

RISTRUTTURAZIONI AZIENDALI

Quaderni **di** **Ristrutturazioni Aziendali**

ISSN 2785-6348

Rivista trimestrale

Fascicolo n. 1/2022

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

Dottrina e giurisprudenza sulla crisi d'impresa

Rivista trimestrale – ISSN 2785-6348

Direttore responsabile: **Paola Castagnoli**

Editore: Centro Studi Giuridici - APS, con Sede in Luzzara (RE), Via Grandi n. 5. Associazione di promozione sociale, iscritta nel Registro Unico Nazionale del Terzo Settore (RUNTS) con atto Num. 20609 del 27/10/2022 BOLOGNA. Già iscritta nel Registro Regionale delle Associazioni di Promozione Sociale della Regione Emilia-Romagna al n. 3889, a far tempo dal 6 novembre 1995. Già iscritta nel Registro Provinciale delle Associazioni di Promozione Sociale della Provincia di Reggio Emilia al n. 53298/31/2011, a far tempo dal 2 novembre 2011. P.Iva: 02216450201; C.F.: 01762090205.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

DIREZIONE SCIENTIFICA

Stefano Ambrosini, *Ordinario nell'Università del Piemonte Orientale*
Franco Benassi, *Avvocato*

COMITATO SCIENTIFICO

Marco Arato, *Ordinario nell'Università di Genova*
Luigi Balestra, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Paolo Bastia, *Ordinario nell'Università di Bologna*
Giovanni Caruso, *Ordinario nell'Università di Padova*
Paolo Felice Censoni, *Ordinario f.r. nell'Università di Urbino*
Maurizio Dallochio, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Giustino Di Cecco, *Ordinario nell'Università di Roma Tre*
Giuseppe Fauceglia, *Ordinario nell'Università di Salerno*
Francesco Fimmanò, *Ordinario nell'Università del Molise*
Sabino Fortunato, *Emerito nell'Università Roma Tre*
Gianvito Giannelli, *Ordinario nell'Università di Bari*
Fabrizio Guerrera, *Ordinario nell'Università di Messina*
Alberto Jorio, *Ordinario f.r. nell'Università di Torino*
Giuseppe Melis, *Ordinario nell'Università LUISS Guido Carli*
Alessandro Nigro, *Ordinario f.r. nell'Università La Sapienza*
Stefania Pacchi, *Ordinario f.r. nell'Università di Siena*
Francesco Perrini, *Ordinario nell'Università Bocconi*
Alberto Quagli, *Ordinario nell'Università di Genova*
Paolo Valensise, *Ordinario nell'Università Roma Tre*
Marco Ventoruzzo, *Ordinario nell'Università Bocconi*

Antonio Didone, *Consigliere di Cassazione a rip.*
Aldo Angelo Dolmetta, *Consigliere di Cassazione a rip.*

Federico Casa, *Associato nell'Università di Trento*
Alessandro Danovi, *Associato nell'Università di Bergamo*
Rolandino Guidotti, *Associato nell'Università di Modena*
Andrea Perini, *Associato nell'Università di Torino*
Edgardo Ricciardiello, *Associato nell'Università di Bologna*
Fabio Serini, *Associato nell'Università di Napoli Parthenope*

Vittorio Minervini, *Professore a contratto nell'Università di Roma Tor Vergata*

Quaderni **di** **Ristrutturazioni Aziendali**

COMITATO TECNICO

Coordinatori

Edgardo Ricciardiello e Andrea Panizza

Componenti

Francesco Grieco, Riccardo Bonivento, Daniela Carloni, Laura Cristini, Francesca Crivellari, Gabriele Maria Genovese, Fabio Iozzo, Barbara e Veronica Maffei Alberti, Nicoletta Michieli, Ivan Libero Nocera, Simone Pesucci, Paolo Rinaldi, Fabio Sebastiano, Andrea Sola, Carla Scribano, Giovanni Staiano.

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

Presidente

Antonio Nuzzo

Componenti

Marco Aiello, Simona Arduini, Maurizio Bianchini, Francesco Bordiga, Mia Callegari, Eva Desana, Marco Speranzin, Marina Spiotta, Patrizia Riva.

Quaderni di **Ristrutturazioni Aziendali**

CODICE ETICO

La Rivista "Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali" è una rivista scientifica peer-reviewed, che si ispira al codice etico delle pubblicazioni elaborato da COPE Committee on publication ethics: Best Practice Guidelines for Journal Editors. È pertanto necessario che tutte le parti coinvolte nel processo di pubblicazione della Rivista (autori, redattori, referees, editori) conoscano e condividano i seguenti requisiti etici.

Doveri della Direzione scientifica

Decisioni sulla pubblicazione

La Direzione Scientifica della Rivista è responsabile della decisione di pubblicare gli articoli sottoposti alla Rivista stessa. La Direzione scientifica è guidata dalle politiche editoriali della Rivista e vincolata dalle disposizioni di legge vigenti in materia di diffamazione, violazione del copyright e plagio. La Direzione Scientifica della Rivista, nell'assumere queste decisioni, si avvale del supporto dei referees del Comitato per la valutazione, composto di regola da Professori di ruolo italiani e stranieri o di referees esterni scelti, in ragione della loro autorevolezza e della competenza specifica richiesta, secondo una procedura di blind peer review.

Correttezza

La Direzione è tenuta a valutare i contributi esclusivamente per il loro contenuto scientifico.

Conflitto di interessi e trasparenza

La Direzione Scientifica, pur nel rispetto dell'anonimato dell'autore e del valutatore, assicura che ai referees non siano sottoposti contributi rispetto ai quali costoro abbiano o possano avere conflitti di interesse.

Riservatezza

La Direzione Scientifica e le Redazioni sono tenuti a non divulgare alcuna informazione sui contributi inviati ad alcun soggetto diverso dagli autori, dai referees incaricati della valutazione, dal Comitato editoriale e dall'editore, a seconda dei casi. Il materiale inedito contenuto nei contributi sottoposti alla Rivista non può essere usato

da alcuno dei componenti della Direzione Scientifica, dei referees, incaricati della valutazione e delle Redazioni, per proprie ricerche, senza il consenso dell'autore.

Qualità

Se il Comitato Editoriale o una delle Redazioni rileva o riceve segnalazione di un problema rilevante in merito ad errori/imprecisioni, conflitto d'interessi, o plagio in un articolo pubblicato, ne darà tempestiva comunicazione all'Autore e all'Editore ed intraprenderà ogni azione necessaria per chiarire la questione.

In caso di necessità, ritirerà l'articolo o pubblicherà una ritrattazione.

Doveri dei referee (peer reviewers)

Contributo alla decisione editoriale

I referees assistono la Direzione Scientifica nelle decisioni editoriali e, attraverso le proprie comunicazioni, possono eventualmente aiutare l'autore a migliorare il contributo.

Correttezza e rispetto dei tempi

Il revisore selezionato che non si senta qualificato alla revisione del contributo assegnato o che sappia di non essere in grado di eseguire la revisione nei tempi richiesti deve tempestivamente darne comunicazione all'Editore o alla Direzione, rinunciando al processo di revisione.

Riservatezza

I contributi ricevuti per la revisione devono essere trattati dai referees come documenti riservati. Essi non devono essere mostrati o discussi con alcuno che non sia previamente autorizzato dalla Direzione Scientifica. Le informazioni o idee acquisite tramite la revisione dei contributi devono essere mantenute riservate e non possono essere utilizzate per vantaggio personale.

Oggettività

La peer-review deve essere condotta in modo oggettivo. Ogni giudizio personale sull'autore è inopportuno. I referees devono esprimere le proprie opinioni in modo chiaro e con il supporto di argomentazioni limpide e documentate. Essi, qualora non ritengano pubblicabile l'articolo se non previa modifica o integrazione, sono tenuti a motivare adeguatamente i propri giudizi nella scheda standardizzata fornita dall'Editore.

I referees hanno il compito di identificare la presenza di materiale bibliografico rilevante per il lavoro da valutare, che non sia stato citato o adeguatamente considerato dagli autori.

Conflitto di interessi ed autenticità

Ove il referee individui la paternità del saggio sottoposto alla sua valutazione ed esistano conflitti d'interesse dovuti a precedenti rapporti di collaborazione, è tenuto a non accettare la valutazione; lo stesso dicasi in ipotesi di concorrenza.

Il referee deve richiamare l'attenzione della Direzione Scientifica o della Redazione, qualora ravvisi una somiglianza sostanziale, o una sovrapposizione tra il contributo in esame e qualunque altro documento pubblicato di cui ha conoscenza personale.

Doveri degli autori

Originalità e plagio

Gli autori devono garantire che le loro opere siano pienamente originali e, qualora siano utilizzati il lavoro e/o le parole di altri autori, che queste siano opportunamente parafrasate o citate letteralmente. Il corretto riferimento al lavoro di altri autori deve essere sempre indicato. Gli autori hanno l'obbligo di citare tutte le pubblicazioni rilevanti ai fini dell'elaborato proposto.

Accuratezza nella presentazione dei contributi

Gli autori di articoli basati su ricerca originale devono presentare un resoconto accurato del lavoro svolto, nonché una discussione obiettiva del suo significato. I dati relativi devono essere rappresentati con precisione nel contributo. Dichiarazioni fraudolente o volontariamente inesatte costituiscono un comportamento non etico; sono inaccettabili. Gli elaborati devono contenere sufficienti dettagli e riferimenti per permetterne, eventualmente, ad altri la replica.

Pubblicazioni multiple, ripetitive e/o concorrenti

I contributi proposti non devono essere stati pubblicati come materiale protetto da copyright in altre riviste. I contributi in fase di revisione dalla Rivista non devono essere sottoposti ad altre riviste ai fini della pubblicazione.

Inviando un contributo, l'autore/gli autori concordano sul fatto che, se il contributo è accettato per la pubblicazione, tutti i diritti di sfruttamento economico, senza limiti di spazio e con tutte le modalità e le tecnologie attualmente esistenti e/o in futuro sviluppate saranno trasferite all'Editore.

Paternità dell'opera

La paternità letteraria del contributo è limitata a coloro che hanno dato un contributo significativo per l'ideazione, la progettazione, l'esecuzione, o l'interpretazione dello studio. Tutti coloro che hanno dato un contributo significativo devono essere elencati come co-autori. Qualora altri soggetti abbiano partecipato ad aspetti sostanziali del progetto di ricerca, devono essere riconosciuti ed elencati come contributori. L'autore di riferimento deve garantire che tutti i relativi coautori siano inclusi nel contributo, che abbiano visto e approvato la versione definitiva dello stesso e che siano d'accordo sulla presentazione per la pubblicazione.

Conflitto di interessi e divulgazione

Il contributo deve segnalare l'esistenza di conflitti finanziari od altre tipologie di conflitto d'interesse che possano influenzare i risultati o l'interpretazione del contributo. Tutte le fonti di sostegno finanziario al progetto devono essere indicate.

Errori negli articoli pubblicati

Qualora un autore riscontri errori significativi o inesattezze nel contributo pubblicato ha il dovere di comunicarlo tempestivamente all'Editore e cooperare con lo stesso al fine di ritrattare o correggere il contributo.

Politica di Green Open Access

La durata dell' "embargo" ai fini di catalogazione in open access di singoli contributi della Rivista in repository istituzionali(c.d. green open access), viene stabilita dall'Editore della Rivista, di volta in volta su motivata richiesta dell'interessato e non può essere inferiore ai due anni. L'Editore dichiara con comunicazione scritta l' "embargo" entro 20 giorni dalla richiesta dell'interessato, nel caso di mancata risposta il silenzio dell'Editore equivarrà a risposta di embargo di due anni.

PROCEDURA DI REVISIONE

I contributi che aspirano a essere pubblicati vengono trasmessi, per posta elettronica ed in formato Word, a uno degli indirizzi dei Direttori stefano.ambrosini@studio-ambrosini.it o ilcaso.benassi@gmail.com i quali dopo una prima delibazione, lo avviano al referaggio o revisione scientifica tra pari (*peer review*), una volta espunto dal testo ogni elemento idoneo a consentire l'identificazione dell'autore o dell'autrice.

Per contributi della Parte Prima della Rivista la revisione scientifica viene affidata, con il metodo del "doppio cieco", ad un componente del Comitato di valutazione, verificata l'assenza di conflitti d'interessi e di legami particolari (di parentela o affinità, di stretta amicizia, di colleganza nel medesimo Dipartimento o nella medesima Scuola accademica) con l'autore o con l'autrice.

Al *referee* viene richiesto di esprimere, entro il termine massimo di 15 giorni, la propria valutazione (positiva ovvero negativa) in ordine al fatto se il lavoro sottoposto al suo esame sia maturo per la pubblicazione nella Rivista, formulando e motivando un breve giudizio scritto, che viene inviato alla Direzione scientifica, la quale ne cura l'inoltro, in maniera anonima, all'autore/autrice dell'articolo.

Nel caso in cui la valutazione del *referee* risulti negativa, e comunque in ogni caso in cui si reputi opportuno un riscontro della prima valutazione, la Direzione scientifica della Rivista può decidere collegialmente di interpellare, con le medesime modalità del primo, un secondo *referee*, oppure, la Direzione della Rivista ha la facoltà, qualora ritenga comunque utile la pubblicazione, di pubblicare il lavoro nelle rubriche non oggetto di referaggio, con specifica indicazione.

Le schede contenenti le valutazioni espresse dai *referees* vengono archiviate e conservate a cura della Direzione della Rivista.

In linea con le previsioni del Regolamento dell'ANVUR, non sono di regola sottoposti a revisione scientifica (*peer review*): (a) i lavori pubblicati, a firma della Direzione o di uno o più condirettori, nella misura in cui si tratti di lavori specificamente rivolti alla rappresentazione di una determinata linea editoriale della Rivista ovvero al lancio di una determinata proposta culturale, il cui merito non è perciò assoggettabile ad una valutazione esterna; (b) gli articoli scaturiti dalla partecipazione a seminari o convegni.

In casi eccezionali, la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione di singoli contributi senza sottoporli a previa revisione scientifica, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2022 – Fascicolo I

Sezione I - Dottrina

Sommario

La “miniriforma” del 2021: primi commenti

STEFANIA PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)* 4

STEFANO AMBROSINI, *Composizione negoziata e concordato semplificato: il pendolo fra autonomia privata ed eterotutela dei creditori riprende a oscillare* 25

ROLANDINO GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato* 63

PAOLO FELICE CENSONI, *Il concordato «semplificato»: un istituto enigmatico* 91

ALBERTO MAFFEI ALBERTI, *Crisi dell'impresa, continuazione dell'attività e composizione negoziata*..... 109

ALBERTO JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul D.L. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*..... 122

ANTONIO DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021*..... 137

MASSIMO MONTANARI , <i>Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni</i>	153
PAOLO BASTIA , <i>Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata della crisi</i>	172
ALBERTO QUAGLI , <i>Riflessioni aziendali sulla ammissione alla composizione negoziata (d.lgs. 118/2021)</i>	201
PATRIZIA RIVA , <i>Ruolo e funzioni dell'esperto "facilitatore"</i>	210

Sezione II - Giurisprudenza

La "miniriforma" del 2021: prime decisioni

<i>Il primo caso di "abuso" del ricorso alla composizione negoziata - Tribunale di Brescia, 2 dicembre 2021,</i>	225
<i>Composizione negoziata: ricorso tempestivo e completo e fissazione dell'udienza per le misure protettive - Tribunale di Roma, 27 dicembre 2021,</i>	229
<i>Composizione negoziata: a chi va notificato il decreto che fissa l'udienza per la conferma o revoca delle misure protettive e cautelari? - Tribunale di Firenze, 29 dicembre 2021,</i>	231
<i>Società in liquidazione, mancanza di prospettive di risanamento e di permanenza sul mercato: revoca delle misure protettive - Tribunale di Arezzo, 16 aprile 2022</i>	233

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2022 – Fascicolo I

Sezione I - Dottrina

LE MISURE URGENTI IN MATERIA DI CRISI D'IMPRESA E DI RISANAMENTO AZIENDALE (OVVERO: I CAMBI DI CULTURA SONO SEMPRE DIFFICILI)

STEFANIA PACCHI

Sommario: 1. Premessa - 2. Il travagliato iter del Codice della crisi - 3. I rinvii dell'entrata in vigore del Codice e dell'allerta - 4. L'allerta codicistica e il cambio culturale sotteso - 5. La soluzione proposta dal d.l.: un'allerta "autogestita" - 6. Sulle orme della Direttiva *Insolvency* - 7. Le tappe della composizione negoziata e il ruolo dell'esperto - 8. Alcune riflessioni, anche di diritto comparato, derivanti dalla lettura del d.l. - 9. Conclusioni

Abstract: il contributo prende in esame il prolungato iter che ha condotto all'entrata in vigore del Codice della crisi, con un precipuo riferimento alle misure di allerta della crisi. In ottemperanza a quanto disciplinato dalla Direttiva 1023/2019 (c.d. Direttiva *Insolvency*) poi, l'elaborato presenta i passaggi che caratterizzano l'istituto della composizione negoziata della crisi e del ruolo dell'esperto.

Parole Chiave: Codice della Crisi, misure di allerta, Direttiva 1023/2019, composizione negoziata, esperto.

Abstract: the contribution examines the protracted process which led to the entry into force of the Italian *Insolvency Code* ("Codice della crisi"), with reference to the alert measures. Then, in accordance with the provisions of the Directive 1023/2019 (Directive on restructuring and *Insolvency*), the work submits the steps of the negotiated settlement of the business crisis institution and the role of the expert.

Keywords: Italian *Insolvency Code* ("Codice della crisi"), alert measures, Directive 1023/2019, negotiated settlement, expert.

1. Premessa

Scorrendo, sia pure a volo d'uccello, la storia dell'Ordinamento delle crisi d'impresa rintracciamo in ogni riforma il tentativo di proporre un cambiamento di passo al quale spesso dovrebbe corrispondere un cambio di cultura nell'approccio al tema e nella gestione delle soluzioni.

I cambi di cultura, però, non possono essere mai di immediato recepimento e allineamento implicando lo smantellamento di assetti di potere, di comportamenti e di convinzioni. Diventano ancora più difficili quando investono soggetti portatori di interessi eterogenei e contrapposti.

Quando poi il cambio di cultura investe il terreno dell'impresa, cosparso per sua natura di posizioni in conflitto tra loro, lo scontro con arroccamento nelle rispettive postazioni è inevitabile.

Lo scontro diventa più acceso quando il legislatore propone all'impresa un cambiamento deciso di rotta nell'affrontare e gestire la crisi.

Tutto ciò, in sintesi estrema, accade oggi in Italia con il Codice della Crisi e dell'insolvenza (di seguito "Codice" o CCII).

2. Il travagliato iter del Codice della crisi

Senza dubbio un iter travagliato quello del Codice per il quale il legislatore aveva previsto un inusuale lungo periodo di *vacatio* e che, allo scoppio della pandemia o meglio allo scoccare del *lock-down*, ha indotto il Governo - come primo pensiero - a rinviare di un anno la sua entrata in vigore.

Il 1° settembre 2021, la nuova data per l'entrata in vigore, avrebbe dovuto presentare un Codice armonizzato alla Direttiva Insolvency (1023/2019) se non che nel mese di gennaio è stato chiesto lo slittamento al luglio del 2022 per questo adeguamento.

Il legislatore "*inseguro y urgido*"¹ – incalzato dagli eventi e in assenza di previsioni attendibili, – con la decisione di rinviare l'entrata in vigore del Codice ha sicuramente operato una scelta drastica, accantonando, per questa emergenza, un testo legislativo pervaso da un'impostazione più moderna, in linea con le posizioni espresse dagli Organismi internazionali nei vademecum per le crisi e per la cui redazione tanto impegno era stato profuso.

Nonostante fossimo prossimi all'entrata in vigore, non ci siamo sentiti pronti ad operare con quel nuovo strumento legislativo. Altri Paesi hanno compiuto scelte diverse facendo anzi entrare immediatamente in vigore - proprio in ragione della pandemia e dell'esigenza di disporre di strumenti più moderni per

¹ L'espressione è di A. ROJO, *Reflexiones sobre el Derecho concursal de emergencia*, in <https://www.blog.fder.uam.es/2020/05/11/>.

affrontare le crisi - testi legislativi completamente rinnovati (penso alla Spagna con il *Texto Refundido* della *Ley Concursal* approvato il 5 maggio 2020², poco dopo, quindi, la dichiarazione dello stato *de alarma*).

Dinanzi a questo rinvio si sono levate voci o improntate a aperto e totale dissenso, o almeno caratterizzate da ragionevoli dubbi circa l'opportunità mancata, - l'entrata in vigore di un Codice al passo con i tempi - o almeno l'utilità di far vivere immediatamente, inserendole nel vigente assetto ordinamentale della crisi, alcune norme contenute nel CCII e utili nell'attuale fase economica³.

Da più parti, tutto si è pronosticato circa il destino del Codice.

Spinte e contropunte si sono succedute.

Da una parte, nell'ottobre scorso - quasi come un segnale della sua permanente attualità e della indiscussa volontà di rispettare la rinnovata data di entrata in vigore - è uscito il primo correttivo al CCI (D.Lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 contenente disposizioni integrative e correttive a norma dell'articolo 1, comma 1, della legge 8 marzo 2019, n. 20, al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155 (c.d. Decreto correttivo del Codice della crisi e dell'insolvenza).

Dall'altra - e a molti ha suonato come presagio di una "messa in soffitta" - con il maxiemendamento al D.L. 137/2020 è stata anticipata l'entrata in vigore

² Pubblicato nel BOE» núm. 127, del 7 maggio 2020 (in <https://www.boe.es/eli/es/rdlg/2020/05/05/1/con>)

ed entrato in vigore il 1° settembre 2020.

³ Mi limito qui a ricordare, da un lato, M. FERRO, *Codice della Crisi differito al 1° settembre 2021, fallimenti sospesi fino al 30 giugno 2020 e immediato cordone societario*, in *Quotidiano giuridico*, 9 aprile 2020, 1, il quale criticamente osserva che si è verificata "insieme alla pandemia Covid-19, la larga convergenza verso la sospensione delle regole concorsuali del futuro e la non applicazione di quelle del presente" e, in definitiva, intercettando "una robusta connessione con le stesse spinte demolitive che hanno accompagnato la tribolata riforma della crisi d'impresa". Sulla stessa linea dell'Autore citato anche R. RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, cit., 280 ss. Dall'altro: Di "corretta determinazione" a proposito del rinvio parla S. AMBROSINI, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in www.ilcaso.it, 21 aprile 2020, 2, cui adde L. PANZANI-G. CORNO, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it, 25 marzo 2020, 3; N. ABRIANI - G. PALOMBA, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, in www.osservatorio-oci.org, 25 marzo 2020, 13; M. FABIANI, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *Quotidiano giuridico*, 27 marzo 2020, 2.

di parte delle norme previste nel Codice in materia di sovraindebitamento, confluite così nella L.3/2012.

Se l'indubbia disastrosa situazione dell'area della non fallibilità giustificava ampiamente questa anticipazione, chi credeva nel CCII, come testo rilevante nel suo complesso e per il coordinamento che operava tra le diverse procedure, si preoccupava nuovamente e di più per la sua sorte anche perché, a ruota, il 3 dicembre 2020 veniva pubblicata nella G.U. la l. 27 novembre 2020, n. 159 che ha convertito il d.l. 125/2020 inserendo, all'art. 3, comma 1-bis, modifiche in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti, con riguardo al trattamento dei debiti tributari e contributivi, riscrivendo di fatto (ma con penna poco sciolta) la legge fallimentare negli artt. 180, 182-bis e 182-ter. Di nuovo si anticipava l'applicabilità di disposizioni contenute nel CCI altrimenti destinate ad entrare in vigore il 1° settembre 2021.

Da ultimo il 22 aprile scorso è stato firmato dalla Ministra della Giustizia un decreto che costituiva una Commissione per elaborare proposte di interventi sul «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza». Nel provvedimento di nomina – muovendo dalla presenza di un mutato contesto economico, la Commissione è stata investita del compito, oltre che di formulare proposte mirate all'attuazione della Direttiva, di valutare il differimento dell'entrata in vigore di alcune norme, nonché di avanzare ipotesi di modifica, integrazione e/o correzione di altre norme o perché affette da criticità o perché in frizione con le esigenze sorte in questa crisi pandemica. Il 1° giugno scorso la Commissione ha consegnato al Ministro il risultato dei lavori e il 5 agosto il Consiglio dei ministri ha approvato lo schema di un decreto legge “Recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia”⁴ (di seguito il “d.l.”). Il Capo I, che consta di 23 articoli, detta disposizioni nella materia che ci interessa.

3. I rinvii dell'entrata in vigore del Codice e dell'allerta

Il d.l. trova la sua giustificazione nella “straordinaria necessità e urgenza di introdurre 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”.

L'obiettivo immediatamente dichiarato è quello “di introdurre nuovi strumenti che incentivino le imprese ad individuare le alternative percorribili per la ristrutturazione o il risanamento aziendale e di intervenire sugli istituti di

⁴ La Bozza dello Schema del d.l. in questione è leggibile in diversi portali tra cui www.ilcaso.it.

soluzione concordata della crisi per agevolare l'accesso alle procedure alternative al fallimento esistenti".

Detto questo notiamo, però, che l'art. 1 non entra *in medias res*, disponendo invece in ordine ad un ulteriore differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi (slittata al 16 maggio 2022) dal quale si scorpora (fino al 31 dicembre 2023) l'entrata in vigore del Titolo II contenente la disciplina dell'allerta e della composizione assistita della crisi.

