le parti) ma introducendo una serie di prescrizioni selettive ad intensità crescente modulate sulla gravità della crisi e volte a limitarne la potenziale dannosità.

In realtà, a ben vedere, non siamo in presenza di precetti particolarmente restrittivi rispetto alle ordinarie regole societarie: evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa come gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori (le due previsioni dell'art. 9), sembrano infatti condotte immanenti al dovere di agire con diligenza di cui all'art. 2392 cod. civ., al dovere di conservazione dell'integrità del capitale sociale preveduto dall'art. 2394 cod. civ. e al rispetto del principio di corretta amministrazione regolato dal successivo art. 2403⁴.

Un po' meno chiara appare tuttavia la motivazione che ha indotto il Senato all'approvazione dell'emendamento che, riformulando il primo comma dell'art. 9, ha previsto, in caso di insolvenza, l'obbligo di gestione dell'impresa conformato al prevalente interesse dei creditori nell'ipotesi in cui esistano concrete prospettive di risanamento; come se, nel caso queste ultime non esistessero, la condotta gestoria potesse viceversa deviare da quell'obbligo di tutela.

È infatti del tutto evidente che, nel caso di mancanza di prospettive di recupero dell'equilibrio economico finanziario, in crisi o insolvente che fos-

1. Reperibili in www.commercialisti.it.

2. *Ex multis* potranno essere consultati i Principi di Attestazione dei Piani di Risanamento editi dal CNDCEC (edizione 16 dicembre 2020), in particolare le definizioni di crisi proposte al par. 5.2.3 di pagina 39.

3. *Ex multis* potranno essere consultati i Principi di Attestazione dei Piani di Risanamento editi dal CNDCEC (edizione 16 dicembre 2020), in particolare le definizioni di crisi proposte al par. 5.2.3 di pagina 39.

4. Così, in riferimento al dovere di agire evitando il pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa, anche A. Rossi in *Composizione negoziata nella crisi d'impresa*, 25.10.2021 in dirittodellacrisi.it.

se l'imprenditore, si genererebbe l'obbligo in capo all'esperto (ex art. 5 co. 5) di avviare il procedimento di archiviazione della composizione; e, atteso il decorso fino a questo evento della sospensione della causa di scioglimento della società (ex art. 8 co. 1), contestualmente riviverebbero gli obblighi di gestione conservativa dell'impresa imposti dall'art. 2486 cod. civ. che rappresentano, appunto, il principale presidio posto a tutela dei creditori.

Considerato il testo originale del decreto, che prevedeva obblighi gestori solo in caso di probabilità di insolvenza, limitandoli al non pregiudizio della sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, si può pensare che, di fronte ad un'indicazione gestoria esclusivamente *business oriented* che lasciasse il presidio ai creditori devoluto alla sola doppia interlocuzione imprenditore-esperto prevista dai successivi commi 2, 3 e 4, dunque di natura sostanzialmente informativa, si sia voluto introdurre un chiaro richiamo valoriale inserendo la precisazione che, in caso di insolvenza, l'interesse prevalente virasse dalla sostenibilità dell'impresa alla protezione dei creditori⁵.

Precetti, tuttavia, per nulla agevoli da applicare in concreto di fronte alla complessità e, soprattutto, alla stretta interdipendenza dei processi aziendali; operando in un sistema dinamico e interconnesso potrebbe anche accadere che, nell'agire unidirezionale a presidio di uno specifico interesse si possa finire per arrecare al soggetto tutelato, seppur indirettamente, un danno.

In un simile, incerto, contesto interviene molto opportunamente il decreto dirigenziale che, proprio al fine di indirizzare l'impresa nei diversi contesti in cui si assumono le scelte gestorie, individua gli obiettivi economici a cui l'imprenditore dovrà tendere, o le condotte a cui dovrà attenersi, declinandole in riferimento alle diverse condizioni di solvibilità in cui l'impresa potrebbe dibattersi (in crisi o insolvente).

In particolare, per quanto attiene agli obiettivi economici da assicurare in caso di (sola) crisi ed al fine di non cagionare pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'impresa, il decreto precisa che non vi sarà di regola danno quando ci si attende un margine operativo lordo (MOL) positivo⁶ o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori derivanti, secondo una ragionevole previsione, dalla continuità aziendale (che possono, esemplificativamente, prodursi con una più proficua gestione del magazzino o con un più efficiente incasso dei crediti, oppure permettendo il completamento dei lavori in corso, ovvero, e soprattutto, consentendo la cessione del compendio aziendale in funzionamento rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono) (sez. II° par. 7.5 decr. dirig.).

Più sfumata, viceversa, l'indicazione relativa alle condotte che non risultano generative di pregiudizio agli interessi dei creditori, da osservare in caso di insolvenza. In questo caso viene solo citata l'assenza di pregiudizio nell'ambito dei finanziamenti quando essi siano necessari ad assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia in grado di rimborsarli attraverso i soli flussi derivanti dalla continuità stessa, mentre il pregiudizio è viceversa accertato quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento (sez. II° par. 7.8 decr. dirig.).

La motivazione di questa meno articolata esemplificazione risiede, verosimilmente, nel disallineamento temporale fra la pubblicazione del decreto dirigenziale, intervenuta in data 28.9.2021, e la (successiva) approvazione da parte del Senato dell'emendamento al decreto legge che dissocia le prescrizioni gestorie nei diversi casi di crisi e di insolvenza, intervenuta in data 13.10.2021, dissociazione che risultava assente nella prima versione della norma e che dunque il decreto dirigenziale non poteva né conoscere né, appunto, articolare.

Ma non vi è alcun dubbio che la questione più delicata sulla quale riflet-

tere è rappresentata dagli effetti derivanti dalla sospensione degli obblighi sull'integrità del capitale.

La norma, in particolare, sterilizza gli effetti:

- degli articoli 2446, secondo e terzo comma, e 2447 (rispettivamente per la perdita di oltre un terzo del capitale, senza e con la riduzione al di sotto del minimo legale, per le società per azioni) e di quelli regolati dagli articoli 2482-*bis*, quarto, quinto e sesto comma e 2482-*ter* del codice civile (rispettivamente per la perdita di oltre un terzo del capitale, senza e con la riduzione al di sotto del minimo legale, per le società a responsabilità limitata);

- della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4) (per tutte le società di capitali) e 2545-*duodecies* del codice civile (per le società cooperative).

La sospensione, nelle sue diverse articolazioni, è volta a garantire che nel corso delle negoziazioni l'imprenditore non venga assoggettato agli obblighi di ricapitalizzazione o di scioglimento a fonte di perdite superiori al terzo del capitale sociale; è infatti verosimile che le condizioni patrimoniali di chi si approssima al percorso compositivo, e forse in una rilevante quantità dei casi, risultino marcatamente compromesse e che dunque si stia per generare, se non si è già generata, la causa di scioglimento con i connessi obblighi ricostitutivi.

La norma consente in questo modo di poter integrare i provvedimenti sul capitale nell'ambito dei piani di risanamento, così da poterli attuare nella loro fase esecutiva; con l'ulteriore effetto che le risorse per la ricostituzione potrebbero anche autogenerarsi sottoforma, ad esempio, di conversione di debiti in capitale oppure mediante rilascio di specifici appropriati strumenti finanziari partecipativi ovvero mediante la generazione di utili, da imputarsi a capitale, rivenienti da sopravvenienze attive originate dalla riduzione concordata di debiti. Una mutazione della regola del "ricapitalizza o liquida" che, in questo modo, evolverebbe in "ricapitalizza, liquida o *rinegozia*"⁷.

Ricapitalizzazione che, peraltro, si risolverebbe in una sanatoria di tutte le eventuali responsabilità per danni cagionati ai creditori da perdite incrementalmente maturate anche prima della richiesta di sospensione; ciò in quanto lo scioglimento della società si produce automaticamente ed immediatamente salvo il verificarsi della condizione risolutiva costituita dalla reintegrazione del capitale e quindi, con il verificarsi dell'anzidetta condizione, lo scioglimento verrebbe meno con effetto *ex tunc*⁸.

La perdita del capitale riverbera però i suoi effetti anche nel perimetro di operatività dell'art. 2484, primo comma, n. 4) (per tutte le società di capitali) e 2545-*duodecies* del codice civile (per le società cooperative) configurando, come è noto, una causa di scioglimento della società, con il conseguente obbligo in capo agli amministratori, in forza del disposto di cui all'art. 2486 cod. civ., di gestire la società al solo fine di conservare l'integrità e il valore del patrimonio, pena la responsabilità risarcitoria - personale e solidale - per i danni arrecati a società, soci e creditori per l'inservanza di tale norma; precetto all'evidenza incompatibile con il percorso negoziale e il processo di risanamento che, seppur orientati al riequilibrio della situazione economico-finanziaria, presuppongono la prosecuzione dell'attività, con la conseguente accettazione di nuovo rischio d'impresa che, all'evidenza, non preclude il conseguimento di nuove perdite di gestione.

Ad evitare questo ulteriore impedimento, il decreto interviene con la seconda parte dell'art. 8, inertizzando l'effetto solutorio del contratto sociale e legittimando la prosecuzione della gestione imprenditoriale senza obbli-

5. Sul tema delle deviazioni valoriali presenti nel decreto offre ampi spunti di riflessione D. Galletti in *Breve storia (stucchevole) di una (control) riforma "annunciata" ne Il Fallimentarista*, ed. Giuffrè.

6. Indicatore reddituale, noto anche come Ebitda, che è definito dalla differenza fra il valore della produzione caratteristica e i costi operativi (dunque al lordo degli ammortamenti, degli oneri finanziari e di quelli tributari) e che rappresenta una fondamentale misura di redditività della gestione industriale.

7. Ne parla diffusamente, e criticamente, P. Liccardo nel suo *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Giustizia Insieme*, che ipotizza l'introduzione (surrettizia) di questa nuova regola giudicandolo distortiva in quanto "l'impresa in crisi si rinsalda e si consolida nei suoi assets non per nuovo capitale di rischio ma per capitale indirettamente versato dal ceto creditorio nella negoziazione".

8. Così F. Platania in *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.* (citando Cass. 22 aprile 2009 n. 9619) ne *Il Fallimentarista*, ed. Giuffrè.

go di mantenimento della garanzia patrimoniale né aggravati di responsabilità per danni incrementali.

Andranno però attentamente esaminati sia i limiti temporali che quelli "spaziali" di questa disposizione, in quanto la sua portata non risulta del tutto illimitata e il suo utilizzo genera conseguenze che andranno altrettanto bene valutate.

Va preliminarmente osservato come l'ottenimento della sospensione non sia soggetto ad alcuna autorizzazione o conferma, né amministrativa né giudiziale; si tratta, dunque, di una vera e propria autodisattivazione degli obblighi di integrità del capitale e dell'automatico scioglimento dell'ente sociale conseguiti mediante una semplice espressione di volontà, che si manifesterà formulando una dichiarazione che potrà essere resa sia con l'istanza di nomina dell'esperto sia in un qualsiasi momento successivo, e la condizione permarrà inalterata fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione.

La dichiarazione andrà però pubblicata presso il registro delle imprese, solo da quel momento decorreranno infatti i suoi effetti, e questo, va detto, genererà un non marginale contraccolpo relazionale in quanto la riservatezza del procedimento verrà inevitabilmente compromessa; d'altra parte, è altrettanto inevitabile che di tale perdita di garanzia vengano resi edotti coloro che accordano credito sul presupposto della sua legale esistenza e persistenza.

Per quanto viceversa attiene alle dimensioni "spaziali" della sospensione, gli unici presidi posti a fronte di un'illimitata espansione delle perdite (incrementali) di patrimonio risiedono nelle precise condizionalità gestorie previste dal primo comma dell'art. 9, segnatamente nella preclusione al pregiudizio della sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa o, in caso di insolvenza, all'interesse dei creditori.

Entro questi limiti, e dunque entro i confini della sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa in crisi, saranno sopportate perdite incrementali se ed in quanto coerenti, e dunque finalizzate, all'esecuzione del piano di risanamento.

Solo in caso di insolvenza le perdite incrementali dovranno orientarsi verso l'interesse dei creditori, e dunque saranno introitabili solo se il risultato che si prefigurano è rappresentato non tanto, o non solo, dal risanamento dell'impresa ma (verosimilmente) da un maggior realizzo in sede di liquidazione.

Sarà dunque un preciso compito dell'esperto, preliminarmente edotto della volontà di compimento di un atto incoerente o dannoso e, dopo l'espressione di un eventuale dissenso, successivamente informato della sua esecuzione, non intervenire ovvero iscrivere il dissenso presso il registro delle imprese ovvero ancora, nel caso più estremo, ossia quando l'atto dovesse compromettere le prospettive di risanamento, darne notizia all'imprenditore e alla struttura camerale per far disporre l'archiviazione della composizione.

E di tali atti e condotte gli amministratori ne risponderanno specificatamente a creditori, soci o terzi in forza del disposto di cui agli articoli 2392 e seguenti cod. civ., posto che, come ricorda anche l'ultima parte del 1° comma dell'art. 9 (e con l'ulteriore richiamo, posto all'art. 12 in tema revocatorio, in ordine agli atti, i pagamenti e le garanzie, dannosi o incoerenti, compiuti nel corso del procedimento compositivo), restano del tutto ferme le responsabilità dell'imprenditore.

Ma mentre danni specifici, rivenienti da atti lesivi o incoerenti, potranno essere sempre arrecati e quindi divenire risarcibili - inespesso, espresso o pubblicato il dissenso dell'esperto che sia - non potrà viceversa ritenersi mai inoperante la sospensione della responsabilità per perdite d'impresa incrementali, posto che il suo limite temporale si estende, incondizionato, fino alla conclusione delle trattative o, se antecedente, all'archiviazione della negoziazione.

Ma a questi fini andranno meglio approfonditi gli effetti connessi agli obblighi di natura informativa.

Ricordiamo che il quadro informativo che l'imprenditore è tenuto a condividere con l'esperto risulta estremamente ampio e particolareggiato; esso dovrà infatti fornire a quest'ultimo, se richieste, tutte le informazioni utili o necessarie (art. 4 co. 2), rappresentare la propria situazione in modo

completo e trasparente (art. 4 co. 5), informarlo preventivamente della sua intenzione di compiere atti di straordinaria amministrazione (art. 9 co. 2) ovvero di eseguire pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento (art. 9 co. 2) e, infine, condividere immediatamente l'intervenuto successivo compimento di atti straordinari nonché di pagamenti incoerenti in ordine ai quali l'esperto abbia espresso il dissenso (art. 4 co. 4).

Risulta del tutto evidente la finalità di questa condivisione: l'esperto è tenuto ad operare una valutazione costante e concomitante sull'andamento della gestione in quanto, se e quando dovesse rilevare la compromissione delle prospettive di risanamento, le trattative e la composizione dovranno essere immediatamente interrotte. Appare dunque assolutamente centrale che l'informativa finanziaria gli pervenga in modo integro, completo e trasparente, e non risultino in alcun modo omesse notizie rilevanti.

Ma, per la delicatezza e l'importanza risolutiva di queste informazioni, è proprio in quest'ambito che potrebbero generarsi resistenze, opacità o vere e proprie dissimulazioni.

Ci si riferisce a tutte quelle passività certe o ancora potenziali, note all'imprenditore, che potrebbero essere celate o sottostimate per evitare che possano squilibrare o compromettere il risanamento e, con esso, il (già di per sé delicato e incerto) percorso negoziale.

Si citano, solo esemplificativamente, possibili garanzie rilasciate a clienti o a terzi che l'imprenditore cela in quanto, diversamente, si renderebbero necessari appropriati accantonamenti; giacenze di magazzino dichiarate utilizzabili in realtà legate a prodotti o processi in dismissione; crediti dichiarati esigibili ma, in realtà, connessi a forniture in contestazione; richieste di risarcimento non rese manifeste, controversie con il personale non ancora approdate in giudizio, irregolarità tributarie o previdenziali non ancora formalmente accertate, danni ambientali commessi ma non ancora rilevati dalle autorità di controllo, e così via.

Appare evidente che, se l'omissione di una o più di queste informazioni risultasse determinante nel fuorviare il giudizio dell'esperto sulla perseguibilità del risanamento, ci troveremo di fronte ad un avvio, o ad una prosecuzione, del percorso compositivo carente di una imprescindibile condizione giuridico-economica e dunque del tutto illegittimo; e se si rilevasse che la conoscenza degli elementi dissimulati si era rivelata determinante nel provocare l'archiviazione del procedimento, mentre lo stesso è stato comunque avviato o proseguito, potrà legittimamente sostenersi che la sospensione degli obblighi sull'integrità del capitale, se dichiarata, era illegittima e dunque inefficace fin da allora proprio per l'avveramento di una delle due condizioni terminali.

E, per l'effetto, fin da quel momento si dovranno considerare riespansi gli obblighi di ricostituzione del capitale e riattivata la clausola di scioglimento della società, con la conseguente reviviscenza delle prescrizioni in ordine alla gestione conservativa e alla responsabilità per danni da aggravamento.

5.2. Sulle responsabilità dell'organo di controllo

La segnalazione della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza rappresenta solo in apparenza il primo degli obblighi a cui risulta soggetto l'organo di controllo dal decreto legge.

Va infatti considerato che, con l'introduzione nel marzo del 2019 della riscrittura dell'art. 2086 del codice, gli obblighi di rilevazione tempestiva della crisi, unitamente agli obblighi organizzativi per renderla efficace, ha reso la rilevazione degli squilibri economico-finanziari che la precedono - per il tramite della vigilanza sull'adeguatezza degli assetti organizzativi di cui è onerato dal disposto di cui all'art. 2403 cod. civ. - uno degli obblighi centrali ascritti all'organo di controllo.

Dal combinato disposto delle due normative, l'art. 15 del d.l. n. 118 e il 2° comma dell'art. 2086, si desume che sarà proprio la segnalazione prevista dall'art. 15 la reazione naturale dell'organo di controllo di fronte alla rilevazione degli squilibri economici o finanziari; segnalazione che, se tempestiva, eviterà il decorso delle responsabilità per eventuali danni incrementali

successivi allo scioglimento della società per perdita del capitale mentre, se tardiva, di quel decorso ne segnerà unicamente la cessazione.

Ben più complessa si rivela, viceversa, l'individuazione delle responsabilità derivanti da omissione o inadeguatezza nel controllo sulle condotte dell'imprenditore successive all'avvio della composizione negoziale.

Al tradizionale quadro dei controlli sul rispetto della legge, dello statuto e delle regole aziendali, si sommeranno infatti, rientrandovi, le necessarie verifiche sull'osservanza delle condizionalità gestorie e sul rispetto degli obblighi informativi da parte dell'imprenditore.

Il controllo sul rispetto delle condizionalità si svolgerà seguendo i tradizionali schemi codificati nelle regole professionali e riferibili ai controlli cd. concomitanti che il collegio esercita mediante la partecipazione alle sedute degli organi di governo collegiali⁹ (ovvero mediante controlli periodici intensificati per le verifiche necessariamente *ex post* in caso di organi unipersonali¹⁰) e dovrà essere particolarmente accurato nella valutazione di coerenza di atti e i pagamenti con il mantenimento dell'equilibrio economico-finanziario; a questo fine sarà dunque imprescindibile:

1. l'esistenza di un piano aziendale ad orientamento prospettico che assicuri il raggiungimento di margini operativi lordi positivi (o, se negativi, che evidenzino se e come essi possano essere compensati dai vantaggi conseguibili dalla continuità che, diversamente, andrebbero perduti) al quale poter riferire la coerenza dei singoli atti o pagamenti;

2. un pressoché costante monitoraggio degli scostamenti dalle previsioni di piano al fine di poter tempestivamente intercettare l'approssimarsi dello stato di insolvenza, al manifestarsi del quale si genererà l'inversione delle priorità con il sovraordinamento gerarchico dell'interesse dei creditori rispetto all'equilibrio economico-finanziario dell'impresa;

3. in tale ultimo caso, la conseguente rifasatura del piano in modo tale da assicurare, oltre ai margini lordi positivi (o negativi compensati), la reversibilità di detto stato e, *medio tempore*, il necessario rispetto delle legittime clausole di prelazione, obiettivo imprescindibile della tutela dei creditori.

Oggetto di particolare attenzione da parte del collegio dovrà risultare anche l'osservanza dell'interlocuzione preventiva con l'esperto in ordine agli atti di straordinaria amministrazione, ovvero i pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, nonché l'immediata comunicazione successiva sul compimento di quelli in ordine ai quali l'esperto abbia manifestato il dissenso.

Mentre l'interlocuzione preventiva potrebbe tuttavia risultare un evento fisiologico, sicuramente per gli atti straordinari ma anche per quelli incoerenti in quanto potrebbero legittimamente generarsi valutazioni discordanti, l'esecuzione di atti straordinari o pagamenti incoerenti in contrasto con il parere dell'esperto potrebbe viceversa rivelarsi causativa di danno risarcibile (oltre che non garantire l'esenzione da revocatoria se il dissenso viene pubblicato).

Dovrà dunque il collegio, in questo caso, attivarsi per impedirne l'esecuzione ricorrendo agli strumenti di reazione che gli sono propri e che, in simile contesto, configurandosi indubbiamente una grave irregolarità di gestione, legittimeranno la denuncia al tribunale ex art. 2409 cod. civ.

Va infine considerata la prescrizione informativa che maggiormente incide sulla decisione dell'esperto di avviare il procedimento di composizione, in particolare quell'obbligo di rappresentazione completa e trasparente della propria situazione a cui l'imprenditore è assoggettato e che costituisce l'impalcatura numerica su cui si regge il piano di risanamento.

Come già ampiamente esposto nella parte relativa alle responsabilità dell'imprenditore, la sospensione degli obblighi sull'integrità del capitale, con la conseguente sospensione degli effetti e delle prescrizioni derivate, rimane efficace fino alla conclusione delle trattative o, se antecedente, all'archiviazione della composizione per mancanza di concrete prospettive di risanamento.

Ma per l'omissione di informazioni determinanti che fuorviassero il giudizio dell'esperto sulla perseguibilità del risanamento, l'avvio o la prosecuzione del percorso compositivo risulterebbe del tutto illegittima e, da allora, inevitabilmente riviverebbero le prescrizioni in ordine alla gestione conservativa e alla responsabilità per danno da aggravamento.

Va però osservato che la norma non prevede la sottoposizione dell'informativa finanziaria ad alcuna verifica preliminare da parte dell'organo di controllo (né peraltro del revisore legale, nel caso fosse presente), che rimane estraneo ad ogni valutazione qualitativa in ordine a completezza e trasparenza del dato fornito, e dunque alle connesse responsabilità solidali per omissione di controllo.

Il dato rimarrà dunque sotto il completo controllo e la completa responsabilità dell'organo amministrativo.

Andrà solo richiamata, quale onere comunque gravante sull'organo di controllo, la vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo-contabile, che le norme professionali pongono proprio a presidio dell'attendibilità dell'informativa societaria, ma che prevede per il collegio l'emissione di un solo giudizio professionale di adeguatezza sulla base di un'analisi delle caratteristiche del sistema come desumibili dai flussi informativi acquisiti dal collegio stesso¹¹.

6. Conclusioni

Il percorso completamente inedito che la crisi d'impresa sta per affrontare consente all'interprete di operare analisi sulla correttezza delle condotte gestorie degli organi amministrativi, come sulle loro incoerenze o deviazioni, di natura quasi esclusivamente teorica; solo una verifica a posteriori permetterà di individuare, in un ambito marcatamente dinamico e instabile quale quello aziendale, i nuovi spazi entro i quali le scelte imprenditoriali potranno ritenersi insindacabili e, dunque, non generative di responsabilità.

L'inertizzazione dei presupposti per l'addebito di danni incrementali originati dall'assunzione di nuovo rischio d'impresa certamente permetterà al debitore di affrontare con maggior serenità quelle scelte, tuttavia le molteplici condizionalità a cui risultano sottoposte dovranno consolidarsi in prassi riconosciute e condivise prima di poter assicurare a organi di amministrazione, di controllo ed esperti, richiami solidi e certi ai quali potersi riferire nei giudizi di coerenza.

Il decreto dirigenziale, che conferisce immediato contenuto alle molte clausole generali della norma, introduce comunque fin d'ora una guida precisa e concreta per affrontare i passaggi più complessi del percorso negoziale, e dunque l'avvio di questo nuovo procedimento potrà contare su questo strumento inedito che, quantomeno dalle prime valutazioni, appare particolarmente utile ed efficace.

Va tuttavia osservato che, a causa del disallineamento temporale fra la pubblicazione del decreto dirigenziale e l'iter parlamentare di approvazione del decreto legge, l'emendamento che ha introdotto un'ulteriore e diversa regola gestoria in caso di insolvenza dell'impresa non è stato oggetto di specifico approfondimento tecnico da parte del decreto dirigenziale; per l'effetto, ad oggi l'esatto contenuto di tale clausola (segnatamente, la gestione dell'impresa nel prevalente interesse dei creditori) e la compatibilità con l'omologa clausola nel caso di semplice crisi (la prescrizione di non pregiudizio alla sostenibilità dell'equilibrio economico e finanziario dell'attività) non appaiono di facile maneggevolezza e dunque, salvo un intervento (dirigenziale) integrativo, dovranno essere oggetto di un adeguato approfondimento dottrinale¹².

9. Si veda a questo proposito la norma n. 4.2 delle Norme di Comportamento del collegio sindacale di società non quotate, edizione 18.12.2020, reperibile su www.commercialisti.it.

10. Si veda a questo proposito la norma n. 4.3 delle Norme di Comportamento del collegio sindacale citate.

11. Norma 3.7 delle già citate Norme di comportamento del collegio sindacale.

12. Ritiene la modifica all'art. 9 introdotta dalla legge di conversione gravida di implicazioni sistematiche anche S. AMBROSINI ne La legge n. 147/2021 di conversione del D.L. 118: primi brevi appunti in ordine sparso in Ristrutturazioni Aziendali ed. IL CASO.it.

Crisi dei gruppi e composizione negoziata

di Niccolò Abriani, Ordinario di diritto commerciale nell'Università di Firenze

e Giuliana Scognamiglio, Ordinario di diritto commerciale nell'Università di Roma¹

La complessa e innovativa tematica del fenomeno dei gruppi letta nel quadro della composizione negoziata. Regole e strumenti sono al centro di un'analisi critica che ne intercetta il senso, la portata, le prospettive.

Sommario:

1. Cenni introduttivi sulla rilevanza del fenomeno dei gruppi nella disciplina della crisi e dell'insolvenza
2. Il gruppo di imprese e la composizione negoziata per la soluzione della crisi: l'ipotesi della conduzione unitaria delle trattative, contrapposta a quella della conduzione atomistica
3. I poteri attribuiti all'esperto facilitatore con riferimento alla composizione negoziata coinvolgente imprese di un medesimo gruppo
4. I presupposti (a) oggettivo e (b) soggettivo della composizione negoziata delle crisi di gruppo. Il principio della trasparenza dei legami di gruppo
5. I criteri di individuazione della camera di commercio presso la quale depositare l'istanza unitaria di composizione negoziata e del tribunale competente a vagliare le istanze relative a misure protettive e cautelari relative a imprese del gruppo
6. I finanziamenti infragruppo in corso di composizione negoziata
7. I possibili esiti della composizione negoziata nei gruppi di imprese

1. Cenni introduttivi sulla rilevanza del fenomeno dei gruppi nella disciplina della crisi e dell'insolvenza

Il d.l. n. 118/2021, convertito nella l. n. 147/2021, nell'introdurre nel nostro sistema del diritto della crisi d'impresa il nuovo istituto della composizione negoziata, ne disciplina altresì - all'art. 13, rubricato "conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese" - l'applicazione al fenomeno delle imprese fra loro legate dall'appartenenza ad un medesimo gruppo,

L'attenzione specifica nei riguardi della fattispecie del gruppo di imprese, nel contesto delle varie ipotesi di regolazione della crisi, non costituisce una novità nel nostro ordinamento. Il precedente più recente è dato dalla legge delega per la riforma organica della disciplina della crisi d'impresa, n. 155/2017 che all'art. 3 dettava i criteri per la disciplina del concordato preventivo e della liquidazione giudiziale coinvolgenti più imprese di uno stesso gruppo; ad essa ha fatto seguito il decreto legislativo delegato n. 14/2019, recante il codice della crisi e dell'insolvenza dell'impresa (nel prosieguo c.c.i.), che in attuazione dei suddetti criteri disciplina analiticamente (agli artt. 284 e seguenti) l'applicazione ai gruppi delle due ricordate procedure concorsuali e che tuttavia, pur se pubblicato in Gazzetta ufficiale all'inizio del 2019, non è ancora entrato effettivamente in vigore².

Si può quindi affermare che la disciplina dettata nell'art. 13 del d.l. n. 118/2021 costituisce la prima disciplina della crisi del gruppo ad avere effettiva vigenza nel nostro Paese, se si eccettua la normativa sull'amministrazione straordinaria, nelle due varianti disciplinate rispettivamente dal d.lgs. n. 270/1999 e dal d.l. n. 347/2003, conv. In l. n. 39/2004, che è però tarata su un segmento particolare, quello delle imprese in stato di insolvenza qualificabili come "grandi" sulla base di determinati indici dimensionali.

La *ratio* che giustifica la previsione di regole specifiche in materia di gruppi di imprese è comune ai diversi interventi normativi che si sono dianzi ricordati: il riconoscimento, cioè, del possibile interesse a far valere, anche nella fase della gestione della crisi o dell'insolvenza, il profilo

dell'unità (unità della direzione, rispetto ad una o più fasi o funzioni delle imprese aggregate in gruppo, gestite in forma accentrata e coordinata per l'intero insieme) che immancabilmente caratterizza, sia pure in costante tensione dialettica con il profilo della pluralità, il fenomeno dei gruppi di imprese.

Si dà spazio, per altro, riprendendo in pieno, a quanto sembra, il ragionamento sottostante alle soluzioni al riguardo adottate dal c.c.i., anche alla possibilità che detto interesse non sussista³: ciò potrebbe per esempio accadere nel caso di gruppi a conduzione fortemente decentrata, caratterizzati cioè da un elevato tasso di autonomia della gestione ovvero da un elevato tasso di disomogeneità fra le attività economiche delle imprese che ne fanno parte, o di gruppi nei quali il fenomeno della crisi è effettivamente circoscritto ad un segmento o ad un settore limitato, che potrebbe in ipotesi coincidere con una o alcune delle singole entità soggettive in cui il gruppo è articolato.

Ma se la struttura e la conformazione del gruppo, o le modalità della sua conduzione nella fase *in bonis*, sono tali da giustificare la conservazione del profilo della gestione unitaria anche durante la crisi, le imprese devono poter disporre di strumenti all'uopo adeguati, senza sentirsi eccipire la mancanza di una disciplina positiva espressa e la necessità di tale disciplina per superare il dato oggettivo della distinta personalità giuridica o comunque della reciproca autonomia soggettiva fra le imprese del gruppo.

2. Il gruppo di imprese e la composizione negoziata per la soluzione della crisi: l'ipotesi della conduzione unitaria delle trattative, contrapposta a quella della conduzione atomistica

Il caso che in questa sede interessa è dunque quello dell'accesso da parte dei gruppi di imprese alla composizione negoziata per la soluzione della crisi. Il d.l. in esame prevede al riguardo due possibili percorsi: (a) l'ini-

1. I paragrafi da 1 a 4 sono da attribuire a Giuliana Scognamiglio; i paragrafi da 5 a 7 sono invece da attribuire a Niccolò Abriani.

2. Lo stesso d.l. che ha introdotto la conduzione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ha infatti disposto lo slittamento ulteriore dell'entrata in vigore del c.c.i. al 16 maggio 2022; ma i dubbi sull'effettività di questa data si stanno moltiplicando, anche in ragione dell'interferenza con il termine, pure pendente, entro il quale andrà attuata nel nostro Paese la direttiva UE/2019/1023 sui quadri di ristrutturazione preventiva delle imprese, e della evidente necessità di operare un raccordo sistematico tra il d. lgs. n. 14/2019 e la emananda disciplina di recepimento della direttiva europea.

3. Nel CCII sono espressamente disciplinate, com'è noto, la fattispecie della gestione unitaria della crisi o dell'insolvenza di gruppo, a seconda dei casi attraverso un concordato di gruppo o una liquidazione giudiziale di gruppo, e la fattispecie della gestione atomistica dei medesimi fenomeni, attraverso procedure di liquidazione giudiziale ovvero di concordato preventivo disposte separatamente per le singole imprese del gruppo (cfr. artt. 284 ss. d. lgs. n. 14/2019). In proposito sia consentito rinviare a G. Scognamiglio, *I gruppi di imprese nel CCII: fra unità e pluralità*, in *Società*, 4/2019, 413 ss.; EAD., *La crisi e l'insolvenza dei gruppi di società: prime considerazioni critiche sulla nuova disciplina*, in *Rivista ODC*, n. 3/2019, 669.

ziativa, sin dall'origine configurata come unitaria (art. 13, comma 2), di più imprese appartenenti al medesimo gruppo che versano nelle condizioni indicate nell'art. 2, comma 1 (i.e., in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza); iniziativa che presumibilmente avrà come antecedente uno specifico accordo fra le imprese in questione o uno specifico atto di indirizzo della comune capogruppo e che consiste nel richiedere congiuntamente, al segretario generale della camera di commercio competente sulla base dei criteri enunciati nel comma 3 dell'art. 13, la nomina dell'esperto facilitatore di cui all'art. 2, comma 2; (b) l'impulso dei diversi esperti nominati a seguito delle domande spiegate all'origine separatamente da singole imprese del gruppo affinché la composizione negoziata si svolga in modo unitario per tutte le imprese richiedenti, o per una parte di esse, appositamente individuate (art. 13, comma 8), nel qual caso la composizione, iniziata in maniera "atomistica" dovrebbe proseguire con l'ausilio dell'esperto designato di comune accordo fra quelli in origine nominati o, in mancanza di accordo, dell'esperto nominato a seguito dell'istanza presentata per prima.

La seconda ipotesi appare sotto diversi aspetti più problematica e complessa: agli esperti separatamente nominati è infatti attribuito il potere di optare per la formula della conduzione unitaria della composizione negoziata, il che presuppone il preventivo accertamento da parte degli stessi (con quali modalità? Con quali risorse? Con quali strumenti istruttori?) di legami fra le imprese aspiranti alla composizione negoziata, tali da rendere scarsamente proficua la strada della composizione atomistica, che pure le imprese interessate, nell'esercizio della propria autonomia imprenditoriale, avevano valutato come coerente con le rispettive esigenze e con le peculiarità della specifica aggregazione di gruppo. Inoltre, il percorso (b) lascia intravedere in filigrana la possibile tara del conflitto fra i diversi esperti nominati, per la designazione di quello che dovrà assumere l'incarico della conduzione unitaria delle trattative, una volta divisatane l'opportunità; conflitto per il quale la legge prevede comunque un criterio di soluzione, identificato nella prevalenza dell'esperto nominato sulla base dell'istanza presentata per prima.

Tornando al percorso (a), sembra che l'esito della domanda congiuntamente presentata dalle diverse imprese del gruppo non possa che essere positivo, sul presupposto che abbia avuto esito positivo la verifica, da parte del segretario generale della Camera di commercio, della sussistenza sia del requisito soggettivo, attinente alla condizione in cui versano le imprese, sia del requisito oggettivo, attinente alla esistenza fra le imprese interessate delle tipologie di collegamento richiamate nel comma 1, su cui si tornerà a breve (*infra*, par. 4). Altrimenti detto: il potere della Camera di commercio di opporre un diniego alla nomina dell'unico esperto sembra circoscritto alle ipotesi di carenza dei presupposti indicati rispettivamente nel comma 2 dell'art. 2 nel comma 1 dell'art. 13; in presenza di detti presupposti, sembra che la Camera di commercio non possa svolgere valutazioni discrezionali riguardo all'opportunità e alla convenienza della scelta del percorso unitario ovvero riguardo al perimetro delle imprese coinvolte, né nel senso di escluderne una o talune, né nel senso di coinvolgere *ex officio* nella composizione negoziata di gruppo imprese che non avevano sottoscritto l'istanza congiunta.

Quindi, a seguito della richiesta congiunta pervenuta alla Camera di commercio competente (sulla base dei criteri indicati nel comma 3 dell'art. 13, su cui si veda più avanti il par. 5), l'esperto facilitatore, unico per l'insieme delle imprese richiedenti, verrà nominato e comincerà a svolgere il suo compito – così come descritto nel comma 2 dell'art. 2 – in maniera unitaria per tutte le imprese del gruppo partecipanti all'iniziativa.

Potrebbe tuttavia succedere (art. 13, comma 6) che, nel corso della sua attività, l'esperto si renda conto di ciò, che la conduzione unitaria delle trattative è resa più difficile e gravosa dalla contestuale partecipazione di più imprese ovvero di troppe imprese; nel qual caso gli viene attribuito il potere di decidere che il negoziato con le controparti si svolga in maniera atomistica per ciascuna impresa del gruppo; così come può decidere (art. 13, comma 7) di invitare imprese del gruppo che non soddisfano il presupposto oggettivo indicato, in termini generali, nell'art. 2, comma 2, a partecipare alle trattative congiuntamente con le altre, che invece si trovano in

quelle particolari condizioni.

3 . I poteri attribuiti all'esperto facilitatore con riferimento alla composizione negoziata coinvolgente imprese di un medesimo gruppo

La scelta legislativa di attribuire ad un professionista, designato – sia pure da una pubblica autorità – su istanza di soggetti privati con il compito di facilitare un certo percorso negoziale diretto alla composizione della crisi il potere di modificare la composizione soggettiva di una delle parti del negoziato, in tal modo forzando o comunque alterando quella che era stata la scelta delle imprese interessate, effettuata nell'esercizio della loro autonomia d'impresa nonché, possibilmente, su indirizzo ed impulso della loro impresa capogruppo presta il fianco a non pochi dubbi e rilievi; rilievi che possono investire altresì, a ben vedere, il potere di segno opposto, ma di contenuto strutturalmente non dissimile, attribuito agli esperti plurimi, nominati disgiuntamente, di optare per la gestione unitaria della composizione negoziata ex art. 13, comma 8.

Si può anzitutto osservare, sia pure con la cautela imposta dalla circostanza che si tratta della primissima interpretazione di un testo normativo molto recente, che i poteri in tal modo assegnati all'esperto facilitatore sembrano avere un'estensione molto ampia (e contenuti non sempre chiaramente delineati), senza che ad essi sia, in termini espliciti, correlata alcuna responsabilità. In vero:

(i) per l'esercizio di detti poteri non sono previsti espressamente limiti di tempo;

(ii) l'esistenza di un obbligo di motivazione sembra potersi affermare, alla stregua del tenore testuale delle norme, soltanto nei casi disciplinati dal comma 6 (qui l'esperto dovrà allegare circostanze idonee a comprovare la gravosità eccessiva, dunque non proporzionata e disfunzionale rispetto all'obiettivo perseguito, della conduzione unitaria del negoziato per giustificare la propria decisione di passare, almeno per alcune imprese, ad una gestione atomistica del negoziato medesimo) e dal comma 8, mentre non sembra vincolato ad alcun obbligo di motivazione, né agganciato ad alcuna circostanza o presupposto oggettivo il potere di "invito" di cui al comma 7, che – se esercitato con successo – ha l'effetto di coinvolgere nei negoziati imprese *in bonis*;

(iii) sembra che il potere previsto dal comma 6 dell'art. 13 (così come quello previsto dal comma 8) non generi alcuna possibilità di contestazione da parte delle imprese investite dalle scelte discrezionali dell'esperto: il che appare singolare, tanto più se si considera che dette imprese potrebbero essere (art. 13, comma 1) sottoposte al potere di direzione e coordinamento di un'altra impresa o ente e che non sembra esservi ragione di ritenere che il potere di direzione e coordinamento del soggetto posto al vertice del gruppo ceda e venga meno a fronte del potere dell'esperto, quasi che il suo compito di facilitatore nella gestione della composizione negoziata della crisi giustificasse altresì il suo subentro nel ruolo che fisiologicamente spetta all'impresa o all'ente capogruppo. Diversamente, nel caso previsto dal comma 7 dell'art. 13, sembra che le imprese *in bonis* che l'esperto vorrebbe coinvolgere nelle trattative, in quanto destinatarie di un mero invito, possano semplicemente declinarlo e rimanere così fuori del negoziato per la composizione della crisi (così come, per converso, potrebbero essere le imprese stesse a farsi avanti spontaneamente per essere coinvolte, senza che la loro iniziativa possa incontrare ostacoli nei poteri di conformazione delle parti del negoziato attribuiti all'esperto);

(iv) nulla si dice, poi, riguardo alla possibilità di interazioni ed interferenze tra l'esercizio, da parte del facilitatore, dei poteri che gli sono attribuiti e gli interessi ed i comportamenti di soggetti partecipi delle trattative in qualità di controparti dell'imprenditore, in particolare creditori, lavoratori ed altri stakeholders. In proposito, si può supporre legittima l'interlocuzione fra detti soggetti e l'esperto facilitatore, al quale gli stessi potrebbero fornire l'input o lo stimolo utile all'assunzione di determinate decisioni, per esempio in materia di coinvolgimento nelle trattative di imprese del gruppo ancora *in bonis*, oppure di passaggio dalla conduzione unitaria dei

negoziati a quella atomistica nel caso in cui la prima risulti troppo complessa e costosa, in una parola disfunzionale rispetto all'obiettivo. Più difficile sembra invece ricostruire nel silenzio del dato positivo, un potere di contestazione formale, da parte degli stakeholders coinvolti nella composizione negoziata della crisi dell'impresa, delle decisioni discrezionalmente adottate dall'esperto in particolare ai sensi dell'art. 13, comma 6 (ovvero dell'art. 13, comma 8):

(v) non viene chiarito se, nel caso disciplinato dal comma 6 dell'art. 13 (decisione dell'esperto di convertire, totalmente o parzialmente, la gestione unitaria in gestione atomistica delle trattative), l'esperto debba rimandare le imprese alla Camera di commercio, affinché presentino istanza per la nomina di ulteriori esperti, oppure possa mantenere comunque il ruolo in capo a sé stesso, anche con riferimento alle imprese che, sulla base della sua decisione, vengono poste al di fuori della composizione negoziata unitaria. Nel silenzio della norma positiva, il dubbio ha una sua ragion d'essere, anche perché la prima soluzione (rinvio delle imprese alla Camera di commercio per la designazione di ulteriori esperti) comporterebbe probabilmente l'inconveniente di un aggravio di tempo aggiuntivo a carico delle imprese interessate; tuttavia, dalla disciplina complessiva della composizione negoziata della crisi dei gruppi (ed in particolare dal comma 8 dell'art. 13) sembra potersi inferire che la previsione di un esperto facilitatore unico per più imprese dello stesso gruppo sviene considerata coerente con, e perciò si giustifica in ragione dell'opzione per la conduzione unitaria delle trattative; il che lascia pensare che si debba procedere in senso opposto (i.e., alla nomina di più esperti) nel caso in cui si intenda realizzare il percorso opposto.

Il lettore vorrà perdonare il carattere sintetico e talora apodittico dei rilievi che precedono, giustificabile solo in considerazione dell'esigenza di tempestività di questo primissimo commento della nuova disciplina; e vorrà convenire sul punto che detti rilievi toccano uno dei punti nevralgici (forse il più complesso ed il meno limpido) della disciplina nel suo insieme, e cioè il corretto inquadramento giuridico della figura dell'esperto e del suo ruolo, su cui si può prevedere che il dibattito, appena aperto, duri ancora a lungo, andando ben al di là della tematica dei gruppi e dunque dei limiti contenutistici del presente commento.

4. I presupposti (a) oggettivo e (b) soggettivo della composizione negoziata delle crisi di gruppo. Il principio della trasparenza dei legami di gruppo

(a) Del presupposto oggettivo della composizione negoziata di gruppo si è già detto: la disciplina postula che ciascuna delle imprese istanti per la nomina di un unico esperto, ai fini della conduzione unitaria delle trattative (ai sensi del comma 2 dell'art. 13), o di più esperti, nel caso di opzione per la composizione atomistica ai sensi del comma 8, versi nelle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, descritte nel comma 1 dell'art. 2.

Di più non si dirà in questa sede sulle caratteristiche specifiche di tali situazioni di squilibrio, che sono oggetto di un apposito commento.

Vale invece la pena richiamare la statuizione (contenuta nel già menzionato comma 7 dell'art. 13) secondo la quale, nel caso dei gruppi di imprese, la sussistenza del presupposto oggettivo delineato nel comma 1 dell'art. 2 è presupposto per l'accoglimento dell'istanza di nomina dell'esperto, ma non costituisce requisito imprescindibile per l'ingresso nella composizione negoziata e per la partecipazione alle trattative: altrimenti detto, occorre che il presupposto ricorra in capo alla o alle imprese istanti (saranno contestualmente più di una in caso di istanza per la composizione unitaria di gruppo), ma potrebbe mancare in capo a una o più imprese, che sono chiamate (dalle altre del gruppo o dallo stesso esperto) a partecipare alla vicenda nella loro specifica qualità di imprese *in bonis* e con la finalità, verosimilmente, di offrire supporto operativo, finanziario o anche di semplice *patronage* alle trattative intraprese o che si vanno ad intraprendere.

Ora, è noto a chiunque abbia un po' di dimestichezza con le tematiche della crisi e dell'insolvenza dei gruppi (*rectius*, delle imprese facenti

parte di un gruppo) che uno dei nodi problematici risiede nella questione relativa all'ammissibilità, ed in tal caso ai limiti e alle condizioni, del coinvolgimento nelle relative procedure (di crisi o di insolvenza) delle imprese *in bonis* del gruppo: è infatti possibile che la crisi o l'insolvenza attacchino solo determinate articolazioni soggettive del gruppo e non si estenda ad altre; nel qual caso l'ipotesi della partecipazione delle imprese rimaste indenni alle procedure che investono le imprese "malate" del gruppo viene in generale considerata incompatibile con il principio della separatezza e reciproca autonomia dei patrimoni delle imprese facenti parte del gruppo, che ha come corollario l'impossibilità di estendere ad una qualsiasi altra società del gruppo i debiti che gravano su quella insolvente.

Va tuttavia osservato che la soluzione affermativa, in punto di coinvolgimento delle imprese in bonis del gruppo, se appare discutibile nel caso delle procedure concorsuali in senso tecnico, dirette all'attuazione della garanzia patrimoniale dell'impresa debitrice in stato di insolvenza, solleva difficoltà teoriche molto minori in un caso, come quello della composizione negoziata, in cui il perno della vicenda è costituito dallo svolgimento, secondo buona fede, trasparenza e correttezza (art. 4, commi 4, 5, 6, 7), di trattative mirate alla ricerca di una soluzione negoziale della crisi.

Trattandosi di una vicenda che si dipana sul terreno dell'autonomia contrattuale e dell'autonomia d'impresa, sia pure assistita dall'intermediazione pubblica nella nomina dell'esperto e accompagnata da alcuni interventi dell'autorità giudiziaria, la previsione di limiti alla partecipazione di altre imprese del gruppo (diverse da quelle in condizione di squilibrio) sarebbe disfunzionale rispetto all'esigenza di massimizzare lo sforzo negoziale complessivo, con l'obiettivo di conseguire, quanto prima possibile, una soluzione condivisa della crisi (o del pericolo di crisi o di insolvenza) che ha investito alcune articolazioni del gruppo.

La soluzione in proposito adottata dall'art. 13, comma 7, della legge in esame merita quindi, a nostro avviso, di essere valutata favorevolmente.

(b) quanto al presupposto soggettivo, la disciplina dell'art. 13 si rivolge ai titolari di imprese commerciali e agricole (cfr. art. 2, comma 1) che siano reciprocamente avvinte da legami tali da configurarle come un "gruppo di imprese".

La definizione del gruppo di imprese dettata dal comma 1 dell'art. 13 ricalca in maniera pedissequa quella enunciata nell'art. 2, lettera h), d.lgs. n. 14/2019; questa, a sua volta, si ispira molto da vicino alla nozione di gruppo implicitamente accolta dal codice civile (artt. 2497 e seguenti) nel testo novellato dalla riforma organica del diritto societario (d. lgs. n. 6/2003). Anche in questo caso si può quindi osservare che la disciplina in esame intende affermare una linea di continuità con le scelte definitive già adottate, sul medesimo terreno della disciplina delle crisi d'impresa, dal c.c.i. e motivate da una valutazione di preferenza per soluzioni normative che evitino il proliferare incontrollato di nozioni di gruppo di imprese di volta in volta diverse, nella misura in cui la sostanza del fenomeno economico considerato non richieda una siffatta diversificazione delle definizioni.

Il gruppo di imprese rilevante ai fini dell'art. 13 del nostro decreto presenta, dunque, le seguenti caratteristiche:

- non include mai lo Stato o gli enti territoriali, che restano fuori del perimetro del gruppo;

- l'elemento essenziale ed indefettibile che collega l'una all'altra le *legal entities* che compongono il gruppo è dato dall'attività di direzione e coordinamento, la quale può far capo ad una società, ad un ente (diverso, ovviamente, dallo Stato e dagli enti territoriali) o ad una persona fisica;

- soggetti passivi della direzione e coordinamento esercitata dal soggetto capogruppo possono essere imprese o enti (ancora una volta diversi dallo Stato e dagli enti territoriali);

- sono contemplati sia il modello del gruppo verticale fondato sul controllo sia quello del gruppo fondato su vincoli contrattuali, ivi incluso il modello del gruppo paritetico fra imprese cooperative;

- l'attività di direzione e coordinamento, anche qui in linea con la scelta già operata nel c.c. e nel c.c.i., non viene definita nei suoi contenuti; viene tuttavia agevolato l'accertamento della sua esistenza sulla base dei criteri presuntivi indicati nelle lettere a) e b) del comma 1 dell'art. 13. Alla stregua di detti criteri l'attività di direzione e coordinamento si presume, salvo pro-

va contraria esercitata dall'ente o dalla società tenuti alla redazione del bilancio consolidato di gruppo, nonché dalla società o ente a cui fa capo il controllo, diretto o indiretto, anche nel caso in cui il controllo sia esercitato congiuntamente da due o più società o enti;

- le imprese del gruppo hanno tutte la propria sede legale nel territorio dello Stato.

Riguardo all'ultimo punto, la scelta a suo tempo compiuta dal d.lgs. n. 14/2019 e qui testualmente richiamata, se è probabilmente di dubbia giustificazione e perciò meritevole di essere ripensata con riferimento alle procedure concorsuali ivi disciplinate, appare ancor più discutibile con riferimento alla composizione negoziata per la soluzione della crisi. Andrebbe al riguardo quanto meno ammesso che imprese del gruppo aventi la propria sede legale all'estero possano associarsi alle consorelle aventi la sede legale nel territorio italiano nell'istanza per la nomina di un unico esperto, sì da favorire l'avvio di un negoziato unitario di gruppo con le controparti rilevanti.

Ampliamente ricalcata sulle soluzioni adottate del c.c.i.i. ed in particolare ispirata al principio, ormai generalmente accolto, della necessaria trasparenza dei legami di gruppo, appare infine la regola (art. 13, comma 4) onde è imposto alle imprese del gruppo di inserire nella piattaforma istituita ex art. 3, oltre alla documentazione richiesta dall'art. 5, comma 3, (i) una relazione che fornisca informazioni analitiche in merito all'architettura partecipativa e contrattuale del gruppo, (ii) l'indicazione relativa al registro o ai registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità prescritta dall'art. 2497-bis, ed infine (iii) il bilancio consolidato del gruppo in questione, se disponibile.

5. I criteri di individuazione della camera di commercio presso la quale depositare l'istanza unitaria di composizione negoziata e del tribunale competente a vagliare le istanze relative a misure protettive e cautelari relative a imprese del gruppo

Il terzo comma dell'art. 13 dispone che l'istanza unitaria di composizione negoziata che coinvolge più società del gruppo dev'essere *"presentata alla camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato ove è iscritta la società o l'ente, con sede nel territorio dello Stato, che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, l'impresa con sede nel territorio dello Stato che presenta la maggiore esposizione debitoria, costituita dalla voce D del passivo nello stato patrimoniale prevista dall'articolo 2424 del codice civile in base all'ultimo bilancio approvato ed inserito nella piattaforma telematica ai sensi del comma 4"*.

Identica scansione è riproposta nel quinto comma dell'art. 13 al fine di determinare il tribunale competente per la concessione delle misure protettive e cautelari di cui agli artt. 6 e 7 dello stesso Decreto: anche in questo caso si fa riferimento innanzi tutto alla circoscrizione giudiziaria in cui ha sede l'ente che dirige e coordina le altre società in crisi e, in difetto dell'indicazione pubblicitaria di cui all'art. 2497-bis c.c., a quella dell'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria.

In questa seconda disposizione il fuoco della norma è posto sul dato sostanziale della sede reale di cui all'art. 9 l.f. e non sul dato formale della iscrizione, cui fa invece riferimento il terzo comma; con un conseguente potenziale disallineamento tra la camera di commercio competente alla nomina dell'esperto chiamato a gestire la trattativa unitaria e il tribunale competente a confermare le misure protettive e cautelari⁴.

4. Disallineamento che, peraltro, è destinato a riproporsi ogni qualvolta i due ambiti di riferimento non coincidessero, essendo ricomprese più circoscrizioni giudiziarie all'interno dell'ambito territoriale di una medesima camera di commercio (o viceversa). E anche al di fuori delle realtà di gruppo, posto che la nomina dell'esperto va sempre richiesta al segretario generale della camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa (art. 2, co. 1), mentre l'istanza di conferma delle misure protettive va proposta innanzi al tribunale competente ai sensi

Sul punto è immediata l'assonanza con i criteri previsti dall'art. 286, comma 1, c.c.i., ai fini della individuazione del tribunale competente per la presentazione con unico ricorso della domanda di accesso alla procedura di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di concordato preventivo di gruppo, sia essa fondata su un piano unitario o su piani reciprocamente collegati e interferenti: anche per tali procedure unitarie la domanda andrà proposta al *"tribunale individuato ai sensi dell'articolo 27 in relazione al centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, dell'impresa che presenta la maggiore esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato"*⁵.

Assonanza, ma non piena coincidenza: non soltanto per la più puntuale definizione di maggior esposizione debitoria, che potrà costituire un punto di riferimento anche per il Codice della crisi, ma altresì per la non necessaria coincidenza tra la sede principale di cui all'art. 9 l.fall., identificata presuntivamente con quella legale, e il centro degli interessi principali (c.d. COMI) della capogruppo o della società più esposta. Il D.L. 118 non opera inoltre distinzioni in relazione alle dimensioni del gruppo coinvolto nella composizione negoziata unitaria; i criteri indicati sono dunque destinati a trovare applicazione anche in ipotesi di gruppi di imprese di rilevante dimensione, per il quali il Codice della crisi contempla invece una (opportuna) attrazione della competenza presso *"il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n.168"*⁶.

Al pari del criterio di cui all'art. 286, comma 1, c.c.i., anche quello indicato dal terzo e quinto comma dell'art. 13 è destinato a trovare applicazione nell'ipotesi in cui il gruppo presenti imprese, rispettivamente, iscritte presso diverse camere di commercio (comma 3, ai fini del deposito dell'istanza unitaria di composizione negoziata) o con sedi in circoscrizioni giudiziarie diverse (comma 5, ai fini della proposizione della domanda di misure protettive e cautelari). In tali casi il riferimento a criteri oggettivi e predeterminati – quale la sede dell'ente che, in base alla pubblicità di cui all'articolo 2497-bis c.c., esercita l'attività di direzione e coordinamento o, in via subordinata, della società che presenta la maggiore esposizione debitoria – mira a limitare i rischi di *forum shopping* e connessi abusi, ai quali si potrebbe prestare il diverso criterio temporale, peraltro accolto in altri importanti ordinamenti che radicano invece la competenza nel luogo di presentazione della prima domanda da parte di una delle imprese del gruppo⁷.

dell'articolo 9 l.fall. (art. 7, co. 1).

5. Così l'art. 286, primo comma, c.c.i., Nozione di COMI è rilevante, nell'ambito del Codice della crisi, ai fini della giurisdizione (art. 26), e della competenza (art. 27). La definizione generale del "centro degli interessi principali del debitore" (COMI) è individuata, come noto, nell'art. 2, lett. m), c.c.i., nel "luogo in cui il debitore gestisce i suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi". Per le persone giuridiche e gli enti il centro degli interessi principali del debitore si presume coincidere "con la sede legale risultante dal registro delle imprese o, in mancanza, con la sede effettiva dell'attività abituale" (art. 27, comma 3, lett. c), c.c.i.)

6. Così l'art. 27 c.c.i., ove si precisa che "il tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese è individuato a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali". La nozione di gruppo di rilevante dimensione è contenuta nell'art. 2 comma 1, lett. i), c.c.i.), ai sensi del quale si intendono per tali "i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013". In base alla norma richiamata, la soglia di riferimento è rappresentata da un fatturato, su base consolidata, di quaranta milioni di euro; si tratta dunque di realtà che, sul piano economico, sono riconducibili nell'alveo della media impresa (anzi, per quanto attiene alle singole imprese del gruppo, finanche delle PMI).

7. Il criterio di priorità temporale (c.d. *Prioritätprinzip*) è previsto nell'ordinamento tedesco (§ 3a dell'*Insolvenzordnung*) ai fini dell'individuazione del *Gruppen-Gerichtsstand* e trova riscontro anche nel § 1408 nell'*US Code*. E v. altresì in Francia la novella dell'art. L. 621-2 del *code de commerce*, operata dalla legge n. 2005-845 del 26 giugno 2005, richiamato dall'art. L. 641-1 per le crisi dei gruppi. La scelta del legislatore italiano si colloca invece nel solco della previsione contenuta nell'art. 25.4 della *Ley concursal* spagnola, che radica la competenza della *concurso conexos* pres-

Il criterio principale potrà trovare applicazione solo in ipotesi di un coinvolgimento diretto della capogruppo nel percorso di composizione negoziata, che a sua volta presuppone la configurabilità anche nei suoi confronti del presupposto oggettivo della composizione negoziata. Va peraltro osservato, da un lato, che la dilatazione in funzione anticipatoria di tale presupposto – il cui ventaglio spazia dalla mera “probabilità di crisi” sino alla insolvenza, purché reversibile – determina un ampliamento del perimetro delle società del gruppo suscettibili di essere coinvolte nel percorso unitario di ristrutturazione, a cominciare dalla holding; dall'altro, che l'eventuale successivo coinvolgimento della capogruppo *in bonis* nelle trattative, che può aver luogo su invito dell'esperto in forza della previsione di cui al settimo comma dell'art. 13, non avrebbe naturalmente alcuna incidenza sulle già radicate competenze.

La lettera della norma sembrerebbe tuttavia lasciare spazio all'applicazione del criterio sussidiario, basato sulla sede della società con la maggiore esposizione debitoria, anche nelle ipotesi in cui, pur essendo coinvolta *ab initio* la società posta al vertice del gruppo, tale posizione e la speculare soggezione a direzione e coordinamento delle controllate non abbia l'evidenza pubblicitaria richiesta – *rectius*, imposta – dall'art. 2497 *bis* c.c. Si tratta di una conclusione che non sembra peraltro automatica, ove si consideri la presunzione postulata dall'art. 2497 *sexies* c.c. e reiterata dalla nozione di gruppo enunciata dal comma iniziale della norma in esame (v. *supra*, al par. 4). Di dubbia efficienza si rivelerebbe, d'altro canto, una regola che, per quanto in via suppletiva, finirebbe per ricollegare ad un inadempimento degli obblighi pubblicitari una maggior discrezionalità delle società del gruppo nel radicamento della competenza; tanto più ove si consideri – e questo pare il dato decisivo – che il criterio principale, segnatamente nella declinazione sostanzialistica di cui al quinto comma, mira evidentemente a conservare un nesso con il principale centro di interessi di un gruppo, la gestione della cui crisi – ad iniziare dalla scelta a monte della stessa istanza unitaria – rappresenta una peculiare forma di esercizio del potere di direzione e coordinamento della *holding* sulle società eterodirette⁸.

Queste considerazioni sembrano confermare il carattere meramente

subordinato del criterio alternativo, relegandone l'applicazione alle sole ipotesi in cui la capogruppo non presenti i presupposti richiesti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata. Al di fuori di tali situazioni, e della ancor più rara fattispecie del gruppo paritetico, le competenze in esame andranno pertanto individuate considerando l'ambito territoriale e la circoscrizione giudiziaria in cui ha sede l'ente che si colloca – dichiaratamente (art. 2497-*bis* c.c.) o presuntivamente (artt. 2497-*sexies* c.c. e 13, comma 1, D.L. 118) – al vertice del gruppo ed è, come tale, tenuto a coordinare la gestione unitaria del risanamento delle società eterodirette che condividano con il primo la situazione di crisi reversibile⁹.

Su un piano ancora distinto si pone la peculiare ipotesi nella quale l'esercizio della direzione e coordinamento sia riferibile a una persona fisica. Si tratta di una fattispecie che, come ricordato, viene ora espressamente contemplata dal decreto nel solco della corrispondente disposizione del Codice della crisi, con riferimento alla quale non trovano tuttavia applicazione né gli artt. 2497-*bis* e 2497-*sexies* c.c., né le presunzioni di cui alla parte finale del primo comma dell'art. 13 comma, parimenti riferite alle sole “società” od enti controllanti. In tal caso, la competenza andrà pertanto determinata accertando in concreto l'esercizio effettivo della eterodirezione: un onere probatorio agevole da assolvere, dati i tempi serrati imposti dalla crisi, ma al contempo eludibile qualora non si intenda coinvolgere *ab initio* nelle trattative la *holding* persona fisica¹⁰.

Va infine sottolineato che se la domanda unitaria di nomina dell'esperto può essere presentata soltanto dalle imprese del gruppo che hanno sede nel territorio dello Stato, non è però esclusa la partecipazione alle trattative di società straniere *in bonis*, ed eventualmente della stessa capogruppo, ai sensi della già esaminata previsione di cui al settimo comma dell'art. 13¹¹.

6. I finanziamenti infragruppo in corso di composizione negoziata

La permanenza dei poteri gestori in capo agli organi amministrativi delle società del gruppo durante il percorso della composizione negoziata vale a superare ogni dubbio in ordine al perdurante esercizio dell'attività di direzione e coordinamento da parte della società holding. La soluzione positiva prospettata in altra sede con riferimento al concordato preventivo¹² non può dunque che trovare conferma, e *a fortiori*, nel percorso stragiudiziale delle trattative, la cui conduzione unitaria ai sensi dell'art. 13 D.L. 118, sembra anzi *presupporre* di regola una perdurante attività di coordinamento delle entità del gruppo che vi partecipano ad opera della *holding*.

Qualora la crisi in cui versano alcune imprese del gruppo venga a trascinare in insolvenza (pur sempre reversibile, in quanto “esistono concrete prospettive di risanamento”), andranno considerati i vincoli funzionali posti dall'art. 9 del decreto, che impone di ispirare la gestione della società – e dunque anche la direzione e coordinamento sulla stessa da parte della capogruppo – al prevalente interesse dei creditori in caso di insolvenza. Anche in tale contesto – che potrebbe indubbiamente far assumere alla eterodirezione connotati diversi da quella esercitata nel gruppo in funzionamento fisiologico – la stessa disposizione da ultimo richiamata

so il tribunale nella cui giurisdizione si trova il COMI della capogruppo. Il criterio di priorità temporale è invece previsto dal Codice della crisi per la procedura unitaria di liquidazione giudiziale: e v. infatti l'art. 287, comma 4, ai sensi del quale “Se le diverse imprese del gruppo hanno il proprio centro degli interessi principali in circoscrizioni giudiziarie diverse, il tribunale competente è quello dinanzi al quale è stata depositata la prima domanda di liquidazione giudiziale”, trovando applicazione il criterio del COMI della capogruppo o della società più esposta soltanto in caso di presentazione contestuale della domanda di accesso alla procedura (“Qualora la domanda di accesso alla procedura sia presentata contemporaneamente da più imprese dello stesso gruppo, è competente il tribunale individuato ai sensi dell'articolo 27, in relazione al centro degli interessi principali della società o ente o persona fisica che, in base alla pubblicità prevista dall'articolo 2497-bis del codice civile, esercita l'attività di direzione e coordinamento oppure, in mancanza, dell'impresa che presenta la più elevata esposizione debitoria in base all'ultimo bilancio approvato”).

8. In argomento v. da ultimo N. Abriani, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, in *dirittodellacrisi.it*, 2021, 1, 6 ss. In generale, sulla sussistenza in capo alla *holding* del potere ad esercizio doveroso di dirigere e coordinare i percorsi di risanamento delle società eterodirette in crisi, v. M. Maugeri, *Gruppo insolvente e competenza territoriale*, in *Banca borsa, tit. cred.*, 2017, II, 227 ss.; M. Miola, *Attività di direzione e coordinamento e crisi d'impresa*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadesse, diretto da M. Campobasso-Cariello-Di Cataldo-Guerrera-Sciarrone Alibrandi, Torino, 2014, 2693 ss.; G. Scognamiglio, *I gruppi di imprese nel CCI: fra unità e pluralità*, in *Società*, 2019, 413 ss.; Ead., *La disciplina del gruppo societario in crisi o insolvente. Prime riflessioni a valle del recente disegno di legge delega per la riforma organica della legge fallimentare*, in Arato e Domenichini (a cura di), *Le proposte per una riforma della legge fallimentare. Un dibattito dedicato a Franco Bonelli*, Milano, 2017, 21 ss.; G. Fauceglia, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2019, 213 ss. In argomento, per un quadro di sintesi degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinali in materia di procedure di gruppo ante riforma – e un richiamo ai tuttora illuminanti insegnamenti di Bernardino Libonati (*Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981) – si rinvia a N. Abriani L. Panzani, *Crisi e insolvenza nei gruppi di società*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, Torino, 2016, II, p. 3001 ss. (spec. 3048 ss.).

9. Ed è appena il caso di osservare che la possibilità di superare la presunzione di direzione e coordinamento, postulata dalle norme sopra richiamate, è qui preclusa in radice dalla circostanza che la gestione unitaria delle trattative è opzione riservata ad imprese avvinte dal legame di gruppo.

10. Tale coinvolgimento rimarrebbe del resto precluso in radice, al pari della ipotesi di *holding* persona giuridica, qualora la capogruppo non versi nella situazione di crisi (o pre crisi) richiesta ai fini della composizione negoziata.

11. L. Panzani, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit., in *dirittodellacrisi.it*, 46, ove si richiama anche la disciplina del regolamento 848/2015 UE in materia di insolvenza transfrontaliera, che potrebbe assumere rilievo ove le trattative possano sfociare in una procedura che rientri nell'ambito della previsione dell'allegato A al regolamento.

12. N. Abriani, *Holding e continuità aziendale nelle procedure di regolazione della crisi dei gruppi*, cit.

ta conferma in capo al debitore il potere di esercitare atti di ordinaria e straordinaria amministrazione. La più ampia capacità operativa che tanto quest'ultima, quanto le società eterodirette conservano durante la composizione negoziata vale dunque a prevenire gran parte dei rischi di interferenza sull'esercizio dell'attività di direzione e coordinamento, che connotano invece inevitabilmente la procedura concordataria. In particolare, nella composizione negoziata non è dato registrare quei corollari limitativi – sebbene non necessariamente ostativi – che lo “spossessionamento attenuato” determina, sin dall'eventuale fase prenotativa, sulle operazioni di finanziamento e concessione di garanzie reali e personali, precludendo la fisiologica operatività della politica finanziaria del gruppo, che tipicamente compete alla holding.

La realizzazione di operazioni finanziarie tra società del gruppo non soltanto non è ostacolata dall'avvio della composizione negoziata, ma risulta in qualche misura assecondata dalla disciplina dettata dal Decreto. In questa prospettiva si iscrive innanzi tutto il nono comma dell'art. 13 che esenta espressamente dalla regola della postergazione legale di cui agli artt. 2497-*quinquies* e 2467 c.c. i crediti derivanti da “finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1, (...) sempre che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto ai sensi dell'articolo 9, comma 2, e che l'esperto, dopo avere segnalato che l'operazione può arrecare pregiudizio ai creditori, non abbia iscritto il proprio dissenso ai sensi dell'articolo 9, comma 4”.

La disposizione va raccordata alle previsioni contenute, rispettivamente, nell'art. 9 e nel primo comma, lett. c) dell'art. 10 del Decreto, che insieme completano la disciplina dei finanziamenti infragruppo realizzati nel corso della composizione negoziata.

La prima norma, richiamata dall'art. 13, richiede in termini generali che il compimento di atti di straordinaria amministrazione, tra i quali sono sussumibili i finanziamenti infragruppo, sia oggetto di informazione preventiva all'esperto; analogo obbligo è previsto “per l'esecuzione di pagamenti che non siano coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento” (art. 9, comma 2). In tali casi “l'esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo” (art. 9, comma 3); se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, “l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria” (art. 9, comma 4). Si deve dunque innanzi tutto constatare che, nel corso della composizione negoziata, ogni nuovo contratto di finanziamento infragruppo, al pari del rimborso di finanziamenti preesistenti (come ha cura di precisare, per i finanziamenti soci, il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, ricomprendendoli tra gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione), presuppone l'adempimento degli obblighi informativi da parte della società che intenda acquisire il finanziamento o procedere al rimborso, così da permettere il doveroso preventivo scrutinio da parte dell'esperto e le eventuali segnalazioni ed iscrizioni del dissenso ad opera di quest'ultimo.

Se l'art. 9 costituisce dunque il piedistallo normativo dell'istituto in esame, su un piano ulteriore si colloca la previsione dettata dal primo comma, lett. c), dell'art. 10, ai sensi del quale il tribunale, “verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può (...) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di cui all'articolo 13 a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”.

Al riguardo sarebbe agevole stigmatizzare il tenore letterale piuttosto claudicante di una disposizione che, da un lato, fa genericamente riferimento ad ogni finanziamento che sia stato contratto “da una o più società appartenenti ad un gruppo” e, dall'altro riferisce la prededuzione ai “finanziamenti”; non meno agevolmente si può tuttavia pervenire a una lettura correttiva volta a indirizzare selettivamente la prededuzione in esame ai crediti derivanti da finanziamenti erogati in qualunque forma da altre so-

cietà appartenenti al medesimo gruppo di imprese¹³.

Di là da tale rilievo formale, va sottolineata la rilevanza della complessiva disciplina dei finanziamenti in corso di composizione negoziata, quale desumibile dalla lettura coordinata di questa disposizione con il nono comma dell'art. 13, in quanto viene ad offrire a operatori e interpreti una soluzione normativa alla delicata questione della qualificazione dei finanziamenti infragruppo strumentali a soluzioni della crisi diversi dall'approdo fallimentare (e, un domani, della liquidazione giudiziale)¹⁴.

Da tale complesso normativo si evince una sorta di tassonomia tripartita che vede collocarsi, in un ideale *climax* ascendente:

i) alla base, i finanziamenti infragruppo “*disincentivati*”, in quanto postergati in base alle regole generali dettate dal codice civile, che sarebbero destinate a trovare di regola applicazione per l'almeno tendenziale riconducibilità nell'alveo del presupposto oggettivo di cui al secondo comma dell'art. 2467 c.c. della situazione di crisi richiesta ai fini dell'avvio della composizione negoziata¹⁵;

ii) in una posizione intermedia, i finanziamenti infragruppo “*non disincentivati*”, di cui al nono comma dell'art. 13, svincolati da qualsiasi vaglio giudiziale e ricollegati alla convergenza di un requisito temporale – l'essN. ere stati eseguiti dopo l'istanza per la nomina dell'esperto – e del presupposto negativo della mancata iscrizione del dissenso alla stipulazione del contratto di finanziamento da parte dell'esperto;

iii) infine, al vertice, i finanziamenti infragruppo “*incentivati*” dalla prededuzione, che può essere riconosciuta in presenza dei più stringenti requisiti richiesti dal primo comma dell'art. 10 d.l., rappresentati dalla valutazione di convenienza e di funzionalità alla continuità d'impresa da parte del tribunale e dalla conseguente autorizzazione.

Nel rinviare al commento a quest'ultima disposizione per un approfondimento dei presupposti della prededuzione, ora richiamati, si deve qui ribadire come tali presupposti, da un lato, non siano meccanicamente trasponibili dalla dimensione atomistica della società monade al contesto molecolare del gruppo di imprese¹⁶ e, dall'altro, non risultino a livello operativo significativamente diversi da quelli richiesti dal nono comma dell'art. 13 ai fini dell'esenzione dalla postergazione. La linea di confine tra la funzionalità dell'operazione al “miglior soddisfacimento dei creditori” (che il giudice è chiamato ad accertare ai sensi dell'art. 10), e la diversa precondizione per cui la stessa non dovrebbe risultare a questi ultimi pregiudizievole (sottoposta al vaglio dell'esperto ai sensi dell'art. 13) si rivela invero labile e sfuggente; mentre, sotto altro versante, pare innegabile che l'obiettivo della preservazione della continuità aziendale costituisca un denominatore comune ad ogni operazione di sostegno finanziario infragruppo realizzato nel corso di un percorso, qual è la composizione negoziata unitaria di gruppo, che per definizione mira al superamento della situazione di crisi di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto, e dunque alla tutela o al ripristino della continuità aziendale, in una logica gestoria ispirata alla

13. È infatti evidente che le ipotesi in cui il finanziatore di una società del gruppo sia un socio o altro soggetto estraneo al gruppo ricadrebbero già nell'ambito di applicazione delle altre due lettere del primo comma dell'art. 10.

14. E v. già, per la segnalazione della rilevanza sistematica della disposizione in esame, N. Abriani L. Benedetti, *Il gruppo di imprese ha una sua trattativa ad hoc*, in *La crisi d'impresa*, a cura di Pollio, Milano, 2021, 133 ss. Per una prima attenta disamina della portata dell'art. 10 del decreto v. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex d.l. 118/2021*, su *www.dirittoellacrisi.it*, 12 ottobre 2021. Per un quadro completo delle diverse costruzioni interpretative elaborate in dottrina sul tema in esame si rinvia a L. Benedetti, *I finanziamenti dei soci e infragruppo*, cit., 79 ss.

15. Come si è avuto modo di osservare, il rapporto tra l'eccessivo squilibrio evocato dalla disciplina codicistica della postergazione e la “probabilità di crisi” meriterebbe un supplemento di attenzione, non trattandosi di nozioni coestensive; naturalmente, il presupposto dell'eccessivo squilibrio sarà più agevolmente postulabile in ipotesi di crisi già acclarata e di insolvenza: N. Abriani L. Benedetti, *op. loc. ult. cit.*; e v. ora, per un approfondimento, A. Dentamaro, *op. loc. ult. cit.*

16. Sui delicati problemi interpretativi che si pongono ai fini di un puntuale accertamento presupposti della funzionalità alla continuità aziendale e al miglior soddisfacimento dei creditori nel contesto del gruppo, v. ancora N. Abriani L. Benedetti, *op. loc. ult. cit.*

sostenibilità economico-finanziaria dell'attività dell'impresa coinvolte nella composizione negoziata¹⁷.

Alla luce di tali considerazioni, non pare azzardato pronosticare che le imprese coinvolte nel sostegno finanziario infragruppo saranno naturalmente sospinte a richiedere l'autorizzazione così da assurgere al rango della prededuzione, piuttosto che accontentarsi dell'esenzione dalla postergazione. Nel nuovo scenario è dunque prevedibile che l'ambito applicativo del penultimo comma dell'art. 13 rimanga relegato alle ipotesi nelle quali si intenda conservare il percorso di composizione negoziata di gruppo – e, al suo interno, l'operazione di finanziamento – entro una dimensione puramente stragiudiziale o, ancora, si intenda ridefinire il punto di equilibrio tra la posizione della società finanziata e quella che eroga il finanziamento, anche alla luce della diversa gravità della crisi e soprattutto degli esiti delle trattative in corso con gli altri creditori e con gli eventuali finanziatori esterni al gruppo¹⁸.

A quest'ultimo riguardo va ricordato che la nuova disciplina contempla espressamente la possibile partecipazione alle trattative delle "imprese partecipanti al gruppo che non si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 2, comma 1" (così il settimo comma dell'art. 13, sul quale v. *supra*, ai parr. 1 e 4): un coinvolgimento proattivo delle società *in bonis* ai fini del risanamento delle entità in crisi, in una logica unitaria corrispondente ai principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, che può aver luogo anche su invito dell'esperto ed è suscettibile di tradursi innanzi tutto in interventi di sostegno finanziario delle prime a beneficio delle seconde, tali da permettere la realizzazione di un piano unitario di risanamento non realizzabile dalle sole società in crisi attingendo alle loro sole risorse.

La ricordata "naturale" propensione a richiedere l'autorizzazione tribunizia ai fini della prededuzione, piuttosto che accontentarsi del rango chirografario, potrebbe risultare ulteriormente accentuata qualora il piano di risanamento di gruppo includa finanziamenti di società controllate a favore della capogruppo. Tali operazioni sono infatti certamente suscettibili di rientrare nel più ampio spettro applicativo di cui all'art. 10, comma 1, lett. c), laddove il nono comma dell'art. 13 fa riferimento ai soli finanziamenti "discendenti" effettuati dalla *holding* a favore delle società eterodirette od "orizzontali" tra queste ultime. In tale diversa formulazione si potrebbe annidare il rischio di una interpretazione *a contrario* che, anche in assenza dell'iscrizione del dissenso da parte dell'esperto, induca ad applicare comunque la regola postergazione legale ex art. 2497 *quinquies* c.c. al credito derivante dal finanziamento ascendente erogato alla capogruppo dalle controllate e al credito di rivalsa che maturerebbe in capo a queste ultime in ipotesi di escussione di garanzie accordate a favore della prima¹⁹.

7. I possibili esiti della composizione negoziata nei gruppi di imprese

Gli approdi finali della composizione negoziata che coinvolga più società appartenenti al medesimo gruppo sono indicati dall'ultimo comma dell'art. 13, ai sensi del quale "[a]l termine delle trattative, le imprese del gruppo possono stipulare, in via unitaria, uno dei contratti di cui all'articolo 11, comma 1, ovvero accedere separatamente alle soluzioni di cui all'articolo 11"²⁰.

La trattativa condotta unitariamente ai sensi dell'art. 13 può dunque porre le premesse per la stipulazione in termini unitari dell'accordo con uno o più creditori idoneo ad assicurare la continuità aziendale per almeno due anni, della convenzione di moratoria di cui all'art. 182-*octies*, l.fall. e dell'accordo che ha gli stessi effetti del piano attestato, ma senza necessità di attestazione. Non parrebbe tuttavia preclusa la predisposizione anche di un piano parimenti unitario di gruppo rafforzato dalla attestazione ai sensi all'articolo 67, terzo comma, lettera d), l.fall., ancorché tale strumento di risanamento sia richiamato nel terzo comma dell'art. 11. Da un lato, la legittimità di piani di risanamento attestati di gruppo è già oggi riconosciuta da dottrina e giurisprudenza: dall'altro, potrebbero essere gli stessi creditori delle società del gruppo – o di alcune di esse – a richiedere comunque un'attestazione ad opera di professionista scelto di comune accordo con il debitore e tale da riscuotere la loro piena fiducia (laddove l'esperto nominato in sede camerale potrebbe non presentare le medesime caratteristiche e soprattutto, analoga esperienza professionale nell'ambito delle attestazioni). Né si vede per quale ragione dovrebbe negarsi cittadinanza a questo ulteriore elemento di conforto in ordine alle prospettive di effettiva fattibilità del piano di risanamento, sia esso, come normalmente avverrà, unitario oppure riferito ad alcune soltanto delle società del gruppo che avevano partecipato alla composizione negoziata o erano state comunque coinvolte nelle trattative.

Una considerazione speculare può essere rivolta alla convenzione di moratoria, che il decreto prefigura quale possibile approdo unitario, ponendo così le premesse per la stipulazione di un unico accordo tra più società del gruppo, da una parte, e i loro rispettivi creditori, dall'altra, la cui idoneità a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi delle prime sarà oggetto di attestazione da parte dell'esperto in una relazione parimenti unitaria e che andrà comunicata ai creditori in posizione omogenea ai fini dell'estensione dei suoi effetti anche ai non aderenti. Se si introduce in tal modo una importante novità che realizza una significativa anticipazione della logica unitaria sottesa alla disciplina dei gruppi dettata dal Codice della crisi, non sembra potersi escludere la legittimità di separate convenzioni di moratoria per singole società eterodirette o per la stessa capogruppo: una diversa e più tradizionale opzione operativa che potrebbe essere suggerita dallo stesso attestatore in considerazione della maggior difficoltà di ricondurre ad omogeneità categorie di creditori di distinte società del gruppo e di attestare che il pregiudizio derivante dall'estensione degli effetti della convenzione risulti "proporzionato e coerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza in concreto perseguite".

A rimanere "necessariamente separato" – almeno sino all'entrata in vigore degli artt. 284 e ss. c.c.i. – è invece "l'accesso" alle procedure fallimentari e di concordato preventivo (liquidatorio o con continuità aziendale), nonché al nuovo istituto del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del decreto e agli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui agli artt. 182-bis ss. l.fall. A questo proposito merita di essere sottolineato come la nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione, quale delineata in particolare dagli artt. 182 *septies* e 182 *novies* l.fall., introdotti dal d.l. 118 e già in vigore²¹, offra agli operatori una pluralità di opzioni adattabili al grado di intensità delle crisi di ciascuna entità del gruppo. Così, si potrà stipulare, in parallelo, un accordo agevolato per situazioni meno gravi, anche al fine di presidiare le garanzie accordate a sostegno di altre imprese del gruppo in maggiore difficoltà, le quali potranno, a loro volta, indirizzarsi verso i nuovi accordi ad efficacia estesa anche nei confronti di creditori commerciali, oltre che bancari e finanziari, purché tra loro omogenei. E le potenzialità applicative di quest'ultimo strumento è ulteriormente rafforzata dal decreto in esame per le società che abbiano avviato la composizione negoziata: il secondo comma dell'art. 11 prevede infatti che, qualora la relazione finale dell'esperto dia atto della presenza delle condizioni necessarie per il raggiungimento dell'accordo, conseguite grazie all'effetto maieutico delle trattative, la percentuale di consensi

17. E v. l'art. 9, comma 1.

18. In particolare, i finanziatori esterni che potrebbero non tollerare una condivisione della prededuzione loro accordata dalla lett. a) del primo comma dell'art. 10.

19. Il rischio di un simile approdo interpretativo è tanto maggiore in considerazione dei sempre più diffusi dubbi sull'esattezza della tesi maggioritaria secondo la quale i finanziamenti ascendenti non sarebbero ricompresi nell'ambito di applicazione dell'art. 2497 *quinquies* c.c. e v., anche per riferimenti, L. Benedetti, *La disciplina dei finanziamenti up-stream della società eterodiretta alla capogruppo in situazione di difficoltà finanziaria*, in *Riv. soc.*, 2014, 747 ss.

20. Sui possibili esiti della composizione negoziata v. V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata, in diritto dell'acrisi.it*, cui *adde* ora L. Panzani, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in corso di pubblicazione in *Fallimento*, 2021, che ho potuto leggere per cortesia dell'A.

21. Sul tema, con riferimento alle corrispondenti norme del Codice della crisi ora anticipate dal D.L. 118, v. N. Abriani, *Gli accordi di ristrutturazione a efficacia estesa*, in *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e convenzioni di moratoria*, a cura di G. Ferri e D. Vattermoli, Pisa, 2021, 105 ss.

necessaria per rendere l'accordo vincolante anche per i creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria si riduca dal settantacinque al sessanta per cento.

Se l'approdo positivo più plausibile di trattative di gruppo è dunque un fascio di accordi di ristrutturazione – tra loro collegati e fondati su (e al contempo fondanti le premesse di) un piano unitario di risanamento – accordi non necessariamente identici tra loro per natura, portata ed effetti, lo stesso istituto, nelle variegate declinazioni consentite dalla nuova tassonomia introdotta dal decreto, potrebbe coesistere con strumenti più semplici, come il contratto con i creditori o l'accordo sottoscritto anche dall'esperto, di cui rispettivamente alle lett. a) e c) del primo comma dell'art. 11. Anche in questo caso, il carattere "unitario" dell'approdo, prefigurato in termini di possibilità dall'ultimo comma dell'art. 13, non sembra implicare necessariamente che tutte le società del gruppo coinvolte nella composizione negoziata debbano limitarsi a sottoscrivere uno dei due strumenti negoziali indicati, potendo alcune di esse ricorrere anche ad un accordo di ristrutturazione, ai sensi del secondo comma, o al "tradizionale" piano attestato ex art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., evocato dall'ultimo comma dello stesso art. 11.

Del resto, non può neppure escludersi che, per alcune delle società del gruppo risulti inevitabile la deriva liquidatoria. Se l'insussistenza *ab origine* del necessario presupposto della recuperabilità della continuità aziendale preclude la stessa partecipazione alla composizione negoziata di tali società, l'accertamento della sopravvenuta irreversibilità della crisi all'esito delle (e nonostante le) trattative condotte nella dimensione unitaria, potrebbe imporre una loro espunzione dal programma di risanamento, indirizzandole verso la soluzione liquidatoria. Una prospettiva, quest'ultima, che, come si è ricordato, vede ora affiancarsi al fallimento e al concordato liquidatorio "ordinario" il concordato liquidatorio semplificato di cui all'art. 18²².

Tanto nello scenario liquidatorio, quanto nella diversa (e auspicabile) prospettiva della continuità aziendale andrà comunque gestita con grande attenzione la fase intermedia che consegue alla chiusura della composizione negoziata. Va infatti considerato il venir meno delle eventuali misure protettive di cui le società del gruppo avevano beneficiato in pendenza della composizione negoziata e la riespansione degli obblighi di ricapitalizzazione, automaticamente sospesi a seguito della dichiarazione di cui all'art. 8 del decreto, con i connessi obblighi di gestione conservativa e la responsabilità aggravata di cui all'art. 2486 c.c. Di qui l'importanza della tempistica con il quale saranno presentate – oggi, per ciascuna società del gruppo interessata, un domani con l'istanza unitaria di cui agli artt. 284 ss c.c. – le eventuali domande di concessione dei termini per il deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione, entrambe idonee a ripristinare l'ombrello protettivo necessario per perfezionare il percorso di risanamento. E parimenti tempestiva dovrà essere l'eventuale predisposizione della proposta di concordato liquidatorio semplificato, che il decreto consente di presentare nel breve termine di sessanta giorni dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto.

Sullo sfondo si colloca il più ingombrante ed inquietante tra i "convitati di pietra" della nuova disciplina concorsuale, rappresentato dal limite massimo di durata della sospensione delle azioni esecutive, che la Direttiva 1023/2019 – e, in questo caso, in piena sintonia, il Codice della crisi – stabiliscono, come noto, in dodici mesi²³: un arco temporale tanto più angusto in contesti, come le trattative di gruppo di cui all'art. 13, che presentano una complessità tale da rendere problematico non soltanto il conseguimento di soluzioni nel semestre prefigurato di regola per la composizione negoziata, ma anche il perfezionamento del percorso di risanamento con strumenti più strutturati nei successivi sei mesi.

22. In termini generali si è osservato che la relazione finale dell'esperto può in talune ipotesi rappresentare il "bagno di realtà" che fa comprendere agli amministratori che rimane a disposizione della società da loro amministrata la sola soluzione liquidatoria (così L. Panzani, *Gli esiti*, cit.).

23. L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit., in *dirittodel-lacrisi.it*, 46, ove si richiama anche la disciplina del regolamento 848/2015 UE in materia di insolvenza transfrontaliera, che potrebbe assumere rilievo ove le trattative possano sfociare in una procedura che rientri nell'ambito della previsione dell'allegato A al regolamento.

Le “misure premiali” tributarie introdotte con il d.l. 24 agosto 2021, n. 118

di Gianluigi Bizioli, Ordinario di diritto tributario nell'Università degli studi di Bergamo

Lo scritto offre una riflessione ad ampio spettro sulla panoplia degli incentivi fiscali nel sistema della composizione negoziata.

Sommario:

1. Le nuove “misure premiali” contenute nell'articolo 14 del d.l. 24 agosto 2021, n. 118
 - 1.1. Gli interessi sui debiti tributari
 - 1.2. Le sanzioni tributarie
 - 1.3. Disposizioni premiali in materia di imposizione diretta e indiretta
2. Le agevolazioni fiscali alla luce dell'ordinamento italiano
3. Le agevolazioni fiscali quali possibili “aiuti di Stato”

1. Le nuove “misure premiali” contenute nell'articolo 14 del d.l. 24 agosto 2021, n. 118

La L. 21 ottobre 2021, n. 147, ha convertito il D.L. 24 agosto 2021, n. 118 (innanzi, “Decreto”), contenente “*misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*”. All'interno di tale disciplina, focalizzata sui metodi di composizione negoziata della crisi d'impresa, si rinvencono talune “misure premiali” di natura tributaria, che trovano applicazione nell'ambito delle procedure regolate dal Decreto. In particolare, l'art. 14 del Decreto interviene in materia di interessi sui debiti fiscali, in relazione al regime delle sanzioni, a taluni profili di imposizione diretta, indiretta e sulla rilevanza delle sopravvenienze attive e delle minusvalenze delle imprese a cui la procedura si applica.

1.1. Gli interessi sui debiti tributari

Il primo comma dell'art. 14 del Decreto prevede che “*dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e sino alla conclusione della composizione negoziata prevista dall'articolo 11, commi 1 e 2, gli interessi che maturano sui debiti tributari dell'imprenditore sono ridotti alla misura legale*”.

Salvo evidenziare l'ambito di applicazione di tale specifica disposizione (efficace dall'accettazione dell'incarico dell'esperto e fino alla conclusione della procedura di composizione della crisi), la misura premiale prevede che sui debiti tributari dell'imprenditore vengano applicati solo gli interessi legali (pari allo 0,01 per cento¹), in luogo di quelli fiscali (che possono superare, in certi casi, anche il 4 per cento).

Ne consegue che fino all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto trova applicazione la misura ordinaria degli interessi che si applica anche “*nel caso di successiva dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza*”².

Il successivo comma 3 prevede, inoltre, una riduzione della metà degli interessi derivanti dai debiti tributari sorti “prima del deposito dell'istanza” di nomina dell'esperto indipendente³ per la composizione della crisi. Più specificamente, gli interessi a tal fine rilevanti sono quelli riferiti ai debiti tributari oggetto della procedura di composizione della crisi conclusasi ai sensi dell'art. 11, commi 2 e 3, del Decreto: devono quindi escludersi dall'ambito di applicazione di tale agevolazione gli interessi riferiti ai debiti fiscali estranei a tale procedura.

In sintesi, il primo e il terzo comma dell'art. 14 del Decreto disciplinano alcune misure agevolative in materia di interessi sui debiti tributari: mentre il primo comma interviene sugli interessi che maturerebbero

dal momento dell'accettazione dell'incarico dell'esperto, il terzo comma disciplina quelli sorti prima del deposito della domanda, ma comunque oggetto della procedura di risoluzione della crisi. Si evidenzia, tuttavia, come non sia stata prevista un'apposita regolamentazione degli eventuali interessi dovuti nel periodo intercorrente tra il deposito della domanda (di cui al comma 3 dell'art. 14 del Decreto) e l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto (di cui al comma 1 del medesimo art. 14): in tal caso, quindi, troverà applicazione la disciplina ordinaria in materia di interessi applicabili ai debiti tributari.

1.2. Le sanzioni tributarie

Sotto un diverso profilo, la disciplina di cui all'art. 14 del Decreto interviene in merito alla debenza delle sanzioni tributarie nell'ambito di tali procedure di composizione della crisi. In particolare, il comma 2 dispone come le sanzioni tributarie, che possono essere liquidate in misura ridotta allorquando siano versate all'erario entro un dato termine dalla comunicazione dell'Ufficio che le irroga, vengono ridotte “alla misura minima” allorquando il termine per il pagamento scada *dopo* la presentazione dell'istanza di cui all'art. 2 del Decreto.

Tale misura premiale sembrerebbe, dunque, riferirsi alle ipotesi previste dall'articolo 17, comma 2, del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, in forza del quale “*è ammessa definizione agevolata con il pagamento di un importo, pari ad un terzo della sanzione irrogata e comunque non inferiore ad un terzo dei minimi edittali previsti per le violazioni più gravi relative a ciascun tributo, entro il termine previsto per la proposizione del ricorso*” avverso l'atto impositivo: una volta notificato tale atto, la società contribuente può, entro il termine di 60 giorni, liquidare le sole sanzioni nella misura pari a un terzo di quanto irrogato rinunciando alla loro impugnazione.

Ciò posto, alla luce dell'art. 14, comma 2, del Decreto, tale riduzione troverebbe applicazione laddove il termine per il pagamento agevolato delle sanzioni⁴ scadesse dopo la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto⁵, a prescindere dall'effettivo momento di liquidazione del dovuto.

Sempre in merito, si consideri come l'art. 14, comma 3, del Decreto dispone che le sanzioni, riferibili a debiti tributari sorti *prima* del deposito dell'istanza di cui all'art. 2 del Decreto e oggetto della procedura di composizione della crisi, siano ridotte della metà allorquando tale procedura si concluda ai sensi dell'articolo 11, commi 2 e 3, del Decreto.

Tale ultima ipotesi dovrebbe, pertanto, riferirsi ai casi di irrogazione delle sanzioni il cui termine per il pagamento nella loro misura ridotta scadesse anteriormente alla presentazione dell'istanza di cui all'art. 2 del Decreto. Nel caso inverso (allorquando il termine per il pagamento nella misura ridotta scadesse dopo la presentazione dell'istanza di cui all'art. 2

1. Cfr., Decreto del Ministero dell'Economia e delle Finanze del 11 dicembre 2020.

2. Art. 14, comma 6, del Decreto.

3. Vds. Art. 2 d.l. 118/2021.

4. Art. 17, comma 2, del D.Lgs. n. 472 del 1997.

5. Art. 2 del Decreto.

del Decreto), dovrebbe invece trovare applicazione il comma 2 dell'art. 14.

Anche in tal caso, laddove intervenisse la “*successiva dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza, (...) le sanzioni sono dovute senza le riduzioni*”⁶ sopra indicate.

1.3. Disposizioni premiali in materia di imposizione diretta e indiretta

L'art. 14, comma 4, del Decreto prevede inoltre che “*in caso di pubblicazione nel registro delle imprese del contratto di cui all'articolo 11, comma 1, lettera a) e dell'accordo di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c)* l'Agenzia delle entrate concede un piano di rateazione, “*fino ad un massimo di settantadue rate mensili*”, ai fini della liquidazione delle somme dovute e non versate in materia di imposte dirette, indirette e IRAP⁷ non ancora iscritte a ruolo⁸.

Per poter accedere a tale beneficio è necessario che la società interessata depositi presso l'Amministrazione finanziaria un'istanza di rateazione⁹, che deve essere sottoscritta dal soggetto di cui all'art. 2 del Decreto quale “*prova dell'esistenza della temporanea situazione di obiettiva difficoltà*” dell'impresa¹⁰. Il mancato pagamento anche di una sola delle rate (ovvero in caso di successivo deposito del ricorso alla procedura di concordato preventivo, di dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza) produce il venir meno tale misura premiale.

Sotto un diverso profilo afferente la determinazione della base imponibile ai fini delle imposte sui redditi, si osserva come l'art. 14, comma 5, del Decreto prevede che, una volta pubblicato nel Registro delle imprese il contratto con uno o più creditori o la convenzione di moratoria o l'accordo di ristrutturazione dei debiti (ex artt. 182-bis, 182-septies e 182-novies del R.D. 16 marzo 1942, n. 267), trovi applicazione l'articolo 88, comma 4-ter e l'articolo 101, comma 5, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (“TUIR”).

L'art. 88, comma 4-ter, del TUIR dispone l'irrelevanza (a determinate condizioni) delle sopravvenienze attive derivanti dalla “*riduzione dei debiti dell'impresa*” conseguenti a procedure “*di risanamento, di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato*”. Dunque, le differenze attive derivanti dalla procedura non concorrono alla formazione del reddito d'impresa del soggetto passivo.

Per quanto invece attiene all'articolo 101, comma 5, del TUIR, “*le perdite su crediti, diverse da quelle deducibili ai sensi del comma 3 dell'articolo 106, sono deducibili (...) in ogni caso (...) se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (...) o un piano attestato*”¹¹.

2. Le agevolazioni fiscali alla luce dell'ordinamento italiano

Quanto sopra brevemente esposto afferisce a talune disposizioni di fa-

vore (“misure premiali”), qualificabili come agevolazioni fiscali¹². Per comprendere la legittimità costituzionale di tali misure, deve essere indagato il loro fondamento costituzionale, stante la deroga al principio dell'egualianza (tributaria). In termini di effetti, infatti, le agevolazioni fiscali si pongono quale riduzione del *quantum* dell'obbligazione tributaria.

Più precisamente, secondo parte della dottrina, le agevolazioni fiscali¹³ – frequentemente – rappresentano degli incentivi assimilabili alle sovvenzioni in denaro¹⁴ che influiscono sulla pretesa impositiva. Pertanto, con il termine agevolazione si dovrebbe far riferimento a tutte quelle previsioni volte a ridurre l'imposizione fiscale ordinariamente applicabile; ovvero, a tutti quelli schemi semplificati di applicazione del tributo¹⁵, dettati da ragioni extrafiscali.

Quanto sopra consente di evidenziare come il requisito cardine delle agevolazioni fiscali¹⁶ sia il carattere derogatorio (e più favorevole) dell'istituto che viene introdotto rispetto alla disciplina ordinariamente applicabile.

Ciò posto, è rilevante evidenziare il rapporto tra tali misure di favore e la Carta costituzionale, dovendo l'azione del Legislatore tributario conformarsi a quest'ultima.

Nel merito, si osserva come – nel tempo – si sia discusso sull'opportunità che le disposizioni agevolative (in quanto derogatorie rispetto al dovere costituzionale di concorrere alla spesa pubblica) dovessero trovare giustificazione in una disposizione diversa rispetto all'art. 53, comma 1, della Costituzione.

Tuttavia, una parte della dottrina ha rivenuto proprio nell'art. 53 la giustificazione costituzionale delle agevolazioni fiscali: tali misure, infatti, sono costituzionalmente legittime solo nella misura in cui trovino applicazione in riferimento a fattispecie di ridotta capacità contributiva¹⁷.

Tutto ciò detto, le “misure premiali” descritte *supra* sarebbero coerenti con la Carta costituzionale, sia nella prospettiva di favorire un preciso interesse costituzionale, quello dell'iniziativa economica privata (art. 42 della Costituzione), sia nell'ottica di una diminuita capacità contributiva rinvenibile in capo alle imprese “in crisi”.

3. Le agevolazioni fiscali quali possibili “aiuti di Stato”

Sotto un diverso profilo, le misure fiscali agevolate nazionali possono trovare dei limiti nella disciplina unionale.

Nell'ambito dell'Unione europea, infatti, le misure di favore vengono qualificate – salvo le precisazioni che verranno svolte – come possibili forme di “aiuti di Stato”, vietate dagli articoli 107 ss del TFUE.

Al fine di valutarne la compatibilità con l'ordinamento dell'Unione Europea (“UE”), è – pertanto – necessario verificare se le misure nazionali possano in concreto alterare la libera concorrenza garantita in seno all'Unione:

6. Art. 14, comma 6, del Decreto.

7. Più specificamente, tale agevolazione trova applicazione in riferimento alle “*imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta, imposta sul valore aggiunto e imposta regionale sulle attività produttive non ancora iscritte a ruolo, e relativi accessori*” (art. 14, comma 4, del Decreto).

8. Trattasi, pertanto, dei tributi la cui debenza è stata accertata dall'Amministrazione finanziaria con atti non ancora divenuti definitivi e quindi soggetti a possibili impugnazioni.

9. Come anche ricordato nell'articolo 14, comma 4 cit., trovano applicazione – in quanto compatibili – le disposizioni dell'articolo 19 d.p.r. 29 settembre 1973, n. 602 a cui si rinvia.

10. Art. 14, comma 4, del Decreto.

11. La disposizione prosegue disponendo che “*ai fini del presente comma, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data (...) del decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione (...). Gli elementi certi e precisi sussistono in ogni caso quando il credito sia di modesta entità e sia decorso un periodo di sei mesi dalla scadenza di pagamento del credito stesso*”.

12. Senza presunzione di esaustività, si evidenzia come le agevolazioni fiscali possa essere classificate a seconda che determinino una riduzione totale o parziale del tributo dovuto; oppure, che modifichino l'aliquota applicabile ovvero la base imponibile. Parimenti, sono qualificate in tal modo tutte quelle misure che differiscono nel tempo gli obblighi tributari ovvero riconoscono sgravi di imposte la cui pretesa è divenuta definitiva.

13. Per un'analisi più approfondita si rinvia a M. Basilavecchia, *Agevolazioni, esenzioni ed esclusioni (diritto tributario)*, cit., p. 48 ss; P. Coppola, *Il fisco come leva ed acceleratore delle politiche di sviluppo*, Padova, 2016, p. 113 ss.

14. In tal senso, S. La Rosa, *Le agevolazioni tributarie*, in (diretto da) A. Amatucci, *Trattato di diritto tributario*, Padova, 1994, p. 403 ss.

15. R. Zennaro, *Tipi agevolativi e problemi procedurali*, in F. Moschetti e R. Zennaro, *Agevolazioni fiscali*, in *Digesto*, Dis. priv., sez. comm., 1987.

16. Quanto agli studi della dottrina tradizionale in merito ai requisiti minimi per identificare una “agevolazione”, si rinvia a F. Fichera, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, Cedam, 1992, p. 32 ss., il quale ha valorizzato gli elementi strutturali di tali disposizioni di favore; S. La Rosa, *Le agevolazioni tributarie*, cit., p. 414, che – diversamente – ha posto l'accento sulla funzione svolta dalle agevolazioni.

17. In tal senso, F. Moschetti, *Profili generali*, in (a cura di) F. Moschetti, *La capacità contributiva*, Padova, 1993, p. 42 ss.

sono, perciò, incompatibili con il diritto UE tutte quelle misure nazionali che favoriscono specifici settori economici a discapito degli altri, senza che sussista una valida ragione compatibile con gli obiettivi perseguiti dall'UE.

Sebbene piuttosto generico, la posizione della Corte di Giustizia UE prevede che “[l]a qualificazione di una misura fiscale nazionale come «selettiva» presuppone, in un primo momento, l'identificazione e il previo esame del regime tributario comune o «normale» applicabile nello Stato membro interessato. Successivamente, si deve valutare e accertare, a fronte di tale regime tributario ordinario o «normale», l'eventuale selettività del vantaggio concesso dalla misura fiscale considerata dimostrando che quest'ultima deroga a tale regime ordinario, in quanto introduce differenziazioni tra operatori che si trovano, sotto il profilo dell'obiettivo perseguito dal sistema tributario di tale Stato membro, in una situazione fattuale e giuridica analoga¹⁸.

In questo senso, la selettività materiale di una misura nazionale deve essere valutata in ragione della deroga rispetto al trattamento ordinario (o normale), che presuppone altresì la similarità delle situazioni considerate, e l'assenza di alcuna giustificazione che legittimi il differente trattamento.

Ebbene, quanto sopra brevemente esposto consente di formulare alcune riflessioni in merito alla conformità, rispetto all'ordinamento UE, delle misure premiali introdotte con il Decreto.

In primo luogo, si deve rilevare che la situazione di un'impresa “in crisi” non può essere equiparata a quella di una in gestione ordinaria. La prima, infatti, soffre di una carenza di liquidità che ne mette in dubbio la sussistenza stessa. Si consideri che tali nuove misure difficilmente potranno avere l'effetto di “rafforzare” alcune imprese a discapito di altre: infatti, le prime si trovano in uno stato di crisi economica e conseguentemente l'intervento agevolativo (comunque marginale, non intervenendo sul regime impositivo *tout court*) dovrebbe risultare inadatto ad alterare la libera concorrenza all'interno dell'UE.

In secondo luogo, si consideri la natura delle misure premiali: il regime agevolativo derogatorio coinvolge soprattutto la disciplina sanzionatoria e degli interessi derivanti da debiti tributari, ampliando inoltre l'applicazione di talune disposizioni di carattere generale già previste per le imprese in crisi anche alle ipotesi trattate nel Decreto. Le uniche deroghe che vengono introdotte non attengono al regime impositivo applicabile, bensì ad alcuni aspetti accessori all'imposizione e come tali – forse – non idonee ad alterare la concorrenza.

Inoltre, si evidenzia come le misure ivi previste siano accessibili a tutte le società che, avendo i requisiti previsti dal Decreto, ne facciano richiesta: la misura di favore non pare – pertanto – determinare un trattamento “selettivo” (tra imprese che si trovano nelle medesime condizioni) rilevante a tali fini.

Infine, un ulteriore profilo afferisce alla proporzionalità e coerenza delle misure premiali di cui trattasi: trattandosi di agevolazioni afferenti il piano sanzionatorio, gli interessi sui debiti tributari, la riscossione e la rilevanza fiscale di alcuni elementi del reddito, è possibile concludere che sussistano i requisiti della “proporzionalità” e della “coerenza”, necessari a rendere la misura compatibile con l'ordinamento UE. Infatti, non solo non comporta uno stravolgimento del regime fiscale tradizionalmente applicabile, ma le misure premiali appaiono coerenti rispetto all'ordinamento italiano e ai suoi principi costituzionali sopra analizzati.

18. Corte di Giustizia UE, sentenza 8 settembre 2011, cause riunite da C-78/08 a C-80/08, *Ministero dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate contro Paint Graphos Soc. coop. arl (C-78/08), Adige Carni Soc. coop. arl, in liquidazione contro Agenzia delle Entrate e Ministero dell'Economia e delle Finanze (C-79/08) e Ministero delle Finanze contro Michele Franchetto (C-80/08)*, in Racc. I-7611, para. 49.

I compensi dell'esperto negoziatore

di Pierpaolo Lanni, Giudice nel Tribunale di Verona

L'autore propone un *focus* ragionato sulla tematica dei compensi dell'esperto, sulle regole e sui criteri adottati nel contesto del neonato sistema.

Sommario:

1. Introduzione
2. Il criterio base per la determinazione del compenso dell'esperto
3. Gli aumenti e le riduzioni del compenso dell'esperto
4. Il compenso dell'esperto nella composizione negoziata del gruppo di imprese e delle imprese sotto soglia
5. Il rimborso delle spese e l'acconto dell'esperto
6. Gli aspetti critici della disciplina sul compenso dell'esperto
7. La determinazione convenzionale e giudiziale del compenso dell'esperto
8. La prededuzione del compenso dell'esperto
9. I compensi degli ausiliari previsti dagli artt. 7 e 18
10. I compensi dei professionisti che assistono l'imprenditore nella fase di composizione negoziata della crisi

1. Introduzione

Il D.L. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge 21 ottobre 2021, n. 147, si caratterizza per un'articolata disciplina del compenso dell'esperto (art. 16), mentre non detta alcuna regola riguardo ai compensi degli ausiliari nominati dal Tribunale nel procedimento relativo alle misure protettive e cautelari (art. 7, comma 4) o nel procedimento di concordato semplificato (art. 18, comma 3), né riguardo ai compensi degli eventuali professionisti che assistano l'imprenditore nella fase di composizione negoziata della crisi.

Con riferimento all'esperto, in particolare, l'art. 16 introduce una disciplina che si caratterizza per profili di novità assoluta nel panorama delle regole per i compensi dei professionisti nel campo della ristrutturazione (facendo riferimento nozionistico, per la definizione della figura, alla Direttiva UE 2019/1023).

La scelta di dettare un'autonoma disciplina per la regolazione del compenso è coerente con la novità che contraddistingue la figura professionale introdotta dal legislatore, non assimilabile, per funzione, ad alcuna delle altre figure di professionisti nel campo della ristrutturazione già conosciute dall'ordinamento.

In particolare, la disposizione prevede che il compenso debba essere determinato in misura percentuale fissa sulla media dell'attivo dell'imprenditore negli ultimi tre anni, con alcuni aumenti e riduzioni, sempre in misura percentuale fissa, legati al numero dei soggetti che partecipano alla composizione negoziata della crisi e al risultato raggiunto con essa, con la valvola di chiusura di un limite minimo (euro 4.000,00) e massimo (euro 400.000,00) e con la precisazione che il compenso, sulla base di tali criteri, è determinato dalle parti e, in difetto di accordo, dalla commissione di cui all'art. 3, comma 6.

Il primo profilo di novità è ravvisabile nella stessa scelta di disciplinare direttamente e in modo dettagliato nel Decreto Legge i criteri di determinazione del compenso, senza rinviare ad un intervento regolamentare, come avviene in genere per i professionisti nel campo della ristrutturazione o per gli altri *munera* collegati all'esercizio della funzione giurisdizionale: così, limitando i richiami ai primi, per il compenso del curatore del fallimento, del commissario e del liquidatore nelle procedure di concordato (regolato dal DM 25 gennaio 2012, n. 30), per il compenso dell'OCC nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (regolato dal DM 24 settembre 2014, n. 202 che rinvia al DM 25 gennaio 2012, n. 30), per il compenso degli OCRI nel procedimento di composizione assistita della crisi (regolato dall'art. 351 CCI tramite rinvio diretto o indiretto al DM 25 gennaio 2012, n. 30).

Il secondo profilo di novità, rispetto a tutte le figure di professionisti nel campo della ristrutturazione appena richiamate, consiste nell'attribuzione di rilievo solo all'attivo e non anche al passivo patrimoniale come base per

la determinazione del compenso. Questa limitazione, peraltro, è compensata dall'attribuzione di rilievo al numero dei soggetti coinvolti nella composizione negoziata della crisi, tra cui i creditori, con una considerazione indiretta, quindi, del passivo coinvolto nella composizione stessa.

Il terzo profilo di novità, sempre rispetto alle altre figure di professionisti della crisi richiamate, è ravvisabile nella previsione dei criteri di calcolo sulla base di percentuali fisse, senza minimi e massimi per le singole fasce di valore o di numero, ad eccezione del limite di chiusura complessivo su indicato.

Non rappresenta invece un profilo di novità la circostanza che, ai fini della determinazione del compenso, acquisti rilievo innanzi tutto l'accordo delle parti e, solo in via suppletiva, sia azionabile uno specifico procedimento di liquidazione. Tale scelta, infatti, oltre ad essere coerente con la natura peculiare dell'esperto e delle sue funzioni, era già stata compiuta dall'ordinamento per il compenso dell'OCC nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (art. 14 DM n. 202/14) e per il compenso degli OCRI nel procedimento di composizione assistita della crisi (art. 351 CCI).

Per converso, sotto il profilo differenziale, acquista immediato rilievo la circostanza che il legislatore non solo abbia escluso la considerazione del passivo dalla determinazione del compenso, ma abbia anche previsto percentuali sull'attivo significativamente inferiori a quelle previste per il calcolo del compenso delle altre figure di professionisti nel campo della ristrutturazione. Questa scelta, complessivamente considerata, rivela la chiara volontà del legislatore di contenere i costi a carico dell'impresa per il ricorso al nuovo istituto, in ossequio al principio di economicità che deve caratterizzare le procedure concorsuali o le fasi precedenti ad esse strumentali (quale la composizione negoziata), al fine di assicurarne l'efficienza (obiettivo programmatico previsto per la regolamentazione dei compensi anche dall'art. 27 Direttiva UE 2019/1023).

Profili di novità non sono invece ravvisabili con riguardo alla determinazione del compenso degli ausiliari previsti dagli artt. 7 e 18. Ed infatti, il riferimento all'art. 68 c.p.c., per giustificare la nomina, e l'assenza di norme per la regolazione del relativo compenso implicano che, per la liquidazione di quest'ultimo, debba farsi riferimento alle regole previste dal DPR 30 maggio 2002, n. 115, per tutti gli ausiliari del giudice e, quindi, ai criteri fissi e variabili previsti dal DM 30 maggio 2002, i quali, come ribadito più volte anche dalla Corte Costituzionale (da ultimo, nella sentenza 15 aprile 2021 n. 102), si basano su meccanismi di commisurazione, volti a garantire la proporzionalità del compenso all'entità e alla complessità dell'opera, anche se in difetto (soprattutto alla luce del confronto con le tariffe professionali), in ragione del connotato pubblicitario che caratterizza la figura degli ausiliari del giudice. Proprio tenuto conto di quest'ultima considerazione, appare evidente l'attenzione del legislatore al rispetto del principio

di economicità anche nella previsione dell'intervento di questi ausiliari nei procedimenti in questione.

Occorre, però, chiedersi se le soluzioni adottate con riferimento al compenso dell'esperto e degli ausiliari siano congrue, anche nella logica comparativa già evocata.

In quest'ottica, e facendo specifico riferimento alla naturale esigenza di contenimento dei costi, può anticiparsi la conclusione critica dell'incongruenza della scelta di calmierare i compensi dell'esperto e degli ausiliari, senza contemporaneamente introdurre una disciplina di delimitazione anche dei compensi dei professionisti che eventualmente assistano l'imprenditore nella fase di composizione della crisi, pur ponendosi tale omissione in linea con la soluzione definitiva adottata in sede di attuazione della Legge delega 19 ottobre 2017 n. 155 (l'art. 6 del D.Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14, infatti, pur con il dichiarato fine di assicurare il principio di economicità, si è limitato a prevedere solo un limite alla prededuzione).

2. Il criterio base per la determinazione del compenso dell'esperto

L'art. 16 ha previsto criteri per la determinazione del compenso, articolati su basi percentuali fisse (commi 1,3,5,6), ma, come già evidenziato, con la salvola di chiusura di un limite minimo e massimo (commi 2 e 7).

In particolare, il compenso deve essere ricompreso tra un minimo di euro 4.000 ed un massimo di euro 400.000,00 (comma 2), con l'eccezione dell'ipotesi in cui l'imprenditore non compaia dinanzi all'esperto o sia disposta l'archiviazione dell'istanza di composizione della crisi, subito dopo il primo incontro (ai sensi dell'art. 5 comma 5). In tal caso, infatti, il compenso spettante all'esperto è predeterminato nell'importo fisso di euro 500,00 (comma 7).

All'interno dei limiti indicati il compenso è determinato sulla base delle seguenti percentuali calcolate sull'ammontare dell'attivo dell'imprenditore che ha presentato l'istanza di composizione della crisi (comma 1):

- a) fino a euro 100.000,00, il 5 %;
- b) da euro 100.000,01 e fino a euro 500.000,00, l'1,25 %;
- c) da euro 500.000,01 e fino a euro 1.000.000,00, lo 0,80 %;
- d) da euro 1.000.000,01 e fino a euro 2.500.000,00, lo 0,43 %;
- e) da euro 2.500.000,01 e fino a euro 50.000.000,00, lo 0,10 %;
- f) da euro 50.000.000,01 e fino a euro 400.000.000,00, lo 0,025 %;
- g) da euro 400.000.000,01 e fino a euro 1.300.000.000,00, lo 0,008 %;
- h) sulle somme eccedenti euro 1.300.000.000,00, lo 0,002 %.

Opportunamente, il legislatore, al fine di evitare pericolose incertezze interpretative legate alla generica nozione di attivo, si è preoccupato di prevedere il criterio di determinazione della base di calcolo, su cui applicare le percentuali riportate. In particolare, ha stabilito (comma 8) che l'attivo debba essere calcolato prendendo a riferimento la media dell'attivo risultante dagli ultimi tre bilanci o, in mancanza, dalle ultime tre dichiarazioni dei redditi, con la precisazione che, se l'attività dell'impresa è iniziata da meno di tre anni, la media deve essere calcolata sui bilanci o sulle dichiarazioni dei redditi depositati dall'inizio dell'attività. A questo fine, quindi, deve farsi riferimento agli stessi documenti depositati in allegato all'istanza di nomina dell'esperto ai sensi dell'art. 5 comma 3, lett a).

Il riferimento generico alla nozione di attivo, il rinvio alla documentazione contabile e fiscale dell'ultimo triennio ed il confronto tra la disposizione in esame e l'art. 1, comma 2, lett a), l.fall., inducono a ritenere che il legislatore abbia voluto far riferimento alla nozione di attivo patrimoniale, desumibile dall'art. 2424 c.c. e composta quindi dalle immobilizzazioni, dall'attivo circolante, dalle attività finanziarie non costituenti immobilizzazioni, dai ratei e dai risconti. A questo fine potrà quindi farsi riferimento, per risolvere eventuali dubbi interpretativi, all'elaborazione giurisprudenziale formatasi in relazione all'art. 1, comma 2, lett. a), l.fall.

Inoltre, dal combinato disposto del comma 8 dell'art. 16 e del comma 3, lett. a), dell'art. 15, si può desumere, tra l'altro, che: i) gli eventuali bilanci possono essere utilizzati ai fini del calcolo anche se non depositati presso l'ufficio del registro delle imprese; ii) ai fini della determinazione della base

di calcolo per gli imprenditori in regime di contabilità semplificata si dovrà far riferimento solo alle dichiarazioni dei redditi, mentre sono irrilevanti le dichiarazioni IVA; iii) è sempre irrilevante il maggiore (o minore) attivo patrimoniale risultante dalla situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata, allegata all'istanza.

3. Gli aumenti e le riduzioni del compenso dell'esperto

Il legislatore ha poi previsto delle forme di adeguamento ("rideterminazione") del compenso calcolato nei termini indicati, attribuendo rilievo alla complessità della fase di composizione della crisi e al risultato della stessa.

Sotto il primo profilo, al fine di individuare parametri obiettivi e predefiniti, si è attribuito rilievo (comma 3, lett. a,b,c) al numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative, stabilendo che il compenso calcolato sull'attivo, fermi i limiti minimi e massimi previsti dal comma 3, sia aumentato del 25 % se questo numero è ricompreso tra 21 e 50, sia aumentato del 35 % se è superiore a 50, mentre sia ridotto del 40 %, se è inferiore a 5, con la precisazione (comma 4) che, ai fini del calcolo degli aumenti così previsti, non si tiene conto dei lavoratori e delle rappresentanze sindacali. Peralto, gli eventuali incontri con le rappresentanze sindacali non sono irrilevanti, poiché in tal caso si prevede che il compenso debba essere aumentato di euro 100,00 per ogni ora di presenza risultante dai rapporti redatti ai sensi dell'art. 4 comma 8. Come già evidenziato, con questa forma di adeguamento viene recuperata, anche se solo indirettamente ed in termini latenti, la rilevanza del passivo dell'imprenditore considerato ai fini della composizione della crisi. Ma, oltre ai creditori, vengono in considerazione anche tutte le altre parti interessate alla composizione che entrino nelle trattative e con le quali l'esperto sia chiamato a relazionarsi. Tra queste ultime, ad esempio, assumono rilievo le controparti di contratti (non ancora creditrici) o i possibili finanziatori considerati dall'art. 10, mentre non assume autonomo rilievo l'organo di controllo dell'imprenditore (che non può essere certo considerato come una "parte" interessata). La previsione di una percentuale fissa collegata solo al numero dei creditori e delle parti interessate, comunque, esclude che possa essere valutata la complessità o meno delle attività in cui sia stato coinvolto l'esperto o la partecipazione di quest'ultimo agli incidenti giurisdizionali previsti dagli artt. 7 e 10.

Sotto il secondo profilo, invece, si è previsto che: i) il compenso determinato sulla base dell'attivo sia aumentato del 10 % in caso di vendita del complesso aziendale o di individuazione di un acquirente da parte dell'esperto (comma 3, lett. d); ii) il compenso sia aumentato del 100 % in tutti i casi in cui, anche successivamente alla redazione della relazione finale di cui all'art. 5, comma 8, si concludono il contratto, la convenzione o gli accordi di cui all'art. 11, commi 1 e 2 (comma 5); iii) il compenso così maggiorato sia ulteriormente aumentato del 10 % se l'esito delle trattative è consistito nell'accordo previsto dall'art. 11, comma 1, lett. c), sottoscritto dall'esperto (comma 6). Questi aumenti, valorizzando il risultato finale dell'attività dell'esperto, esprimono una chiara logica premiale (e quindi incentivante) per la sua attività. Attraverso di essi, inoltre, si recupera, almeno in parte, la riduzione delle percentuali sull'attivo su evidenziata e la rigidità del meccanismo a percentuali fisse calcolate solo su valori contabili e numerici. Dal confronto delle tre disposizioni in questione, della loro formulazione letterale e della loro collocazione all'interno dell'articolo, si può poi desumere che: i) l'aumento del 10 % si può riconoscere solo in caso di vendita dell'azienda nel corso delle trattative o al termine di esse, eventualmente, in esito ai possibili sbocchi previsti dall'art. 11 e, tra questi, anche il concordato semplificato disciplinato dall'art. 18; ii) l'aumento può essere riconosciuto anche in caso di vendita dell'azienda in un secondo momento, slegata dagli esiti della composizione negoziata, se l'acquirente era stato individuato dall'esperto; iii) l'individuazione di un potenziale acquirente da parte dell'esperto senza vendita dell'azienda esclude l'applicabilità dell'aumento; iv) la base del calcolo di quest'aumento deve essere

individuata solo nella somma determinata con le percentuali sull'attivo, senza tener conto degli aumenti e delle riduzioni legati al numero dei partecipanti; iiiii) l'aumento del 100 % deve essere calcolato sull'importo che si ottiene applicando la percentuale prevista sull'attivo, aggiungendo o sottraendo le somme corrispondenti alle percentuali previste per il numero dei partecipanti alla composizione negoziata ed aggiungendo eventualmente la percentuale per la vendita dell'azienda; iiiiii) l'aumento del 10 % per la sottoscrizione dell'accordo previsto dall'art. 11, comma 1, lett. c) deve essere calcolato sull'importo già eventualmente maggiorato del 100 % per l'esito delle trattative.

4. Il compenso dell'esperto nella composizione negoziata del gruppo di imprese e delle imprese sotto soglia

In sede di conversione è stato aggiunto nell'articolo in esame il comma 1-bis, con la finalità di risolvere i dubbi che si sarebbero posti per la determinazione della base di calcolo del compenso nel caso di composizione negoziata condotta in modo unitario per un gruppo di imprese: in questa ipotesi "il compenso dell'esperto designato è determinato esclusivamente tenendo conto della percentuale sull'ammontare dell'attivo di ciascuna impresa istante partecipante al gruppo". In realtà, la formulazione della disposizione lascia il dubbio se le percentuali previste dal comma 1 debbano calcolarsi sull'attivo di ciascuna impresa del gruppo partecipante alla composizione, sommando i relativi importi, ovvero debbano calcolarsi una sola volta sulla somma degli attivi di tali società. La soluzione preferibile sembra la prima, poiché idonea ad assicurare un compenso più adeguato all'articolazione su più livelli dell'attività dell'esperto e più coerente con la formulazione letterale della disposizione (che richiama gli attivi di ciascuna impresa del gruppo, ma non fa riferimento espresso alla somma degli stessi). Un altro dubbio ingenerato dalla formulazione della disposizione riguarda poi l'applicabilità in tal caso delle maggiorazioni o riduzioni esaminate nel paragrafo precedente, tenuto conto dell'uso dell'avverbio "esclusivamente". Tuttavia, tenuto conto della collocazione della previsione, subito dopo il comma relativo alle percentuali sull'attivo e prima della disciplina degli aumenti e delle riduzioni, e dell'oggettiva irragionevolezza di una soluzione che porti a riconoscere all'esperto un importo minore per le attività più complesse e a negare in tal caso l'operatività della logica premiale, sembra preferibile la soluzione interpretativa secondo cui le maggiorazioni e riduzioni previste dai commi 3,5,6 trovino applicazione anche in tal caso, con la precisazione che: i) la maggiorazione prevista dal comma 3, lett. d), deve essere applicata sull'importo calcolato a percentuale sull'attivo della società, la cui azienda è stata venduta; ii) la maggiorazione prevista dai commi 5 e 6 deve essere applicata sulla somma degli importi calcolati secondo le percentuali previste sull'attivo delle società del gruppo cui si riferiscono i contratti, le convenzioni e gli accordi raggiunti in esito alla composizione negoziata. Sulla base di queste premesse, può ritenersi quindi che l'avverbio "esclusivamente" esprima la volontà del legislatore di chiarire solo l'esclusione dalla base di computo del compenso dell'attivo delle società del gruppo non istanti.

Altra ipotesi peculiare considerata dal legislatore ai fini della determinazione del compenso è quella delle imprese in possesso dei requisiti di cui all'art. 1, comma 2, l.fall. Per esse l'art. 17 prevede che si applichino tutte le previsioni contenute nell'art. 16 "in quanto compatibili". In particolare, se ai fini del calcolo del compenso sull'attivo e dell'aumento o della riduzione in ragione del numero dei soggetti che partecipano alle trattative, non si rendono necessarie particolari operazioni ermeneutiche di adattamento, con riferimento invece agli aumenti legati all'esito delle trattative, va specificato che: i) l'aumento del 100 % previsto dall'art. 16, comma 5, può essere riconosciuto solo nel caso in cui, all'esito delle trattative, siano stipulati gli accordi e i contratti previsti dall'art. 17, comma 4, lett. a), b), c), in quanto soluzioni corrispondenti a quelle previste dall'art. 11, commi 1 e 2; ii) l'aumento del 10 % previsto dall'art. 16, comma 6, può essere riconosciuto nel caso in cui, all'esito delle trattative, sia stipulato l'accordo previsto dall'art.

17, comma 4, lett. b), in quanto soluzione corrispondente a quella prevista dall'art. 11, comma 1, lett. c).

5. Il rimborso delle spese e l'acconto dell'esperto

L'art. 16 prevede, poi, che all'esperto, in aggiunta al compenso, sia riconosciuto il rimborso delle spese sostenute e "necessarie per l'adempimento dell'incarico", purché documentate (comma 9). Il riferimento alla "necessità" implica che il rimborso può essere riconosciuto solo una volta verificata la strumentalità delle spese all'adempimento dell'incarico, la non evitabilità, secondo canoni di ragionevolezza, e la congruità.

Tra le spese rimborsabili, non rientrano per espressa previsione, quelle sostenute per avvalersi dei soggetti di cui all'art. 4, comma 2, ovvero "di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale". Inoltre, non è previsto un rimborso forfettario (destinato a coprire le spese non documentabili), a differenza di quanto previsto, in generale, in tutti i parametri normativi previsti per le professioni intellettuali e, nello specifico, nella regolamentazione del compenso delle altre figure di professionisti nel campo della ristrutturazione (è sufficiente richiamare al riguardo l'art. 4, comma 2, DM 30/12).

Queste limitazioni del rimborso spese costituiscono ulteriore dimostrazione del forte condizionamento del principio di economicità sulle scelte del legislatore, come già evidenziato nell'introduzione.

L'art. 16 prevede, inoltre, la possibilità di attribuire all'esperto un acconto non superiore ad un terzo del presumibile compenso finale, tenendo conto dei risultati ottenuti e dell'attività prestata, purché siano trascorsi almeno sessanta giorni dall'accettazione dell'incarico (comma 12). Nonostante il riferimento al "presumibile compenso finale", la base di calcolo dell'acconto è inevitabilmente limitata alla somma calcolata sull'attivo, con l'aumento o la riduzione in ragione del numero dei soggetti che hanno partecipato alle trattative fino alla richiesta di pagamento dell'acconto, mentre non possono essere considerati gli ulteriori aumenti legati alla verifica dei risultati finali della composizione negoziata (non essendo, questi, prevedibili).

La disposizione non specifica come possa essere ottenuto il pagamento dell'acconto, ma deve ritenersi applicabile al riguardo la disciplina contenuta nel comma 10, di seguito esaminata.

6. Gli aspetti critici della disciplina sul compenso dell'esperto

La disciplina del compenso dell'esperto contenuta nell'art. 16, ricostruita nei termini anzi detti, si presta ad alcune osservazioni critiche.

La prima riguarda la stessa scelta del legislatore di prevedere direttamente nella fonte normativa primaria tutti i criteri di determinazione del compenso, senza ricorrere ad interventi regolamentari: questa soluzione, infatti, renderà sicuramente più complicato nel futuro qualsiasi tentativo di correzione o adeguamento dei valori, essendo necessario ricorrere al procedimento legislativo.

La seconda riguarda la scelta del riferimento documentale per accertare la base di calcolo della percentuale sull'attivo. In particolare, la limitazione di questa base documentale alla documentazione contabile e fiscale del triennio antecedente il deposito dell'istanza (comma 8), con l'implicita esclusione della possibilità di far riferimento anche alla situazione patrimoniale aggiornata depositata in allegato all'istanza, può condurre a risultati incongrui nella determinazione del compenso, laddove la situazione dell'attivo, con cui l'esperto dovrà confrontarsi nelle trattative per la composizione della crisi, sia significativamente diversa da quella risultante dagli ultimi bilanci o dalle ultime dichiarazioni dei redditi. Inoltre, desta perplessità l'individuazione della documentazione di riferimento per l'accertamento dell'attivo patrimoniale con riguardo agli imprenditori che operino in regime di contabilità semplificata o che comunque non siano

tenuti alla redazione dei bilanci. Per questi ultimi, infatti, la disposizione ha previsto che si debbano utilizzare le dichiarazioni dei redditi degli ultimi tre anni. Ma, dalla dichiarazione dei redditi non può desumersi alcun elemento utile per la determinazione dell'attivo patrimoniale, se non con riferimento al magazzino o più in generale alle società soggette ai tests di operatività. Le criticità considerate, peraltro, possono essere superate, qualora si condivida una soluzione interpretativa che attribuisca alla selezione legislativa della documentazione di riferimento nel periodo considerato un valore solo tendenziale, con ammissione della possibilità di far riferimento a tutta la documentazione che l'imprenditore depositi in allegato all'istanza o che l'esperto comunque acquisisca durante la composizione negoziata.

La terza, e più rilevante, criticità riguarda la calmierizzazione del compenso dell'esperto perseguita dal legislatore. Premessa la condivisibile attenzione al principio di economicità, anche nell'ottica di non aggiungere ulteriori oneri economici rilevanti nelle ipotesi in cui, all'esito della composizione negoziata, si pervenga all'instaurazione di una procedura concorsuale tradizionale, va osservato che le scelte del legislatore rischiano di condurre a liquidazioni di compensi non sufficientemente adeguati e possono dar luogo ad un'irragionevole disparità di trattamento rispetto alle altre figure di professionisti nel campo della ristrutturazione, con il rischio di svilire al ribasso la nuova figura introdotta, condizionandone quella professionalità, che costituisce la sicura chiave di volta per il successo della riforma.

In questa prospettiva, assumono rilievo innanzi tutto le limitazioni del rimborso delle spese analizzate riepilogate nel paragrafo precedente. In particolare, l'esclusione del rimborso delle spese generali appare, di per sé, irragionevole, tenuto conto delle spese non documentabili cui l'esperto è naturalmente esposto per l'esercizio in forma organizzata della sua attività professionale, mentre l'esclusione del rimborso delle spese sostenute per il ricorso a professionalità esterne, laddove queste siano necessarie o evidentemente utili per il risultato delle trattative, rischiano di pregiudicare sotto il profilo qualitativo l'opera dell'esperto, richiedendosi allo stesso competenze eterogenee difficilmente concentrabili con elevato livello di qualificazione in un'unica persona fisica, pur a seguito della frequentazione degli specifici corsi di formazione (come la competenza nel settore contabile, nel settore aziendale, nel diritto contrattuale, in tutti i possibili settori commerciali di riferimento e nella facilitazione delle trattative).