Il tutto attendendo altri interventi per l'adeguamento del Codice della crisi alla Direttiva, la cui entrata in vigore è differita dall'art. 1 del d.l. al 16 maggio 2022 ma del quale si prosegue nell'anticipare larghi brani (Accordi ad efficacia estesa ed agevolati, convenzione di moratoria, ecc.).

Dinanzi a questa disposizione possiamo affermare che con il gioco dei rinvii e delle anticipazioni ha preso corpo un processo al CCII che fino all'esplosione della pandemia serpeggiava ma che non era però salito alla ribalta con tanta decisione.

Non vi è dubbio che la pandemia, - evento che taluno, per la sua gravità ed improvvisa emersione, ha accostato al cigno nero degli economisti - ha determinato effetti, sicuramente disastrosi per l'economia, e destabilizzanti per l'ordinamento giuridico soprattutto se *in fieri*. Per l'economia l'evento è stato così devastante da avere un impatto anche sulla normativa per le crisi. L'apparato esistente, anche il più aggiornato, è apparso inadeguato. Da qui l'affanno dei legislatori per rivedere, correggere, integrare quel settore dell'ordinamento.

In Italia la domanda che sorgeva spontanea è stata se proseguire in un percorso che ci vedeva a metà di un guado (la vicina entrata in vigore del Codice della crisi) o fare marcia indietro; se intervenire sul Codice o, invece, sulla legge fallimentare con altre toppe che andrebbero a essere cucite su un tessuto vetusto, usurato e già abbondantemente sfilacciato che tanto filo da torcere offre ai giudici procurando un modestissimo grado di uniformità nell'applicazione delle norme.

Il d.l. di questi giorni sceglie quest'ultima opzione che, ancor prima di vederne i dettagli operativi, ingenera il dubbio di un dispendio di energie se poi - entro maggio 2022 - occorrerà presumibilmente ritraverse alcuni contenuti nel Codice (ricordo di nuovo) da adeguare alla Direttiva. Come dire che mentre altri Paesi (Spagna) - pur avendo come noi richiesto la proroga di un anno per il recepimento - già stanno varando il nuovo testo della loro legge concorsuale, noi stiamo attendendo una riforma della legge che tra meno di un anno metteremo in soffitta.

Probabilmente pressanti esigenze emergenziali unite a tanti *rumors* di aperto scetticismo sulla cultura del Codice hanno indotto, intanto, ad operare così.

Viene allontanato, infatti, nel tempo l'istituto d'allerta, vissuto soprattutto dalle piccole medie imprese come uno spettro.

Disegnato nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale, quindi, la preponderanza delle imprese non sia colpita dalla crisi, e nel quale sia possibile concentrare gli strumenti sulle imprese che presentino criticità, è apparso pericoloso quando l'intero tessuto economico risulta colpito da una gravissima forma di crisi.

La disciplina dell'allerta – prevista anche dalla sfumata Direttiva *Insolvency*, strumento unionale di *hard law* redatta in maniera estremamente *soft* e duttile – presenta norme sfaccettate. Può essere rigida, forse oggi troppo per certi aspetti, ma è anche premiale.

E poi mentre siamo andati alla ricerca di uno strumento stragiudiziale che potesse aiutare le imprese in pandemia (creando perfino un “ircocervo”⁵) avevamo davanti, la composizione assistita della crisi che costituisce un “tavolo negoziale”, “un percorso preconcorsuale” gestito dall'OCRI e che può condurre alla stipulazione di un accordo depositato presso quest'organismo, pubblicabile presso il registro delle imprese su richiesta del debitore e con il consenso dei creditori interessati, conosciuto soltanto da quei creditori che vi hanno partecipato e che sono tenuti alla riservatezza, privo di attestazione sulla fattibilità, sottratto a qualsiasi controllo giudiziale, che genera effetti soltanto tra gli aderenti, coperto (su richiesta al giudice presentata dal debitore) dalle azioni esecutive e dalle eventuali successive azioni revocatorie (ordinarie e fallimentari), e favorito dalla altrettanto possibile sospensione degli obblighi societari (art. 20, comma 4, CCII).

Sono queste caratteristiche che pongono la composizione assistita in linea con i principi sugli strumenti per l'insolvenza che recentemente la Banca mondiale, insieme a UNCITRAL, hanno rinnovato avendo l'occhio puntato sulle micro e piccole imprese che “affrontano svantaggi unici nella navigazione in sistemi fallimentari complicati e che richiedono tempo. Oggi queste imprese potrebbero non avere le risorse per assumere avvocati e hanno più difficoltà a ottenere finanziamenti, un elemento chiave di una ristrutturazione produttiva”.

In questo tipo di economia, la composizione assistita può supportare l'impresa nel suo percorso di recupero con l'intervento di un Organismo *super partes*, con compiti di *advisor* e di facilitatore nelle trattative. L'OCRI, il cui successo è legato a come verrà attuato, è una innovazione importante.

⁵ Così definito da S. AMBROSINI per la sua non ben definita natura (*La rinuncia al concordato preventivo dopo la legge (n. 40/2020) di conversione del “decreto liquidità”: nascita di un “ircocervo”?* in www.ilcaso.it, 10 giugno 2020).

Vedo andare diversamente le procedure in Paesi che dispongono di un organismo (un'istituzione di diritto pubblico competente alla regolamentazione delle crisi) - ben formato - che svolge compiti di facilitatore, di *advisor* e in certi casi di giudice. Anche l'OCRI, però, è stato fin da subito oggetto di critiche, talvolta ammantate di un malcelato e preconconcetto timore corporativo. Probabilmente uno studio di diritto comparato avrebbe potuto far meglio inquadrare l'ente facendo cadere i pregiudizi e i timori manifestati soprattutto dalla classe professionale.

4. L'allerta codicistica e il cambio culturale sotteso

La disciplina dell'allerta costituisce il cuore del cambio di cultura che si voleva conseguire con il Codice⁶ e che negli anni addietro abbiamo più volte inseguito con interventi che di volta in volta speravamo potessero indurre le imprese verso un'immediata e operosa consapevolezza dell'incipiente stato di crisi, fosse anche indicato soltanto da deboli segnali avvertibili comunque nell'*interna corporis*.

Per anni abbiamo inseguito, invano, l'efficacia e l'efficienza delle procedure concorsuali, sia liquidative che conservative.

La corsa a introdurre strumenti per facilitare concordati e accordi si è rivelata inutile a fronte degli insuccessi registrati. Anzi di alcuni è stato denunciato, da parte prima di tutti della stessa classe imprenditoriale, l'utilizzo abusivo, quindi pericoloso, perché mezzo per alterare l'equilibrio concorrenziale.

Conosciamo i numeri dei concordati ineseguiti così come conosciamo gli alti - altissimi costi - di questi strumenti. Inefficacia e inefficienza palese di cui tutti noi dobbiamo farci carico come avevamo fatto quando, in tempi non sospetti (2015), siamo corsi ai ripari con la nomina della commissione Rordorf nelle cui mani è stata posta la richiesta - allora condivisa dai più - di un cambio di cultura che doveva esprimersi attraverso: un organizzato monitoraggio sulla gestione e sui segnali di crisi, una richiesta di attenzione imposta ai creditori pubblici qualificati (una solidarietà per raggiungere un risultato utile per le parti e per tutti gli *stakeholders*) per un tempestivo accesso alle procedure, una marginalizzazione delle liquidazioni autogestite e una continuità vera perché altrimenti sarebbe stato meglio un'onesta liquidazione giudiziale che, se giunta prima del logoramento del patrimonio aziendale, avrebbe potuto conservare qualche valore.

⁶ Sul cambio di cultura che con l'allerta codicistica si voleva introdurre v. anche D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare*, in www.ilfallimentarista.it, 27 luglio 2021.

Il sistema veniva declinato nella versione finale del Codice in un percorso che – muovendo dalla sfiducia in comportamenti virtuosi dell'imprenditore - prevede meccanismi deputati a scattare al momento del verificarsi di inadempimenti: consulenze fornite da organizzazioni pubbliche e private; incentivi per i creditori che collaborino; strutture informative accessibili, soprattutto a tutela dei lavoratori per i quali gli Stati possono creare supporti per valutare la situazione economica del debitore.

Su questa scia, fa l'ingresso nel nostro Ordinamento (artt. 12-15 CCII)⁷ un sistema di allerta che costituisce un sensibile cambiamento per tutte le imprese: piccole - "compatibilmente con la loro struttura organizzativa", medie, imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa con esclusione delle grandi imprese, dei grandi gruppi, delle s.p.a. con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse tra il pubblico in misura rilevante.

La tempestività diventa, così, "la cifra" dell'attuale diritto delle crisi con importanti ricadute in termini di comportamenti dovuti e, quindi, di responsabilità.

Con il CCII assistiamo alla creazione in tutte le imprese - individuali societarie, commerciali e non, e anche in quelle non formalmente imprenditoriali (associazioni, fondazioni e consorzi che esercitano un'impresa), - di una rete di monitoraggio per l'esatta e immediata rilevazione dei segnali di crisi e di conseguente impulso per l'assunzione di rapide decisioni sul metodo per superare le difficoltà. Agli organi interni dell'impresa, creando assetti organizzativi, amministrativi e contabili adeguati e controllando incessantemente sulla loro conformazione e funzione, spetta il compito di cogliere ogni sintomo di malfunzionamento mentre ai creditori qualificati, esterni ma pur collegati all'attività, vigilando sullo stato delle obbligazioni facenti capo all'impresa, spetta quello di denunciare tempestivamente agli amministratori ritardi significativi negli adempimenti provocando una loro attivazione.

La rete ha però l'ulteriore funzione di impulso – che costituisce in definitiva l'essenza dell'allerta – dovendo l'organo amministrativo, recepite le segnalazioni, attivarsi immediatamente e, allora, scegliere il percorso ritenuto più adeguato alla dimensione e natura della crisi, altrimenti innescandosi un meccanismo che dovrebbe spingere l'impresa verso una composizione assistita "indotta" o, altrimenti, verso la liquidazione giudiziale per la quale anche l'organo di controllo detiene la legittimazione alla richiesta.

⁷ Ai quali poi devono essere aggregati nell'analisi dell'istituto sia le norme – artt. da 16 a 18 - sull'Organismo di gestione della crisi (OCRI), sia quelle – artt. da 19 a 23 - sulla composizione assistita della crisi), sia, infine, quelle (artt. 24 e 25) sulle misure premiali.

L'istituzione del sistema di allerta non comporta, quindi, soltanto prescrizioni, organizzative e comportamentali, alle quali l'impresa deve attenersi una volta emersi alcuni segnali di difficoltà.

L'impostazione del CCII è molto più elaborata muovendo da un palinsesto che, a prescindere dalla situazione nella quale l'impresa potrà trovarsi durante la sua vita, deve partire da una base organizzativa (l'assetto) stabilmente adeguata vuoi per la gestione corrente, vuoi per intercettare senza ritardi la crisi.

Il Legislatore disegna norme comportamentali dell'imprenditore e degli organi societari che, se disattese, fanno scattare responsabilità.

Rilevati i segnali di crisi l'operato degli amministratori si pone su una linea obbligata: quella di attivarsi per individuare una soluzione. Saranno insindacabili (secondo *la business judgement rule*) le scelte sullo strumento prescelto ma non il difetto organizzativo che abbia condotto alla tardiva rilevazione e, conseguentemente, adozione di un rimedio.

Quello disegnato dal Codice è quindi un sentiero nel quale, una volta che l'impresa vi sia fatta entrare, lo sbocco è tracciato: quello della composizione assistita o quello di una procedura concorsuale concordataria o liquidativa.

È vero, non si tratta di un sentiero pianeggiante, presenta asperità ma così volevamo che fosse, convinti ormai che tutti i tentativi fino ad allora compiuti per indurre alla tempestività fossero stati deludenti.

Occorreva un deciso cambio di cultura che, consegnando un dovere di segnalazione anche ai soggetti esterni all'impresa, sospingesse l'imprenditore (volente o nolente ma comunque accompagnato dall'Organismo di composizione della crisi) verso una soluzione.

Non vi è dubbio ora che questo sistema di allerta impatta sull'impresa, civilisticamente inquadrata come bene del soggetto che organizza i fattori produttivi e che, così stando le norme, viene condizionato nella propria autodeterminazione per quanto sia riguarda l'immissione nel percorso, sia l'assistenza "imposta" di un organismo collegiale (OCRI).

Ora da un lato è indiscutibile che "il sistema dell'allerta è stato concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale, quindi, la preponderanza delle imprese non sia colpita dalla crisi, e nel quale sia possibile conseguentemente concentrare gli strumenti predisposti dal codice sulle imprese che presentino criticità. In una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, invece, gli indicatori non potrebbero svolgere alcun

concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli”⁸.

Dall’altro però risponde a un progetto culturale sull’impresa da tempo coltivato e che rispecchia l’inquadramento dell’impresa nel solco di una rilevanza sociale, fatto proprio anche dalla Direttiva. Da ciò dovrebbe conseguenzialmente discendere l’impegno a gestirla, *in bonis* e in crisi, nel rispetto responsabile di tutti gli interessi coinvolti.

Questi e non altri i sono punti del cambio di cultura proposto dal Codice: **in primis** nel fare impresa e **in secundis** nel gestire la crisi.

Adesso con questo d.l. (approvato dal CdM il 5 agosto scorso) – in ragione, pare, della pandemia - si opta per l’accantonamento di questa linea.

5. La soluzione proposta dal d.l.: un’allerta “autogestita”

Il d.l. dopo questi differimenti attesi ma non banali, detta disposizioni (artt. 2-23) nelle quali sono immediatamente individuabili i sentieri esplorati: qualcosa di nuovo e qualcosa di rivisto e corretto. Insomma, nuovi e ulteriori interventi sulla legge fallimentare del ’42, in parte integrativi (con i nuovi strumenti), in parte di riforma (con anticipazioni di norme del Codice).

Non c’è dubbio che questa crisi, del tutto inaspettata e inedita, premeva, ormai da oltre un anno, perché si mettesse a disposizione delle imprese (come del resto qualche Ordinamento ha fatto) uno strumento efficace – avendo presente che non siamo il paese dei grandi gruppi bensì delle piccole-medie imprese – perché le moratorie che hanno tamponato una situazione sono scadute o sono in scadenza.

Come è prevedibile – lo nota anche la World Bank in un documento dell’8 marzo scorso - un aumento delle dichiarazioni di insolvenza è stato solo posticipato, non evitato. Per alcune imprese, un sostegno temporaneo alla liquidità e una sospensione dell’esecuzione da parte dei creditori (un periodo di “ibernazione”) forse saranno sufficienti per tornare alla redditività economica dopo che la pandemia è finita. Altre aziende si troveranno sull’orlo dell’insolvenza nei prossimi mesi e vi è il rischio che le “imprese zombie” rimangano sul mercato. Questo deve essere evitato. Lo ha ricordato nel discorso di insediamento anche l’attuale Presidente del Consiglio.

Ecco, quindi, che la scelta di fondo – la messa a disposizione delle imprese di un nuovo “attrezzo” – può essere condivisa.

⁸ F. SANTANGELI – A. FABBI, *Il (giusto) differimento, in ragione dell’emergenza, della entrata in vigore del codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza; ma è indispensabile che alcune norme entrino in vigore immediatamente*, in www.ilcaso.it, 16 aprile 2020.

Venendo al contenuto più specifico del d.l., senza però avventurarmi in un commento analitico, osservo una rielaborazione del cambio di cultura proposto dal Codice della Crisi con sostanziale addomesticamento dei precetti. Intendo dire che il legislatore del d.l. mentre allontana nel tempo l'allerta codicistica, "lavora" sul tema accostandosi all'impostazione della Direttiva *Insolvency* che, in ogni modo, impone l'adozione di sistemi di rilevazione precoce della crisi.

Il d.l. di fatto baratta però segnali, indicatori e indici con uno strumento compositivo negoziale per la soluzione della crisi d'impresa con l'obiettivo di superare l'incipiente crisi, se necessario, anche mediante il trasferimento dell'intera azienda o di rami di essa.

A partire dal 15 novembre 2021, per la conservazione di attività ancora sane, tutti gli imprenditori (commerciali e agricoli e senza preclusioni dimensionali) che si trovino in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che rendano probabile l'insolvenza, o anche solo la crisi, potranno utilizzare la "composizione negoziata della crisi" (artt. 2 ss.) Si tratta di un percorso che mira a prevenire la crisi o l'insolvenza, e che concede a chi vi aderisce una serie di incentivi fiscali, dalla rateizzazione delle imposte non versate all'abbattimento di sanzioni e interessi.

Anche il metodo con cui si cerca di attirare l'imprenditore verso un approccio tempestivo cambia: da quello del "bastone e la carota" si passa a quello della sola "carota" e per giunta servita su un vassoio allestito senza "inquietanti contorni finali", che invece appaiono nell'allerta codicistica.

Il legislatore mette, infatti, a disposizione uno strumento collocato fuori dalle aule di giustizia e volontario. Soltanto l'imprenditore spontaneamente può avvalersi dello strumento quando risulti "*ragionevolmente perseguibile*" il risanamento dell'impresa senza avere il timore, in caso di insuccesso, di trovarsi al cospetto del PM e di avere un tracciato concorsuale ormai segnato e inevitabile.

L'imprenditore, però, non è solo ad effettuare questo percorso compositivo. È affiancato da un esperto indipendente, imparziale e tenuto alla riservatezza, selezionato da un elenco di esperti costituito presso ogni CCIA. A questo soggetto, che si vuole di specifica professionalità, è attribuito il compito di agevolare le trattative volte al risanamento dell'impresa, proponendo formule per la ristrutturazione dell'impresa e/o la rinegoziazione delle obbligazioni, muovendo dal reale quadro patrimoniale-finanziario del debitore, e in assenza di un esito positivo della composizione, rimanendo quale ultima spiaggia la liquidazione, perseguire l'ottimizzazione del soddisfacimento dei creditori. In sostanza la composizione negoziata si snoda su una sorta di mediazione assistita volontaria (e riservata).

Ciò che il d.l. propone è un edulcoramento concettuale dell'allerta⁹ che, muovendo da un principio (nel nostro Ordinamento evidentemente inattaccabile), quello del monopolio dell'imprenditore nell'emersione della crisi, si accompagna con il recepimento delle linee tracciate dal legislatore unionale quasi in punta di penna.

Dagli strumenti di tempestiva rilevazione della crisi si passa a uno strumento che ha in potenza l'attitudine ad essere utilizzato precocemente dall'imprenditore appena questi rilevi "squilibri" patrimoniali o economico-finanziari che rendono probabile la crisi o l'insolvenza.

Il d.l. apre quindi a uno strumento stragiudiziale che vuole essere chiaro e trasparente (per assicurarne la facilità di utilizzo da parte del debitore e dei terzi coinvolti), e che può essere utilizzato in situazioni che potrebbero comportare la probabilità di crisi o di insolvenza ma senza malviste "ingerenze" e pungoli esterni.

Rimane – e non potrebbe essere diversamente vista l'entrata in vigore delle disposizioni circa gli adeguati assetti – il compito dei sindaci di monitorare (anche sugli assetti) in ordine alla rilevazione tempestiva della crisi per comunicare agli amministratori sussistenza dei presupposti per la presentazione della richiesta di accesso alla composizione negoziata (art. 15)¹⁰. A questa loro segnalazione, se tempestiva, e poi la vigilanza sull'andamento delle trattative, è riconducibile l'esonero o l'attenuazione da responsabilità. Successivamente, imboccato il sentiero della composizione negoziata, gli organi di controllo dovranno fornire all'esperto ogni opportuna informazione (art. 5, comma 5).

6. Sulle orme della Direttiva *Insolvency*

Si opera un adeguamento alla Direttiva 1023/2019¹¹ con l'introduzione della piattaforma telematica nazionale (di cui all'art. 3 del d.l.), accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di

⁹ Di un'allerta che "sembra quasi rifluire sull'archetipo del modello francese" parla D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare*, cit.

¹⁰ La previsione del d.l. non legittima, pertanto, un'interpretazione diretta a spogliare di centralità la posizione dell'organo di controllo: N. ABRIANI-N. CAVALLUZZO, *Il collegio sindacale deve segnalare condizioni di squilibrio*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 agosto 2021, 29.

¹¹ Sulla Direttiva *Insolvency*, ex multis, L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *www.ilcaso.it*, ottobre 2019; S. PACCHI, *La ri-strutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, 1259 ss.; L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, 873 ss.; P. VELLA, *I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 2019/1023 e nel diritto nazionale*, *ivi*, 2020, 1033 ss.

ciascuna Camera di commercio e avente funzioni informative e di attivazione del percorso compositivo negoziale.

La piattaforma costituisce a un supporto informativo perché conterrà una check-list particolareggiata con le *“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.”* L'imprenditore accede alla piattaforma accessibile dal sito della Camera di commercio presso il cui Registro delle imprese è iscritto ed effettua il test che consente una valutazione preventiva sulla effettiva possibilità di risanare l'impresa.

Sussistendo tale requisito (condizione necessaria per poter attivare il nuovo strumento), l'imprenditore carica sulla piattaforma l'istanza di accesso alla procedura consistente nella richiesta di nomina dell'esperto indipendente (art. 3), allegando la documentazione richiesta¹². In seguito al deposito dell'istanza riceverà l'assegnazione dell'esperto.

I “servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private” previsti dalla Direttiva che comunque erano accolti dal Codice con l'OCRI vengono adesso affidati ad un esperto indipendente che ha il compito di individuare, insieme al debitore, le possibili misure per porre rimedio allo stato di crisi incipiente e di agevolare le trattative per giungere, esistendo i presupposti da lui stesso verificati, alla composizione della crisi.

Dove il d.l. opera l'adeguamento alla Direttiva è soprattutto rispetto alla declinazione dell'informativa prevedendo di attribuire sia al debitore che ai rappresentanti dei lavoratori l'accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti disponibili, come pure sulle procedure e misure di

¹² Il debitore dovrà immettere nella piattaforma: 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'IIVA degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza; 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; l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia; una dichiarazione sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza; il certificato unico dei debiti tributari di cui all'articolo 364, comma 1, del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14; la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate-Riscossione; il certificato dei debiti contributivi e dei premi assicurativi di cui all'articolo 363, comma 1, del decreto legislativo n. 14/2019, oppure, se non disponibile, il documento unico di regolarità contributiva; un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

ristrutturazione. Tali informazioni dovranno essere pubblicamente disponibili online, in modo da risultare di pronta e facile consultazione, atteso che la buona riuscita del progetto presuppone - specie per i soggetti imprenditoriali meno attrezzati, come le PMI - un sistema agevolmente accessibile, chiaro e fruibile. Ciò sta a significare che solo un debitore compiutamente informato su tutti gli strumenti della concorsualità resi disponibili può avere la consapevolezza necessaria per agire tempestivamente e prevenire adeguatamente le degenerazioni dei momenti di crisi, connaturati all'esercizio dell'impresa. Inoltre, il d.l. prevede che

Il d.l. non recepisce, invece, la facoltà, prevista dalla Direttiva, di fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore non riconoscendo, quindi, la necessità di uno sforzo ulteriore da compiere per renderne effettiva l'informazione, attraverso un concreto supporto nella complessa fase valutativa.

7. Le tappe della composizione negoziale e il ruolo dell'esperto

Una volta accettato l'incarico, l'esperto convoca "senza indugio" l'imprenditore, che partecipa personalmente e può farsi assistere da consulenti. Per individuare una soluzione adeguata l'imprenditore dispone di 180 giorni.

La disciplina disegnata nel d.l. è orientata verso un operare rapido, snello e veloce, scevro da lentezze e farraginosità burocratiche. Non manca la copertura delle trattative che scatta fin dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive nel Registro delle imprese. Da un lato sono inibite le azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e sull'azienda e, per espressa previsione, la pronuncia di fallimento; dall'altro non possono acquisirsi diritti di prelazione, se non concordati con l'imprenditore. Sono, invece, esclusi dal cono delle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori. Soltanto in tre ipotesi il debitore "entra" in tribunale. In primo luogo, per la conferma o modifica delle misure protettive e per l'adozione di provvedimenti cautelari (unico caso in cui la procedura stragiudiziale, ma limitatamente a questo aspetto, si incontra con il giudice); in secondo luogo, per la richiesta di finanziamenti prededucibili e trasferimenti d'azienda (art. 10); In terzo luogo, quando l'esperto inviti le parti a rinegoziare i contratti ad esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita, nel caso in cui la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa in seguito alla pandemia. Se le parti non si accordano il tribunale, su domanda dell'imprenditore, potrà rimodularli.

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. Per questi ultimi,

se non coerenti con il corso delle trattative o con il progetto di risanamento, così come per gli atti di straordinaria amministrazione, è prevista un'informazione all'esperto che, ravvisandovi un possibile pregiudizio ai creditori, lo segnala al debitore e all'organo di controllo. Se nonostante la segnalazione l'atto viene compiuto egualmente, l'esperto iscriverà il proprio dissenso nel registro delle imprese, in particolare quando l'atto rechi pregiudizio ai creditori. Detta iscrizione priva i suddetti atti dell'esenzione da revocatoria (art. 12, comma 3).

La gestione per la continuità dell'impresa è assicurata dalla prosecuzione dei contratti (l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti concessi all'imprenditore) 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. che si verifica grazie a una dichiarazione contenuta nella stessa istanza di nomina dell'esperto (art. 8).