Riguardo, poi, ai criteri di determinazione del compenso, si può evidenziare che: i) la previsione di un compenso predeterminato dell'importo di euro 500,00 nell'ipotesi in cui l'imprenditore non compaia o sia disposta l'archiviazione dell'istanza di composizione della crisi, subito dopo il primo incontro, appare eccessivamente riduttiva, tenuto conto dell'attività di studio e preparazione cui l'esperto è chiamato in vista dell'incontro; ii) l'esclusione dell'aumento premiale del compenso nelle ipotesi in cui, all'esito delle trattative e proprio grazie all'attività dell'esperto, si pervenga alla presentazione di un concordato preventivo o addirittura in un concordato semplificato, ai sensi dell'art. 18, nel quale peraltro l'esperto è anche chiamato a rendere un parere sui risultati della liquidazione, appare irragionevole (in particolare, questa irragionevolezza appare più evidente, se si considera in termini comparativi l'applicabilità dell'aumento nell'ipotesi in cui si pervenga invece ad un accordo di ristrutturazione dei debiti); iii) più in generale, la quantificazione del compenso dell'esperto, caratterizzata dalla contrazione delle percentuali sull'attivo, dalla previsione solo di percentuali fisse, anche per gli aumenti, e dall'omessa considerazione del passivo (solo in parte recuperata dalla considerazione del numero dei partecipanti alle trattative), appare forse troppo riduttiva.

A tal riguardo si può ricorrere ad un esempio per supportare la riflessione con un confronto numerico concreto. Si pensi ad un'impresa con attivo ricompreso nella fascia presumibilmente più frequente, ovvero tra euro 2.500.000,00 ed euro 50.000.000,00, e con trattative coinvolgenti un numero di soggetti ricompreso tra 21 e 50. In particolare, ipotizzando che l'attivo di riferimento sia pari a euro 30.000.000,00, il compenso base sarà pari ad euro 30.000,00, che, in applicazione dell'aumento per il numero dei partecipanti, diverrà pari ad euro 37.500,00 e, in caso di appli-

cazione dell'aumento previsto per la vendita dell'azienda, potrà arrivare ad euro 40.500,00 (questa, ad esempio, sarà la somma massima liquidabile in caso di sbocco della composizione nella procedura di concordato semplificato, anche per l'attività che l'esperto sia chiamato a compiere all'interno di esso). Nell'ipotesi, poi, che si pervenga ad una delle soluzioni previste dai commi 1 e 2 dell'art. 11, il compenso sarà pari ad euro 81.000,00, che diverrà pari ad euro 89.100,00, nel caso di sottoscrizione dell'accordo di cui all'art. 11, comma 1, lettera c. Simile importi, anche eventualmente maggiorati della somma di euro 100,00 per ogni ora di incontro con le rappresentanze sindacali, appaiono, di per sé, riduttivi, se si considerano tutte le attività cui l'esperto è chiamato (inclusa la partecipazione agli incidenti giurisdizionali previsti dagli artt. 7 e 10) e la complessità del confronto con un ceto creditorio ripartito su importi intuibilmente rilevanti, con un attivo come quello su indicato. Questa considerazione è rafforzata dal confronto comparativo con il compenso che sarebbe riconosciuto, ad esempio, al commissario giudiziale in una procedura di concordato preventivo ordinario della stessa impresa, anche ipotizzando che l'attivo effettivo ed aggiornato dell'impresa (base di calcolo del compenso del commissario) sia pari alla media dell'attivo dell'ultimo triennio (base di calcolo del compenso dell'esperto) e un passivo debitorio pari all'attivo. In tal caso, infatti, il compenso medio del commissario, applicando i parametri medi previsti dall'art. 5 DM n. 30/12, sarebbe liquidato in circa euro 330.000,00 (senza tener conto del rimborso forfettario), importo che si ridurrebbe fino ad importi medi ricompresi euro 60.000,00-100.000,00 nell'ipotesi di limitazione dell'attività alla fase c.d. "in bianco" della procedura di concordato. Nello specifico, se si compara il compenso dell'esperto anche solo a quest'ultimo importo, con l'aggravante della forte limitazione del rimborso delle spese prevista per il primo e, se si considera che l'esperto, al pari del commissario, deve analizzare nel dettaglio la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e seguirne l'attività nella fase della composizione, ma, in aggiunta, deve impostare e seguire le trattative con i creditori, partecipare attivamente agli incidenti giurisdizionali previsti dagli artt. 7 e 10, redigere la relazione finale ai sensi dell'art. 5 comma 8 e (nell'esempio considerato) anche sottoscrivere l'accordo ai sensi dell'art. 11, comma 1 lett. c), la disparità di trattamento economico in termini penalizzanti appare evidente.

7. La determinazione convenzionale e giudiziale del compenso dell'esperto

Come anticipato nell'introduzione, l'art. 16, ai fini della determinazione concreta del compenso, attribuisce rilievo innanzi tutto all'accordo delle parti, prevedendo che, solo in mancanza di esso, sia liquidato dalla commissione che ha provveduto alla sua nomina (comma 10).

Il riferimento all'accordo, in difetto di ulteriori specificazioni, implica che le parti potranno determinare il compenso anche prescindendo dai limiti quantitativi previsti dallo stesso articolo, ma in tal caso si può porre il problema del riconoscimento della prededuzione del compenso per intero, anche per la parte eccedente i limiti previsti dalla norma (v. *infra*). In ogni caso, per evitare eventuali distorsioni in questa prospettiva, è auspicabile che la determinazione convenzionale sia ricercata solo al termine dell'attività dell'esperto, dopo il deposito della relazione finale di cui all'art. 5, comma 8, e dopo aver verificato la conclusione delle trattative con i possibili esiti previsti dall'art. 11.

Laddove l'accordo non sia raggiunto, la determinazione del compenso deve avvenire applicando solo i criteri previsti dall'articolo in esame e vi provvede innanzi tutto la commissione di cui all'art. 3 comma 6. Il "provvedimento", per espressa previsione, "costituisce prova scritta idonea a norma dell'art. 633, primo comma, numero 1), del codice di procedura civile nonché titolo per l'esecuzione provvisoria ai sensi dell'art. 642 del codice di procedura civile". La scelta di rimettere alla commissione la liquidazione del compenso e ad un successivo e conseguente procedimento giurisdizionale la formazione del titolo esecutivo è giustificata dalle competenze della commissione e dalla sua natura amministrativa, anche se ragioni di economia e speditezza avrebbero forse reso più opportuno prevedere una

liquidazione giudiziale diretta (analogamente a quanto previsto ad esempio per il compenso dell'OCRI dall'art. 251 CCI).

Il legislatore non ha dettato alcuna regola per il procedimento di liquidazione del compenso da parte della commissione, ma si può ritenere che: i) esso debba essere introdotto con specifica istanza scritta dell'esperto rivolta alla commissione e contenente il riepilogo dell'attività svolta, dei valori e dei dati numerici rilevanti ai fini della determinazione del compenso, con l'allegazione della relativa documentazione di riscontro; ii) l'istanza debba essere allegata anche tutta la documentazione necessaria per dimostrare le spese sostenute dall'esperto; iii) la commissione debba provvedere *inaudita altera parte*, senza alcuna forma di coinvolgimento dell'impresa nel procedimento; iv) la commissione, nel caso di istanza caratterizzata da allegazioni insufficienti, possa invitare l'esperto a provvedere alle relative integrazioni.

Il provvedimento di liquidazione della commissione, per espressa previsione legislativa, consente all'esperto il ricorso alla tutela monitoria prevista dagli artt. 633 e ss. c.p.c. e di ottenere la pronuncia di un decreto provvisoriamente esecutivo ai sensi dell'art. 642 c.p.c. Questa soluzione è coerente con la natura amministrativa della decisione della commissione (non a caso qualificata come "provvedimento") ed individua un percorso celere per l'ottenimento di un titolo immediatamente esecutivo. Peraltro, il ricorso al procedimento per decreto ingiuntivo, tenuto conto della formulazione della norma, deve ritenersi meramente facoltativo per l'esperto, il quale può in alternativa optare per l'instaurazione di un giudizio ordinario o di un procedimento sommario ex art. 702 *bis* c.p.c. In caso di ricorso al decreto ingiuntivo, l'impresa, ove intenda contestare la liquidazione del compenso da parte della commissione, può proporre opposizione ai sensi degli artt. 645 c.p.c. In particolare, nel giudizio di opposizione possono essere fatti valere, in relazione al provvedimento di liquidazione della commissione, sia eventuali vizi formali sia vizi di merito, riguardanti la corretta applicazione dei criteri previsti dall'art. 16. Nell'ipotesi in cui il giudice dell'opposizione accerti l'esistenza di vizi formali o di merito del provvedimento di liquidazione della commissione, con la sentenza definitiva provvede alla revoca del decreto ingiuntivo e alla condanna dell'impresa al pagamento dell'importo ritenuto corretto.

La disposizione in esame non prevede la possibilità per l'esperto di contestare la liquidazione della commissione. Peraltro, una volta riconosciuta la natura amministrativa del provvedimento di liquidazione, nulla esclude che egli possa presentare alla commissione un'istanza di revisione del provvedimento in autotutela. Inoltre, sulla scorta di semplici considerazioni interpretative orientate al rispetto del canone ricavabile dall'art. 24 Cost, si deve ritenere che l'esperto possa contestare tale liquidazione in sede giurisdizionale e quindi che possa instaurare un giudizio per ottenere la condanna dell'imprenditore al pagamento di un importo maggiore di quello liquidato dalla commissione, allegando e dimostrando i profili di erroneità del provvedimento. In questa ipotesi, ci si può chiedere se l'esperto, per chiedere la condanna dell'imprenditore al pagamento di un importo maggiore di quello liquidato dalla commissione debba instaurare un giudizio ordinario (o un procedimento ex art. 702 *bis* c.p.c.) oppure possa anche ricorrere alla tutela monitoria, chiedendo direttamente l'emissione del decreto ingiuntivo per l'importo maggiore. In linea teorica può risponderci affermativamente al quesito, ma in concreto la possibilità di ottenere la pronuncia del decreto anche per somme eccedenti l'importo liquidato dalla commissione dipende dalla possibilità di allegare una prova scritta rispondente alle caratteristiche previste dagli artt. 633 e ss. c.p.c., idonea a provare l'esigibilità delle stesse. In ogni caso, anche ammettendo il ricorso alla tutela monitoria per un importo maggiore, la possibilità di ottenere la provvisoria esecuzione, in base al comma 10 dell'art. 16, deve essere limitata all'importo risultante dal provvedimento di liquidazione, fermo restando che il ricorrente può chiedere la concessione della provvisoria esecuzione anche per le somme eccedenti l'importo liquidato, qualora ricorrano in generale le condizioni di cui all'art. 642 c.p.c. (prima, fra tutte, il pericolo di insolvenza).

Fatta questa precisazione, ci può allora chiedere se il ricorso alla liquidazione della commissione sia un passaggio necessario per accedere alla

tutela giurisdizionale da parte dell'esperto e quindi se si traduca in una sorta di presupposto di esigibilità del credito o di condizione di procedibilità della sua domanda. Pur tenuto conto dell'*incipit* della disposizione ("in mancanza di accordo tra le parti, il compenso è liquidato), deve preferirsi la soluzione negativa per la mancanza di previsioni espresse in tal senso (come deve avvenire per ogni forma di condizionamento del diritto di azione) e, più in generale, per la mancanza di una disciplina che regoli, anche sotto il profilo procedimentale e soprattutto dei termini, il rapporto tra la fase dinanzi la commissione e la fase giudiziale. Si deve quindi concludere che il fine della disposizione sia solo quello di consentire all'esperto di ottenere un "provvedimento" che gli consenta l'agevole accesso alla tutela monitoria, con possibilità di ottenere nell'immediato un titolo provvisoriamente esecutivo, ma nulla esclude che l'esperto possa ricorrere alla tutela giurisdizionale senza richiedere la liquidazione (o che l'impresa possa previamente instaurare una causa di accertamento dell'ammontare del compenso nei suoi confronti).

8. La prededuzione del compenso dell'esperto

L'art. 16, con chiare finalità di *favor* per l'esperto, prevede anche che il suo compenso "è prededucibile ai sensi dell'art. 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267". In questo modo la prededuzione del compenso rientra tra quelle oggetto di selezione legislativa diretta (cui fa riferimento la prima parte del secondo comma dell'art. 111) e si sottrae quindi alle verifiche richieste per le ulteriori prededuzioni secondo i presupposti dell'occasionalità e della funzionalità con le procedure concorsuali (come previsto dalla seconda parte del secondo comma dell'art. 111).

In particolare, escluso che la fase di composizione della crisi sia una procedura concorsuale (e che quindi possa venire in rilievo il presupposto dell'occasionalità), la previsione elimina alla radice i rischi collegati alle incertezze interpretative riguardanti il presupposto della funzionalità, anche se allo stato attuale dell'arte giurisprudenziale (ed in attesa dell'intervento delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, a seguito dell'ordinanza di rimessione 23 aprile 2021 n. 10885) sarebbe stato difficile negare la prededuzione del credito dell'esperto nelle procedure concorsuali instaurate all'esito delle trattative, ai sensi dell'art. 11, o anche in un secondo momento, ma come conseguenza della stessa situazione di crisi/insolvenza.

Ci si deve chiedere, invece, se la previsione consenta di riconoscere la prededucibilità del credito anche nelle procedure concorsuali instaurate in un secondo momento, ma come conseguenza di una situazione di crisi/insolvenza slegata da quella cui si è riferita l'attività dell'esperto. Al quesito deve darsi risposta negativa, poiché le specifiche disposizioni di legge che prevedono prededuzioni di crediti collegati alla ristrutturazione di situazione di crisi/insolvenza devono ritenersi relative solo alle procedure concorsuali che siano aperte sul presupposto della medesima situazione o della sua naturale evoluzione (secondo i principi interpretativi elaborati in materia di consecuzione delle procedure, individuata come limite esterno alle corsie preferenziali nel trattamento dei crediti di massa). Del resto, la Corte di Cassazione ha già avuto modo di affermare tale principio per le prededuzioni previste da specifiche disposizioni di legge, anche se con riferimento ai crediti dei professionisti nei rapporti tra concordato e fallimento, come di desume anche dalla motivazione dell'ordinanza di rimessione del 23 aprile 2021 n. 10885.

Come anticipato nell'introduzione, altro dubbio che si può porre in relazione alla disposizione in commento è quello della sua applicabilità anche nell'ipotesi in cui l'esperto concordi con l'impresa un compenso maggiore di quello risultante dall'applicazione dei criteri previsti dall'art. 16. Tenuto conto della chiara finalità perseguita dal legislatore con la predeterminazione dettagliata dei criteri di calcolo del compenso e della previsione della prededuzione nel medesimo contesto, appare preferibile una soluzione interpretativa che, in tal caso, limiti il riconoscimento della prededuzione solo alla quota di compenso rispondente ai suddetti criteri.

9. I compensi degli ausiliari previsti dagli artt. 7 e 18

L'art. 7, comma 4, prevede che il tribunale nel procedimento relativo alle misure protettive e cautelari "nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'art. 68 del codice di procedura civile", mentre l'art. 18, comma 3, prevede che il tribunale nel procedimento di concordato preventivo "nomina un ausiliario ai sensi dell'art. 68 del codice di procedura civile".

Come già anticipato nell'introduzione, nella riforma non è stata inserita alcuna norma riguardante il compenso di tali ausiliari. Pertanto, esso deve ritenersi regolato, come per tutti gli ausiliari previsti dall'art. 68, dalle regole procedurali previste dagli artt. 52 e 53 disp.att. c.p.c. e dagli artt. 71 e 168 DPR 30 maggio 2002, n. 115, e dalle regole di liquidazione previste dagli artt. 49-56 DPR 30 maggio 2002, n. 115 e dal DM 30 maggio 2002, emanato in attuazione dell'art. 50.

Ne consegue, tra l'altro, che: i) il compenso è liquidato con decreto, costituente titolo esecutivo, dal giudice che ha provveduto alla nomina, previa istanza dell'ausiliario, che deve essere depositata, a pena di decadenza, entro 100 giorni dal deposito della relazione (o del parere, nel caso dell'ausiliario nominato nel procedimento di concordato semplificato); ii) il decreto di liquidazione deve indicare la parte tenuta al pagamento, invero coincidente sempre con l'impresa, anche nel caso di ausiliario nominato nel procedimento ex art. 7, tenuto conto della sua finalità; iii) all'ausiliario è riconosciuto il rimborso delle spese documentate, purché congrue e necessarie per l'adempimento dell'incarico, mentre le spese di viaggio sono liquidate in base alle tariffe di prima classe sui servizi di linea, esclusi gli aerei, salvo che l'ausiliario sia stato previamente autorizzato dal giudice ad avvalersi di altri mezzi; iv) tra le spese rimborsabili rientrano anche quelle dei prestatori d'opera di cui l'ausiliario sia stato autorizzato ad avvalersi da parte del giudice, purché rispondenti, sotto il profilo della congruità, agli stessi criteri di determinazione del compenso degli ausiliari; v) all'ausiliario può essere riconosciuto un fondo spese per l'adempimento dell'incarico; vi) il compenso dell'ausiliario deve essere determinato secondo i criteri previsti dagli artt. 2 e ss. della tabella allegata al DM 30 maggio 2002, individuando la voce di riferimento in base all'oggetto dell'attività demandatagli dal giudice; vii) in particolare, ipotizzando i possibili oggetti dell'intervento degli ausiliari nei procedimenti disciplinati dagli artt. 7 e 18, i parametri più probabili sono quelli previsti dall'art. 2 (incarico in materia amministrativa, contabile e fiscale), dall'art. 3 (incarico in materia valutazione di aziende, enti patrimoniali, situazioni aziendali, patrimoni, avviamento, diritti a titolo di risarcimento di danni, diritti aziendali e industriali nonché relativi a beni mobili in genere), dall'art. 4 (incarico in materia di bilancio e relativo conto dei profili e perdite), dall'art. 5 (incarico in materia di inventari, rendiconti e situazioni contabili), dall'art. 10 (incarico in materia di accertamento di retribuzioni o di contributi previdenziali, assistenziali, assistenziali e fiscali e ogni altra questione in materia di rapporto di lavoro) e dall'art. 13 (incarico in materia di estimo); viii) nel caso in cui l'incarico sia riconducibile a più di una delle previsioni contenute negli artt. 2 e ss., è possibile una liquidazione cumulativa, sommando i compensi previsti da ciascuna delle previsioni che vengano in considerazione; ix) nel caso in cui l'incarico non sia riconducibile ad alcuna delle previsioni contenute negli artt. 2 e ss. ovvero sia riconducibile solo parzialmente ad una o più di esse (assumendo un contenuto più ampio di quello considerato dalle previsioni normative), il compenso deve essere liquidato secondo il criterio delle vacanze previsto dall'art. 1 del DM 30 maggio 2002; x) nel caso in cui l'incarico sia riconducibile ad una o più delle previsioni contenute negli artt. 2 e ss., non è possibile riconoscere alcun compenso integrativo per il tempo riferibile agli spostamenti, agli incontri con le parti, all'accesso in tribunale; xi) nel caso in cui l'incarico sia riconducibile ad una o più delle previsioni contenute negli artt. 2 e ss., il compenso può essere aumentato fino al doppio; xii) nel caso in cui l'ausiliario non termini l'incarico entro il termine assegnato dal giudice, per il compenso a vacanze non si tiene conto del periodo successivo alla scadenza del termine, mentre gli altri compensi sono ridotti di un terzo; xiii) nel caso in cui

l'incarico sia conferito a più ausiliari collegialmente, il compenso globale è determinato sulla base di quello spettante al singolo, aumentato del quaranta per cento per ciascuno degli altri componenti del collegio, a meno che il tribunale non disponga che ognuno degli incaricati deve svolgere personalmente e per intero l'incarico affidatogli; xiiii) il decreto di liquidazione può essere impugnato dall'impresa o dall'ausiliario nelle forme previste dall'art. 15 D.Lgs. 1° settembre 2011, n. 150, entro il termine di 30 giorni dalla comunicazione del provvedimento (Corte Cost. 12 maggio 2016 n. 106).

Per confrontarsi con una dimensione quantitativa del compenso degli ausiliari, si può riprendere l'esempio contenuto nel paragrafo 6 (impresa, caratterizzata da un attivo e un passivo di euro 30.000.000). Se deve applicarsi il criterio delle vacanze (ipotesi non improbabile, soprattutto per l'ausiliario nominato nel procedimento di concordato semplificato, tenuto conto dell'eterogeneità dell'attività che gli possono essere demandate e del fatto che esse non sono pienamente sovrapponibili alle previsioni contenute negli artt. 2 e ss. della tabella allegata al DM 30 maggio 2002), il compenso difficilmente potrà essere liquidato in una somma superiore ad euro 3.000,00 (si consideri infatti che 350 vacanze, corrispondenti a 700 ore di lavoro dell'ausiliario, giustificano una liquidazione di euro 2859,03). Se, invece, si possono applicare i criteri previsti dagli artt. 2 e ss. della tabella allegata al DM 30 maggio 2002, anche ipotizzando l'operatività di più di uno di essi e dell'aumento per l'eccezionalità dell'incarico, il compenso difficilmente potrà essere superiore ad euro 30.000,00-40.000,00. Ed infatti, nell'esempio considerato, il compenso può essere determinato in una somma ricompresa tra euro 5.116,32 ed euro 10.256,34 (in caso di applicazione dell'art. 2), in una somma pari alla metà di quella precedente (in caso di applicazione dell'art. 3), in una somma ricompresa tra euro 145,12 ed euro 1606,80 (in caso di applicazione dell'art. 4), in una somma ricompresa tra euro 145,12 ed euro 970,42 (in caso di applicazione dell'art. 5), in una somma ricompresa tra euro 145,12 ed euro 582,05 (in caso di applicazione dell'art. 10), in una somma ricompresa tra euro 145,12 ed euro 2271,12 (in caso di applicazione dell'art. 13).

Questo esempio consente di estendere anche agli ausiliari in questione buona parte delle considerazioni critiche già svolte con riferimento al compenso dell'esperto. In particolare, suscita perplessità soprattutto il compenso dell'ausiliario nominato nel procedimento di concordato semplificato, tenuto conto delle peculiarità delle funzioni affidategli, speculari a quelle del commissario nominato nel procedimento di concordato ordinario, anche se in misura ridotta. Ed infatti, anche riuscendo ad evitare il ricorso al criterio delle vacanze, la quantificazione del compenso che si ottiene sulla base degli altri criteri indicati non appare comunque adeguata, tanto più ove si consideri in termini comparativi il compenso liquidabile al commissario in un procedimento di concordato ordinario (nell'esempio considerato pari a più del doppio di quello dell'ausiliario, in caso di limitazione del procedimento alla fase in bianco, e a dieci volte quello dell'ausiliario, in caso di procedimento completo).

Infine, va evidenziato che il legislatore non ha esteso agli ausiliari la regola espressa della prededuzione del compenso prevista per l'esperto. Peraltro, non si pongono particolari dubbi sulla prededucibilità dei crediti in questione sulla base dei presupposti dell'occasionalità e della funzionalità previsti dalla seconda parte del secondo comma dell'art. 111 l.fall. Ed infatti, il compenso dell'ausiliario nominato nel procedimento ex art. 7, proprio tenuto conto delle finalità di quest'ultimo e del collegamento dell'attività del professionista con l'esercizio della funzione giurisdizionale, può ritenersi funzionale alle procedure concorsuali instaurate all'esito delle trattative o anche in un momento successivo, se dipendenti dalla stessa situazione di crisi/insolvenza. Invece, il compenso dell'ausiliario nominato nella procedura di concordato semplificato deve ritenersi sicuramente assistito del requisito dell'occasionalità, considerato il contesto in cui matura. Ovviamente, per entrambi i crediti valgono le considerazioni già svolte con riferimento al compenso dell'esperto, circa l'inoperatività della prededuzione nelle procedure concorsuali instaurate in un secondo momento, sul presupposto di una situazione di crisi/insolvenza del tutto slegata dalla precedente.

10. I compensi dei professionisti che assistono l'imprenditore nella fase di composizione negoziata della crisi

Come anticipato nell'introduzione, il D.L. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge 21 ottobre 2021, n. 147, non ha dettato alcuna norma sul compenso dei professionisti che assistano l'imprenditore nella fase di composizione negoziata. Ne consegue che questi compensi saranno regolati dall'accordo delle parti o, in difetto, dai parametri normativi previsti per le professioni che vengano in rilievo, partendo sempre dal presupposto che la fase di composizione della crisi non può essere considerata come una procedura concorsuale.

Più precisamente, il compenso dell'*advisor* finanziario sarà verosimilmente determinato in base all'art. 26 del DM 20 luglio 2012, n. 140, e quindi secondo quanto indicato nei riquadri 8.1 e 8.2 della tabella C.

Per il compenso del legale, invece, occorre distinguere l'ipotesi in cui il professionista partecipi solo alle trattative da quella in cui il professionista partecipi anche agli incidenti giurisdizionali previsti dagli artt. 7 e 10, considerando, però, anche l'ulteriore variabile dello sbocco della composizione in una procedura di concorsuale, in cui continui l'attività di assistenza dell'impresa. In questa prospettiva occorre prendere le mosse dall'orientamento giurisprudenziale che, ai fini dell'individuazione del parametro di riferimento del compenso dell'avvocato, afferma l'assorbimento dell'attività stragiudiziale nell'attività giudiziale ad essa funzionalmente collegata (in questi termini, e con specifico riferimento al rapporto tra l'assistenza prima della proposizione di una domanda di concordato e quella successiva, v. Cassazione 19 ottobre 2017 n. 24682). Secondo quest'orientamento, le prestazioni stragiudiziali, pur se collegate a prestazioni giudiziali, possono essere liquidate autonomamente mediante applicazione dei parametri stragiudiziali, solo quando acquistino autonoma dignità rispetto alle seconde. Tenuto conto dell'eterogeneità e dei contenuti che può assumere l'assistenza dell'impresa nella fase di composizione della crisi, sembra potersi affermare in astratto l'autonoma dignità dell'attività compiuta in sede di composizione negoziata rispetto a quella compiuta nell'ambito della procedura concorsuale instaurata all'esito di essa e, quindi, l'applicabilità cumulativa dei parametri giudiziali per la prima fase e dei parametri giudiziali (secondo la regola contenuta nell'art. 11, comma 10, DM 10 marzo 2014, n. 55) per la seconda fase. La stessa conclusione può essere sostenuta anche con riferimento al rapporto tra l'attività di assistenza stragiudiziale nella fase di composizione negoziata e l'attività di assistenza negli incidenti giurisdizionali previsti dagli artt. 7 e 10, poiché la prima assume un contenuto più ampio della seconda e prosegue parallelamente e anche dopo di essa. Pertanto, se l'attività del legale si esaurisca nell'attività di assistenza, senza la partecipazione agli incidenti giurisdizionali previsti dagli artt. 7 e 10 e senza la prosecuzione dell'assistenza in una procedura concorsuale instaurata all'esito delle trattative, il compenso sarà determinato in base ai parametri previsti dal DM 10 marzo 2014, n. 55 per l'attività stragiudiziale. Qualora, poi, l'attività di assistenza si estenda ai procedimenti previsti dagli artt. 7 e 10, al legale spetterà un ulteriore compenso che, in difetto di accordo delle parti, dovrà essere determinato sulla base dei parametri previsti dal DM 10 marzo 2014, n. 55 per i procedimenti cautelari e camerali, facendo riferimento ai valori riferibili alle misure cautelari e protettive o alle autorizzazioni richieste. Qualora, infine, l'attività di assistenza si estenda anche alla procedura concorsuale instaurata all'esito delle trattative, al legale spetterà un ulteriore compenso che, in difetto di accordo delle parti, dovrà essere determinato sulla base della regola contenuta nell'art. 11, comma 10, DM 10 marzo 2014, n. 55.

L'applicazione di questi parametri, e comunque la preminenza dell'accordo delle parti, rendono intuibile la circostanza che i compensi per i professionisti, che assistano l'imprenditore nella composizione negoziata, saranno sensibilmente superiori a quelli dell'esperto e degli ausiliari. Deve quindi ribadirsi l'affermazione, anticipata nell'introduzione, dell'incongruenza della scelta del contingentamento dei compensi, in nome del principio di economicità, limitatamente ai secondi.

Rimane da affrontare il tema della prededuzione del compenso dei professionisti per l'attività di assistenza prestata nella fase in esame. Ribadito, ancora una volta, che tale fase non può essere equiparata ad una procedura concorsuale, l'unica strada possibile è quella di accertare l'esistenza del presupposto della funzionalità previsto dalla seconda parte del secondo comma dell'art. 11 l.fall. Nel quadro dei contrasti giurisprudenziali esistenti sul punto, sembra potersi affermare la soluzione positiva nell'ipotesi in cui, all'esito della composizione, si pervenga all'apertura di una procedura concorsuale o comunque all'omologazione del concordato semplificato. Invece, appare più che dubbia la possibilità di sostenere la stessa soluzione nell'ipotesi contraria. In ogni caso, la delimitazione della prededuzione in questa prospettiva, sarà condizionata in larga misura dalla (ormai prossima) risposta delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione ai quesiti sollevati con l'ordinanza di rimessione del 23 aprile 2021 n. 10885 (tra cui: "se la prededuzione spetti anche in caso di procedura concordataria...che non varca la soglia dell'ammissibilità" e "se la prededuzione spetti al professionista che ha lavorato prima ancora del deposito della domanda di concordato"). Alla Suprema Corte, dunque, l'ardua sentenza!

Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021

Giuseppe Bozza, già Presidente del Tribunale di Vicenza

L'autore esamina approfonditamente il nuovo istituto quale sbocco della non riuscita fase negoziale, soffermandosi in particolare sulle divergenze rispetto all'ordinario concordato disciplinato dalla legge fallimentare

Sommario:

1. Inquadramento del concordato semplificato
2. I presupposti soggettivi ed oggettivi
3. La procedura. La fase iniziale della presentazione della domanda e effetti della stessa
4. Il contenuto della domanda
5. La procedura. La fase iniziale. Poteri del giudice
6. Sviluppi ulteriori della procedura. Il ruolo dell'ausiliario e l'assenza della votazione
7. La fase dell'omologa. La fissazione dell'udienza, l'istruttoria, la decisione, l'impugnazione, gli effetti
8. La fase della liquidazione
9. Considerazioni conclusive

1. Inquadramento del concordato semplificato

Una delle novità introdotte dal recente d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito, con modifiche, dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147, è il concordato semplificato.

Le premesse da cui muovere per affrontare un discorso su questa nuova figura, che servono ad identificarne le caratteristiche di fondo, possono così riassumersi:

a-il concordato semplificato non è una nuova figura di concordato autonomo cui il debitore possa accedere direttamente, ma una procedura utilizzabile, ad esclusiva iniziativa del debitore, solo come sbocco della composizione negoziata, quando le trattative non abbiano portato ad altre soluzioni; pertanto questa nuova procedura è utilizzabile soltanto dall'imprenditore che abbia seguito il percorso della composizione negoziata, sempre che le trattative siano state avviate per aver ritenuto l'esperto ricorrere concrete prospettive di risanamento e che, all'esito delle stesse, non sia stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendevano probabile la crisi o l'insolvenza.

Tanto si deduce dall'intera intelaiatura della nuova normativa e, in particolare, dalla previsione del primo comma dell'art. 18, per la quale l'imprenditore può presentare una proposta di concordato per cessione dei beni nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della redazione finale redatta dall'esperto nominato per la composizione negoziata al termine dell'incarico e con la quale "dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili".

Di conseguenza, l'aggiunta fatta dalla legge di conversione, all'art. 11, co. 3, dell'art. 11- per il quale il debitore può "proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto", "all'esito delle trattative", è del tutto superflua in quanto non poteva sussistere alcun dubbio che la domanda di concordato semplificato di cui all'art. 18 potesse essere proposta solo all'esito delle trattative, a seguito della relazione dell'esperto che dà atto della impossibilità di un accordo con i creditori o comunque di trovare altre soluzioni concordate; ed infatti il testo della lett. e) del quarto comma dell'art. 17- che consente anche all'imprenditore sotto soglia di "proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto"- è rimasto immutato, Escluso per manifesta illogicità che il legislatore, con la differente formulazione delle due norme, abbia inteso creare un sistema secondo cui l'imprenditore sotto soglia può accedere

al concordato semplificato anche nel corso delle trattative per la composizione negoziata, nel mentre quello fallibile deve necessariamente attendere l'esito delle trattative, sia ha ulteriore conferma della superfluità dell'aggiunta fatta dalla legge di conversione all'art. 11.

b-Il concordato semplificato può assumere soltanto la veste del concordato liquidatorio. Invero, la lett. b) del comma terzo dell'art. 11 recita: "l'imprenditore può proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto" e l'art. 18, a sua volta, identifica il concordato semplificato in "una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 161, secondo comma, lettere a), b), c), d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267".

Espressioni che evidenziano come il ricorso a questo tipo di concordato sia possibile solo quando, preso atto della impossibilità di un accordo con i creditori o comunque di trovare altre soluzioni concordate, rimane quale unica via percorribile quella della liquidazione del patrimonio; il che non esclude, come in ogni concordato liquidatorio, la possibilità di una cessione unitaria dell'azienda o di un ramo della stessa, anche basata su un'offerta precostituita, come previsto dall'art. 19, tuttavia, anche in questi casi, non è richiamabile la figura del concordato con continuità indiretta, sia per la chiara terminologia legislativa, sia per lo scopo del nuovo istituto, consistente esclusivamente nella liquidazione del patrimonio in funzione soddisfacente, in cui la vendita unitaria dell'azienda costituisce solo una modalità per un maggior ricavo rispetto ad una vendita parcellizzata.

Il concordato semplificato è, cioè, costruito dalla legge come la procedura cui il debitore ricorre dopo il fallimento delle trattative della negoziazione, per cercare un regolamento extra fallimentare del dissesto secondo il modello classico della cessione dei beni, in cui manca qualsiasi interesse alla continuità dell'impresa da parte sua o di terzi¹, o, per meglio dire, manca quella componente, di qualsiasi consistenza, di prosecuzione dell'attività aziendale che secondo l'interpretazione della S. Corte² rende applicabile la disciplina speciale prevista dall'art. 186-bis, l. fall.

Tale norma, spiega la Corte, non prevede alcun giudizio di prevalenza fra le porzioni di beni a cui sia assegnato una diversa destinazione, ma una valutazione di idoneità dei beni sottratti alla liquidazione ad essere orga-

1. Di diverso avviso, S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.* 2021, I, 922, per il quale la cessione dell'azienda o di suoi rami, espressamente prevista dall'art. 19 come possibile nucleo del piano di liquidazione, "continua a rappresentare un'ipotesi di continuità alla stregua della disciplina del concordato preventivo".

2. Cfr. Cass. 19 novembre 2018, n. 29742, in *Foro it.* 2019, I, I, 145; Cass. 15 gennaio 2020, n. 734, in *Diritto & Giustizia* 2020, 16 gennaio.

nizzati in funzione della continuazione, totale o parziale, della pregressa attività di impresa e ad assicurare, attraverso una simile organizzazione, il miglior soddisfacimento dei creditori". E l'art. 18, non solo richiama la documentazione di cui all'art. 161 e non quella di cui all'art. 186-bis, che non viene mai menzionato, ma, qualora vi sia la prospettiva di cessione dell'intera azienda o di un ramo della stessa, o sia già stata acquisita una offerta di acquisto del genere, in attesa della realizzazione del trasferimento, non richiede che l'attività continui in modo che l'azienda sia in esercizio (per usare l'espressione dell'art. 186-bis l. fall.) né, ove l'acquisto riguardi un ramo di azienda, che il debitore continui per il futuro l'attività con la parte residua che, invece, va anch'essa liquidata.

Il concordato semplificato, pertanto, è ascrivibile, per qualificazione legislativa, alla categoria dei concordati liquidatori, seppur indirettamente possa favorire la continuità, come lascia intendere il già citato art. 19 quando disciplina la cessione dell'azienda o di ramo della stessa già prima dell'omologa, ma la continuazione dell'impresa è un dato eventuale per nulla valorizzato dal nuovo legislatore, anche quando sia già in corso un affitto di azienda finalizzato al trasferimento della stessa (situazione peraltro che molto probabilmente avrebbe portato ad una soluzione positiva della crisi nella fase della negoziazione); né, peraltro, la semplificazione del rito che, come vedremo, porta direttamente alla omologazione, consente di attuare forme di continuità indiretta momentanea durante la procedura (ad esempio attraverso un affitto dell'azienda effettuato in questa sede) con effetti traslativi dopo l'omologa.

c-Il concordato semplificato non è una sottospecie del concordato preventivo ordinario, ma una figura giuridica a sè, retta da una propria e autonoma disciplina, che contiene disposizioni proprie e specifici richiami di norme dettate per l'ordinario concordato preventivo, ma non un rinvio generalizzato alle stesse.

Ne discende che le uniche norme del concordato preventivo applicabili alla nuova figura di concordato semplificato sono quelle espressamente richiamate, con conseguente inapplicabilità delle regole non richiamate; né gli spazi vuoti possono essere riempiti con l'applicazione analogica della ordinaria normativa in quanto detti spazi non sono da colmare, ma sono le caratteristiche della nuova figura, che lo differenziano dal concordato liquidatorio ordinario. Non a caso, il nuovo concordato è definito semplificato, proprio perché non richiede una serie di requisiti e comportamenti che onerano il debitore che intende accedere e accede all'ordinario concordato, per cui applicare al primo le norme del secondo significherebbe vanificare la portata del nuovo istituto.

d- Questa nuova figura di concordato semplificato non è "transitoriamente legata alla fase emergenziale in corso" tale da essere considerata una "introduzione temporanea"³ in quanto non mi pare avere limiti temporali di applicazione. Invero, il decreto legge n. 118 del 2021 indubbiamente ha introdotto "misure di supporto alle imprese per consentire loro di contenere e superare gli effetti negativi che l'emergenza epidemiologica da SARS-CoV-2 ha prodotto e sta producendo sul tessuto socio-economico nazionale" (come si legge, nel preambolo del decreto legge), ma la pandemia in corso ha rappresentato l'occasione per introdurre strumenti più appropriati a far fronte alla crisi d'impresa, accentuata dalla pandemia; tuttavia nessuna norma collega la durata della vigenza delle nuove norme alla fine della pandemia o alla cessazione dello stato di emergenza, né è previsto, in via generalizzata, un termine temporale per l'applicazione della procedura di composizione negoziata o per il concordato liquidatorio semplificato⁴.

Né, un tale limite può vedersi nella data di entrata in vigore del CCII che introdurrà una nuova normativa sostitutiva della attuale legge fallimentare in quanto i nuovi istituti introdotti dal d.l. n. 118 del 2021 non sono parte della legge fallimentare, per cui la recente normativa dovrà essere coordinata con quella del CCII. Peraltro, appare del tutto irrealistico che sia creata una nuova procedura di composizione della crisi, con l'annessa nuova figura del concordato semplificato, perché trovi applicazione soltanto per il periodo dal 15 novembre 2021 (data di entrata in vigore del d.l. n. 118 del 2021) al 16 maggio 2022 (data di entrata in vigore del CCII, come da ultimo stabilito proprio con recente d.l.).

Le nuove disposizioni in esame potranno anche essere abrogate, ma al momento questo evento non può darsi per certo; anzi, poiché la novità della composizione negoziata è stata introdotta per sopperire alla fragilità della procedura di allerta regolata dal CCII e per offrire agli imprenditori in difficoltà ulteriori strumenti, efficaci e meno onerosi, per il risanamento delle attività che rischiano di uscire dal mercato, è prevedibile che questa nuova figura sarà mantenuta ed eventualmente sarà modificata o abrogata quella di allerta.

2. I presupposti soggettivi ed oggettivi

La prima delle premesse fatte - che, cioè, la nuova figura non può essere utilizzata in via autonoma e immediata ma solo quale sviluppo della composizione negoziata non riuscita - consente di dire, nel silenzio dell'art. 18 e stante il mancato richiamo dell'art. 1 l. fall., che alla nuova procedura concordataria semplificata possono fare ricorso, dal punto di vista soggettivo, solo e tutti coloro che possono chiedere la nomina dell'esperto per la composizione negoziata. Poiché tale nomina può chiederla qualsiasi "imprenditore commerciale e agricolo che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza", (art. 2, co. 1), compreso "l'imprenditore commerciale e agricolo che possiede congiuntamente i requisiti di cui all'articolo 1, secondo comma, l. fall.", (imprenditori sotto soglia o imprese minori, secondo la definizione di cui all'art. 2 del CCII), che si trovi nelle medesime condizioni di squilibrio, appare del tutto palese l'idea del legislatore di dare accesso alla nuova procedura a qualsiasi imprenditore commerciale o agricolo, soggetto a fallimento o a liquidazione straordinaria o a sovraindebitamento, non essendo previsti limiti dimensionali, né verso l'alto né verso il basso. Come del resto precisato anche nella relazione (al testo elaborato dalla Commissione Pagni, in seguito Relazione), ove si dice, appunto, che "Non vi sono requisiti dimensionali di accesso alla composizione negoziata, che è concepita con strumento utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali iscritte al registro delle imprese, comprese le società agricole".

Il nuovo decreto legge contiene una apposita disciplina per l'accesso e lo svolgimento delle trattative in caso di gruppo di imprese, precisando nel primo comma dell'art. 13 che "costituisce gruppo di imprese l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545-septies del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica". Non è questa la sede per un discorso sul "gruppo di imprese" perché, ai fini che qui interessano è sufficiente rilevare che l'art. 13 - che pur detta un criterio unitario per l'individuazione della camera di commercio competente e prevede che unitariamente vengano svolte le trattative per tutte le imprese, salvo che non risultino eccessivamente gravose, ed altro - nel suo ultimo comma stabilisce che "al termine delle trattative, le imprese del gruppo possono stipulare, in via unitaria, uno dei

3. In tal senso A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *dirittodellacrisi.it*, 6 settembre 2021.

4. La situazione pandemica trova espresso riferimento nel decreto in esame al fine di estendere al 31.12.2022 l'orizzonte temporale entro il quale è consentito all'imprenditore in crisi di uscire dalla fase introdotta con il ricorso ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, l. fall. ricorrendo al piano attestato di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d) (art. 21); di consentire che sino al permanere dello stato di emergenza collegato alla pandemia in atto, il termine di cui all'articolo 161, sesto comma, della legge fallimentare sia concesso nella misura massima anche in pendenza di istanza di fallimento (art. 22); di sanare l'improcedibilità, fino al 31 dicembre 2021, dei ricorsi per

la risoluzione del concordato preventivo e i ricorsi per la dichiarazione di fallimento proposti nei confronti di imprenditori che hanno presentato domanda di concordato preventivo con continuità aziendale ai sensi dell'articolo 186-bis l. fall., omologato in data successiva all'1 gennaio 2019 (art. 23, co. 1); per rideterminare equamente le condizioni dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2 (art. 10, co. 2). per apportare una modifica temporanea al procedimento di assegnazione delle risorse del Fondo unico giustizia (art. 26).

contratti di cui all'articolo 11, comma 1, ovvero accedere separatamente alle soluzioni di cui all'articolo 11". Orbene, chi sceglie la via del concordato semplificato, non può che accedere separatamente a tale procedura in quanto gli artt. 18 e 19 del d.l. in esame non contengono alcun riferimento alle società di gruppo e manca qualsiasi disciplina dello svolgimento della procedura unitaria delle più imprese del medesimo gruppo⁵.

Dal primo comma dell'art. 3 del d.l. n.118 del 2021, che prevede l'istituzione di "una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura", si deduce, altresì, che possono accedere alla composizione negoziata solo gli imprenditori iscritti nel registro delle imprese. Pertanto, non possono chiedere la nomina dell'esperto gli imprenditori non iscritti, quali, ad esempio le società di fatto o le holding individuali di fatto⁶, ma neanche gli imprenditori iscritti, ma poi cancellati dal registro delle imprese, anche se non è decorso l'anno da detta cancellazione⁷, posto che il requisito dell'iscrizione è richiesto al momento della domanda, senza eccezioni e senza alcun richiamo all'art. 10 l. fall.

Ne consegue che la platea dei soggetti che possono usufruire, in prima battuta della procedura di accordo negoziato e, in seconda, del concordato semplificato, è più ampia di quella che può accedere al concordato preventivo, essendo quest'ultimo riservato ai soli imprenditori commerciali (non quelli agricoli) che non siano sotto soglia (art. 1 l. fall.), nel mentre la nuova procedura è riservata a qualsiasi debitore che svolga attività d'impresa, iscritto nel registro delle imprese e che non abbia già presentato ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche con riserva, o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, anche ai sensi del comma sesto dell'art. 182-bis l. fall. o ricorso per l'accesso alle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni di cui agli articoli 7 e 14-ter della legge 27 gennaio 2012, n. 3, la pendenza delle quali è ostativa alla presentazione della domanda di composizione negoziata, a norma del secondo comma dell'art. 23 d.l. n. 118 del 2021.

Il presupposto oggettivo per l'accesso (sempre che si sia pervenuti all'esito infausto delle trattative) è, invece, lo stesso su cui si fonda l'ordinario concordato liquidatorio, ossia lo stato di crisi che, come precisa il terzo comma dell'art. 160 l. fall., può comprendere anche una situazione di insolvenza.

È vero, infatti, che il concordato semplificato costituisce uno degli sbocchi della procedura della composizione negoziata e che con questo strumento si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa, ma la modifica apportata dalla legge di conversione al comma 1 dell'art. 9, ammettendo la prosecuzione delle trattative anche nel caso di insolvenza del debitore purché esistano concrete prospettive di risanamento, lascia chiaramente intendere che lo stato di insolvenza del debitore non è preclusivo alla continuazione della composizione negoziata. Ad ogni modo, qualunque sia il significato da attribuire all'espressione "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza" che condiziona l'accesso alla

procedura stragiudiziale, è pacifico che al concordato semplificato il debitore può accedere, come già detto, "quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili"; il che sta a significare che la situazione in cui versa il debitore (o già versava inizialmente) non è quella di una crisi o insolvenza probabile, ma di una crisi o vera e propria insolvenza in atto⁸.

Stabilire, poi, quando l'esperto possa o debba emettere una tale dichiarazione è problema che interessa principalmente i modi di chiusura della fase negoziale, ma che si riversa anche sul concordato semplificato perché vi è chi ritiene⁹ che l'esperto, in qualsiasi momento della procedura di composizione negoziata rilevi che sono venute meno concreta prospettiva di risanamento, debba darne comunicazione all'imprenditore e al segretario della camera di commercio che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata; e una tale soluzione impedirebbe il ricorso al concordato semplificato perché mancherebbe la dichiarazione che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili.

A mio avviso, una volta disposta l'apertura delle trattative per aver l'esperto riscontrata la sussistenza di concrete possibilità di risanamento, il venir meno di questa possibilità deve tradursi non nell'archiviazione, ma nella relazione finale richiamata dall'art. 18, o, se si vuol parlare di archiviazione, che questa, comunque, non escluda la relazione finale che consente l'accesso al concordato semplificato.

Non depone in senso contrario il comma quinto dell'art. 5 lì dove apre la strada all'archiviazione quando l'esperto "non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo" in quanto di questo inciso va data una lettura sistematica in coordinato con le altre disposizioni, prima di tutto dello stesso comma.

Orbene, il primo periodo di tale comma attribuisce all'esperto l'iniziale compito di "valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento" dell'impresa ed allo scopo - precisa la norma - deve convocare "senza indugio" l'imprenditore e può assumere informazioni "dall'organo di controllo e dal revisore legale ove in carica". A questo punto la norma pone all'esperto una alternativa secca: a-se ritiene che le prospettive di risana-

8. Ritorna alla mente la situazione antecedente alla riforma iniziata nel 2005 quando dopo l'amministrazione controllata - alla quale poteva accedere l'imprenditore che si trovava "in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni" - veniva dichiarato il fallimento. La giurisprudenza dell'epoca aveva costruito il concetto di consecuzione ritenendo che la temporanea difficoltà ad adempiere non divergesse dallo stato d'insolvenza, se non per la erronea previsione dell'esistenza di comprovate possibilità di un risanamento dell'impresa fondata sul presupposto che la crisi potesse essere superata; di modo che la dichiarazione di fallimento sanciva la constatazione che erroneamente la crisi era stata valutata reversibile, nel mentre fin dall'inizio l'impresa versava in una situazione di insolvenza. Nella specie in esame, quando la composizione negoziata - cui può accedere l'imprenditore che si trovi in condizione di "squilibrio patrimoniale o che rende probabile la crisi o l'insolvenza", non si conclude con una soluzione idonea a perseguire il risanamento dell'impresa, l'attestazione dell'esperto che esclude che possa essere stipulato uno degli accordi previsti dal primo comma dell'art. 11 o operata una qualsiasi forma di ristrutturazione dei debiti, sancisce la constatazione che quella crisi o pre-crisi o iniziale insolvenza che si credeva potesse essere superata e tale da portare al risanamento dell'impresa era fin dall'inizio irreversibile, tanto da aprire la strada a tutte le procedure che presuppongono (anche o in via esclusiva) l'insolvenza in atto.

9. A. Pezzano-M. Ratti, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa, in dirittodelolacrisi.it*, 21 ottobre 2021; V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata, in dirittodelolacrisi.it*, 26 ottobre; l'Autore non si esprime espressamente sulla possibilità di proporre il concordato semplificato all'esito dell'archiviazione, ma afferma che "Quello che però pareva possibile dopo l'incontro con l'imprenditore, può risultare inattuabile dopo il giro di consultazione con i creditori o altre parti interessate (ad esempio possibili acquirenti dell'azienda o di suoi rami). Anche in questo caso, una volta accertata la mancanza di disponibilità a soluzioni che comunque comportino un accordo con uno o più creditori o l'intervento concordato di altri interessati, si verifica la stessa situazione sopra descritta e identica è la conseguenza: comunicazione dell'impossibilità di perseguire il risanamento e archiviazione della composizione negoziata".

5. Come è noto, il nuovo codice della crisi prevede, negli artt. 284 e segg., che più imprese in stato di crisi o di insolvenza appartenenti al medesimo gruppo possono proporre con un unico ricorso la domanda di accesso al concordato preventivo di cui all'articolo 40 con un piano unitario o con piani reciprocamente collegati e interferenti e ne regola la fattispecie, ma nessuna di queste norme è anticipata nell'attuale decreto legge. Pertanto, quando entrerà in vigore il CCL, sempre che si voglia estendere l'accesso al concordato semplificato di più società dello stesso gruppo per sottoporle ad una procedura unitaria (il che non è scontato giacché la semplificazione cui si ispira la figura in esame mal si concilia con la gestione di una procedura unitaria di più imprese) si porrà la necessità di un riesame della attuale normativa.

6. S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: presupposti e caratteri, in ilcaso.it*, 23 agosto 2021.

7. A. Mancini, *Le "imprese sotto soglia" nel d.l. 118/2021: interazioni con il sovraindebitamento, in ilcaso.it*, 1 settembre 2021.

mento sono concrete, apre le trattative incontrando le altre parti interessate al processo di risanamento alle quali prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata; b-se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

Come si vede, la norma detta i passi iniziali che l'esperto deve muovere subito dopo l'accettazione dell'incarico, indicandogli il criterio per orientarsi se dare o non inizio alle trattative e non per dirgli come chiudere le stesse una volta aperte; in questo contesto, la dizione "all'esito della convocazione" è chiaramente riferita alla convocazione dell'imprenditore, che è l'unico soggetto che, secondo la norma, viene convocato dall'esperto, cui si lega quella di "o in un momento successivo", per significare che il rilevamento della mancanza di prospettive di risanamento che può portare all'archiviazione può avvenire o subito dopo l'audizione del debitore o anche in un momento successivo dopo, ad esempio, aver assunto informazioni dall'organo di controllo, ma pur sempre prima di aprire le trattative con la convocazione degli altri interessati, altrimenti il legislatore avrebbe detto non "o in un momento successivo", ma "o in qualsiasi momento della procedura".

Interpretazione questa che trova riscontro nel comma 7 dell'art. 16 che, in deroga al compenso minimo per l'esperto stabilito dal comma 2 per il caso di svolgimento delle trattative, fissa il compenso per l'esperto di euro 500,00 quando "l'imprenditore non compare davanti all'esperto oppure quando è disposta l'archiviazione subito dopo il primo incontro", ossia quando, subito dopo il primo incontro con l'imprenditore, l'esperto rileva che non ricorrono concrete possibilità di risanamento per cui si procede all'archiviazione; se, invece apre le trattative, il comma 3 dell'art. 16 detta i criteri per la determinazione del compenso dell'esperto, che non richiede necessariamente il successo degli incontri (nel qual caso sono previsti incentivi), ma appunto che, a differenza della citata previsione, le trattative siano aperte, tant'è che il comma due dell'art. 16 prevede un minimo di euro 4.000,00 al di sotto del quale la retribuzione non può scendere¹⁰.

Inoltre, il comma ottavo dell'art. 5 prevede che "al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore ...", e questa è la relazione finale richiamata dall'art. 18, essendo evidentemente una sola "la relazione finale" che redige l'esperto, con la quale, qualora dichiara che "le trattative ... non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili", apre la strada all'accesso al concordato semplificato. Orbene, nel momento in cui, nel corso delle trattative, l'esperto rileva che non sussistono più prospettive di risanamento, l'eventuale l'archiviazione dell'istanza (ove si ammetta tale possibilità) determinerebbe evidentemente la cessazione dell'incarico dell'esperto, il quale, a norma del citato comma ottavo dell'art. 5, dovrebbe comunque redigere una relazione finale, il cui contenuto deve indicare, non solo e non tanto che sono venute meno prospettive di risanamento, ma, principalmente, quale è stato l'esito delle trattative, e cioè se esse sono sfociate in uno degli accordi di cui al primo comma dell'art. 11 o nella possibilità di adire ad un accordo di ristrutturazione oppure se nessuna di queste prospettive si è dimostrata realizzabile, che apre al debitore la possibilità, tra le altre, di accedere al concordato semplificato.

Invero, lo scopo del risanamento dell'impresa è elemento primario e fondamentale della composizione negoziata, per cui, se fin dall'inizio emerge che tale scopo non può essere realizzato, diventa superfluo aprire la fase delle trattative e, di conseguenza, la relativa istanza va archiviata. Qualora, invece, l'esperto ritenga che ricorrono concrete possibilità di risanamento, si aprono le trattative con i creditori e gli altri interessati

perché le prospettive di risanamento richiedano di essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito, per cui in questa fase ciò che rileva non è più tanto il risanamento, quanto trovare un accordo con i creditori che porti a tale risultato.

Questo dato emerge chiaro dal secondo comma dell'art. 2, per il quale il compito dell'esperto è quello di agevolare "le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa"; precisazione che fa capire che il vero scopo della trattativa è trovare un accordo con i creditori, in cui il risanamento rimane sullo sfondo quale finalità ideale (nessuna norma, infatti, si interessa o accenna alla sorte dell'azienda una volta ceduta né pone qualche condizione finalizzata al mantenimento in vita della stessa a garanzia della continuità, come ad esempio fa l'art. 84 CCII).

È vero che, a seguito della riscrittura del primo comma dell'art. 9 le trattative possono continuare anche "quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento", tuttavia, in questo caso, il legislatore ha espressamente richiesto che il debitore gestisca l'impresa nel prevalente interesse dei creditori, cercando l'improbabile conciliazione dell'interesse di questi con la continuazione dell'attività di una impresa insolvente nella ricorrenza di prospettive di risanamento, la presenza delle quali dovrebbe, quanto meno, essere condivisa dai creditori, seppur nulla è detto in proposito essendosi il legislatore affidato ad un impersonale "quando risulta". Ossia, proprio questa modifica sta a significare che, nonostante l'insolvenza, la composizione negoziata può legittimamente proseguire purché la gestione non sia meramente conservativa, ma finalizzata alla tutela degli interessi dei creditori in quanto è ravvisabile uno degli *exit* di cui all'art. 11; di modo che l'esperto, nel momento in cui rileva l'impossibilità di raggiungere questo traguardo, non può fare altro che redigere la relazione finale con cui dà atto che le trattative non hanno avuto successo e che le soluzioni di cui all'art. 11 non sono praticabili.

Del resto, se una parte consistente dei creditori, pensandola diversamente dall'esperto sulle prospettive di risanamento, ritiene inutile trattare o ritiene, pur condividendo l'idea dell'esperto sul future prospettive dell'impresa (che sia o non in stato di insolvenza), di non accettare le proposte fino a quel momento emerse, non si vede come possano essere continuate le trattative né come si possa procedere al risanamento senza la collaborazione dei creditori e altre parti interessate; il che conferma che a guidare l'operato dell'esperto in questa fase non possono essere solo le prospettive del risanamento dell'impresa ma, come precisa il secondo comma dell'art. 2, egli deve agevolare "le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa".

Pertanto, quando nel corso delle trattative si riscontra che non sussistono (o già non sussistevano dall'inizio) le pronosticate concrete possibilità di risanamento, non si riproduce la stessa situazione in cui l'esperto si trovava prima di cominciare a sentire i creditori e gli altri interessati, ma si ha la conferma, dopo le consultazioni con i creditori e gli altri interessati, che le trattative finalizzate ad individuare una soluzione concordata idonea al superamento della crisi non hanno avuto esito positivo e che non è possibile un accordo con i creditori. In tal modo, l'esperto implicitamente attesta che è venuta meno la possibilità di risolvere la crisi in un modo che consenta il risanamento dell'impresa salvando la continuità, per cui non rimane che liquidare il patrimonio del debitore quale unica strumento per soddisfare i creditori. E sarebbe davvero illogico che, una volta aperte le trattative (che possono durare fino a 180 giorni prorogabili per un eguale periodo), proprio nel momento in cui si accerta che l'impresa non può essere risanata e si apre l'alternativa della liquidazione, impedire, con la dichiarazione di archiviazione, l'accesso alla procedura di concordato semplificato, che ha la dichiarata funzione di liquidare il patrimonio del debitore quando le altre soluzioni conservative sono risultate inutili.

10. Non vi è dubbio che la differenza tra il compenso liquidabile quando l'imprenditore non compare davanti all'esperto oppure quando è disposta l'archiviazione subito dopo il primo incontro e (solo) quello minimo previsto per il caso di apertura delle trattative possa costituire un incentivo per l'esperto ad iniziare le trattative e dichiarare la mancanza di possibilità di risanamento dopo qualche incontro, ma questa è la norma e adducere *inconveniens non est solvere argumentum*.

3. La procedura. La fase iniziale della presentazione della domanda e effetti della stessa

La proposta di concordato semplificato va presentata entro sessanta giorni dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto, resa all'esito del tentativo di composizione negoziata e di cui si è detto; termine evidentemente decadenziale non essendo previste proroghe o eccezioni. Tale proposta, unitamente al piano di liquidazione e alla documentazione richiesta dalla legge, va presentata al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa¹¹, con un ricorso col quale si chiede contestualmente la omologazione del concordato.

Nulla è detto circa l'assistenza o meno di un legale, ma considerato che, a norma del primo comma dell'art. 161 l. fall., il ricorso per concordato ordinario può essere sottoscritto dal debitore, a maggior ragione è da escludere la necessità dell'assistenza di un legale per la presentazione del ricorso in discussione, che, sebbene dia impulso ad un procedimento di connotazione sicuramente giudiziale, introduce un procedimento più semplificato di quello ordinario, all'esito, peraltro di un altro procedimento seppur di natura stragiudiziale nel corso del quale già sono stati sentiti i creditori. Nel caso la domanda sia proposta da una società, in mancanza anche qui di qualsiasi indicazione, presumibilmente dovrà essere applicabile la disciplina del codice civile dettata con riferimento a ciascun tipo sociale per la delibera di atti di straordinaria importanza per la vita della società, salva diversa disposizione statutaria, e non la norma speciale di cui all'art. 152 l. fall. non richiamato.

Nonostante la non felice formula legislativa che attua una inutile scissione tra la presentazione della proposta, di cui al comma 1 dell'art. 18, e la domanda di omologazione di cui al comma 2, che invece sono contestuali e vanno fatte entrambe con lo stesso ricorso¹², si capisce che l'imprenditore deve chiedere con ricorso al tribunale competente l'omologazione del concordato, contestualmente presentando la proposta concordataria, il piano di liquidazione e i documenti indicati nell'art. 161, secondo comma, lettere a), b), c), d), l. fall.; non viene richiamato il terzo comma della stessa norma, per cui il proponente non è tenuto a produrre la relazione dell'attestatore di cui tratta la norma fallimentare, che è sostituita dalla certificazione rilasciata all'esito del tentativo di composizione negoziata circa l'impossibilità di individuare una soluzione idonea al superamento della crisi.

Anche le imprese sotto soglia, come detto, possono proporre domanda di concordato semplificato, giusto il disposto della lett. e) del comma terzo dell'art. 17, ma mentre per esse è dettata una apposita disciplina per la fase negoziale, nulla è detto in ordine al concordato semplificato, per cui valgono le stesse norme poste per le imprese di dimensioni superiori. Piuttosto va rilevato che la condizione per accedere al concordato semplificato indicata nella parte iniziale del comma quarto dell'art. 17, che regge l'intero comma, è poco aderente alla fattispecie; invero, secondo tale comma, "Quando è individuata una soluzione idonea al superamento del-

la situazione di cui al comma 1, le parti possono, alternativamente" adire a varie soluzioni, tra cui quella di proporre una domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18, che, all'evidenza, presuppone, come precisa l'art. 18, che non sia stata trovata una soluzione idonea al superamento della crisi.

Il mancato richiamo dell'art. 161, co. 6, l. fall., nonché l'impianto iniziale che si realizza con la richiesta diretta di omologazione e la sequenza procedurale di cui si dirà in prosieguo portano ad escludere, con sufficiente certezza, che questa nuova figura possa essere preceduta dalla richiesta di concessione di un termine per presentare la proposta e il piano; peraltro il termine decadenziale di 60 giorni dalla comunicazione della relazione finale negativa dell'esperto entro cui il debitore deve presentare domanda di omologazione del concordato semplificato coincide con il termine minimo che il tribunale può concedere ai sensi del sesto comma dell'art. 161, l. fall., sicché il debitore, se chiede la concessione di quest'ultimo termine non sarà più in tempo per avvalersi del concordato semplificato per intervenuta decadenza.

Il ricorso, presentato al tribunale, è comunicato al P.M. e pubblicato dal cancelliere nel registro delle imprese entro il giorno successivo alla sua presentazione, in perfetta corrispondenza a quanto previsto dalla prima parte del comma quinto dell'art. 161 e dalla data della pubblicazione del ricorso si applicano gli artt. 111, 167, 168 e 169 l. fall., dispone il secondo comma dell'art. 18.

Trattandosi esattamente degli stessi effetti prodotti dalla presentazione o pubblicazione della domanda di concordato ordinario, non è il caso di soffermarsi sugli stessi, se non per sottolineare qualche aspetto di particolare interesse.

Uno di questi è il richiamo all'intero art. 111, per cui sono da considerare prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione del concordato semplificato. Tra questi sicuramente non vanno compresi i crediti sorti nel corso della composizione negoziata che precede il concordato sia perché non contratti in funzione della successiva procedura sia perché la prededucibilità nel corso della fase- di natura negoziale e non concorsuale- è legislativamente limitata alle ipotesi di cui alle lett. a), b) e c) del comma primo dell'art. 10 e al compenso dell'esperto (art. 16, co. 11); quelli, invece sorti in corso di concordato semplificato, salvo diversi accordi tra le parti, devono, ove non contestati, essere soddisfatti durante il procedimento man mano che vengono a scadenza, senza necessità di attendere l'omologazione e, comunque, prima del soddisfacimento dei creditori anteriori, con la possibilità del differimento del pagamento in assenza di risorse immediatamente disponibili qualora, nel corso della procedura, vengano momentaneamente a mancare le risorse utili a soddisfare i crediti prededucibili scaduti; la prededucibilità acquisita nel corso del concordato rimane, nei limiti consentiti dal secondo comma dell'art. 11 l. fall., anche nel successivo fallimento. Se contestati, mancando, come in tutti i concordati preventivi, un subprocedimento di accertamento del passivo, le contestazioni vanno risolte dal giudice ordinario e, neanche in via provvisoria, dal giudice delegato, mancando questa figura, nonché la votazione in vista della quale è dettato l'art. 176 l. fall.

Questa scelta di richiamare l'art. 111 non è stata molto felice in ottica futura perché, all'entrata in vigore del CCII, richiederà un profondo adeguamento alla qualificazione della prededuzione data dall'art. 6 del CCII, che, in controtendenza rispetto all'attuale legge fallimentare e agli approdi consolidati della più recente giurisprudenza di legittimità, individua analiticamente le ipotesi di prededuzione; pertanto alle procedure alle quali si applicherà la disciplina del CCII, dovranno essere seguiti i criteri di cui all'art. 6, che non contempla, ovviamente, il concordato semplificato, per cui se questo istituto rimane, la prededuzione, non più regolabile dall'art. 111 l. fall., dovrà essere integralmente rivista per essere adeguata alla futura normativa; il che induce a ritenere che sarebbe stato meglio limitarsi ad attribuire la prededuzione ai crediti sorti nel corso della procedura.

Il richiamo dell'art. 167 l. fall. ribadisce che anche nel concordato semplificato il debitore, in costanza di procedura, subisce uno spopolamento attenuato che, diversamente da quanto accade nel fallimento, gli consente di conservare l'amministrazione dei beni e la gestione dell'impresa fino

11. Viene presa in considerazione solo la sede dell'impresa al momento della presentazione della domanda, non rilevando l'eventuale trasferimento intervenuto nell'anno precedente, di cui si parla il primo comma dell'art. 161 l. fall. non è richiamato. Ovviamente la sede del tribunale competente può essere diversa da quella della Camera di commercio, presso la quale si è svolta la composizione negoziata (la cui competenza è data dalla iscrizione del proponente nel relativo registro delle imprese), stante la non coincidenza della circoscrizione di questi enti con quella dei tribunali, specie dopo la forte riduzione dei primi.