Il principio del “*debtor in possession*” – uno dei punti centrali della Direttiva *Insolvency* – trova applicazione ed è bilanciato, per un verso, dall'onere informativo, che implica completezza e trasparenza documentale, per un altro, dal dovere di gestire “senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori”.

La scelta che vorrebbe sortire un risparmio di tempo e di denaro è comunque coraggiosa, essendo una scommessa su correttezza, lealtà e responsabilità dei comportamenti. Il capovolgimento, anche culturale, rispetto all'impostazione codicistica è netto¹³.

Come è stato scritto: “Se tanto possa bastare a sospingere l'imprenditore in affanno, ma pur sempre riottoso, sulla pista della negoziazione “vigilata” è presto per dirlo”¹⁴.

Se l'esperto individua effettive possibilità di risanamento, si apre il tavolo delle trattative con la partecipazione di tutti coloro che sono interessati al risanamento. Se sono assenti prospettive di risanamento, l'esperto dispone, invece, l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata senza che ciò sorta alcun condizionamento per l'impresa, che è però auspicabile assuma a quel punto altra iniziativa per rimuovere la crisi non avendo il legislatore previsto l'iniziativa dei creditori per il concordato¹⁵. Questi potranno brandire soltanto

¹³ V. anche M. FABIANI, *La proposta della Commissione Pagni all'esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in www.dirittodellacrisi.it, 2 agosto 2021.

¹⁴ S. LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema di DL recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 agosto 2021, 3.

¹⁵ Il cammino verso l'apertura dell'iniziativa ai creditori – e non della semplice concorrenza co- me l'art. 163 l. fall. ammette – si prevede ancora lungo. Segnali, sia pur deboli, giungono però dalla Spagna, dal Costa Rica e dall'Uruguay (Ordinamento largamente ispirato alla

l'arma della richiesta di fallimento che, se dichiarato, potrà mettere in discussione la tenuta di atti di dubbia legittimità o coerenza compiuti precedentemente.

La conclusione delle trattative può sfociare (art. 11) nella 1) stipulazione di un contratto con uno o più creditori che, in presenza della positiva relazione finale dell'esperto sulla conservazione della continuità per almeno due anni, farà scattare la premialità. Alternativamente si può giungere a 2) una convenzione di moratoria oppure a 3) un accordo sottoscritto dalle parti e dallo stesso esperto – che diventa garante dell'esecuzione degli impegni assunti dal debitore con possibili inquietanti scenari di responsabilità - ma privo di attestazione e, ciò nonostante, avente gli effetti del piano attestato di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.

Se non è possibile raggiungere una delle tre soluzioni indicate, l'imprenditore potrà ricorrere ad uno degli strumenti "tradizionali" della legge fallimentare, optando o per la convenzione di moratoria, o per il piano attestato di risanamento o per l'accordo di ristrutturazione.

Vi è, infine, la possibilità di accedere a un concordato preventivo per la liquidazione del patrimonio (art. 18) che potrà essere attivato entro sessanta giorni dall'esito negativo delle trattative avviate con la composizione negoziata della crisi. Si tratta della domanda di omologazione di un concordato semplificato sia perché non sono presenti i vincoli satisfattivi previsti nella Legge fallimentare sia perché è privo di votazione¹⁶, i creditori essendo tutelati dal diritto di opposizione. Una rivitalizzazione del concordato preventivo liquidatorio – senza votazione, con possibilità di liquidare a chi ha formulato un'offerta senza vendite competitive, essendo sufficiente che il liquidatore giudiziale verifichi "l'assenza di soluzioni migliori sul mercato", e con una omologazione previo accertamento di fattibilità del piano, dell'assenza di pregiudizio per i creditori in generale e di presenza di un'utilità per ciascun creditore - o altre soluzioni stragiudiziali.

Ciò che è assente è uno scivolamento obbligato verso uno di questi strumenti.

legislazione spagnola). Su questo tema, con riferimenti di diritto comparato, rinvio al mio saggio *Una possibile alternativa per la continuità indiretta: l'acquisto dell'azienda da parte dei lavoratori*, in S. AMBROSINI (a cura di), *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, Torino, 2021, pp. 23 ss..

¹⁶ Una recente pronuncia del Tribunale di Benevento (14 aprile 2021, Est. Monteleone, in www.Diritto.dellacrisi.it) aveva già proposto (argomentando ex art. 177 l. fall) la possibilità di semplificare/velocizzare il concordato preventivo non ricorrendo alla votazione nel caso in cui la proposta preveda l'integrale soddisfacimento dei creditori e il tribunale ritenga fattibile il piano.

In questa composizione negoziale il compito dell'esperto è non solo quello di promuovere e facilitare il dialogo ma anche di individuare e proporre soluzioni. Dobbiamo immaginare allora una collaborazione con i consulenti dell'imprenditore? Da come presentato siamo dinanzi a un regista non solo degli interventi delle parti (debitore, creditori e altri *stakeholders*) ma anche dei consulenti che affiancano l'impresa. In sostanza saremmo dinanzi ad un soggetto che è molto più di un facilitatore perché avrebbe il potere di indirizzare la "recita" secondo la propria interpretazione del copione. Insomma, se la presenza di un facilitatore – che peraltro risponde a un diffuso *trend* normativo – può apparire utile per una ordinata ed efficace trattativa, quella di un regista, invece, evoca la possibilità di conflitti che nuocerebbero al raggiungimento della soluzione della crisi.

8. Alcune riflessioni, anche di diritto comparato, derivanti dalla lettura del d.l.

Come già avevo notato¹⁷, in tempi di crisi estreme come l'attuale devono aprirsi spazi per soluzioni meno burocratiche delle esistenti – proponevo uno strumento chiaro e accessibile senza dover provare stringenti requisiti e passare da complesse procedure - e che consentano una rinegoziazione delle obbligazioni retta dai canoni di collaborazione e lealtà connessi al solidarismo contrattuale.

Ciò tanto più quando esistono disequilibri tra le parti in termini di conoscenza tecnica e informazione (è il problema, in particolare, delle pmi) e quando – come avviene in questa "insolpandemia" - ciascuna delle parti è allo stesso tempo debitore e creditore.

Inoltre, si deve tenere in conto che un ricorso massiccio alle procedure formali di ristrutturazione potrebbe causare gravi danni.

Innanzitutto, vi è un problema di costi che rendono quelle procedure (specialmente quando di lunga durata) scarsamente fruibili in questa fase. Dall'altro vi sarebbe un problema di aggravio della struttura giudiziaria che non sarebbe in grado di rispondere efficacemente. Ne consegue che l'ordinamento delle crisi deve offrire "alternative consistenti in misure lineari, chiare e fondamentalmente semplici, che risultino più convenienti rispetto agli esistenti strumenti di negoziazione preventiva senza tradurli in una procedura formale, articolata in controlli, attestazioni e autorizzazioni (come il concordato

¹⁷ S. PACCHI, *L'impatto del virus Corona-19 sul diritto della crisi*, in S. PACCHI e A. PISANESCHI (a cura di), *Finanziamenti e diritto della crisi nell'emergenza*, Giappichelli, 2020, in particolare 157 e ss. e S. PACCHI, *Quale sistema e quale strumento per la "Insolpandemia"?*, in S. AMBROSINI e S. PACCHI (diretto da), *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, in particolare 592 ss.

preventivo e, in parte, come gli accordi di ristrutturazione)”¹⁸ e che si snodino presso “un foro neutrale (come quello delle Camere di Commercio) che possa mettere a disposizione mediatori e arbitri di provata esperienza”. Lo strumento negoziale non è, infatti, imperniato sulla contrapposizione tra debitore e creditori, ma piuttosto sulla ricerca congiunta di una risposta adeguata al problema che affligge tutti, cercando di puntare alla conservazione della relazione economica. L’accordo si proietta così oltre la soluzione del debito¹⁹.

Scrivevo anche che tali misure potrebbero prevedere un codice di condotta per le negoziazioni (come, ad esempio, i Principi redatti da *Insol*). In ogni modo osservavo che la legge fallimentare deve continuare a essere l’alternativa nel caso in cui le negoziazioni non procedano a un ritmo ragionevole e costituire anche una barriera contro le tattiche dilatorie dei creditori.

Queste mie considerazioni muovevano però dalla possibilità che avevo avuto di seguire gli interventi del Legislatore colombiano che durante lo stato d’emergenza dovuto alla pandemia, muovendo da una visione sistemica, anziché varare la riforma concorsuale pronta per la pubblicazione, sceglieva di emanare norme eccezionali di diritto temporale (resteranno in vigore per due anni) che racchiudono specifici e diversificati procedimenti a seconda della dimensione delle imprese.

Si trattava del decreto 560 del 15 aprile 2020²⁰ diretto a creare un “ecosistema di recupero imprenditoriale, ampio e inclusivo che faciliti la conservazione dell’impresa e del lavoro, senza trascurare il credito e che comprenda tutti gli attori dell’economia fornendo soluzioni effettive e agili, al fine di affrontare efficacemente la crisi imprenditoriale generata dal Covid-19 e del decreto 772 del 3 giugno 2020²¹ che introduceva un procedimento di riorganizzazione abbreviato e uno di liquidazione semplificato per le micro e medie imprese (soltanto se affette da crisi da Coronavirus) e con la funzione di velocizzare il recupero della continuità dell’impresa e dell’impiego, facilitando di converso il pagamento dei creditori nel caso di imprese ormai decotte). In ogni caso si tratta di procedimenti agili e efficienti.

¹⁸ S. PACCHI, *L'impatto del virus Corona-19 ecc.*, cit., 161.

¹⁹ Sul punto anche J. L. GOLDENBERG, *Repensar el derecho de la crisis desde la crisis*, leggibile in www.dictumabogados.com.

²⁰ Decreto Ley 560/2020 “Por el cual se adoptan medidas transitorias especiales en materia de procesos de insolvencia, en el marco del Estado de Emergencia, Social y Ecológica”, in <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=113637>.

²¹ Decreto Ley 772/2020 “Por el cual se dictan medidas especiales en materia de procesos de insolvencia, con el fin de mitigar los efectos de la emergencia social, económica y ecológica en el sector empresarial”, in <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=127362>.

Il decreto 560/2020 crea due nuovi strumenti stragiudiziali (accordi di riorganizzazione e in un procedimento per recuperare la continuità dinanzi alla camera di commercio) idonei alla riorganizzazione imprenditoriale e che permettono una soluzione veloce e adeguata a ciascuna crisi nel rispetto dei differenti settori dell'economia. Il debitore ha a disposizione un arco temporale di 3 mesi per negoziare direttamente con i creditori e durante il quale si sospendono i processi di esecuzione, i pagamenti coattivi, la restituzione di cose in possesso del debitore e l'escussione di garanzie; si permette di differire il pagamento delle obbligazioni per spese di amministrazione che i debitori reputino necessarie, il che non include salari, contributi fiscali o sicurezza sociale. È permesso concludere negoziazioni parziali soltanto con la categoria di creditori con i quali si ritiene di risolvere la crisi senza incidere sugli altri creditori. Le obbligazioni con gli altri creditori devono essere adempiute (nel giro ordinario) nell'ambito della normale attività.

Il giudice omologherà l'accordo. Se l'accordo non viene raggiunto o se non ottiene l'omologa, il debitore potrà però ricorrere al procedimento ordinario di riorganizzazione disciplinato dalla Ley concursal.

Il Procedimento di recupero presso le camere di commercio – il più innovativo strumento “*to flatten the filing curve*”²² - consiste, invece, in un meccanismo che va a complementare il regime di riorganizzazione, nel quale le camere di commercio direttamente, o attraverso i loro centri di conciliazione, offriranno, in un ambiente regolamentato, utilizzando la mediazione come meccanismo di risoluzione dei conflitti, la risoluzione delle controversie e, al termine della negoziazione, verrà stipulato un accordo per la sua successiva convalida giudiziaria. Anche questo procedimento avrà una durata massima di tre mesi. Ugualmente l'inizio del procedimento importerà automaticamente la sospensione dei procedimenti di esecuzione, pagamento coattivo, restituzione di cose in possesso ed escussione di garanzie rispetto a tutti i creditori.

Successivamente l'accordo potrà essere convalidato dalla *Superintendencia* o dal giudice civile della circoscrizione, secondo la competenza, o potrà farsi uso della conciliazione e arbitraggio delle camere di commercio per risolvere i contrasti sorti tra debitori e creditori.

²² L'espressione è di A. PEREIRA, *Flattening the filing curve for SMEs: Lessons from Colombia's Insolvency Reform*, in *Oxford Business Law Blog*, 30 aprile 2020, che tuttavia critica il fatto che le camere di commercio sono prive di esperienza in materia, che manca un giudice e che il mediatore se può incoraggiare accordi non risolve però controversie. In pratica secondo l'A. potrebbe essere utile per allineare i creditori (dato che esiste un automatic stay), ma la sua attitudine a produrre accordi rapidi tra partecipanti eterogenei è significativamente limitata dall'assenza di un giudice.

Il decreto-legge 560/2020 all'art. 2 (*Acceso expedito a los mecanismos de reorganización*) introduce una semplificazione dei requisiti formali per poter contare su una ammissione più agile e immediata alla riorganizzazione e ai nuovi strumenti per le imprese colpite da Covid-19. È l'impresa debitrice che autocertifica il requisito soggettivo e quello oggettivo (crisi provocata da Covid-19). Il giudice non procederà a perizie sul contenuto della documentazione né sulle informazioni finanziarie e contabili. Queste saranno di esclusiva responsabilità del debitore, del suo commercialista o revisore.

Sempre nel quadro di rendere più spedito il procedimento, il decreto flexibilizza il pagamento dei piccoli creditori per mitigare il pregiudizio che la procedura riflette su di loro. Conseguentemente è soppressa l'autorizzazione del giudice perché il debitore possa continuare a esercitare l'attività durante la negoziazione dell'accordo di riorganizzazione, permettendo i pagamenti di piccoli creditori fino al 5% del passivo e la vendita di beni non strategici che non superino il valore dei crediti oggetto del pagamento.

Come possiamo vedere gli obbiettivi del nuovo d.l. coincidono per diversi aspetti con quelli del legislatore colombiano: flessibilità, negozialità, abbattimento dei costi, utilizzazione della mediazione/facilitazione, assistenza delle CCIA, limitato intervento del giudice, soppressione del regime autorizzatorio²³. Direi che questo è uno schema legislativo che inizia a farsi spazio nelle soluzioni per la crisi delle imprese.

9. Conclusioni

A partire soprattutto dalle ondate riformatrici dei primi anni duemila, possiamo rilevare tendenze che accomunano i legislatori delle diverse latitudini: così è stato, ad esempio, per l'abbandono della visione sanzionatoria della procedura liquidativa che si è riflesso anche nel cambiamento lessicale volendo mettere in evidenza esclusivamente lo strumento adottato - la liquidazione dei beni - per soddisfare i creditori (che, inoltre, veniva valorizzato con la formula delle vendite unitarie).

Analogamente è avvenuto per l'introduzione della gestione negoziale della crisi con l'affidamento alle parti della valutazione sulla convenienza della proposta e con la ridefinizione dell'ambito valutativo del giudice. Il tavolo delle trattative, favorito dalle protezioni dalle azioni esecutive, di nuovo, ha visto i legislatori concordi nell'apprezzarne l'importanza. Insomma, le soluzioni e gli

²³ Ciò che invece differenzia i due interventi è la selezione che i decreti colombiani operano tra imprese in crisi da Covid e imprese già in crisi al momento del *lock-down*. Per una più ampia presentazione dei provvedimenti legislativi colombiani si rinvia a S. PACCHI, *Quale sistema e quale strumento per la "Insolpandemia"?*, cit., 585 ss.

strumenti concorsuali dei vari ordinamenti non presentano, almeno nei tratti fondamentali, differenziazioni marcate.

Nel d.l. in commento, “in linea con l’impronta liberista dell’universo delle nostre imprese”²⁴, l’autorità è assente.

Così oggi un istituto che inizia a ricorrere con una certa frequenza è quello del facilitatore, legato, in molti casi, a quello della mediazione concorsuale, probabilmente più utile nella piccola-media impresa, sebbene in alcuni ordinamenti (come quello messicano) dove l’utilizzazione della mediazione è radicata da tempo, venga utilizzato per condurre in porto anche procedure di grandi imprese.

Il facilitatore che esce dal d.l. ha piuttosto i tratti di un garante, divenendo parte nel momento in cui deve firmare la negoziazione. In questa veste, il professionista assume responsabilità contrattuale sull’esistenza delle condizioni per l’operazione e, in definitiva allora, sulla sua fattibilità.

È questo che io individuo quale cambio di cultura proposto dal d.l. Mentre l’imprenditore non perde il monopolio dell’iniziativa – i creditori possono chiedere soltanto il fallimento – e non è spinto da creditori pubblici qualificati verso un sentiero con sbocco “inevitabile” (composizione assistita o procedure concorsuali), il professionista assumerà un impegno non indifferente.

²⁴ S. LEUZZI, op.cit., 6.

COMPOSIZIONE NEGOZIATA E CONCORDATO SEMPLIFICATO: IL PENDOLO FRA AUTONOMIA PRIVATA ED ETEROTUTELA DEI CREDITORI RIPRENDE A OSCILLARE*

STEFANO AMBROSINI

Sommario: 1. Il dibattito degli ultimi due anni in ordine all'opportunità di rinviare l'entrata in vigore del CCI. – 2. Il differimento di larga parte del CCI e l'intervento sulla legge fallimentare. – 3. Il più lungo rinvio della disciplina sulle misure di allerta: *de profundis* o spazio per una riconfigurazione? – 4. L'auspicio di un ulteriore ripensamento. – 5. Le modifiche alla legge fallimentare e al decreto liquidità. – 6. I caratteri della nuova composizione negoziata: stragiudizialità, riservatezza e volontarietà. – 7. Il presupposto soggettivo. – 8. Il presupposto oggettivo. – 9. Il "presupposto processuale" dell'art. 23. – 10. La condizione di proseguibilità: le concrete prospettive di risanamento. – 11. Le fasi (necessarie ed eventuali) del procedimento e i suoi possibili sbocchi. – 12. La composizione negoziata è una procedura concorsuale? – 13. Il concordato semplificato e la "rivincita" della liquidazione concordataria. – 14. Il concordato semplificato: elementi costitutivi e controllo del tribunale. – 15. La liquidazione del patrimonio. – 16. La disciplina applicabile. – 17. Il concordato semplificato è un sottotipo di concordato preventivo o un tipo concorsuale autonomo? – 18. Cenno ai risvolti sul piano penale. – 19. La legge n. 147/2021 di conversione del d.l. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso.

Abstract: il saggio mette in luce i passaggi relativi al travagliato processo di entrata in vigore del codice della crisi nel Nostro ordinamento esaminando, in particolare, le modifiche apportate alla legge fallimentare e al decreto liquidità. Il lavoro prosegue con un'analisi, da una parte, sulla natura della nuova

* Il presente saggio è frutto dell'accorpamento (senza aggiornamenti) dei contributi pubblicati su *Ristrutturazioni Aziendali* il 23 agosto 2021, 22 settembre 2021, 23 settembre 2021 e 26 ottobre 2021.

composizione negoziata della crisi (l'esame dei presupposti soggettivo, oggettivo e processuale) e, dall'altra, sui caratteri del concordato semplificato.

Parole chiave: codice della crisi, misure di allerta, composizione negoziata, presupposto soggettivo, presupposto oggettivo, presupposto processuale, concordato semplificato.

Abstract: the essay highlights the steps related to the troubled entry to force process of the Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), in the Italian legal system considering, in particular, the modifications to the legge fallimentare and the decreto liquidità. The work goes on with a detailed analysis, on one side of the nature of the new negotiated settlement of the business crisis (the exam of the subjective, objective and procedural requirement) and, on the other, of the simplified arrangement with creditors.

Keywords: Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), alert measures, negotiated settlement, subjective requirement, objective requirement, procedural requirement, simplified arrangement.

1. Il dibattito degli ultimi due anni in ordine all'opportunità di rinviare l'entrata in vigore del CCI

La novità di maggiore rilevanza immediata sul piano pratico fra quelle contenute nel decreto n. 118/2021 è costituita dal duplice rinvio dell'entrata in vigore del codice della crisi.

Di differimento dell'efficacia della riforma organica si parla, per vero, sin dall'inizio del 2019 (e quindi ben prima della pandemia da "coronavirus"), quando si era posta in evidenza l'opportunità di differire di almeno un anno l'operatività della disciplina sulle misure di allerta, stante la presa d'atto che il "sistema" non era pronto ad affrontare e gestire un'innovazione di tale portata, foriera di effetti oggettivamente incerti, di là dalla bontà della scelta di fondo.

Con la drammatica situazione sanitaria venutasi a creare a partire dall'inizio del 2020 era più che lecito attendersi già all'epoca uno "slittamento" almeno di questa parte del codice; la scelta del legislatore del c.d. Decreto Liquidità¹ è

¹ Decreto legge n. 23/2020, convertito nella legge n. 40/2020: in argomento cfr., anche per riferimenti, AMBROSINI-GIANNELLI, *L'impatto del "decreto liquidità" sulla continuità aziendale delle imprese e sulle procedure concorsuali pendenti*, in *Dir. fall.*, 2020, I, pp. 519 ss., cui *adde*, per un "taglio" ad un tempo giuridico e aziendalistico, AA.VV., *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di Ambrosini e Pacchi, Bologna, 2020.

andata – com'è noto – ben oltre, stabilendo il rinvio dell'intera riforma al settembre 2021.

Ad addivenire oltre un anno fa a questa corretta determinazione² avevano concorso vari, convergenti, ordini di considerazioni, in larga parte tuttora validi.

Il primo è derivato alla constatazione che era senz'altro preferibile affrontare un frangente emergenziale con uno strumentario normativo conosciuto e ampiamente collaudato qual è la legge fallimentare vigente³, rispetto all'applicazione di una nuova disciplina che, in quella situazione, avrebbe rischiato di rappresentare un vero e proprio salto nel buio.

Il secondo ordine di considerazioni era riferito specificamente alle misure di allerta.

Come si legge nella Relazione illustrativa al Decreto Liquidità, infatti, il sistema dell'allerta "è stato concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche, all'interno del quale, quindi, la preponderanza delle imprese non sia colpita dalla crisi, e nel quale sia possibile conseguentemente concentrare gli strumenti predisposti dal codice sulle imprese che presentino criticità. In una situazione in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi, invece, gli indicatori non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli".

Vi era poi un'ulteriore ragione, consistente nel dubbio (per non dire nella convinzione) che le disposizioni contenute nel codice non fossero ritenute le più idonee a favorire il risanamento delle imprese in difficoltà e che esse, al

² Nello stesso senso PANZANI-CORNO, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it, 25 marzo 2020, p. 3; ABRIANI-PALOMBA, *Strumenti e procedure di allerta: una sfida culturale (con una postilla sul Codice della crisi dopo la pandemia da Coronavirus)*, in www.osservatorio-oci.org, 25 marzo 2020, p. 13; FABIANI, *Il Codice della crisi al tempo dell'emergenza Coronavirus*, in *Quotidiano giuridico*, 27 marzo 2020, p. 2; AMBROSINI, *La "falsa partenza" del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in www.ilcaso.it, 21 aprile 2020, p. 2; PANZANI-ARATO, *Il codice della Crisi: un rinvio o un addio?*, in www.ilcaso.it, 5 ottobre 2020, pp. 9-10; contra RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, in www.giustiziainsieme.it, 8 aprile 2020, pp. 2-3; FERRO, *Riapertura dei concordati e degli accordi di ristrutturazione: le proroghe eccezionali del DL 23/2020*, in *Quotidiano giuridico*, 14 aprile 2020, p. 1.

³ Cfr. PANZANI-CORNO, *I prevedibili effetti del coronavirus sulla disciplina delle procedure concorsuali*, cit., p. 4. Contra, forse un po' ottimisticamente, RORDORF, *Il codice della crisi e dell'insolvenza in tempi di pandemia*, cit., p. 3: "La difficoltà di applicare una nuova normativa non mi pare un ostacolo davvero rilevante, ove si consideri l'ampia *vacatio legis* che ha già consentito agli studiosi ed agli operatori di riflettere a lungo sulle disposizioni del codice e di assimilarne i principi ispiratori".

contrario, potessero finire per renderlo, all'atto pratico, meno agevole⁴. E ciò, in qualche modo, a prescindere dall'emergenza epidemiologica.

Diversi autori, fra cui chi scrive, ritengono – non da oggi – che si trattasse (e si tratti) di un dubbio verosimilmente fondato, come appunto denotano le critiche mosse sia da numerosi esponenti della dottrina fallimentaristica (e aziendalistica), sia da moltissimi “addetti ai lavori”, alla legge delega del 2017 e ancor più, se possibile, al decreto delegato del 2019: basti pensare all’oggettiva “macchinosità” e all’eccessiva “invasività” della procedura di allerta, ad alcune serie criticità del procedimento unitario, all’eccessivo ridimensionamento del concordato preventivo, a previsioni contrastanti con il pur declamato *favor* per la continuità aziendale come il criterio della prevalenza di cui all’art. 84 del Codice, nonché ad alcune delle nuove disposizioni del codice civile in materia societaria.

La diffusa impressione – si ribadisce anche in questa sede – è che sia risultata a ben vedere improvvida la scelta di discostarsi, talora marcatamente, dall’impianto congegnato dalla c.d. prima commissione Rordorf (a suo tempo incaricata di redigere il testo dei principi di delega) per abbracciare un approccio schiettamente dirigista sul piano dell’eterotutela del debitore, con conseguente, significativa, riduzione dei suoi margini di manovra: il tutto sull’altare della necessità di reprimerne gli abusi, la cui non infrequente verifica nel recente passato, pur innegabile e giustamente repressa dalla giurisprudenza, sembra aver condizionato oltre misura il legislatore del codice, secondo alcuni addirittura non immune da un certo “pregiudizio anti-imprenditoriale”. Per di più senza essere questi riuscito a realizzare una riforma davvero organica del diritto della crisi, come denota, a tacer d’altro, la persistente “specialità” di trattamento (anche sotto il profilo della *sedes materiae*) dell’amministrazione straordinaria.

Come già altrove osservato⁵, l’interrogativo di fondo, non da oggi, è se lo strumento migliore per affrontare il drammatico frangente attuale e i tempi a venire (e in generale le situazioni di crisi del sistema economico) sia rappresentato da una riforma – qual è il codice della crisi – *creditor oriented*, che completi il processo avviato con quella che in tanti hanno chiamato la “controriforma” del 2015, o se al contrario debba reputarsi preferibile una legge

⁴ Pur muovendo da un angolo visuale parzialmente diverso, e giungendo a conclusioni opposte, RORDORF, *op. loc. ult. cit.*, osserva: “Non posso nascondere l’impressione che queste istanze di rinvio sottintendano un certo scetticismo, se non proprio una netta ostilità, nei confronti del nuovo codice”.

⁵ AMBROSINI, *Introduzione*, in PACCHI-AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell’insolvenza*, Bologna, 2020, pp. 9 ss.

ispirata al preminente obiettivo di salvare le imprese in difficoltà tutelando realmente (e non solo “programmaticamente”) la continuità aziendale.

Ad avviso di chi scrive, anche nella logica della concorrenza fra ordinamenti, la risposta sarebbe dovuta essere nel senso di una riforma *debtor oriented*, seppur meno “sbilanciata” e frammentaria di quanto sono risultate essere, a livello applicativo, le novelle del 2005 e del 2012, giacché questo è l’approccio che richiede non solo il contesto postpandemico, ma qualsiasi riforma realmente votata a perseguire con efficacia l’obiettivo del risanamento aziendale. E con precipuo riferimento all’allerta si è da ultimo assai efficacemente osservato che “occorre verificare come si adatti l’istituto ad una crisi che, per quanto riguarda interi settori della nostra economia, non deve essere *scoperta*, ma è già *in atto*”⁶.

La soluzione offerta dal recente decreto qui in commento mostra, con il doppio rinvio del codice della crisi e con una serie di disposizioni più *debtor friendly* (e dunque per alcuni aspetti in aperta controtendenza rispetto alle scelte adottate dal codice della crisi), di andare esattamente in questa direzione e, pur essendo in certi punti sicuramente perfezionabile, va salutata, per l’appunto a livello di “filosofia” ispiratrice⁷, con schietto favore⁸.

⁶ MAFFEI ALBERTI, *Prefazione ad Ambrosini (a cura di)*, Le soluzioni negoziate della crisi d’impresa, Torino, 2021, p. XV (corsivi aggiunti).

⁷ Sul punto la Relazione illustrativa allo schema di decreto legge chiarisce quanto segue: “Il Capo I del presente schema 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 situazioni 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 una volta venute meno tali misure 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”.

⁸ In argomento cfr., tra gli altri, PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021; GUIDOTTI, *La crisi d’impresa nell’era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 7 settembre 2021; 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; FAROLFI, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse “a prima lettura”*, in *dirittodellacrisi.it*, 6 settembre 2021, a cui può aggiungersi AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 agosto 2021; ID., *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 901 ss.

La disciplina di recentissimo conio, a ben vedere, conferma poi il fatto che non sembrano esservi, quanto meno oggi, ma realisticamente neanche nel prossimo futuro, le condizioni politiche – oltre a quelle attinenti agli aspetti economici – per far entrare in vigore *sic et simpliciter* l’attuale codice della crisi, se non con alcune anticipazioni fortemente (e opportunamente) selettive, come non a caso è avvenuto: il tutto all’insegna, per così dire, di una nuova oscillazione del pendolo, da più parti invocata, a favore della valorizzazione dell’autonomia privata e della gestione negoziata della crisi.

2. Il differimento di larga parte del CCI e l’intervento sulla legge fallimentare

L’art. 1 del decreto qui in esame sancisce il differimento dell’entrata in vigore del codice della crisi e dell’insolvenza al 16 maggio 2022 e quella delle misure di allerta addirittura al 31 dicembre 2023.

Le ragioni di questa scelta, come si diceva senz’altro condivisibile, sono focalizzate nella Relazione illustrativa, ove si afferma con chiarezza che l’opzione contraria non sarebbe risultata efficace rispetto alle attuali esigenze del sistema economico italiano.

Ed invero, in linea con quanto sancito oltre un anno fa dal già citato Decreto Liquidità, si osserva che la “natura fortemente innovativa e la complessità dei meccanismi previsti dal Codice della crisi e dell’insolvenza [...] 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.

Al tempo stesso, il legislatore denota la consapevolezza della necessità di “rimodernare” la legge fallimentare attraverso alcune anticipazioni di norme del codice della crisi orientate ad agevolare l’obiettivo del risanamento delle imprese in crisi.

La legge fallimentare contiene infatti – si osserva in proposito nella Relazione – “una disciplina risalente che, pur modificata dai numerosi interventi normativi susseguitisi nel tempo, è pensata e strutturata in relazione ad una situazione economica e industriale del tutto diversa dall’attuale. Essa inoltre, ruotando principalmente intorno agli istituti del concordato preventivo e del fallimento, 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. Senza considerare che il ricorso massiccio ad istituti concorsuali che impediscono il pagamento spontaneo dei creditori rischia di sottrarre risorse finanziarie al sistema delle imprese. Mantenere la disciplina della legge fallimentare infine espone lo Stato

italiano alla procedura di infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in quanto si tratta di normativa non in linea con la direttiva (UE) 2019/1023, del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante 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, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza). Le disposizioni della direttiva (UE) 2019/1023 devono essere recepite entro il termine del 17.7.2022 – prorogato su richiesta inoltrata alla Commissione europea ai sensi dell'articolo 34, paragrafo 2, della medesima direttiva –, come previsto dalla legge 22 aprile 2021, n. 53, legge di delegazione europea 2019/2020”.

Il dilemma se attenersi allo *status quo* normativo, o stravolgerlo con l'immediata vigenza del codice della crisi, è stato quindi risolto, opportunamente, con l'emanazione di una disciplina che rinvia temporaneamente l'entrata in vigore del decreto legislativo n. 14/2019, fornendo nel contempo agli imprenditori in difficoltà ulteriori strumenti, a cominciare dalla composizione negoziata assistita, per il risanamento di quelle attività che, pur ancora *viables*, rischiano concretamente l'espulsione dal mercato, con i conseguenti, devastanti, effetti sul piano economico e occupazionale. Ma è lungi dal potersi escludere che il rinvio sia ascrivibile anche alla persistenza, all'interno del codice, di disposizioni di cui da tempo si cerca di porre in luce l'incongruità rispetto agli obiettivi di salvataggio delle imprese non decotte e di tutela della continuità aziendale⁹.

Quanto alla scelta della data – 16 maggio 2022 – essa tiene conto sia del termine entro il quale va recepita la Direttiva UE, sia del disposto dell'articolo 31, 1° comma, della legge 24 dicembre 2012, n. 234: si tratta quindi, come chiarito sempre nella Relazione, del “tempo necessario per la modifica di alcuni istituti ritenuti poco flessibili – che potrebbero portare a difficoltà applicative, soprattutto nell'attuale congiuntura economica – e per esercitare la delega conferita con la legge n. 53/2021 per il recepimento della disciplina comunitaria sui quadri di ristrutturazione”.

3. Il più lungo rinvio della disciplina sulle misure di allerta: *de profundis* o spazio per una riconfigurazione?

Per quanto concerne il Titolo II del codice della crisi d'impresa, relativo alle procedure di allerta e la composizione assistita della crisi, il rinvio è stato

⁹ Cfr. AMBROSINI, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in www.osservatorio-oci.org, settembre 2018; ID., *La “falsa partenza” del codice della crisi, le novità del decreto liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, cit., pp. 4 ss.

congruamente fissato – come si diceva – al 31 dicembre 2023, nell’ottica di essere in grado di verificare “sul campo” l’efficacia della neoistituita composizione negoziata della crisi, che presenta caratteristiche sensibilmente diverse dalla disciplina codicistica dell’allerta.

È stata poi tenuta debitamente in considerazione la necessità di rivedere i meccanismi di allerta al fine di allineare l’entrata in vigore dell’allerta esterna ai tempi di rinvio disposti con la modifica dell’art. 15 dello stesso codice disposta con la legge n. 69/2021.

Ciò comporta che il destino delle misure di allerta come originariamente concepite e disciplinate sia oggi avvolto da oggettiva incertezza e possa essere, in futuro, suscettibile di un più generale ripensamento, anche e soprattutto – si ripete – alla luce dei risultati che, alla prova dei fatti, sortirà il nuovo rimedio della composizione negoziata. Il rinvio di oltre due anni della disciplina codicistica, per vero, suona già di per sé come inequivoco segnale in tal senso.

Detto in altri termini, sembra arduo immaginare che l’introduzione della composizione negoziata sia compatibile con il mantenimento dello *status quo* normativo in tema di misure di allerta.

Tuttavia, la definitiva archiviazione di queste ultime potrebbe risultare di dubbia opportunità, anche se parrebbe necessaria, in prospettiva, una loro profonda “riconfigurazione”, a partire dal presupposto stesso dell’istituto: non più, in ipotesi, strumento per far emergere tempestivamente lo stato di crisi (obiettivo, questo, affidato nel nuovo assetto a strumenti più *soft*), bensì per impedire l’aggravamento della condizione di conclamata insolvenza dell’impresa.

Si tratterebbe – com’è chiaro – di una vera e propria “mutazione genetica” dell’allerta quale pensata e strutturata dal codice, che potrebbe peraltro consentire di non rinunciare *tout court* a un istituto che risponde pur sempre a esigenze reali, tenuto conto delle patologie che in misura non infrequente connotano, specie in certi contesti, l’attività d’impresa; senza con ciò dimenticare, tuttavia, che nel contesto attuale la priorità sul piano politico-economico non è rappresentata – come si diceva – dall’emersione precoce della crisi, ma dal salvataggio delle imprese ancora *viables* (pur tenendosi, in parte, le due cose insieme).

4. L’auspicio di un ulteriore ripensamento

L’impostazione adottata dall’odierno decreto autorizza gli interpreti – almeno alcuni di essi – a (ri)formulare un auspicio sulle linee di tendenza del diritto concorsuale italiano.

Molti infatti, fra cui chi scrive, si augurano apertamente che il rinvio dell'entrata in vigore del codice costituisca l'occasione per un ripensamento di alcune previsioni del CCI troppo marcatamente *creditor oriented* e, in certi casi, inutilmente afflittive per il debitore, nell'ottica di offrire alle imprese, più che mai in affanno (anche nel prossimo futuro), un contesto normativo più favorevole al prioritario perseguimento del recupero di una condizione di equilibrio, oltre che di tenere maggiormente in conto le previsioni contenute nella Direttiva UE, notoriamente sopravvenuta rispetto al varo del nostro Codice (alla quale esso non è del tutto allineato).

D'altronde, la reazione che ha avuto il mondo produttivo di fronte al codice della crisi – aperto scetticismo di molte associazioni di imprenditori e di larga parte del ceto professionale, sostanziale indifferenza del settore bancario – dovrebbe anch'essa indurre un supplemento di riflessione, per quanto possibile scevro da apriorismi e “attaccamenti” rispetto al – pur per molti aspetti pregevole – lavoro svolto in tempi brevissimi dalla seconda Commissione Rordorf, peraltro astretta dai vincoli di una legge delega per vari aspetti discutibile.

E a ben vedere, la maggior parte delle “storture” del codice della crisi sono riconducibili proprio ai corrispondenti principi della legge delega, in tema non solo di misure di allerta ma anche (a tacer d'altro) di procedimento unitario e di concordato preventivo¹⁰: si pensi, esemplificativamente, al principio di delega sull'improvvido criterio della prevalenza, ma anche all'eccesso di delega in cui è incorso il legislatore delegato nel formulare l'art. 84 sul punto della continuità indiretta¹¹.

Un processo realmente virtuoso di ripensamento dell'approccio adottato in certe materie dal codice, dunque, dovrebbe necessariamente passare per un'articolata modifica della legge delega. Di qui l'auspicio di una celere presa d'atto del problema in sede politica.

¹⁰ JORIO, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in AA. VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da Ambrosini, Bologna, 2017, pp. 19 ss.; AMBROSINI, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, cit.

¹¹ ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, pp. 860 ss.; D'ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, 1, pp. 27 ss.; AMBROSINI, *Concordato preventivo fra vecchio e nuovo: continuità normativa, interessi protetti e soddisfacimento dei creditori*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 5 agosto 2021, p. 11.

5. Le modifiche alla legge fallimentare e al decreto liquidità

L'art. 20 dell'odierno decreto detta una serie di modifiche urgenti alla legge fallimentare, che riguardano l'omologazione del concordato preventivo, l'art. 182-*quinquies*, la convenzione di moratoria e la moratoria dei creditori privilegiati nel concordato in continuità e che costituiscono, in larga parte, altrettante anticipazioni di quanto stabilito a tale riguardo dal Codice della Crisi.

Più precisamente, all'art. 180, 4° comma, viene opportunamente precisato, in linea con l'opinione prevalente¹², che il tribunale omologa il concordato preventivo anche in mancanza di adesione da parte dell'amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie.

L'eventuale adesione deve intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di soddisfacimento.

La modifica dell'art. 182-*bis*, 8° comma, si riferisce all'ipotesi in cui prima dell'omologazione intervengono modifiche sostanziali del piano. In questa eventualità l'attestazione va rinnovata e il debitore chiede la reiterazione del consenso ai creditori che siano parti degli accordi. L'attestazione inoltre deve essere rinnovata anche in caso di modifiche sostanziali degli accordi. 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 all'art. 67, 3° comma, lett. d), il rinnovo dell'attestazione. In tal caso, il piano modificato e l'attestazione 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 4° comma.

L'art. 182-*quinquies* è integrato con due rilevanti previsioni inerenti, rispettivamente, al versamento delle retribuzioni e al contratto di mutuo ipotecario.

Alla fine del 5° comma è aggiunto il seguente periodo: "Il tribunale può 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".

¹² In giurisprudenza si vedano Trib. Teramo, 19 aprile 2021, in www.ilcaso.it; Trib. Genova, 18 maggio 2021, *ivi*; Trib. Pescara, 10 giugno 2021, *ivi*. Sul medesimo tema, in dottrina, PACCHI-MONTELEONE, *Il nuovo "cram down" del tribunale nella transazione fiscale*, in www.ilcaso.it, 9 febbraio 2021; ANDREANI-CESARE, *Il voto espressamente negativo come presupposto del cram down fiscale*, in www.ilcaso.it, 2 marzo 2021; DANOVI-GIUFRIDA, *Cram down fiscale e previdenziale*, in *Nuova transazione fiscale*, a cura di DANOVI-ACCIARO, Milano, 2021, p. 41 ss., cui *adde*, da ultimo, AMBROSINI, *Concordato preventivo fra vecchio e nuovo: continuità normativa, interessi protetti e soddisfacimento dei creditori*, cit., p. 11.

Dopo il 5° comma è inserita la seguente previsione: “Quando è prevista la continuazione dell’attività aziendale, la disciplina di cui al quinto comma si applica, in deroga al disposto dell’articolo 55, secondo comma, al rimborso, alla scadenza convenuta, delle rate a scadere del contratto di mutuo con garanzia reale gravante su beni strumentali all’esercizio dell’impresa, se il debitore, alla data della presentazione della domanda di ammissione al concordato, ha adempiuto le proprie obbligazioni o se il tribunale lo autorizza al pagamento del debito per capitale ed interessi scaduto a tale data. Il professionista in possesso dei requisiti di cui all’articolo 67, terzo comma, lettera d), attesta anche 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”.

La novella ha inoltre sancito l’immediata vigenza dell’art. 62 CCI, destinato a modificare l’attuale art. 182-*septies* in tema di convenzione di moratoria

Il medesimo art. 20 del decreto sancisce altresì l’entrata in vigore, con qualche marginale variazione terminologica, di due istituti¹³ introdotti dal codice della crisi: gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (nuovo art. 182-*septies*) e gli accordi di ristrutturazione agevolati (art. 182-*novies*), rispettivamente, l’art. 61 e l’art. 60 CCI.

Gli accordi ad efficacia estesa sono destinati a risultare appetibili da parte degli operatori, anzitutto in quanto non più circoscritti ai soli creditori bancari, laddove quelli agevolati appaiono caratterizzati da minore fruibilità, dal momento che il ricorso ad essi è precluso, per l’appunto, tutte le volte in cui il debitore miri alla moratoria dei creditori estranei o alla concessione di misure protettive: il che è ciò che precisamente accade nella maggior parte delle situazioni.

Ai sensi del nuovo art. 182-*decies*, poi, ai creditori che hanno concluso gli accordi di ristrutturazione si applica l’art. 1239 c.c., ai sensi del quale la remissione del debito accordata al debitore principale libera i fideiussori.

Nel caso in cui l’efficacia degli accordi sia estesa ai creditori non aderenti, costoro conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso.

La norma stabilisce infine che, salvo patto contrario, gli accordi di ristrutturazione della società abbiano efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, i quali, se hanno prestato garanzia, continuano a rispondere per tale diverso titolo, salvo che non sia diversamente previsto.

¹³ Su questi rimedi, da ultimo e in luogo di altri, D’ORAZIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi d’impresa*, a cura di AMBROSINI, Torino, 2021, pp. 270 ss.

L'art. 22 prevede che dalla data di entrata in vigore del decreto e fino alla scadenza del termine dello stato di emergenza¹⁴, il termine fissato ai sensi dell'art. 161, 6° comma, 1. 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.

Ai sensi del 1° comma del successivo art. 23 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 preventivo ai sensi dell'art. 186-bis 1. fall., omologato in data successiva al 1° gennaio 2019 (del 2° comma della norma si tratterà nel prosieguo, al par. 10).

Quanto infine alle modifiche al decreto liquidità, l'art. 21 dispone una proroga annuale del termine contenuto all'art. 9, 5° comma-bis: pertanto, al debitore che, entro la data del 31 dicembre 2022, abbia ottenuto la concessione dei termini di cui all'art. 161, 6° comma, o all'art. 182-bis, 7° comma, 1. fall., è consentito depositare un atto di rinuncia alla procedura, dichiarando di avere predisposto un piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, 3° comma, lett. d), 1. fall.

6. I caratteri della nuova composizione negoziata: stragiudizialità, riservatezza e volontarietà

La principale novità del decreto in commento è sicuramente rappresentata dall'introduzione di un istituto finora inedito nel nostro ordinamento: la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa.

Come già in altra sede osservato¹⁵, essa presenta significative peculiarità non solo rispetto alle procedure concorsuali di cui alla vigente legge fallimentare, ma anche alle misure di allerta disciplinate dal Codice della Crisi, le quali, soprattutto dopo la constatazione degli effetti della pandemia da Covid-19, sono apparse eccessivamente concentrate sull'obiettivo dell'emersione tempestiva della crisi come valore in sé, piuttosto che su quello dell'effettivo salvataggio delle imprese ancora *viables* seppur in condizione di crisi *conclamata*¹⁶.

¹⁴ Termine, questo, previsto dall'art. 1 del D.L. 25 marzo 2020, n. 19, convertito, con modificazioni, dalla L. 22 maggio 2020, n. 35.

¹⁵ AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 1.

¹⁶ Con la consueta (e non comune) efficacia, il decano dei fallimentaristi italiani ha osservato, sul punto, che “occorre verificare come si adatti l'istituto (dell'allerta: n.d.r.) ad una crisi che, per quanto riguarda interi settori della nostra economia, non deve essere scoperta, ma è già in atto”: così MAFFEI ALBERTI, *Prefazione*, in AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, a cura di AMBROSINI, cit., p. XV.

Come stabilito all'art. 2, 1° comma del decreto, infatti, l'imprenditore commerciale o agricolo in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza può chiedere al segretario generale della camera di commercio del luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale la nomina di un esperto indipendente, quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa stessa.

Ai sensi del 2° comma della norma, poi, l'esperto ha il compito di agevolare le trattative tra imprenditore, creditori e altri soggetti eventualmente interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle predette condizioni di squilibrio, anche attraverso il trasferimento dell'azienda o di suoi rami.

L'esperto deve essere munito dei requisiti di professionalità¹⁷ e indipendenza di cui agli artt. 3 e 4 e, indossando i panni del "facilitatore", va appunto ad affiancare l'imprenditore in difficoltà concorrendo fattivamente a individuare la risposta più idonea alle criticità del caso¹⁸.

Quanto alla procedura stabilita per la sua designazione, essa non appare per ve-ro immune da una certa macchinosità: di qui l'auspicio che in virtù di interventi successivi possano venire introdotti elementi di semplificazione, a partire da un maggior coinvolgimento, per ragioni di celerità, del debitore stesso.

Le finalità della composizione negoziata sono rese palesi dalla Relazione illustrativa, nella quale si legge, fra l'altro, che con esso "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

¹⁷ In contrasto con quanto stabilito dall'art. 28 l. fall., che correttamente colloca sul medesimo piano dottori commercialisti e avvocati (basti pensare che da sempre i tre più grandi tribunali italiani, Roma, Milano e Napoli, insieme alla maggioranza degli altri fori, nominano curatori e commissari sia commercialisti che avvocati), il 3° comma dell'art. 3 del decreto richiede soltanto per questi ultimi il requisito di "aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa". Ciò integra un profilo di verosimile, ingiustificata, disparità di trattamento fra commercialisti e avvocati, dal momento che il possesso del titolo di dottore commercialista non è di per sé, notoriamente, garanzia di esperienza e competenza nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa (essendo coloro che svolgono tale professione dediti, per la stragrande maggioranza, ad attività in materia contabile e fiscale). Né sembra che la differenza di contenuti tra i due percorsi formativi basti a giustificare l'opzione normativa adottata. Delle due quindi l'una: o si ricalca l'impostazione del predetto art. 28, o si richiede tale requisito esperienziale indistintamente a tutti i professionisti in questione, pena un *vulnus* sul piano della costituzionalità del precetto.

¹⁸ In dottrina si è ritenuto che questo facilitatore assuma "i tratti di un garante, divenendo parte nel momento in cui deve firmare la negoziazione. In questa veste, il professionista assume responsabilità contrattuale sull'esistenza delle condizioni per l'operazione e, in definitiva allora, sulla sua fattibilità" (PACCHI, *op. cit.*, p. 19). Meno incline ad assimilare l'esperto ad un vero e proprio garante è invece PANZANI, *op. cit.*, p. 33.

l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa".

Quanto alle caratteristiche dell'istituto, la più evidente è costituita dalla sua estraneità al "circuito" giudiziale: l'imprenditore non è tenuto a rivolgersi al tribunale, se non ove intenda fruire delle misure protettive di cui all'art. 6, o di finanziamenti prededucibili o rinegoziazioni di contratti ex art. 10¹⁹.

Ove egli non avanzi richieste siffatte, la composizione negoziata è destinata (almeno *in thesi*) a rimanere coperta da riserbo. E a tutela di ciò l'art. 4, al 7° comma, statuisce che tutte le parti coinvolte nelle trattative sono tenute a osservare l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite durante le trattative.

L'istituto in questione è attivabile, come nel caso del concordato preventivo²⁰ e delle altre soluzioni negoziate della crisi, su base esclusivamente volontaria; pur con la precisazione che, in base all'art. 15, l'organo di controllo societario segnala agli amministratori, in forma scritta e in modo motivato, la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui al predetto art. 2 (senza peraltro che ciò faccia scattare alcun obbligo in capo all'organo gestorio, se non quello di riferire in ordine alle iniziative intraprese).

E in proposito è stato osservato, in chiave critica rispetto alla diversa scelta operata dal codice della crisi, che "la sollecitazione dei sindaci si esaurisce nella sfera interorganica della società, con un accantonamento (auspicabilmente definitivo) dell'eccentrico ruolo di attivatori della procedura di composizione della crisi innanzi agli Ocri, che invece assegnava loro la riforma"²¹.

¹⁹ Da questo punto di vista (e ferme le peculiarità del percorso di cui trattasi), la composizione negoziata va a collocarsi fra l'accordo di ristrutturazione, che postula l'omologazione del tribunale e consente il blocco delle azioni esecutive e cautelari e l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, e il piano attestato di risanamento, che non contempla la nomina esterna di alcuna figura, bensì la semplice designazione, da parte dello stesso imprenditore, di un professionista indipendente quale attestatore, né la possibilità di alcun intervento giudiziale relativamente ai rapporti con i creditori.

²⁰ Per i limiti di questa scelta rispetto all'obiettivo dell'*early warning* v., da ultimo, AMBROSINI, *L'emersione tempestiva della crisi e il concordato preventivo del terzo: dall'idea del "progetto Rordorf" alle previsioni del legislatore europeo*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 27 giugno 2021, p. 6.

²¹ Così ABRIANI-CAVALLUZZO, *Il collegio sindacale deve segnalare condizioni di squilibrio*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 agosto 2021, p. 29. È notoriamente invece già in vigore dal marzo del 2019 la norma in base alla quale è stato opportunamente esteso al collegio sindacale delle s.r.l. il potere/dovere di denuncia delle gravi irregolarità gestorie ex art. 2409 c.c.