12. Posto, infatti, che l'oggetto della domanda è la richiesta di omologazione, rispetto alla quale la proposta presentata è, a sua volta, l'oggetto dell'esame per la omologazione, si poteva eliminare il primo periodo del secondo comma dell'art. 18 e scrivere il primo più o meno nel seguente modo: "Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che... l'imprenditore può, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 5, comma 8, chiedere, con ricorso presentato al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale, la omologazione del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Con il ricorso il debitore deve presentare la proposta di concordato unitamente al piano di liquidazione e i documenti indicati nell'articolo 161, secondo comma, lettere a), b), c), d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267".

all'omologa, seppur sotto la vigilanza dell'organo nominato dal tribunale. Pertanto gli atti indicati dal secondo comma di tale norma sono soggetti all'autorizzazione del giudice che, nel concordato ordinario, è il giudice delegato, la cui nomina non è però contemplata nel concordato semplificato; presumibilmente, quindi l'autorizzazione compete al tribunale, che è l'organo giudiziario chiamato in causa, come, infatti, espressamente risulta dal terzo comma dell'art. 19, che, appunto, richiede l'autorizzazione del tribunale per la vendita del complesso aziendale o rami della stessa o singoli beni prima dell'omologazione.

L'applicazione dell'art. 168 l.fall. viene incontro all'esigenza di attuare, fin dall'inizio, una protezione del patrimonio del debitore e dell'impresa dalle aggressioni dei creditori, in modo da consentire il buon esito della procedura, in quanto la concorsualità non consente, a tutela dell'interesse collettivo, che ciascun creditore possa conservare l'iniziativa di agire sui beni del debitore. La protezione, infatti, scatta, come nell'ordinario concordato, con l'iscrizione nel registro delle imprese della domanda di concordato, ed anche questa normativa dovrà essere coordinata col il sistema dettato dagli artt. 54 e 55 CCII, completamente diverso (in gran parte ripreso dagli artt. 6 e 7 per le misure protettive nella fase negoziata).

Quanto alla durata, invece, non sembra porsi un problema di coordinamento in ottica futura. È vero, infatti, che sia l'art. 6 della Direttiva 20 giugno 2019 n. 1023, (per il cui recepimento è stata fissata la nuova data del 17 luglio 2022) che l'art. 8 del CCII indicano la durata massima di quattro mesi della sospensione delle azioni esecutive individuali, prorogabile fino al termine massimo di dodici mesi, onde evitare che la sospensione leda eccessivamente i diritti dei creditori, ma la struttura del concordato semplificato che, come detto, prevede l'immediata fissazione dell'udienza di omologazione, fa presumere che l'omologa intervenga nel termine indicato. È anche vero che le misure protettive sono contemplate anche nella fase della procedura di composizione negoziata, ma la durata di queste non si cumula a quella successiva del concordato giacché, a norma del comma ottavo dell'art. 5, l'esperto, al termine dell'incarico, qualora siano state concesse misure protettive, deve trasmettere la relazione finale, oltre che all'imprenditore, anche "al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti", per cui con la fine della procedura di composizione negoziata viene meno la precedente protezione del patrimonio e inizia quella derivante dalla iscrizione della domanda di concordato semplificato nel registro delle imprese.

Col richiamo dell'art. 169 l.fall. si rendono applicabili al concordato semplificato, a far data sempre dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese - in quanto così disposto da secondo comma dell'art. 18 e non dalla presentazione della domanda, come prescrive l'art. 169 l.fall., l'art. 45 e gli artt. da 55 a 63, così come nel concordato ordinario.

4. Il contenuto della domanda

Avendo la legge qualificato la nuova figura in esame quale concordato per la liquidazione del patrimonio, il contenuto della domanda di omologazione di un tale tipo di concordato è quello tipico di un concordato con cessione dei beni, che, come è noto, nonostante la libertà data al debitore dalla riforma degli anni 2005-2007 di ristrutturare i debiti e soddisfare i creditori "attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni", che ha attribuito al concordato con cessione dei beni una profonda atipicità, segue nella prassi prevalentemente il modello che si sostanzia nella messa a disposizione dei creditori dei beni costituenti il patrimonio del debitore, con trasferimento dei soli poteri gestionali e dispositivi, finalizzati alla liquidazione dei beni, nella loro interezza o particellizzati, e al riparto del ricavato nell'interesse dei creditori.

Il concordato semplificato può avere la stessa struttura, ma ingloba anche la figura di una proposta c.d. chiusa, che contenga la predeterminazione delle modalità della liquidazione, del o degli acquirenti, il prezzo di vendita ecc., preceduta, come spesso avviene, da contratto di affitto di azienda con diritto di prelazione; questa fattispecie è normalmente ascrivibile al concordato con continuità indiretta, ma può rientrare nel concordato sem-

plificato in quanto, come detto fin dall'inizio, l'ottica in cui si muove questa procedura è solo ed esclusivamente liquidatoria, per cui anche la vendita unitaria dell'azienda o di rami della stessa non è considerata sotto il profilo del risanamento dell'impresa, finalità ormai già accantonata a causa dell'esito infausto delle trattative, ma è vista solo come occasione di una più proficua liquidazione.

A differenza del concordato liquidatorio ordinario, per quello in esame non è indicata alcuna soglia minima di soddisfazione dei creditori chirografari quale presupposto di ammissibilità del concordato, né vi è alcun richiamo all'ult. comma dell'art. 160 l.fall. (anzi manca qualsiasi richiamo a questa norma nella sua interezza); pertanto, nel concordato semplificato è inesistente l'obbligo di assicurare ai creditori chirografari il pagamento del 20% minimo, come disposto dall'ult. comma dell'art. 160 l.fall., né è richiesto l'apporto di risorse esterne che incrementi di almeno il 10%, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale il soddisfacimento dei creditori chirografari, come ulteriormente richiesto dall'ult. comma dell'art. 84 CCII.

Sembrano passati anni luce dal 2015, quando il legislatore, constatato che la libertà lasciata al debitore concordatario di offrire anche una percentuale irrisoria di pagamento ai creditori chirografari non aveva dato buon esito, imprimeva una nuova svolta legislativa nella direzione di un ripensamento della tutela del ceto creditorio con il d.l. n. 83 del 2015, convertito nella legge n. 132 del 2015, aggiungendo nell'art. 160 un ultimo comma che la proposta di concordato con cessione dei beni deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari; introduceva nuovi istituti tesi a favorire la competitività, quali le proposte e le offerte concorrenti di cui agli artt. 163 e 163-bis, e abrogava quel meccanismo cardine di *favor* per la soluzione concordata della crisi di impresa, introdotto soltanto nel 2012, e costituito dal c.d. silenzio assenso.

Nessuna nostalgia per la previsione di una soglia minima, ma non può non ricordarsi che tale limite è rimasto anche nel nuovo codice della crisi, anzi è stato rafforzato con l'ulteriore previsione del necessario apporto di risorse esterne tali da incrementare di almeno il 10% rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale il soddisfacimento dei creditori chirografari (art. 84, ult. comma, non modificato dal decreto correttivo n. 147 del 2020), in modo da non privare i creditori del vantaggio che, in tal caso, il concordato liquidatorio effettivamente per loro presenta rispetto all'alternativa della semplice liquidazione giudiziale.

Pertanto, per accedere al concordato liquidatorio ordinario il debitore deve, oggi, assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, e, dal 16 maggio del 2022, anche incrementare con risorse esterne di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, nel mentre questi vincoli spariscono nel concordato semplificato, senza peraltro una adeguata spiegazione che giustifichi una inversione di tendenza così radicale e improvvisa. Non è una questione di percentuali, ma il fatto che mentre il concordato liquidatorio ordinario è visto, specie nel nuovo codice con tale sfavore, al punto che, quando null'altro v'è da fare, se non liquidare i beni del debitore per soddisfare al meglio le ragioni dei creditori, è preferibile ricorrere alla procedura liquidatoria per eccellenza, a meno che non vi sia un apporto di risorse esterne tale da incrementare di almeno il dieci per cento la soddisfazione dei creditori rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il concordato semplificato, pur esso di carattere liquidatorio, è visto con particolare favore, al punto da promuoverlo come la soluzione più appetibile tra quelle possibili proprio quando null'altro v'è da fare, se non liquidare i beni del debitore per soddisfare al meglio le ragioni dei creditori, essendo tramontate le velleità di risanare l'impresa o di trovare comunque una soluzione concordata con i creditori.

Il contenuto della proposta del concordato in esame è improntato, quindi, alla massima flessibilità, in cui gli unici criteri da seguire sembrano essere quelli che individuano l'oggetto del giudizio di omologazione e, quindi, rispettare l'ordine delle cause di prelazione, proporre un piano che possa superare il vaglio della fattibilità giuridica ed economica in forza del quale i creditori non vengano a percepire meno di quanto potrebbero ottenere in caso di fallimento e prospettare le utilità, non necessariamente in denaro, per ciascun creditore.

Quest'ultimo requisito, nella carenza del richiamo dell'art. 160 l. fall., costituisce l'unico appiglio che giustifica la corresponsione di un quid, anche non in danaro, ai creditori chirografari; eliminata, tuttavia, la soglia minima di soddisfazione per la categoria dei chirografari, l'utilità per costoro è diventata molto evanescente non dovendo più essere adeguata alla previsione del raggiungimento di un traguardo prefissato dalla legge; se, infatti, non esiste la necessità di assicurare ai chirografari il pagamento del 20%, il debitore, ammesso che debba offrire qualcosa ai creditori chirografari, può promettere qualsiasi percentuale, anche irrisoria se i beni ceduti non consentono di meglio e, quindi, anche l'utilità per i creditori non può che essere parametrata su queste unità di misura.

Conclusione che non muta se si capovolge il discorso e, sparita la percentuale minima di soddisfazione, si pone l'utilità come criterio unico e principale, nel senso che, indipendentemente dalla consistenza patrimoniale del debitore, ai chirografari debba essere comunque assicurata una qualche utilità, anche diversa dal danaro, perché rimane, in tal caso, il problema di stabilire l'entità e la consistenza di questa utilità; ed allora anche il beneficio immediato degli scarichi fiscali¹³, a fronte della dimostrata insoddisfazione del credito, diventa una utilità vantaggiosa.

In sostanza la previsione della utilità per i creditori consente al debitore di frazionare ancor di più liberamente le modalità di soddisfacimento di costoro, posto che non è necessario offrire modalità estintive in danaro ma è sufficiente fare in modo che i beni messi a disposizione dei creditori assicurino, nei limiti della loro consistenza e in termini di ragionevole certezza, una qualche utilità che può ricomprendere la continuazione o la contrattualizzazione di nuovi rapporti commerciali in caso di cessione di azienda, o qualsiasi altra utilità che il creditore valuti per il creditore rende il concordato preferibile al fallimento; da cui si deduce che la previsione della utilità assume rilievo prevalentemente nel concordatario con continuità aziendale¹⁴.

Né varrebbe dire che una soddisfazione irrisoria sarebbe inidonea a concretare la ricorrenza della causa del concordato nella singola proposta, come si diceva prima della fissazione della soglia minima nel 2015¹⁵, o che una proposta irrisoria sarebbe una proposta priva di causa¹⁶ perché, come acutamente obiettato¹⁷, "quando si è postulato che la causa del concordato è la regolazione della crisi e non il soddisfacimento dei creditori si è implicitamente negato che una proposta irrisoria sia inammissibile perché priva di causa". Ed, infatti, la Cassazione, con riferimento all'epoca in cui non ancora esisteva un limite minimo di soddisfazione dei creditori chirografari, sebbene un soddisfacimento a costoro dovesse essere dato in base alle previsioni dell'art. 160 l. fall., ha chiarito che "la causa concreta della procedura di concordato preventivo, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha un contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, nel contempo, all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei credi-

tori. In questa prospettiva interpretativa non è possibile individuare una percentuale fissa minima al di sotto della quale la proposta concordataria possa ritenersi - secondo la disciplina applicabile *ratione temporis* -, di per sé, inadatta a perseguire la causa concreta a cui la procedura è volta"¹⁸.

In un sistema del genere giustamente nel decreto legge n. 118 del 2021 non era contemplata la facoltà per il debitore di dividere i creditori in classi e, nel silenzio della legge, il debitore di sicuro non poteva procedere alla classazione in quanto la formazione delle classi introduce un meccanismo eccezionale che altera la parità di trattamento tra creditori che si trovano nella medesima condizione, essendo finalizzata a proporre trattamenti differenziati tra i creditori, che pur trovandosi giuridicamente nella medesima posizione, vengono collocati in classi diverse.

La legge di conversione ha introdotto nel comma primo dell'art. 18 la previsione che "La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi", di modo che il debitore, ove prometta il pagamento di una percentuale ai creditori chirografari, può anche procedere alla classazione degli stessi offrendo trattamenti differenziati.

Non è stata questa, a mio avviso, una scelta felice, se la si collega alla abolizione del limite di cui all'ult. comma dell'art. 160 l. fall. Vigendo, infatti, la soglia minima di soddisfazione di cui all'ult. comma dell'art. 160 l. fall., tale libertà trova un contenimento proprio in tale soglia, rimanendo solo da discutere se, nel caso di concordato ordinario con classazione, il limite del pagamento del 20% vada riferito a ciascun creditore, nel senso che a ciascun chirografario deve essere assicurato il pagamento di tale quota, che, quindi, costituirebbe il livello minimo di soddisfazione per ogni classe, o sia possibile una distribuzione differenziata che assicuri il pagamento ad alcune classi di un livello inferiore a quello di legge e ad altre superiore, fermo restando che il complesso delle risorse messe a disposizione debba essere non inferiore al 20% del totale dei crediti chirografari.

Eliminata nel concordato semplificato la soglia di soddisfazione minima dei creditori chirografari, si vede chiaramente come l'aver concesso al debitore di dividere costoro in classi, gli consenta l'ulteriore libertà di selezionare i creditori che intende privilegiare, inserendoli in determinate classi, con sacrificio di altri, accentuando il rischio di manovre poco trasparenti, tanto più che manca sia la votazione dei creditori - in cui la classazione assume rilievo - sia il controllo del giudice, non essendo riprodotta nell'art. 18 la previsione dell'art. 163, co. 1, l. fall. che assegna al tribunale, quale condizione di ammissione alla procedura concordataria, la valutazione "della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi". E questa ulteriore libertà concessa al debitore accentua, altresì, la forza persuasiva che la prospettiva del concordato semplificato assume nel corso delle trattative per la composizione negoziata in quanto i creditori sanno che, all'esito negativo delle stesse, l'imprenditore potrà liberarsi delle sue obbligazioni con un concordato liquidatorio improntato alla massima flessibilità, cui ora si aggiunge l'ulteriore rischio di subire, attraverso la formazione delle classi, un trattamento differenziato, eventualmente punitivo per chi si è opposto ad una soluzione negoziata, rispetto ad altri che si trovano nella stessa posizione giuridica.

La eliminazione della soglia minima di soddisfazione per i chirografari, nel contesto del mancato richiamo dell'art. 160 l. fall., il cui secondo comma prevede il ricorso ad una stima per rapportare il livello di pagamento offerto ai creditori prelatizi alla capienza sui beni gravati, pone l'interrogativo del trattamento di questa categoria di creditori nel concordato semplificato e, cioè, se e a quali condizioni, è possibile la soddisfazione parziale di costoro. È difficile pensare che si sia ritornati alla opinione precedente alla decreto correttivo n. 169 del 2007 (che ha introdotto il secondo comma dell'art. 160), secondo cui i crediti prelatizi dovevano essere soddisfatti per intero, perché l'omologazione del concordato semplificato richiede sia il raffronto con la potenzialità realizzativa dei beni in una eventuale liquidazione fallimentare, che segna il confine massimo della soddisfazione dei creditori, per cui solo una proposta al di sotto di questo potrebbe essere considerata pregiudizievole per i creditori, sia un controllo sulla regolarità della graduazione prospettata. Offrire, infatti, ad un creditore ipotecario o

13. Esempio di utilità addotto da M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *ilcaso.it* 6 agosto 2015.

14. Nei concordati con cessione dei beni, infatti, l'adempimento consiste prevalentemente nel pagamento di una somma di danaro, per cui l'utilità specifica e la valutazione economica si riassumono nella somma e percentuale di pagamento che vengono offerti e che per definizione sono specifiche ed economicamente valutabili. È invece nei concordati in continuità, diretta o indiretta, che ai creditori può essere più facilmente offerto, al posto di un pagamento in danaro, un bene diverso, quale il mantenimento dei rapporti contrattuali o altro e, in tal caso, sorge la necessità di spiegare l'utilità che questa forma di *datio in solutum* può dare.

15. Trib. Bergamo 4 dicembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 832; Trib. Modena 3 settembre 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 832; Trib. Padova 6 marzo 2014, in *Giur. comm.*, 2015, II, 832; Trib. Roma 16 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 551.

16. F. Macario, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 732.

17. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, Bologna, 2014, 49; ID, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fallimento*, 2016, 574, e specifico, 578.

18. Cass. 8 febbraio 2019, n. 3863, in *dirittodellacrisi.it*.

ad un pignoranzio o ad un privilegiato speciale un importo svincolato dal valore del bene o dei beni gravati, altera l'ordine delle cause di prelazione in quanto non si soddisfa il creditore nella misura data dalla sua garanzia.

5. La procedura. La fase iniziale. Poteri del giudice

È pacifico, quindi, che l'imprenditore che intende accedere al concordato semplificato non è tenuto a presentare al tribunale competente una domanda di ammissione alla procedura, come invece richiedono l'art. 161 co. 1 l. fall. e l'art. 40 e segg. CCII, ma a questo chiede direttamente l'omologa del concordato, sulla base della proposta e del piano liquidatorio presentati, per cui manca un qualsiasi preventivo vaglio di ammissibilità da parte dell'organo giudiziario; omissione che viene convincentemente spiegata con il fatto che la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e la non percorribilità di altre soluzioni sono state già esaminate dall'esperto indipendente e rappresentate nella relazione finale che chiude la composizione negoziata.

La mancanza di una decisione sull'ammissibilità esclude che il tribunale possa concedere un termine al debitore per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, come previsto dal primo comma dell'art. 162 l. fall. e, tanto meno, che possa compiere, in questa fase, un vaglio sulla fattibilità, come consente, invece, l'art. 47 CCII, o che debba emettere un decreto di apertura della procedura, come indicato dall'art. 163, co. 1 l. fall. e dall'art. 47 CCII, tant'è che nella parte finale del comma ottavo dell'art. 18, nel rendere applicabile alla fattispecie l'art. 173 l. fall. si precisa che a tal fine "il decreto di cui al comma 4 (quello con cui il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato) equivale all'ammissione al concordato", né, infine, il tribunale deve procedere alla nomina di un giudice delegato alla procedura, che è figura non contemplata.

In sostanza il tribunale deve solo nominare un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., e fissare l'udienza per l'omologa e, alla luce di quanto richiesto dal terzo comma dell'art. 18 come propedeutico a tale attività, deve valutare la ritualità della proposta e acquisire la relazione finale dell'esperto con la quale dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, nonché il parere reso dallo stesso esperto sui presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte.

Lo scopo dell'acquisizione di tale parere, nella versione del d.l., non era chiara in quanto il terzo comma dell'art. 18 ne prevedeva l'acquisizione unitamente alla relazione finale da parte del tribunale, ma il comma quarto aggiungeva che "Con il medesimo decreto il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c)...", per cui, come si vede, acquisito il parere dell'esperto, nominato l'ausiliario e fissata la data dell'udienza per l'omologa, andava trasmessa ai creditori solo la relazione e non anche il parere dell'esperto, bensì quello dell'ausiliario, il quale, essendo nominato contestualmente al decreto che fissava la comunicazione del suo parere e l'udienza, non aveva certo il tempo per formulare il proprio parere.

A queste carenze ha ovviato la legge di conversione aggiungendo nel comma terzo che il tribunale, all'atto della nomina dell'ausiliario ai sensi dell'articolo 68 c.p.c., assegna "allo stesso un termine per il deposito del parere di cui al comma 4" e precisando in quest'ultimo che "il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori,

Il legislatore della conversione ha, quindi, statuito che vanno trasmessi ai creditori sia il parere dell'esperto che quello dell'ausiliario e questa innovazione ha il merito di meglio delineare i poteri del giudice in questa fase, contestualmente fornendo la ragione dell'acquisizione del parere dell'esperto.

Per la verità già prima della innovazione si poteva sostenere che l'acqui-

sizione del parere dell'esperto non costituiva oggetto di valutazione nel merito da parte dell'organo giudiziario per stabilire se dar corso alla procedura, nominando l'ausiliario e fissando l'udienza per l'omologa. Se, infatti, il legislatore avesse voluto subordinare tale provvedimento alla verifica dei presumibili risultati della liquidazione attestati dall'esperto, avrebbe dovuto dirlo, disponendo nel terzo comma dell'art. 18, che il tribunale provvede alla nomina dell'esperto e alla fissazione dell'udienza non "valutata la ritualità della proposta" e "acquisiti la relazione finale ... e il parere dell'esperto ..." - ove i due verbi utilizzati: valutare e acquisire, sono significativi di diversi comportamenti in quanto solo il primo presuppone un giudizio nel mentre il secondo individua un atto materiale-, ma, quanto meno, "valutata la proposta", se proprio non si voleva utilizzare una formula più corretta e discorsiva del tipo, "valutati la regolarità della proposta e i presumibili risultati della liquidazione".

La previsione della comunicazione ai creditori anche del parere dell'esperto elimina ogni residuo dubbio in ordine allo scopo dell'acquisizione dello stesso, in quanto fa capire che il tribunale acquisisce tale parere, come la relazione finale dell'esperto, allo scopo di trasmetterlo ai creditori; rimane quindi il dato, oggi più inconfutabile di ieri, che, all'atto della presentazione della proposta di concordato semplificato e della relativa domanda di omologazione, il tribunale - nella carenza di un giudizio sull'ammissione del concordato e stante la rapida scianzione che porta al giudizio di omologa, dove invece tale organo è chiamato a una valutazione comparativa tra proposta concordataria e fallimento o liquidazione giudiziale - non debba svolgere controlli di merito sui presumibili risultati della liquidazione; pertanto, ove riscontri la regolarità formale della proposta, che attiene evidentemente alla correttezza del percorso relativo alla presentazione della domanda (presenza della relazione finale e del parere dell'esperto, presentazione del ricorso nel termine di legge, competenza del tribunale adito, ecc.) deve procedere alla nomina dell'ausiliario ex art. 68 c.p.c. ed a fissare la data dell'udienza di omologa, salvo che non rilevi la sussistenza di una manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi che poi dovranno essere oggetto del giudizio di omologa.

Rimane il fatto che il legislatore non ha indicato quale debba essere il contenuto del parere dell'ausiliario, ma in questa fase iniziale è logico presumere che tale organo non possa che esprimersi (solo o anche) sui presumibili risultati della liquidazione, che costituisce oggetto del parere dell'esperto, di modo che la trasmissione ai creditori sia del parere dell'esperto che di quello dell'ausiliario può creare confusione nei destinatari in caso di difformità di conclusioni. Una volta che si è coinvolto l'esperto nel concordato semplificato, tanto valeva valorizzare il parere di costui disponendo la comunicazione dello stesso ai creditori e non di quello dell'ausiliario, lasciando che questi, organo della procedura del concordato semplificato, esprimesse la sua opinione, non nella fase iniziale, ma dopo aver avuto la possibilità e il tempo di svolgere i necessari controlli utili per formulare un giudizio documentato, tale da costituire una fonte privilegiata di valutazione da parte del giudice per decidere se omologare o meno il concordato, dato che la nuova norma non ripete la previsione finale del secondo comma dell'art. 180 l. fall., per il quale entro dieci giorni prima dell'udienza fissata per l'omologa "il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere".

La mancanza di una fase iniziale di ammissibilità svalorizza anche l'importanza di un'altra innovazione apportata dalla legge di conversione al primo comma dell'art. 18, il cui *incipit* è il seguente: "Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare...".

L'aggiunta della dichiarazione sulla correttezza e buona fede del debitore nella fase delle trattative è molto opportuna in quanto sopperisce alla carenza della versione originaria, nella quale, appunto, mancava qualsiasi accenno alla correttezza del comportamento del debitore nella fase precedente della composizione negoziata, sicché anche l'imprenditore che, in quella fase, si era reso colposamente non disponibile a concludere un accordo, poteva accedere al concordato semplificato.

Questa giusta esigenza di valorizzare la meritevolezza¹⁹, ponendo come condizione per l'accesso alla procedura la correttezza del comportamento del debitore nella fase precedente della composizione negoziata si scontra, tuttavia, col fatto che è stato posto un requisito di ammissibilità alla procedura senza prevedere una fase di accertamento dei requisiti di ammissibilità. È in questa fase iniziale, infatti, che questo controllo sulla dichiarazione dell'esperto dovrebbe essere effettuato giacché, in presenza di un giudizio negativo di costui, l'imprenditore, secondo la previsione normativa, non può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della relazione che lo contiene, una proposta di concordato per cessione dei beni e, di conseguenza, un tale giudizio, proprio perché preclude la presentazione della domanda di concordato semplificato, dovrebbe essere verificato nella fase di ammissibilità in modo che tale organo, se condivide il parere negativo dell'esperto, non procede alla nomina dell'ausiliario e alla fissazione dell'udienza, salvo il riscontro di eclatanti ed evidenti incongruenze.

Mancando una fase di ammissione nella procedura di concordato semplificato, il tribunale a seguito della presentazione della domanda di omologa del concordato semplificato, deve limitarsi a valutare la ritualità della proposta (e tale ritualità ricorre se la relazione dell'esperto contiene il giudizio, positivo o negativo, sulla buona fede e correttezza del comportamento del debitore nella fase della composizione negoziata) e acquisire la relazione finale di cui al comma 1, che ora contiene anche tale giudizio, nonché il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione, allo scopo di trasmetterli entrambi (relazione e parere) ai creditori, i quali, a loro volta, vengono orientati a fare o non opposizione all'omologazione dal giudizio incontrollato dell'esperto.

Del resto, seppur si consentisse al tribunale un controllo sulla veridicità del giudizio dato dall'esperto sulla meritevolezza del debitore nella fase iniziale, non essendo prevista, né compatibile con la struttura organizzativa della procedura, alcuna istruttoria che possa far emergere come si sono svolte le trattative in una fase estranea alla procedura in corso, tale controllo si limiterebbe ad una presa d'atto del parere dell'esperto, che egualmente impedirebbe al tribunale di nominare l'ausiliario e fissare l'udienza, salvo, anche qui, eclatanti ed evidenti incongruenze del giudizio negativo dell'esperto.

È una anomalia, quindi, aver posto un requisito di ammissibilità alla procedura consistente non in un dato oggettivo ma in un giudizio dell'esperto ("Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede ... l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 5, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni") senza prevedere una fase di accertamento dei requisiti di ammissibilità; in tal modo, infatti, l'accesso alla procedura di concordato semplificato è lasciato alla dichiarazione che l'esperto rende sulla buona fede e correttezza del debitore nella fase della composizione negoziata.

Per ovviare a tanto bisogna ammettere che il tribunale, proprio perché non è tenuto nella fase iniziale a valutare la relazione dell'esperto debba, anche in presenza di un giudizio negativo di questi sulla correttezza e buona fede, comunque disporre la nomina dell'ausiliario e fissare l'udienza di omologazione, nella quale concentrare l'accertamento anche della meritevolezza (quando si parlerà della omologa, si vedranno le difficoltà anche a far rientrare nell'oggetto del giudizio questo una valutazione sul merito della dichiarazione dell'esperto).

6. Sviluppi ulteriori della procedura. Il ruolo dell'ausiliario e l'assenza della votazione

Come si è detto, a seguito della presentazione della richiesta di omologazione del concordato risultante dalla proposta e dal piano di liquidazione, il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile.

Per la verità non è chiaro, né lo spiega la Relazione, perché il legislatore abbia introdotto questa nuova figura, invece che richiamare quella del commissario giudiziale ben nota, posto che l'ausiliario ha gli stessi compiti, seppur in misura più ridotta come si vedrà, di quest'ultimo, al punto che il comma ottavo dell'art. 18, rende applicabili, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 173,184,185,186 e 236 l. fall. specificando "sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario".

Tuttavia, qualunque sia il motivo di questa scelta (probabilmente si è voluta evitare una duplicazione di centri decisionali concentrando tutta la procedura nelle mani del tribunale²⁰), rimane, a mio avviso, la inopportunità di richiamare la figura dell'ausiliario nominato dal giudice a norma dell'art. 68 c.p.c. Invero, la nomina dell'ausiliario di cui al codice di rito rientra nella facoltà del giudice che ha bisogno di un esperto in una determinata arte o professione, o comunque sia idoneo al compimento di atti che il giudice non può compiere da solo, nel mentre la nomina dell'ausiliario nel concordato semplificato è, nonostante il richiamo dell'art. 68 c.p.c., obbligatoria in quanto egli è un organo della procedura (che non può svolgersi senza l'attività di tale organo) che partecipa alla gestione, seppur in misura minore di quanto faccia il commissario giudiziale di una procedura concordataria, in modo da fornire al tribunale un strumento di controllo dell'operato dell'imprenditore in concordato rapportato alla semplificazione del rito²¹.

E questa distinzione è plasticamente presente nel nuovo testo lì dove, nel quarto comma dell'art. 7, è prevista la nomina dell'ausiliario a norma dell'art. 68 c.p.c. per assistere il giudice nel "procedere agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti ai sensi del comma 1 e ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive", ove appunto si fa ricorso a un organo accidentale e occasionale che presta assistenza al giudice in un particolare frangente e destinato ad esaurire il suo incarico col deposito di una relazione riassuntiva del compimento degli atti specificamente commessigli, onde assicurare il migliore sviluppo della procedura, che è lo scopo per cui l'art. 68 c.p.c. prevede la nomina di un ausiliario.

Né la nomina di un commissario avrebbe impedito a costui di farsi coadiuvare da un ausiliario ove necessario perché le due figure non sono sostitutive e confliggenti tra loro, ma possono coesistere, come ha chiarito la S. Corte²², che ha precisato che "ancorché il procedimento concordatario preveda la nomina del commissario giudiziale - se del caso anticipata ex art. 161, comma 6, l.fall. - quale figura prestabilita di ausiliario, non è comunque precluso all'organo giudicante di fare ricorso al generale disposto dell'art. 68 c.p.c. per sopperire a peculiari esigenze che si presentino nel corso della procedura onde assicurarne il migliore sviluppo".

anticipata ex art. 161, comma 6, l.fall. - quale figura prestabilita di ausiliario, non è comunque precluso all'organo giudicante di fare ricorso al generale disposto dell'art. 68 c.p.c. per sopperire a peculiari esigenze che si presentino nel corso della procedura onde assicurarne il migliore sviluppo".

anticipata ex art. 161, comma 6, l.fall. - quale figura prestabilita di ausiliario, non è comunque precluso all'organo giudicante di fare ricorso al generale disposto dell'art. 68 c.p.c. per sopperire a peculiari esigenze che si presentino nel corso della procedura onde assicurarne il migliore sviluppo".

20. Così S. Morri, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, in ilfallimentarista.it*, 24 agosto 2021; meno persuasiva è l'idea di A. I. Baratta, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Brevi considerazioni introduttive, in ilfallimentarista.it*, 13 agosto 2021 che spiega tale scelta col fatto che alla procedura di concordato semplificato possono accedere anche le imprese non fallibili, dove non è prevista la figura del commissario giudiziale.

21. Non a caso, alla figura di un organo ausiliario ex art. 68 c.p.c., la giurisprudenza fece ricorso immediatamente dopo la riforma del 2012 e l'introduzione del concordato con riserva, per il fatto che all'epoca non era prevista la nomina di un commissario o precommissario, neppure in via facoltativa, all'atto della concessione del termine, per cui si doveva sopperire alla carenza per ottenere una collaborazione, "per decidere sulle istanze di autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione e/o relativi allo scioglimento o alla sospensione di contratti in corso di esecuzione, oppure dalla domanda medesima siano desumibili profili di complessità della procedura in ragione della prevista e dichiarata continuazione dell'attività di impresa, su istanza del ricorrente, o motu proprio al fine assicurare una costante vigilanza sull'attività di impresa"; nel caso in esame, invece, la legge prevede la nomina di un organo che svolga più o meno queste attività, per cui non vi era bisogno di richiamare la figura dell'ausiliario ex art. 68 c.p.c. avendo il modello del commissario del concordato pieno.

22. Cass. 20 gennaio 2021, n.976, in Giust. civ. Mass. 2021.

19. La norma non chiarisce a quale dei protagonisti si debba riferire la valutazione della mancanza di correttezza e buona fede nel corso delle trattative, ma è da presumere che rilevi il solo comportamento del debitore, non potendosi far ricadere su costui il censurabile atteggiamento tenuto dagli altri protagonisti.

Questa opzione per l'ausiliario ex art. 68 non è priva di conseguenze.

In primo luogo, infatti, allontana la figura dell'ausiliario da quelle degli organi tipicamente deputati alla gestione o al controllo delle procedure concorsuali e da quelle regolate dallo stesso d.l. n. 118 del 2021. Di certo, anche l'ausiliario va scelto tra gli iscritti negli albi presso i tribunali (artt. 22 e segg. disp. att. c.p.c.), ma il giudice è libero di individuare tra questi chi ritiene più idoneo al compito che gli assegna, di modo che l'ausiliario è l'unico organo che compare nelle procedure di composizione negoziata e di concordato per la cui nomina non sono richiesti requisiti professionali specifici indicativi di una competenza nelle materie della crisi di impresa, posto che gli esperti devono essere scelti negli elenchi presso le Camere di commercio, l'iscrizione ai quali richiede determinate caratteristiche professionali e un percorso formativo professionale di 55 ore, e per il liquidatore, che viene nominato all'atto dell'omologa, viene richiamato l'art. 182 l. fall., che, a sua volta, richiama l'art. 28 l. fall.²³.

Questi ultimi non prestano giuramento, nel mentre l'ausiliario nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. è un consulente del giudice soggetto al giuramento ed ha un obbligo di accettazione, salvo legittimo impedimento, che discende proprio dalla qualifica dell'ausiliario in applicazione dell'art. 63 c.p.c. al punto da poter essere perseguito per il reato di rifiuto di ufficio legalmente dovuto (art. 366 c.p.); come del resto induce a ritenere la disposizione del terzo comma dell'art. 18 ove si afferma che "L'ausiliario fa pervenire l'accettazione dell'incarico entro tre giorni dalla comunicazione", formula ben diversa da quella ridondante del comma quarto dell'art. 5 che riguarda l'accettazione dell'esperto²⁴.

Benché la nuova normativa non richiami il primo comma dell'art. 165 l. fall., che attribuisce al commissario giudiziale la qualifica di pubblico ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni (né l'art. 30 che attribuisce eguale qualifica al curatore), la stessa va comunque riconosciuta a tale organo, sia perché è espressamente individuato quale ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., sia perché l'art. 357 c.p. che offre la definizione di pubblico ufficiale, a seguito delle leggi n. 86/90 e n. 181/92, ha focalizzato l'attenzione sulla funzione del soggetto e non più sul ruolo, per cui tale qualifica va attribuita a tutti quei soggetti che "concorrono a formare la volontà di una pubblica amministrazione, che sono muniti di poteri: decisionali, di certificazione, di attestazione di coazione, anche se si tratta di collaborazione saltuaria. pertanto l'ausiliario è tenuto alla denuncia dei reati di cui abbia conoscenza in ragione del suo incarico²⁵.

Inoltre, il ricorso alla nomina dell'ausiliario ex art. 68 c.p.c. comporta anche conseguenze pratiche rilevanti per l'interessato in quanto, in mancanza di qualsiasi indicazione circa la liquidazione del compenso, è da ritenere che questo vada liquidato secondo le indicazioni degli artt. 52 e 53 disp. att. c.p.c. e art. 49 DPR n. 115 del 2002, ossia secondo e tabelle di cui al d.m. 30 maggio 2002 e succ. aggiornamenti, con una evidente disparità di trattamento rispetto all'esperto e al liquidatore, come rispetto al commissario giudiziale, che poteva essere preso come modello, riducendo di una qualche percentuale il compenso di cui all'art. 5 d.m. 25 gennaio 2012, n. 30 in considerazione del minor carico di lavoro che questi sostiene nel concordato semplificato.

La figura dell'ausiliario corrisponde, infatti, a quella del commissario

giudiziale, ma i suoi compiti sono più limitati in quanto non svolge alcuna delle attività iniziali tipiche del commissario, né è tenuto alle incombenze di cui all'art. 172 l. fall., per cui non è tenuto a redigere l'inventario del patrimonio del debitore, né a svolgere le indagini per la redazione della relazione, che non è prevista sia perché manca la votazione dei creditori sia anche perché alcune di queste informazioni sulla condotta del debitore e sulle cause del dissesto sono, o dovrebbero essere, contenute nella relazione dell'esperto.

L'ausiliario, per il richiamo dell'art. 167 l. fall. contenuto nel secondo comma dell'art. 18, esercita la vigilanza sull'attività del debitore, come in un qualsiasi concordato preventivo, e rileva eventuali fatti e circostanze interessanti ai fini del sub procedimento di cui all'art. 173 l. fall.²⁶, espressamente richiamato dal comma ottavo dell'art. 18 e, quando il piano di liquidazione prevede una offerta di acquisto dell'azienda, di rami della stessa o di singoli beni che deve essere accettata prima della omologazione, dà esecuzione all'offerta e, quindi alla vendita, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato (comma terzo art. 19 d.l. n. 118 del 2021).

Come si è già accennato nulla è detto circa un parere finale dell'ausiliario, assunto dopo qualche indagine e valutazione più approfondita di quella iniziale, tuttavia, considerato che il tribunale in sede di omologa deve svolgere una serie di valutazioni che, come si vedrà, investono la fattibilità e la convenienza del concordato per i creditori, non è da escludere che tale organo chieda all'ausiliario di rivalutare quel parere iniziale previsto dal comma quarto dell'art. 18, in modo da consentirgli di prendere una decisione, sia sulle opposizioni sia finale sull'omologazione, basata non solo sugli esiti dei mezzi istruttori assunti, richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, e sulla documentazione acquisita, ma che sia corroborata dalle indagini svolte dall'organo della procedura,

Il richiamo contenuto nell'ult. comma dell'art. 18 all'art. 185 l. fall. comporta che l'ausiliario non cessa la sua attività con l'omologa, giacché in forza della norma richiamata egli deve sorvegliare l'adempimento del concordato e, quindi l'opera del liquidatore, secondo le modalità stabilite nel decreto di omologazione e deve riferire al giudice ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori. Questa è, comunque, l'unica parte della norma dell'art. 185 (unitamente all'applicabilità dell'art. 136) compatibile con il concordato semplificato perché nella restante parte introdotta nel 2015, il legislatore si è preoccupato di prevedere alcuni possibili interventi sul debitore che rimane inerte o addirittura assume comportamenti ostruzionistici nella esecuzione di proposte concorrenti omologate, dato che nella nuova procedura non sono ipotizzabili proposte alternative²⁷.

Il fatto che l'imprenditore che intende accedere al concordato semplificato debba chiedere al tribunale non l'ammissione alla procedura, bensì

23. L'art. 18 si limita a dire che all'ausiliario si applicano le disposizioni di cui agli artt. 35, comma 4-bis, e 35.1 e 35.2 del d.lgs 6 settembre 2011, n. 159 (Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136) in modo da richiamare le cause di incompatibilità e assicurare la vigilanza sul rispetto delle stesse, ma non richiama l'art. 163 l. fall., che richiede che il commissario giudiziale debba avere i requisiti di cui all'art. 28 l. fall., né l'elenco di cui all'art. 3, comma 3 del d.l. n. 118 del 2021, che delinea le caratteristiche professionali dell'esperto.

24. Quest'ultima norma infatti dispone che l'esperto "verificata la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione". Per la verità dovrebbe essere il collegio che nomina l'esperto a verificarne l'indipendenza e il possesso delle competenze necessarie per assolvere all'incarico, e non l'interessato, ma l'aver lasciato a questi tale valutazione evidenzia chiaramente la facoltà dell'esperto di accettare o non l'incarico.

25. S. Morri, *op. e loc cit.*

26. Il richiamo di questa norma fallimentare, che dovrebbe consentire la revoca del concordato semplificato per gli stessi motivi per i quali può essere revocato l'ordinario concordato, come è stato correttamente sottolineato (L. Bottai, La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato, in *Diritto dell'acrisi*, 9 agosto 2021), viene depotenziata nella sua portata in quanto essa, nell'ambito della procedura semplificata, consente di colpire i comportamenti fraudolenti precedenti, ma non il compimento di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti che non appaiono coerenti rispetto alle trattative, qualora l'imprenditore abbia preventivamente informato degli stessi l'esperto e questi abbia ritenuto che tali atti non fossero pregiudizievoli per i creditori, per le trattative o per le prospettive di risanamento, nonché il compimento di atti di ordinaria amministrazione e l'esecuzione di pagamenti coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, che non vanno comunicati e sfuggono alla valutazione per il possibile dissenso dell'esperto. Tali atti sono legittimi e quindi non possono essere considerati come atti idonei alla revoca del concordato ex art. 173 l. fall., a meno che non siano stati fraudolentemente compiuti.

27. Le nuove disposizioni, infatti, non prevedono l'ipotesi di proposte concorrenti, né richiamano l'art. 163, commi 4 e segg., per cui queste non sono ammesse nel concordato semplificato. Tanto è in perfetta sintonia, per un verso, con il venir meno anche del limite di soddisfazione minima dei chirografari, indicata dal comma quinto dell'art. 163 l. fall. al fine di bloccare la presentazione di proposte alternative e, per altro verso, con la mancanza di una votazione che scelga quale, tra le più proposte, debba essere portata all'omologazione; manca, infine, anche un meccanismo che, sulla falsariga di quanto stabilito dall'art. 125 l. fall. per il concordato fallimentare, attribuisca tale potere di scelta al tribunale o ad altro organo.

direttamente l'omologazione, fa capire che la proposta del debitore non è soggetta all'approvazione dei creditori, che dovrebbe manifestarsi attraverso il voto nella fase antecedente al giudizio di omologazione, come è confermato dalla mancanza di qualsiasi previsione sulla votazione e sulle maggioranze nonché dal mancato richiamo della relativa disciplina fallimentare dettata per gli ordinari concordati.

Il concordato senza voto non costituisce una novità assoluta in quanto è previsto in materia bancaria (art. 93 t.u.b.) ed assicurativa (art. 262 codice assicurazioni), nella liquidazione coatta amministrativa (art. 214 l. fall.), nell'amministrazione straordinaria (art. 78 l. 270/1999) e nel caso del piano del consumatore in tema di sovraindebitamento (art. 12 bis l. 3/2012). Tuttavia, in quest'ultima fattispecie la mancanza del voto dei creditori si spiega agevolmente con le prevedibili ridotte dimensioni della crisi rapportata ad "una persona fisica che non abbia svolto attività imprenditoriale, commerciale, artigiana o professionale", per cui trova giustificazione una procedura semplificata al massimo proprio nell'ottica di agevolare una soluzione concordataria altrimenti troppo complessa e costosa, tant'è che la votazione dei creditori è ripresa nell'accordo di ristrutturazione dei debiti del sovraindebitato (art. 11 l. n. 3 del 2012) come nel corrispondente concordato minore del CCII (art. 79 CCII). Nelle altre ipotesi di concordati coatti, la mancanza del voto è giustificata dalla natura degli interessi pubblicitici perseguiti, che prevalgono su quelli del ceto creditorio, nonché dalla necessità dell'autorizzazione alla presentazione del concordato da parte dell'Autorità amministrativa che vigila sulla procedura e, si tratta comunque di concordati che intervengono nel corso delle indicate procedure, come il concordato fallimentare. Ad ogni modo, la peculiarità dell'odierno concordato semplificato è che esso non costituisce, come queste altre figure, l'unico strumento per risolvere la crisi di un certo tipo di impresa che abbia determinate caratteristiche dimensionali o di specializzazione oggettiva, ma costituisce uno strumento che si aggiunge ad altro dello stesso tipo producendo gli stessi effetti del concordato preventivo con cessione dei beni, per cui la privazione del diritto di voto per i creditori non trova alcuna giustificazione valoriale e si pone in contrasto con il carattere concorsuale della nuova procedura.

Non persuade, infatti, la spiegazione fornita nella Relazione²⁸ che questo forte ridimensionamento del ruolo dei creditori trovi una giustificazione nel fatto che il concordato semplificato costituisce uno sbocco della negoziazione precedente, nella quale i creditori sono stati già coinvolti, sia perché manca qualsiasi garanzia che siano stati sentiti tutti²⁹, sia perché nell'ambito della composizione negoziata l'ottica in cui le trattative si sono svolte era quella di trovare soluzioni praticabili per prevenire la crisi o per raggiungere il risanamento aziendale, nel mentre nel concordato semplificato - che presuppone il fallimento delle precedenti trattative - l'ottica è prettamente liquidatoria, per cui sarebbe quanto mai opportuno appurare come la diversità di opinioni già raccolte sulle prospettive risanatorie dell'impresa si traduce in un voto su una nuova proposta di carattere liquidatorio, completamente diversa dalle precedenti eventualmente formulate; né si recupera la pienezza delle facoltà creditorie con la concessione del diritto della opposizione all'omologazione in quanto questo è uno strumento meno efficace e più costoso (è necessaria l'assistenza di un legale) della manifestazione di un voto negativo e, comunque, il diritto stesso viene compresso in un termine abbastanza ristretto, come meglio si vedrà trattando del giudizio di omologazione.

Né, infine l'abolizione del voto trova una giustificazione nella celerità

cui è improntata la nuova procedura perché, a questo fine sarebbe bastato abolire l'adunanza, e non il voto, come accade nel concordato fallimentare e come prevede il nuovo CCII anche per il concordato preventivo, dando così ai creditori la possibilità di esprimersi su una questione che riguarda principalmente i loro diritti e, principalmente, di fare essi quella fondamentale valutazione di convenienza se aderire alla proposta o preferire la dichiarazione di fallimento, invece che rimetterla soltanto al tribunale.

7. La fase dell'omologa. La fissazione dell'udienza, l'istruttoria, la decisione, l'impugnazione, gli effetti

Come si è già anticipato, il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto, nomina un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 c.p.c., assegnando allo stesso un termine per il deposito del parere e col medesimo decreto "ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c)" a mezzo Pec "e fissa l'udienza per l'omologazione", con una formula abbastanza imprecisa in quanto sembrerebbe che la fissazione dell'udienza per l'omologa non sia oggetto della comunicazione ai creditori; è chiaro, invece, che anche (e principalmente) la data fissata per l'udienza di omologazione debba essere comunicata ai creditori, dal momento che questi, possono proporre opposizione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata; operazione che richiede la conoscenza della data dell'udienza che evidentemente va comunicata unitamente agli altri elementi espressamente sottolineati dalla norma.

Probabilmente sarebbe stato meglio scrivere "Con il medesimo decreto il tribunale fissa la data dell'udienza per l'omologazione e ordina che questo, unitamente alla proposta del debitore, al parere dell'ausiliario, alla relazione finale dell'esperto e al parere dello stesso, venga comunicato, a cura del debitore, che deve indicare dove possono essere reperiti i dati per la valutazione della proposta, ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c), ove possibile a mezzo posta elettronica certificata, entro il termine di giorni tot, dalla comunicazione del presente decreto al debitore stesso; raggiungendo, in tal modo, anche l'effetto di far conoscere al debitore il provvedimento e, principalmente, di porre a lui un termine per la comunicazione del provvedimento ai creditori, diventato indispensabile per la tutela dei diritti dei creditori a seguito di una delle modifiche apportate in sede di conversione al quarto comma dell'art. 18.

Invero, secondo la previsione originaria del decreto legge, "tra il giorno della comunicazione del provvedimento e quello dell'udienza di omologazione devono decorrere non meno di trenta giorni, per cui, dovendo l'opposizione essere proposta mediante costituzione in giudizio almeno dieci giorni prima dell'udienza, i creditori avevano a disposizione venti giorni per esaminare la proposta e la documentazione e proporre opposizione all'omologazione³⁰; in questo sistema, l'eventuale ritardo del debitore nel provvedere alla comunicazione del provvedimento che fissava l'udienza non pregiudicava i creditori, dato che per essi il termine dei venti giorni a disposizione per costituirsi decorreva pur sempre dalla data del ricevimento della comunicazione.

La legge di conversione, avendo assegnato, nel comma 3 dell'art. 18, all'ausiliario un termine per il deposito del parere da comunicare ai creditori, ha poi stabilito, nel comma quarto, che "tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario ai sensi del comma 3 e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di trenta giorni". In tal modo, il tempo dato ai creditori per proporre opposizione inizia a decorrere, non più dalla comunicazione della fissazione dell'udienza, bensì dalla scadenza del termine

28. Si afferma, infatti, nella Relazione che "Sono omesse la fase di ammissione e la fase del voto dei creditori sul presupposto che la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e la non percorribilità di altre soluzioni sia stata esaminata dall'esperto indipendente e rappresentata nella relazione finale che chiude la composizione negoziata e sull'ulteriore presupposto che i creditori siano stati interessati ed informati nel corso delle trattative".

29. F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, in *Infallimentarista.it*, 25 agosto 2021. Considerazione condivisibile perché non è indispensabile il coinvolgimento di tutti i creditori, anzi, la selettività è uno dei tratti che caratterizzano lo strumento negoziale.

30. Termine di gran lunga più ridotto di quello di cui i creditori dispongono nell'ordinario concordato per esprimere il voto, dato che il n. 2 del secondo comma dell'art. 163 l. fall. consente di fissare la convocazione dei creditori fino a centoventi giorni dalla data del provvedimento che, va comunicato ai creditori in un termine che il tribunale stabilisce.

dato all'ausiliario per redigere il suo parere, ovviamente precedente alla comunicazione, posto che con questa deve essere trasmesso il parere depositato dall'ausiliario. Inoltre, qualora il debitore – al quale è affidata la comunicazione ai creditori, sebbene non sia previsto che sia messo a conoscenza del tempo concesso all'ausiliario – non sia sollecito nell'adempiere al suo compito informativo verso i creditori, viene ulteriormente accorciato il tempo a disposizione dei creditori per l'opposizione, la cui proposizione è rimasta perentoriamente fissata nei dieci giorni prima dell'udienza di omologazione; non si può dire che sia una soluzione molto garantista se si considera che una tale compressione avviene proprio nel momento in cui la mancanza del voto dovrebbe facilitare l'esercizio del diritto dei creditori di esprimere la loro motivata opinione.

Il provvedimento di cui al quarto comma dell'art. 18, benché contenga la fissazione dell'udienza di omologazione, non è soggetto a pubblicazione in quanto non è ripetuto il primo comma dell'art. 180 nella parte in cui dispone che l'analogo provvedimento del giudice delegato va “pubblicato a norma dell'articolo 17” e non è impugnabile ex art. 26 l.fall. perché manca il richiamo di tale norma e, correttamente, non sono previste altre forme di reclamo posto che comunque il tribunale deve valutare in sede di omologazione, contestualmente fissata, la regolarità della procedura, tra cui rientra anche la rituale fissazione dell'udienza e il rispetto dell'intervallo di tempo di cui al quarto comma dell'art. 18.

Costituendo il giudizio di omologazione una fase necessaria del procedimento di concordato cui si perviene attraverso la fissazione della relativa udienza da parte del tribunale, questo provvedimento va indubbiamente iscritto a ruolo; nel silenzio su chi debba provvedere a tale incombenza, è opportuno rifarsi ai traguardi raggiunti nell'interpretazione dell'art. 180 l. fall., secondo cui è il debitore in quanto parte formale e sostanziale e, quindi, necessaria a dovervi provvedere, pena l'improcedibilità del giudizio, equivalendo l'omessa iscrizione a rinuncia implicita, con conseguente nullità del decreto di omologa eventualmente emesso³¹.

“Il tribunale assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore”, dispone il quinto comma dell'art. 18.

Da questa definizione emergono immediatamente alcune rilevanti differenze rispetto alla disciplina dell'omologazione del concordato ordinario.

a-Non essendo prevista una votazione, non vi sono dissenzienti per cui l'opposizione può essere proposta da qualsiasi creditore. E tanto, a mio parere, esclude anche la possibilità del *cram down* di cui alla prima parte del quarto comma dell'art. 180, sia per il mancato richiamo di tale norma, sia perché possono richiederlo “un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il venti per cento dei crediti ammessi al voto”, che contestano la convenienza della proposta³², sia, infine, perché il tribunale, come si evince dalla disposizione richiamata, deve comunque valutare, per omologare il concordato, che i creditori possano risultare

soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili

A maggior ragione è da escludere il *cram down* fiscale e previdenziale di cui alla seconda parte del quarto comma dell'art. 184 l. fall.³³, perché, oltre al fatto che i creditori non sono chiamati ad esprimersi e proprio il silenzio o voto negativo costituisce motivo dell'intervento sostitutivo del giudice, non è richiamato l'art. 182-ter, che poggia necessariamente sulla relazione di un professionista circa la recuperabilità in ambito liquidatorio, non richiesta nel concordato semplificato³⁴; del resto, la già accennata flessibilità, inserita in una struttura volutamente elementare, che consente, rispettato l'ordine della graduazione delle cause di prelazione, di offrire ai creditori qualsiasi soddisfazione, salvo a valutarne la convenienza e l'utilità per i creditori, opera anche nei confronti dell'Agenzia delle entrate e degli enti previdenziali, la posizione dei quali è equiparata a quella degli altri creditori privilegiati e chirografari per i rispettivi crediti;

b-Non è ripetuto nell'art. 18 il modello contenuto nell'art. 180 l. fall., che disciplina diversamente il procedimento, pur sempre camerale, a seconda che vengano o meno proposte opposizioni all'omologazione, per cui le indagini sopra indicate il tribunale deve svolgerle che siano o non proposte opposizioni; ovviamente in caso di opposizioni, assumendo il procedimento carattere contenzioso, ricorrerà la necessità di svolgere l'attività istruttoria richiesta dalle parti, per cui l'approfondimento delle questioni da trattare sarà sicuramente maggiore dovendo il tribunale dare una risposta ai rilievi mossi dagli oppositori.

Questa diversa organizzazione si riflette anche sull'aspetto istruttorio in quanto la nuova norma riprende la formula del comma quarto dell'art. 180 l. fall., secondo la quale, in caso di opposizioni, il tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, estendendola a tutti i procedimenti di omologazione, che siano o non presentate opposizioni, di modo che nel concordato semplificato il tribunale può sicuramente disporre mezzi istruttori d'ufficio, anche in mancanza di opposizioni, superando i dubbi circa l'estensione dei poteri istruttori d'ufficio nel caso non siano proposte opposizioni che nascono dalla laconica formulazione del terzo comma dell'art. 180.

c-L'art. 18, a differenza di quanto previsto dall'art. 180 l. fall. che non predetermina l'oggetto del giudizio di omologa del concordato preventivo (ed egualmente dall'art. 129 l. fall. per l'omologa del concordato fallimentare), definisce l'oggetto di tale giudizio individuandolo nelle materie di cui si dirà. e, in tal modo, circoscrive anche l'oggetto delle opposizioni, che non possono riguardare argomenti estranei a quanto individuato dal comma quinto dell'art. 18. Da un lato, quindi, il tribunale recupera quei poteri di cui godeva anteriormente alla riforma iniziata nel 2005, quando svolgeva un ruolo penetrante nell'ambito della procedura che si estendeva fino a poter valutare la convenienza del concordato rispetto alla liquidazione fallimentare, ma, dall'altro, viene delimitata l'area dell'indagine alle materie prefissate, che, per la verità, assorbono quasi l'intero campo delle valutazioni rilevanti per l'omologa.

Tuttavia la definizione legislativa dell'astratto *thema decidendum* esclude la possibilità di esaminare questioni che in esso non rientrano, quale, ad esempio, il controllo nel merito della valutazione dell'esperto sulla meritevolezza del debitore, qualora si ritenga, come ipotizzato trattando di questa questione, che il tribunale, pur in presenza di un giudizio negativo sulla correttezza e buona fede del debitore nella fase negoziale, debba comunque nominare l'ausiliario e fissare l'udienza per l'omologazione. Nel momento in cui il nuovo legislatore crea un sistema che, scostandosi dai modelli esistenti, definisce legislativamente l'oggetto del giudizio di omologazione, l'introduzione della valutazione dell'esperto sulla correttezza e buona fede del debitore nella fase negoziale avrebbe dovuta essere bilan-

31. G. Bozza, *L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, in *Fallimento* 2006, 1067. Secondo altri (M. Caffi, *Il concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 650; E. Norelli, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di L. Ghia – C. Piccinini – F. Severini, Torino, 2011, 509), la natura officiosa del procedimento non impedirebbe la prosecuzione dello stesso anche in caso di mancata costituzione del debitore e in assenza di oppositori.

32. A. Pezzano - M. Ratti, *op. e loc. cit.*, ammettono la possibilità del “*cram down* in caso di opposizioni - finalmente senza alcuna limitazione quantitativa - da parte di qualsiasi creditore non integralmente soddisfatto”. Conclusione poco convincente perché o presuppone che il *cram down* sia esercitabile anche in mancanza di esplicita previsione di legge, nel qual caso non si spiegherebbe il quarto comma dell'art. 180 l. fall., ovvero poggia su un'applicazione mista della normativa fallimentare, dalla quale si prendono le parti che interessano (il *cram down*) e si escludono quelle ritenute incompatibili (la limitazione quantitativa legata al voto), che farebbe della figura in esame un sottotipo del concordato ordinario.

33. Norma che proprio con in d.l. n. 118 del 2021 è stata integrata sostituendo le parole “Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto” con quelle secondo cui “Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione”, così definitivamente chiarendo che il potere sostitutivo del tribunale si realizza anche in caso di voto negativo dell'amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali.

34. S. Morri, *op. e loc. cit.*

ciata dalla integrazione del contenuto del comma quinto dell'art. 18, che delinea l'oggetto del giudizio di omologazione del concordato semplificato, in modo da estenderlo anche alla verifica del nuovo requisito.

Orbene, seguendo i dati forniti dal quinto comma dell'art. 18, il primo compito del tribunale è controllare la regolarità dello svolgimento della procedura, che, invero, è un'attività connaturata all'omologa, che evidentemente non può essere dichiarata ove la procedura non si sia svolta regolarmente o non sia rispettato il principio della graduazione delle cause di prelazione; nel caso del concordato semplificato, la mancanza del voto e delle maggioranze elimina gran parte del contenzioso sulla regolarità dello svolgimento del concordato e la semplificazione estrema del rito rende più semplice e agevole anche questo controllo.

Eguale non rappresenta una novità la verifica che la proposta assicuri un'utilità a ciascun creditore, di cui si è già parlato, posto che già oggi la lett. e) del secondo comma dell'art. 161 l. fall., prevede che "in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"; disposizione che individua uno dei presupposti per la stessa ammissione del concordato (cfr. art. 162 l. fall.), ancor più stringente di quello indicato dal nuovo d.l., che non richiede che l'utilità sia "specificamente individuata ed economicamente valutabile", il che lascia un maggior margine all'interprete³⁵.

Sulla valutazione della fattibilità sono ben note le soluzioni interpretative della legge fallimentare, che ammettono la verifica della fattibilità giuridica ma escludono quella economica, salvo che il piano non risulti a prima vista non realizzabile; ma questa situazione è destinata a mutare con l'entrata in vigore del nuovo codice che ha reintrodotto la verifica della fattibilità del piano concordataria, sia al momento dell'ammissibilità (art. 47, co. 1, CCII) sia al momento dell'omologa (art. 48, co. 3, CCII), sicché, se è vero che la nuova norma crea una frattura con l'attuale legge fallimentare, in realtà anticipa in parte un caposaldo del futuro concordato.

Per la verità il comma quinto dell'art. 18 richiede una verifica della fattibilità del piano di liquidazione, senza alcuna aggettivazione, a differenza delle citate norme del CCII che parlano di fattibilità economica, ma non può mettersi in dubbio che anche la nuova norma faccia riferimento a questo tipo di fattibilità perché quella giuridica, che oggi svolge il giudice nel concordato preventivo, rientra implicitamente nella sfera dei poteri omologatori del tribunale, come accade infatti oggi nel concordato preventivo; pertanto l'aver previsto esplicitamente che il tribunale omologa il concordato verificata la fattibilità del piano è chiaro indice della volontà di introdurre un controllo sulla fattibilità economica.

Il tribunale deve infine appurare che "la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare", dizione che introduce un giudizio sulla convenienza, anche se la semplice mancanza di un "pregiudizio" per i creditori è concetto più ristretto di quello della convenienza. La ricerca della convenienza richiede, infatti, il riscontro in positivo di un vantaggio per i creditori rispetto allo scenario alternativo del fallimento, nel mentre per la mancanza di pregiudizio è sufficiente l'accertamento dell'assenza di un danno rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e, quindi, che i creditori ricevano un trattamento economico almeno pari a quello che loro ricaverebbero dalle altre soluzioni alternative; di conseguenza, pur non trovando applicazione l'ult. comma dell'art. 160 l. fall., la soglia minima di soddisfazione è costituita da quella presuntivamente ricavabile dalla liquidazione fallimentare.

Questa indagine sulla convenienza, o meglio sulla mancanza di pregiudizio per i creditori, non si sostanzia in una valutazione bilanciata tra il pregiudizio delle ragioni dei creditori e la prosecuzione dell'attività d'impresa, e tanto meno può incentrarsi sul mantenimento dei livelli occupazionali (esigenza presente nell'art. 84 CCII), giacché, come detto fin dall'inizio di questo scritto, il concordato semplificato è qualificato e strutturato dalla legge come un concordato esclusivamente liquidatorio, al quale è estranea ogni valorizzazione della continuità, rilevando la cessione unitaria

dell'azienda esclusivamente quale strumento per la migliore *recovery* dei creditori, come appunto in ogni concordato liquidatorio. Di conseguenza la valutazione di convenienza deve incentrarsi solo ed esclusivamente sul raffronto tra il presumibile ricavo realizzabile nel concordato in attuazione del piano di liquidazione (sia che questo preveda la vendita del complesso aziendale che analitica dei singoli beni), con quella omologa eventualmente realizzabile nel fallimento, oltre a tener conto delle altre eventuali entrate (ad es. da revocatoria) o risparmi (ad es. per minori spese) che l'una o l'altra procedura possono consentire.

Peraltro, le possibilità revocatorie teoricamente realizzabili nell'eventuale alternativo fallimento vanno valutate tenendo conto della mancata riproduzione nel nuovo concordato di una norma che faccia decorrere il periodo sospetto ai fini delle revocatorie fallimentari dalla data di pubblicazione della richiesta di nomina dell'esperto o che, a somiglianza dell'art. 69-bis l. fall., faccia retroagire gli effetti del fallimento alla data di pubblicazione della domanda di concordato. Di conseguenza, iniziando tale periodo sospetto a decorrere dal momento della dichiarazione di fallimento, salta la possibilità di revocare ai sensi del secondo comma dell'art. 67 l. fall. sicuramente gli atti e i pagamenti antecedenti alla nomina dell'esperto, ma anche gran parte degli atti e pagamento in contrasto con gli interessi dei creditori compiuti nel corso della composizione negoziata, se si pone mente al fatto che il percorso negoziale può avere la durata massima di centottanta giorni, prorogabili di altri centottanta giorni, cui vanno aggiunti i sessanta giorni dalla comunicazione della chiusura della prima fase per chiedere l'omologa del concordato semplificato nonché il tempo di durata di quest'ultimo prima di pervenire all'omologazione e alla eventuale dichiarazione di fallimento.

Orbene, se nella prospettiva liquidatoria in cui si muove il concordato semplificato, la convenienza poggia, come detto, su valutazioni esclusivamente economiche, non si vede perché debba essere il tribunale a verificare la convenienza per i creditori della soluzione concordataria rispetto al fallimento o a giudicare le utilità che possono questi ricevere e non i creditori stessi, lasciando loro il diritto di esprimersi con il voto; voto che, come già detto, eliminata l'adunanza dei creditori, come previsto dal CCII, potrebbe raccogliersi a mezzo Pec in tempi brevi, conciliabili con la velocità che si è intesa imprimere alla procedura e che giustifica l'abolizione della votazione.

Il Tribunale decide sull'omologa con decreto motivato immediatamente esecutivo³⁶, così come dispone il quinto comma dell'art. 180 l. fall. Tale decreto (a differenza di quello che fissa l'udienza) va pubblicato a norma dell'art. 17 l. fall. e va comunicato dalla cancelleria a tutte le parti del giudizio di omologa - debitore, ausiliario e creditori costituiti - e non, come nel concordato ordinario, solo ai primi due, lasciando poi al commissario il compito di darne notizia ai creditori.

I destinatari della comunicazione nei successivi trenta giorni, possono proporre reclamo alla corte di appello ai sensi dell'art. 183 l. fall.

Mancando il richiamo del terzo comma dell'art. 180, che esclude la reclamabilità nel caso di decreto di omologazione in assenza di opposizioni, il reclamo in esame è possibile sia che il decreto abbia negato l'omologazione (in presenza o in assenza di opposizioni), sia che l'abbia concessa, anche in tal caso in presenza o in assenza di opposizioni e non come nel l'ordinario concordato solo in presenza di opposizioni; ovviamente, l'impugnazione di un provvedimento di omologa in mancanza di opposizioni è ipotesi poco probabile, ma pur sempre possibile, per es. ad opera del debitore qualora il tribunale abbia modificato inopinatamente una clausola del piano o non abbia accolto il nominativo del liquidatore indicato, ecc...

Il mancato richiamo del settimo comma dell'art. 180 l. fall. non esclude, invece, che il tribunale qualora non omologhi il concordato possa contestualmente pronunciare il fallimento con sentenza, sia perché il ricorso iniziale è comunicato al P.M., che può quindi formulare domanda di fallimento in vista della definizione negativa dell'omologa, sia perché, non

36. A questo punto il comma sesto aggiunge: "assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio"; inciso del tutto inutile dal momento che già nel comma quinto è detto che "Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando...".

35. L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021.

essendo vietata in quel momento (ossia dopo il rigetto dell'omologa) la pronuncia di insolvenza, nulla impedisce che questa possa essere emessa contestualmente al decreto di rigetto dell'omologa, ricorrendone ovviamente i presupposti.

In questo caso il reclamo avverso la sentenza coinvolge anche il rigetto dell'omologa, nel mentre si corre il rischio di conflitto di giudicati (che il secondo comma dell'art. 183 tende ad evitare) nel caso di non contestuale dichiarazione del fallimento, che intervenga invece in un momento successivo, perché qui il debitore, che ha già impugnato il decreto di rigetto dell'omologa, può reclamare la sentenza di fallimento; rischio evitato nel concordato ordinario proprio con la non impugnabilità del decreto di rigetto dell'omologa, non accompagnato da pronuncia di fallimento, quanto meno in caso di assenza di opposizioni e avviabile, nella specie in esame, con la riunione dei procedimenti ove possibile o con la sospensione di quello avente ad oggetto il reclamo avverso la sentenza di fallimento, essendo pregiudiziale l'accertamento della non omologabilità del concordato.

Mancando la categoria dei creditori dissenzienti in assenza di una votazione, legittimati all'impugnazione sono coloro i quali abbiano rivestito la qualità di parte per essersi costituiti nel giudizio di omologa e qui abbiano assunto una posizione risultata soccombente. In conformità degli approdi della giurisprudenza con riferimento al commissario³⁷, è da ritenere che anche l'ausiliario, parte formale del procedimento, che deve partecipare al giudizio come legittimato passivo, non sia legittimato al reclamo, poiché non è portatore di specifici interessi da far valere, in sede giurisdizionale, in nome proprio o in veste di sostituto processuale.

A sua volta la Corte d'appello, che procede al riesame dell'intero processo deduttivo che ha portato alla pronuncia negativa (o positiva) sull'omologa, decide con decreto ricorribile in cassazione nei successivi trenta giorni dalla data della comunicazione. Quest'ultima è una giusta precisazione, che sopperisce al silenzio dell'art. 183 l. fall., che la giurisprudenza aveva superato ammettendo il ricorso straordinario in cassazione ai sensi dell'art. 111, co. 7 Cost.; l'attuale previsione apre la strada all'ordinario ricorso in cassazione avverso la decisione della Corte d'appello.

L'ult. comma dell'art. 18 dispone che al concordato semplificato "Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 173,184,185,186 e 236 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario"; il che significa che l'omologazione del concordato semplificato produce gli stessi effetti del concordato liquidatorio ordinario.

Degli artt. 173 e 185 si è già accennato, degli altri merita attenzione l'art. 184, che costituisce un cardine fondamentale del concordato in quanto vincola i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato preventivo, compresi quelli dissenzienti, al rispetto degli effetti esdebitatori derivanti dall'omologazione; nella fattispecie in esame, la precisazione della vincolatività per i dissenzienti è superflua perché, mancando una votazione e la possibilità di esprimere un dissenso se non in sede di opposizione, il richiamo di tale norma ha lo scopo di sancire l'obbligatorietà della proposta omologata per tutti i creditori concorsuali.

Infine, benchè non richiamato l'art. 181 l. fall., con l'omologa la procedura di concordato preventivo si chiude, non sussistendo più ragione di continuare, e inizia la fase della liquidazione.

Il richiamo dell'art. 186 rende applicabile alla fattispecie in esame la risoluzione negli stessi termini in cui questa è consentita nell'ordinario concordato, e attraverso questo l'annullamento. Qualora la semplificazione introdotta si traduca in una indicazione generica che non contenga l'esposizione dei tempi di adempimento, il ricorso a tale istituto, che nell'art. 186 è soggetto al termine di decadenza di cui al terzo comma, diventa esercitabile senza limiti, posto che, secondo il consolidato indirizzo della S. Corte, nel caso in cui non sia stata fissata, nel concordato, la data di scadenza dell'ultimo adempimento, il termine annuale di cui all'art. 186 "decorre dall'esaurimento delle operazioni di liquidazione, che si compio-

no non soltanto con la vendita dei beni dell'imprenditore, nonché con la predisposizione e comunicazione del piano di riparto, ma anche con gli effettivi pagamenti, compresi quelli conseguenti ad eventuali sopravvenienze attive"³⁸; sempre che, naturalmente, vi siano disposti a sobbarcarsi all'onere anche economico di un procedimento per la risoluzione.

Il richiamo dell'art. 236 l. fall. nella sua interezza fa sì che lo strumento del concordato semplificato sia inserito tra le procedure cui la norma di carattere penalistico fa riferimento e che lì dove nell'art. 236 si prevede che nel caso di concordato preventivo si applicano le disposizioni di cui ai successivi quattro numeri bisogna intendere che dette disposizioni sono applicabili anche nel caso di concordato semplificato, salvo verifica di compatibilità per ciascuna, che mi sembra sussistere, sostituendo ovviamente l'ausiliario al commissario giudiziale. Non vi è dubbio che, come è stato immediatamente sottolineato³⁹, l'estensione al concordato semplificato delle fattispecie di bancarotta fraudolenta diventa problematico in quanto le stesse non sono espressamente richiamate in via diretta e il doppio rinvio non sembra una tecnica idonea a perseguire tutte le possibili condotte depauperatorie che si dovessero riscontrare in una fase di mera crisi aziendale; tuttavia il dato del tutto pacifico della natura concorsuale del nuovo istituto e del richiamo dell'art. 236, seppur espressione di una tecnica non perfetta, non dovrebbe escludere l'applicazione alla nuova figura di tutte le ipotesi di reato contemplate o richiamate dalla norma penalistica.

8. La fase della liquidazione

Con il decreto di omologazione, il tribunale nomina un liquidatore, al quale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 182 l. fall., dispone il primo comma dell'art. 19 d.l. n. 118 del 2021.

In tema di concordato liquidatorio ordinario la S. Corte è ormai concorde nell'affermare che il potere di nomina del tribunale è vincolato alla designazione fatta dal debitore, a condizione che essa sia rispettosa dei requisiti previsti dall'art. 28 l.fall. e che il decreto con il quale il tribunale in sede di omologazione provvede alla nomina di un liquidatore giudiziale diverso da quello indicato nella proposta approvata, è impugnabile per cassazione a norma dell'art. 111, comma 7, Cost.⁴⁰; ne segue che anche nel concordato semplificato il richiamo dell'art. 182 l. fall. fa sì che he l'indicazione del debitore rivesta i tratti e la portata della designazione vincolante, sempre che il soggetto designato abbia le caratteristiche per svolgere questo incarico.

L'art. 182 l. fall. prevede anche la nomina di un "comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione", ma la presenza di tale organo nel concordato semplificato è completamente svilita, al punto da far dubitare della necessità della sua nomina, in quanto le modalità delle vendite "di aziende e rami di aziende, beni immobili e altri beni iscritti in pubblici registri, nonché le cessioni di attività e passività dell'azienda e di beni o rapporti giuridici individuali in blocco", per le quali l'art. 182 richiede l'autorizzazione del comitato dei creditori, si svolgono, nel concordato semplificato, secondo le modalità descritte dall'art. 19, di cui infra, che non richiedono l'autorizzazione del giudice delegato né del tribunale, e rendono incompatibile l'applicazione dell'art. 107 l. fall., richiamato dall'art. 182, con il suo precetto cardine di attuare le vendite tramite procedure competitive.

Invero la disciplina della nuova figura concordataria dà un duro colpo alla competitività giacchè, "quando il piano di liquidazione di cui all'articolo 18 comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni"- che è la formula prevista dal primo comma dell'art. 163-bis l. fall.- l'art. 19, invece di prevedere l'apertura di un procedimento competitivo, come prescrive la norma fallimentare, dispone che l'ausiliario autorizzato dal tribunale e, dopo l'omologa, il liquidatore giudiziale (senza autorizzazione del tribuna-

38. Così, da ult., Cass. 20 dicembre 2011, n.27666, in *Ilfallimentarista.it*, marzo 2012.

39. L. Bottai, *op. e loc. cit.*

40. Da ult. Cass. 29 luglio 2021, n. 21815, in *Dejure*; Cass., 18 gennaio 2013, n. 1237 in *Ilfallimentarista.it*, 22 aprile 2013; Cass., 15 luglio 2011, n. 15699, in *Giust. civ.* 2012, 9, I, 2120.

37. Cass. 9 febbraio 2007, n. 2886, in *Fallimento* 2007, 787.

le), possono procedere alla vendita dall'azienda o di singoli beni "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato".

È chiaro che la verifica dell'assenza di migliori condizioni sul mercato, che può essere constatata attraverso qualsiasi mezzo, anche attraverso informazioni verbali, è cosa ben diversa dall'apertura di una procedura competitiva con le forme di cui all'art. 163-bis l. fall.; e, peraltro, le modalità del procedimento competitivo esposte dal secondo comma di detto articolo, con le connesse forme di pubblicità, il meccanismo per la scelta dell'offerta migliore e la possibilità di una gara tra più offerte migliorative di cui al terzo comma sono chiaramente incompatibili con la semplificazione del rito del nuovo strumento concordatario, tant'è che non è richiamato il comma quarto dell'art. 163-bis, che pone l'obbligo per il debitore di modificare la proposta e il piano di concordato in conformità all'esito della gara, che è elemento indispensabile per il funzionamento della competitività.

Non contraddice questa conclusione il Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, n. 23094. Il punto 12 della Sez. III di questo è rubricato "Cessione dell'azienda nella composizione negoziata o nell'ambito del concordato semplificato (nella fase tra la domanda e l'omologa)", e contiene una serie di indicazioni all'esperto, tra cui l'utilità e l'opportunità del ricorso a procedure competitive per la selezione dell'acquirente, senza tuttavia mai citare l'ausiliario, che è l'organo del concordato semplificato nella fase tra la domanda e l'omologa; né è possibile estendere automaticamente all'ausiliario questi "consigli" dati all'esperto per la diversità delle procedure in cui essi operano e la diversità delle finalità della cessione aziendale.

Nella composizione negoziale, infatti, la cessione dell'azienda è configurata come uno strumento di soluzione della crisi, in cui il tribunale interviene per verificare che si tratti di atto funzionale ad assicurare la continuità aziendale e la migliore soddisfazione dei creditori ed, a questo fine, la lett. d) del primo comma dell'art. 10 prevede che i trasferimenti dell'azienda autorizzati dal tribunale avvengano con esclusione della responsabilità dell'acquirente per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento. Nel concordato semplificato la cessione dell'azienda nella sua interezza (o di rami della stessa) è uno dei modi di liquidazione del patrimonio messo a disposizione dei creditori, preferibile alla vendita particellizzata in quanto presumibilmente più proficua per i creditori; ma è una vendita coattiva, per la quale è dettata l'apposita previsione che all'offerta può essere data esecuzione "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato", formula che non è, invece, riprodotta per la vendita nel corso delle trattative.

Nonostante, quindi la rubrica del punto 12 del citato Decreto dirigenziale, l'attività competitiva va riservata alla fase della composizione della crisi, cui il testo del citato punto 12 fa esclusivo riferimento, e non trova applicazione per le vendite in fase di concordato semplificato, sia antecedenti che successive all'omologazione, per le quali è stata emanata apposita specifica disciplina che, non solo prevale sulla norma generale, ma è anche incompatibile con il ricorso alla competitività.

Passando all'esame della normativa contenuta nei commi 2 e 3 dell'art. 19 (la legge di conversione ha aggiunto all'art. 19 i commi 3-bis, 3-ter, 3-quater, 3-quinquies e 3-sexies, che non hanno alcuna attinenza con il concordato semplificato) va detto che questi sono frutto di una redazione abbastanza frettolosa.

Il comma 2, infatti recita: "Quando il piano di liquidazione di cui all'articolo 18 comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il liquidatore giudiziale, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, dà esecuzione all'offerta e alla vendita si applicano gli articoli da 2919 a 2929 del codice civile.

E qui non si capisce l'inciso riguardante il trasferimento in favore dell'offerente "anche prima dell'omologazione" in quanto sorge spontaneo chiedersi come, qualora il trasferimento debba avvenire prima dell'omologa, possa provvedere a darvi esecuzione il liquidatore, che viene nominato proprio con il decreto di omologazione, tanto più che la fattispecie che l'offerta debba essere accettata prima dell'omologazione è regolata nel terzo comma, con l'intervento, come già visto, dell'ausiliario. E le due ipo-

tesi sono sovrapponibili e differenziate solo con riferimento al momento dell'accettazione dell'offerta, non essendo ipotizzabile un piano che preveda il trasferimento prima dell'omologa, ma che l'offerta relativa debba essere accettata dopo l'omologa.

Ad ogni modo, rimane il fatto che il liquidatore, indicato dallo stesso debitore che presenta un piano preconfezionato, contenente una proposta di acquisto dell'intera azienda o rami della stessa o anche di singoli beni, può procedere alla vendita al soggetto indicato dal debitore, senza alcuna autorizzazione del comitato dei creditori o del tribunale, semplicemente verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con buona pace della competitività e della tutela dei creditori, che, non solo non hanno diritto al voto, non solo hanno un tempo ristretto per sobbarcarsi alla onerosa opposizione, ma non possono neanche esercitare alcun controllo, neppure tramite il loro organo rappresentativo, sulle scelte del liquidatore che incidono sul livello della loro soddisfazione, né sperare che attraverso una gara tra interessati la liquidazione possa dare risultati più soddisfacenti della proposta iniziale.

Per il resto il liquidatore nominato con il decreto che omologa il concordato semplificato è equiparabile a quello dell'ordinario concordato con cessione dei beni, con l'applicazione della disciplina richiamata dall'art. 182 l.fall., previa verifica della compatibilità, per cui è pacifico che egli subentra al debitore nei soli poteri di gestione dei beni ceduti nella esclusiva finalità della loro liquidazione.

Come si è già accennato, quando il piano di liquidazione prevede che l'offerta di cui al comma 2 debba essere accettata prima della omologazione, all'offerta dà esecuzione l'ausiliario, verificata, anche in questo caso, l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, previa autorizzazione del tribunale.

Anche quest'ultima disposizione è inspiegabile in quanto si attribuisce all'ausiliario il potere di procedere alla vendita, qualificata espressamente come coattiva con il richiamo degli artt. da 2919 a 2929 c.c. (il richiamo a queste norme è contenuto nel comma due, ma nel terzo comma, di cui si sta parlando, si specifica che l'ausiliario provvede "con le modalità di cui al comma 2", ed è univoco il riferimento alla citata disciplina), come se avesse la disponibilità del patrimonio del debitore, nel mentre egli, a norma del richiamato art. 167 l. fall., esercita solo una attività di vigilanza sulla gestione dei beni e dell'esercizio dell'impresa che rimane in capo al debitore.

Il fatto è che il legislatore nel comma terzo dell'art. 19 ha riprodotto la disposizione del comma secondo, che però è riferita al liquidatore, che ha i normali poteri del liquidatore di un ordinario concordato liquidatorio stante il richiamo dell'art. 182 l. fall., limitandosi a richiedere, nel terzo comma, l'autorizzazione del tribunale che, tuttavia, nulla cambia sotto il profilo in esame; anche nel concordato ordinario per il compimento degli atti di straordinaria amministrazione nel corso della procedura è richiesta l'autorizzazione del giudice delegato (figura che manca nel concordato semplificato, per cui correttamente si parla di autorizzazione del tribunale), ma, come si desume dal secondo comma dell'art. 167 l.fall.- espressamente richiamato dall'art. 18 del nuovo decreto legge- è il debitore che chiede l'autorizzazione e provvede a dare esecuzione all'atto autorizzato, rispetto al quale il commissario esprime il proprio parere.

9. Considerazioni conclusive

Dallo svolto esame della disciplina del concordato semplificato emerge che esso produce, fin dalla presentazione della domanda, gli stessi effetti dell'ordinario concordato, ma, a differenza di questo, non è soggetto al vaglio iniziale di ammissibilità, al vincolo di soddisfare i creditori chirografari ad un livello predeterminato, né deve rispettare le regole della competitività né sottostare al voto dei creditori, per citare alcune soltanto delle numerose differenze di cui si è parlato.

In queste condizioni, alla fine del percorso negoziale, esclusa ogni velleità di risanamento diretto dell'impresa, le alternative di cui parla il legislatore nel terzo comma dell'art. 11 sono solo sulla carta, giacché questa nuova figura di concordato è talmente vantaggiosa per il debitore rispet-

to a qualsiasi altra procedura concorsuale, ed anche rispetto ad un piano attestato, da escludere ogni possibilità di concorrenza, a meno che non siano configurabili ipotesi di revocatorie fallimentari da far pendere l'ago della bilancia per la dichiarazione di fallimento.

In tal modo, il nuovo legislatore ha creato una specie di ulteriore misura premiale per il debitore per invogliarlo a percorrere la strada della composizione negoziata; in caso di buona riuscita di questa si stipula un accordo e scattano gli incentivi contemplati dall'art. 14, in caso negativo il debitore ha possibilità di ricorrere al vantaggioso concordato semplificato; questa prospettiva diventa tuttavia un'arma molto potente perché, come immediatamente sottolineato⁴¹, ha, durante la negoziazione assistita dall'esperto, una forza persuasiva (io parlerei di minaccia sottesa, ma neanche troppo recondita⁴²) sui creditori i quali sanno che, "all'esito negativo l'imprenditore potrà liberarsi delle sue obbligazioni con un concordato liquidatorio che deve rispettare soltanto le cause di prelazione e che non lo vincola a riconoscere ai creditori più di quanto essi potrebbero ottenere in caso di fallimento".

Questa prospettiva, peraltro, incombe in una fase in cui i creditori non sono nella pienezza dei loro diritti, ma già versano in una posizione di minorata difesa. È vero, infatti, che "il percorso di composizione negoziata non è, né per conformazione normativa né per espressa volontà legislativa, una procedura concorsuale..." ma è soltanto "un luogo dove si dipana lo svolgimento di trattative alla presenza di un terzo che non assiste l'imprenditore - non è un attestatore, né si sostituisce alle parti e ai suoi professionisti nell'esercizio dell'autonomia privata - ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi"⁴³, eppure il debitore gode di una protezione sconosciuta in altre procedure pur sicuramente concorsuali e a carattere giudiziario, a scapito dei creditori.

Il debitore, invero, con la stessa istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'art. 5, 1° comma, può chiedere, l'applicazione di misure protettive del patrimonio, con la possibilità anche di selezionare i creditori interessati, ed è presumibile che quasi sempre l'imprenditore formulerà tale richiesta nello stesso ricorso introduttivo o immediatamente dopo. Dal momento della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, unitamente all'accettazione dell'esperto, i creditori incisi (probabilmente tutti, tranne i lavoratori) non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore né acquisire diritti di prelazione senza il suo consenso (art. 6, co. 1), per cui il divieto di acquistare diritti di prelazione, che nelle procedure concorsuali non è disponibile dalle parti, diventa disponibile nel corso della composizione concordata della crisi in quanto il debitore ed il singolo creditore possono accordarsi per l'acquisto della prelazione, anche in danno degli altri creditori.

Inoltre è impedita, fino alla conclusione delle trattative o alla archiviazione dell'istanza che apre la composizione negoziata, la dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza⁴⁴ (art. 6, co. 4); i

creditori interessati dalle misure protettive non possono rifiutare l'adempimento o risolvere unilateralmente i contratti in corso con l'imprenditore per il solo fatto di vantare, nei suoi confronti, crediti non soddisfatti (art. 6 co. 5), ma devono subire la rideterminazione del contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2, giacché, in mancanza di accordo sul punto, provvede il tribunale su domanda dell'imprenditore, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, rideterminando "equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale" (art.10, co. 2); le banche e gli intermediari finanziari, a loro volta, non possono revocare gli affidamenti bancari concessi e contestualmente sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato (art. 4, co. 6) e comunque tutti hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto, oltre che rispettare l'obbligo di riservatezza (art. 4, co. 7).

Peraltro, solo gli atti di finanziamento e di trasferimento di azienda elencati nelle lettere da a) a d) del primo comma dell'art. 10 godono della prededuzione⁴⁵, ove autorizzati dal tribunale, e conservano i loro effetti anche nelle procedure successive (art. 12, co. 1); di conseguenza, coloro che intrattengono rapporti commerciali con il debitore dopo la nomina dell'esperto, che siano o non già creditori, rischiano in proprio nel continuare a fornire prestazioni di beni e servizi, senza il beneficio della prededucibilità dei loro crediti.

Di contro il debitore, per tutto il periodo delle trattative di carattere stragiudiziale, essendo *in bonis*, non subisce le limitazioni sulla disponibilità patrimoniale tipiche di chi accede al concordato, anche semplificato (art. 167 l. fall.), in quanto, a norma del primo comma dell'art. 9, egli conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa⁴⁶, favorita anche dall'accennato divieto di revoca degli affidamenti e dalla sospensione - sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata - degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. azionabile con semplice dichiarazione dell'imprenditore contenuta nella stessa istanza di nomina dell'esperto⁴⁷ (art. 8).

Su tale gestione l'esperto può esercitare un controllo solo indiretto, affidato all'iniziativa dello stesso debitore, che è tenuto ad informare "preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento circa il compimento degli atti di straordinaria amministrazione"⁴⁸ (art. 9, co. 2); nel

può pregiudicare l'andamento delle trattative.

45. Non vi è alcuna norma che in questa fase attribuisca, in via generale, la prededuzione ai crediti sorti in occasione o in funzione della procedura, tranne quelli espressamente indicati dall'art. 10, cui va aggiunto il credito per il compenso dell'esperto (art. 16, co. 11), né è richiamato l'art. 111 l. fall., come invece è stato fatto nel concordato semplificato.

46. Situazione ben sintetizzata da S. Pacchi (*Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale ovvero i cambi di cultura sono sempre difficili in ilcaso.it*, 13 agosto 2021) quando scrive che "La disciplina punta a una gestione dell'impresa che, durante le trattative per la composizione negoziata, sia per l'ordinaria che per la straordinaria amministrazione, rimanga saldamente in mano all'imprenditore libero da controlli invasivi e senza l'inibizione di effettuare pagamenti".

47. Disposizione che non richiede per la sua applicazione la ricorrenza che "le perdite (siano) emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020", come previsto invece dall'articolo 1, comma 266, l. 178/2020 (legge finanziaria 2021) in vigore dal 1° gennaio 2021, che disapplica per la durata di cinque anni "gli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482-bis, commi 4-6, e 2482-ter c.c." e rende inoperante la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, comma 1, n. 4, e 2545-duodecies c.c. La disposizione del recente decreto legge non richiede la presenza del requisito della emersione delle perdite nell'esercizio in corso alla data del 31.12.2020, che, ove ricorra, consente l'applicazione della norma del 2020, più favorevole.

48. A sua volta l'esperto, quando ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo (art. 9, co. 3), e, se nonostante la segnalazione, l'atto viene egualmente compiuto, è sempre l'imprenditore che deve informare

41. L. Panzani, *op. e loc. cit.*

42. In modo più edulcorato si esprime M. Arato (*Relazione tenuta a Brescia il 25.9.2021 al Convegno "La gestione della crisi di impresa nel post pandemia tra esigenze del Paese, Legge Fallimentare e Codice della Crisi"*), quando dice che "In definitiva, il possibile ricorso al concordato liquidatorio semplificato quale esito di una composizione negoziata non andata a buon fine potrebbe essere un valido deterrente rispetto ad eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori in sede di composizione negoziata. Ipotizziamo, ad esempio, una proposta di accordo con i creditori che preveda una continuità indiretta attraverso la cessione dell'azienda a terzi. Se i creditori non l'approvano, il debitore potrà pur sempre perseguirla e imporla ai creditori attraverso un concordato semplificato". Comunque voglia chiamarsi, la prospettiva di una figura che serva a vincere le eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori in sede di composizione negoziata rimane un'arma che opera come una minaccia.

43. I. Pagni - M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021

44. Il divieto comminato dal comma quarto dell'art. 6, riguarda, quindi, non la proposizione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, che di per sé pertanto non è improcedibile, ma la pronuncia della sentenza, sulla scia dell'art. 7, par. 2, della Direttiva 1023/2019, in quanto la dichiarazione di fallimento o di accertamento dell'insolvenza

mentre il tribunale interviene semplicemente per attribuire, con la sua autorizzazione, la prededuzione ai finanziamenti elencati nelle lett. a), b) e c) del primo comma dell'art. 10 e per attuare la deroga all'art. 2560, 2° comma, c.c. in caso di trasferimento di azienda⁴⁹.

In questa situazione di evidente squilibrio di posizioni, i creditori, già privati del diritto di realizzare i propri crediti e, più in generale, di gran parte dei diritti dispositivi tipici della titolarità di crediti e con la prospettiva che il debitore, in caso di fallimento delle trattative, si liberi dei suoi debiti con le facilitazioni descritte, sono fortemente incentivati ad accettare le proposte che vengono formulate onde evitare il peggio.

Concludendo, l'introduzione di una procedura stragiudiziale di prevenzione delle crisi meno farragginosa rispetto all'allerta è quanto mai opportuna ed è giustificato che il legislatore adotti anche strumenti per favorirla, ma con la composizione negoziata è stato costruito un meccanismo che si autolegittima come modello preferenziale non solo per prevenire la crisi di impresa, ma anche per risolvere una crisi in atto in via privatistica al di fuori delle aule giudiziarie. Alla fine di questo percorso non riuscito, quando il debitore può accedere alle varie forme di procedure di regolamentazione della crisi offerte dal nostro ordinamento, è stata data al debitore la possibilità di ricorrere ad una nuova procedura liquidatoria, che produce esattamente gli stessi effetti del concordato preventivo ordinario con cessione dei beni, ma non richiede una valutazione di ammissibilità, lascia al debitore una grande libertà di organizzare la proposta, ed ora anche la possibilità di dividere i creditori in classi, non è soggetta alla votazione dei creditori ed il controllo del giudice interviene solo al momento dell'omologa ed è inquadrato in un perimetro legislativamente delineato.

La creazione di una procedura, così incongruamente asimmetrica in favore del debitore e sfacciatamente lesiva dei diritti dei creditori, che peraltro segue ad una fase in cui hanno già subito notevoli limitazioni all'esercizio dei loro diritti di credito, non può che avere la funzione di operare, nel corso delle trattative per la composizione negoziata, una pressione per vincere eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori. E, a mio avviso, non è etico che lo Stato offra al debitore, che già tanti danni ha procurato ai suoi creditori a causa della sua crisi o insolvenza, una ulteriore arma per "costringere" costoro ad accettare le sue proposte; evidentemente il legislatore sovrano la pensa diversamente e non ci resta che prenderne atto.

immediatamente l'esperto, il quale, nei successivi dieci giorni, può- e nel caso l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori deve- iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese e segnalarlo al tribunale che ha confermato le misure protettive, ai fini della loro eventuale revoca (il che, seppur non previsto da alcuna norma, in concreto segna la fine del percorso negoziale). Rimane il fatto che è il debitore che seleziona, in base a sue valutazioni, se l'atto che sta per compiere è coerente con le finalità di risanamento, e se comunicarlo all'esperto, che, dal canto suo, non ha poteri di monitoraggio sulla gestione dell'impresa.

49. Coerentemente gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 conservano i propri effetti nelle eventuali successive procedure, (art. 12, co. 1) e, in caso di fallimento, non sono soggetti a revocatoria di cui all'articolo 67, secondo comma, l. fall., "gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti (art. 12, co. 2); infine il quinto comma dell'art. 12 stabilisce che le disposizioni di cui agli articoli 216, terzo comma, e 217 l. fall. "non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'articolo 5, comma 5, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale a norma dell'articolo 10".

Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario

di Salvo Leuzzi, Magistrato addetto al Massimario della Suprema Corte di Cassazione

Un'indagine su affinità e divergenze tra concordato semplificato e concordato ordinario. Presupposti e regole sono indagati secondo un approccio organico, che ridisegna e chiarisce i tratti di coerenza e unitarietà del nuovo sistema.

Sommario:

1. L'innesto sistematico del concordato semplificato
2. Il presupposto omogeneo della crisi-insolvenza e le sue implicazioni
3. Affinità e divergenze fra vecchio e nuovo concordato liquidatorio
4. L'omologazione e gli effetti del concordato
5. Il trattamento dei creditori
6. Le regole sulla liquidazione

1. L'innesto sistematico del concordato semplificato

L'art. 18 D.L. 118/2021 introduce una procedura concordataria agevolata quale *exitus* possibile della composizione negoziata che non abbia partorito soluzioni efficaci¹. Il nuovo strumento si iscrive nel novero dei concordati liquidatori, mutuandone espressamente le funzioni². Ben si presta, nondimeno, a favorire la salvaguardia di quanto rimane della continuità dell'impresa decotta, assicurandone la cessione mentre, pur annaspando, essa è ancora in vita³.

Il concordato di nuova generazione è delineato come *extrema ratio*, cui affidarsi quando tutti gli altri strumenti di affronto della crisi – tanto contrattuali, quanto concorsuali – siano certificati dall'esperto come impraticabili. È a quel punto soltanto che attraverso il veicolo concordatario può addivenirsi ad una rapida cessione dell'azienda, finanche in anticipo sull'omologa.

L'imprenditore deve persuadersi che l'esperto abbia ragione, apprezzandone la relazione finale, quindi metabolizzando, bontà sua, che l'unica "carta" rimasta nel mazzo è quella liquidatoria del "non fallimento"⁴. Quella carta deve giocarsela dinanzi ad un tribunale "gemello" rispetto a quello "fallimentare", posto che chiedendo l'omologazione di fatto consuma la propria resa, spogliandosi anzitempo dei beni, per alienarli a terzi in favore dei creditori.

E tuttavia, dal punto di vista dell'imprenditore, guadagnare l'esonero dal fallimento, è di per sé un beneficio. *Ex latere debitoris* la funzione che contrassegna ontologicamente il concordato – quindi pure quello semplificato – è in effetti quella eminentemente esdebitatoria: attraverso il concordato si raggiunge l'obiettivo di appianare, pur pagando lo scotto di lasciare ad altri l'azienda, le esposizioni passive dell'impresa, smarcandola, in esito all'adempimento concordatario, dalle obbligazioni originarie con riferimento al residuo non corrisposto.

Il debitore esce di scena e percorre il senso di marcia obbligato della dismissione dell'azienda al miglior offerente o all'unico che s'interessa al complesso produttivo. È la stessa operazione che si compirebbe, sotto l'e-

guida del curatore, in un futuribile fallimento, ma a distanza di mesi, quando dell'azienda sarebbe spirato il residuo soffio vitale.

L'istituto neonato scongiura, allora, lo smembramento e la disgregazione del compendio aziendale o perlomeno ci prova. Ma la liquidazione avviene in funzione eminentemente soddisfattoria, proprio come accadrebbe in un fallimento, e la vendita unitaria dell'azienda appare come nient'altro che una modalità funzionale ad acquisire un maggior ricavo rispetto ad una successiva alienazione parcellizzata di macchine spente.

Il varco d'accesso al concordato semplificato è assai stretto ed è l'ultimo transitabile, quando non si scorge altro bivio possibile.

Ciò giustifica perfino come necessaria la divaricazione del nuovo strumento dal concordato liquidatorio ordinario in punto di percentuale di soddisfacimento dei creditori: vi è un imprenditore che alza bandiera bianca e passa la mano; vi è da proteggere il brandello di continuità che rimane e suo tramite – per quel poco che ormai si può – le "posizioni" in senso lato dei creditori.

Certo, un'azienda in piedi e senza saracinesche abbassate finisce per passare di proprietà senza il voto dei titolari delle pretese. Eppure, il bilanciamento della scelta avviene su due piani convergenti: il primo attiene all'estensione onnicomprensiva del rimedio dell'opposizione all'omologa, utile a agitare ogni contestazione di forma, di sostanza, di convenienza; il secondo riposa nel correlato ampliamento del perimetro del sindacato giurisdizionale in ambito di omologa, nel quale ricade un vaglio *tout court* e senza distinguo di fattibilità⁵.

Nel quadro dell'imprenditore che leva le tende è fin troppo ovvio non vi sia alcunché da potere o dovere "assicurare": non la misura minima del 20% (art. 160, comma 4, L. fall.), non un soddisfacimento addirittura maggiore di almeno il 10% di quello ritraibile in ipotesi di liquidazione concorsuale (futuribile art. 84, comma 4, L. fall.).

Ed allora, l'art. 18 D.L. n. 118 del 2021 è un *addendum* imposto da un'impossibilità diffusa: quella degli imprenditori prostrati dal Covid, di dimensioni medio-piccole soprattutto, di avvalersi del concordato ordinario, troppo rigido nelle forme, ipertrofico nelle pretese.

Quando lo squilibrio è incolmabile e a nulla è valso l'intervento dell'esperto facilitatore (e pacificatore), l'unico obiettivo non velleitario coincide con un risultato equipollente a quello conseguibile in un fallimento ipotetico; il solo mezzo spendibile diviene allora una procedura che fa di snellezza e rapidità virtù, assicurando il contraddittorio, ma sterilizzandone tempi, costi e incumbenti, quindi affidandosi ad un sondaggio non schematico

1. La lett. b) del comma terzo dell'art. 11 recita inequivocabilmente che: "l'imprenditore può proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto".

2. Lo statuto della continuità aziendale non è richiamato e non si applica. Non è un caso che il debitore sia onerato del deposito della documentazione di cui all'art. 161 e non di quella di quella di cui all'art. 186-bis.

3. Di recente in tema v. A. Pezzano e M. Ratti, *Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa)*, in *dirittodellacrisi.it*.

4. G. La Croce, *Dalla negoziazione assistita al concordato semplificato*, in *La crisi d'impresa*, a cura di M. Pollio, 2021, p. 261.

5. L'ampliamento del vaglio giudiziale è scorto anche da S. Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23.9.2021, il quale constata "uno spostamento del baricentro dai creditori (non chiamati al voto e facoltizzati semplicemente a opporsi all'omologazione) al tribunale, deputato a concedere l'imprimatur al concordato senza che questo sia stato, per l'appunto, approvato dai creditori" con un conseguente "rafforzamento delle prerogative giudiziali".

del mercato e al contrappeso di un'accresciuta responsabilità decisionale del giudice.

È fisiologico, in questo quadro, che l'epilogo del concordato semplificato non possa reggersi nemmeno concettualmente sul miglior soddisfacimento dei creditori, ma debba accontentarsi dell'assenza del pregiudizio. Quando l'imprenditore varca di buon grado l'uscita di sicurezza dal mercato, perché ogni altra porta è sbarrata e preclusa, ciò a cui si può aspirare è la ripartizione tra i creditori delle utilità ricavabili, a ognuno di essi dovendosene riservare almeno una, quale che sia (come opportunamente l'art. 18, comma 5, d.l. n. 118 del 2021 s'incarica di puntualizzare).

Nel contesto del concordato semplificato non vi è una cessione accettata dai creditori, il che pare escludere in radice la discussa questione della cedibilità solo parziale dei beni⁶. Il debitore non può, d'altronde, restringere la garanzia generica ex art. 2740 c.c. se non sull'accordo coi creditori, che qui non esiste.

Come è stato evidenziato, quando il debitore diventa insolvente inizia la transizione dell'impresa dal controllo esclusivo del medesimo al controllo dei creditori, ossia dei soggetti che somministrano oramai il capitale di rischio, atteggiandosi a veri titolari degli interessi economici sottesi⁷.

La valutazione di miglior soddisfacimento dei creditori è richiamata dal legislatore esclusivamente per il concordato con continuità aziendale, non esportabile alle altre tipologie concordatarie⁸, se non "quale regola di scrupolo della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura"⁹, utile in rapporto al compimento di atti di ordinaria amministrazione o di disciplina dei rapporti pendenti.

Questo è il sistema ed ha una sua evidente razionalità. Che poi la prassi si esponga a storture e disillusioni è un rischio supponibile, ma non condizionante, atteso che il sistema va eretto e interpretato per principi, non per inconvenienti.

Per il resto, non v'è divario netto fra ordinario e semplificato, presentando quest'ultimo, al pari del primo, le caratteristiche più ricorrenti e vistose dell'archetipo "procedura concorsuale".

Intanto, perché postula un accertamento della crisi-insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria, cui si accompagna il successivo controllo della stessa sull'appendice gestoria del dissesto concorsualizzato.

Inoltre, perché vi è un meccanismo di protezione patrimoniale, declinato in uno stay delle iniziative cautelari ed esecutive e nel freno all'accaparramento delle prelazioni; il blocco, tra l'altro, nel semplificato è identico a quello del concordato ordinario, stante il richiamo all'art. 168 contenuto nel comma 2 dell'art. 18 del D.L. n. 118/2021.

Ancora, perché si assiste alla realizzazione attraverso i beni del debitore della garanzia patrimoniale, con la creazione di un vincolo su un complesso dei beni in funzione soddisfattiva dei creditori, sotto lo standardo della *par condicio*.

Infine, perché viene in rilievo una larga sequela di esenzioni da revocabilità, sia di atti che di pagamenti.

La corrispondenza perfetta delle riassume sembianze è solcata da un segno particolare di diversità. Il concordato liquidatorio ordinario è una procedura concorsuale negoziata coi creditori, laddove quello semplificato s'impronta, per quanto accennato, a procedura imposta. Anche questo si spiega: la negoziazione è già proceduralmente avvenuta dinanzi all'esperto, rivelandosi improduttiva.

Il concordato liquidatorio reca immanente un incentivo alle parti a parlarsi per tempo. Proprio lo sfondo eventuale della semplificazione liquidatoria ha un'intrinseca valenza sollecitatoria soprattutto nei confronti dei creditori, incoraggiati a mettersi in ascolto, anziché a rimanere in muta

attesa.

Il debitore è in grado di paventare uno scenario di dismissione in favore del miglior offerente o dell'unico in circolazione (magari un soggetto che orbita nei "paraggi" dell'impresa in mediazione). Ciò gli consente di esprimere una forza contrattuale formidabile al tavolo dell'esperto facilitatore. I creditori sono, quindi, meglio indotti a prender parte fattivamente alle negoziazioni, ricercando già a monte e in quell'alveo soluzioni adeguate e cogliendone tutte le opportunità e le sfumature, posto che a valle non ne scorgerebbero di più vantaggiose, anzi, forse, non ne troverebbero alcuna¹⁰.

2. Il presupposto omogeneo della crisi-insolvenza e le sue implicazioni

Il presupposto oggettivo su cui s'impenna il concordato semplificato è lo stesso del liquidatorio ordinario: lo stato di crisi.

È inservibile, per mancato richiamo, la nozione contemplata nell'art. 2, lett. a, del CCII¹¹.

L'unico riferimento positivo fruibile si ritrova, allora, nell'art. 160 L. fall, che attribuisce al concordato la funzione di regolare la crisi, senza definirne la fenomenologia¹². La sua sostanza alligna in una condizione patologica prospettica, ormai prossima all'incapacità di adempiere le obbligazioni, tanto da suggerire l'assunzione - concordataria appunto - di contromisure ristrutturatorie del debito e dell'azienda.

Il terzo comma della norma puntualizza che la crisi non si distingue dall'insolvenza, ma la ingloba. È un profilo che rimane inalterato nel quadro del D.L. n. 118/2021: sia l'imprenditore che accede al concordato ordinario, sia quello che si affaccia al semplificato, possono cimentarsi in entrambe le situazioni.

La circostanza che la corsia d'accelerazione del concordato ex art. 18 "Decreto Giustizia" sia utilizzabile pure dall'insolvente, messo in condizione di imporre un sacrificio importante ai creditori in ragione del mero rifiuto della sua proposta in sede di negoziazione assistita, potrebbe destare qualche epidemica contrarietà.

A farla venir meno è una lettura un po' più attenta delle regole e dei principi che fanno loro da sfondo, dal cui complesso affiora un aspetto: il concordato semplificato non si offre all'imprenditore alla stregua di arnese a buon mercato per la gestione preordinata e artificiosa dell'insolvenza a detrimento dei creditori. Varie le ragioni, alcune su tutte.

La piattaforma dell'art. 3, comma 2, del decreto è istituita proprio per filtrare i dissesti. La lista particolareggiata e il test pratico in essa ricompresi dovrebbero liberare l'anticamera della Commissione per la nomina degli esperti dalle imprese esangui, per ospitarvi realtà produttive in grado perlomeno di concepire e di sperimentare piani di risanamento, sia pure di diversificata scansione temporale o probabilità realizzativa, stando alle indicazioni del Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021.

Se il test è negativo o addirittura spietato all'impresa manca l'abilitazione ("pre-concorsuale") a negoziare, a meno che essa non disponga di una panacea salvifica *sub specie* di iniezioni finanziarie di un terzo sufficienti a foraggiare un piano. Perché un piano - finanziario e industriale - l'art. 5, comma 3, lett. b) all'evidenza lo pretende. Ciò comporta che l'impresa debba fare ostensione perlomeno delle risorse minime a sostegno della continuità aziendale nel successivo semestre e parallelamente svelare, sia pure sulla carta, ma in modo convincente, interventi plausibili in punto

10. Il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 assegna all'esperto il compito "in qualunque momento risulti utile per le trattative" di stimare delle risorse derivanti dalla liquidazione dell'intero patrimonio del debitore, il che serve a offrire alle parti di apprezzare in modo avveduto i diversi scenari possibili di affronto della crisi.

11. La norma definisce la crisi come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

12. Sulla nozione di crisi v. N. Rocco di Torrepadula, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 231.

6. Fornisce una sintesi critica delle posizioni in campo A. Zanardo, *Il concordato con cessione (parziale) dei beni: ammissibilità e disciplina*, in *Dir. Fall.*, 2017, 6, 1357.

7. L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, in partic. a pp. 50 s. e 177 ss.; v. anche F. Fimmanò, *L'allocatione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Società*, 2010, pp. 64 e 79.

8. L'estensione è peraltro perorata da Cass., 19 febbraio 2016, n. 3324, in *Fallimento*, 2016, p. 791, con nota di F. De Santis.

9. Trib. Monza, 25 gennaio 2017, edita su *Il caso.it*.

di apparato, strategie di mercato, allocazione delle risorse. Devono essere chiari fin dall'inizio anche gli ingredienti di carattere straordinario che consentono effettivamente di programmare la reversione dell'insolvenza: nuovi mercati, nuovi prodotti, esazioni imminenti di crediti, rinnovate e più cospicue commesse, immissioni di capitale, rinunce ai crediti e via dicendo.

Ancora, i commi 4 e 5, della norma cuciono addosso all'esperto un *habitus* fortemente dinamico, chiamandolo al rispetto di una tabella di marcia serrata, le cui tappe consistono nell'accettazione dell'ufficio entro soli "due giorni" dalla nomina, nella convocazione "senza indugio" dell'imprenditore dinanzi a sé e nell'immediata raccolta di informazioni presso l'organo di controllo e il revisore legale.

La *discosure* in favore dell'esperto sullo stato economico-finanziario dell'impresa è sollecitata¹³, la presa di consapevolezza capillare e pedissequa. Il tutto è ancillare alla valutazione – indilazionabile – dell'esistenza di "una concreta prospettiva di risanamento".

Proprio la concretezza prospettica, nell'art. 5, comma 5, il legislatore la invoca tre volte come in un implacabile mantra. Solo se la prospettiva è tangibile l'esperto può responsabilmente andare oltre incontrando "le altre parti interessate al progetto di risanamento"; se l'orizzonte fin dall'inizio è reso fosco dalle nubi spesse dell'insolvenza e non s'intravede un *Deus ex machina* (terzo finanziatore, creditore indulgente) propenso a diradarle, l'esperto rimane solo, non incontra nessuno, deve limitarsi ad archiviare.

Ci si affanna oltremodo nel distillare la crisi dall'insolvenza, come pure nel distinguere le diverse coloriture della prima e della seconda. Vi è un eccesso di zelo in quest'operazione tassonomica. La superabilità o l'insuperabilità della crisi, come pure l'irreversibilità o la reversibilità dell'insolvenza, costituiscono, in realtà, una variabile inesorabilmente collegata all'intensità dell'apporto finanziario di qualcuno e al rischio che quel qualcuno è disposto compiutamente ad assumersi. Se vi è in concreto – non solo nell'etere delle intenzioni – un piano, persino l'insolvenza può essere recuperata. Che quel piano vi sia e che le prospettive siano concrete è l'unica circostanza di un qualche interesse per i creditori, giacché qualora mancasse i creditori non ne trarrebbero soddisfazione maggiore, né lucrerebbero un obolo supplementare alla borsa del riparto fallimentare.

Quel che conta allora è che all'avvio della composizione, la difficoltà, lo squilibrio, finanche il disperato dissesto, siano negoziabili, in quanto il risanamento, pur non scontato, risulti *ab actis* – o per rapido supplemento d'indagine e riflessione – senz'altro programmabile.

È un punto cruciale: lo stato di crisi postulato dalla norma pare combaciare con una nozione necessariamente empirica, comprensiva oramai tutti i disagi e i dissesti dell'impresa e cioè sia l'insolvenza reversibile, che l'insolvenza irreversibile, costituendo entrambe le situazioni aspetti quantitativi di un medesimo fenomeno, distinguibili solo per la prognosi di superabilità carte alla mano.

La nozione di crisi raccoglie, pertanto, contesti aziendali, di varia genesi e gravità, di carattere organizzativo, come pure economico o finanziario, accomunati dal fatto di richiedere un intervento straordinario che poggia sul consenso dei creditori e sulla sospensione delle azioni esecutive.

È la prospettiva che fa premio sull'attualità.

Certo il decreto dirigenziale ha una valenza suasoria¹⁴, teso com'è a convincere le parti sull'importanza delle buone prassi che declina. Eppure, non ne va trascurata l'incisività nella parte in cui al punto 2.8. mette in mano all'esperto la bussola della reversibilità: in qualunque momento egli abbia contezza di una situazione di insolvenza irreversibile, è tenuto a chiedere l'archiviazione della composizione negoziata e il "gioco" finisce.

Il richiamato comma 5 è, d'altronde, inequivoco nell'affidare al facilitatore due incombenze convergenti: la prima gli richiede di scrutare come concretamente possibile *ab origine* il risanamento; la seconda gli commisiona fin dall'esordio di pianificarlo, il che vuol dire che egli deve trovare l'obiettivo del riequilibrio sufficientemente nitido da poter abbozzare "le

possibili strategie di intervento" a beneficio delle parti, se non al primo incontro, in quelli subito successivi, da fissare "con cadenza periodica ravvicinata".

Quanto osservato spiega già con buona evidenza che l'utilizzo del concordato semplificato come cabina di pilotaggio spregiudicato dell'insolvenza in danno dei creditori attiene ai casi eclatanti, che sono quelli del reato penale commesso in concorso (e in combutta) fra il debitore delinquente e l'esperto infedele. Il pubblico ministero, avvisato dell'avvio del concordato semplificato, farà il suo lavoro, assumendo su di sé il ruolo di contrappeso.

Ma i casi eclatanti sono, più in generale, anche quelli dell'abuso dello strumento, non più orientato a comporre la crisi dell'impresa, ma curvato al raggiungimento di utilità ulteriori, con un ingiusto e sproporzionato sacrificio delle controparti contrattuali. Quando la malafede – ossia l'antitesi di quella buona fede e correttezza cui l'art. 4 pretende ancorati i comportamenti delle parti – contamina la procedura concordataria semplificata, plasmandola sullo scopo esclusivo del "tirare a campare", procrastinando la dichiarazione di fallimento, a venire in auge è un'ipotesi di c.d. "abuso del processo". Lo strumento è impiegato, infatti, per il perseguimento di finalità esorbitanti e disallineate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento lo ha approntato¹⁵. La valvola di sistema esiste, pertanto.

Le evenienze abusive sono, peraltro, tendenzialmente sterilizzate su almeno tre piani.

Intanto attraverso la minuziosa valorizzazione dei requisiti di indipendenza e professionalità dell'esperto¹⁶; inoltre, mediante l'obbligo – or ora richiamato – delle parti di comportarsi "secondo buona fede e correttezza", obbligo che spinge gli attori della crisi ad un approccio virtuoso e ad un impiego non bizzarro degli istituti; infine, per il tramite del richiamo dell'art. 173 L. fall. in tema di revoca del concordato preventivo ordinario, che travasa, nell'alveo del semplificato, atti, omissioni e frodi suscettibili di bloccarne il corso e di sancirne negativamente l'epilogo.

In definitiva, la composizione negoziata non può ontologicamente risolversi in una sorta di "tentativo dell'impossibile"¹⁷, bensì in un esperimento di recupero, praticabile *à la carte*, ma rivelatosi inefficace. La relazione finale dell'esperto varrà a dar conto proprio di ciò, strategie iniziali e risultati reali, fornendo una certificazione ragionata del naufragio del percorso di mediazione. Dal contenuto del documento emergeranno le incidenze delle congiunture economiche, ma anche la dimensione delle responsabilità individuali delle parti e dell'esperto stesso.

Il sistema ribadisce, a guardarlo bene, una piena razionalità di struttura.

3. Affinità e divergenze fra vecchio e nuovo concordato liquidatorio

Sia per il concordato ordinario (art. 161, comma 1, L. fall.), sia per il semplificato (art. 18, comma 2, D.L. n. 118/2021), il ricorso va presentato al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. Si è evidenziato che l'omesso richiamo della seconda parte dell'art. 161, comma 1, implichi l'irrilevanza del trasferimento della sede dell'impresa nell'anno precedente¹⁸. Sarei portato a pensare che il principio di cui all'art. 9, comma

15. Sull'abuso nel concordato preventivo in generale v. in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Italgire*; in dottrina v. G. D'Attorre, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 1059; M. Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, 556; S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 795.

16. L'art. 4 D.L. n. 118/2021 dei requisiti d'indipendenza e dei correlati doveri sciorina addirittura un catalogo.

17. La locuzione evoca l'omonimo dipinto surrealista di R. Magritte, *Il tentativo dell'impossibile*, 1928.

18. Osserva G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021, in dirittodellacrisi.it*: "viene in considerazione solo la sede dell'impresa al momento della presentazione della domanda, non rilevando l'eventuale trasferimento intervenuto nell'anno precedente, di cui si parla nella restante parte del primo comma dell'art. 161, perché tale norma non è richiamata e la nuova legge adotta esclusivamente il

13. Il corredo documentale depositato dall'imprenditore in allegato al ricorso per l'accesso alla composizione negoziata è assai denso ai sensi dell'art. 5, comma 1, n. 3, prevedendo.

14. L'uso della felice aggettivazione si deve a G. Lener.

2, L. fall., la cui sagoma è mutuata dal predetto art. 161, sia di carattere generale e indisponibile, in quanto teso a neutralizzare nel quadro convulso della crisi-insolvenza il fenomeno del *forum shopping*.

Differente, nell'istituto di nuovo conio, è il contenuto della domanda, che qui comprende in via immediata la richiesta di omologazione del concordato.

Sia negli artt. 160 e ss. L. fall., sia nell'art. 18 D.L. n. 118/2021, nulla si dice in tema di assistenza legale del debitore. In dottrina si valorizza l'assenza di specificazioni per escludere la necessità della difesa tecnica, tanto nell'ordinario, quanto nel semplificato, laddove in tal senso deporrebbe anche la struttura elementare del procedimento¹⁹.

L'opinione di chi scrive è diversa: l'art. 161 e l'art. 18 sono precetti silenziosi, come tali inidonei ad atteggiarsi a norme d'indole speciale rispetto all'art. 82, comma 3, c.p.c. A tenore delle regole generali del codice di rito civile, davanti al tribunale, le parti devono stare in giudizio col ministero di un difensore, salve le eccezioni espresse, tra le quali non è catalogata quella del ricorso alle procedure di concordato. La proposta concordataria è il *pendant* di una domanda giudiziale di regolazione della crisi nel cui ambito convergono interessi tendenzialmente antagonisti. L'iniziativa del debitore è suscettibile di instaurare un procedimento giurisdizionale nel cui quadro viene in rilievo un impianto intimamente contenzioso, che per l'idoneità ad incidere su diritti soggettivi presuppone come indispensabile la difesa tecnica.

Un punto di diversità fra ordinario e semplificato si coglie nel mancato richiamo, nel corpo del D.L. n. 118/2021, dell'art. 152 L. fall., che condiziona l'ammissibilità della proposta alla sottoscrizione a cura dei suoi rappresentanti legali e all'approvazione dei soci (nelle società di persone) o degli amministratori (in quelle di capitali) e che prevede, al terzo comma, che decisioni e deliberazioni delle società di capitali finalizzate all'avviso dell'iniziativa concordataria constino per atto notarile e siano depositate nel registro delle imprese. L'omesso richiamo parrebbe intenzionale: occorre fare in fretta per salvare l'azienda attiva, ma esausta, nel suo ultimo metro; si eliminano i passaggi formali e di controllo legalitario che potrebbero rallentare il tentativo. L'art. 2475-bis c.c. conferisce agli amministratori delle società a responsabilità limitata il potere di rappresentanza generale dell'ente e tanto dovrebbe bastare a consentire all'impresa di intradarsi nella procedura semplificata. Qualora il contratto di cessione concerna la sola attività in esercizio, a derivarne è una sostanziale modifica dell'oggetto sociale. La competenza *in parte qua* è riservata ai soci *ex art.* 2479, comma 2, n. 5 c.c., ma costoro potranno esprimerla anche a posteriori (e in ratifica) rispetto all'avvio dell'*iter* concordatario.

Altra difformità saliente fra ordinario e semplificato attiene alla mancanza in quest'ultimo dell'attestazione del piano concordatario di liquidazione dell'azienda. La cessione di questa, d'altronde, nella cornice dell'art. 18 non avviene *ex abrupto*, ponendosi in fondo ad un percorso di negoziazione nel cui ambito la trasparenza dell'informazione è un pilastro portante. L'ultimo *step* di quel tragitto è nella relazione finale dell'esperto (art. 5, ult. comma), che fa luce sulle dinamiche della negoziazione, ma anche sull'attualità dell'impresa. A quel punto ciascun creditore gli atti dovrebbe averli già letti e decifrati per proprio conto con l'ausilio dei suoi consulenti sicché un'attestazione suonerebbe pleonastica.

Nessuna carenza di presidio degli interessi pubblicistici si rinviene nel tragitto semplificato, posto che al pari di quanto accade nell'ordinario, il ricorso è sempre comunicato al PM e pubblicato nel Registro Imprese (comma 2, art. 18). L'organo requirente, in particolare, non registra variazioni di sorta sui propri poteri d'iniziativa, né sui presupposti sottesi al relativo esercizio.

Due, in realtà, sono le divergenze di maggior rilievo tra il concordato ordinario e quello semplificato, individuate sin da subito nella soppressione in quest'ultimo del vaglio giudiziale di ammissibilità preventiva che contrassegna l'ordinario e nella eliminazione del meccanismo del voto dei

creditori²⁰.

Non è del tutto vero – come pure a taluni è parso di primo acchito²¹ – che manchi una fase di ammissione. Questa assume, piuttosto, una dimensione camerale e non partecipata, senza tuttavia risolversi in un passaggio formale.

Il terzo comma dell'art. 18 dispone che il tribunale valuti innanzitutto la *“ritualità della proposta”*. Risuona l'eco dell'art. 125 L. fall. in tema di concordato fallimentare. Le verifiche saranno *mutatis mutandis* analoghe. Riguarderanno allora la regolarità della documentazione depositata e quella della procedura svolta, ma anche la legittimazione alla proposta e la sua tempestività. Il controllo non assumerà, peraltro, ad avviso di chi scrive una dimensione meramente esteriore. Pur in assenza (e in attesa) di contraddittorio, nulla esclude che il giudice debba guardare a grandi linee alla legittimità sostanziale della proposta, che deve rispondere ad uno schema minimo e imprescindibile, che è dato dal rispetto dell'ordine delle prelazioni, dalla suddivisione eventuale in classi per posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei, dall'assicurazione a ciascuno della garanzia di un'utilità.

Il vaglio sulla completezza della relazione dell'esperto sarà un aspetto basilare e potrà implicare la richiesta a quest'ultimo di un supplemento di riflessione. Il giudice dovrà appurare che il debitore sia approdato dinanzi a lui per il sentiero di una composizione non farlocca. Andrà quindi a rileggere, attraverso la relazione finale, l'evoluzione del circuito negoziale e constaterà se il debitore si sia mosso o meno in buona fede all'interno di esso, se l'esperto si sia mostrato professionalmente avveduto e neutrale, se la strategia di risanamento dell'azienda apparisse compatibile con la situazione primigenia dell'impresa e la congiuntura del mercato in cui operava, ancorché le contingenze successive, l'imprevedibilità delle dinamiche concorrenziali e l'indisponibilità (legittima) di taluni creditori ad accettare rivisitazioni dei rapporti l'abbiano alla fine frustrata.

È significativo che l'art. 18 imponga all'esperto di *“dichiarare”* che le trattative si sono svolte *“secondo correttezza e buona fede”*. È un modo efficace per consentire al giudice di sanzionare fin da principio gli abusi dello strumento, qualora le condotte o le omissioni dovessero apparirgli disallineate da quel paradigma.

Il D.L. n. 118/2021 fonda il dovere, anzitutto dei creditori professionali – quindi degli istituti bancari su tutti – di prendere parte al governo negoziale della crisi in modo da consentire soluzioni collettivamente efficienti, oltre che individualmente appaganti, assumendo condotte sollecite ed informate, pur se ovviamente libere nel merito delle valutazioni. La relazione conclusiva dell'esperto dovrà testimoniare *expressis verbis* l'avvenuto svolgimento in buona fede e correttezza delle trattative. Il che equivale a dire che la composizione non solo dev'essere stata attivata, ma dev'essere stata lealmente condotta dalle parti, finendo per inciampare – per *“certificazione”* dell'esperto – su elementi *ultra vires*, evidentemente trascendenti il rispettivo impegno delle parti a concluderla proficuamente. Si crea una diga relevantissima in capo all'autorità giudiziaria, chiamata a compiere una valutazione di merito sul contenuto della relazione, esigendone l'eventuale completamento a cura dell'esperto in ordine agli eventuali contenuti apodittici o reticenti.

Il tribunale che dalla narrazione dell'esperto rilevasse l'assenza del presupposto della buona fede nello svolgimento delle trattative non fisserebbe, per economia del processo e logica del giudizio, nemmeno l'udienza di omologazione, adottando piuttosto, immantinente, un provvedimento d'invalidità della domanda.

È rilevante pure che il tribunale acquisisca, in aggiunta alla relazione finale, il parere dell'esperto facilitatore sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte²². Si tratta di una acquisizione che non

critero della sede principale, senza altra precisazione”.

19. Ancora G. Bozza, *Op. cit.*

20. LA. Bottai, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *dirittodel-lacrisi.it*.

21. LA. Bottai, *Op. cit.*

22. Al punto 13.1 della Sez. III del Decreto dirigenziale 30 settembre 2021 viene suggerito all'esperto di svolgere in costanza di trattative, una stima del patrimonio del debitore, di modo che, quando il tribunale gli richiede il parere di cui all'articolo 18, comma 3, egli possa agevolmente pronunciarsi sui presumibili risultati della liquidazione.

si spiegherebbe nell'economia di un controllo solo "notarile", mentre trova ragione nell'esigenza di un vaglio penetrante e di merito già a questo punto. Se al giudice spettasse d'apprezzare il solo ossequio delle forme per rimandare all'omologa il rispetto della sostanza, di quel parere supplementare avrebbe ben poco bisogno.

Certo, la conseguenza connessa al giudizio negativo del tribunale qui immaginata non è esplicitamente prevista. Eppure, sembra coerente con il ruolo preminente dell'autorità giudiziaria nel contesto di riferimento e con il principio di economicità dei mezzi processuali, che il collegio dichiari l'inammissibilità senza doversi riservare di farlo in esito ad un'udienza di omologa, che si risolverebbe in un esercizio di stile, in un simulacro privo di funzione.

A tenore dei commi 3 e 4 dell'art. 18, il tribunale emette un decreto con cui "nomina" un ausiliario, sorta di succedaneo del commissario giudiziale del concordato ordinario, impegnandolo ad accettare entro tre giorni e a rendere un parere ad ampio spettro sulla proposta concordataria; "ordina" la comunicazione ai creditori della relazione dell'esperto e dei pareri di quest'ultimo e dell'ausiliario; "fissa" l'udienza per l'omologazione.

Benché la norma adoperi l'indicativo presente - quasi a tratteggiare l'emissione del provvedimento di *default* - è fisiologico che qualora la fattibilità economica e giuridica dell'ipotesi concordataria dovesse apparire *prima facie* insussistente, al lume del vasto corredo di informazioni e valutazioni di cui il tribunale fin dal debutto dispone, la procedura concordataria possa chiudersi *hic et nunc*, con la pronuncia di una declaratoria di inammissibilità, in luogo di un'inutile appendice omologatoria.

In tal senso, sembra deporre anche il contenuto del secondo inciso dell'ultimo comma dell'art. 18, che equipara il decreto che dispone la comunicazione della proposta all'ammissione al concordato ai fini di cui all'art. 173 L. fall. È il concordato ad essere revocabile ai sensi della norma, non certo (e non solo) l'udienza che del concordato scandisce il momento processuale.

La discrasia più importante fra procedura concordataria ordinaria e procedura semplificata attiene, piuttosto, alla mancanza in quest'ultima del voto dei creditori²³.

L'elemento è per certi versi inedito e di sicuro vale a conferire una più spiccata forza contrattuale all'imprenditore in fase di trattative, posto che i creditori mal disposti a rimodulare le pretese entro i limiti esterni dell'apprezzabile sacrificio saranno ben consapevoli che il mancato accordo non li premierà, perché non saranno ulteriormente chiamati a pronunciarsi, né riceveranno di più nel plesso della liquidazione fallimentare.

In realtà, il fallimento non aggiunge e non toglie nulla ai creditori. Esso costituirà l'ultimo approdo solo per quegli imprenditori che non avranno inteso cogliere, in modo razionale e solerte, la possibilità, prima di trovare un accordo con i propri creditori per la continuazione dell'impresa, poi, in caso d'insuccesso, di esdebitarsi cedendo loro il proprio patrimonio, senza infliggere un danno.

La verità è che la procedura semplificata si orienta più di quella ordinaria verso il mercato, facendo venire alla luce la primazia di uno specifico interesse pubblico: la salvaguardia delle porzioni ancora attive dell'azienda in affanno, ogni qualvolta il rallentamento processuale non assicurerebbe ai creditori un beneficio monetario maggiore, né un virtuale vantaggio compensativo.

Ciò giustifica a pieno l'esclusione dei creditori dal procedimento di formazione ed approvazione della proposta di concordato, perché per costoro la soppressione del voto non è un guaio.

Nel concordato ordinario la scelta tra la liquidazione concordataria e quella fallimentare è rimessa, in concreto, al consenso strutturato dei creditori, che ne apprezzano la convenienza in punto di tempi, misure e probabilità di soddisfazione delle rispettive ragioni; nel semplificato la valutazione di detta convenienza è operata individualmente da ciascun creditore. Se nell'ordinario l'apprezzamento rimane espressione di aggre-

gazioni creditizie maturate, spontaneamente o meno, sul presupposto di interessi omogenei; nel concordato semplificato il merito di quell'apprezzamento è, perlomeno, custodito in capo a ciascun creditore, il quale, a prescindere dall'importo del *dovutum*, è legittimato a far valere il proprio diritto e a far pesare l'interesse peculiare che vi è sotteso, interpellando il giudice con l'opposizione all'omologa.

L'urna del voto che rimane chiusa non comporta alcuna radicale compromissione del diritto di difesa (e di parola). Quel diritto è addirittura potenzialmente accresciuto e rafforzato. I creditori lo recuperano in virtù del riconoscimento della legittimazione a proporre a titolo individuale l'opposizione anzidetta. Al contrario di quanto accadrebbe in un concordato ordinario, dove il dissenziente verrebbe agevolmente zittito dal voto maggioritario, tanto che per insorgere nel concordato senza classi dovrebbe fare gruppo con gli altri delusi fino a sommare in condominio il 20% dei crediti complessivi, nel concordato semplificato egli si rivolge liberamente al tribunale, opponendosi all'omologa e deducendo suo tramite tutta la gamma delle contestazioni possibili.

In luogo del commissario giudiziale del concordato ordinario, nel semplificato viene alla ribalta un mero ausiliario ex art. 68 c.p.c. È naturale sia così. Il baricentro della procedura concordataria del D.L. n. 118/2021 è il giudice, che assorbe a sé ogni compito, senza delegarne alcuno. La sola figura compatibile con quest'impostazione è un professionista di complemento, destinato a fornire un supporto tecnico-specialistico per le valutazioni e determinazioni del tribunale, eppure priva di quella profondità indagatoria dell'ufficio commissariale.

4. L'omologazione e gli effetti del concordato

Nel concordato semplificato la funzione dell'omologa è, ad un tempo, quella di presidiare il coacervo di interessi giuridicamente rilevanti che gravitano sulla procedura e di renderne efficace e vincolante l'epilogo per tutti i creditori, conferendovi la veste formale di un provvedimento.

A quest'ultimo si giunge per il tramite di un'udienza nella quale vengono tendenzialmente canalizzate tutte le questioni di legittimità del procedimento e vantaggiosità della proposta che i creditori intendano sollevare attraverso specifiche opposizioni "nel termine perentorio di dieci giorni prima" (art. 18, comma 4). Naturale che ogni questione sottenda quasi sempre una controversia sull'opportunità di comporre la crisi col concordato anziché risolverla nel fallimento.