Due le precisazioni effettuate dalla norma: in base alla prima (forse, a ben vedere, non indispensabile, data l'assenza di deroghe alla disciplina codicistica, in pendenza delle trattative, rimane fermo il dovere di vigilanza di cui all'articolo 2403 del codice civile; alla stregua della seconda precisazione, la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini dell'esonero o dell'attenuazione della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del codice civile (previsione, questa, che ricalca l'art. 14, 2° comma, CCI, in tema di misure di allerta).

Tornando ai caratteri della composizione negoziata, la cifra di questo istituto sta, come si diceva, nel suo carattere stragiudiziale, riservato e volontario. E sotto questo (e altri) profili il nuovo istituto va salutato con favore, andando incontro a precise esigenze delle imprese in difficoltà e rinunciando nel contempo a quell'approccio rigido (anche nei suoi automatismi) e macchinoso proprio delle misure di allerta quali disciplinate nel codice della crisi. Non a caso, in dottrina si è subito osservato che esso costituisce un importante tentativo "di rimozione delle involuzioni strutturali e cadenze burocratiche dell'allerta e della composizione codicistica, adesso disciolte in un procedimento 'per la negoziazione' agile e destrutturato"²².

Coerentemente alle sopra menzionate finalità e caratteristiche, l'istanza di nomina dell'esperto – si legge nella Relazione illustrativa – "non apre il concorso dei creditori e non determina alcuno spossessamento del patrimonio dell'imprenditore, il quale, pur essendo obbligato a garantire una gestione non pregiudizievole per i creditori ed in linea con gli obblighi previsti dall'articolo 2086 del codice civile, prosegue nella gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa e può eseguire pagamenti spontanei".

Non vi è dunque, *ope legis*, alcuno degli effetti propri del fallimento o del concordato preventivo, valendo per tutte le imprese, anche quelle *in bonis*, il dovere di dotarsi di assetti aziendali adeguati e di condurre l'attività senza recare danno ai creditori; né la nomina dell'esperto mira in alcun modo a sostituire l'imprenditore, bensì, come si diceva, ad affiancarlo nelle trattative con i creditori, agevolandone per quanto possibile (anche grazie alla propria professionalità e indipendenza) il buon esito.

Vediamo allora nel dettaglio in cosa consistono i presupposti della fattispecie di nuovo conio.

²² LEUZZI, *op. cit.*, p. 2.

7. Il presupposto soggettivo

L'art. 2, come si diceva, parla testualmente di imprenditore commerciale e agricolo.

Se ne evincono due principi importanti: (i) che la composizione negoziata può essere attivata non solo dagli imprenditori commerciali ma anche da quelli agricoli, come già oggi accade per gli accordi di ristrutturazione dei debiti; (ii) che non è preclusivo all'accesso al "percorso" in questione (così lo chiama anche la Relazione illustrativa) il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità ex art. 1 della legge fallimentare. Il che si ricollega al disposto dell'art. 17 del decreto, rubricato "Imprese sotto soglia" e destinato appunto a questa tipologia di soggetti, rispetto ai quali viene riaffermato il ruolo degli organismi di composizione della crisi di cui alla disciplina sul sovraindebitamento.

Dal tenore del 1° comma dell'art. 3, che consente l'accesso alla istituenda piattaforma telematica "agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese", si evince inoltre che deve parimenti sussistere il requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese, non potendo quindi beneficiare dello strumento le società di fatto (e neppure, per rare e difficilmente configurabili che siano, le holding individuali di fatto).

Gli assunti che precedono trovano puntuale conferma nel tenore della Relazione illustrativa: "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".

La composizione negoziata è dunque rivolta a tutti i debitori che svolgano attività d'impresa, analogamente, da questo punto di vista, al perimetro applicativo delle misure di allerta (e a differenza dell'art. 1, l. fall.), ma senza quelle rilevanti esenzioni di cui all'art. 12 CCI, dettate da quest'ultimo precisamente perché non è previsto che le misure di allerta scattino su mera base volontaria, com'è invece stato giustamente stabilito per la composizione negoziata.

8. Il presupposto oggettivo

Il medesimo 1° comma dell'art. 2 enuclea altresì il presupposto oggettivo della composizione negoziata, individuandolo in quelle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore.

La formulazione della norma riecheggia parzialmente la definizione di crisi ad opera dell'art. 2 CCI, intesa come probabilità di insolvenza²³.

La differenza però è immediatamente percepibile ed è data dal fatto che il presupposto della composizione negoziata si colloca (*recte*, come si dirà fra breve, può collocarsi) in un momento anteriore a quello della probabilità di insolvenza, contemplando anche la situazione in cui è probabile – ma non ancora in atto – il verificarsi di un semplice stato di crisi: quella c.d. *twilight zone* (o pre-crisi) che si colloca temporalmente in un momento (spesso di poco) anteriore alla vera e propria crisi.

Il tenore letterale della nuova previsione potrebbe a tutta prima indurre a ritenere che l'istituto non sia fruibile quando la crisi o l'insolvenza siano già in atto e che esso miri esclusivamente a scongiurare l'inverarsi. E non a caso in un primis-simo commento allo schema di decreto, peraltro di taglio giornalistico (e di "matrice" bancaria), si è affermato che esso "interviene per sostenere le imprese non ancora in crisi: si tratta di quelle che tipicamente si trovano in stage 2, vale a dire che hanno subito un incremento significativo del rischio di credito, ma anche quelle ancora a stage 1, che sono in una condizione sana ma prevedono che tale condizione non perduri"²⁴.

In realtà, a dispetto della potenziale decettività dell'espressione "rendono probabile", che sembra alludere soltanto a eventi futuri – e da questo punto di vista sarebbe in realtà preferibile declinare il precetto così: "che rendono verosimile l'esistenza dello stato di crisi o di insolvenza, o probabile il loro futuro verificarsi" – non pare che dal perimetro applicativo della nuova disposizione possano venire escluse le imprese già in crisi o addirittura insolventi.

Basti pensare, a titolo di esempio, che il penultimo comma dell'art. 6 preclude la dichiarazione di fallimento dalla pubblicazione dell'istanza di composizione negoziata e che il 2° comma dell'art. 23 sancisce l'inammissibilità di tale istanza ogniquale volta ci si trovi in pendenza dei procedimenti per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione, per l'ammissione al concordato preventivo o per la (o a valle della) concessione del

²³ In argomento cfr., *ex aliis*, anche per gli opportuni riferimenti, AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *ilcaso.it*, 14 gennaio 2019, e, con particolare riferimento alla procedura di allerta, 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*, AA.VV., *Le crisi di impresa e del consumatore. Liber amicorum per Alberto Jorio*, Bologna, 2021, pp. 72 ss., cui *adde, amplius*, l'indagine monografica di PACILEO, *Continuità e solvenza nella crisi d'impresa*, Milano, 2017, pp. 163 e ss. e 273 e ss.

²⁴ Così RINALDI, *Aziende in crisi, l'esperto agevola la trattativa e tutela i creditori*, in *Il Sole 24 Ore*, 6 agosto 2021, p. 29.

termine nella c.d. fase prenotativa: previsioni, queste, che non avrebbero senso se il presupposto oggettivo della composizione negoziata non potesse risiedere anche nello stato di crisi o di insolvenza.

Beninteso, non può trattarsi di insolvenza irreversibile, giacché il nuovo istituto mira dichiaratamente ad affrontare situazioni connotate da “una concreta prospetti-va di risanamento” (art. 5, 5° comma: previsione su cui si tornerà nel prosieguo).

E che questa lettura, escludente la sola insolvenza irreversibile, sia quella corretta risulta confermato dal fatto che non è dato cogliere indici di una volontà più limitativa dello spettro di applicazione della composizione negoziata; al contrario, nella Relazione illustrativa si legge testualmente: “L’imprenditore in difficoltà, in crisi, o in stato di insolvenza reversibile, può decidere quindi di intraprendere un percorso, del tutto riservato finché non viene chiesta la concessione di misure protettive (...)”. E lo stesso dicasi per il passo in cui si esplicita che il decreto mira a “fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti per prevenire l’insorgenza di situazioni 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 (...)”.

Con il che il presupposto oggettivo 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. Il che nulla toglie, ovviamente, al fatto che il rimedio in parola sia idealmente diretto anzitutto a imprese che ancora non ver-sano in stato di crisi e tantomeno di insolvenza.

In ogni caso la norma, sul piano concettuale, risulta idonea a distinguere in maniera più puntuale fra crisi e insolvenza, laddove de iure condito i due concetti, alla stregua di quanto disposto dal penultimo comma dell’art. 160 (“per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”), continuano a porsi fra loro in rapporto di genere a specie: con ciò in qualche modo anticipandosi, pur con la precisazione di cui sopra, la portata del ridetto art. 2 CCI.

9. Il “presupposto processuale” dell’art. 23

Come già ricordato, ai sensi del 2° comma dell’art. 23 l’istanza di composizione negoziata non può essere presentata dall’imprenditore in pendenza del procedi-mento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o con ricorso, anche “prenotativo”, per l’ammissione al concordato preventivo.

Questo “presupposto processuale”, definito nella rubrica della norma come limite di accesso alla composizione negoziata, fa sì che l’istanza in questione

sia improponibile e che essa, ove venga nondimeno proposta, incorra nella declaratoria di inammissibilità.

A tale stregua, sarebbe forse stato opportuno prevedere all'art 5 un'autodichia-razione dell'imprenditore circa la non pendenza, presso qualunque tribunale, dei procedimenti testé menzionati.

Ad ogni buon conto, ciò che viene soprattutto in rilievo nella lettura del citato 2° comma della norma è il mancato richiamo al 6° comma dell'art. 182-*bis*, l. fall.: dal che sembra derivare la compatibilità dell'istanza di composizione negoziata con la pendenza della richiesta di blocco delle azioni esecutive e cautelari avanzata nell'ambito del c.d. preaccordo di ristrutturazione.

Questa opzione potrebbe, *prima facie*, considerarsi giustificata dalle differenze che intercorrono fra quest'ultimo procedimento e il c.d. preconcordato. A ben vedere, tuttavia, la disparità scaturente dal mancato richiamo del 6° comma dell'art. 182-*bis* l. fall., non parrebbe del tutto razionale: basti pensare – se non si va errati – alla possibilità, *rebus sic stantibus*, che l'*automatic stay* venga richiesto simultaneamente nell'ambito del preaccordo di ristrutturazione e della composizione negoziata, con esiti potenzialmente confliggenti (e comunque con improprie sovrapposizioni di competenze).

Sarebbe quindi bene che il testo del decreto, o quello della legge di conversione, inserissero nel 2° comma dell'art. 23 anche il richiamo al 6° comma dell'art. 182-*bis*.

10. La condizione di proseguibilità: le concrete prospettive di risanamento

Il primo compito che la legge attribuisce all'esperto consiste nella verifica delle concrete prospettive di risanamento dell'impresa. Recita infatti la prima parte del 5° comma dell'art. 5: "L'esperto, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento".

La norma utilizza, quanto all'espressione "concrete prospettive" (declinata al plurale nella seconda parte del citato comma) la medesima terminologia dell'art. 27 del D.Lgs. n. 270/1999, che alla loro sussistenza notoriamente subordina l'apertura dell'amministrazione straordinaria (nel passaggio ad essa dalla fase c.d. giudiziale). È quindi necessario che le prospettive di risanamento siano connotate da un significativo livello di concretezza, alla stregua, direi, del criterio del "più probabile che non", e non si riducano a una mera aspettativa, né a una teorica possibilità.

La valutazione della loro sussistenza deve tener conto sia della condizione soggettiva dell'impresa e del suo modello di business, sia del settore

merceologico di appartenenza, oltre ovviamente a dover considerare le eventuali iniziative industriali già messe in campo dall'imprenditore e quelle che egli intende adottare (art 5, 3° comma, lett. b), spettando poi all'esperto prospettare le possibili (in ipotesi ulteriori) strategie di intervento.

La locuzione "risanamento" tout court, dal canto suo, rimanda alla più articolata formulazione di cui all'art. 67, 3° comma, lett. d), "risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa" e "riequilibrio della sua situazione finanziaria" (ripresa dall'art. 56 CCI), costituendone – ci pare – una sintesi sufficientemente perspicua, anche alla luce delle implicazioni aziendalistiche del termine; sebbene dal punto di vista dell'omogeneità del sistema concorsuale sarebbe stato forse preferibile repli-care la citata terminologia della legge fallimentare e del Codice della Crisi.

La positiva verifica delle concrete prospettive di risanamento si atteggia a condizione di proseguibilità del percorso: se infatti l'esperto non ne ravvisa gli estremi, egli, sempre ai sensi del 5° comma dell'art. 5, deve darne notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, il quale dispone l'archiviazione del procedimento.

E in questo provvedimento di archiviazione sta la conferma che nella composizione negoziata, stanti i caratteri di riservatezza e stragiudizialità, non vi è alcuna "chiusura del cerchio" in sede giudiziale, a differenza di quanto previsto (secondo molti inopportunamente) dal Codice della Crisi in tema di misure di allerta con riguardo all'attivazione del pubblico ministero.

11. Le fasi (necessarie ed eventuali) del procedimento e i suoi possibili sbocchi

In base a quanto disposto dall'art. 5, l'imprenditore che chiede la nomina dell'esperto indipendente tramite la piattaforma telematica inserisce in quest'ultima:

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;

e) il certificato unico dei debiti tributari di cui all'art. 364, 1° comma, D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14;

f) la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle Entrate-Riscossione;

g) il certificato dei debiti contributivi e dei premi assicurativi di cui all'art. 363, 1° comma, D.Lgs. n. 14/2019, oppure, se non disponibile, il documento unico di regolarità contributiva;

h) un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

L'esperto, una volta 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 anche farsi assistere da consulenti.

L'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di cui all'art. 2, 1° comma. L'incarico può proseguire quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli artt. 7 e 10. In caso di sostituzione dell'esperto o nell'ipotesi di cui all'art. 13, 8° comma, il termine di cui al primo periodo decorre dall'accettazione del primo esperto nominato.

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 artt. 6 e 7, al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti.

Con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza presentata con le modalità di cui all'art. 5, 1° comma, l'imprenditore può chiedere, l'applicazione di misure protettive del patrimonio²⁵. La relativa istanza di applicazione delle misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i

²⁵ Sul tema, come disciplinato dal Codice della crisi, v. da ultimo, l'ampio contributo di BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Ristrutturazioni Aziendali* (pubblicato anche in AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, cit., pp. 343 ss.) 18 luglio 2021.

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. La norma ha inoltre cura di precisare che non sono inibiti i pagamenti.

Quando l'imprenditore formula la richiesta di cui sopra, con ricorso presentato lo stesso giorno al tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l. fall., chiede la conferma o la modifica delle misure protettive e, ove occorre, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative.

L'imprenditore, unitamente al ricorso, è tenuto a depositare, tra l'altro, 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.

Sicuramente opportuno è il fatto che il legislatore si sia espressamente focalizzato sulle due componenti coesenziali del risanamento aziendale: l'aspetto finanziario, riferito ai flussi di cassa attesi nel semestre successivo, e il profilo industriale, rispetto al quale si denota la consapevolezza che la crisi è quasi sempre figlia (anche) della mancata, tempestiva, adozione di iniziative in questo ambito, essendo notoriamente assai rara la crisi puramente finanziaria di imprese industrialmente sane.

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'art. 68 c.p.c. e procede agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti ai sensi del 1° comma 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.

La durata complessiva delle misure può essere prorogata, su istanza delle parti e acquisito il parere dell'esperto, per garantire il buon esito delle trattative, con la precisazione che non può superare i duecentoquaranta giorni.

È inoltre stabilito che le misure protettive e cautelari, su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto, possano essere revocate dal giudice, in qualunque momento, sentite le parti interessate,

ovvero che la lo-ro durata possa essere abbreviata quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

L'art. 8 dispone che con l'istanza prevista dall'art. 6, 1° comma, 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 artt. 2446, 2° e 3° comma, 2447, 2482-bis, 4°, 5° e 6° comma, e 2482-ter c.c. e la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, 1° comma, n. 4 e 2545-duodecies c.c.²⁶.

L'art. 9 contiene l'importante precisazione in base alla quale, nel corso delle trattative, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa: in ciò distinguendosi in maniera significativa dal corrispondente precetto in tema di concordato preventivo (art. 167).

Meno perspicuo sembra invece l'ulteriore precetto secondo cui "Quando sussiste probabilità di insolvenza l'imprenditore gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività", giacché tale obbligo va invariabilmente osservato, a prescindere dall'insolvenza.

Quanto agli atti di straordinaria amministrazione nonché ai pagamenti che non risultano coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento l'imprenditore è tenuto ad informare preventivamente e per iscritto l'esperto del compimento di atti di straordinaria amministrazione, il quale, 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.

Vi è poi un meccanismo sanzionatorio che deroga alla riservatezza del percorso. Ed infatti, se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, ha facoltà di iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Questa iscrizione diviene obbligatoria ogniqualvolta l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori.

Il successivo art. 10 tratta dei finanziamenti prededucibili e della deroga all'art. 2560, 2° comma, c.c.

Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può:

²⁶ Sul punto v. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, cit., pp. 15 ss.

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'art. 13 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, 2° comma, c.c.; resta fermo l'art. 2112 c.c.

Gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi del citato art. 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'art. 18.

Non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'art. 67, 2° 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.

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 artt. 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, 4° comma, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'art. 10.

Nelle ipotesi disciplinate dal 1°, 2° e 3° comma, resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti.

Con riguardo ai profili penali, le disposizioni di cui agli artt. 216, 3° 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'art. 5, 5° comma, nonché ai pagamenti e alle operazioni autorizzati dal tribunale a norma dell'art. 10. E in proposito si è giustamente affacciato, in dottrina, "il dubbio che una riforma completa nell'ottica del favore della ristrutturazione dell'impresa non debba passare quantomeno da una rivisitazione della disciplina della bancarotta, nel senso di separare nettamente le ipotesi di reato legate al fallimento / liquidazione

giudiziale da quelle relative al concordato preventivo o quantomeno ad alcuno degli altri strumenti di risoluzione della crisi”²⁷.

Una norma di particolare rilevanza è quella contenuta nell’art. 11, il quale, nel disciplinare i possibili sbocchi della composizione negoziata, offre un ventaglio apprezzabilmente ampio di opzioni fra loro alternative.

Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all’art. 2, 1° comma, le parti possono, infatti, alternativamente:

a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all’art. 14 se, secondo la relazione dell’esperto di cui all’art. 5, 8° comma, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;

b) concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell’art. 182-*octies* l. fall.;

c) concludere un accordo sottoscritto dall’imprenditore, dai creditori e dall’esperto che produce gli effetti di cui all’art. 67, 3° comma, lett. d), l. fall., senza necessità dell’attestazione prevista dal medesimo art. 67, 3° comma, lett. d).

L’imprenditore può, all’esito delle trattative, domandare l’omologazione di un accordo²⁸ di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 182-*bis*, 182-*septies* e 182-*novies* l. fall.

La percentuale di cui all’art. 182-*septies*, 2° comma, lett. c), è ridotta al 60% se il raggiungimento dell’accordo risulta dalla relazione finale dell’esperto.

L’imprenditore, in alternativa, può:

a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all’art. 67, 3° comma, lett. d), l. fall.;

b) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all’art. 18 del medesimo decreto;

c) accedere ad una delle procedure disciplinate dalla legge fallimentare e dalle norme sull’amministrazione straordinaria di grandi imprese in crisi.

Come si diceva, in una siffatta ampiezza di possibili soluzioni sta l’opportuna valorizzazione, da parte del legislatore della novella, dell’autonomia privata nella scelta del rimedio alla crisi.

²⁷ GUIDOTTI, *op. cit.*, p. 5.

²⁸ Osserva PANZANI, *op. cit.*, p. 33, che “in questo caso il legislatore non richiede che l’accordo di ristrutturazione sia idoneo ad assicurare il superamento della situazione di crisi o di insolvenza”.

12. La composizione negoziata è una procedura concorsuale?

La disciplina del nuovo istituto e i suoi “tratti fisionomici” sollevano l’interrogativo circa la riconducibilità alla nozione di procedura concorsuale. E l’interrogativo non risulta essere meramente (e oziosamente) qualificatorio se si considera che vi sono tanto norme di legge e di regolamento, quanto condizioni generali di contratto (basti pensare al settore bancario e parabancario), in cui vengono *ex professo* contemplati l’ipotesi e gli effetti dell’assoggettamento a “procedura concorsuale”.

Rimandando a quanto in altra sede di recente osservato sull’evoluzione di tale nozione²⁹, la risposta pare dover essere di segno negativo.

Lo è certamente ove per ravvisarne gli estremi si richieda la sussistenza di un provvedimento giudiziale di ammissione (o comunque di omologazione), risultando in tal caso la composizione negoziata estranea al concetto di procedura, come induce altresì a ritenere, secondo l’approccio tradizionale, il mancato verificarsi del concorso tra creditori e l’assenza di spossessamento del debitore, messi in luce – come si diceva – dalla Relazione illustrativa.

Ma la risposta resta probabilmente negativa anche se si opta per una nozione “minimalista” di procedura concorsuale quale adottata negli ultimi tempi dalla giurisprudenza di legittimità in materia di accordi di ristrutturazione (sulla scia della Direttiva UE), giacché nella specie non sembra potersi riscontrare la compresenza di quegli elementi, ritenuti indispensabili, costituiti da: (i) una qualsiasi forma di interlocuzione con l’autorità pubblica, con finalità protettive nella fase iniziale e di controllo in quella finale; (ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori; (iii) una qualche forma di pubblicità della procedura.

La stessa Relazione illustrativa, definendo ripetutamente (e in modo volutamente atecnico) la composizione negoziata come “percorso”, mostra di compiere una scelta astensionistica rispetto alla questione in parola, anche se, rifuggendo deliberatamente dall’utilizzo del termine “procedura”, conferma l’obiettivo difficoltà a qualificare sic et simpliciter come tale la composizione negoziata³⁰; sebbene vada rimarcato come il rimedio, per così dire, si “concorsualizzi” nel caso in cui il debitore richieda al tribunale le misure protettive.

²⁹ AMBROSINI, *Procedure concorsuali: tipologie, caratteri e presupposti*, in PACCHI-AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell’insolvenza*, cit., p. 47 ss.

³⁰ Concorde con questa soluzione GUIDOTTI, *op. cit.*, p. 14.

13. Il concordato semplificato e la “rivincita” della liquidazione concordataria

Com'è ben noto, una delle “cifre” della disciplina del codice della crisi in tema di concordato preventivo è costituita da un forte ridimensionamento del concordato liquidatorio. Per effetto del disposto dell'art. 84, u.c., CCI, infatti, il residuo spazio lasciato all'istituto è circoscritto al caso in cui l'apporto di risorse esterne incrementi di almeno il dieci per cento, rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell'ammontare complessivo del credito chirografario³¹.

Questa disposizione, tuttavia, al pari di quasi tutta la normativa codicistica in materia, non rientra fra le previsioni di cui al decreto n. 118/2021 che sono state fatte entrare immediatamente in vigore. Ne deriva che, rispetto all'ipotesi di rapido declino del concordato liquidatorio quale si prospettava all'indomani del d.lgs. n. 114 del 2019, esso resta oggi regolato dall'art. 160, u.c. (recante la soglia minima del 20% di soddisfacimento dei chirografari), e dall'art. 182, l. fall., continuando quindi a rappresentare un'alternativa al concordato in continuità non troppo ardua da perseguire.

Dall'odierna opzione normativa si desume quindi il convincimento, da parte del legislatore, che non vi siano motivi di urgenza per accelerare il ridimensionamento del concordato preventivo liquidatorio; orientamento, questo, non a caso criticato già in passato, come linea di tendenza, da una parte della dottrina³².

D'altronde, la sensazione che la tipologia liquidatoria sia stata un po' troppo frettolosamente “archiviata” dal codice della crisi³³ trova conferma nella

³¹ In argomento v., tra gli altri, BOZZA, *Il concordato liquidatorio*, in *Fallimento*, 2020, pp. 1223 ss; MACAGNO, *Il concordato preventivo liquidatorio*, AA.VV., *Le crisi di impresa e del consumatore*. Liber amicorum per Alberto Jorio, cit., pp. 276 ss.

³² Cfr., in luogo di altri, JORIO, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in *Trattato delle Procedure Concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, V, Milano, 2017, pp. 1330 ss.

³³ E si vedano al riguardo le lucide riflessioni di JORIO, *op. cit.*, p. 1331: “se si pone mente alle percentuali di soddisfacimento dei creditori chirografari realizzate normalmente dalle procedure fallimentari si comprende come il legislatore, allontanandosi dal criterio di fondo della riforma introdotta dieci anni or sono (l'autonomia, appunto, dei creditori nella scelta della soluzione della crisi ritenuta da essi più conveniente, e pur con il limite, occorre ricordarlo ancora, del *cram down*, ora anche in sede di omologazione), ritenga ora, sulla base dell'esperienza maturata in questi due lustri, che sotto determinate soglie di soddisfacimento sia preferibile il fallimento al concordato. Sarebbe interessante conoscere i dati sui quali sia maturata questa esperienza, tenuto anche conto che i fallimenti sono stati ormai privati del ricorso alla revocatoria quale classico strumento per aumentare l'attivo distribuibile ai creditori, che con il fallimento gli *intangibles* perdono ogni significato economico e che le azioni di

decisione, di segno opposto, adottata dal decreto qui in commento, il quale mira anzi a valorizzarla attraverso il disposto degli artt. 17 e 18, che ci si appresta ad analizzare nel presente contributo; sebbene, come si dirà, la nozione, da tali norme introdotta, di “liquidazione del patrimonio” sia ben più ampia di quella adottata dalla legge fallimentare, dove la cessione di azienda è notoriamente declinata come ipotesi di continuità aziendale (c.d. oggettiva) dall’art. 186-bis.