Il decreto omologatorio, allo stesso modo di quanto accade nel concordato ordinario qualora siano proposte opposizioni (art. 180, comma 4, L. fall.), prevede un vaglio all'evidenza pervasivo, in quanto supportato da tutti i mezzi istruttori - invocati dalle parti o disposti d'ufficio - che il giudice reputi utili a compiere il proprio sindacato (art. 18, comma 5, D.L.).

La latitudine di quest'ultimo è assai estesa.

Se nel contesto dell'omologazione del concordato ordinario, il giudice si muove nello specchio stretto della regolarità della procedura e del computo dei voti espressi dai creditori, valutando la convenienza dell'ipotesi concordataria nei soli casi di opposizione, in ambito di concordato semplificato il sindacato assume un'intensità più marcata.

Intanto perché, venendo in rilievo il primo momento di contraddittorio reale fra i creditori - privati infatti del contenitore dell'adunanza ex art. 174 L. fall. - il giudice accerta che essi siano stati coinvolti tutti e che quindi il contraddittorio sia integro; appura, poi, che dei titolari delle pretese siano stati rispettati il rango e l'ordine delle prelazioni, senza che ne sia stata sovvertita alcuna.

In secondo luogo, perché il vaglio è allargato, ponendosi una più accentuata esigenza di eterotutela delle posizioni dei creditori: esso assorbe in modo totalizzante il ventaglio della fattibilità del piano di liquidazione. Si accantona la scomposizione della fattibilità nelle dimensioni giuridica ed economica, sul presupposto dell'attribuzione al giudice dell'ufficio d'intercettare ogni impossibilità di attuazione del piano per via di un presupposto di quest'ultimo di per sé non realizzabile. Che tale presupposto si risolva in una impossibilità materiale, anziché giuridica, non esprime nel

zione e sulle garanzie offerte dagli eventuali proponenti l'acquisto dell'azienda, di suoi rami o di singoli cespiti (punto 13.2).

23. È aspetto fortemente contestato da G. Bozza, *Op. cit.*

contesto in esame alcuna saliente differenza: sia l'impossibilità materiale, che quella giuridica, rilevano come "fatto" idoneo a rendere inattuabile un determinato programma, in virtù della sussistenza di un condizionamento, che ora riviene dal diritto scritto, ora giunge dall'ambiente esterno inciso dal diritto, quindi in sostanza dalla realtà del mercato che attraverso il diritto si tende a governare. È il giudice a far da equilibratore, nell'uno come nell'altro caso.

Vi è, seppur apparentemente in ombra, una dilatazione del sindacato fino a fagli lambire la meritevolezza stessa dell'intrapresa, dacché, perlomeno ogni qualvolta l'acquisto dell'azienda non sia preceduto da un'offerta preconfezionata, il giudice si trova di fatto a valutare se la continuità aziendale residua che la realtà produttiva esprime sia effettivamente degna di essere proseguita o rivitalizzata, sia pur per mano altrui.

Ciò detto, nel raffronto comparativo fra concordato e fallimento, il giudice dovrà valutare la possibilità che l'attivo fallimentare sorpassi quello attualmente disponibile o che, perlomeno, il passivo fallimentare sia più ridotto dell'attuale fabbisogno concordatario. Per quanto, tuttavia, non sia agevole – esemplificativamente – prevenire quali azioni revocatorie o di responsabilità possano cogliere nel segno a livello di esito finale.

La valutazione è articolata e non va divisa dalla necessità di computare in prognosi anche tutti gli oneri connessi alla successiva liquidazione fallimentare, ad onta della più rapida e meno dispendiosa cornice operativa concordataria.

Certo, al fallimento può accompagnarsi l'apprensione alla massa di beni ulteriori rispetto a quelli concordatariamente disponibili, ma il fallimento è in sé, quasi sempre, un fenomeno disgregativo del compendio aziendale. Perché il fattore tempo non aiuta la salvaguardia dell'*universitas rerum*, ma ne frantuma gli elementi e ne fa evaporare gli *intangibles*.

Nel concordato semplificato, il parallelo con l'alternativa liquidatoria è congegnato in modo sottilmente diverso rispetto a quanto avviene nella procedura ordinaria. In quest'ultima, a rilevare – in ciascuna occasione in cui il giudice è chiamato a valutare la convenienza perché investito da un'opposizione – è il parametro del soddisfacimento non inferiore rispetto alla resa economica delle altre opzioni concretamente praticabili. Nel concordato di nuovo conio a sporgere come criterio discrezionale è l'assenza del pregiudizio e l'individuazione di un'utilità in capo a ciascun creditore (comma 5, art. 18 D.L.).

Quel che importa non è che il concordato sia vantaggioso, ma che non sia deleterio. La convenienza è soppiantata dall'assenza del danno. Non occorre constatare l'esistenza di un *quid pluris* nella procedura concordataria in rapporto a quella fallimentare, è sufficiente assodare un trattamento economico perlomeno paritetico rispetto a quello che si ritroverebbe in quel diverso territorio concorsuale.

Viene mutuato il c.d. principio di assenza di pregiudizio, a tenore del quale, nel concorso, il creditore ha diritto a un trattamento non peggiore rispetto a quello che gli sarebbe spettato in caso di liquidazione del patrimonio²⁴.

La menzione dell'utilità nell'art. 18, comma 5, rimanda al *background* della lett. e) del secondo comma dell'art. 161 L. fall.²⁵, ma a ben vedere lo rovescia. Scompare nella norma nuova la locuzione "economicamente valutabile" che contrassegna la vecchia. L'utilità perde gli stilemi del "vantaggio economico" sia pur latamente inteso. Maggior incasso, minor spesa, scudo dalla revocatoria lasciano spazio a qualsiasi utilità tangibile, ancorché economicamente non computabile. Nulla, a quel punto, esclude che l'utilità risieda nella salvaguardia di un rapporto in corso di esecuzione o nella conservazione promessa di una posizione negoziale che in sede fallimentare rimarrebbe ineluttabilmente esposta.

È la discrasia più appariscente fra ordinario e semplificato, ma ad impropria è la fisiologia delle cose. La posizione del creditore non registra un miglioramento, ma non sconta uno svantaggio. Anzi, deve conquistare una qualche utilità. Quale che ne sia la consistenza, quest'ultima prevale sull'opportunità di respingerla, perché nel fallimento non si tramuterebbe in un beneficio maggiore.

Se l'ipotesi regolatoria della crisi-insolvenza contempla l'utilità, il concordato si mostra ammissibile e il diritto del creditore può essere inciso contro la sua volontà. La logica del sistema è lineare perché si rinuncia all'utopia del vantaggio migliorativo, in favore della salvaguardia di una posizione non peggiore e, soprattutto, utile.

Il riferimento perspicuo alla posizione del singolo creditore chiarisce, tra l'altro, che la valutazione del tribunale non è promiscua, ma individualizzata: è sufficiente che un solo creditore subisca un pregiudizio oppure non tragga alcuna utilità perché, in accoglimento dell'opposizione, debba negarsi l'omologa. Il vaglio del giudice rappresenta per i titolari delle pretese un evidente presidio di garanzia.

Opportuno giunge al comma 6 dell'art. 18 del D.L. la precisazione sul carattere necessariamente motivato ed immediatamente esecutivo del decreto del Tribunale, di cui viene sancita la reclamabilità in Corte d'appello, ai sensi dell'art. 183 L. fall., entro trenta giorni dalla comunicazione e la pubblicazione nel registro delle imprese, secondo lo schema della sentenza dichiarativa di fallimento (il rinvio è all'art. 17 L. fall.), onde assicurarne la massima diffusione.

L'art. 18, ult. comma, prevede che dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli artt. 111, 167 e 168 L. fall., concernenti – rispettivamente – il regime delle prededuzioni, quello dell'amministrazione dei beni in costanza di procedura e il c.d. *automatic stay*.

Viene richiamato, altresì, l'art. 169, che a sua volta rinvia agli artt. 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 L. fall. Dal che deriva il principio di cristallizzazione del patrimonio del debitore in concordato semplificato. Il sostrato degli effetti è analogo nel suo filo conduttore rispetto a quello del concordato ordinario.

5. Il trattamento dei creditori

Le regole che valgono per l'imprenditore inadempiente sottoposto a liquidazione non subiscono in costanza di concordato oscillazioni di sorta.

Il debitore risponde nei confronti dei suoi debitori secondo il modello dell'art. 2740 c.c. e scatta ex art. 2741 c.c. il cui meccanismo s'incentra sull'eguale diritto di tutti i creditori a soddisfarsi sui beni del debitore comune, salve le cause di prelazione, che derogano al principio della soddisfazione paritaria.

Il concordato è uno strumento di attuazione della garanzia patrimoniale rappresentata dalla prima delle due norme e realizza coattivamente quella garanzia rispettando, sul piano della soddisfazione dei creditori, l'ordine a quel punto ineludibile delle prelazioni. Pertanto, ciò che attiene al patrimonio del debitore va necessariamente attribuito secondo detto ordine, con soddisfazione integrale del prelazio di maggior grado prima che quello di grado inferiore possa essere gratificato anche solo parzialmente; i chirografari devono, inoltre, trovare soddisfazione integrale prima che i creditori postergati possano, anche solo parzialmente, essere soddisfatti a loro volta.

Certo, il concorso nel concordato preventivo presenta una fisionomia ricorrente, in quanto la soddisfazione dei crediti può avvenire anche con mere attribuzioni di utilità, benché non monetarie, con efficacia esdebitativa verso tutti: è l'utilità economicamente valutabile dell'art. 161, comma 2, lett. e) o l'utilità *tout court* dell'art. 18, comma 5, D.L. n. 118/2021. Tuttavia, il trattamento stabilito per ciascun creditore non può mai trascinare con sé l'effetto di un'alterazione dell'ordine dei prelazioni, richiamato nel quinto comma dell'art. 18 D.L. n. 118/2021 e protetto a monte dall'art. 2741 c.c.²⁶.

A fronte di quest'ultima norma generale, non rileva il mancato richiamo dell'art. 160, comma 2, L. fall., richiamo che sarebbe apparso non acconcio

24. Sul carattere dominante del c.d. principio di assenza di pregiudizio nella recente legislazione italiana ed europea in materia di crisi, bancarie e ordinarie, si veda I. Donati, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Società*, 2020, 164 ss. È tornato sul tema di recente anche Stanghellini, I finanziamenti al debitore e le crisi, in *Fallimento*, 2021, 10, 1181.

25. L'art. 161, comma 2, lett. 2) testualmente dispone che "in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore".

26. La pensa diversamente G. Bozza, Op. cit.

in mancanza dell'attestazione in esso contemplata. Nondimeno, la soddisfazione non integrale dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non potendosi alterare l'ordine delle prelazioni, rimane condizionata all'incapienza dei beni sui quali insiste la causa di prelazione, ossia alla "asserata" insufficienza del loro valore in rapporto all'ammontare del credito garantito.

Se nel concordato liquidatorio ordinario viene in rilievo la soglia minima di soddisfazione del 20%, nel semplificato non può che valere l'esatto contrario. La salvaguardia della continuità sbaraglia le soglie di ammissibilità. Lo strumento assicura la prosecuzione dell'impresa, sia pure in forma indiretta, fissare paletti sarebbe irrazionale. L'archetipo del nuovo istituto, d'altronde, è quello della *cessio bonorum* di cui all'art. 1977 c.c., il che vuol dire che – diversamente rispetto al concordato ordinario, in cui la soddisfazione minima assume i connotati dell'obbligazione – nel semplificato il debitore si limita unicamente a trasferire, eventualmente per il tramite del liquidatore della procedura, l'azienda o i beni. Pertanto, non potendo essere costruito alcun limite invalicabile e valendo un riferimento all'utilità senza attributi, è ben possibile che il creditore non sia soddisfatto in alcun modo, sempre che comunque riceva un'utilità e che nel fallimento non sia destinato a ricevere di meglio.

6. Le regole sulla liquidazione

L'art. 19 contiene la disciplina sulla liquidazione del patrimonio, conseguente alla presentazione della proposta di concordato semplificato.

Col decreto di omologa il giudice nomina un liquidatore; viene, inoltre, richiamato, in quanto compatibile, l'art. 182 L. fall.

Detta norma rimanda, al quinto comma, per i concordati con cessione dei beni, alle regole degli artt. 105 e ss. L. fall. Ciò comporta che nel concordato liquidatorio ordinario le vendite riprendano il calcio previsto per le alienazioni coattive fallimentari, con il piano omologato che tiene luogo del programma di liquidazione e il liquidatore che fa le veci del curatore²⁷.

Il primo comma dell'art. 107, dal canto suo, assicura che le vendite e gli altri atti di liquidazione siano effettuati dal curatore tramite procedure competitive, pure avvalendosi di soggetti specializzati, sulla scorta di stime effettuate (salvo il caso di beni di modesto valore) da parte esperti, con il rispetto di adeguate forme di pubblicità, tese ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati.

Il rispetto dei parametri generali dettati dall'art. 107 L. fall. – competitività della procedura di scelta dell'acquirente, congruità dei valori di stima del bene posto in liquidazione, adeguatezza delle forme di pubblicità in modo da assicurare la partecipazione della più ampia platea possibile di soggetti interessati all'acquisto – sembra rigorosamente rilevare ex art. 19, comma 1, L. fall. solo per le vendite che non prevedano un'offerta preconfezionata. Pure in quel caso, il modulo andrà reso duttile.

Le regole annesse all'art. 182 L. fall. scontano a contatto col concordato semplificato con offerta "chiusa" un *deficit* di compatibilità.

Se il contenuto della proposta rimane rigidamente predeterminato nell'obiettivo, che necessariamente si riassume nell'alienazione ad altri dell'azienda o dei beni che la compongono, è il *quomodo* di quell'alienazione a sganciarsi qui da modelli prestabiliti. Non solo perché rispetto al concordato ordinario non sono previste proposte concorrenti²⁸, in assenza di un richiamo (che sarebbe stato esiziale) all'art. 163, commi 4 e ss., ma perché la verifica dell'assenza di soluzioni migliori implica un sondaggio di mercato, che in difetto di specificazioni deve avvenire senza schemi o a "schema libero".

Il tentativo di salvare a fine corsa il *quid pluris* della liquidazione concordataria mal sopporterebbe la sequenza dei termini e delle aste, pur ricondotta entro una forma morbida ed elastica.

Piuttosto, diviene sufficiente la trasparenza verso il mercato della trat-

tativa privata sulla circolazione dell'azienda. Dell'iniziativa rivolta al trasferimento del complesso produttivo occorre fare ostensione nei confronti degli operatori del settore, cui va rivolto – pur senza paratie formali – l'invito a manifestare un eventuale interesse parallelo a quello già da altri espresso.

La vicenda circolatoria va sottoposta, cioè, alle reazioni del mercato, non importa come. Il mercato va sondato affinché possa rispondere agli stimoli facendo emergere interessi concomitanti suscettibili d'essere presi in considerazione nell'ottica di una vendita economicamente più vantaggiosa.

Divengono praticabili gare informali, coinvolgenti un numero circoscritto di potenziali offerenti, individuati nel piano di liquidazione tra quelli operanti nel settore dei beni posti in vendita e sollecitati a manifestare il proprio interesse all'acquisto mediante rilanci sul prezzo già offerto da taluno.

Il vero passaggio radicale è proprio nel superamento del vincolo della previa stima del bene. Il prezzo stimato cessa di atteggiarsi a imprescindibile valore base d'asta. Non occorrerà più partire necessariamente da esso, potendosi, piuttosto, sollecitare il mercato ad esprimerne uno differente, più alto o più basso, ma a prescindere da quell'iniziale, doverosa indicazione²⁹.

In questo contesto, la procedura semplificata ben può assumere una struttura "chiusa", essendo pienamente ammissibile, ai sensi dei commi 2 e 3 dell'art. 19, che si declini come *prepacked solution*³⁰. Il trasferimento può, infatti, avvenire anche in favore di terzi predesignati nel piano, i quali abbiano presentato, anche in costanza di composizione negoziata, un'offerta irrevocabile di acquisto dell'azienda o di uno o più rami. Quand'anche il risanamento dell'impresa non sia percorribile, lo è la prosecuzione in capo ad altri dell'attività economica attraverso l'azienda ancora in vita o rivalizzabile. E tanto basta.

Il trasferimento è però indefettibilmente una cessione dell'attività, non del solo godimento, come pure taluno ha argomentato³¹. La ragione è evidente: il concordato liquidatorio non concede i tempi supplementari all'impresa decotta, né spalanca lo scenario *underground* dell'esercizio in via indiretta della stessa attività. Piuttosto, si risolve in una corsia esdebitatoria alternativa al fallimento, che importa la cessione totale e definitiva dei beni che nel fallimento verrebbero spossessati e monetizzati.

La cessione immaginata dal riformatore rientra nell'arco delle cessioni traslative, volte a monetizzare i beni per destinarne il ricavato in via diretta al riparto fra i creditori, non per finanziarne l'esercizio d'impresa.

D'altronde, il presupposto del concordato semplificato è l'irreversibilità della crisi. Il risanamento non è possibile neppure in via mediata. La procedura a quel punto tende necessariamente a realizzare, non il recupero dell'equilibrio economico ormai svanito e la riconduzione dell'impresa nell'area della redditività, ma la funzione (più modesta) del mantenimento dell'unità operativa in capo ad altri al fine di ottenere liquidità per soddisfare i creditori. L'intento del risanamento dell'impresa è del tutto estraneo alla procedura liquidatoria semplificata, che tiene luogo del fallimento, pur evitandone lo stigma.

La logica, quand'anche non disgregatrice dell'impresa insolvente, rimane orientata alla tutela esclusiva dei diritti dei creditori. Lo scopo non è più rimettere in sesto l'impresa, ma non disperdere il valore unitario del complesso aziendale dal momento che la vendita dell'intero massimizza l'attivo.

L'azienda è fatta sopravvivere all'insolvenza sulla considerazione che, sino a quando l'unità produttiva e organizzativa conserva una funzionalità all'esercizio dell'impresa, essa risponde ai requisiti di cui all'art. 2555 c.c. e non v'è ragione di sottrarla al suo impiego dinamico da parte di un terzo finanziariamente non compromesso.

27. L. Panzani, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nel concordato*, in *Fallimenti*, 2017, 11, 1129.

28. Le ritiene teoricamente ipotizzabili R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni Aziendali*.

29. V. anche A. Pezzano e M. Ratti, *Op. cit.*

30. Il piano di liquidazione può includere "un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni".

31. F. Michelotti, *La liquidazione giudiziale del concordato semplificato*, in *La crisi d'impresa*, a cura di M. Pollio, 2021, p. 265.

La liquidazione del patrimonio

di Giacomo D'Attorre, Ordinario di diritto commerciale nell'Università del Molise

Lo scritto offre un primo esame della disciplina della liquidazione del patrimonio nel concordato semplificato.

Sommario:

1. Premessa
2. Il liquidatore
3. Le vendite
4. Segue. La competitività nei concordati "chiusi"
5. Gli altri compiti del liquidatore
6. Segue. L'esercizio delle azioni di responsabilità
7. Il comitato dei creditori

1. Premessa

Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio si basa obbligatoriamente su un piano di liquidazione. Quale che sia il concreto contenuto del piano di liquidazione, tanto se corrispondente a quello che nel concordato preventivo "ordinario" sarebbe alla base di un concordato liquidatorio, quanto corrispondente quello che, sempre nel concordato preventivo ordinario, sarebbe alla base di un concordato con continuità indiretta, esso deve comunque prevedere la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore.

Da ciò la centralità che nel concordato semplificato riveste la disciplina della liquidazione, che ricomprende tutte le attività volte alla "monetizzazione" (in senso ampio) del patrimonio dell'imprenditore in funzione del successivo soddisfacimento dei creditori. Rientrano nella liquidazione del patrimonio, quindi, tanto le cessioni di beni, quanto i trasferimenti di beni con modalità diversi dalla vendita, tanto l'incasso dei crediti, quanto l'esercizio di ogni azione risarcitoria e/o recuperatoria volta recuperare un attivo, anche se potenziale, facente parte del patrimonio messo a disposizione dei creditori.

2. Il liquidatore

L'attività di liquidazione deve essere svolta dal liquidatore, nominato dal tribunale con il decreto di omologazione (art. 19, comma 1, d.l. 118/2021). Scarna è la disciplina espressa della figura e dei compiti del liquidatore, limitandosi la disposizione a prevederne la nomina con il decreto di omologazione e per il resto rinviando alle disposizioni di cui all'art. 182 l.fall., nei limiti della compatibilità.

La nomina del liquidatore ritenersi sempre obbligatoria in caso di omologazione. Depone in tal senso la formulazione letterale della norma, nella quale si usa significativamente l'indicativo, e la stessa natura essenzialmente liquidatoria del concordato semplificato. Può essere nominato un solo liquidatore e non sono consentite nomina di collegi di liquidatori, a differenza di quanto previsto nel concordato preventivo; la scelta legislativa è molto chiara sul punto, con l'espressa previsione della nomina di "un liquidatore".

In ordine ai requisiti per nomina, accettazione, revoca, responsabilità, compenso e rendiconto, trovano applicazione, in quanto compatibili, le stesse norme previste per il fallimento. Ciò in ragione del doppio rinvio, che l'art. 19 d.l. 118/2021 opera all'art. 182 l.fall., che a sua volta rinvia agli artt. 28, 29, 37, 38, 39 e 116 l.fall.

In tema di nomina, vanno, però, affrontate due questioni, discusse nel concordato preventivo ordinario e suscettibili di una possibile soluzione differente nel concordato semplificato.

In primo luogo, è da chiedersi se l'eventuale indicazione del nominativo

del liquidatore da parte del debitore sia vincolante per il tribunale, salvo che il soggetto prescelto sia privo dei requisiti di cui all'art. 28 l.fall. Non pare che la vincolatività della indicazione, recentemente affermata dalla Suprema Corte con riferimento al concordato preventivo ordinario¹, possa essere affermata anche con riferimento al concordato semplificato² e ciò in ragione della mancata votazione dei creditori. Non essendo la proposta con l'indicazione del liquidatore sottoposta al voto dei creditori, non si può, infatti, fondare la vincolatività dell'indicazione per il tribunale sull'argomento secondo cui i creditori, attraverso il voto favorevole sulla proposta, avrebbero implicitamente accettato anche l'indicazione del liquidatore. Proprio l'indubbio arretramento delle tutele e dei poteri dei creditori nel concordato semplificato consigliano di non attribuire al debitore anche la facoltà di indicazione del liquidatore, lasciando al tribunale la più ampia libertà sul punto.

In secondo luogo, si pone il problema circa la legittimità, o anche solo opportunità, di nominare l'ausiliario quale liquidatore. Le ragioni che nel concordato preventivo ordinario rendono inopportuna la nomina del commissario giudiziale quale liquidatore, fondate sulla necessità di evitare un indebito sovrapporsi dei compiti di esecuzione e di sorveglianza sull'adempiimento, sorreggono analoga conclusione nel concordato semplificato, dove l'ausiliario svolge dopo l'omologazione la stessa attività di sorveglianza del commissario giudiziale (*arg. ex art. 18, comma 8, d.l. 118/2021*)³.

I compiti del liquidatore, come detto, consistono nel compimento di tutti gli atti necessari alla liquidazione del patrimonio, rispettando le modalità ed i limiti previsti nel piano di liquidazione, nel decreto di omologazione e nella legge. La liquidazione del patrimonio è funzionale alla soddisfazione dei creditori, la cui concreta attuazione è rimessa allo stesso liquidatore; egli dovrà, pertanto, provvedere anche alla ripartizione del ricavato della liquidazione tra i creditori concordatari, o comunque a soddisfare gli stessi, secondo le previsioni della proposta omologata.

3. Le vendite

Primo e fondamentale compito del liquidatore è quello di provvedere alle vendite e, più in generale, ai trasferimenti dei beni compresi nel patrimonio del debitore. Alle vendite ed ai trasferimenti sono applicabili, in quanto compatibili, gli artt. da 105 a 108 *ter* l.fall., in forza del doppio rinvio, operato prima dall'art. 19, comma 1, d.l. 118/2021 all'art. 182 l.fall. e, poi, da quest'ultima previsione alle disposizioni richiamate in sede di fallimento.

Il liquidatore non è vincolato a forme di vendita predeterminate, potendo procedere con le modalità che ritiene più efficaci ed efficienti. Vi sono,

1. Cass., 29 luglio 2021, n. 21815; *contra*, Cass., 13 settembre 2016, n. 17949.

2. In senso diverso vedi, invece, A. Farolfi, *La liquidazione del patrimonio*, in corso di pubblicazione in *Fallimento*, 2021, 4 del dattiloscritto.

3. Vedi, nello stesso senso, A. Farolfi, *La liquidazione del patrimonio*, cit., 6.

però, alcuni vincoli imperativi che il liquidatore deve obbligatoriamente rispettare e che definiscono il perimetro invalicabile entro il quale si può esercitare la sua autonomia. Questi vincoli sono: a) l'obbligo di preventiva stima; b) la pubblicità; c) la competitività.

La stima, che deve precedere l'avvio delle procedure di vendita ed è funzionale ad evitare che i beni vengano venduti ad un prezzo inferiore rispetto a quello che si potrebbe ragionevolmente conseguire, può essere omessa solo laddove esista già un valore di mercato oggettivo e verificabile, oppure per la vendita dei beni di modesto valore, nei quali il costo della stima rischierebbe di essere superiore al valore dei beni stimati.

La pubblicità va attuata con modalità e tempistiche adeguate alla tipologia dei beni in vendita ed al mercato di riferimento, contemperando le esigenze di celerità con la contrapposta esigenza di assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati

La competitività è formula ampia e che, in termini generali, si traduce nell'obbligo di consentire a tutti i potenziali interessati di partecipare alla procedura di vendita in condizione di parità, attuando una selezione dell'acquirente sulla base di criteri definiti in anticipo e conoscibili da parte degli interessati. Il principale criterio di selezione è certamente rappresentato dal prezzo offerto, ma, in relazione a talune tipologie di beni come le aziende o rami di aziende, è possibile dare ingresso, coerentemente ai principi di sostenibilità e responsabilità sociale che innervano il diritto della crisi, anche a criteri diversi rispetto al prezzo (es: impegno alla prosecuzione attività per un periodo minimo di tempo; impegno alla conservazione dei livelli occupazionali; impegno ad adeguare la produzione secondo standard più rispettosi dell'ambiente; impegno a mantenere la sede operativa nel territorio italiano per un dato periodo di tempo), a condizione, però, che il parametro del prezzo mantenga comunque un rilievo non secondario e che non sia pregiudicata la possibilità di un'effettiva comparazione tra le diverse offerte mediante la predeterminazione dei "pesi" attribuiti ai vari criteri⁴.

La declinazione in concreto della competitività è rimessa alle circostanze del caso concreto, potendo il liquidatore decidere, di volta in volta, di fissare un termine entro il quale gli interessati devono presentare offerte irrevocabili di acquisto e disciplinando poi la successiva gara tra gli offerenti, oppure invitare i potenziali interessati - eventualmente all'esito dell'accesso ad una *data room* - a presentare manifestazioni di interesse non vincolanti e poi limitando la gara solo a costoro o ampliandola a tutti, e così via.

Anche se formalizzate con contratto e non con decreto di trasferimento, le vendite attuate dal liquidatore rientrano nella categoria delle vendite "coattive", in quanto effettuate in esecuzione di una procedura concorsuale e per attuare la garanzia patrimoniale del debitore⁵. Pertanto, come previsto anche dal richiamato art. 182, comma 4, l.fall., le vendite ed i trasferimenti attuati dal liquidatore nell'esecuzione del concordato semplificato beneficiano dell'effetto purgativo: su ordine del giudice (salva diversa disposizione contenuta nel decreto di omologazione) avviene la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo.

Nel caso di vendita dell'azienda o di suoi rami, l'effetto purgativo opera anche con riferimento ai debiti anteriori. In forza del richiamo operato all'art. 182 l.fall., che a sua volta rinvia all'art. 105 l.fall., trova infatti applicazione la disposizione prevista dall'art. 105, comma 4, l.fall., in forza della quale "salvo diversa convenzione, è esclusa la responsabilità dell'acquirente per i debiti relativi all'esercizio delle aziende cedute, sorti prima del trasferimento". La liberazione dai debiti anteriori vale anche con riferimento ai debiti tributari, perché, trattandosi di vendita che avviene nell'ambito di una procedura concorsuale, trova applicazione il disposto del comma 5 dell'art. 14 del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

4. Su una più articolata esposizione di presupposti ed effetti operativi del principio di sostenibilità con riferimento alla vendita dell'azienda, sia pure con riferimento alla composizione negoziata, vedi G. D'Attorre, *Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*.

5. Con riferimento alle vendite nel concordato preventivo, vedi M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Comm. Scialoja-Branca al codice civile*, Bologna, 2014, 79.

4. Segue. La competitività nei concordati "chiusi"

Tratti differenziali presenta la disciplina della liquidazione dei beni quando il piano di liquidazione comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni. Al verificarsi di un cd. "concordato chiuso" (che è facile prevedere non infrequente), il legislatore abbandona la strada delle offerte concorrenti, sia nella versione più rigida prevista nell'art. 163 *bis* l.fall., sia nella versione più flessibile prevista nell'art. 91 CCII, ma conserva comunque, anche se in forme diverse, il principio della competitività. In presenza di un'offerta compresa nel piano di liquidazione, il liquidatore dà esecuzione alla stessa, ma "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato" (art. 19, comma 2, d.l. 118/2021).

Due sono le regole operative che la norma richiamata impone.

La prima regola si concreta nell'obbligo per il liquidatore, in mancanza di soluzioni migliori sul mercato, di dare esecuzione all'offerta compresa nel piano di liquidazione. Deve, però, trattarsi di un'offerta impegnativa (non di una mera manifestazione di interesse) e irrevocabile, perché solo in presenza di questi requisiti può ritenersi esistente il vincolo per il liquidatore. Parificati alle offerte, inoltre, sono i contratti già stipulati tra l'imprenditore e il terzo, ma con effetti non immediati e subordinati all'omologa del concordato (es: preliminare; contratto definitivo sottoposti a condizione; diritto di opzione)⁶. Quando il liquidatore dà esecuzione all'offerta, si applicano alla vendita gli articoli da 2919 a 2929 del codice civile (art. 19, comma 2, d.l. 118/2021), così precisandosi che trattasi comunque di vendite coattive.

La seconda regola si declina nel dovere per il liquidatore, prima di dare esecuzione all'offerta, di verificare l'assenza di soluzioni migliori sul mercato. Proprio in relazione a questa seconda regola si addensano i principali problemi interpretativi, dovendosi individuare il corretto significato normativo ed i riflessi operativi della formula "verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato". E' chiara la volontà del legislatore di deformalizzare l'attività del liquidatore, sciogliendola da vincoli predeterminati e forme prestabilite, che potrebbero essere di ostacolo alla celerità della procedura, ma altrettanto netta è la volontà di assicurare, comunque, una forma di apertura al mercato, attraverso la ricerca di potenziali interessati all'acquisto del bene oggetto dell'offerta irrevocabile compresa nel piano di liquidazione. Varie possono essere le attività attraverso le quali questa verifica può essere attuata dal liquidatore, che dovranno essere opportunamente modulate in ragione delle effettive esigenze e necessità che la singola situazione impone, potendo spaziare da modalità più procedimentalizzate (es: invito a formulare offerte migliorative con apertura di *data room*; incarico conferito a soggetti specializzati per ricercare offerte migliorative) a modalità più snelle (es: pubblicazione di un invito a formulare manifestazioni di interesse). Sicuramente, laddove terzi soggetti abbiano presentato offerte irrevocabili o, quantomeno, manifestazioni di interesse, il liquidatore non potrà trascurare le stesse, ma verificarne serietà e convenienza ai fini di una valutazione comparativa con l'offerta compresa nel piano. Quale che sia il modo in cui la ricerca di soluzioni migliori sul mercato si declinerà, il liquidatore dovrà avere cura di documentare la stessa, atteso che essa costituisce condizione di legittimità del suo agire.

Alla possibile varietà di modi attraverso i quali verificare la presenza o l'assenza di soluzioni migliori sul mercato corrisponde analoga varietà nelle modalità attraverso le quali, in caso di formalizzazione di concreto interesse da parte di terzi, dovrà essere assicurata la competizione tra l'originario offerte ed i terzi interessati. Non vi è dubbio, infatti, che, in presenza di concreto interesse da parte di terzi, il liquidatore dovrà assicurare una reale competizione; ciò salvo che ritenga le manifestazioni di interesse o le offerte di terzi non attendibili, non potendo rallentare il processo di liquidazione in mancanza di alternative credibili. Sui criteri attraverso i

6. In questo senso, con riferimento al perimetro oggettivo del campo di applicazione delle offerte concorrenti nel concordato preventivo, vedi, tra gli altri, M. Aiello, *La competitività nel concordato preventivo*, Torino, 2019, 184 ss.

quali procedere alla selezione nel caso di pluralità di interessati, si rinvia a quanto sopra esposto.

Quando il piano di liquidazione prevede che l'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni debba essere accettata prima della omologazione, all'offerta dà esecuzione l'ausiliario, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, previa autorizzazione del tribunale (art. 19, comma 3, d.l. 118/2021).

5. Gli altri compiti del liquidatore

Si è detto che il liquidatore deve procedere, oltre che alle vendite, anche ad esercitare, o se pendente, proseguire ogni azione diretta al recupero e migliore valorizzazione dell'attivo (es: incasso crediti; esercizio azioni recuperatorie o risarcitorie, transazioni, ecc.).

In funzione strumentale ai compiti attribuiti, al liquidatore compete, come nel concordato preventivo ordinario, anche la legittimazione processuale attiva e passiva, ma limitata alle sole controversie relative a questioni liquidatorie di beni destinati ai creditori e distributive del ricavato; nelle altre controversie, compresi i giudizi di accertamento delle ragioni di credito e pagamento dei relativi debiti, ancorchè influenti sul riparto che segue le operazioni di liquidazione, la legittimazione processuale resta in capo al debitore.

Compito del liquidatore è anche quello di procedere alla ripartizione dell'attivo o, meglio, all'attuazione delle modalità soddisfattive dei creditori secondo quanto previsto nella proposta omologata. I pagamenti e le altre modalità attuative devono avvenire sulla base di periodici piani di riparto predisposti liquidatore, nel quale vengono pagati o comunque soddisfatti i creditori in conformità a quanto previsto nella proposta di concordato.

In ordine ai piani di riparto è, comunque, opportuna una precisazione, ad evitare possibili equivoci generati dall'uso di una terminologia evocativa di una diversa disciplina.

Nel concordato semplificato manca una fase di accertamento del passivo e, a differenza del concordato preventivo ordinario, manca anche una fase di accertamento del giudice delegato sui crediti anche soli fini della votazione. Vi è, quindi, una radicale differenza rispetto a quanto avviene nel fallimento, ove la fase di ripartizione è meramente esecutiva rispetto alle risultanze dello stato passivo, essendo nel fallimento preclusa ogni ulteriore valutazione sull'esistenza del credito, sulla sua entità e sull'esistenza di eventuali cause di prelazione, salva la sola possibilità di far valere fatti estintivi sopravvenuti⁷.

La mancanza del concorso formale e di una verifica dello stato passivo si riflette inevitabilmente sulla natura dei riparti in sede concordataria. Premesso che le norme in materia di concordato semplificato, così come quelle in tema di concordato preventivo, non fanno esplicitamente riferimento ai piani di riparto, se proprio di riparto vuole parlarsi anche nel concordato va precisato che esso rappresenta strumento esecutivo non già delle risultanze dello stato passivo (che, come detto, manca), quanto piuttosto della proposta di concordato omologata, rappresentando il momento nel quale si procede alla soddisfazione dei creditori secondo le modalità e le tempistiche previste nella proposta presentata dal debitore ed omologata dal tribunale⁸. Oltre che delle previsioni della proposta, il piano di riparto deve tenere conto, come ovvio, anche degli esiti dei giudizi ordinari proposti da creditori su ammontare e rango dei crediti, nonché di eventuali diverse valutazioni operate dal liquidatore rispetto ad appostazioni di crediti avvenuti in sede di proposta. In ragione di ciò, il riparto concordatario rappresenta un mezzo per dare concreta attuazione sia alla proposta di concordato, sia alle risultanze "sopravvenute" emerse nella fase esecutiva in relazione alla composizione della debitoria⁹.

7. Cfr., tra le molte, Cass. 14 gennaio 2016, n. 525; Cass., 6 agosto 2015, n. 16553.

8. Vedi, sul rapporto tra proposta, piano e fase esecutiva del concordato preventivo, M. Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 712.

9. Con riferimento al concordato preventivo, sia consentito il richiamo a G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, 141.

Pur in mancanza di una puntuale disciplina legislativa, deve, inoltre, ritenersi che anche nel concordato semplificato il liquidatore giudiziale debba procedere agli opportuni accantonamenti nella fase dei riparti.

6. Segue. L'esercizio delle azioni di responsabilità

Un esame specifico richiede il profilo della legittimazione all'esercizio delle azioni di responsabilità, che presenti alcune differenze rispetto al concordato preventivo ordinario.

Si è visto sopra che il liquidatore ha il compito non solo di vendere, o comunque disporre dei beni rientranti nel patrimonio dell'imprenditore ed oggetto della proposta concordataria, ma anche di esercitare ogni azione risarcitoria e/o recuperatoria volta recuperare un attivo, anche se potenziale, facente parte del patrimonio messo a disposizione dei creditori. Il potere del liquidatore di gestire e disporre dei diritti ceduti del debitore in concordato comprende anche la legittimazione ad agire in giudizio per far valere i detti crediti, compresi quelli risarcitori, mediante l'accertamento e la successiva condanna al pagamento.

Tra questi crediti risarcitori rientra, nel caso di impresa in forma societaria, anche quello eventuale nei confronti di eventuali amministratori e sindaci per eventuali responsabilità di questi ultimi, con la conseguenza che il liquidatore diventa legittimato anche ad esercitare l'azione sociale di responsabilità.

È noto il dibattito, nel vigore della legge fallimentare, in ordine alla legittimazione del liquidatore ad esercitare l'azione sociale di responsabilità anche nel caso in cui la proposta di concordato non preveda espressamente la cessione ai creditori della stessa ed in ordine alla necessità di una autorizzazione dell'organo sociale a ciò deputato perché il liquidatore possa agire in giudizio con l'azione sociale di responsabilità¹⁰; nota è anche la soluzione netta adottata dal CCII con l'art. 115, comma 2, in forza del quale "il liquidatore esercita, oppure, se pendente, prosegue l'azione sociale di responsabilità. Ogni patto contrario o ogni diversa previsione contenute nella proposta o nel piano sono inopponibili al liquidatore e ai creditori sociali".

Nel concordato semplificato non paiono ammissibili proposte con previsione di cessione solo parziale dei beni ai creditori. Quale che sia la soluzione che si preferisca con riferimento al concordato preventivo, la cessione parziale non è consentita nel concordato semplificato perché la mancanza di voto dei creditori impone che tutto il patrimonio del debitore sia liquidato, il che ovviamente è incompatibile con la perdurante titolarità di una porzione - anche minore - di beni nella titolarità del debitore. Nel concordato preventivo sono i creditori a votare ed a decidere anche sulla possibile conservazione di parte del patrimonio in capo al debitore, mentre nel concordato semplificato i creditori non votano, così che non vi sarebbe giustificazione rispetto ad una cessione solo parziale dei beni.

Pertanto, dovendo sempre l'intero patrimonio essere destinato al soddisfacimento dei creditori, nel concordato semplificato il liquidatore potrà sempre esercitare oppure, se pendente, proseguire l'azione sociale di responsabilità, con inopponibilità di ogni eventuale patto contrario nella proposta.

Per la stessa ragione, la legittimazione del liquidatore non potrà essere subordinata alla preventiva autorizzazione dell'organo sociale competente, che di fatto consentirebbe di subordinare alla volontà di un organo del-

10. Sulle azioni di responsabilità nel concordato preventivo, vedi, tra gli altri, G. D'Attorre, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Rivista delle Società*, 2015, 15 ss.; M. Fabiani, *Le azioni di responsabilità nei confronti degli amministratori di società in concordato preventivo*, in *Società*, 2015, 615; I. Pagni, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo: un dialogo a due voci - La legittimazione alle azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, in *Società*, 2015, 603; A. Zanardo, *Le azioni di responsabilità nel concordato preventivo*, Torino, 2018, *passim*; E. Barcellona, *L'esercizio dell'azione sociale di responsabilità nel concordato preventivo con cessione dei beni: legittimazione del liquidatore giudiziale o necessità di previa deliberazione assembleare?*, in *Giur. comm.*, 2018, II, 157 ss.; G. Dongiacomo, *Il giudizio di responsabilità nei confronti degli amministratori di società di capitali*, Milano, 2020, 497.

la società debitrice l'attribuzione o meno di un diritto ai creditori; soluzione che, per quanto sopra detto, non è consentita nel concordato semplificato.

La piena legittimazione del liquidatore ad esercitare o proseguire l'azione sociale di responsabilità contro gli organi amministrativi e di controllo della società debitrice, senza che gli possano essere opposti eventuali patteggiamenti contrari nella proposta o l'assenza delle preventive autorizzazioni, è un dato da non trascurare, anche al fine di una serena e pacata valutazione complessiva del concordato semplificato, che non può essere considerato come un indolore e semplice "colpo di spugna" su debiti e responsabilità pregresse, esponendosi comunque gli esponenti amministrativi e di controllo alle possibili azioni di responsabilità, oltre che alle responsabilità penali.

Per quanto riguarda l'azione di responsabilità che i creditori sociali possono esercitare nei confronti dei componenti degli organi sociali per inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, è opinione pacifica e incontrastata che non rientri nella legittimazione del liquidatore, potendosi solo discutere se, nel corso dell'esecuzione, permanga o meno la legittimazione di ciascun creditore sociale a esercitare o proseguire l'azione di responsabilità¹¹.

In modo analogo, il liquidatore non è legittimato ad esercitare nemmeno l'azione di responsabilità per abuso di direzione e coordinamento ex art. 2497 c.c. nel caso di sottoposizione a procedura di concordato preventivo della società cd. "eterodiretta". Il silenzio legislativo, sia nel d.l. 118/2021, sia nello stesso art. 2497 c.c., comporta che il liquidatore non sia legittimato ad esercitare né l'azione dei soci (che nemmeno il curatore fallimentare può esercitare), né l'azione dei creditori sociali: la titolarità di quest'azione non subisce modifiche e rimane in capo ai singoli creditori sociali pur in pendenza della procedura di concordato semplificato della società eterodiretta o anche dopo l'omologazione. D'altro canto, un'eventuale legittimazione del liquidatore non potrebbe nemmeno essere recuperata attribuendo natura di massa all'azione dei creditori sociali, in quanto nel concordato semplificato, come così come nel concordato preventivo ed a differenza di quanto avviene nel fallimento, gli organi della procedura non assumono una generale legittimazione all'esercizio, in sostituzione dei singoli creditori, delle azioni dirette alla reintegrazione del patrimonio sociale.

Se, però, si ritenga che anche la società eterodiretta (e non solo i soci ed i creditori) sia titolare di questo diritto risarcitorio ex art. 2497 c.c.¹², questo diritto risarcitorio potrà essere fatto valere dal liquidatore, a cui competerà la relativa legittimazione processuale.

7. Il comitato dei creditori

Nel concordato semplificato manca ogni riferimento all'ulteriore organo che, nel concordato preventivo con cessione dei beni, viene nominato con il decreto di omologazione, ossia il comitato dei creditori. Il mero rinvio alle disposizioni dell'art. 182 l.fall. non consente, di per sé, di ritenere che anche nel concordato semplificato debba essere nominato un comitato dei creditori, perché non si spiegherebbe la ragione per cui il legislatore abbia espressamente richiamato il liquidatore, mentre avrebbe invece – per tesi – affidato la previsione del comitato dei creditori al rinvio normativo.

Si tratta, quindi, di valutare il significato normativo del silenzio legislativo. Domanda che rimanda, anzitutto, alla questione di vertice se il concordato semplificato sia una mera variante (o sotto-tipo) del concordato preventivo, e se, quindi, allo stesso possa applicarsi *de plano* l'intera disciplina del concordato preventivo, nella misura in cui non sia oggetto di espressa deroga da parte del d.l. 118/2021 e, ovviamente, nei limiti della compatibilità non consente.

Esistono fondati argomenti, sui quali non è possibile in questa sede

soffermarsi¹³, per qualificare il concordato semplificato quale procedura concorsuale autonoma e diversa rispetto al concordato preventivo. Da ciò la preclusione rispetto all'applicazione diretta delle norme del concordato preventivo in tema di comitato dei creditori.

Rimarrebbe solo la possibile strada dell'applicazione, non diretta, ma analogica delle norme del concordato preventivo sul comitato dei creditori, previa rigorosa verifica della ricorrenza delle due condizioni legittimanti: a) la lacuna normativa; b) l'essere il caso non regolato (nel concordato semplificato) ed il caso regolato (nel concordato preventivo) simili e basati sull'*eadem ratio*. Anche questa soluzione è, però, da escludere, perché, oltre alla possibile mancanza della lacuna, manca sicuramente l'*eadem ratio*, strutturalmente diverso essendo l'assetto degli organi nel concordato semplificato (dove manca anche il commissario giudiziale) e nel concordato preventivo.

Va esclusa, quindi, la possibilità di nominare anche il comitato dei creditori con il decreto di omologazione¹⁴.

11. Per i termini del relativo dibattito nel concordato preventivo, vedi gli A. citati nella nota precedente, ove ulteriori riferimenti.

12. Per una sintesi del dibattito, vedi Pennisi, *La legittimazione della società diretta all'azione di responsabilità per abuso di attività di direzione e coordinamento*, in *Società, banche e crisi d'impresa*. Liber amicorum Pietro Abbadesse, 2, Torino, 2014, 1634 ss.

13. Si rinvia, sul punto, alla più ampia e argomentata trattazione svolta in G. D'Attorre, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in corso di pubblicazione in *Il Fallimento*; vedi anche, in argomento, Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. 118 del 2021*, in *Dirittodellacrisi.it*, 6 e Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *IlCaso.it*, 7.

14. In questo senso anche A. Farolfi, *La liquidazione del patrimonio*, cit., 9.

Anticipazioni del codice della crisi: le modifiche della legge fallimentare

di Giovanni Battista Nardecchia, Sostituto procuratore generale presso la Corte Suprema di Cassazione

Il dl 24 agosto 2021, n. 118 contiene anche alcune modifiche all'attuale legge fallimentare, modifiche che, a differenza della gran parte del restante corpo dell'intervento legislativo, sono già in vigore dal 25 agosto. Si tratta per lo più di anticipazioni di istituti del codice della crisi, di norme ritenute urgenti in ragione della pandemia e dei suoi effetti sull'economia.

Sommario:

1. La transazione fiscale
2. Rinegoziazione degli accordi e modifiche del piano
3. Accordi di ristrutturazione agevolati
4. I pagamenti anticipati

1. La transazione fiscale

La prima modifica (art. 20 comma 1 lettera a), interviene sull'articolo 180, quarto comma, ultimo periodo l.fall., sostituendo le parole "Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto" con le seguenti: "Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione". Intervento legislativo necessario al fine di risolvere le problematiche applicative derivate dalla modifica apportata a tale disposizione dall'articolo 3, comma 1-bis, lettera a), del decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 2020, n. 159. In questo caso, più che di un'anticipazione, si tratta di una precisazione di uno degli interventi legislativi più rilevanti di carattere emergenziale adottati per fronteggiare gli effetti economici dell'epidemia da Covid-19: quello con il quale è stata anticipata (rispetto all'entrata in vigore del CCII) la disciplina che consente la ristrutturazione "coattiva" dei debiti fiscali e contributivi negli accordi di ristrutturazione dei debiti e nel concordato preventivo, attraverso l'inserimento delle norme nell'attuale legge fallimentare. Con riferimento al concordato preventivo, era stato modificato l'art. 180, comma 4, l.fall., al quale era stata aggiunta la seguente disposizione: "Il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di voto da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie quando l'adesione è determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'articolo 177 e quando, anche sulla base delle risultanze della relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, la proposta di soddisfacimento della predetta amministrazione o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie è conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria". Con riferimento al concordato preventivo, il legislatore dell'emergenza aveva ritenuto di impiegare la locuzione "mancanza di voto". Il riferimento al "voto" in ambito di concordato appare, per un verso, appropriato, dal momento che la proposta di trattamento dei crediti tributari e contributivi (obbligatoriamente) contenuta nella domanda concordataria è regolata dal meccanismo delle votazioni, ex art. 174 ss. l. fall. Da altro verso, la locuzione "anche in mancanza di voto" ha dato adito ad incertezze interpretative, potendosi leggere, alternativamente, l'espressione in oggetto, come: i) mancanza di esercizio di voto; ii) mancanza di voto favorevole. Opportunamente quindi il d.l. 118/2021, convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147, è intervenuto chiarendo che il tribunale può omologare il concordato preventivo anche in mancanza di adesione e quindi anche in presenza di un voto contrario da parte dell'amministrazione finanziaria. La seconda novità (art. 20 comma 1, lettera b), sempre relativa alla transazione fiscale prevede che all'articolo 182-bis, quarto comma, sia aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Ai fini di cui al periodo che precede, l'eventuale adesione deve intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di soddisfacimento". La disposizione fissa in novanta giorni dal deposito della proposta di soddi-

sfacimento il termine entro il quale l'amministrazione finanziaria o gli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie devono far pervenire l'adesione all'accordo di ristrutturazione dei debiti, in caso contrario realizzandosi un'ipotesi di silenzio-diniogo. La nuova norma sul *cram down* introdotta con il dl. 7 ottobre 2020, n. 125, pur ricalcando quella recata dal comma 5 dell'art. 48 del Codice della crisi e dell'insolvenza, presentava una lacuna normativa rispetto al testo del CCII. Infatti essa non disponeva alcunché circa la data a partire dalla quale l'adesione poteva essere considerata "mancante", a differenza di quanto prevede il comma 2 dell'art. 63 di tale Codice, ai sensi del quale "ai fini del comma 5 dell'art. 48 l'eventuale adesione deve intervenire entro sessanta giorni dal deposito della proposta di transazione", elevati a novanta dal D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147, contenente disposizioni integrative e correttive del Codice della crisi d'impresa (c.d. Decreto correttivo). Si trattava di una lacuna di non poco conto, perché mancava l'indicazione del giorno a decorrere dal quale, nel caso in cui l'agenzia delle Entrate e gli enti non si fossero pronunciate, l'impresa debitrice poteva chiedere l'omologazione dell'accordo nonostante il silenzio di tali creditori (il medesimo problema non si pone se la proposta è rigettata, perché in questo caso è chiaro quando la mancata adesione si manifesta). Il dl. 118/2021 convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147 ha colmato tale lacuna. Analoga esigenza non sussiste invece relativamente al concordato preventivo, perché in questo caso il termine dal quale l'adesione alla proposta di transazione si deve intendere "mancante" è necessariamente costituito dal ventesimo giorno successivo alla chiusura del processo verbale dell'adunanza dei creditori, la cui data è stabilita dal Tribunale con il decreto di ammissione alla procedura.

2. Rinegoziazione degli accordi e modifiche del piano

La lettera c) del comma 1 del richiamato art. 20 prevede la sostituzione dell'ottavo comma dell'articolo 182-bis, con una formulazione che riprende l'intero disposto dell'articolo 58, commi 1 e 2 del codice della crisi.

Anche in questo caso vi era la necessità di precisare ed integrare una precedente parziale

anticipazione già contenuta nell'art. 37-ter della legge 21 maggio 2021, n. 69 in forza del quale all'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, dopo il settimo comma era stato inserito il seguente: "Qualora dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali del piano, l'imprenditore vi apporta le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista indicato al primo comma il rinnovo della relazione. In tal caso, il piano modificato e la relazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo di lettera raccomandata o posta elettronica certificata. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa opposizione avanti al

tribunale, nelle forme di cui al quarto comma».

Invero la norma introdotta con l'art. 37-ter aveva anticipato soltanto una parte dell'art. 58 CCII, omettendo il primo comma della disposizione. Il dl. 118/2021 convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147 pone quindi rimedio a questa "disattenzione" disciplinando anche la fase pre - omologa: «Se prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali del piano, è rinnovata l'attestazione di cui al primo comma e il debitore chiede il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori parti degli accordi. L'attestazione deve essere rinnovata anche in caso di modifiche sostanziali degli accordi».

La problematica relativa agli scostamenti tra gli obiettivi del piano e la situazione in atto ed in divenire ha sempre rappresentato uno degli snodi centrali di tutte le procedure concorsuali non liquidatorie.

Il legislatore ha affrontato la questione prevedendo che prima dell'omologa siano possibili modifiche dell'accordo e del piano, dopo l'omologa, fermo restando l'accordo, esclusivamente modifiche del piano. La questione che si pone è se la norma si riferisca ad ogni modifica sostanziale ed imprevista delle azioni programmate nel piano ovvero soltanto a quelle che incidano (fisiologicamente in senso peggiorativo) sulle probabilità di adempimento degli accordi. In assenza di qualsiasi elemento normativo che possa definire quali siano le modifiche "sostanziali", pare evidente che la risposta non possa che essere rinvenuta nella funzione del piano. Nel senso che saranno "sostanziali" tutte quelle modifiche che si rendano necessarie a fronte di uno scostamento tra la situazione in atto ed il contenuto e le previsioni del piano tale da incidere sulle probabilità di corretto adempimento dell'accordo. Ove tali scostamenti significativi tra situazione in atto ed obiettivi del piano non siano emendabili con soluzioni alternative non originariamente previste, il debitore avrà quindi un'unica strada per perseguire il buon esito della procedura: provvedere alle necessarie modifiche e chiedere il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori parti degli accordi. Rinnovo delle manifestazioni di consenso che deve essere naturalmente richiesta anche nel caso di modifica sostanziale degli accordi. Anche in questo caso, in assenza di precisi riferimenti normativi è necessario definire il concetto di "modifiche sostanziali". A tal proposito deve farsi riferimento alla finalità dell'accordo e quindi alla *rilevanza* dell'inadempimento richiesto dall'art. 1455 c.c. per la risoluzione contrattuale. Nel senso che saranno da considerarsi sostanziali tutte quelle modifiche rispetto ai termini originari che se attuate determinerebbero il diritto del creditore di chiedere la risoluzione dell'accordo. Di talché, ai fini di individuare quando si è in presenza di un inadempimento di non scarsa importanza, occorre far riferimento ai principi elaborati dalla giurisprudenza in materia contrattuale, con la precisazione che, negli accordi, a differenza di quel che accade nel concordato (dove l'inadempimento deve essere valutato nella complessità delle obbligazioni assunte dal debitore) bisogna aver riguardo alla posizione dei singoli creditori. In entrambi i casi, così come prescritto nell'art. 5, comma 1, lett. f) della Legge delega, è necessario richiedere al professionista indipendente il rinnovo dell'attestazione. In mancanza il tribunale non potrebbe che negare l'omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti. La nuova attestazione può essere rilasciata dallo stesso professionista che ha attestato il piano originario, sempre che, ovviamente non siano nel frattempo venuti meno i requisiti di professionalità ed indipendenza. Requisiti che non vengono meno per il solo fatto di aver già svolto attività di attestazione per lo stesso debitore nell'ambito della stessa procedura, tranne che le ragioni dell'insuccesso del piano abbiano pregiudicato l'indipendenza del professionista. Fermo restando, ovviamente, la libertà del debitore di scegliere un nuovo professionista per il rinnovo dell'attestazione. Rinnovo dell'attestazione che richiederà presumibilmente un'attività più limitata al professionista. Con riferimento all'attestazione di veridicità si tratterà sostanzialmente di un aggiornamento dei dati, tenuto conto che, presumibilmente il piano individuerà una diversa data di riferimento rispetto a quella originaria. Con riferimento all'attualità dell'accordo, l'attestazione sarà incentrata sull'idoneità delle modifiche apportate al piano ad assicurare la corretta esecuzione dell'accordo (di quello originario o di quelli successivamente modificati). Attestazione che costituisce il cardine del consenso informato che deve sussistere al mo-

mento del rinnovo delle manifestazioni di consenso dei creditori parti degli accordi. Elementi base dell'informativa sono dunque il piano e, principalmente, l'attestazione che valuta criticamente il contenuto e la fattibilità del piano come successivamente modificato. Il rinnovo delle manifestazioni di consenso dovrà seguire le medesime formalità dell'originaria patteggiamento. Lo scopo della modifica dell'accordo è il riequilibrio di un assetto contrattuale alterato da elementi sopravvenuti ed imprevedibili al tempo della conclusione di quello originario. L'oggetto della rinegoziazione è costituito dal contenuto globale dell'accordo e non dai singoli termini del contratto preesistente, per cui l'attività intesa alla revisione delle reciproche posizioni potrebbe comportare non solo modifiche del precedente schema contrattuale, ma anche aggiunte ulteriori. In caso di mancata prestazione del consenso alla modifica degli accordi il creditore non potrà essere più considerato tra gli aderenti ai fini del raggiungimento della quota del 60% ed il debitore dovrà prevedere il suo pagamento integrale nei termini previsti dall'art. 182 comma 1 l.fall. Più complessa è la problematica che sorge a seguito di modifiche sostanziali del piano. L'inscindibile connessione tra accordo e piano fa ritenere che anche in questo caso il mancato rinnovo della manifestazione di consenso determini il passaggio del creditore da aderente ad estraneo. Un'ulteriore forma di tutela del creditore può infine rinvenirsi nella possibilità di opporsi all'omologa sul presupposto che le modifiche del piano non rendano più fattibile l'accordo. Dopo l'omologa, ferma restando l'intangibilità formale dell'accordo, è possibile soltanto apportare delle modifiche sostanziali del piano ove si rendano necessarie per assicurare l'adempimento degli accordi. Anche in questo caso è necessario il rinnovo dell'attestazione. Il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione è dato avviso ai creditori a mezzo lettera raccomandata o posta elettronica certificata. La norma non indica né a quali creditori debba essere notificato l'avviso del deposito del piano modificato e della nuova attestazione né i soggetti che possono presentare opposizione. Deve ritenersi che la notifica debba essere effettuata ai soli creditori aderenti ed estranei al momento dell'omologa (questi ultimi naturalmente solo ove non siano stati ancora integralmente soddisfatti), non a quelli che lo siano al momento del deposito presso il registro delle imprese di piano e attestazione modificati, divenuti creditori in forza di un titolo giuridico successivo all'accordo originario. E che i destinatari della notifica coincidano con i legittimati all'opposizione. Entro trenta giorni dalla ricezione dell'avviso è ammessa opposizione avanti al tribunale, nelle forme di cui all'art. 182 comma 4 l.fall. Il legislatore ha quindi introdotto la possibilità di una modifica unilaterale del piano senza la necessità del consenso espresso dei creditori aderenti, essendo sufficiente la semplice non opposizione, con la conseguente riduzione al minimo delle modalità di espressione e tutela della loro volontà negoziale. Modifica che attualmente può riguardare un elemento, il piano, sicuramente presupposto dell'accordo, ma non necessariamente parte formale di esso. Modifica che in futuro, con l'entrata in vigore del CCII, si tradurrà in una vera e propria modifica unilaterale del contratto in quanto gli accordi, ai sensi dell'art. 57, comma 2, CCII, dovranno "contenere l'indicazione degli elementi del piano economico-finanziario che ne consentono l'esecuzione". Il richiamo alle forme dell'art. 182 comma 4 l.fall. non chiarisce quale sia il *petitum* del giudizio e quindi gli effetti della decisione in caso di accoglimento della domanda. Invero l'art. 182 comma 4 l.fall. attiene all'opposizione all'omologa degli accordi, omologazione che in questo caso è già intervenuta, né può ritenersi che l'opposizione possa portare alla revoca dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti. La prima opzione interpretativa è quella di ritenere che, una volta ritenuto recessivo il modello negoziale, la ricompressione degli accordi nell'ambito delle procedure concorsuali determini l'applicazione delle norme del concordato preventivo, ivi compresa la risoluzione. Con la conseguenza che il richiamo all'art. 182 comma 4 l.fall. varrebbe soltanto come riferimento processuale, dovendosi applicare, quanto al contenuto ed agli effetti della domanda le norme dettate per il concordato preventivo e quindi, prima tra tutte l'art. 186 l.fall. Opzione sicuramente legittima che lascia però molti dubbi all'interprete perché il presupposto dell'art. 186 l.fall. è l'inadempimento alle obbligazioni assunte

con la proposta, mentre nell'art. 182 comma 8 l.fall. si parla di modifiche del piano. Sembra quindi poco giustificabile l'applicazione analogica della disciplina del concordato al caso di specie dato che essa allargherebbe oltremodo i presupposti della risoluzione con l'effetto di sciogliere tutti i vincoli contrattuali, anche quelli estranei alla posizione giuridica del ricorrente, pur in assenza di un inadempimento del debitore. Se nel concordato preventivo la risoluzione della proposta omologata si giustifica anche sulla considerazione che il presupposto dell'importanza dell'inadempimento va valutato con riferimento alla soddisfazione di tutti i creditori, tale soluzione appare inconferente al caso di specie, dato che, ripetesì il presupposto dell'opposizione è la modifica del piano, modifica che non determina di per se stessa un mutamento peggiorativo del contenuto degli accordi. Tanto più che la modifica del piano potrebbe incidere anche sulla sola posizione giuridica dell'opponente. Ipotesi quest'ultima che potrebbe essere immediatamente riscontrabile dopo l'entrata in vigore della norma di cui all'art. 57, comma 2, CCII. Infine va considerato che una tale interpretazione cozzerebbe con il chiaro intento del legislatore di rafforzare la forza del vincolo contrattuale degli accordi, intento ben evidenziato dalla significativa estensione dell'applicazione degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa. Deve quindi ritenersi che l'accoglimento dell'opposizione avverso le modifiche del piano non possa determinare la risoluzione di tutti gli accordi. L'unica soluzione ipotizzabile per dare un senso concreto alla norma è quindi quella di ritenere che il legislatore abbia fornito al creditore uno strumento processuale più snello e veloce rispetto al processo ordinario di cognizione, che gli consenta comunque di ottenere un risultato analogo. In altre parole deve ritenersi che l'esito positivo del giudizio determini una sorta di inefficacia sopravvenuta degli effetti dell'accordo omologato nei confronti del solo creditore opponente. Uno strumento con effetti analoghi a quelli che il creditore può ottenere nel concordato preventivo con l'esperimento vittorioso dell'azione di risoluzione, con la differenza che lo scioglimento del rapporto potrà riguardare il solo accordo del creditore opponente. A fronte di tale incertezza è facile comunque prevedere che a seguito della ricezione dell'avviso il creditore opponente utilizzerà uno strumento ben più efficace: la domanda di apertura della procedura di liquidazione giudiziale. Legittimazione alla dichiarazione di fallimento recentemente riconosciuta dalla suprema corte ai creditori rimasti estranei all'accordo omologato (cfr. Cass. 22 maggio 2019, n. 13850, secondo cui "nulla osta alla procedibilità di una domanda di fallimento presentata, dopo l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, da un creditore che ad esso sia rimasto estraneo"). Legittimazione che deve riconoscersi anche ai creditori aderenti nel caso di modifica del piano dato che norma attribuisce la legittimazione ad instare per il fallimento in capo al soggetto qualificato come "creditore", senza alcuna specificazione ulteriore, e quindi in capo a colui che vanta un credito nei confronti dell'imprenditore, non necessariamente certo, liquido, esigibile, ma anche non ancora scaduto o condizionale, non ancora munito di titolo esecutivo, sia pure idoneo in prospettiva a giustificare un'azione esecutiva (In termini cfr. anche Cass. n. 3472/2011), e che deve essere oggetto dell'imprescindibile deliberazione incidentale del giudice fallimentare (In termini, cfr. Cass. n. 24309/2011 e S.U. n. 1521/2013).

3. Accordi di ristrutturazione agevolati

L'art. 20 del dl. 118/2021 convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147 introduce nella legge fallimentare, con l'art. 182novies, gli accordi di ristrutturazione agevolata. L'art. 5, comma 1, lett. b), della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, aveva espressamente lasciato al legislatore delegato ampio spazio di attuazione della delega, con la possibilità di procedere alla eliminazione totale del limite di adesioni del 60% conservato invece nella previsione generale di cui all'art. 57 CCII. Il legislatore delegato ha scelto di conservare una percentuale minima di adesioni, operando il dimezzamento del limite, in tal modo portato al solo 30% dei crediti vantati da terzi verso l'imprenditore in crisi, con il chiaro intento, quindi, di facilitare il ricorso a tale istituto alle condizioni specificate dalla norma. Procedura che

costituisce una sottospecie degli accordi di ristrutturazione di cui all'art. 182 bis l.fall. Secondo la relazione illustrativa del dl. 118/2021 convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147 l'opportunità di un'anticipata entrata in vigore della disposizione "risulta dettata dalla necessità, nell'attuale stato di crisi, di favorire quelle procedure che consentono di affrontare le sofferenze debitorie imprenditoriali con mezzi alternativi alla liquidazione giudiziale e trova fondamento nella convenienza della conclusione di un accordo di ristrutturazione agevolato, rispetto alla più complessa procedura di liquidazione giudiziale che reca in sé anche incertezza sull'esito finale". Anche l'art. 182novies l.fall., al pari degli altri istituti introdotti con l'art. 20 del dl. 118/2021 convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147, anticipa l'entrata in vigore di una disposizione contenuta nel CCII, dell'art. 60. Le due disposizioni appaiono, di primo acchito, di contenuto pressoché analogo, ma presentano in realtà delle differenze piuttosto significative. Nell'art. 60 CCII la possibilità di avvalersi della percentuale ridotta di adesioni, è subordinata al duplice presupposto che il debitore: a) non proponga la moratoria dei creditori estranei agli accordi; b) non abbia chiesto e rinunci a richiedere misure protettive temporanee. Il requisito sub. a), facendo riferimento ad una "proposta di moratoria", si riferisce senza alcun dubbio al meccanismo della convenzione di moratoria di cui all'articolo 62 CCII, sancendo il divieto di combinare gli accordi di ristrutturazione agevolata con le convenzioni di moratoria. L'art. 60 CCII vieta la possibilità di avvalersi delle forme di protezione coattive previste dall'art. 62 CCII, ottenute attraverso un provvedimento di estensione adottato dal tribunale, mentre naturalmente nessun ostacolo si pone con riguardo ai meccanismi di moratoria che siano oggetto di una apposita e libera pattuizione con i creditori, sia aderenti che estranei. Divieto naturalmente collegato a quello della lettera b) relativo al mancato ricorso allo strumento delle misure protettive. Nel CCII il legislatore collega la possibilità di avvalersi dell'accordo di ristrutturazione agevolato al divieto di ogni forma di protezione o moratoria giudiziale nei confronti dei creditori estranei e quindi, implicitamente, presuppone un'attivazione anticipata dello strumento di risoluzione alternativa della crisi di impresa, tale da consentire all'imprenditore sia di escludere la possibilità di aggressione da parte dei creditori, sia di dover richiedere agli stessi una moratoria coattiva dei pagamenti. E ciò con riferimento ad una percentuale significativa del ceto creditorio, variabile tra il 40,1 ed il 69,9 %. La rinuncia completa ad ogni forma di protezione o moratoria giudiziale nei confronti di una così rilevante percentuale del ceto creditorio presuppone quindi, necessariamente, che la crisi non sia già divenuta insolvenza. Con riferimento al presupposto di cui alla lettera b), l'articolo 60 CCII richiede che il debitore non abbia richiesto tali misure e che rinunci a richiederle. Il che pare esigere dal debitore, a pena d'inammissibilità, un'espressa dichiarazione da formularsi, nel ricorso volto ad ottenere l'omologazione degli adr, ovvero nel precedente ricorso di accesso alla procedura, di cui al combinato disposto degli artt. 40 e 44, comma 1, lett. b), CCII il che rende evidente la compatibilità dell'istituto nell'ipotesi in cui il debitore non depositi immediatamente l'accordo, ma chieda, ai sensi dell'art. 44, comma 1, lettera a) CCII, un termine, compreso tra 30 e 60 giorni, e ciò in quanto nel CCII la domanda di concessione del termine (fattispecie oggi disciplinata dall'art. 161 comma 6 l.fall.) non comporta un effetto protettivo automatico, essendo le misure protettive rimesse ad una specifica istanza del debitore. L'art.182novies l.fall.prevede che la percentuale dei creditori aderenti, necessaria per la conclusione dell'accordo da parte del debitore, è ridotta alla metà ove il debitore non si avvalga della moratoria di cui all'articolo182 -bis , primo comma, lettere a) e b), ovvero non abbia presentato il ricorso previsto dall'articolo 161, sesto comma, e non abbia richiesto la sospensione prevista dall'articolo 182 -bis , sesto comma. Il requisito sub a) pur attenendo sempre ad una "moratoria" è evidentemente ben diverso da quello previsto nell'art. 60 CCII perché esso introduce una significativa ed inspiegabile divergenza rispetto al modello legale degli ADR, che rischiano di essere ostacolati piuttosto che agevolati rispetto al modello base. Invero in forza di tale disposizione il debitore per accedere agli accordi agevolati dovrebbe quindi rinunciare all'effetto dilatorio previsto dall'art. 182bis primo comma, lettere a) e b), l.fall., con risultati del tutto opposti a quelli auspicati dal legislatore con l'introduzione anticipata dell'istituto. E

ciò in quanto tutti i creditori estranei dovrebbero essere pagati regolarmente alla scadenza dei rispettivi crediti, a prescindere se anteriore o successiva alla data dell'omologa. Un altro risultato paradossale della norma è che essa da una parte fa venir meno la dilazione fisiologica ed automatica prevista dall'art. 182bis primo comma, lettere a) e b), l.fall., dall'altra consente la possibilità di combinare gli accordi di ristrutturazione agevolata con la convenzione di moratoria di cui al novello art. 182-octies, possibilità quest'ultima espressamente vietata dall'art. 60 CCII. Con il che si produce un effetto del tutto distonico rispetto alle chiare intenzioni del legislatore di compensare il beneficio del dimezzamento della percentuale di crediti con la rinuncia ad ogni forma di protezione o dilazione giudiziaria. Invero il debitore, ove riesca a raggiungere la percentuale di adesione del 30% richiesta dalla norma, potrà richiedere l'estensione della moratoria di cui all'art. 182-octies l.fall. ai creditori non aderenti, moratoria che può avere ad oggetto, ricordiamo, non soltanto la dilazione delle scadenze dei crediti, ma anche la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative. Il che potrebbe di fatto garantire al debitore proprio quello che la norma "originaria" del CCII intendeva espressamente vietare. Starà quindi ai tribunali evitare che il ricorso combinato ai due istituti si traduca in un utilizzo abusivo delle procedure. E ciò tanto più considerando che la norma (e qui in armonia con quanto previsto nel CCII) non pare escludere la possibilità di un utilizzo combinato degli accordi di ristrutturazione agevolati e di quelli ad efficacia estesa.

Ove si ritenga possibile costruire adr agevolati ad efficacia estesa, al debitore sarà possibile dapprima raggiungere l'accordo con creditori che rappresentino almeno il 30% dei crediti e successivamente estendere, in forza dell'art. 182-septies l.fall., il trattamento convenuto ai non aderenti compresi nelle categorie omogenee, alla condizione che gli aderenti in tali categorie raggiungano comunque il 75% della categoria.

Sempre che l'accordo preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta, ovvero l'impresa abbia debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento complessivo.

Non paiono esservi ragioni decisive che, in assenza di un espresso divieto normativo, impediscano l'utilizzo combinato delle due procedure, né tale divieto pare potersi evincere da una ricostruzione sistematica degli istituti, dato che entrambi costituiscono delle sottocategorie degli adr, prive di autonomia rispetto alla procedura "madre" la cui disciplina è pacificamente applicabile per tutto ciò che non riguarda i profili propri delle singole ipotesi speciali (per gli adr agevolati, ad esempio la percentuale di adesione e la mancanza di misure protettive, per gli adr ad efficacia estesa i presupposti e naturalmente l'estensione coattiva degli effetti ai non aderenti).

Il che consentirebbe un significativo ampliamento del novero dei creditori soggetti alle condizioni dell'accordo.

L'estensione degli effetti non si traduce un ampliamento coattivo della platea degli aderenti, per cui la percentuale minima di adesioni del 30% deve comunque essere calcolata con riferimento ai soli crediti degli aderenti e non anche con riferimento a quelli dei creditori cui venga estesa per effetto del provvedimento del tribunale l'efficacia dell'accordo di ristrutturazione.

La combinazione dei due istituti presuppone che il debitore debba depositare un adr agevolato che preveda la suddivisione dei creditori in categorie individuate tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici.

E qui potrebbe forse ipotizzarsi l'unico ostacolo di natura sistematica derivante dalla combinazione di due istituti, di cui l'uno impone entro le singole categorie una percentuale di adesioni del 75%, l'altro ammette tuttavia, ai fini dell'omologa, che tali adesioni possano poi raggiungere il solo 30% del montante complessivo dei crediti.

Con il risultato che non essendo sicuramente possibile raggiungere la percentuale di adesione del 75% in tutte le categorie, il debitore potrebbe chiedere l'estensione degli effetti soltanto con riferimento ad alcune di esse.

Problema che non pare insormontabile dato che anche nella fattispecie

ordinaria degli adr ad efficacia estesa, quella disciplinata dal novello art. 182-septies l.fall. vi è uno scarto tra percentuale di adesione ai fini dell'estensione degli effetti e percentuale di adesione ai fini dell'omologa.

Scarto sicuramente meno significativo dal punto di vista matematico, ma ugualmente esemplificativo, dal punto di vista sistematico, del fatto che il principio in forza del quale gli effetti dell'accordo vengono estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria non si traduce nella necessità che ciò avvenga per tutte le categorie, anche perché altrimenti ciò porterebbe al paradossale risultato di un accordo con efficacia estesa e necessaria nei confronti di tutti i creditori.

Non minori problematiche pone il secondo requisito di cui alla lettera b). Il chiaro presupposto previsto dall'art. 60 CCII, secondo cui il debitore può depositare l'accordo agevolato ove "non abbia richiesto e rinunci a richiedere misure protettive", risulta di difficile e contraddittoria applicazione nel regime attuale, caratterizzato com'è dalla regola dell'automaticità dell'effetto protettivo collegato al deposito della domanda. Con l'unica eccezione rappresentata dal procedimento di cui all'articolo 182-bis comma 6 l.fall., che presenta un meccanismo analogo a quello del CCII e che quindi è correttamente richiamato dall'art. 182-novies l.fall. richiedendosi che il debitore "non abbia richiesto la sospensione prevista dall'articolo 182-bis, sesto comma".

L'istituto del cd. pre-accordo di cui all'art. 182-bis comma 6 l.fall. appare l'unica procedura in linea con il CCII e quindi con l'originaria impostazione della norma di cui all'art. 60 CCII, il cui adattamento sull'attuale impianto della legge fallimentare determina anche in questo caso effetti distorsivi rispetto al chiaro intento del legislatore di consentire al debitore l'accesso agli accordi agevolati soltanto ove egli rinunci alla protezione.

Da una parte per evitare la protezione si impedisce l'accesso del debitore alla domanda prenotativa al ricorso previsto dall'articolo 161, sesto comma l.fall., dall'altra si prende atto, nel silenzio della norma, che tale effetto protettivo è comunque collegato al deposito dell'accordo, anche se agevolato, ai sensi dell'art. 182-bis comma 3 l.fall.

Senza considerare, inoltre, che il debitore potrebbe godere di una protezione ben più lunga ove il deposito dell'accordo fosse preceduto dal procedimento di composizione negoziata o dalla convenzione di moratoria. Da procedimenti, cioè, che prevedono la concessione di misure protettive su richiesta del debitore e che non appaiono di certo incompatibili con il successivo deposito di un accordo di ristrutturazione agevolato, essendo anzi in un caso tale sbocco espressamente previsto dalla legge: come è ben noto, infatti, ai sensi dell'art. 11 comma 2 del dl. 118/2011 convertito nella legge 21 ottobre 2011, n. 147, l'imprenditore può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182-bis, 182-septies e 182-novies.

In definitiva l'utilizzo combinato di vari istituti potrebbe assicurare al debitore una protezione sia nel periodo antecedente che in quello successivo al deposito dell'accordo agevolato, i cui effetti potrebbero essere estesi anche a creditori diversi ed ulteriori da quelli effettivamente aderenti.

Conclusioni che se da una parte ampliano l'appel dell'istituto e quindi il novero dei debitori che potrebbero farne ricorso, dall'altra evidenziano il rischio che esso finisca per tradire quello che era il chiaro intento del legislatore: premiare con il dimezzamento della percentuale necessaria di adesioni l'accesso ad una procedura di soluzione della crisi soluzione in una fase così anticipata da neutralizzare il rischio di iniziative aggressive dei creditori e da non rendere quindi necessaria l'attivazione di meccanismi di protezione dalle azioni esecutive.

Il procedimento segue quello ordinario dettato dall'art. 182-bis l.fall.

Nel caso del deposito del ricorso di un accordo di ristrutturazione agevolato, il debitore dovrà esporre la percentuale ridotta dei creditori aderenti, l'eventuale richiesta di estensione degli effetti dell'accordo e prevedere il pagamento degli estranei alla scadenza dei rispettivi crediti, non potendo egli avvalersi della moratoria di cui all'articolo 182-bis, primo comma, lettere a) e b) l.fall.

Se nel corso del procedimento di omologazione dovessero aggiungersi altre adesioni tali da raggiungere la soglia ordinaria del 60% il debitore in forza dell'art. 182-bis comma 8, l.fall. potrebbe richiedere, previo rinnovo

dell'attestazione, la modifica del piano e/o degli accordi ed il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori parti originarie degli accordi.

Il che comporterebbe naturalmente l'automatica reviviscenza della moratoria di cui all'articolo 182-bis, primo comma, lettere a) e b) l.fall.

Analogo meccanismo potrebbe essere utilizzato nell'ipotesi opposta, quando cioè il debitore per qualsiasi ragione perda una parte dei consensi acquisiti scendendo sotto la percentuale di adesioni del 60%.

Infine non sembrano esservi ostacoli a che l'art. 182-bis comma 8 l.fall. possa essere utilizzato nel corso del procedimento dal debitore anche per avvalersi del meccanismo di estensione degli effetti dell'accordo ai sensi del novellato art. 182-septies l.fall.

4. I pagamenti anticipati

Sempre nell'ambito delle modifiche urgenti al r.d. 267/1942, l'art. 20 lettera d) del dl 24 agosto 2021, n. 118, convertito dalla legge 21 ottobre 2021 n. 147, modifica l'art. 182-quinquies l.fall. La norma, come è noto, consente, nel solo concordato con continuità aziendale, la possibilità di pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, previa autorizzazione del Tribunale ed a condizione che un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), l. fall. attesti che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. La prima modifica, al fine di ovviare una lacuna molto contestata dell'originaria disposizione, prevede che il tribunale possa autorizzare il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti al deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione. Come è ben noto era molto discussa la possibilità di ricomprendere le retribuzioni dei lavoratori tra "i crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi" il cui pagamento poteva essere autorizzato dal tribunale in deroga al divieto di pagamento di crediti anteriori al deposito della domanda di concordato. Se dal punto di vista teorico vi erano molti dubbi nella possibilità di ritenere i lavoratori dei "creditori strategici" dell'impresa, dal punto di vista pratico appariva evidente come i lavoratori fossero dei creditori la cui massima collaborazione era essenziale ai fini del buon esito della continuità. L'art. 20 lettera d) riprende sostanzialmente il contenuto dell'art. 100 CCII, con una differenza di non poco momento: mentre la disposizione del CCII consente il pagamento soltanto della retribuzione dovuta per la mensilità antecedente il deposito del ricorso, la modifica dell'art. 182quinquies l.fall. si riferisce genericamente alle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti al deposito del ricorso, senza alcuna limitazione temporale. Modifica che va accolta con favore tanto più che si tratta di una semplice anticipazione di pagamento che non va sicuramente a ledere la *par condicio creditorum* trattandosi di crediti privilegiati di massimo grado e che il pagamento immediato impedisce l'ulteriore decorso degli interessi dovuti sui crediti impagati. Profili d'incertezza rimangono con riferimento al procedimento che il tribunale deve adottare a fronte della richiesta di autorizzazione, dato che la norma è inserita nel comma 5 dell'art. 182 *quinquies* l.fall., disposizione che prevede la necessità di un'attestazione di essenzialità per la prosecuzione dell'attività d'impresa e di funzionalità al miglior soddisfacimento dei creditori. La soluzione al quesito dipende dall'inquadramento sistematico della norma. Se si ritiene che l'art. 20 lettera d) non ampli l'ambito di applicazione della norma originaria, ma rappresenti una specificazione, una mera precisazione del fatto che anche i crediti dei lavoratori debbano essere considerati crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, non vi sono dubbi sul fatto che anche tali pagamenti debbano essere assoggettati alla disciplina generale dettata per il pagamenti degli altri creditori. Ove, al contrario, si ritenga che la norma abbia determinato un'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 182 *quinquies* l.fall., ricomprendendovi anche creditori sino ad oggi esclusi, a tali pagamenti non dovrebbe applicarsi la procedura prevista per gli altri creditori. Quest'ultima soluzione appare più corretta, anche perché la norma si inserisce in un intervento, il dl. 118/2021 convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147 che, in linea con la direttiva europea, attribuisce la massima tutela ai diritti dei lavoratori.

Tanto che nell'art. 6 del dl. 118/21, convertito nella legge 21 ottobre 2021, n. 147, che disciplina le misure protettive nel procedimento di soluzione negoziata della crisi è espressamente previsto che "Sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori". Esclusione che dovrà presumibilmente riguardare a breve anche tutte le procedure concorsuali. In questo quadro la riforma dell'art. 182 *quinquies* va visto quindi come una sorte di anticipazione del futuro regime di intangibilità dei crediti dei lavoratori nelle procedure concorsuali. Risponde ad un'evidente esigenza sistematica. A quella già espressa dall'art. 168 l.fall. che, nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori perché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata, possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori. Per le medesime ragioni la possibilità di agire esecutivamente in corso di procedura per la soddisfazione dei crediti, comporta quella di ottenere lo spontaneo adempimento della prestazione da parte del debitore. Con un'unica significativa differenza: mentre l'esclusione dal divieto di agire esecutivamente riguarda oggi nella procedura negoziata di composizione della crisi (e domani presumibilmente in tutte le procedure concorsuali) tutti i lavoratori, la legittimità di un pagamento spontaneo dei loro crediti è limitata al solo concordato preventivo con continuità aziendale ed ai soli lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione. Specificazione che rende evidente come la norma risponda anche ad un'esigenza primaria di salvaguardia dei valori aziendali, ad interessi generali ritenuti prevalenti rispetto a quelli soggettivi dei singoli lavoratori non coinvolti nella continuità. In questa prospettiva deve quindi ritenersi che il controllo del tribunale sarà limitato ad evitare un utilizzo patologico dell'istituto, a verificare che i crediti si riferiscano effettivamente ai lavoratori addetti all'attività di cui è prevista la continuazione. Il che comporterà la necessità che il debitore colori in maniera adeguata la domanda di concordato in bianco ex art. 161 comma 6 l.fall., precisando se e quali settori dell'attività intenda proseguire in corso di procedura. Valutazione che il tribunale potrà compiere anche con l'ausilio del parere del commissario giudiziale ove nominato ai sensi dell'art. 161 comma 6 l.fall.

Sempre al fine di favorire la continuità nel corpo dell'art. 182 *quinquies* l.fall. è stata introdotta una norma, contenuta anch'essa nell'art. 100 del CCII, che, in deroga alla regola della cristallizzazione del patrimonio, consente al debitore, quando è prevista la continuazione dell'attività aziendale, il pagamento alle scadenze convenute delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, a condizione che, alla data della presentazione della domanda di concordato, egli abbia adempiuto le proprie obbligazioni o che il tribunale lo autorizzi al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. Un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 comma 3, lett. d) l.fall. deve attestare che il credito garantito potrebbe essere soddisfatto integralmente con il ricavato della liquidazione del bene effettuata a valore di mercato e che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori. Il legislatore ha opportunamente anticipato l'entrata in vigore della norma dato che in una simile eventualità, in forza dell'art. 55 l. fall. - applicabile al concordato preventivo in virtù del richiamo ad esso operato dall'art. 169 l. fall. - le future rate, comprensive della quota capitale e degli interessi, non ancora esigibili, dovevano comunque essere considerate scadute, non potendo le stesse sottrarsi alla disciplina dell'anticipata scadenza, alla data di presentazione della domanda di concordato, di tutti i debiti pecuniari. Il presupposto è, naturalmente, che al momento del deposito della domanda, il contratto sia ancora pendente, anche se il debitore sia divenuto inadempiente. La risoluzione del mutuo è infatti sicuramente ostativa all'applicazione della norma. Con riferimento agli ulteriori presupposti è di tutta evidenza la centralità e la delicatezza dell'attestazione del professionista. Invero l'attestazione sulla soddisfazione integrale del credito con il ricavato della liquidazione pone numerose problematiche interpretative con specifico riferimento alla nozione di "credito garantito". Locuzione ben diversa da quella contenuta nell'art. 160 comma 2 l.fall. dove, con riguardo al pagamento non integrale dei creditori

privilegiati speciali, si fa riferimento alla "soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione...". Differenza insita nella considerazione che mentre nell'art. 160 comma 2 l.fall. la soddisfazione parziale promessa nel piano si giustifica con la sua equivalenza rispetto alla collocazione preferenziale in caso di liquidazione, nell'art. 182 quinquies l.fall. il pagamento integrale, conseguente alla prosecuzione del contratto di mutuo, si giustifica solo se la liquidazione del bene consentirebbe comunque il pagamento dell'intero credito garantito. La norma pone quindi una necessaria equivalenza tra integrale soddisfazione del credito a seguito di prosecuzione del contratto di mutuo, ovvero di liquidazione del bene, equivalenza che appare di difficile constatazione e quindi attestazione, essendo di norma il valore di liquidazione parzialmente soddisfacente del credito garantito con il mutuo. Solitamente il credito garantito con la liquidazione e quello che andrebbe ad essere soddisfatto con la regolare prosecuzione del mutuo esprimono due importi non coincidenti tra loro. Sia perché sovente il valore del bene al momento della stipulazione del mutuo è sovrastimato rispetto a quello reale di mercato, sia perché, soprattutto, la liquidazione del bene avverrebbe in ambito concorsuale. Invero lo scioglimento del contratto di mutuo determinerebbe l'applicazione dell'art. 55 e quindi, a cascata dell'art. 54 comma 3 l.fall. e dell'art. 2855 c.c., il che comporterebbe un significativo decurtamento del riconoscimento del privilegio degli interessi moratori. Secondo i principi generali alla banca compete il diritto di ricevere, oltre all'importo integrale delle semestralità già scadute (non travolte dalla risoluzione, che non opera retroattivamente nei contratti di durata, quale è da ritenersi il mutuo), la sola quota di capitale residua, ma non anche gli interessi conglobati nelle semestralità a scadere e che sul credito così determinato si dovranno calcolare gli interessi di mora ad un tasso corrispondente a quello già previsto nel contratto, se superiore al tasso legale, in ossequio al disposto dell'art. 1224, comma 1, c. (Cass. s.u. 12639/2008). In forza dell'applicazione dell'art. 2855 comma 3 c.c. con riferimento al periodo posteriore all'anno in corso del deposito della domanda di concordato preventivo, sino al giorno della vendita, *rectius* dell'emanazione del decreto di trasferimento (cfr. Cass. 8.9.83, n. 5526), gli interessi continuano a decorrere, ma unicamente nella misura legale. Né il creditore può richiedere la differenza tra gli interessi convenzionali e quelli legali, poiché i primi maturano solo fino allo spirare dell'anno in corso alla dichiarazione di fallimento e poi vengono meno, con la conseguente impossibilità di una loro collocazione, limitatamente alla differenza con gli interessi legali, neppure in via chirografaria (principio costantemente affermato in giurisprudenza: Cass. 2.3.98, n. 2196; Cass. 15.3.95, n. 2981; Cass. 14.5.93, n. 7772; Cass. 27.2.91, n. 2147; Cass. 29.7.72, n. 9063). In definitiva tale equivalenza sarà riscontrabile soltanto nelle ipotesi in cui sin dall'origine l'importo del credito finanziato e garantito sia significativamente inferiore al valore del bene gravato da ipoteca, ovvero la domanda di concordato intervenga in una fase avanzata del rapporto contrattuale, con un residuo credito ampiamente coperto dal valore del bene. Equivalenza che è il presupposto per attestare che il rimborso delle rate a scadere non lede i diritti degli altri creditori.

Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. 118/21

di Giorgio Lener, Ordinario di Istituzioni di diritto privato nell'Università di Roma "Tor Vergata"

La centralità dell'autonomia privata, nel contesto della composizione negoziata, conferma l'interazione e l'integrazione tra diritto dei contratti e diritto della crisi d'impresa. L'obiettivo del risanamento si pone quale obiettivo comune a tutti i portatori di interessi, in primis il debitore e i creditori ai quali si indirizza l'ipotesi di accordo per il superamento della crisi. La cooperazione, pertanto, espressione del principio solidaristico, s'impone agli attori in gioco e orienta e guida l'esercizio dell'autonomia privata.

Sommario:

1. Crisi d'impresa e autonomia privata nel d.l. 118/21: cenni introduttivi.
2. L'obbligazione di negoziare secondo buona fede.
3. L'esercizio dell'autonomia privata e i poteri di controllo dell'esperto.
4. La rinegoziazione dei contratti di durata e la rideterminazione giudiziale del relativo contenuto.

1. Crisi d'impresa e autonomia privata nel d.l. 118/21: cenni introduttivi¹

Il d.l. 118/21 (convertito in l. 147/21), con l'introduzione della composizione negoziata, rappresenta l'ultima manifestazione del costante dialogo e intreccio tra diritto civile (e diritto dei contratti, in particolare) e diritto commerciale (e della crisi, o pre-crisi d'impresa, nella specie), che, a partire dalle riforme del 2005, ha nel contratto e, più in generale, nell'esercizio dell'autonomia privata – con le più varie declinazioni, anche in termini, a seconda dei casi, di mediazione o disintermediazione giudiziale – lo strumento per eccellenza del risanamento o, anche, e in direzione opposta, dell'uscita dal mercato. Intreccio fecondo, non solo, ovviamente, perché la composizione negoziata, per il suo carattere stragiudiziale e, potenzialmente, riservato, si attua attraverso la stipulazione di contratti, come reso palese dalle possibili soluzioni delineate, con ampio "ventaglio" di ipotesi, dall'art. 11; ma, soprattutto, perché al centro della scena vi è, sì, l'autonomia privata, ma un'autonomia privata che, dal contesto e nel contesto della crisi d'impresa, viene ad essere, ora, "incentivata", ora "controllata", ora "guidata". S'intende riferirsi, rispettivamente, agli incentivi bilaterali (perché per imprenditore e creditori, sia pur in misura asimmetrica), volti a facilitare il raggiungimento di un accordo per il risanamento; alla coesistenza della libertà di gestione dell'impresa, sia quanto ai pagamenti sia quanto agli atti di s.a., col controllo da parte dell'esperto; sia, infine, al tema – su cui, in via prevalente, si soffermeranno le presenti considerazioni – della rinegoziazione del contenuto dei contratti c.d. "di durata" e dell'eventuale adeguamento giudiziale (ma non dei contratti di lavoro, per ovvie ragioni, ove occorresse rafforzate dall'impianto della dir. 1023).

La principale novità del d.l. 118, sul piano culturale, è nel tentativo di porre le basi affinché l'imprenditore – specie PMI – possa acquisire tempestiva consapevolezza delle condizioni di difficoltà (di grande rilevanza, in questa direzione, tra l'altro, è il c.d. "auto-test", di cui alla Sezione I del Decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28.9.2021), delle possibilità di porvi rimedio in sede stragiudiziale e nel fornirgli analitiche indicazioni ai fini della predisposizione di un "corredo" documentale-informativo completo sin dal momento in cui si avvia la procedura di composizione negoziata (si veda, al riguardo, l'art. 5, co. 3, d.l. 118). Il successo della fase stragiudiziale di composizione della crisi dipende, peraltro, in larga misura, dalla qualità – meglio, dall'autorevolezza (che, all'evidenza, è ben più della mera terzietà) – dell'esperto. Anche su questo il richiamato Decreto dirigenziale si sforza di costruire un percorso di formazione dettagliatamente descritto e che dovrebbe portare alla "creazione" di nuove figure professionali, diverse da quelle che, al presente, rivestono il ruolo di organi delle procedure concorsuali.

2. L'obbligazione di negoziare secondo buona fede

Ecco perché la indiscutibile centralità dell'autonomia privata viene a "colorarsi" di note nuove, nel costante e indefettibile dialogo tra chi la esercita – *in primis*, l'imprenditore, ma, va da sé, anche i creditori – e l'esperto, manifestandosi quale autonomia privata "controllata" e "guidata", per l'appunto dall'esperto. Prim'ancora, ai fini dell'accesso alla composizione negoziata, presentandosi quale autonomia privata "incentivata" (con un sistema premiale che richiama l'art. 24 CCI, ma con la novità di poter ricorrere alla rateazione dei debiti tributari ex art. 19 d.P.R. 602/73, anche se non iscritti a ruolo, cui *adde* l'art. 15 d.l. 118, norma che si ispira all'art. 14 CCI, calandolo nel nuovo contesto della composizione negoziata, nel presupposto della vigenza di altra disposizione, senz'altro innovativa, l'art. 2086 c.c.; ma si vedano anche la sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione e dell'operatività delle cause di scioglimento). Anche l'autonomia privata dei creditori, per il vero, è "incentivata" (con deducibilità delle perdite ex art. 101, co. 5, TUIR) e, soprattutto, è, per così dire, "indotta", nel senso che i creditori vengono indotti ad esercitare l'autonomia privata nella direzione della seria negoziazione di un accordo di risanamento: infatti, in caso di esito infruttuoso, l'evenienza dell'approdo nel concordato semplificato ex art. 18 d.l. 118, tra l'altro senza soglie di soddisfacimento, dovrebbe indurre a comportamenti cooperativi e non passivi, se non addirittura ostruzionistici, nella sede della composizione negoziata.

In essa, infatti, il legislatore insiste, forse anche con enfasi pleonastica sul piano precettivo, riguardo all'obbligazione di agire *ex bona fide*: l'art. 4, co. 4, d.l. 118, infatti, reitera il generale obbligo di comportamento secondo buona fede nel corso delle trattative ex art. 1337 c.c. Il co. 7 dell'art. 4 è rivolto a «tutte le parti coinvolte nelle trattative», le quali «hanno il dovere di collaborare lealmente e *in modo sollecito*» (non si tratta, peraltro, di tutti i creditori, bensì dei creditori "coinvolti", possibile delimitazione della platea degli interlocutori di cui si ha conferma, in relazione all'attività dell'esperto, nell'art. 5, co. 5, ove si fa parola delle «parti interessate al processo di risanamento»: anche qui sta la flessibilità dello strumento in esame, perché a "geometria variabile"). E, con particolare riguardo al "ceto" bancario – la cui inerzia, specie in operazioni di risanamento di non significativo valore, risulta determinante per il "naufragio" di esse –, il co. 6, anticipazione della richiamata e successiva norma del co. 7, stabilisce che «le banche [...] sono tenute a partecipare alle trattative *in modo attivo e informato*». Sul piano precettivo, il sesto comma non pare esigere un *quid pluris* dalle banche rispetto alla generalità dei creditori (coinvolti), a cui si indirizza il successivo comma 7: l'informazione è il presupposto della partecipazione (effettiva) ad una trattativa, e la partecipazione attiva è assimilabile alla partecipazione sollecita. Piuttosto, l'attenzione va focalizzata là dove il legislatore afferma che le banche «sono *tenute* a partecipare [...]» e, più in generale, nel co. 7, là dove si legge che «le parti coinvolte nelle trattative [...] danno riscontro [...] con *risposta tempestiva e motivata*»: ciò perché il coinvolgimento è deciso dall'imprenditore ed è, dunque, atto unilaterale

1. Questo scritto è la riproduzione della relazione svolta al Convegno "La crisi e la ripartenza", tenutosi a Mantova il 1° e il 2° ottobre 2021. Pertanto, si è mantenuta la forma discorsiva della relazione, senza il corredo di note bibliografiche.

e discrezionale di quest'ultimo (se del caso, guidato dall'esperto), si che è dato chiedersi se si sia inteso sancire, in primo luogo, l'obbligo di partecipare alle trattative, per poi procedere a quella specificazione di contenuto di cui si è detto (partecipazione attiva e informata, risposte sollecite, etc.). In effetti, nella Relazione al d.l. si legge che, «se l'impresa non riesce a perseguire il risanamento e viene dichiarata fallita per la mancata cooperazione delle parti chiamate al tavolo delle trattative [chiamate, per l'appunto, dall'imprenditore] [...] le conseguenti responsabilità potranno essere oggetto di accertamento giudiziale». Una responsabilità, quindi, che, rispetto al generale modello dell'art. 1337 c.c. (relativo – è ben noto – alla modalità comportamentale nello svolgimento delle trattative), potrebbe retroagire ad una fase antecedente, imponendo la partecipazione alle trattative (ovviamente, dei creditori determinanti ai fini del buon esito dell'operazione di risanamento). D'altronde, si tratta di prendere parte non già ad una trattativa per l'instaurazione di una relazione contrattuale *ex novo*, bensì ad una trattativa nell'ambito di un procedimento volto, per il tramite (anche) della revisione dei rapporti debitori, a consentire il risanamento.

3. L'esercizio dell'autonomia privata e i poteri di controllo dell'esperto

In ragione della natura squisitamente privatistica e non concorsuale della composizione negoziata, l'imprenditore permane nel pieno governo dell'impresa, senza che siano inibiti i pagamenti. Qui viene in rilievo quella che, in precedenza, si è indicata quale autonomia privata "controllata" e che concerne non solo i pagamenti, ma anche gli atti di straordinaria amministrazione.

L'art. 9 d.l. 118 prevede, infatti, che l'imprenditore informi l'esperto prima del compimento di atti di straordinaria amministrazione oppure prima di eseguire pagamenti che non siano coerenti con le trattative o con le prospettive di risanamento. Per quanto la formulazione linguistica sia al plurale (e, quindi, la non coerenza possa riferirsi anche agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione), l'obbligo di informare l'esperto parrebbe concernere qualunque atto di straordinaria amministrazione e, quanto ai pagamenti, sussistere solo qualora l'imprenditore li ritenga non coerenti (ipotesi, per il vero, di improbabile verificarsi, perché, se egli stesso dovesse dubitare della relativa coerenza, si asterebbe dal compierli). L'obbligo di segnalazione in ipotesi di ravvisata incoerenza, poi, opera con riguardo ad entrambe le fattispecie, mentre discrezionale è l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese (si che la segnalazione potrebbe permanere ad uno stadio di confidenzialità); segnalazione che è, viceversa, obbligatoria, qualora, ad avviso dell'esperto, l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori. Come chiarito dal Decreto dirigenziale *ex art. 3, co. 2, d.l. 118*, sono ragionevolmente coerenti con l'andamento delle trattative, tra gli altri, i pagamenti delle retribuzioni ai lavoratori subordinati; dei debiti fiscali e previdenziali; dei ratei di mutuo o di leasing; dei debiti commerciali funzionali al ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi; possono essere coerenti – va aggiunto, se il "sottostante" è funzionale alla continuità – anche i pagamenti di debiti rateizzati, ove l'inadempimento fosse sanzionato con la decadenza dal beneficio del termine. Peraltro, adempiendo all'obbligazione di informazione preventiva (la cui violazione riterrei esponga a responsabilità risarcitoria), l'imprenditore può conseguire un significativo beneficio, sempre che non vi sia l'espressione del dissenso da parte dell'esperto, vale a dire l'esenzione da revocatoria, ai sensi del co. 2 dell'art. 12. Ma, al riguardo, lo scrutinio del peculiare atteggiarsi dell'autonomia privata deve interrompersi qui, perché il ragionamento che andrebbe svolto allontanerebbe significativamente dal tema centrale di queste considerazioni, vale a dire l'obbligo di rinegoziare, espressione dell'esercizio dell'autonomia privata "guidata".

4. La rinegoziazione dei contratti di durata e la rideterminazione giudiziale del relativo contenuto

Certamente di grande novità, infatti, perché su un tema tradizionalmen-

te divisivo, soprattutto per i civilisti, è la norma dell'art. 10, co. 2, d.l. 118: essa regola la rinegoziazione, prima, e la rideterminazione giudiziale, poi, del contenuto del contratto ad esecuzione continuata o periodica, nonché – ma è fattispecie, all'evidenza, di minore portata – del contratto ad esecuzione differita.

Può essere utile compiere un breve passo indietro, d'ordine generale, sulla rinegoziazione. La dimensione contrattuale nell'ambito dell'attività d'impresa, oltre a manifestarsi attraverso contratti ad esecuzione istantanea, si manifesta, soprattutto, attraverso contratti ad esecuzione continuata o periodica, comunemente denominati, da alcuni decenni, "contratti di durata", sebbene si tratti di categoria concettuale assente nel codice civile. Infatti, l'archetipo di parte generale è il contratto ad esecuzione istantanea e ad effetto traslativo, quale fattispecie per eccellenza attraverso cui trasferire il diritto di proprietà, fulcro – è ben noto – dei codici dell'età moderna. È vero che vi sono tipi contrattuali di parte speciale (su tutti, la somministrazione), nonché specifiche disposizioni (su tutte, l'art. 1664 c.c. sulla rideterminazione del corrispettivo del contratto d'appalto, nel caso di sopravvenienze) che valorizzano la rilevanza causale del tempo, a dispetto – quasi, potrebbe dirsi, in contrasto – con la disciplina di parte generale, unicamente di carattere demolitorio, con la sola preoccupazione della salvezza delle prestazioni già eseguite (e.g., art. 1458 e 1360 c.c.). Tuttavia, se si ha riguardo alla parte generale, l'irrilevanza della prospettiva diacronica – sembra paradossale – trova conferma proprio nella innovativa, al tempo del "varo" del codice civile, disciplina delle sopravvenienze nei contratti di durata, vale a dire l'art. 1467 c.c.: la scelta generale del rimedio "demolitorio" (giacché è il solo contraente non sfavorito dalla sopravvenienza a poter evitare la caducazione del rapporto, offrendo di modificare equamente le "condizioni" del contratto) conferma l'adozione – e qui riposa il paradosso – di una visuale istantanea o sincronica (che ha riguardo al momento in cui si realizza lo squilibrio).

La dimensione relazionale dei contratti di durata nell'ambito dei rapporti d'impresa, all'opposto, si caratterizza per la convergenza, e non per la contrapposizione, di interessi, che ruota proprio intorno al "valore" del tempo di svolgimento del rapporto, sì che, a maggior ragione in uno stato di crisi, il problema non è semplicemente di "sistemazione" del debito. Ovviamente, qualunque contratto, anche ad esecuzione istantanea, cristallizza un dato assetto di interessi e, per ciò stesso, rappresenta il punto di convergenza dei contrapposti interessi. Nei contratti di durata, però, vi è un *quid pluris*, vale a dire la cooperazione, che da essi si origina e che costituisce il "mastic" della realizzazione diacronica dell'interesse di entrambe le parti, il "collante" di una necessaria convergenza e, dunque, di comportamenti non opportunistici (quali quelli che possono sfociare nella stipulazione di un singolo contratto, *uno actu*), bensì, per l'appunto, necessariamente cooperativi (può essere utile osservare, in via di comparazione, che l'art. 1011 del *Codice civile* argentino, del 2015, nel regolare i "Contratos de larga duración", prevede l'obbligo di rinegoziare, peraltro senza menzionare esplicitamente le sopravvenienze, in quanto considera il tempo «essenziale per la realizzazione dell'oggetto, di modo che si producano gli effetti programmati dalle parti o si soddisfino le esigenze che le hanno indotte a contrattare»).

In questa direzione, uno dei fronti principali di fruttuoso incontro tra diritto civile e diritto della crisi d'impresa è proprio rappresentato dai contratti di durata, che per l'arco temporale che li connota, pongono in esponente la (possibile) esigenza di rinegoziare il relativo contenuto, e non già di demolire il rapporto, quale "strumento", la rinegoziazione, tra gli altri, per superare la crisi: e la rinegoziazione si presenta quale massima espressione dello "spirito" cooperativo che innerva il rapporto di durata. Si tratta, dunque, di aver riguardo all'operazione economica nella sua interezza (indipendentemente dall'essere, o non, l'operazione economica categoria concettuale ordinante), non isolando l'attenzione sulla fattispecie in sé, bensì prendendo in esame il complessivo assetto d'interessi divisato dalle parti. Si tratta, per il vero e su un piano generale, di un dato acquisito alla riflessione della dottrina e della giurisprudenza: basti pensare al fenomeno dei contratti collegati o ancora alla sempre più ricorrente tendenza del legislatore europeo a disciplinare "attività" e non "atti" o "fattispecie" (em-

blematica è, tra le altre, la direttiva sulle garanzie finanziarie, n. 47/2002). Ecco, appunto, che l'innesto del contratto nell'attività d'impresa implica la valorizzazione della dimensione diacronica dell'attività anche sul piano dell'atto, vale a dire del contratto, che, d'altronde, è programma o pianificazione di una determinata operazione economica che, se di durata, ha, nel suo nucleo causale, il tempo come fattore determinante.

La sopravvenienza altera la programmazione originaria, ben oltre l'alea normale del contratto, e impone l'adozione di rimedi "manutentivi" più che "demolitori", per rispettare il "disegno" cooperativo. In questa prospettiva, è noto, viene in rilievo la buona fede nell'esecuzione del contratto, ex art. 1375 c.c., giungendosi a ritenere, secondo l'orientamento oggi dominante, che, in presenza di sopravvenienze, vi sia l'obbligo – pur se non stabilito nel regolamento pattizio – di rinegoziare il contenuto, per consentire a quel regolamento di produrre effetti coerenti con l'originaria programmazione, sconvolta dalle sopravvenienze. O, se si vuole, in una prospettiva parzialmente diversa, perché non passa attraverso l'obbligo di rinegoziare, ipotizzandosi – secondo altre impostazioni – il ricorso all'equità ex art. 1374 c.c. (sebbene, per l'appunto, di equità integrativa dovrebbe trattarsi, e non già correttiva). L'esigenza di approntare una tutela conservativa in caso di sopravvenienze appare ancor più opportuna se si ha riguardo al fenomeno del c.d. "terzo contratto", vale a dire alla sostanziale asimmetria, informativa e di potere negoziale, che, nel concreto, assai spesso connota i rapporti contrattuali d'impresa: un'asimmetria emersa all'attenzione legislativa soprattutto con la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, ai sensi dell'art. 9, l. 192/98, ritenuta, oramai pacificamente, "transtipica", a partire da una pronuncia della Suprema Corte, n. 24906 del 2011.

Rispetto a questo contesto generale, la norma dell'art. 10, co. 2, d.l. 118 non introduce affatto nell'ordinamento la disciplina della c.d. "hardship", in quanto non regola una fattispecie generale di ri-negoziabilità dei "long-term contracts", come sarebbe stato se si fosse collocata in "scia" della *soft-law* dell'Unidroit (artt. 6.2.2 e 6.2.3.) o dei c.d. "PECL" (art. 6:111, n. 2, in tema di "Change of circumstances") o, ancora, del DCFR (art. III - 1:110 in tema di "Variation or termination by court on a change of circumstances"). O, ancora, per richiamare norme di diritto positivo (dunque, disposizioni di c.d. "hard-law") di ordinamenti giuridici coi quali siamo soliti confrontarci da sempre nell'età moderna:

il §313 BGB («Se le circostanze divenute fondamento del contratto si sono modificate, con grave incidenza [in misura significativa], dopo la conclusione e le parti non avrebbero concluso il contratto o lo avrebbero concluso con un contenuto diverso, se avessero previsto tali mutamenti, può chiedersi l'adeguamento del contratto, qualora, non possa pretendersi che la parte resti vincolata al contratto immutato, avuto riguardo a tutte le circostanze del caso concreto e, in particolare, alla distribuzione contrattuale o legale del rischio. [...]»), come novellato dalla "Modernisierungsgesetz" del 2002 (ma in un sistema che, da tempo, conosceva la presupposizione o "Voraussetzung", prima, e la c.d. base negoziale o "Geschäftsgrundlage", poi, e, per l'effetto, l'adeguamento del contratto o "Vertragsanpassung");

ancor di più, l'art. 1195 del Code civil (francese) del 2016, perché di totale innovazione rispetto al passato, secondo cui «qualora si verifichi un mutamento imprevedibile delle circostanze avute presenti al tempo della conclusione del contratto, tali da renderne l'esecuzione eccessivamente onerosa per la parte che non aveva assunto il relativo rischio, questa può richiedere la rinegoziazione alla sua controparte. [...] In mancanza di accordo in un termine ragionevole, il giudice può, ad istanza di parte, revisionare [adeguare] il contratto o porvi fine [...]».

Nella stessa direzione, ancor più di recente, è andato il d.d.l. n. 1151, presentato al Senato dal primo Governo Conte (e lì rimasto quiescente), di delega al Governo per la riforma del codice civile: vi si prevedeva, all'art. 1, lett. i), che, in ipotesi di «contratti [recte: prestazioni] divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili», le parti potessero "pretender[n]e la [...] rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali, in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenute dalle parti» medesime.

Spingendosi ancora oltre, si potrebbe addirittura schiudere l'adito ad una riflessione in ordine alla crisi d'impresa quale "causa sufficiente" per la rideterminazione del contenuto del contratto, indipendentemente da sopravvenienze dovute ad eventi straordinari e imprevedibili (la crisi, di là dall'attuale fase pandemica, di regola essendo tutt'altro che il frutto di eventi imprevedibili). La crisi o, meglio, il superamento di essa e la preservazione della continuità aziendale, secondo il solco da ultimo tracciato dalla direttiva "insolvency" (1023/2019), potrebbero ergersi a fondamento della rinegoziazione: e qui si dovrebbe, allora, discutere della tutela del credito, nel sistema della direttiva, e del «miglior soddisfacimento» dei creditori, con ruolo almeno in parte recessivo nella normativa comunitaria, rispetto al nostro ordinamento nazionale; ma il discorso porterebbe assai lontano. All'evidenza, comunque, il legislatore del d.l. 118 non è giunto a tanto; e bene ha fatto, avuto riguardo alla "divisività" del tema della rinegoziazione, in generale, e della sede legislativa dello specifico intervento, emergenziale. Fermo restando – va, però, aggiunto – che la disposizione in parola costituisce la prima "epifania" normativa della rinegoziazione e dell'adeguamento contrattuale (se si eccettua la disciplina in tema di locazione, appreso menzionata); e si tratta di circostanza tutt'altro che secondaria.

In effetti, vi è una sostanziale differenza tra il dibattito generale in tema di *hardship* e l'intervento dello scorso agosto del legislatore dell'emergenza: il dibattito generale aveva riguardo allo stravolgimento del singolo programma negoziale di medio-lungo termine; la crisi, a cui ha riguardo il legislatore del d.l. 118, anche ai fini della rinegoziazione del contenuto del contratto, è crisi di sistema e non del singolo rapporto. Il che pone necessariamente all'attenzione dell'interprete l'esigenza di procedere ad una valutazione particolarmente attenta del possibile "effetto domino" che la rideterminazione del contenuto potrebbe avere non solo sulla controparte, ma anche sui suoi aventi causa.

Anche per questo l'art. 10, co. 2, regola attentamente l'iter che può portare all'intervento giudiziale, e delimita rigorosamente i relativi presupposti, che ruotano, sì, intorno all'eccessiva onerosità sopravvenuta, ma per effetto del Covid. Tale rigorosa delimitazione, infatti, non è solo volta ad «evitare ricorsi indiscriminati al provvedimento d'urgenza di cui all'art. 700 c.p.c.» (con risultati, peraltro, nel concreto altalenanti), come si legge nella Relazione al d.l. 118, bensì, e soprattutto, è volta ad evitare di attribuire al giudice una discrezionalità eccessiva, quale si avrebbe ove gli si chiedesse di basarsi solo su clausole generali, quale quella di buona fede; all'opposto, lo si dota di parametri tali da delineare, con sufficiente puntualità, il "perimetro" del suo intervento di adeguamento.

Proprio in questo ambito, per così dire, "governato", si colloca la più rilevante novità sul punto, vale a dire che, in caso di rinegoziazione non solo tout court mancata (con violazione dell'obbligazione *ex bona fide*), ma fallita (anche, in ipotesi, senza responsabilità), possa intervenire il giudice a ri-determinare il contenuto del contratto (che, indubbiamente – per l'alea sempre insita nel rimettersi al giudizio di un terzo, sebbene "governata", come or ora osservato, da una serie di presupposti espressamente indicati dal legislatore –, ha una valenza indirettamente suasoria verso l'osservanza di un comportamento effettivamente cooperativo nel corso della rinegoziazione stragiudiziale).

E' il caso di rammentare che il tema della c.d. "rinegoziazione pandemica" è stato affrontato da subito, specie dalla dottrina civilistica. Vi sono state svariate proposte, lo scorso anno: basti cennare a quella dell'Associazione dei Civilisti Italiani (che aveva suggerito di introdurre nel c.c. l'art. 1468-bis per imprenditori minori e professionisti iscritti ad albi, che, in conseguenza delle misure di contenimento, avessero subito una contrazione degli ordinari flussi di cassa, prevedendosi l'obbligo della rinegoziazione, ma con esclusivo approdo risarcitorio, in caso di violazione, e una serie di cautele accessorie) oppure a quella dello *European Law Institute* (Principio 13, circa l'obbligo di rinegoziare secondo buona fede, se l'esecuzione della prestazione sia divenuta «eccessivamente difficoltosa [...], incluso il caso in cui il costo di tale prestazione sia aumentato in modo significativo»). Dunque, proposte solo in punto di obbligo di rinegoziazione (mentre il documento del luglio dello scorso anno, del Segretariato Unidroit, relativo

ai Principi Unidroit sui contratti del commercio internazionale e alla crisi sanitaria da Covid, andava, sì, nella direzione della rideterminazione contenutistica, ma perché meramente applicativo della menzionata, e preesistente al Covid, clausola in tema di "hardship"). Senza trascurare lo studio n. 56, del luglio dello scorso anno, dell'Ufficio del Massimario, assai articolato, nel quale – in conclusione – si adombrava, viceversa, un'ipotesi di rideterminazione giudiziale ex art. 2932 c.c., soluzione, tuttavia, per l'appunto solo adombrata, perché, dichiaratamente (aspetto trascurato da taluno in dottrina) pressoché impossibile da riscontrare nel concreto (in quanto è dal regolamento contrattuale che dovrebbero «emergere i termini in cui le parti hanno inteso ripartire il rischio derivante dal contratto», così da fornire al giudice «i criteri atti a ristabilire l'equilibrio negoziale», tanto da farsi parola di «angusto contorno»).

Sul piano legislativo, di là dall'unica norma di "respiro" generale (sulla necessità di valutare «sempre» il rispetto delle misure di contenimento «ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli artt. 1218 e 1223 c.c. [dunque, dell'inadempimento e del conseguente risarcimento], della responsabilità del debitore»: è l'art. 3, co. 6-bis, d.l. 6/2020, regola, peraltro, già rinvenibile nell'ordinamento), la più parte degli interventi legislativi è proceduta in una direzione, per così dire, "verticale", a sostegno di una delle parti (si pensi alle detrazioni d'imposta per i conduttori), e non in una direzione "orizzontale" (operando sul contenuto del rapporto). Fanno eccezione, ma quali normative micro-settoriali, le previsioni di riduzione del canone nella misura presuntiva del 50% per impianti sportivi di proprietà di privati, limitatamente a 5 mensilità, da marzo a luglio 2020, di cui all'art. 216, co. 3, l. 77/2020, di conversione del c.d. "Decreto Rilancio"; più sensibile, perché non settoriale, bensì relativa ad un tipo contrattuale, la previsione dell'art. 6-novies, l. 69/2021, di conversione del c.d. "Decreto Sostegni", con riguardo all'obbligo di rinegoziare il canone di locazione, per un massimo di 5 mesi, nel caso in cui il locatario non abbia già fruito di benefici di carattere economico e finanziario, normativi o pattizi, abbia subito una diminuzione del 50% del fatturato tra il 1° marzo 2020 e il 30 giugno 2021, rispetto al corrispondente periodo 2019-20, e abbia subito la chiusura – obbligatoria, dunque – dell'attività per almeno duecento giorni anche non consecutivi a partire dall'8 marzo 2020. Al riguardo, è significativo segnalare che il d.l. 41/2020 conteneva solo il generico obbligo di rinegoziazione, poi fortemente delimitato in sede di conversione, con l'inserimento degli stringenti presupposti appena indicati.

Venendo più da presso all'art. 10, co. 2, e procedendo con ordine: è l'esperto ad invitare le parti alla rinegoziazione, il che non toglie che l'invito possa provenire anche dall'imprenditore in crisi; tuttavia, l'assunzione dell'iniziativa da parte dell'esperto (a riprova di un ruolo che non si esaurisce nella mera facilitazione delle trattative), siccome – deve ritenersi – muove da una preliminare valutazione della ricorrenza dei relativi presupposti, anche se *prima facie*, è certamente più persuasiva ai fini dell'avvio di una effettiva ri-negoziazione. Qui, fermo quanto osservato in precedenza con riguardo alle trattative in generale coi creditori «interessati» (art. 4, co. 4 e ss., d.l. 118), non appare dubitabile che vi sia l'obbligo di «sedersi al tavolo» della rinegoziazione, chiunque sia ad avervi dato impulso, esperto o imprenditore.

La più significativa novità – come cennato in precedenza – è nell'intervento sostitutivo (nei riguardi dell'autonomia privata) del giudice, che può essere adito dall'imprenditore: in teoria – perché, nella pratica, si tratta di ipotesi di improbabile, se non impossibile, verificarsi – anche senz'aver previamente esperito un tentativo di rinegoziazione nella sede della composizione negoziata, che non sembra porsi, dunque, quale condizione di procedibilità dell'azione.

La continuità aziendale, poi, è l'indefettibile finalità della rideterminazione del contenuto del rapporto (in coerenza con l'intero impianto del d.l. 118): quella ri-determinazione, infatti, dev'essere «indispensabile ad assicurare la continuità aziendale», sì che l'adeguamento del contenuto dovrebbe limitarsi a contratti di valenza strategica o, comunque, di rilevanza centrale nell'esercizio dell'impresa. E, però, non è sufficiente di per sé sola, occorrendo – lo si ripete – che la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa «per effetto della pandemia da Sars-Cov2». La modificazione

giudiziale del contenuto, va aggiunto, è per il solo tempo «strettamente necessario», potendovisi, inoltre, procedere solo dopo aver «tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente»: inciso che non sta ad indicare semplicemente ed esclusivamente l'esigenza del bilanciamento dei contrapposti interessi (connaturata a qualsivoglia intervento equitativo), ma che richiama l'attenzione sia sulle condizioni di mercato sia, soprattutto, sulle possibili conseguenze pregiudizievoli che la rideterminazione in parola potrebbe arrecare alla controparte. Infatti, va ribadito che non si è dinanzi – come nelle oramai tradizionali clausole di "hardship" – ad una crisi del singolo contratto per eventi imprevedibili, bensì ad una crisi di sistema (sì che gli squilibri contrattuali da pandemia sono divenuti – per riprendere le parole di un'autorevole dottrina civilistica – per così dire «vizio» del mercato, nei termini di una crisi generalizzata dell'impresa [...]), a causa delle misure adottate per contrastare l'emergenza sanitaria). Con l'aggravante che l'intervento a sostegno dell'una parte potrebbe generare effetti distruttivi a cascata sull'altra e sulle controparti di quest'ultima (e non è un caso che il legislatore, come si ricordava poc'anzi, abbia preferito, sin qui, intervenire in linea, per così dire, "verticale", in pro di una delle parti, e non già in linea "orizzontale", sul piano dei rapporti *inter partes*).

Ciò posto, la richiamata "cifra" cooperativa rende ragione della modificabilità del contenuto, non solo economico: il ripristino dell'equilibrio, qui necessariamente scosso dalla pandemia (fonte dell'eccessiva onerosità sopravvenuta), non si attua, giocoforza, rideterminando le "condizioni" economiche del rapporto, ma può passare attraverso la ri-determinazione di altri profili regolamentari, quale, ad es., la durata, anche, in ipotesi (forse, estrema), a corrispettivo invariato (di modifica delle «condizioni», senza ulteriori specificazioni, d'altronde, fa parola l'art. 1467, co. 3, c.c.). Di qui la previsione della possibile fissazione giudiziale di un indennizzo, a beneficio della parte non in crisi, se funzionale ad assicurare l'equilibrio tra le prestazioni: ma non nel senso di stabilire la riduzione del corrispettivo a vantaggio dell'uno e l'indennizzo a vantaggio dell'altro, perché, a quel punto, sarebbe più logico disporre una minore riduzione del corrispettivo. D'altronde, e come ovvio, concettualmente "indennizzo" non sta ad indicare "integrale ristoro"; peraltro, com'è stato ben osservato, l'indennizzo non deve, a sua volta, ostacolare il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa e potrà anche essere dilazionato nel tempo, se più confacente a quel ripristino.

Manca, nella norma in esame, il riferimento – che si ha, ad es., nell'art. 6.2.3 dei Principi Unidroit oppure nel richiamato d.d.l. Senato n. 1151 –, rispettivamente, all'adattamento del contratto «al fine di ristabilire l'equilibrio delle prestazioni» e al ripristino «della proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta tra le parti». Tuttavia, non diversamente dall'art. 1467 c.c., la rideterminazione equitativa del contenuto (non esclusivamente economico) muove dall'eccessiva onerosità sopravvenuta di una delle prestazioni; sì che la finalità non può che essere il recupero di quella "proporzione", ma in una direzione non squisitamente matematica (d'altronde, anche il legislatore francese è mutò sul punto, facendo solo parola del potere del giudice di «réviser le contrat»). In tempi oramai lontani (era l'inizio degli anni '60) un autorevolissimo studioso francese, Carbonnier, aveva scritto che, in mancanza di accordo, «il giudice non deve procedere ad un riequilibrio matematico del contratto, ma ad un regolamento equitativo, [aggiungeva] 'transactionnel', nel quale i due interessati saranno chiamati a contribuire alle perdite». E, dunque, se si vuol ragionare di "proporzione originaria", lo si può pure fare, purché sia chiaro che non si tratta di ripristinare il rapporto economico tra le prestazioni, tra l'altro perché la revisione contrattuale potrebbe tradursi nella revisione di profili non immediatamente economico-patrimoniali, quale la durata del rapporto (si ha conferma di quanto precede, e del parametro per l'adeguamento, nelle attente considerazioni svolte dall'Ufficio del Massimario nel richiamato studio n. 56 del 2020, in cui, se, da un canto, il riferimento è alla «preservazione dell'originario equilibrio», dall'altro, opportunamente si sottolinea che «plurime sono le modalità di adeguamento del rapporto», esemplificandosi in punto di modifica delle modalità attuative della prestazione). E', comunque, condivisibile la scelta del legislatore del d.l. 118 di non aver ingenerato fraintendimenti, omettendo *tout court* il riferimento alla pro-

porzione originaria tra le prestazioni.

Molto rilevante, infine, è – per il giudice – poter conoscere il comportamento delle parti nel corso del tentativo di rinegoziazione, anche al fine di consentirgli, se del caso, di condannare al risarcimento dei danni. Quand'anche, infatti, il giudice disponesse l'adeguamento del contratto, vi sarebbe spazio per una statuizione risarcitoria, là dove, nella fase della composizione negoziata, si fosse agito in spregio alla buona fede, non osservando una condotta effettivamente cooperativa. In questa direzione, le preoccupazioni – pur comprensibili – in ordine all'obbligo di riservatezza, nella specie dell'esperto, con riguardo al contenuto di quel tentativo, "naufragato", di rinegoziazione, dovrebbero, forse, cedere il passo dinanzi alla necessità di "disclosure" nei riguardi del giudice. Salvo a ritenere che l'esperto, nel parere che è richiesto di rendere al Tribunale, debba limitarsi a tratteggiare in modo (apparentemente) asettico il "ventaglio" delle possibilità di adeguamento (apparentemente, perché sfronderà il suo parere da ogni riferimento al concreto svolgersi della negoziazione, esprimendo un'opinione con riguardo a ciò che ha concretamente sperimentato); sarà, però, l'imprenditore a dedurre le condotte inadempienti altrui e a chiedere che il giudice assuma dall'esperto «le informazioni necessarie», come indica il comma 2 dell'art. 10, d.l. 118. In ogni caso, nel parere, l'esperto dovrà rappresentare che l'intervento modificativo è «misura indispensabile» ad assicurare la continuità aziendale e indicare il «periodo strettamente necessario» a tal fine.

Le misure transitorie “anti-Covid 19”

di Marco Spadaro, Avvocato in Siracusa

Lo scritto offre un'analisi approfondita delle regole transitorie che assicureranno l'innesto nel sistema degli istituti di nuovo conio.

Sommario:

1. Premessa
2. L'improcedibilità dei ricorsi volti alla risoluzione del concordato preventivo ed alla dichiarazione di fallimento del debitore
3. L'estensione dei termini per il deposito della proposta e del piano nel concordato in bianco e del periodo di operatività del cd. piano attestato rafforzato

1. Premessa

Il D.L. 118/2021 ha introdotto nuove misure, straordinarie e transitorie, volte a contenere gli effetti della pandemia sui concordati preventivi pendenti e, allo stesso tempo, ha esteso la operatività di una precedente disposizione, della stessa natura e avente lo stesso fine, emessa nel cd. periodo emergenziale.

In particolare, l'art. 21 ha modificato l'art. 9, comma 5-*bis*, del Decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (cd. Decreto Liquidità), convertito, con modificazioni, dalla Legge 5 giugno 2020, n. 40, estendendo al 31 dicembre 2022 il periodo entro il quale è consentito all'imprenditore in crisi di uscire dalla fase introdotta con il ricorso ai sensi dell'articolo 161, comma 6, l.fall. ricorrendo al piano attestato di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d), l.fall.

L'art. 22 ha stabilito che sino al permanere dello stato di emergenza collegato alla pandemia da Covid-19, il termine di cui all'articolo 161, comma 6, l.fall. è compreso fra sessanta e centoventi giorni anche quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento ed è prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

L'art. 23 ha sancito l'improcedibilità, fino 31 dicembre 2021, dei ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo e dei ricorsi per la dichiarazione di fallimento proposti nei confronti di imprenditori che hanno presentato domanda di concordato preventivo con continuità aziendale ai sensi dell'articolo 186-*bis* l.fall., omologato in data successiva al 1° gennaio 2019.

Tutte le suddette disposizioni sono entrate in vigore il 25/08/2021, data di pubblicazione del D.L. 118/2021 nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana.

2. L'improcedibilità dei ricorsi volti alla risoluzione del concordato preventivo ed alla dichiarazione di fallimento del debitore

L'art. 23 del D.L. 118/2021 stabilisce, al comma 1, che sono improcedibili fino al 31 dicembre 2021 i ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo e i ricorsi per la dichiarazione di fallimento proposti nei confronti di imprenditori che hanno presentato domanda di concordato ai sensi dell'articolo 186-*bis* l.fall., omologato in data successiva al 1° gennaio 2019.

La norma rientra tra le misure cd. emergenziali che, a far data dall'anno 2020, sono state emanate per contrastare gli effetti dell'emergenza epidemiologica da Covid-19¹ ed ha lo scopo di contenere l'impatto della pandemia² sui concordati omologati dopo il 1° gennaio 2019 rispetto ai quali

è ragionevole presumere una certa difficoltà, per gli imprenditori, di mantenere gli impegni assunti con la proposta, secondo il piano omologato³.

La nuova disposizione si accompagna all'art.9, comma 1, del citato Decreto Liquidità, che stabilisce che i termini di adempimento dei concordati preventivi (nonché degli accordi di ristrutturazione, degli accordi di composizione della crisi e dei piani del consumatore omologati), aventi scadenza in data successiva al 23 febbraio 2020, siano prorogati di sei mesi. Invero tale proroga, per come evidenziato dallo stesso Legislatore dell'emergenza, dovrebbe avere già “evidenti riflessi anche sul meccanismo di risoluzione dei concordati ex art. 186 l.fall.”⁴. Come è stato opportunamente osservato, infatti, il differimento dei termini di adempimento dovrebbe trascinare con sé anche quello di emersione dell'eventuale inadempimento e, quindi, del diritto a chiedere la risoluzione del concordato⁵. Ma è noto quell'orientamento, assai consolidato, che ammette la possibilità di dichiarare risolto il concordato preventivo anche quando i termini finali di adempimento non siano ancora scaduti ma sia, comunque, emersa l'incapacità del debitore di soddisfare i creditori nella misura proposta ed omologata⁶. In caso di concordato con continuità aziendale, in particolare, è stato affermato che la risoluzione per inadempimento può avvenire anticipatamente quando l'analisi dei risultati della gestione economica della società non offra previsioni certe e ravvicinate di profitti da destinare all'adempimento delle obbligazioni concordatarie⁷, sia evidente la mancata realizzazione degli obiettivi del piano e sia probabile, in base ad una ragionevole previsione, rimessa al prudente apprezzamento del giudice, che la proposta non possa più essere adempiuta⁸. L'art. 23 del D.L. 118/2021 tende, dunque, a neutralizzare temporaneamente iniziative di tal sorta, sul condivisibile presupposto che la gestione economica – finanziaria dell'impresa in continuità aziendale possa essere negativamente condizionata dalla pandemia e che, cessati o diminuiti gli effetti della stessa, il piano possa ritenersi

preventivi omologati. Una possibile soluzione, in www.giustiziacivile.com; Guiotto, *Il ruolo del commissario giudiziale nei concordati preventivi influenzati dalla pandemia da Covid-19*, in *Fall.*, 2020, 1025 e ss.; G. Corno - L. Panzani, *I prevedibili effetti del Coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it.

3. Cfr. Relazione illustrativa al Decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118.

4. Cfr. Relazione illustrativa al Decreto-legge 08 aprile 2020, n. 23.

5. Così testualmente G. Nardecchia, *La risoluzione*, in *Fall.*, 2020, 1339.

6. V. Cass. civ. Sez. VI-1, 29 maggio 2019, n. 14601, in *Fall.*, 2019, 1124; Cass. civ. Sez. I, 20 giugno 2011, n. 13446, in *Fall.*, 2012, 355; Cass. civ. Sez. I, 31 marzo 2010, n. 7942, in *Fall.*, 2010, 1333; Cass. civ. Sez. I, 21 gennaio 1993, n. 709, in *Dir. fall.*, 1993, II, 920.