14. Il concordato semplificato: elementi costitutivi e controllo del tribunale

L’art. 18 del decreto qui in commento introduce un altro istituto di nuovo conio, oltre alla composizione negoziata della crisi: il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio³⁴.

Esso risulta attivabile quando l’esperto, nella sua relazione finale, dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all’art. 11, 1° e 2° comma, non sono praticabili. In tal caso l’imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all’art. 5, 8° comma, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell’art. 161, 2° comma, lett. a), b), c), d), l. fall.

La domanda, da depositarsi nella cancelleria del tribunale del luogo in cui l’impresa ha la propria sede principale, ha ad oggetto l’omologazione del concordato.

Il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al 1° comma e il parere dell’esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, non fa luogo alla nomina di un commissario, bensì di un ausiliario ex art. 68 c.p.c. Non è quindi prevista la redazione di un documento assimilabile alla relazione ex art. 172 l. fall. Con lo stesso provvedimento 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’art. 5, 3° comma, lett. c), ove possibile a mezzo posta elettronica certificata, specificando

responsabilità sono divenute, a seguito di alcune pronunce della Cassazione, più difficili e destinate normalmente a dare risultati modesti per i creditori”.

³⁴ In argomento si vedano GUIDOTTI, *La crisi d’impresa nell’era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, cit.; PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021, nonché, per un primo, veloce, commento alla relativa disciplina, BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, *ivi*, 9 agosto 2021.

dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e fissa la data dell'udienza per l'omologazione.

I creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione, costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza.

Per quanto concerne il giudizio di omologazione, è stabilito che 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 (anche economica, alla luce delle verifiche effettuate dall'ausiliario e dall'esperto) 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.

Come si vede, è precisamente dal combinato disposto delle suddette previsioni che si evincono le caratteristiche essenziali del nuovo istituto.

Anzitutto, la facoltà di ricorrere al concordato semplificato è espressamente circoscritta all'ipotesi in cui, ad un tempo, (i) l'imprenditore abbia fatto ricorso alla composizione negoziata della crisi; (ii) la relazione finale dell'esperto chiarisca che le trattative non hanno avuto esito positivo; (iii) le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non risultino praticabili. Non appaiono pertanto configurabili altri casi di accesso a questo rimedio.

In secondo luogo, la domanda non è diretta, come nel concordato preventivo, all'ammissione alla procedura, bensì *omisso medio* all'omologazione del concordato, senza passare neppure attraverso la votazione dei creditori, che nella nuova disciplina non costituisce una fase né necessaria, né eventuale, della procedura, ravvisandosi invece proprio nella sua assenza uno degli aspetti salienti della semplificazione decisa dal legislatore (il che non rappresenta una novità assoluta per il nostro ordinamento: basti pensare al piano del consumatore o al concordato nell'ambito della liquidazione coatta amministrativa). E l'incentivo al buon fine, a monte, delle trattative in sede di composizione negoziata traspare anche da questa peculiarità. Com'è stato giustamente osservato, infatti, i creditori, consapevoli del possibile sbocco in una situazione che prescinde dalla loro manifestazione di voto, risultano, in occasione delle trattative di cui si diceva, "stimolati a recedere da posizioni attendiste o da pretese eccessive"³⁵.

In terzo luogo, non è prevista la nomina di un commissario giudiziale, ma quella di un semplice ausiliario, chiamato, come si diceva, a rendere il proprio parere a supporto delle valutazioni del tribunale in sede di omologazione.

³⁵ PANZANI, *op. cit.*, p. 37.

Con specifico riferimento, poi, al contenuto delle verifiche che il tribunale deve effettuare, non occorre che la soluzione concordataria risulti preferibile alle alternative concretamente praticabili, ma solo che non sia foriera di nocumento rispetto a quanto accadrebbe nel caso di liquidazione fallimentare: e ciò con un'impostazione analoga, *mutatis mutandis*, a quanto stabilito dalla legge fallimentare in tema di esercizio provvisorio.

La norma non precisa, a differenza degli artt. 47 e 48 del codice della crisi, che la fattibilità oggetto del controllo da parte del tribunale debba essere anche di natura economica. Nondimeno, il fatto che tale scrutinio si fondi sulla relazione dell'esperto e sul parere dell'ausiliario (entrambi i quali si occupano di fattibilità economica) depone in modo sufficientemente perspicuo nel senso che la verifica demandata al tribunale ai fini dell'omologazione non possa prescindere da questo aspetto. A livello di prima impressione generale, si 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, e si registra quindi, da questo punto di vista, un rafforzamento delle prerogative giudiziali: il che pare giustificato dalle esigenze di celerità e semplificazione dichiaratamente perseguite dal legislatore.

15. La liquidazione del patrimonio

Ai sensi del successivo art. 19, 1° comma, con il decreto di omologazione il tribunale nomina un liquidatore.

In base al secondo comma, poi, quando il piano di liquidazione di cui all'art. 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; alla vendita si applicano gli artt. da 2919 a 2929 del codice civile.

Quando il piano di liquidazione prevede che l'offerta di cui al 2° comma debba essere accettata prima della omologazione – stabilisce il terzo comma – all'offerta dà esecuzione l'ausiliario, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con le modalità di cui al 2° comma, previa autorizzazione del tribunale. E la terminologia utilizzata dalla norma rende palese la preferenza opportunamente accordata dal nuovo decreto a un percorso assai meno formale e procedimentalizzato rispetto a quanto statuito dall'art. 163-bis per il concordato preventivo.

Quanto, in particolare, al riferimento alla cessione di azienda o di rami di essa come possibile componente del piano di liquidazione, va precisato (sebbene sia forse superfluo) che esso non interferisce in alcun modo con il

disposto dell'art. 186-*bis* e con l'istituto della continuità indiretta rientrante (ormai pacificamente) nel suo perimetro applicativo. Ciò significa che la cessione dell'azienda o di suoi rami, qui espressamente prevista come possibile nucleo del piano di liquidazione, continua a rappresentare un'ipotesi di continuità alla stregua della disciplina del concordato preventivo.

16. La disciplina applicabile

Dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese – sancisce il secondo comma dell'art. 18 – si producono gli effetti di cui agli artt. 111, 167, 168 e 169 della legge fallimentare.

Ciò significa che da quel momento (e non dal deposito in cancelleria, come avviene nel concordato con riserva) l'impresa può considerarsi “in procedura” con riguardo, in particolare, alla maturazione di crediti in prededuzione, al c.d. spossessamento attenuato (pur non essendo previsto un commissario giudiziale, bensì – come detto – un ausiliario) e al divieto di azioni esecutive e cautelari individuali.

Ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 18, poi, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 173, 184, 185, 186 e 236. La prima norma richiamata è l'art. 173, relativamente al quale viene precisato che ai fini del primo comma di quest'ultimo il decreto che dispone la comunicazione della proposta (unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto) ai creditori è equiparato all'ammissione al concordato.

Il concordato può dunque essere revocato – sembrerebbe – sia nel caso di scoperta di pregressi atti di frode non rivelati dal debitore, sia nell'eventualità in cui questi compia atti di straordinaria amministrazione non autorizzati o atti comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, sia infine qualora risultino mancanti le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (pur non essendo in realtà previsto un provvedimento di ammissione).

Come si diceva, sono inoltre rese oggetto di espresso richiamo le norme sugli effetti dell'omologazione, sull'esecuzione del concordato e sulle ipotesi di risoluzione o di annullamento dello stesso, nonché il precetto penale in tema di bancarotta (su quest'ultimo punto si dirà più ampiamente nell'ultimo paragrafo).

Al primo comma dell'art. 19, poi, si trova l'espresso rimando all'art. 182, con conseguente necessità per il tribunale di far luogo alla nomina del comitato dei creditori e di determinare le modalità di liquidazione; senza dire dell'applicazione degli artt. da 105 a 108-*ter* ove compatibili.

Quanto alle numerose norme che non sono richiamate dal decreto, si pone il tema della loro applicabilità in via interpretativa (che peraltro interferisce con

la questione della natura del concordato semplificato, affrontata nel successivo paragrafo del presente contributo).

Ci si può interrogare, innanzitutto, circa la possibilità di costruire la proposta concordataria di cessione dei beni suddividendo il ceto creditorio in classi con trattamenti differenziati tra creditori, ma senza poter alterare l'ordine delle cause di prelazione³⁶, oppure individuando un assuntore. E rispetto a ciò occorre capire se possa essere considerato ostativo o meno il mancato richiamo dell'art. 160.

Assai poco agevole appare la configurabilità della c.d. fase prenotativa, stante l'assenza di qualsivoglia riferimento al sesto comma dell'art. 161, e lo svolgimento della "necessaria fase precedente"³⁷ rappresentata dalla composizione negoziata della crisi. E lo stesso dicasi relativamente alla (non) necessità di assicurare la percentuale minima del 20% ai creditori chirografari, ai quali, diversamente dal codice della crisi (art. 84, u.c.), non dev'essere neppure offerto alcun *quid pluris* rispetto al patrimonio del debitore.

Analogamente, non paiono applicabili le previsioni in tema di proposte e di offerte concorrenti³⁸, anche alla luce dell'opzione più deformalizzata opportunamente adottata dal legislatore, come poc'anzi ricordato.

Ed infine, trattandosi di concordato liquidatorio, non sembrano applicabili quelle disposizioni rientranti nel c.d. statuto del concordato in continuità aziendale³⁹. Il punto è piuttosto quello di appurare se nel perimetro della nuova norma rientri il caso dell'azienda "in esercizio", come in effetti pare doversi ritenere nonostante il mancato ricorso a questa espressione (a differenza dell'art. 186-bis). Una lettura di segno diverso, a ben vedere, condurrebbe a un'applicazione ingiustificatamente limitata della norma, anche se un chiarimento in sede di conversione in legge, attraverso la precisazione "anche in esercizio", sarebbe verosimilmente opportuno.

³⁶ Questo requisito è richiesto esplicitamente dal quinto comma dell'art. 18, là dove viene delineato il perimetro del controllo giudiziale in sede di omologazione.

³⁷ GUIDOTTI, *op. cit.*, p. 22.

³⁸ Nello stesso senso GUIDOTTI, *op. cit.*, p. 24.

³⁹ Per la loro elencazione, riferita al codice della crisi, v. da ultimo AMBROSINI, *Concordato preventivo fra vecchio e nuovo: continuità normativa, interessi protetti e soddisfacimento dei creditori*, cit., pp. 12-13 (pubblicato anche in AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, cit., pp. 13-14).

17. Il concordato semplificato è un sottotipo di concordato preventivo o un tipo concorsuale autonomo?

Al cospetto della nuova disciplina qui in esame, sorge spontaneo l'interrogativo se l'istituto integri un sottotipo di concordato preventivo, ovvero un tipo concorsuale a sé.

L'utilizzo del termine "concordato" e il richiamo a una parte rilevante della disciplina del concordato preventivo sembrano indurre, *prima facie*, a rispondere al quesito nel primo senso, come pure il passo della Relazione illustrativa ove si afferma che "viene introdotta una nuova tipologia di concordato preventivo".

A un'analisi più meditata, tuttavia, emergono elementi, sia testuali che "strutturali", che potrebbero deporre in senso contrario.

Va invero rilevato che l'istituto di cui trattasi è regolato da una legge diversa da quella fallimentare, che non parla di concordato preventivo bensì di concordato tout court.

Da questo punto di vista, l'esigenza stessa del legislatore di richiamare selettivamente le disposizioni sul concordato preventivo applicabili anche alla nuova fattispecie potrebbe confermare l'ipotesi che non si tratti di un sottotipo di concordato preventivo, per il quale andrebbero semmai menzionate, a rigore, le previsioni non applicabili (potendo ritenersi che al sottotipo di un istituto siano tendenzialmente applicabili tutte le norme proprie del tipo, ad eccezione per l'appunto di quelle oggetto di deroga).

Quanto al profilo, per così dire, strutturale, 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.

Orbene, gli elementi sopra enucleati sembrano tali, unitamente ai rilievi testé esposti, da far premio sui profili di comunanza (a partire dall'effetto esdebitatorio dell'omologazione) e quindi tali da far dubitare, a dispetto di quanto detto dalla Relazione illustrativa, che il nuovo concordato liquidatorio sia riconducibile sic et simpliciter al tipo del concordato preventivo quale regolato dalla legge fallimentare, costituendo verosimilmente un tipo normativo dotato di autonome specificità.

A ciò si aggiunga un ulteriore, rilevante, elemento distintivo del concordato semplificato: esso non può rappresentare il rimedio scelto in prima battuta dall'imprenditore per la soluzione della crisi, ma deve necessariamente far seguito all'attivazione della composizione negoziata; laddove è a tutti noto che

il concordato preventivo ben può essere presentato *tout court* dal debitore, senza il previo ricorso a strumenti quali il piano attestato di risanamento o l'accordo di ristrutturazione. Ed anche questo peculiare aspetto distingue ulteriormente il nuovo istituto dal ceppo del concordato preventivo, rafforzandone l'autonomia tipologica.

Com'è chiaro, peraltro, il nodo potrebbe essere sciolto gordianamente, all'atto di convertire il decreto in legge, inserendo nella rubrica e nel testo dell'art. 18 l'aggettivo "preventivo".

Nulla quaestio, invece, sulla natura di procedura concorsuale propria dell'istituto⁴⁰, in considerazione, a tacer d'altro, del controllo del tribunale sulla proposta, del necessario rispetto della *par condicio creditorum* e dell'indefettibilità del giudizio di omologazione. Ne deriva la configurazione di una procedura concorsuale al di fuori del perimetro della legge fallimentare.

18. Cenno ai risvolti sul piano penale

La questione trattata nel paragrafo precedente presenta un delicato risvolto in ambito penale, atteso che l'art. 236 è bensì richiamato dall'art. 18 del decreto, ma, non essendo stato da quest'ultimo modificato, non menziona ovviamente il concordato semplificato.

Il che pone un tema di adeguatezza del presidio penale rispetto alla nuova fattispecie.

Non a caso, si è rilevato in proposito che l'estensione al concordato semplificato delle fattispecie di bancarotta fraudolenta "diverrebbe problematico in quanto le stesse non sono espressamente richiamate in via diretta e il doppio rinvio non sembrerebbe una tecnica idonea a perseguire tutte le possibili condotte depauperatorie che si dovessero riscontrare in una fase di mera crisi"⁴¹.

La ricerca di una soluzione al problema, meritevole – com'è chiaro – di ben altro approfondimento, passa a mio avviso per la modifica delle disposizioni penali della legge fallimentare con l'inserimento delle fattispecie di nuovo conio, unitamente, però, alla contestuale integrazione delle norme richiamate dall'odierno decreto con l'espressa menzione dell'art. 217-*bis*, stante la rilevanza delle esimenti ivi contemplate.

⁴⁰ Conforme BOTTAI, *op. loc. cit.*, per il quale "la soppressione del filtro di ammissibilità e della votazione non alterano la natura concorsuale e procedurale del nuovo istituto".

⁴¹ BOTTAI, *op. cit.*, p. 3. Con la precisazione, tuttavia, che il rilievo sembra attagliarsi anche alle ipotesi di bancarotta semplice.

19. La legge n. 147/2021 di conversione del d.l. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso

Con la legge di conversione n. 147 del 21 ottobre 2021 il provvedimento dell'agosto scorso risulta varato nella sua veste definitiva.

Il primo aspetto che viene in evidenza attiene al mancato recepimento di emendamenti con riguardo all'art. 2, diretti, almeno in un caso, a espungere dalla norma il riferimento all'insolvenza.

Ne deriva che resta invariato il presupposto oggettivo della composizione negoziata, consistente – secondo l'opinione affacciata da subito sulle colonne di questa Rivista⁴² e successivamente anche altrove⁴³ – nello stato di crisi, in quello di insolvenza reversibile o nella probabilità del loro imminente inverarsi. E l'opzione "conservativa" adottata in sede di conversione va accolta, ad avviso di chi scrive, con favore, in quanto risulta coerente con l'intenzione di dotare il nuovo istituto di uno spettro applicativo ampio.

La legge ha invece riformulato e integrato l'art. 3 relativo all'istituzione della piattaforma telematica e la nomina dell'esperto.

In proposito, rispetto ai dubbi emersi in dottrina all'indomani del decreto legge circa una possibile, ingiustificata, disparità di trattamento fra dottori commercialisti e avvocati⁴⁴, la nuova norma equipara correttamente le due categorie attraverso il comune riferimento a "precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa", unitamente al concomitante requisito dell'iscrizione ai rispettivi albi da almeno cinque anni. Non è stato quindi ritenuto sufficiente a sorreggere una disciplina differenziata il diverso percorso formativo che caratterizza le due categorie professionali, del resto collocate sul medesimo piano dalle norme su curatori fallimentari, commissari giudiziali e commissari straordinari (ferme ovviamente le differenze rispetto tra queste figure e quella dell'esperto). Il *focus* è posto in definitiva sul dato esperienziale, che per sua natura prescinde dalla qualifica formale.

All'art. 4, comma 1, è aggiunta la rilevante e opportuna previsione in base alla quale chi ha svolto l'incarico di esperto non può intrattenere rapporti

⁴² AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., pp. 6-7.

⁴³ JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, in *dirittodellacrisi.it*, 1° ottobre 2021, pp. 3-4.

⁴⁴ AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 2, nt. 4; GUIDOTTI, *Di alcune possibili modifiche al disegno di legge n. 2371 relativo alla conversione del decreto 24 agosto 2021, n. 118, sulla disciplina della crisi di impresa*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 5 ottobre 2021, p. 6.

professionali con l'imprenditore se non sono decorsi almeno due anni dall'archiviazione della composizione negoziata (c.d. *freezing out*).

Nella medesima ottica, al comma 2 è stato precisato che i soggetti di cui può avvalersi l'esperto non devono essere legati all'impresa, né alle altre parti interessate al risanamento, da rapporti di natura personale o professionale, con il ricorso a un'espressione che riprende il *wording* dell'art. 67, comma 3, lett. d) ("coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento").

Al novellato art. 5 ci si è fatti carico del rilievo critico riferito alla ritenuta incompletezza della lettera d)⁴⁵, che viene quindi integrata con la necessità di allegare una dichiarazione con la quale attesta di non avere depositato ricorsi ai sensi degli articoli 161 e 182-bis l. fall., anche nelle ipotesi di cui al sesto comma del predetto articolo 161 e al sesto comma del predetto articolo 182-bis. Collegata a quest'ultimo riferimento normativo è anche l'avvenuta integrazione del comma 2 dell'art. 23 attraverso la menzione dell'istituto del c.d. preaccordo di ristrutturazione (art. 182-bis, comma 6), rimasto inizialmente, per così dire, nella penna del legislatore, come segnalato su questa Rivista⁴⁶.

I commi aggiunti all'art. 5 (8-bis e 8-ter) si occupano dei costi per il funzionamento della composizione negoziata e della improponibilità della relativa istanza se non è trascorso almeno un anno dall'archiviazione di una precedente, analoga, domanda.

Dopo la riformulazione dell'art. 8 sulla sospensione di obblighi e di cause di scioglimento in materia societaria, la legge di conversione ha riscritto l'art. 9, dettando, relativamente alla condotta dell'imprenditore in costanza di trattative, una regola distintiva gravida di implicazioni sistematiche. Ed invero, l'oggetto della tutela legale varia a seconda che l'impresa sia in crisi, oppure in stato di insolvenza reversibile: nel primo caso esso risiede nell'evitare nocimento alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, nel secondo caso nel gestire l'impresa nell'interesse prevalente dei creditori.

Con riguardo all'autorizzazione giudiziale a cedere l'azienda o un ramo di essa ex art. 10, lett. d), la legge aggiunge, con un'espressione volutamente ampia (e fatalmente un po' generica), che nel dettare le misure ritenute opportune il tribunale tiene conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti.

⁴⁵ Si allude anche qui al contributo *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 9.

⁴⁶ AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 10; nello stesso senso GUIDOTTI, *Di alcune possibili modifiche al disegno di legge n. 2371 relativo alla conversione del decreto 24 agosto 2021, n. 118, sulla disciplina della crisi di impresa*, cit., p. 10.

Quanto alle imprese cc.dd. sotto soglia, al comma 3 dell'art. 17 è venuto meno il dovere dell'esperto di acquisire "i bilanci dell'ultimo triennio, se disponibili, le dichiarazioni fiscali e la documentazione contabile ritenuta necessaria per redigere, ove non disponibile, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale ed economico-finanziaria dell'imprenditore nonché un elenco aggiornato dei creditori e dei relativi diritti".

Per ciò che attiene al concordato liquidatorio semplificato, viene precisato, al comma 1 dell'art. 18, che le trattative finalizzate alla composizione negoziata devono essersi svolte secondo correttezza e buona fede, con ciò in certo qual modo accentuandosi – parrebbe – il connotato di premialità dell'istituto.

Risolvendo un dubbio posto in dottrina⁴⁷, viene inserito nel predetto comma 1 il chiarimento in forza del quale la proposta concordataria può prevedere la suddivisione dei creditori in classi: nel che trova conferma l'applicazione non già generalizzata, bensì appunto selettiva, della disciplina del concordato preventivo di cui alla legge fallimentare.

All'art. 19, infine, viene introdotta una disciplina relativa alla Fintecna s.p.a. che denota scarsa attinenza con il contenuto della normativa in esame, riguardando le imprese assoggettate ad amministrazione straordinaria e le società a partecipazione pubblica.

Con specifico riferimento alle procedure di amministrazione straordinaria, è sancita la facoltà del Ministro dello sviluppo economico di revocare i commissari straordinari in carica e di nominare in loro vece la Fintecna s.p.a. nei casi in cui sia già avvenuta la dismissione dei compendi aziendali e la procedura si trovi nella fase di liquidazione, oppure nel caso in cui i programmi di cui all'art. 27, comma 2, d. lgs. n. 270/99, non siano completati nei termini previsti.

È altresì stabilita la revoca *ex lege* dei mandati giudiziali e stragiudiziali e delle consulenze conferiti precedentemente dai commissari, qualora essi non siano espressamente confermati nel termine di novanta giorni dal decreto di nomina della società.

Tali previsioni, fortemente innovative, non mancheranno di dar luogo a dibattito. Può fin d'ora osservarsi, in ogni caso, che si tratta di aspetti demandati al prudente esercizio della discrezionalità amministrativa, che per sua natura deve ispirarsi ai principi di ragionevolezza e di parità di trattamento, oltre che a

⁴⁷ AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 settembre 2021, p. 6; e v. anche, successivamente, PEZZANO-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*, 19 ottobre 2021, p. 9. Per l'esame analitico della relativa disciplina si veda BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n.118 del 2021*, *ivi*, 5 ottobre 2021.

quelle ragioni di efficienza sottese all'esigenza di razionalizzazione espressamente invocata dalla norma. Il tutto, beninteso, all'insegna del rispetto, come certamente non mancherà di avvenire, dei principi scaturenti dal nostro ordinamento concorsuale, a cominciare dal divieto di conflitti d'interesse di cui all'art. 28, 1. fall., e alla conseguente impossibilità, in tal caso, di assumere l'incarico commissariale⁴⁸.

In linea generale, si rileva che dal quadro, assai sintetico (oltre che parziale), fin qui tracciato delle novità contenute nella legge n. 147 emerge con chiarezza un dato di fondo, la cui rilevanza sistematica va ribadita con nettezza. Ci si riferisce, com'è chiaro, alla conferma della volontà politica di (i) introdurre nel sistema un istituto – quello della composizione negoziata – fortemente *debtor friendly* e informato ai principi di volontarietà, stragiudizialità e riservatezza; (ii) rinviare di oltre due anni l'entrata in vigore della disciplina dell'allerta, messa così in discussione nella sua stessa *ratio essendi*; (iii) valorizzare la liquidazione concordataria attraverso un concordato semplificato *sui generis*.

Queste scelte, ribadite da ultimo dal legislatore (e la cosa non era del tutto scontata), si pongono innegabilmente in controtendenza rispetto ad alcuni pilastri del codice della crisi, denotando con chiarezza la convinzione circa l'opportunità, se non di un definitivo superamento delle misure di allerta, certamente di un loro temporaneo, ma non per questo meno significativo, accantonamento e ripensamento.

⁴⁸ Più precisamente, in ordine ai requisiti per la nomina a commissario straordinario e alle cause di incompatibilità, l'art. 39 d. lgs. 270/99 prevede – com'è noto – l'emanazione rispettivamente di un regolamento amministrativo – precisamente del Ministro delle attività produttive (oggi dello sviluppo economico) di concerto con il Ministro della giustizia – che fissi i requisiti di professionalità e onorabilità dei commissari (giudiziali e straordinari) e di un decreto che stabilisca i criteri per la scelta degli esperti. Senonché regolamento e decreto non sono mai stati emanati. Nondimeno, com'è stato correttamente osservato, “le previsioni contenute negli artt. 28 e 29 l. fall. possono ritenersi espressione di principi di carattere generale a tutela del regolare andamento del procedimento. [...] La bontà di tale soluzione è peraltro confermata dall'art. 104 delle disposizioni di coordinamento, transitorie e finali al d.lg. n. 270/1999, disponendo che, fino alla data di entrata in vigore del regolamento previsto dall'art. 39, si applicano per la nomina del commissario giudiziale e del commissario straordinario i requisiti per la nomina dei curatori fallimentari, fissati nell'art. 28 l. fall.” (PACCHI, *Gli organi della procedura di amministrazione straordinaria*, in AA.VV., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di C. Costa, Torino, 2008, p. 291). Non a caso, con propria Direttiva in data 12 maggio 2021 il Ministro attualmente in carica ha giustamente precisato, fra l'altro, che restano “fermi i requisiti previsti dalla legge ed in particolare l'art. 28 della legge fallimentare”.