Anche la dottrina sembra convenire sulla possibilità di richiedere la risoluzione del concordato prima della scadenza del termine previsto per il pagamento dei creditori, durante la fase di esecuzione dello stesso (v. M. Arato, *Il concordato preventivo, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, (diretto da) O. Cagnano e L. Panzani, Milano-Fiorini Assago, 2016, III, 3784). Di inadempimento, infatti, si può parlare anche in chiave prospettica, nel senso che l'evento che impedisce di ritenere eseguibile il concordato può non essere attuale ma certo nel tempo (Così M. Fabiani, *Il concordato preventivo*, in *Commentario del codice civile*, (a cura di) A. Scialoja - G. Branca - F. Galgano, Bologna, 2014, 766).

7. V. Trib. Prato, 12 novembre 2018, in *Pluris*.

8. Così testualmente G. Nardecchia, *La prededuzione e la lesione della par condicio creditorum*, in *Fall.*, 2018, 424.

1. Per una puntuale ricostruzione delle misure urgenti dettate in materia di società ed enti nonché di giustizia civile, penale, amministrativa e contabile adottate dal Governo per contrastare l'emergenza epidemiologica da Covid-19, v. CNDCEC, *Le disposizioni in materia di società, enti e giustizia*, 2020, IV agg., in www.commercialisti.it. Per uno specifico approfondimento delle disposizioni emergenziali dettate per i procedimenti di concordato preventivo, v. G. Nardecchia, *La legislazione emergenziale: il concordato preventivo*, in *Fall.*, 2020, 885 e ss.

2. Sugli effetti della pandemia rispetto ai concordati preventivi in corso di esecuzione, v. A. Vivaldi, *La continuità aziendale al tempo dell'emergenza: un'illusione o una sfida?*, in *Fall.*, 2020, 1215 e ss.; R. Baratta, *Gli effetti della pandemia sui concordati*

ancora in "ragionevole corso di attuazione"⁹.

Per effetto dell'applicazione delle citate due norme emergenziali, dunque, i termini di adempimento di tutti i concordati preventivi già omologati, aventi scadenza in data successiva al 23 febbraio 2020, sono prorogati di sei mesi. Per i soli concordati con continuità aziendale omologati dopo il 1° gennaio 2019 non può essere dichiarata la risoluzione per inadempimento e non può essere dichiarato il fallimento del debitore fino al 31 dicembre 2021.

Stando alla dichiarata *ratio* della disposizione, l'improcedibilità di cui all'art. 23 dovrebbe riguardare i concordati in corso di esecuzione, anche per effetto della proroga dei termini di adempimento disposta dall'art. 9, comma 1, del Decreto Liquidità. Essa non dovrebbe riguardare, invece, i concordati i cui termini di adempimento siano già definitivamente scaduti alla data di entrata in vigore della norma (25/08/2021) e, dunque, ormai inadempiti a quella data. Ove la norma dovesse ritenersi applicabile anche a questi concordati, allora dovrebbe ritenersi prorogato (per un periodo di tempo pari a quello per cui è stabilita l'improcedibilità) il termine di decadenza annuale stabilito dall'art. 186, comma 3, l.fall., per agire per la risoluzione, pena una irragionevole riduzione di quest'ultimo in pregiudizio ai creditori¹⁰.

L'ambito di operatività dell'art. 23 del D.L. 118/2021 è limitato ai concordati preventivi con continuità aziendale, omologati ai sensi dell'articolo 186-bis l.fall. E ciò tanto nel caso di continuità aziendale diretta da parte del debitore, quanto in ipotesi di continuità cd. indiretta, attuata cioè mediante la cessione dell'azienda a terzi, unica essendo la disciplina¹¹. La norma dovrebbe applicarsi anche ai concordati aventi natura mista cioè con piano che preveda sia la continuità aziendale che la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa. Sulla disciplina applicabile a tali concordati¹², di recente, è intervenuta la Corte di Cassazione, la quale ha chiarito

9. V. Cass. civ. Sez. VI-1, 11 dicembre 2017, n. 29632, in *Fall.*, 2018, 731.

10. Nella vigenza dell'art. 10, comma 3, del Decreto Liquidità, che sanciva l'improcedibilità delle istanze di fallimento depositate nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020, e con specifico riferimento alla decorrenza del termine annuale fissato dall'art. 10 l.fall., è stato sostenuto che quest'ultimo termine subiva una sorta di sospensione *ex lege* per tutto il periodo della improcedibilità, (v. F. De Santis, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, in *Fall.*, 2020, 614-615; Negli stessi termini, S. Ambrosini, *L'improcedibilità delle istanze di fallimento: ratio legis, tassatività della deroga e corollari applicativi*, in *www.ilcaso.it*. V. anche App. Napoli, 09 marzo 2021, in *Fall.*, 2021, 868.

11. V. Cass. civ., Sez. I, 19 novembre 2018, n. 29742, in *Pluris*.

12. Secondo l'orientamento prevalente dei giudici di merito, la disciplina applicabile al concordato preventivo il cui piano, oltre alla continuità aziendale, preveda altre azioni volte al soddisfacimento dei creditori va individuata mediante una comparazione quantitativa fra le fonti dell'attivo (v. Appello Firenze, 23 dicembre 2019, n.3101, in *Fall.*, 2020, 572; Trib. Arezzo, 13 luglio 2018, in *Fall.*, 2018, 1358; Trib. Firenze 2 novembre 2016, in *Fall.*, 2017, 118; Trib. Monza, 26 luglio 2016, in *Fall.*, 2016, 1385; Trib. Pistoia 20 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*). Nell'ambito di questo orientamento vi è chi afferma che al fine di stabilire quale sia la disciplina applicabile ad un concordato preventivo avente natura "mista", cioè che preveda sia la continuità aziendale che la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa, deve tenersi conto anche di quanto previsto dall'art. 84, comma 3, D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, recante il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza; può, dunque, qualificarsi con continuità aziendale e ritenersi regolato dall'art. 186-bis l. fall. il piano di concordato preventivo che preveda la soddisfazione dei creditori in misura prevalente con il ricavato prodotto dalla continuità aziendale, ivi compresa la cessione del magazzino, e detta prevalenza deve ritenersi sempre sussistente quando i ricavi attesi dalla continuità per i primi due anni di attuazione del piano derivino da un'attività d'impresa alla quale siano addetti almeno la metà della media dei dipendenti in forza nei due esercizi antecedenti il momento del deposito del ricorso (v. Trib. Milano, 13 febbraio 2020, in questa *Fall.*, 2020, 713; Trib. Milano, 28 novembre 2019, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. Arezzo, 13 luglio 2018, in *Fall.*, 2018, 1358). Secondo un diverso orientamento dei giudici di merito, nell'ipotesi di concordato preventivo avente natura mista, invece, il rapporto tra le due componenti attive compresenti nel piano - liquidatoria e continuativa dell'attività aziendale - sarebbe stato già valutato e risolto dal legislatore, non tanto in termini di prevalenza quantitativa dell'una o dell'altra componente bensì di una loro coesenziale funzionalizzazione al superamento della crisi secondo il regime unico e imperativo configurato dall'art. 186-bis l.fall. (così Trib. Massa, 29 settembre 2016, in questa *Fall.*, 2016, 429). Tra i sostenitori della anzidetta teoria, cd. della "coesistenza" o della

che il concordato preventivo in cui sia prevista una qualsiasi consistenza di prosecuzione dell'attività aziendale è regolato nella sua interezza, salvi i casi di abuso, dalla disciplina speciale prevista dall'art. 186-bis l.fall.¹³.

Il meccanismo processuale prescelto dal legislatore per inibire temporaneamente le azioni di risoluzione dei concordati e i ricorsi per la dichiarazione di fallimento è quello della improcedibilità. Al riguardo la nuova norma evoca l'art. 10, comma 1, del Decreto Liquidità, che sanciva l'improcedibilità delle istanze di fallimento depositate nel periodo dal 9 marzo al 30 giugno 2020. Si ripropongono, dunque, i medesimi dubbi già germinati da tale disposizione circa le concrete modalità operative del meccanismo inibitorio, potendosi predicare tanto la immediata dichiarazione formale di improcedibilità¹⁴ quanto il mero rinvio della trattazione a data successiva al 31 dicembre 2021, anche previa sospensione cd. atipica del relativo procedimento. La prima soluzione dovrebbe essere quella più aderente al dato letterale della norma, anche se non può sottacersi che ragioni di economia processuale potrebbero giustificare il ricorso alla seconda soluzione¹⁵.

L'improcedibilità dovrebbe riguardare tutti i procedimenti aventi ad oggetto la risoluzione di concordato o la dichiarazione di fallimento relativi a concordati omologati nell'anno 2019, a prescindere dalla data del deposito del relativo ricorso introduttivo. Essa dovrebbe, dunque, riguardare tanto i procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore dell'art. 23 del D.L. 118/2021, tanto quelli introdotti in data successiva. Diversamente dall'art. 10, comma 3, del Decreto Liquidità, che sanciva l'improcedibilità dei ricorsi depositati nel periodo di tempo considerato dalla norma, infatti, il citato art. 23 non fa alcun riferimento alla data di deposito del ricorso introduttivo dell'azione inibita e fa generico riferimento ai procedimenti relativi a concordati omologati nell'anno 2019.

L'improcedibilità, come è noto, è rilevabile d'ufficio, e - dunque - può essere dichiarata senza necessità di alcuna domanda o eccezione delle parti. Secondo una parte della dottrina, essa potrebbe essere dichiarata anche senza convocare le parti¹⁶.

"combinazione" vi è anche chi ritiene che la componente liquidatoria del piano debba seguire le relative regole e quella in continuità rimanga sempre assoggettata alle disposizioni speciali di cui all'art. 186-bis l.fall. (v. Trib. Ravenna, 28 aprile 2015, in *Fall.*, 2016, 77; Trib. Forlì, 24 dicembre 2014, in *www.ilcaso.it*). Il dibattito giurisprudenziale riflette quello della dottrina, ove si registra il pensiero di chi condivide il criterio della prevalenza economica (v. M. Arato, *Il concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, cit., 3544 - 3545; M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in *Fall.*, 2016, 577) e l'opinione di chi, invece, ritiene che l'applicazione delle norme connesse alla continuità aziendale debba avvenire ogni qualvolta si verifichi la fattispecie, anche se in modo parziale (v. L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in *Fall.*, 2013, 1230).

13. v. Cass. civ., Sez. I, 15 gennaio 2020, n. 734, in *Fall.*, 2020, 477 secondo cui "Il testo normativo attuale non consente di ipotizzare un novero di possibili forme di concordato (liquidatorio, in continuità, misto con prevalenza dell'una o dell'altra componente) ma individua, più semplicemente, un istituto di carattere generale, regolato dalla L. Fall., artt. 160 e ss., e una ipotesi speciale rispetto ad esso, prevista dalla L. Fall., art. 186-bis" e "La compresenza in piano di attività liquidatorie che si accompagnano alla prosecuzione dell'attività aziendale è dunque espressamente contemplata dal legislatore, all'interno della norma, speciale e derogatoria dei criteri generali, di cui alla L. Fall., art. 186-bis. Il che non lascia spazio a equivoci di sorta in merito al fatto che tale normativa governi la fattispecie (vale a dire che il concordato tradizionalmente definito come misto sia, nelle intenzioni del legislatore, un concordato in continuità che prevede la dismissione di beni)".

14. Con riferimento all'analogo meccanismo previsto dall'art. 10, comma 1, del Decreto Liquidità, così predicava una parte della dottrina v. G. Macagno, *La legislazione d'emergenza e i processi fallimentari*, in *Fall.*, 2020, 703; S. Ambrosini, *L'improcedibilità delle istanze di fallimento: ratio legis, tassatività della deroga e corollari applicativi*, in *www.ilcaso.it*; seppur in termini dubitativi F. De Santis, *La giustizia concorsuale ai tempi della pandemia*, cit., 613. In giurisprudenza v. Trib. Novara, decreto presidenziale n. 21/2020, 14 aprile 2020, in *www.tribunale.novara.giustizia.it*; Trib. Firenze, indicazioni operative, 30 aprile 2020, in *www.osservatorio-oci.org*.

15. Così auspicava, nel vigore dell'analogo art. 10, comma 1, del Decreto Liquidità, G. Limitone, *Breve commento all'art. 11 decreto liquidità*, in *www.ilcaso.it*.

16. V. S. Ambrosini, *L'improcedibilità delle istanze di fallimento: ratio legis, tassatività della deroga e corollari applicativi*, cit.

L'art. 23 del D.L. 118/2021 sancisce l'improcedibilità anche dei soli ricorsi per la dichiarazione di fallimento proposti nei confronti di imprenditori che hanno presentato domanda di concordato con continuità aziendale omologato nell'anno 2019. La previsione normativa è dichiaratamente¹⁷ volta ad evitare che, nonostante l'improcedibilità dei ricorsi per la risoluzione del concordato, possa essere ugualmente dichiarato il fallimento, in virtù di quell'orientamento giurisprudenziale che ritiene ammissibile l'iniziativa fallimentare a prescindere dell'intervenuta risoluzione del concordato¹⁸. La questione è, tuttavia, controversa¹⁹ e, di recente, è stata ritenuta meritevole di rimessione alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione²⁰. La norma tende a regolare tali fattispecie proprio in attesa della decisione delle Sezioni Unite²¹.

L'improcedibilità riguarda senza dubbio i procedimenti di risoluzione e di dichiarazione di fallimento incoati su iniziativa dei creditori e quelli volti alla dichiarazione di fallimento avviati su iniziativa del pubblico ministero. Potrebbe dubitarsi della operatività della norma nel caso di iniziativa fallimentare incoata dal debitore²². Il ricorso per auto fallimento potrebbe, infatti, in questi casi, costituire pacifica ammissione che il concordato non può più essere adempiuto e, stando alla dichiarata *ratio* della norma, non vi dovrebbero essere motivi ostativi alla dichiarazione di fallimento.

3. L'estensione dei termini per il deposito della proposta e del piano nel concordato in bianco e del periodo di operatività del cd. piano attestato rafforzato

L'art. 22 ha stabilito che sino al permanere dello stato di emergenza collegato alla pandemia da Covid-19, il termine di cui all'articolo 161, comma

6, l.fall. sia compreso fra sessanta e centoventi giorni anche quando pende il procedimento per la dichiarazione di fallimento e sia prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

La norma ha lo scopo di favorire il confezionamento delle proposte di concordato e dei relativi piani, assicurando un termine maggiore al debitore anche quando pende istanza di fallimento nei suoi confronti, in considerazioni delle note difficoltà di predisporre tali documenti in una situazione di incertezza qual è quella attuale.

La disposizione, avente natura processuale, dovrebbe trovare applicazione per tutti i procedimenti avviati con ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall. nei quali, alla data di entrata in vigore del D.L. 118/2021, non sia stato ancora concesso dal tribunale il termine per il deposito del proposta e del piano.

Come si è detto, l'art. 21 ha - invece - esteso al 31 dicembre 2022 il periodo entro il quale è consentito all'imprenditore in crisi di uscire dalla fase introdotta con il ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall., ricorrendo al piano attestato di cui all'articolo 67, comma 3, lettera d), l.fall. La disposizione normativa è quella già introdotta dall'art. 9, comma 5-*bis*, Decreto Liquidità, rispetto alla quale non ci sono novità e valgono, dunque, le considerazioni che la dottrina ha già avuto modo di formulare²³.

17. Cfr. Relazione illustrativa al Decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118.

18. Secondo l'orientamento prevalente, in assenza di un esplicito divieto di legge, è ammissibile la dichiarazione di fallimento del debitore, senza la preventiva risoluzione del concordato preventivo, quando, nella fase esecutiva di quest'ultimo, si manifesti l'incapacità di pagare i debiti anteriori al concordato ovvero insorga una nuova insolvenza per incapacità di pagare i debiti contratti dopo l'apertura della procedura e l'omologa dello stesso concordato (cfr. App. Messina, 20 febbraio 2020 e Trib. Bergamo, 24 giugno 2020, entrambe in *Pluris*; Trib. Perugia, 07 febbraio 2019, in *Fall.*, 2019, 395; Trib. Rovigo, 07 dicembre 2017, n. 86 in *Fall.*, 2018, 253; Trib. Treviso, 10 gennaio 2017, in *www.unijuris.it*; Trib. Napoli Nord 13 aprile 2016 in *Dir. Fall.*, 2016, 5, 1338; Trib. Nola, 17 marzo 2016 in *Fall.*, 2017, 973; In dottrina, negli stessi termini, G. D'Attore, *Concordato omologato e fallimento successivo*, in *Dir. Fall.*, 2016, 1349 e ss.; G. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 264; RAGO, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 1098). Tale procedimento di risoluzione andrebbe attivato, previamente o concorrentemente, solo se il creditore istante intendesse far valere non il credito nella misura ristrutturata (e dunque falcidiata) ma in quella originaria (v. Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2017, n. 17703, in *Pluris*).

19. Secondo un opposto indirizzo (v. App. Firenze, 16 maggio 2019, in *Pluris*; Trib. Padova, 30 marzo 2017 in *Fall.*, 2017, 862; Trib. Pistoia 20 dicembre 2017, in *www.ilcaso.it*) deve escludersi la possibilità di dichiarare il fallimento senza la preventiva risoluzione del concordato. L'effetto esdebitatorio conseguente all'omologazione del concordato farebbe, infatti, venir meno lo stato di crisi o d'insolvenza che ne era il presupposto e, per poter addivenire ad una dichiarazione di fallimento, non è, quindi, sufficiente l'inadempimento del concordato ma occorre necessariamente la sua risoluzione, che detta insolvenza fa rivivere (sul tema v. M. Ratti e A. Pezzano, *L'irrealizzabile esecuzione del concordato preventivo: il fallimento senza risoluzione*, in *Fall.*, 2018, 731 ss.; S. Ambrosini, *La risoluzione del concordato preventivo e la (successiva?) dichiarazione di fallimento: profili di ricostruzione del sistema*, in *www.ilcaso.it*; F. Lamanna, *Fallimento dell'impresa in concordato senza previa risoluzione: un problema ancora aperto*, in *www.ilfallimentarista.it*).

20. V. Cass. civ., Sez. I, 31 marzo 2021, n. 8919, in *Pluris*.

21. Cfr. Relazione illustrativa al Decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118.

22. In giurisprudenza si ritiene ammissibile l'istanza di auto fallimento del debitore che abbia ottenuto l'omologazione del concordato rimasto poi inadempito, a prescindere dalla sua risoluzione v. Trib. Modena 1° agosto 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Treviso 10 gennaio 2017, in *www.fallimenti&società.it*; Trib. Napoli Nord 13 aprile 2016, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1338. Ma vi è e anche chi ne dubita, perché lo stesso debitore che "potrebbe surrettiziamente optare per l'autodichiarazione di fallimento, approfittando delle indissolubili falcidie concordatarie per poi rimuovere l'insolvenza con un concordato fallimentare" v. M. Ratti e A. Pezzano, *L'irrealizzabile esecuzione del concordato preventivo: il fallimento senza risoluzione*, cit., 748.

23. v. M. Fabiani, *Il piano attestato di risanamento "protetto"*, in *Fall.*, 2020, 877 e ss.; N. Abriani e P. Rinaldi, *Emergenza sanitaria e tutela proporzionata delle imprese: oltre la domanda "tricolore"*, in *www.ilcaso.it*; S. Ambrosini, *La rinuncia al concordato preventivo dopo la legge (n. 40/2020) di conversione del "Decreto liquidità": nascita di un "ircocervo"*, in *www.ilcaso.it*; M. Irrera, *Le novità in tema di procedure concorsuali nella conversione in legge del decreto liquidità (ovvero di quando i rimedi sono peggiori del male inefficaci)*, in *www.ilcaso.it*.

Le imprese sottosoglia nel decreto-legge n. 118/2021: nuove opportunità

di Lucia De Bernardin, Giudice nel Tribunale di Catania

Il contributo si concentra sull'analisi delle disposizioni riservate alle imprese sottosoglia dal dl 118/2021 sottolineandone le potenzialità rispetto agli strumenti di soluzione della crisi sinora a disposizione degli imprenditori non fallibili.

Sommario:

1. Introduzione
2. Ambito di applicazione e problemi di coordinamento dell'art. 17 del d.l. 118/2021
3. Nuovi strumenti a disposizione degli imprenditori non fallibili
4. Il favor legislativo per gli imprenditori non fallibili

1. Introduzione

Risale ormai a circa un decennio fa l'inizio della stagione degli interventi legislativi volti ad offrire agli operatori economici non assoggettabili alla legge fallimentare procedure concorsuali (imprenditori cd. sottosoglia di cui all'art. 1 l.f., imprenditori agricoli, *start up*) strumenti per favorire l'uscita dal sovraindebitamento¹; stagione sospinta da riflessioni - anche di matrice europea - incentrate sulla crescente consapevolezza dell'importanza della reimmersione nel circuito economico anche di quei soggetti che - non potendo beneficiare dell'effetto esdebitatorio delle procedure concorsuali: da un lato, contribuivano ad accrescere l'economia sommersa; dall'altro, correvano maggiore rischio di alimentare circuiti della criminalità.

Senza alcuna pretesa di completezza, le presenti brevi note intendo offrire uno spunto di riflessione sugli strumenti a disposizione di tali soggetti a seguito dell'ultimo intervento del legislatore dell'emergenza², non senza sottolineare che la disciplina della composizione negoziata e del concordato liquidatorio -principali novità del d.l. 118/2021- è costruita avendo riguardo alle imprese fallibili, mentre la trama delle disposizioni applicabili alle imprese sottosoglia -così peraltro espressamente denominate per la prima volta dal legislatore, mutuando il lessico in uso fra gli operatori del diritto- viene realizzata tramite il rinvio alle disposizioni dettate per tali imprese maggiori³.

Deliberatamente tralasciando, quindi, l'analisi del quadro normativo d'insieme e l'esame delle novità dirompenti che riguardano indistintamente tutti i tipi d'impresa, ci si concentrerà sulle peculiarità delle disposizioni che il legislatore ha voluto ad esclusivo beneficio delle imprese sottosoglia, non senza tentare una riflessione più ampia su come le nuove disposizioni si inquadrino nel contesto normativo applicabile alle imprese non fallibili.

2. Ambito di applicazione e problemi di coordinamento dell'art. 17 del d.l. 118/2021

La prima delle notazioni che appare interessante effettuare è quella per cui la disciplina dell'art. 17 d.l. 118/2021 non si applica indistintamente a

tutte le imprese non fallibili, bensì - in realtà - a tutte quelle che posseggono congiuntamente i requisiti di cui all'art.1 l.f., svolgano queste attività commerciale o attività agricola.

Ne discende un non perfetto allineamento dell'ambito di applicazione della legge 3/2012 e della disciplina dell'art. 17 d.l. 118/2021 posto che - come confermato dall'art. 2 co.1 di detto decreto legge - l'imprenditore agricolo "soprasoglia" non soggiace alla disciplina dell'art. 17 d.l. 118/2021, bensì a quella generale di cui agli artt. 2 e ss. d.l. 118/2021, ivi compreso -a rigore- l'eventuale epilogo della composizione negoziata, con l'accesso a tutta una serie di procedure disciplinate dalla legge fallimentare che - notoriamente - non si applica alle imprese agricole⁴.

Non rinvenendosi alcuna considerazione sul punto né nella relazione illustrativa al decreto legge, né nelle relazioni delle commissioni di Senato e Camera in sede di conversione non sembra potersi affermare che il legislatore abbia voluto -per questa via indiretta- improvvisamente consentire alle imprese agricole - pur se soprasoglia - di essere sottoposte alla disciplina della legge fallimentare, così derogando a uno dei più risalenti insegnamenti del nostro sistema dell'insolvenza secondo cui è il solo imprenditore commerciale a poter fallire.

Sembra maggiormente ragionevole ritenere - in linea con quello che era il deliberato proposito del legislatore dell'emergenza di offrire un percorso agevolato per il superamento della crisi e non anche quello incidere sull'ambito di applicazione delle diverse discipline dell'insolvenza - che, semplicemente, l'impresa agricola sottosoglia seguirà nel percorso di composizione negoziata le medesime regole dell'imprenditore commerciale "soprasoglia", salvo poi applicare la disposizione dell'art. 17 co.4 in luogo di quella dell'art. 11 quanto alla disciplina dell'epilogo della composizione, accedendo quindi -eventualmente- non alla disciplina della legge fallimentare, bensì a quella della legge 3/2012.

Le riflessioni che precedono sono lo spunto per una considerazione di carattere più generale, quella per cui la scelta del legislatore di dettare la legislazione applicabile alle imprese sottosoglia tramite il rinvio: "*nei limiti della compatibilità*" alle disposizioni dettate per le imprese maggiori ha creato alcuni disallineamenti e mancati raccordi sia interni allo stesso decreto, che esterni, segnatamente con la disciplina della legge 03/2012.

Oltre a quanto già rassegnato in ordine all'esito della composizione negoziata per le imprese agricole, possono segnalarsi: la mancata indicazione delle procedure della legge 03/2012 fra quelle in cui si verifica la stabilizzazione degli effetti degli atti autorizzati dal Tribunale⁵, nonché

1. Ci si riferisce alla Legge 27 gennaio 2012, n.3 *Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento* (GU n.24 del 30-01-2012), come modificata dal Decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179 (GU n.245 del 19-10-2012 - Suppl. Ordinario n. 194) ed in seguito dalla Legge 18 dicembre 2020, n. 176 (GU n. 319 del 24 dicembre 2020), sino alle disposizioni in materia di sovraindebitamento del codice della crisi.

2. Decreto legge 24 agosto 2021, n. 118 *Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia* (GU Serie Generale n.202 del 24-08-2021).

3. Art. 17 co.7 d.l. 118/2021, ai cui sensi: "*Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 3 co.3 e 4, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15 e 16*".

4. Art. 11 co.2 d.l. 118/2021, ai cui sensi: "*L'imprenditore può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182-bis, 182-septies e 182-novies del regio decreto n. 267 del 1942. La percentuale di cui all'articolo 182-septies, secondo comma, lettera c), è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto.*"

5. Art. 12 co.1 d.l. 118/2021, ai cui sensi: "*Gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato,*

l'assenza di qualsivoglia riferimento agli epiloghi della composizione negoziata per le imprese sottosoglia nella disciplina delle misure premiali⁶.

Delle due possibili opzioni ermeneutiche, piuttosto che quella che legga il rinvio: "nei limiti della compatibilità" operato dall'art.17 co.4 come deliberata e consapevole volontà di precludere una serie di opportunità o di benefici alle imprese minori, appare preferibile quella che -innanzi ad aporie e in difetto di chiari elementi di segno contrario- sembrerebbe maggiormente aderente allo spirito della legislazione di favore voluta per tutti gli imprenditori, ossia un'interpretazione che tenda ad uniformare le discipline per imprenditore maggiore ed imprenditore minore, tramite una lettura: "ortopedica" delle disposizioni pensate per il primo alla luce delle peculiarità della normativa riservata al secondo, tanto dal d.l.118/2021 quanto dalla legge 03/2012.

3. Nuovi strumenti a disposizione degli imprenditori non fallibili

Passando ad una riflessione sul merito delle disposizioni del d.l.118/2021, non può non notarsi come queste abbiano tracciato nuove vie d'uscita dalla crisi a beneficio l'imprenditore minore ancor più dirompenti rispetto a quelle offerte all'imprenditore maggiore.

Questa considerazione poggia, in primo luogo, sulla constatazione che il percorso di accesso alla composizione negoziata è più semplice per l'imprenditore minore, posto che questi -con giusta valorizzazione della ragionevole dimensione contenuta della sua struttura organizzativa- non solo ha obblighi documentali semplificati⁷, ma può anche sfruttare la possibilità

il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria.

6. Art. 14 d.l. 118/2021, rubricato "Misure premiali", ai cui sensi: "1. Dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e sino alla conclusione delle composizioni negoziate previste dall'articolo 11, commi 1 e 2, gli interessi che maturano sui debiti tributari dell'imprenditore sono ridotti alla misura legale. 2. Le sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga, sono ridotte alla misura minima se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione della istanza di cui all'articolo 2, comma 1. 3. Le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1, e oggetto della composizione negoziata sono ridotti della metà nelle ipotesi previste dall'articolo 11, commi 2 e 3. 4. In caso di pubblicazione nel registro delle imprese del contratto di cui all'articolo 11, comma 1, lettera a), e dell'accordo di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c), l'Agenzia delle entrate concede all'imprenditore che lo richiede, con istanza sottoscritta anche dall'esperto, un piano di rateazione fino ad un massimo di settantadue rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta, imposta sul valore aggiunto e imposta regionale sulle attività produttive non ancora iscritte a ruolo, e relativi accessori. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'articolo 19 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. La sottoscrizione dell'esperto costituisce prova dell'esistenza della temporanea situazione di obiettiva difficoltà. L'imprenditore decade automaticamente dal beneficio della rateazione anche in caso di successivo deposito di ricorso ai sensi dell'articolo 161 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, o in caso di dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza o in caso di mancato pagamento anche di una sola rata alla sua scadenza. 5. Dalla pubblicazione nel registro delle imprese del contratto e dell'accordo di cui all'articolo 11, comma 1, lettere a) e c), o degli accordi di cui all'articolo 11, comma 2, si applicano gli articoli 88, comma 4-ter, e 101, comma 5, del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917. 6. Nel caso di successiva dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza, gli interessi e le sanzioni sono dovuti senza le riduzioni di cui ai commi 1 e 2".

7. Non ha, infatti, l'onere di depositare la relazione sull'attività in concreto esercitata e il piano finanziario per i successivi sei mesi. La lett. b) del co.3 dell'art.5 - ai cui sensi: "L'imprenditore, al momento della presentazione dell'istanza, inserisce nella piattaforma telematica: [...] b) una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare" - è stata esclusa, a seguito dell'emendamento in sede di conversione, dall'elenco della documentazione indicata nell'art. 17 co.2 d.l. 118/2021, il quale recita che: "L'istanza è presentata, unitamente ai documenti di cui all'articolo 5, comma 3, lettere d), e), f), g) e h), del presente decreto, all'organismo di composizione della crisi oppure, nelle forme previste dal medesimo articolo 5, comma 1, al segre-

di rivolgersi all'OCC radicato nel suo territorio per la nomina dell'esperto⁸, potendo così sperare nell'individuazione un professionista maggiormente consapevole delle peculiarità, caratteristiche ed esigenze dell'economia locale, rispetto a quello che potrebbe essere nominato dalla commissione costituita presso la Camera di commercio, la cui competenza territoriale è ormai in alcuni casi talmente estesa⁹ da precludere la possibilità di una conoscenza effettiva delle diverse realtà economiche che la compongono.

La seconda considerazione poggia sulla constatazione che la legge 03/2012 -nel fornire alle imprese sottosoglia la possibilità di procedere ad una composizione del debito-, non offriva anche tutta una serie di strumenti di favore -previsti, invece, dalla legge fallimentare- per ottenere il raggiungimento di tale composizione: molti di questi istituti sono divenuti ora accessibili anche dall'imprenditore minore che acceda alla procedura di composizione negoziata.

Si pensa, in primo luogo, a disposizioni che favoriscono il corso delle trattative, come la possibilità di beneficiare di un periodo protetto da azioni esecutive e cautelari¹⁰ per l'elaborazione di un piano di ristrutturazione

tario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa. All'esperto è affidato il compito di cui all'articolo 2, comma 2, del presente decreto".

8. Art. 3 co.3 e 4 - ai cui sensi: "Presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e Bolzano è formato un elenco di esperti nel quale possono essere inseriti: gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo degli avvocati che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa; gli iscritti da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro che documentano di avere concorso, almeno in tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati. Possono inoltre essere inseriti nell'elenco coloro che, pur non iscritti in albi professionali, documentano di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza. L'iscrizione all'elenco di cui al comma 3 è altresì subordinata al possesso della specifica formazione prevista con il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia di cui al comma 2" - ora espressamente richiamati dall' art. 17 co.7 d.l. 118/2021 nell'emendamento deliberato dalla Camera dei deputati. Nell'emendamento deliberato dal Senato - "al comma 7, dopo le parole: « gli articoli » sono inserite le seguenti: « 3, commi 3 e 4".

9. Cfr. elenchi di cui al DECRETO 16 febbraio 2018 Riduzione del numero delle camere di commercio mediante accorpamento, razionalizzazione delle sedi e del personale. (GU Serie Generale n.57 del 09-03-2018) in attuazione del Decreto legislativo del 25/11/2016 - N. 219 Gazzetta Uff. 25/11/2016 n. 276 Art. 3 - (Riduzione del numero delle camere di commercio mediante accorpamento, razionalizzazioni delle sedi e del personale).

10. Art.6 d.l. 118/2021 rubricato "Misure preventive", ai cui sensi: "1. L'imprenditore può chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'articolo 5, comma 1, l'applicazione di misure protettive del patrimonio. (...) 4. Dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata. 5. I creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori", e art. 7 d.l. 118/2021, rubricato "Procedimento relativo alle misure protettive e cautelari", ai cui sensi: "1. Quando l'imprenditore formula la richiesta di cui all'articolo 6, comma 1, con ricorso presentato lo stesso giorno al tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, chiede la conferma o la modifica delle misure protettive e, ove occorre, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative. Entro trenta giorni dalla pubblicazione di cui al medesimo articolo 6, comma 1, l'imprenditore chiede la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato. L'omesso o il ritardato deposito del ricorso e' causa di inefficacia delle misure previste dall'articolo 6, comma 1 del presente decreto e, decorso inutilmente il termine di cui al secondo periodo, l'iscrizione dell'istanza e' cancellata dal registro delle imprese.

del debito analogo a quello già da anni riconosciuto all'imprenditore che si appresta all'elaborazione di un piano di concordato o di un accordo di ristrutturazione¹¹ ovvero la possibilità di sottrarsi agli obblighi di ricapitalizzazione sanciti dal codice civile per la durata delle trattative¹², beneficio che - pur noto all'imprenditore che chiedeva l'accesso a procedure giudiziali di soluzione della crisi¹³ - costituisce - al netto della legislazione

2. L'imprenditore, unitamente al ricorso, deposita: a) i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta; b) una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso; c) l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella; d) un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare; e) una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata; f) il nominativo dell'esperto nominato ai sensi dell'articolo 3, commi 6, 7 e 8, con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata. 3. (...) 4. All'udienza il tribunale, sentite le parti e l'esperto e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile e procede agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti ai sensi del comma 1 e ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive. Se le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidono sui diritti dei terzi, costoro devono essere sentiti. Il tribunale provvede con ordinanza con la quale stabilisce la durata, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, delle misure protettive e, se occorre, dei provvedimenti cautelari disposti. Su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori. 5. Il giudice che ha emesso i provvedimenti di cui al comma 4, su istanza delle parti e acquisito il parere dell'esperto, può prorogare la durata delle misure disposte per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative. La durata complessiva delle misure non può superare i duecentoquaranta giorni. 6. Su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto, il giudice che ha emesso i provvedimenti di cui al comma 4 può, in qualunque momento, sentite le parti interessate, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti. (...)»

11. Art. 168 l.f. - ai cui sensi: "Dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato non diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore" - così modificato dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134 (GU n.187 del 11-08-2012 - Suppl. Ordinario n. 171) per risultare applicabile anche nell'ipotesi di deposito del mero ricorso ex art.161 co.6 l.f., e 182 bis co. 6 - ai cui sensi: "il divieto di iniziare o proseguire le azioni cautelari o esecutive di cui al terzo comma può essere richiesto dall'imprenditore anche nel corso delle trattative e prima della formalizzazione dell'accordo di cui al presente articolo, depositando presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 la documentazione di cui all'articolo 161, primo e secondo comma lettere a), b), c) e d), e una proposta di accordo (...) L'istanza di sospensione di cui al presente comma è pubblicata nel registro delle imprese e produce l'effetto del divieto di inizio o prosecuzione delle azioni esecutive e cautelari, nonché del divieto di acquisire titoli di prelazione, se non concordati, dalla pubblicazione." - inserito dal Decreto Legge 31 maggio 2010 n. 78, convertito in Legge 30 luglio 2010 n. 122 (in SO n.174, relativo alla G.U. 30/07/2010, n.176).

12. Art. 8 d.l. 118/2021, ai cui sensi: "Con l'istanza prevista dall'articolo 6, comma 1, l'imprenditore può dichiarare che, dalla pubblicazione della medesima istanza e sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non si applicano nei suoi confronti gli articoli 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-ter del codice civile e la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, n. 4), e 2545-duodecies del codice civile".

13. Art. 182 sexies co.1 l.f., ai cui sensi: "Dalla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, anche a norma dell'articolo 161, sesto comma, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma dello stesso articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545 duodecies del codice civile".

emergenziale legata alla pandemia da Covid19 - un inedito per gli imprenditori non fallibili, non essendo previste analoghe sospensioni nella legge 3/2012.

Un secondo blocco di disposizioni che arricchisce il novero degli strumenti a disposizione degli imprenditori non fallibili è quello che riguarda la concessione dei finanziamenti, posto che non solo l'ampia dicitura: "finanziamenti preveducibili"¹⁴ lascia intendere una sua riferibilità -oltre che ai cd. finanziamenti sorti in occasione o funzione della procedura, già disciplinati nella legge 3/2012¹⁵ con disposizione analoga quella della legge fallimentare¹⁶ -, anche a tutti i vari tipi di finanziamento già previsti dalla legge fallimentare -ivi compresi quelli urgenti sin dall'avvio della procedura¹⁷ -, ma -soprattutto- anche per i soci delle imprese sottosoglia è ora

14. Art. 10 co.1 lett. a) d.l. 118/2021, ai cui sensi: "Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può: a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti preveducibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267".

15. Art. 13 co.4 bis l. 3/2012, ai cui sensi: "I crediti sorti in occasione o in funzione di uno dei procedimenti di cui alla presente sezione, compresi quelli relativi all'assistenza dei professionisti, sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti" per l'accordo di composizione della crisi e art. 14 duodecies co.2: "I crediti sorti in occasione o in funzione della liquidazione o di uno dei procedimenti di cui alla precedente sezione sono soddisfatti con preferenza rispetto agli altri, con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti" per la liquidazione del patrimonio.

16. Art. 182 quater l.f., il quale dispone che: "1. I crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione di un concordato preventivo di cui agli articoli 160 e seguenti ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182 bis sono preveducibili ai sensi e per gli effetti dell'articolo 111. 2.Sono parificati ai crediti di cui al primo comma i crediti derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato".

17. Il riferimento è all'art. 182 quinquies l.f., il quale dispone che: "1. Il debitore che presenta, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, una domanda di ammissione al concordato preventivo o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, anche prima del deposito della documentazione di cui all'articolo 161, commi secondo e terzo assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, preveducibili ai sensi dell'articolo 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. 2.L'autorizzazione di cui al primo comma può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative. 3. Il debitore che presenta una domanda di ammissione al concordato preventivo ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, anche in assenza del piano di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e), o una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182-bis, primo comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato in via d'urgenza a contrarre finanziamenti, preveducibili ai sensi dell'articolo 111, funzionali a urgenti necessità relative all'esercizio dell'attività aziendale fino alla scadenza del termine fissato dal tribunale ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o all'udienza di omologazione di cui all'articolo 182-bis, quarto comma, o alla scadenza del termine di cui all'articolo 182-bis, settimo comma. Il ricorso deve specificare la destinazione dei finanziamenti, che il debitore non è in grado di reperire altrimenti tali finanziamenti e che, in assenza di tali finanziamenti, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'azienda. Il tribunale, assunte sommarie informazioni sul piano e sulla proposta in corso di elaborazione, sentito il commissario giudiziale se nominato, e, se del caso, sentiti senza formalità i principali creditori, decide in camera di consiglio con decreto motivato, entro dieci giorni dal deposito dell'istanza di autorizzazione. La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda. 3. Il tribunale può autorizzare il debitore a concedere pegno o ipoteca o a cedere crediti a garanzia dei medesimi finanziamenti. 4. Il debitore che presenta domanda di ammis-

possibile effettuare finanziamenti sottraendosi alla regola della postergazione del credito ex art.2467 cc -peraltro col riconoscimento della predeuzione¹⁸ -, analogamente a quanto già consentito ai soci gli imprenditore soprasoglia¹⁹.

Un terzo blocco di disposizioni di favore si rinviene nei potenziali esiti della composizione negoziata offerti all'imprenditore sottosoglia posto che questi potrà accedere: a convenzioni di moratoria²⁰ -che non esistono nella legge 3/2012 e, comunque, nel testo del Codice della crisi sono precluse all'imprenditore minore²¹ -; a piani attestati di risanamento -anch'essi non contemplati dalla legge 3/2012, pur se previsti a beneficio di tutti gli imprenditori nel Codice della crisi²²; a un contratto privo di effetti nei confronti di terzi idoneo ad assicurare la continuità aziendale²³ senza l'imposizione di un orizzonte temporale almeno biennale per tale continuità richiesto, invece, agli imprenditori maggiori²⁴.

4. Il favor legislativo per gli imprenditori non fallibili

Il quadro normativo descritto restituisce l'impressione di una forte vo-

sione al concordato preventivo con continuità aziendale, anche ai sensi dell'articolo 161 sesto comma, può chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, se un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. L'attestazione del professionista non è necessaria per pagamenti effettuati fino a concorrenza dell'ammontare di nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori. 5. Il debitore che presenta una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'articolo 182 bis, sesto comma, o una proposta di accordo ai sensi dell'articolo 182 bis, primo comma, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in presenza dei presupposti di cui al quinto comma del presente articolo, a pagare crediti anche anteriori per prestazioni di beni o servizi. In tal caso i pagamenti effettuati non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'articolo 67".

18. Art. 10 co.1 lett. b) d.l. 118/2021, ai cui sensi: "1. Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può: [...] b) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267".

19. Art. 182 quater co. 3 l.f. ai cui sensi: "In deroga agli articoli 2467 e 2497 quinquies del codice civile, il primo e il secondo comma del presente articolo si applicano anche ai finanziamenti effettuati dai soci fino alla concorrenza dell'80 per cento del loro ammontare".

20. Art.11 co.1 lett. b) d.l. 118/2021, ai cui sensi: "Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 2, comma 1, le parti possono, alternativamente: [...] b) concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'articolo 182-octies del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267".

21. Art. 57 co.1 Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155(GU n.38 del 14-02-2019 - Suppl. Ordinario n. 6), di seguito "cci", rubricato "Accordi di ristrutturazione dei debiti" il quale dispone che: "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti sono conclusi dall'imprenditore, anche non commerciale e diverso dall'imprenditore minore, in stato di crisi o di insolvenza, con i creditori che rappresentino almeno il sessanta per cento dei crediti e sono soggetti ad omologazione ai sensi dell'articolo 44".

22. Art. 56 co.1 cci, rubricato: "Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento", ai cui sensi: "L'imprenditore in stato di crisi o di insolvenza può predisporre un piano, rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria".

23. Art. 17 co.4 lett. a) d.l. 118/2021, ai cui sensi: "Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui al comma 1, le parti possono, alternativamente: a) concludere un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi idoneo ad assicurare la continuità aziendale oppure con il contenuto dell'articolo 182 -octies del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267".

24. Art. 11 co.1 lett a) d.l. 118/2021, ai cui sensi: "1. Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 2, comma 1, le parti possono, alternativamente: a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 14 se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 5, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni".

lontà del legislatore di offrire agli imprenditori non fallibili strumenti per agevolare la soluzione della crisi del tutto analoghi a quelli a disposizione degli imprenditori fallibili.

Strumenti di sicuro vantaggio non solo per la loro portata innovativa, ma anche perché -a fronte di ciò- non sono stati modificati le conseguenze e i rischi per l'eventuale esito infausto dei tentativi di soluzione della crisi posto che questi imprenditori: da un lato, continuano a non essere assoggettabili all'apertura del concorso su istanza dei creditori o del Pubblico ministero²⁵; dall'altro, continuano a trovare -quale presidio penale nell'ambito delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento- un numero inferiore di reati rispetto a quelli previsti dalla legge fallimentare, reati -peraltro- sanzionati con pene più miti²⁶.

Se è vero -come rappresentato in uno studio della Fondazione nazionale dei dottori commercialisti pubblicato il 30 giugno 2021²⁷ - che non solo -come noto- buona parte del tessuto imprenditoriale italiano è costituito da piccolissime imprese sottratte alla disciplina del fallimento, ma -soprattutto- che queste versavano in stato di difficoltà economico-finanziaria già prima della crisi pandemica e sono rimaste sul mercato solo grazie alle misure adottate a sostegno delle imprese durante il periodo emergenziale, non può non vedersi come il ricorso alla composizione negoziata costituisca forse l'ultima chance per questi imprenditori di continuare ad operare.

Opportunità che -tenuto conto dell'impianto normativo estremamente favorevole che si è tentato di descrivere- non può non essere presa seriamente in considerazione dagli imprenditori e dai professionisti che li assistono.

25. A differenza di quanto accadrà nel vigore dal Codice della crisi in cui creditori o Pubblico ministero potranno chiedere l'apertura della liquidazione controllata sia quale procedura autonoma (art. 268 co.2 cci), sia a seguito della mancata omologa o revoca per frode del concordato minore (cfr. art.80 co.5 e 6 cci).

26. Art. 16 co.1 l.3/2012 ai cui sensi: "Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni e con la multa da 1.000 a 50.000 euro il debitore che: a) al fine di ottenere l'accesso alla procedura di composizione della crisi di cui alla sezione prima del presente capo aumenta o diminuisce il passivo ovvero sottrae o dissimula una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simula attività inesistenti; b) al fine di ottenere l'accesso alle procedure di cui alle sezioni prima e seconda del presente capo, produce documentazione contraffatta o alterata, ovvero sottrae, occulta o distrugge, in tutto o in parte, la documentazione relativa alla propria situazione debitoria ovvero la propria documentazione contabile; c) omette l'indicazione di beni nell'inventario di cui all'articolo 14-ter, comma 3; d) nel corso della procedura di cui alla sezione prima del presente capo, effettua pagamenti in violazione dell'accordo o del piano del consumatore; e) dopo il deposito della proposta di accordo o di piano del consumatore, e per tutta la durata della procedura, aggrava la sua posizione debitoria; f) intenzionalmente non rispetta i contenuti dell'accordo o del piano del consumatore".

27. Lo studio -reperibile al link: <https://www.fondazionenazionalecommercialisti.it/node/1560#:-text=Seconda%20una%20stima%20effettuata%20sulla%20fallibili%20considerate%20nella%20stima%20totale-> è presentato come segue: "Lo studio offre una fotografia dello stato di difficoltà economica in cui attualmente versano quelle imprese che, quantunque di minori dimensioni, rappresentano, in termini numerici, occupazionali e produttivi, una parte significativa dell'economia nazionale e il cui stato di crisi non v'è dubbio possa produrre ripercussioni estremamente dannose per il sistema economico nel suo complesso, specialmente in chiave prospettica. Seconda una stima effettuata sulla base dei risultati del sondaggio, le imprese non fallibili che nel 2022 si potrebbero trovare in grave difficoltà economica sono circa 371.500, pari al 29,3% del totale delle imprese non fallibili considerate nella stima totale. Si tratta di piccole imprese che, però, danno lavoro a oltre 445 mila dipendenti. Dal sondaggio emerge l'importanza dell'effetto "bolla" generato su queste realtà imprenditoriali dalle misure di sostegno pubblico: se da un lato non si è ancora registrata un'esplosione di insolvenze aziendali, dall'altro lato, considerata la temporaneità degli interventi medesimi, appare altamente probabile che si concretizzi un aumento del rischio di solvibilità legato alla progressiva riduzione dei sostegni economici. È accertato, infatti, che un elevato campione di imprese versava in situazioni di crisi già prima di essere travolta dall'ondata pandemica, il che rende ancor più verosimile ipotizzare un incremento delle insolvenze una volta che le misure di sostegno - tramite le quali, realtà già deteriorate sono rimaste in vita - verranno allentate".

Note sparse sulle novità in materia penale introdotte dal D.L. n. 118/2021 convertito con L. n. 147/2021

di Matteo Binelli, Avvocato in Mantova

Come cambiano il volto e l'assetto del diritto penale della crisi nel sistema ridisegnato dal Decreto in materia di crisi d'impresa e risanamento.

Sommario:

1. L'art. 12 co. 5 del D.L. n. 118/2021, una nuova ipotesi di esenzione di punibilità
2. L'art. 18 co. 7 del D.L. n. 118/2021: la disciplina sanzionatoria in caso di concordato semplificato
3. L'art. 20 co. 1 lett. h) del D.L. n. 118/2021: l'estensione dell'area di punibilità in caso di accordo di ristrutturazione con cram down fiscale

1. L'art. 12 co. 5 del D.L. n. 118/2021, una nuova ipotesi di esenzione di punibilità

L'art. 12, dedicato alla conservazione degli effetti generati dalle attività poste in essere dopo l'inizio di un percorso di composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa, introduce al comma 5 una norma di rilevanza esclusivamente penalistica.

Essa per certi versi ricalca quanto previsto dall'art. 217 bis l.f., il quale esclude l'applicazione degli artt. 216, co. 3 e 217 l.f., tra gli altri, a pagamenti ed operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, un accordo di ristrutturazione omologato ex art. 182 bis, del piano di cui all'art. 67 co. 3 lett. d) ed, ancora, di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell'art. 12 della L. n. 3/2012.

I problemi di inquadramento sistematico che hanno occupato la dottrina che ha esaminato l'art. 217 bis l.f.¹ si pongono in termini analoghi per la norma di recente introdotta.

A tale riguardo si è sostenuto che *"la soluzione più ragionevole è quella di ritenere che l'art. 217 bis, superando le oscurità lessicali e l'assenza di ogni considerazione sistematica, sia semplicemente ricognitivo di un principio generale di non contraddizione dell'ordinamento"*,² che in sostanza esclude la tipicità di una serie di fattispecie le quali per effetto della disposizione in parola vengono poste al di fuori del perimetro di applicazione delle norme incriminatrici.

Può ritenersi certo che la natura dogmatica e la finalità dell'esenzione di punibilità introdotta dall'art. 12 co. 5 del D.L. n. 118/2021 sono in tutto assimilabili a quelle di cui all'art. 217 bis l.f.

Tuttavia la struttura della disposizione appena introdotta presenta particolarità tali da renderne certamente poco agevole l'applicazione.

Essa infatti, formula due ipotesi per le quali esclude l'operatività degli artt. 216 co. 3 e 217 l.f.

La prima ricorre in caso di pagamenti od operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto nominato ai sensi all'art. 3 del D.L. n. 118/2021, che siano in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dallo stesso esperto ai sensi dell'art. 5 co. 5 del D.L.

La seconda ipotesi di esenzione di punibilità riguarda invece i pagamenti e le operazioni compiuti in conformità delle autorizzazioni che il tribunale rilascia ai sensi dell'art. 10 del D.L. ovvero durante la composizione negoziata.

Mentre questa seconda eventualità appare di agevole interpretazione,

perché ancorata al dato formale del provvedimento autorizzativo del tribunale ed alla indispensabile conformità rispetto allo stesso, decisamente più difficile è delimitare l'area operativa della prima ipotesi.

Essa infatti, presuppone che le operazioni ed i pagamenti siano compiuti, non solo dopo l'accettazione della nomina da parte dell'esperto (art. 5 co. 4 D.L.)³, ma anche:

i) *"in coerenza con l'andamento delle trattative"*: espressione di cui è facile comprendere la vaghezza, essendo l'andamento delle trattative un concetto indefinito che spesso non lascia tracce scritte o facilmente accertabili, specie a distanza di tempo, ovvero quando il giudice penale potrà essere chiamato *ex post* a verificare la sussistenza di un simile presupposto;

ii) *"nella prospettiva di risanamento dell'impresa valutata dall'esperto ai sensi dell'art. 5, comma 5"*: locuzione questa che disorienta anche più della precedente, posto che leggendo la disposizione richiamata (art. 5 co. 5) emerge come la *"prospettiva di risanamento"* non venga definita né dall'imprenditore, né dall'esperto, quanto meno nella fase iniziale della composizione negoziata. L'esperto deve sì verificare che essa vi sia e sia concreta, ma non deve definirla per iscritto neppure in termini generali o approssimativi e tanto induce a pensare che il compito del giudice penale diventerà davvero improbo. Questi sarà, infatti, chiamato a verificare la congruità di un pagamento o di altra operazione rispetto ad una circostanza informale ovvero ad una *"prospettiva di risanamento"* che neppure i primi e diretti protagonisti della composizione negoziata hanno il dovere di delineare, quanto meno nella fase iniziale del procedimento di composizione.

Altro problema che, ad una prima lettura, la disposizione in esame pone è quello dei suoi rapporti con le vicende successive alla composizione negoziata.

Si apprende infatti dall'art. 11 del D.L. che vari sono i possibili esiti del negoziato. Ad esempio, tra gli altri, un accordo con uno o più creditori, una convenzione di moratoria, un accordo ai sensi dell'art. 67 co. 3 lett. d) l.f. privo di attestazione, un concordato semplificato ai sensi dell'art. 18 del D.L.

Non si può escludere neppure che non vi sia alcun risultato concreto o che, più probabilmente, intervenga la dichiarazione di fallimento.

E' quindi lecito interrogarsi sull'esito dell'esclusione di punibilità prevista dall'art. 12 co. 5 e della sua coerenza sistematica con le varie forme di sistemazione della crisi dell'impresa nelle quali la composizione negoziata può o meno sfociare. Alcune di queste rientrano certamente nell'alveo applicativo tanto dell'art. 236 l.f., quanto dell'art. 217 bis l.f., altre vi rientrano solo parzialmente ed altre ancora sono totalmente escluse.

Tutt'altro che agevole e certamente meritevole di ben maggiore approfondimento appare perciò valutare in termini astratti quali siano le potenziali ricadute della disposizione che si commenta nella varietà dei possibili

1. Tra i numerosi scritti sul tema si vedano A. Alessandri, *Profili penali delle procedure concorsuali*, Mi, 2016, pag. 59; R. Bricchetti - L. Pistorelli in Guida dir., 2010, 37, pag. 159; E. Musco - F. Ardito, *Diritto penale fallimentare*, Bo, 2018, pag. 322; Mi, pag. 615; C. Santoriello, *Alcune indispensabili precisazioni sulla bancarotta da concordato preventivo* in https://www.sistemapenale.it/pdf_contenuti/1600882293_santoriello-2020a-bancarotta-concordato-preventivo.pdf, pag. 13.

2. A. Alessandri, *I reati fallimentari* in *Diritto Penale Commerciale*, To, 2019, pag. 145.

3. Requisito temporale molto preciso e che dovrebbe prevenire i dubbi sorti in sede di applicazione dell'art. 217 bis l.f. su cui si veda tra gli altri N. Gianesini, *Il rischio penale nella gestione della crisi di impresa*, Mi, 2016 pag. 74; F. Mucciarelli, *L'esenzione dai reati di bancarotta*, in *Diritto e procedura penale*, 2010, pag. 1477.

esiti della composizione negoziata.

In apparenza meno difficile è stabilire il termine finale di efficacia dell'esclusione di tipicità delineata dall'art. 12 co. 5 D.L. che dovrebbe coincidere con la conclusione di uno degli accordi di cui all'art. 11 co. 1 ovvero con il deposito delle domande di cui ai commi 2 e 3.

Ma anche in questa prospettiva non si può negare che, per fare un esempio, la predisposizione di un piano attestato di risanamento ex art. 67 co. 3 lett. d)⁴ costituisce un confine incerto, che rischia di prolungare anche di molti mesi la soluzione della crisi di impresa e quindi l'area di potenziale applicazione dell'esclusione di tipicità delineata dalla disposizione in esame.

A meno che si ritenga che il piano debba essere pronto ed attestato già al momento di conclusione del periodo concesso per espletare le trattative della composizione negoziata. Ma è lecito dubitarne, perché la norma non lo prevede neppure implicitamente e nemmeno fissa un termine entro il quale l'adempimento debba essere espletato, per cui v'è il rischio concreto che vi siano pagamenti od operazioni circa i quali sorgerà il dubbio che possano ricondursi nell'area di esclusione della punibilità delineata dall'art. 12 co. 5 del D.L. n. 118.

2. L'art. 18 co. 7 del D.L. n. 118/2021: la disciplina sanzionatoria in caso di concordato semplificato

Tra le novità più significative del D.L. n. 118/2021 è da annoverare sicuramente la previsione di cui all'art. 18 che in esito alla composizione negoziata, consente all'imprenditore di presentare una proposta di concordato semplificato per cessione dei beni.

La tendenziale deformalizzazione della procedura rispetto a quella prevista dagli artt. 160 ss. l.f. ed in particolare la circostanza che l'approvazione della proposta non preveda alcuna votazione da parte del ceto creditorio imponevano un presidio penalistico. Il decreto lo ha assicurato richiamando al co. 8, in quanto compatibile, l'art. 236 l.f., sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario (che è nominato dal tribunale ai sensi del co. 3 dell'art. 18).

La scelta operata genera tuttavia, *prima facie*, qualche problema interpretativo.

Per affrontarlo, è utile interrogarsi sulla natura del concordato semplificato per cessione dei beni. Può considerarsi una specie del genere concordato preventivo unitamente a quelli disciplinati dagli artt. 160 ss. l.f.? O si tratta di una figura *sui generis* che si limita a condividere con quelli la denominazione, sebbene di concordato non vi sia davvero nulla, perché i creditori non votano neppure sulla proposta dell'imprenditore?

E' chiaro che la sistemazione dei rapporti tra i due istituti appartiene agli approfondimenti della giurisprudenza civile e della dottrina che si occupa del diritto della crisi.

Ad oggi, i primi commenti propendono per una autonomia tra le due figure, osservando tra l'altro che *"i tratti distintivi fra i due istituti sono davvero eclatanti: la norma di nuovo conio, infatti, prescinde da un provvedimento di ammissione alla procedura, non contempla la presenza di un giudice delegato e di un commissario giudiziale chiamato a relazionare ai sensi dell'art. 172, l. fall., e non prevede la fase della votazione dei creditori, che notoriamente costituisce un proprium dei concordati preventivo e fallimentare"*⁵.

Anche per questo è però evidente che, avendo il legislatore scelto di disciplinare sotto il profilo penale la fattispecie mediante un mero richiamo, le particolarità dell'istituto creano all'interprete qualche impaccio.

Non solo e non tanto sotto il profilo della sufficiente tassatività della norma incriminatrice, posto che il richiamo all'art. 236 l.f. pare possa essere

agevolmente inteso come una applicazione delle fattispecie astrattamente previste dalla norma anche alle condotte poste in essere nell'ambito di un concordato semplificato.

Benché non si possa nascondere che il doppio richiamo prima all'art. 236 l.f. e poi da questo alle specifiche norme che descrivono le condotte sanzionate (art. 223, 224, 232 l.f.) impone una serie di passaggi che possono rendere problematica la concreta individuazione del perimetro dei fatti penalmente sanzionati⁶.

Mentre nella versione della norma contenuta nel D.L. n. 118 non veniva richiamato l'art. 217 bis l.f. di cui si è riferito in precedenza, in sede di conversione detto richiamo è stato aggiunto.

Non c'è dubbio che l'inserimento sia opportuno, sollevando l'interprete dall'onere di verificare la possibilità di applicare in via estensiva o analogica una disposizione che delimita l'area di punibilità.

Posto che l'art. 217 bis l.f. esclude l'applicazione degli artt. 216 co. 3 e 217 l.f. per pagamenti ed operazioni esecutivi di una delle procedure concorsuali minori elencate nella disposizione (tra cui non è menzionato il concordato semplificato) il paradigma per valutare la legittimità delle condotte sarà rappresentato dalla proposta liquidatoria formulata dall'imprenditore ai sensi dell'art. 18 co. 1 ed omologata dal Tribunale.

A differenza di quanto previsto dall'art. 180 l.f. per la proposta di concordato (cfr. co. 5), tuttavia l'art. 18 non prevede che il decreto di omologa sia provvisoriamente esecutivo ed anzi disciplina puntualmente le possibili impugnazioni della pronuncia, ammettendo reclamo presso la corte di appello entro trenta giorni dalla comunicazione e successivo ricorso per cassazione.

E' quindi chiaro che in caso di annullamento dell'omologa i pagamenti e le operazioni compiute rischiano di divenire penalmente rilevanti, perciò si può prevedere che prima del passaggio in giudicato della stessa l'imprenditore si asterrà dal dare esecuzione alla proposta. E questo nonostante la dilazione dei tempi di cessione dei beni rischi di avere conseguenze molto rilevanti e quasi sempre peggiorative sull'esito della liquidazione.

3. L'art. 20 co. 1 lett. h) del D.L. n. 118/2021: l'estensione dell'area di punibilità in caso di accordo di ristrutturazione con cram down fiscale

L'ultima disposizione che interviene sul tessuto penalistico dei reati fallimentari o più in genere dei reati che possono essere commessi durante una procedura concorsuale è contenuta nell'art. 20 lett. h) del D.L. n. 118/2021 e consiste in una modifica puntuale dell'ultimo comma dell'art. 236 l.f.

La nuova previsione è ispirata ad medesimo intento, ma soddisfa due esigenze diverse⁷.

Lo scopo unitario pare quello di assicurare un presidio penalistico ad ipotesi nelle quali la procedura concorsuale (minore) abbia come effetto quello di sacrificare le ragioni del creditore senza un suo espresso consenso, operando quello che viene usualmente definito meccanismo di *cram down*.

In sostanza, il legislatore reputa necessario richiamare mediante l'ultimo comma dell'art. 236 l.f. le previsioni incriminatrici di cui ai numeri 1, 2 e 4 dello stesso articolo per tutti le ipotesi nelle quali i creditori sono costretti a subire un sacrificio delle proprie ragioni contro la loro volontà o, per essere più precisi, senza una loro espressa adesione.

La modifica opera innanzitutto coordinando la precedente versione della norma che richiamava gli *accordi di ristrutturazione con intermediari*

4. Anche questo un possibile esito della composizione negoziata, cfr. art. 11 co. 3 lett. a) D.L. n. 118/2021.

5. S. Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti* in <https://ristrutturazionaziendali.ilcaso.it/Articolo/73>. Sui rapporti tra le due procedure ed in particolare sulle rilevanti differenze si veda G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D. L. n. 118 del 2021 in diritto dellacrisi.it*

6. Sostanzialmente in questo senso si veda L. Bottai *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato in diritto dellacrisi.it*

7. Per un commento favorevole alla modifica introdotta in quanto colmerebbe una lacuna del sistema sanzionatorio, si veda R. Fontana, *Bancarotta fraudolenta e cram down* in <https://www.diritto dellacrisi.it/blog/bancarotta-fraudolenta-e-cram-down?foto=7>, nonché dello stesso autore Reati fallimentari estesi al *cram down* per contrastare la bancarotta fraudolenta in *Il Sole24Ore*, 27 settembre 2021.

finanziari con il nuovo istituto introdotto dal D.L. n. 118/2021 e quindi introducendo un riferimento agli *accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*, definiti oggi dall'art. 182 septies l.f.

Di ben maggiore interesse è invece l'ulteriore modifica introdotta che estende le ipotesi incriminatrici di cui ai numeri 1, 2 e 4 dell'art. 236 l.f. al "*caso di omologa di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'articolo 182 - bis quarto comma, terzo e quarto periodo*", ovvero ai casi nei quali l'accordo di ristrutturazione viene omologato dal tribunale nonostante la mancata adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti previdenziali o assistenziali.

In precedenza in queste ipotesi non si prevedeva alcun richiamo alle fattispecie di bancarotta e quindi potevano ipotizzarsi accordi di ristrutturazione che, pur comportando rilevanti sacrifici delle ragioni erariali o previdenziali, rimanevano sguarnite di sanzioni penali in caso di condotte fraudolente e riconducibili ad ipotesi di bancarotta.

Quella introdotta è quindi senza dubbio di una modifica che rende più organico e completo il tessuto sanzionatorio e della quale da più parti si era sottolineata la necessità.

Per comprenderne la rilevanza basti pensare ad ipotesi (di certo non infrequenti, ad esempio in materia di frodi carosello) nelle quali la parte più rilevante della massa debitoria riguardi pendenze erariali⁸. In tali casi, se l'alternativa liquidatoria è in prospettiva infruttuosa, perché magari esistono crediti privilegiati poziori, viene consentito di accedere ad un accordo di ristrutturazione che, senza la modifica apportata, avrebbe anche evitato l'applicazione delle sanzioni previste dagli artt. 216 e 217 l.f.

Se si condivide quanto sin qui detto sugli scopi della modifica apportata all'art. 236 ult. co. l.f. diventa però poco agevole comprendere il richiamo fatto anche al quarto periodo del quarto comma dell'art. 182 bis l.f.

Questo invero, introdotto dall'art. 20 co. 1 lett. b) del D.L. n. 118, si limita a prevedere che l'eventuale adesione di amministrazione finanziaria o enti previdenziali all'accordo di ristrutturazione debba avvenire "*entro novanta giorni dal deposito della proposta di soddisfacimento*".

Ma, per quanto detto, se vi è adesione alla proposta dovrebbero venire meno le ragioni per estendere anche a tali fattispecie l'applicazione delle norme incriminatrici.

In altre parole, qualora l'amministrazione finanziaria e gli enti previdenziali aderiscano alla proposta non si può parlare di *cram down*, ma di ordinario consenso ad una ipotesi di soluzione della crisi che non dovrebbe meritare il richiamo ai numeri 1, 2 e 4 dell'art. 236 l.f.

Sicché il riferimento al periodo (quarto del quarto comma⁹) che definisce il termine entro il quale l'adesione può essere formalizzata, potrebbe far ritenere che anche in tali casi si applichino le disposizioni penali: una soluzione poco convincente e contraria a quella che dovrebbe essere la ratio della modifica alla disposizione incriminatrice.

8. Per un'ipotesi in tutto assimilabile a quella qui delineata si veda Trib. Milano, decreto omologa n. 1/2021 in <https://www.transazione-fiscale.it/wp-content/uploads/2021/09/Tribunale-di-Milano-3-giugno-2021.pdf>

9. Una tecnica legislativa che non agevola certo la lettura di queste disposizioni.