LA CRISI D'IMPRESA NELL'ERA DRAGHI: LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA E IL CONCORDATO SEMPLIFICATO*

ROLANDINO GUIDOTTI

Sommario: 1. Premessa. – 2. Il presupposto soggettivo. – 3. La necessità di una riforma del diritto penale fallimentare. – 4. Un nuovo istituto: la composizione negoziata per la risoluzione della crisi di impresa. – 5. L'esperto. – 6. Il procedimento. – 7. I compiti dell'esperto. – 8. Le misure protettive. – 9. La composizione negoziata della crisi è una procedura concorsuale? – 10. Il comportamento delle parti. – 11. La sospensione facoltativa della regola del "ricapitalizza o liquida". – 12. La specificazione degli obblighi dell'organo di controllo. – 13. La gestione dell'impresa in pendenza delle trattative. – 14. Le autorizzazioni del tribunale. – 15. La rinegoziazione dei contratti. – 16. Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio: una rivoluzione concettuale? – 17. La fase successiva all'omologazione. – 18. Alcune (provvisorie) considerazioni conclusive.

Abstract: l'evoluzione del diritto fallimentare rivela l'esigenza di alcune riflessioni in relazione alle novità introdotte dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118. Il presente contributo si propone di esaminare, dapprima, alcuni key-aspects dell'istituto della composizione negoziata e, in un secondo tempo, di realizzare alcune considerazioni sulla natura del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

Parole chiave: diritto penale fallimentare, composizione negoziata, crisi d'impresa, esperto, misure protettive, concordato semplificato.

Abstract: the evolution of insolvency law reveals the need for few thoughts in relation to the news introduced by the d.l. 24th august 2021, n. 118. The present contribution aims to examine, at first, some key-aspects of the negotiated settlement of the business crisis institution (from the proceeding to the role of

* Il presente saggio è destinato anche a un volume collettaneo a cura di Stefano Ambrosini.

the expert) and, at a later time, to make a consideration about the nature of the simplified arrangements with creditors for the liquidation of assets.

Keywords: bankruptcy criminal law, negotiated settlement, business crisis, expert, protective measures, simplified arrangements with creditors.

1. Premessa

Sono trascorsi pochi giorni dalla pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale del d.l. 24 agosto 2021, n. 118, avente ad oggetto *Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia* e si possono fare le prime osservazioni al provvedimento anche in considerazione del fatto che un cenno ai contenuti sostanziali della riforma era stato comunicato dal presidente della Commissione di Riforma ⁽¹⁾ ad un quotidiano nazionale in data 30 giugno 2021 e, precedentemente, alcuni membri della futura Commissione avevano dato indicazioni sui “pilastri” di una possibile riforma ⁽²⁾. Il testo era poi già circolato nelle ore precedenti al momento di approvazione nel Consiglio dei Ministri del 5 agosto 2021 ⁽³⁾.

⁽¹⁾ Prof. Ilaria Pagni, gli altri membri della Commissione sono: prof. Pasqualino Albi, dott.ssa Elena Comparato, prof. Fabrizio Di Marzio, dott. Giuseppe Dongiacomo, prof. Massimo Fabiani, dott.ssa Silvia Giacomelli, dott. Luciano Panzani, dott. Riccardo Ranalli, dott.ssa Linda Vaccarella, dott.ssa Paola Vella, dott. Mauro Vitiello, dott. Alessandro Farolfi, prof. Giorgio Lener, dott. Guido Romano, prof. Lorenzo Stanghellini, dott. Alfredo Storto, prof. Marco Ventoruzzo, prof. Vincenzo De Stasio, avv. Giuseppe Iannaccone, prof. Bruno Inzitari, avv. Pasquale Pucciariello, prof. Daniele U. Santosuosso; il decreto di nomina è del 22 aprile 2021, integrato successivamente in data 5 maggio 2021.

⁽²⁾ È pubblicato su *Lavoce.it* del 15 febbraio 2021 il contributo di M. FABIANI, I. PAGNI, R. RANALLI e L. STANGHELLINI, *Come prepararsi all'urto delle crisi aziendali*, nel quale alcuni membri della futura commissione anticipano alcuni di quelli che poi diverranno i capisaldi della riforma.

⁽³⁾ Prima dell'approvazione del testo nella riunione del Consiglio dei Ministri del 5 agosto 2021 si possono leggere le considerazioni di D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è, se vi pare*, in *ilfallimentarista*, 27 luglio 2021; per considerazioni analoghe v. anche, successivamente, 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). Ma v. M. FABIANI, *La proposta della commissione Pagni all'esame del Governo: valori, obiettivi e strumenti*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 agosto 2021; successivamente sulla medesima *Rivista* è stata pubblicata la nota di S. LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema di d.l. recante misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale*, 5 agosto 2021. Si vedano anche le osservazioni, anche comparatistiche, di S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in questa *Rivista*, 9 agosto, 2021, e il commento, incentrato sulla composizione negoziata della crisi, di S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in questa *Rivista*, 23 agosto 2021, e

Non sembra che ci sia, allo stato, ancora la volontà (espressa) di archiviare l'esperienza (virtuale) dell'allerta ⁽⁴⁾, ma solo di metterne in seria discussione le modalità di attuazione ⁽⁵⁾.

Come si evince dalla *Relazione*, con riferimento al nuovo istituto, della composizione negoziata della crisi, 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».

Trattative che vedono solo come *eventuale* l'intervento dell'autorità giudiziaria e che vengono condotte con modalità di natura privatistica all'infuori *tendenzialmente* di un procedimento giurisdizionale; siamo quindi di fronte ad un percorso: stragiudiziale, riservato e (sicuramente) volontario ⁽⁶⁾.

Il che non vuol necessariamente dire, come si è già osservato, smantellare i due “pilastri” sui quali si regge il codice della crisi: da un lato, l'allerta, come meccanismo di incentivazione ad una precoce emersione della crisi e, dall'altro, un sensibile irrobustimento del ruolo dell'autorità giudiziaria sia giudicante, sia requirente.

Il che può forse voler solo dire che si è preso atto nella necessità di emendare l'impostazione dell'ultima legislazione in materia da una serie di “eccessi” che rischiavano di condurre ad un risultato opposto e, quindi, ovviamente diverso da quello che ci si era proposti di perseguire: una sorta di eterogenesi dei fini.

Il decreto ha già sviluppato un dibattito dai toni particolarmente accesi, ma forse non ne è necessaria una lettura “politica”.

quello di L. PANZANI, *Il d.l. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi*, 25 agosto 2021.

⁽⁴⁾ E v. in argomento L. PANZANI, *Il d.l. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, op. cit., p. 4 ss.

⁽⁵⁾ Allo stato per il titolo II del codice della crisi (c.c.i.), concernente le procedure di allerta e la composizione assistita della crisi innanzi all'Ocri, il rinvio è fissato al 31 dicembre 2023. Il tutto anche per poter sperimentare l'efficienza e l'efficacia della composizione negoziata.

⁽⁶⁾ La riforma era necessaria anche in considerazione del fatto che - si legge sempre nella *Relazione* - molte imprese non saranno in grado di garantire la propria continuità una volta venute meno le misure straordinarie di sostegno tramite le quali lo Stato è intervenuto a seguito della pandemia; queste imprese non hanno «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».

Ci si può fermare a verificare se sia idoneo – o meno – a perseguire il fine che il legislatore si è proposto, ovvero il risanamento dell'impresa, nella convinzione che detto risanamento rappresenti anche per i creditori la miglior alternativa possibile rispetto alla gestione della crisi in sede concorsuale.

2. Il presupposto soggettivo

Si noti come il legislatore del decreto sembra essersi discostato dalla definizione di crisi di cui all'art. 2, comma 1°, lett. a), c.c.i. perché oggi non siamo più di fronte allo «squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore», ma ad una condizione «di squilibrio *patrimoniale* o economico finanziario che ne rendono *probabile* la crisi o l'insolvenza».

Sembra che ci si sia spostati allo stato di *early warning* (rispetto alla successiva eventuale fase della c.d. *twilight zone*); siamo quindi in una fase in cui la crisi è probabile, ma non ancora in atto (e v. l'art. 2, comma 1°, del decreto in esame).

Ci si sarebbe potuti spingere ancora un poco più indietro ed utilizzare l'espressione «rendere *possibile* la crisi»⁽⁷⁾, ma ovviamente – così facendo – il rischio dei “falsi positivi” sarebbe ulteriormente aumentato; “falsi positivi” che però se “trattati” realmente nella situazione di riservatezza, che il dettato legislativo sembra permettere, non dovrebbero creare particolari problemi al sistema perché destinati ad uscire dal percorso di composizione negoziata senza necessità di alcun intervento; ma, forse, *anche* per evitare il rischio di non utilizzo tempestivo del nuovo strumento o, al contrario, dell'utilizzo prematuro dello stesso si prevede l'istituzione di una “piattaforma telematica nazionale” nella quale è inserito, tra l'altro, un *test* pratico per la verifica della perseguibilità concreta del risanamento (art. 3, comma 2°).

Non v'è motivo di ritenere - anche perché la norma fotografa il “momento iniziale” dal quale è possibile accedere al nuovo istituto, ma non “quello finale” (che sembra essere quello della dichiarazione di fallimento) - che l'istituto non sia utilizzabile in situazioni di crisi e / o di insolvenza conclamata⁽⁸⁾.

Il fatto che lo strumento della composizione negoziata della crisi sia utilizzabile anche per i casi di insolvenza è, tra l'altro, reso evidente dalla norma

⁽⁷⁾ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, op. cit., p. 7, suggerisce invece di riformulare l'ultimo periodo della norma individuando nel presupposto oggettivo della composizione negoziata, quelle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario «che rendono verosimile l'esistenza dello stato di crisi o di insolvenza, o probabile il loro futuro verificarsi».

⁽⁸⁾ In questo senso S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, op. cit., pp. 7-9; in senso contrario sembrerebbe orientato P. RINALDI, *Aziende in crisi, l'esperto agevola la trattativa e tutela i creditori*, in *IlSole24ore*, 6 agosto 2021, p. 29.

(art. 6, comma 4°) che dispone gli effetti sospensivi sulla dichiarazione di fallimento (che ovviamente l'insolvenza presuppone logicamente).

È però necessaria una «concreta prospettiva di risanamento» ⁽⁹⁾: in caso di insolvenza sarà necessario un apporto esterno, di cui quindi si dovrà verificare l'adequatezza, durante la composizione negoziata, al fine di evitare la dichiarazione di fallimento e / o l'utilità per il percorso di risanamento.

In caso di insolvenza sembra poi potersi sostenere che l'accesso al percorso possa essere ugualmente chiesto anche quando lo stesso permetta in tempi brevi di cedere l'azienda e / o alcuni rami della stessa.

In quest'ultimo caso, l'imprenditore una volta “uscito” dalla composizione negoziata potrà scegliere di depositare istanza di fallimento in proprio.

È inutile nascondersi che il pendolo sembra abbia ripreso ad oscillare nella direzione di strumenti per la risoluzione della crisi connotati in senso meno “pubblicistico” di quanto avvenuto in passato ⁽¹⁰⁾.

3. La necessità di una riforma del diritto penale fallimentare

Sia consentito incidentalmente ricordare come sia singolare che, a fronte di legislazione “civilistica”, che – tra alti e bassi – propone sempre tecniche maggiormente sofisticate e aggiornate, le norme penali fallimentari rimangono quelle pensate nel periodo fascista e sulle stesse, ad oggi, non si è inteso intervenire in maniera radicale e sistematica.

Non è questa la sede ovviamente per soffermarsi sulle ragioni per le quali è, all'evidenza, sempre mancata la volontà di una complessiva riforma del diritto penale fallimentare nella sua struttura – sia consentita l'espressione – anche “logica”.

In questa sede è però forse opportuno esprimere il dubbio che una riforma completa nell'ottica del favore della ristrutturazione dell'impresa non debba passare quantomeno da una rivisitazione della disciplina della bancarotta, nel senso di separare nettamente le ipotesi di reato legate al fallimento / liquidazione giudiziale da quelle relative al concordato preventivo o quantomeno ad alcuno degli altri strumenti di risoluzione della crisi.

L'impostazione attuale è invece quella secondo la quale il debitore che fa le scelte, da ultimo indicate, corre, di fatto, rischi analoghi (sia scusata la

⁽⁹⁾ L'espressione ricorda l'art. 27, d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270, ove ci si esprime, analogamente, nei seguenti termini: «[l]e imprese dichiarate insolventi (..) sono ammesse alla procedura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali» (comma 1°).

⁽¹⁰⁾ L'espressione è di S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, op. cit., p. 2, nt. 2.

semplificazione); la qual cosa ovviamente non è un incentivo per chi, per esempio, avendo ricoperto ruoli gestionali, sarebbe disposto ad “iniettare” finanza nella propria impresa, organizzata in forma societaria, al fine di evitare il fallimento ⁽¹¹⁾.

A tal proposito - e ancora a solo a titolo di esempio - si ponga mente al fatto che l’art. 341, comma 2°, c.c.i. estende il reato di bancarotta ai comportamenti del debitore ammesso al concordato preventivo e successivamente il terzo comma della medesima norma estende il medesimo reato ai comportamenti tenuti dai debitori che accedano accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa o di convenzione di moratoria, nonché nel caso di omologa di accordi di ristrutturazione.

Anche sotto questo profilo il decreto in esame lascia però sperare in un mutamento di clima ove si consideri che - seppure in situazione ovviamente diverse - ai sensi dell’art. 12, comma 5°, le disposizioni di cui all’art. 216, comma 3°, l. fall., relative a fatti di bancarotta fraudolenta, e di cui all’art. 217 l. fall., che disciplina le ipotesi di bancarotta semplice, vengono espressamente disapplicate ⁽¹²⁾.

4. Un nuovo istituto: la composizione negoziata per la risoluzione della crisi di impresa

L’obiettivo della composizione negoziata della crisi è quello di permettere alle imprese di individuare le varie alternative percorribili per la ristrutturazione e il risanamento.

Si tratta di uno strumento che persegue finalità di riservatezza, di tipo negoziale e stragiudiziale; la negoziazione è, per tutta la durata del percorso, una prerogativa dell’imprenditore ⁽¹³⁾, che la coltiva con (l’eventuale) ausilio dei propri consulenti.

Non vi sono requisiti dimensionali di accesso alla composizione negoziata, che è concepita con strumento utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali

⁽¹¹⁾ O a terzi vicini all’imprenditore individuale, o quello organizzato con tipi a responsabilità illimitata, disposti ad aiutarlo ove questo gli evitasse i problemi di natura penale (visti anche semplicemente nell’ottica di dover subire il procedimento con tutto ciò che ne deriva).

⁽¹²⁾ Rimane il richiamo anche nella nuova disciplina all’art. 236 l. fall. per la nuova fase concordataria.

⁽¹³⁾ Allo stato della stesura delle norme il nuovo istituto non può essere attivato né da un creditore, né dal collegio sindacale.

iscritte al registro delle imprese ⁽¹⁴⁾; sembrano quindi escluse, tra l'altro, le società di fatto e quelle irregolari; sono comprese le società agricole.

Per tutti gli imprenditori, indipendentemente quindi, lo si è detto, dalla loro natura ⁽¹⁵⁾ e dalle loro dimensioni, che si trovino «in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza» è prevista la possibilità di utilizzare un nuovo strumento denominato, appunto, composizione negoziata per la risoluzione della crisi, che si svolge e può svolgersi ⁽¹⁶⁾ fuori dalle aule dei tribunali; il nuovo istituto è quindi *tendenzialmente* caratterizzato dalla sua “estranetà” al circuito giudiziale ⁽¹⁷⁾.

Tanto, dice espressamente l'art. 2, comma 1°, «quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa», anche per “linee esterne” (per il tramite quindi del trasferimento dell'azienda o di uno o più rami dell'azienda).

Al fine di superare il momento di difficoltà si chiede l'intervento di un esperto indipendente – di cui diremo nel seguito – che ha il compito, prima di ogni altra cosa, proprio di valutare le prospettive concrete di risanamento (art. 5, comma 5°).

Non è quindi precluso – sia scusata la ripetizione - l'accesso al percorso all'imprenditore che sotto il profilo dimensionale possieda entrambi i requisiti di cui all'art. 1, comma 2°, l. fall., ma *ex art. 17*, rubricato appunto: *Imprese sotto soglia*, per queste ultime imprese è prevista (correttamente) la possibilità di coinvolgimento degli organismi di composizione della crisi ⁽¹⁸⁾.

5. L'esperto

Come si legge nella *Relazione*, «la presenza dell'esperto non ha lo scopo e la funzione di sostituire l'imprenditore nel dialogo con i suoi creditori o con le

⁽¹⁴⁾ Ai sensi dell'art. 12, comma 4°, c.c.i., per contro e tra l'altro (si v. anche il comma 5°) gli strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, esclusi le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione autorizzati dalla Consob, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento della predetta Commissione; un cenno alle ragioni di detta esclusione lo si rinviene in R. GUIDOTTI, *Le società con azioni quotate – Alcune regole di funzionamento*, Milano, 2021, p. 11 ss.

⁽¹⁵⁾ Già oggi gli imprenditori agricoli possono accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 *bis* l. fall.

⁽¹⁶⁾ Se non in passaggi particolari: e v. l'artt. 6 e 7, nonché gli artt. 9 e 10.

⁽¹⁷⁾ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, op. cit., p. 3.

⁽¹⁸⁾ Da ultimo si può consultare sull'argomento M. IRRERA e S. CERRATO (a cura di), *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, Bologna, 2021.

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 ⁽¹⁹⁾, 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.

Ovvio a questo proposito - lo si dice incidentalmente - che il buon funzionamento dell'istituto dipenderà dalla nomina quali esperti di soggetti ai quali gli "ambienti di riferimento" riconoscono le qualità necessarie per svolgere l'incarico e la scelta di persone inadatte - al di là dei profili puramente formali anche di formazione - potrà essere una ragione di mancato successo dell'istituto ⁽²⁰⁾; si può ancora osservare sotto il profilo pratico che la nomina dell'esperto potrà permettere ai tribunali di non essere "investiti" da un numero rilevante di procedimenti.

Il compito dell'esperto viene fotografato - con efficace sintesi - dall'art. 2, comma 2°, dove si prevede che deve agevolare «le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento» della condizione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa - si noti bene - «anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa» ⁽²¹⁾.

L'esperto deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza previsti dall'art. 2399 c.c. ⁽²²⁾. Deve operare in modo professionale, riservato,

⁽¹⁹⁾ Possono rivestire il ruolo di esperti, tra gli altri, i dottori commercialisti e gli avvocati, ma - a differenza di quanto dispone oggi l'art. 28 l. fall. - l'art. 3 del decreto in esame richiede solo per questi ultimi il requisito di «aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa»; la scelta non è oggettivamente di facile comprensione perché evidentemente sia i dottori commercialisti sia gli avvocati possono non essere esperti in ristrutturazioni aziendali e le due categorie hanno normalmente competenze molto diverse tra loro.

⁽²⁰⁾ Varie sono le ipotesi in cui la Direttiva UE 2019/1023 prevede la designazione di un esperto che assista il debitore nella negoziazione coi propri creditori.

⁽²¹⁾ Analoga espressione si trova anche nella disciplina della liquidazione del patrimonio del concordato semplificato che pur essendo un concordato liquidatorio sembra avere come finalità proprio la prosecuzione dell'attività seppur, ovviamente, in modo "indiretto" e quindi attraverso il trasferimento dell'azienda: art. 19.

⁽²²⁾ «E non deve essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore né essere stati

imparziale ed indipendente e «può chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le informazioni utili o necessarie e può avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale» (art. 4, comma 2°); i costi di questi soggetti rimangono a carico dell'esperto il cui compenso, di natura prededucibile, è dettagliatamente determinato nell'ammontare ⁽²³⁾.

Ad eccezione del momento in cui - ai sensi dell'art. 7, comma 4°, - il tribunale lo sente nel corso della valutazione dell'emissione di provvedimenti cautelari e / o misure protettive, e quindi per finalità proprie del percorso di risanamento, l'esperto, ai sensi dell'art. 4, comma 3°, «non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità» ⁽²⁴⁾.

La lettura della disposizione porta la mente a quanto dispone invece - seppur, bisogna darne atto, in contesto parzialmente diverso - il disposto di cui all'art. 21, comma 4°, c.c.i. in punto di utilizzabilità dei relativi atti e documenti in fase di eventuale liquidazione giudiziale o di un procedimento penale; il cambio di approccio è nelle cose.

Presso la camera di commercio di ciascun capoluogo di regione è formato un elenco di esperti ⁽²⁵⁾ che devono dimostrare anche il possesso di specifica formazione il cui contenuto sarà definito nel dettaglio in un decreto del Ministero della Giustizia.

La nomina dell'esperto può avvenire anche al di fuori dell'ambito regionale e così – se ben si è compreso – la commissione regionale (composta da un magistrato, da un membro designato dal presidente della camera di commercio e da un membro designato dal prefetto) può attingere il nominativo da membri iscritti anche in altre regioni.

Ogni esperto non può svolgere più di due incarichi contestualmente. Non è prevista la nomina di più esperti nella situazione di particolare complessità, ipotesi alla quale si potrebbe invece pensare, in sede di conversione, con riferimento a crisi relative ad imprese di dimensioni rilevanti per le quali potrebbero anche essere individuate le soglie.

membri di organi di amministrazione o controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa» (art. 4, comma 1°).

⁽²³⁾ E v. l'art. 16.

⁽²⁴⁾ Si applicano al proposito anche le disposizioni di cui all'art. 200 c.p.p., relativo al segreto professionale, e le garanzie di libertà previste per il difensore dall'art. 103 c.p.p., in quanto compatibili.

⁽²⁵⁾ E v. l'art. 3.

Nulla dice il decreto in merito alla responsabilità dell'esperto. E' auspicabile però un chiarimento in sede di conversione del decreto perché ovviamente il successo dell'istituto dipende anche dall'accettazione del ruolo di esperti di persone con particolari capacità tecniche che saranno maggiormente invogliate ad iscriversi ai relativi albi e / o accettare gli incarichi ove le loro responsabilità siano chiaramente delineate dalla legge; tanto si dice nella piena consapevolezza peraltro che il decreto non vada eccessivamente appesantito con disposizioni di dettaglio.

6. Il procedimento

L'istanza di composizione negoziata della crisi non può essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche con riserva (art. 23, comma 2°).

Si tratta di un "presupposto negativo" che condiziona l'accesso al percorso della composizione negoziata della crisi; l'esistenza di questo presupposto negativo dovrà essere dichiarato dall'imprenditore nel momento in cui chiede l'accesso al percorso di risanamento.

Detto presupposto andrà verificato - anche per il tramite di una visura camerale aggiornata - dalla commissione di nomina dell'esperto prima di provvedere a quest'ultimo incombenza.

In considerazione del tenore letterale della disposizione nulla sembra impedire che l'imprenditore, che abbia già depositato una domanda di concordato in bianco, di concordato pieno, o di accordo di ristrutturazione dei debiti, possa rinunciarvi per sfruttare la diversa e nuova opportunità offerta dall'ordinamento.

Più complessa è invece l'interpretazione della norma con riferimento al fatto che *non* prevede il divieto di accedere al nuovo percorso nell'ipotesi in cui sia già stata depositata una istanza di pre-accordo di ristrutturazione.

Con riferimenti a quest'ultimo tema, in prima battuta, è possibile ipotizzare che la materia, in sede di conversione del decreto, vada ulteriormente sviluppata: o prevedendo l'improcedibilità anche per il caso di contestuale pendenza di pre-accordo di ristrutturazione dei debiti ⁽²⁶⁾, o disciplinando la "convivenza" - una volta ritenuta ammissibile - dei due "percorsi".

Sia consentito dire, in prima battuta e con riserva di tornare in altra sede sull'argomento, come la disparità di trattamento tra pre-concordato (art. art. 161,

⁽²⁶⁾ Per questa soluzione si esprime S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, op. cit., pp. 8-9.

comma 6°, l. fall.) e pre-accordo di ristrutturazione (art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall.) sembra difficilmente giustificabile anche in considerazione del meccanismo della c.d. “passarella” (art. 182 *bis*, u.c., l. fall.).

Pur non essendo previsto *dalla* legge, è sicuramente opportuno che la decisione di accedere al nuovo percorso venga deliberata dal consiglio di amministrazione (se esistente), ovvero verbalizzata quale determina dell’amministratore unico.

L’istanza di accesso al percorso di composizione negoziata della crisi è ricevuta non dal segretario della camera di commercio del capoluogo di regione, ma da quello nel cui ambito territoriale si trova la sede dell’impresa che - ricevuta l’istanza la comunica -, il giorno stesso, alla commissione ⁽²⁷⁾ per la nomina per l’esperto «unitamente ad una nota sintetica contenente il volume di affari, il numero dei dipendenti e il settore in cui opera l’impresa istante» ⁽²⁸⁾.

L’esperto, una volta nominato dalla commissione, accettato l’incarico, convoca senza indugio l’imprenditore per valutare l’esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche eventualmente alla luce delle informazioni assunte dall’organo di controllo e dal revisore legale (art. 5, comma 5°) ⁽²⁹⁾.

⁽²⁷⁾ Costituita con cadenza biennale presso la sede della camera di commercio del capoluogo di regione.

⁽²⁸⁾ Entro i cinque giorni successivi la commissione, a maggioranza, deve nominare l’esperto (secondo criteri che assicurino trasparenza e rotazione, criterio - quest’ultimo - che andrà utilizzato con prudenza) e, se non vi provvede (o non vi provvede tempestivamente), viene “sostituita” dal presidente della camera di commercio del capoluogo di regione che deve, a sua volta, provvedervi nei successivi due giorni lavorativi; nulla è previsto in caso di inerzia del presidente della camera di commercio (al quale è pervenuto l’obbligo di nomina a causa, per esempio, del mancato raggiungimento della maggioranza all’interno della commissione), ma è ipotizzabile un ordine *ex art. 700 c.p.c.* a suo carico da parte dell’autorità giudiziaria mentre sembra difficile ipotizzare che quest’ultima possa sostituirsi nella nomina diretta dell’esperto stesso in assenza di qualsivoglia riferimento normativo in tal senso. L’esperto designato, entro due giorni dalla comunicazione della nomina, comunica la sua accettazione all’imprenditore e contestualmente inserisce la dichiarazione dell’accettazione “nella piattaforma” della camera di commercio. In caso contrario - prosegue l’art. 5, comma 4°, - ne dà comunicazione riservata al soggetto che lo ha nominato perché provveda alla sua sostituzione con le medesime modalità attraverso le quali è avvenuta la nomina.

⁽²⁹⁾ Entro tre giorni dalla convocazione di cui sopra è possibile per le parti presentare osservazioni sull’indipendenza dell’esperto al segretario della camera di commercio (il decreto non specifica se quello del capoluogo di regione o il quello del luogo in cui la società ha sede) che riferisce alla commissione affinché - valutate le circostanze e sentito l’esperto - eventualmente lo sostituisca; ove la commissione non provveda si ripete il meccanismo che in sede di nomina vede coinvolto il presidente della camera di commercio. La presentazione di osservazioni in merito all’indipendenza dell’esperto di per sé non impone una sospensione del procedimento, ma forse la consiglia per ragioni di opportunità fino alla pronuncia sul punto.

Disciplina apposita è dettata per il caso di conduzione delle trattative con riferimento ad un gruppo di imprese sia con riferimento al procedimento sia con riferimento ai compiti dell'esperto / degli esperti (art. 13).

7. I compiti dell'esperto

L'imprenditore partecipa personalmente agli incontri e può farsi assistere da consulenti.

Si aprono a questo punto due possibilità: (a) quella in cui l'esperto - dopo una sommaria verifica della situazione - si convinca che non vi sono concrete prospettive di risanamento; (b) quella, opposta, in cui ritenga che le prospettive di risanamento siano "concrete" (art. 5, comma 5°).

Nella prima ipotesi - quella in cui non vi sono prospettive concrete di risanamento (a) -, all'esito della convocazione di cui sopra o, meglio, 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.

Nella seconda ipotesi - quella in cui ritiene vi siano prospettive concrete di risanamento (b) - l'esperto, fissando le riunioni con cadenza periodica ravvicinata: (b1) incontra anche le altre parti interessate al processo di risanamento; (b2) ha il compito di prospettare possibili strategie di intervento (che presumibilmente nelle situazioni più complesse potranno anche essere la "sintesi" delle indicazioni dei professionisti dei vari attori della vicenda).

La logica del sistema così come pensato dal legislatore - al di là della schematizzazione di cui sopra - impone di considerare "la concreta prospettiva di risanamento" come condizione implicita per la prosecuzione del percorso che potrà essere interrotto dall'esperto, in qualsiasi momento, ove lo stesso maturi la convinzione che la concreta prospettiva di cui sopra sia venuta meno o non sia *ab origine* esistita per ragioni di cui non si erano potute valutare appieno le conseguenze ⁽³⁰⁾.

L'incarico dell'esperto si considera normalmente concluso se - decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina - le parti non hanno individuato una soluzione adeguata al superamento della situazione di crisi

⁽³⁰⁾ Da porre in evidenza come, lo si è già accennato, ai sensi dell'art. 12, comma 5°, le disposizioni di cui all'art. 216, comma 3°, l. fall., e di cui all'art. 217 l. fall., vengano espressamente disapplicate: (a) con riferimento ai pagamenti ed alle operazioni compiuti nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto se coerenti con l'andamento delle trattative e effettuati nella prospettiva del risanamento dell'impresa valutata dall'esperto; (b) e con riferimento ai pagamenti e alle operazioni effettuate previa autorizzazione del tribunale (cfr. § 14).

descritta nell'art. 2, comma 1°. E ovviamente se, per contro, è stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione appena citata anche in un momento precedente.

In ogni caso, al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella "piattaforma" e comunica all'imprenditore (art. 5, comma 8°).

La soluzione - la c.d. "conclusione delle trattative" - si può concretizzare con varie modalità operative descritte dall'art. 11, comma 1°, ovvero: (a) con un contratto, con uno o più creditori, idoneo a produrre gli effetti premiali di cui all'art. 14, che secondo la relazione finale dell'esperto (art. 5, comma 8°) sia idonea ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore ai due anni; (b) con la conclusione di una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 182 *octies* l. fall. ovviamente nel testo di nuovo conio introdotto dall'art. 20 del decreto in esame (cfr. l'art. 62 c.c.i.); (c) con un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto (che non necessita di attestazione) che produce gli effetti di cui all'art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall.

La fase di composizione negoziata per la soluzione della crisi viene valorizzata al massimo dal legislatore ove si consideri che oltre alle tre modalità in cui può concretizzarsi la soluzione di cui sopra, l'imprenditore può, all'esito delle trattative, chiedere: l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* l. fall. (che allo stato della legislazione si potrebbe ipotizzare sia stato addirittura attivato nella forma di cui all'art. 182 *bis*, comma 3°, l. fall., prima dell'istanza di cui all'art. 5, comma 1°, ma sul punto cfr. il § 6); l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *septies* l. fall. (accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari), con la percentuale prevista dal comma 2°, lett. c), ridotta al sessanta per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto; l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *novies* l. fall., relativo agli accordi di ristrutturazione agevolati.

O ancora in ulteriore alternativa:

(a) predisporre un piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma 3°, lett. d), l. fall., questa volta – sembra di capire – munito dell'attestazione di prevista dalla stessa disposizione;

(b) proporre la domanda di concordato semplificato di cui si dirà nel § 16;

(c) accedere alle altre procedure disciplinate dalla l. fall.;

(d) accedere alla soluzione disciplinata dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, per le grandi imprese in stato di insolvenza;

(e) accedere alla soluzione disciplinata dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, così come convertito dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39.

8. Le misure protettive

Contestualmente all'istanza di nomina dell'esperto – o con istanza successiva e ovviamente separata – l'imprenditore può chiedere l'applicazione di misure protettive del suo patrimonio (art. 6, comma 1°) ⁽³¹⁾.

L'istanza rivolta a chiedere l'applicazione di misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese (unitamente all'accettazione dell'esperto) e ha come effetto il fatto che, dal giorno della pubblicazione, i creditori:

(a) non possono acquisire diritti di prelazione (se non concordati con l'imprenditore);

(b) non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio e, in ogni caso, su beni e su diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

Importante notare:

(a) come la legge si premuri di specificare che la richiesta di applicazione di misure protettive *non* inibisce i pagamenti (la logica del sistema suggerisce che la norma faccia riferimento anche ai debiti anteriori all'istanza e non solo a quelli sorti successivamente) (art. 6, comma 1°);

(b) in ogni caso, i creditori interessati dalle misure protettive (che “subiscono” le 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 (art. 6, comma 5°);

(c) non possono essere richieste nelle misure protettive con riferimento ai diritti di credito dei lavoratori (art. 6, comma 3°).

Contestualmente – lo stesso giorno – in cui l'imprenditore ha chiesto l'applicazione delle misure protettive presso la camera di commercio, deve chiederne la conferma o la modifica al tribunale e, ove necessario, può chiedere anche «l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative»; il procedimento si svolge nelle forme previste dagli artt. 669 *bis* c.c. (e successivamente secondo il disposto di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.) e si caratterizza per il fatto che, entro il giorno successivo alla comunicazione alle parti il tribunale deve altresì comunicare i suoi provvedimenti al registro delle imprese.

La possibilità di emissione di provvedimenti cautelari sia tipici sia atipici è una innovazione che potrebbe avere grande rilievo pratico.

⁽³¹⁾ Il saggio più recente e completo in tema di misure protettive, relativo alla disciplina del codice della crisi, è quello di G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in questa *Rivista*, 18 luglio 2021.

L'omesso o ritardato deposito del ricorso in tribunale, per la conferma delle misure protettive, è causa di inefficacia delle misure protettive, così come l'iscrizione dell'istanza è cancellata dal registro delle imprese nel caso in cui - entro trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui all'art. 6, comma 1°, - l'imprenditore non chieda anche la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato.

Parimenti - ma la disposizione pare inutilmente penalizzante per l'imprenditore (*recte* per i suoi professionisti che sembrano doversi preoccupare di eventuali inefficienze dall'autorità giudiziaria) - è previsto che gli effetti protettivi di cui all'art. 6, comma 1°, cessino anche se il tribunale, nel termine di dieci giorni, fissa l'udienza per la conferma, revoca o modifica delle misure protettive (analogamente a quanto già previsto dall'art. 55, comma 3°, c.c.i.).

Se sono state emesse misure protettive o cautelari la relazione dell'esperto all'esito dell'incarico deve essere comunicata anche al tribunale che le ha emesse, affinché il giudice ne dichiari cessati gli effetti.

Tanto anche perché, dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza con la quale vengono richieste le misure protettive fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza di dichiarazione di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata (art. 6, comma 4°).

9. La composizione negoziata della crisi è una procedura concorsuale?

Si sta già sviluppando un interessante dialogo dottrinale in merito alla possibile natura di procedura concorsuale, o meno, della composizione negoziata ⁽³²⁾.

Il dubbio che in questa sede ci si propone di porre – dubbio alimentato anche dalla scelta “laica” della *Relazione* illustrativa sul tema (la *Relazione* si esprime in termini di “percorso”) – è se sia corretto impostare il ragionamento in termini di “procedura concorsuale sì” / “procedura concorsuale no”.

Non è questa la sede per affrontare il tema, ma non si potrebbe ipotizzare una “doppia personalità” della composizione negoziata? Ovvero che la stessa non possa essere inquadrata nelle procedure concorsuali ove nella fattispecie concreta non venga coinvolta l'autorità giudiziaria e che invece essa acquisti detta natura ove vengano chieste misure protettive e / o cautelari (*ex artt. 6 e 7*) o si chiedano autorizzazioni al tribunale o il suo intervento per la rinegoziazione dei contratti (artt. 10)? E tanto *anche* in considerazione del fatto che è difficile

⁽³²⁾ E v. sul punto le osservazioni di S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, op. cit., p. 11 ss. ove anche la (corretta) osservazione che non si tratta di una questione meramente classificatoria ma che la soluzione del problema ha anche effetti pratici.

immaginare che l'autorità giudiziaria possa emettere provvedimenti senza aver precedentemente quantomeno aver verificato la correttezza del percorso che ha portato alla nomina dell'esperto e delle sue attività successive.

Tanto si dice nella consapevolezza che siano molti di più gli argomenti, anche nel caso di intervento dell'autorità giudiziaria, che fanno pensare che non sia corretto sussumere il nuovo istituto nella categoria delle procedure concorsuali, ma come eventuale argomento di futura riflessione ⁽³³⁾.

10. Il comportamento delle parti

Durante le trattative tutte le parti devono comportarsi secondo buona fede e correttezza; il richiamo di terminologia di natura contrattuale è un ulteriore indice della natura privatistica di ciò che le parti - con l'esperto - stanno compiendo (art. 4, comma 4°).

Tutte le parti coinvolte nelle trattative (recita l'art. 4, comma 7°) «hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto» e devono rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative; si specifica poi come faccia parte degli obblighi di comportarsi secondo buona fede e correttezza, e di collaborare lealmente, anche quello di «dare riscontro alle proposte e alle richieste» che le parti ricevono durante le trattative «con risposta tempestiva e motivata».

Precisazioni queste ultime - sia quella della tempestività, sia quella della motivazione - di fondamentale importanza per il debitore nella soluzione della sua situazione di difficoltà, perché l'esperienza insegna come le mancate risposte, talvolta volontarie, di determinati interlocutori della gestione della crisi, azzerino in breve tempo il vantaggio che il debitore - ed i suoi professionisti - hanno cercato di guadagnare nell'impostazione del lavoro di ristrutturazione e nel cercare di affrontare tempestivamente la crisi.

Nel decreto si afferma quindi il principio che se l'impresa non riesce a perseguire il percorso del risanamento si aprono spazi risarcitori nei confronti di chi abbia tenuto comportamenti ostruzionistici e semplicemente non abbia collaborato alle trattative in modo concludente.

Ancor più nello specifico:

⁽³³⁾ Sulla categoria delle procedure concorsuali si può consultare, da ultimo: A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese – Le procedure concorsuali*, Bologna, 2021, p. 41 ss.

(a) l'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente;

(b) parallelamente ha il dovere di - continuare a - gestire «il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare *ingiustamente* gli interessi dei creditori».

Il che sembra indicare che nei casi in cui la situazione sia stata affrontata tempestivamente non vi sia alcun obbligo di “gestione di natura conservativa dell'impresa”, obbligo che rimane legato alle regole generali di diritto societario e non consegue quindi all'accesso al percorso in esame.

Ancora:

(c) 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 (art. 4, comma 5°); previsione quest'ultima particolarmente importante perché agli operatori del settore è nota l'inerzia con la quale talvolta questi interlocutori si siedono al tavolo della crisi per svariati motivi sui quali non è questa la sede per indugiare;

(d) in ogni caso, l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce - di per sé stessa - causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore.

È previsto poi che le consultazioni aventi ad oggetto i rapporti di lavoro si svolgano anche con la partecipazione dell'esperto e con vincolo di riservatezza rispetto alle informazioni qualificate come tali dal datore di lavoro o dai suoi rappresentanti nel legittimo interesse dell'impresa (art. 5, comma 8°).

11. La sospensione facoltativa della regola del “ricapitalizza o liquida”

L'art. 8 è particolarmente rilevante perché rimette all'imprenditore la volontà di dichiarare - o meno - con l'istanza con la quale richiede l'applicazione delle misure protettive (di cui all'art. 6, comma 1°) di volersi avvalere della possibilità di non applicazione temporanea della regola del c.d. “ricapitalizza o liquida”⁽³⁴⁾.

L'imprenditore può dichiarare quindi - dalla pubblicazione dell'istanza e fino alla conclusione delle trattative o ovviamente dell'archiviazione dell'istanza stessa - che vuole non si applichino gli artt. 2446, comma 2° e 3°, 2447, 2482 *bis*, commi 4°, 5° e 6°, e 2482 *ter c.c.*

È prevista poi espressamente la possibilità di chiedere anche la disapplicazione della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita

⁽³⁴⁾ E v. anche l'art. 20 c.c.i.

del capitale sociale di cui agli artt. 2484, comma 1°, n. 4) e dell'art. 2545 *duodecies* c.c.

Di per sé la soluzione indicata non è concettualmente nuova, anzi la si conosce già per essere stata adottata sia nella legge fallimentare sia nella normativa emergenziale; nel decreto che si commenta è però pensata come un beneficio (non automatico) all'accesso al percorso.

Ciò che c'è di nuovo oggi è quindi che l'effetto non discende *automaticamente* - come ben avrebbe potuto essere - dall'istanza di cui all'art. 6, comma 1°, ma è rimessa alla volontà dell'imprenditore la decisione di chiedere la disattivazione (o meno) delle regole di cui sopra. Dalla lettura della norma sembra che la sospensione - a seguito della dichiarazione - venga meno solo a seguito dell'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata o della conclusione delle trattative; che quindi non ci sia la possibilità del tribunale di intervenire *medio tempore* sul punto ⁽³⁵⁾.

Con riferimento alla scelta del legislatore i primi due quesiti che vengono alla mente sono i seguenti:

(a) quale potrebbe essere l'interesse dell'imprenditore di non avvalersi della facoltà concessagli dalla legge? Sembra corretto ipotizzare che l'unico motivo possa essere quello in cui la fattispecie concreta sia molto lontana da una ipotesi di applicazione delle norme in esame e quindi, forse anche per ragioni di natura reputazionale, l'imprenditore non voglia dichiarare di volersi avvalere del beneficio.

(b) Ci si può anche domandare se la norma sia chiusa, come sembra, o l'imprenditore possa dichiarare anche di voler disapplicare l'art. 2484, comma 1°, n. 2), c.c. dove prevede che la società si scioglie per la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale nel timore che possa trovare applicazione la tesi secondo cui il venir meno della continuità aziendale rappresenti un aspetto di quest'ultima causa di scioglimento ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ In questo senso anche L. PANZANI, *Il d.l. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, op. cit., p. 28.

⁽³⁶⁾ Per questa tesi - che si contrasta in questa sede - si rimanda a M. CENTOZE, sub art. 2484 c.c., in P. Abbadessa e G.B. Portale (diretto da), *Le società per azioni*, II, Milano, 2016, p. 2860. L'assunto che fa conseguire, dal venir meno della continuità aziendale, il verificarsi di una causa di scioglimento non è condivisibile per molteplici ragioni. La sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, tra le altre cose, deve essere *definitiva* ed *irreversibile* per concretizzare la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484, comma 1°, n. 2), c.c. La perdita della continuità aziendale è, per contro, un giudizio prognostico e può limitarsi ad un periodo limitato di tempo (come dimostra la pandemia in corso); la perdita della continuità aziendale è tendenzialmente, in altre parole, per definizione, reversibile.

Si è detto che la soluzione – di per sé – non è nuova e la mente va ovviamente al c.d. d.l. “liquidità” con riferimento alle norme temporanee in materia di riduzione del capitale sociale (art. 6, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, poi art. 1, comma 266°, l. 30 dicembre 2020, n. 178).

Vale la pena ricordare che, nel nostro ordinamento (non emergenziale), esiste una disposizione analoga a quella in esame nell’art. 182 *sexies* l. fall., ma ovviamente, nella fattispecie disciplinata da quest’ultima norma, la situazione è diversa sia dalla previsione contenuta nelle disposizioni emergenziali, sia da quella contenuta nel provvedimento in esame, perché nell’ipotesi di cui all’art. 182 *sexies* l. fall. siamo in un momento della vita dell’impresa in cui c’è già un controllo del tribunale.

12. La specificazione degli obblighi dell’organo di controllo

Il decreto specifica opportunamente quanto, con ogni probabilità, era già nelle cose, ovvero che è compito specifico dell’organo di controllo societario segnalare, per iscritto, all’organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell’istanza al segretario generale della camera di commercio per essersi verificata una condizione di squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza.

Si specifica che la segnalazione deve essere motivata e trasmessa dall’organo di controllo a quello amministrativo con mezzi che ne assicurino la ricezione; deve inoltre contenere un congruo termine - ma non superiore ai trenta giorni - «entro il quale l’organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese» (art. 15, comma 1°): iniziative, sembra di capire, già intraprese *medio tempore* o che si è in procinto di intraprendere.

Il dovere di vigilanza dell’organo di controllo di cui all’art. 2403 c.c. non viene mai meno, ma la tempestiva segnalazione all’organo amministrativo di cui si è appena detto – e la successiva vigilanza sull’andamento delle trattative stesse – sono valutate ai fini dell’esonero o dell’attenuazione della responsabilità di cui all’art. 2407 c.c. (art. 15, comma 2°).

Ripetiamo quindi anche qui che - così come pensato - l’istituto rimane “attivabile” solo su base strettamente volontaria da parte dell’impresa: “eccentrica” rispetto al sistema societario è la scelta compiuta nel codice della crisi dove si prevede la legittimazione dei sindaci quali promotori della procedura di composizione della crisi innanzi agli Ocri⁽³⁷⁾.

Il che non vuol dire che il collegio sindacale debba rimanere inerte nel caso in cui ravvisi fatti censurabili di qualsiasi tipo, ma che gli strumenti che deve

(37) Così S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi*, op. cit., p. 4.

utilizzare sono quelli tradizionali tra i quali, ovviamente, il procedimento *ex art.* 2409 c.c.

Sia consentito ipotizzare, ma il discorso porterebbe molto lontano, che forse si sarebbe potuto immaginare un meccanismo attraverso il quale anche i creditori fossero in grado, in determinate situazioni, di attivare, loro sì, il procedimento di composizione negoziata della crisi ⁽³⁸⁾.

13. La gestione dell'impresa in pendenza delle trattative

Com'è espressamente indicato nella *Relazione*, «l'istanza di nomina dell'esperto non apre il concorso dei creditori e non determina alcuno spossessamento del patrimonio dell'imprenditore» il quale conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa anche se, nel caso in cui sussista probabilità di insolvenza, l'imprenditore deve gestire «in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'attività» (art. 9, comma 1°).

Il che al contrario potrebbe far ipotizzare che - nelle ipotesi in cui non vi sia probabilità di insolvenza, lo si è già detto - l'imprenditore non debba avere come “cartina di tornasole” della gestione il principio appena ricordato ma i principi generali che andranno declinati, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, con riferimento al nuovo istituto.

Rimane il fatto che anche la gestione straordinaria resta all'imprenditore anche se deve informare «preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione» (art. 9, comma 2°) ⁽³⁹⁾.

La mancata manifestazione di una reazione da parte dell'esperto, di cui si dirà subito dopo, dovrà essere qualificata come una sorta di “visto agli atti” (nell'operatività quotidiana sarà quindi opportuna una presa d'atto dell'esperto dell'atto gestionale).

L'atto di gestione rimane pur sempre a tutti gli effetti in capo all'imprenditore. L'esperto non ha un potere di opposizione in senso stretto ma - quanto ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento - lo segnala per iscritto all'imprenditore e

⁽³⁸⁾ Sul tema, riferito però al concordato preventivo, si veda, da ultimo, S. AMBROSINI, *L'emersione tempestiva della crisi e il concordato preventivo del terzo: dall'idea del “progetto Rordorf” alle previsioni del legislatore europeo*, in questa Rivista, 27 giugno 2021, pp. 13 ss.

⁽³⁹⁾ La norma parifica gli atti di straordinaria amministrazione ai pagamenti - indipendentemente dal loro ammontare - che «non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento», aprendo ovviamente il tema di quale sia il momento in cui le trattative e / o le prospettive di risanamento abbiano preso in qualche modo “forma” per determinare ciò che sia - o meno - coerente con le stesse.

all'organo di controllo, il quale potrà ovviamente anche autonomamente denunciare l'atto al tribunale anche *ex art.* 2409 c.c. nel caso in cui l'atto venga successivamente comunque compiuto.

In ogni caso, in quest'ultima evenienza l'imprenditore - che compie atto considerato pregiudizievole dall'esperto - deve informare immediatamente l'esperto «il quale nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese» nel caso in cui il pregiudizio riguardi le trattative o le prospettive di risanamento; l'esperto ha l'obbligo dell'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese quando l'atto pregiudica l'interesse dei creditori (art. 9, comma 4°), con ovvie conseguenze reputazionali per l'imprenditore stesso e per il percorso di risanamento ⁽⁴⁰⁾.

Dal sistema delineato emerge che l'imprenditore rimane quindi obbligato a garantire una gestione non pregiudizievole per i creditori, il che è nelle cose in considerazione dell'obiettivo del percorso ⁽⁴¹⁾.

L'imprenditore deve altresì rispettare gli obblighi previsti dall'art. 2086 c.c.: continuare a rispettarli quindi nel caso in cui lo avesse fatto fino al momento del deposito dell'istanza (art. 5, comma 1°), o adeguarvisi una volta depositata la stessa.

L'accesso al percorso in esame non può assolutamente costituire la sospensione degli obblighi dettati dalla norma sopra citata che com'è ormai noto impone all'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, *anche* (e quindi non solo) in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.

⁽⁴⁰⁾ Nel solo caso in cui siano state concesse le misure protettive o cautelari di cui all'art. 7, una volta iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, l'esperto procede anche alla segnalazione di cui al sesto comma della medesima norma al giudice che – sentite le parti interessate – può revocare le misure protettive e cautelari o abbreviarne la durata; l'intervento dell'autorità giudiziaria in questo caso sembrerebbe obbligatorio ma ovviamente la norma dovrà essere letta con equilibrio perché non pare che ci sia necessario nesso logico tra un singolo atto pregiudizievole ai creditori e il fatto che le misure protettive o cautelari debbano essere abbreviate nella loro durata o addirittura revocate: il provvedimento sembra poter essere adottato sempre solo quando dette misure non siano più funzionali all'«obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori» (art. 7, comma 6°); le misure di cui si discute sembrano dover essere sempre poste in relazione rispetto agli interessi dei creditori indipendentemente dal fatto che siano gli stessi da invocare la modifica delle misure stesse.

⁽⁴¹⁾ L'imprenditore prosegue nella gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa e può eseguire pagamenti spontanei sia di natura ordinaria sia di natura straordinaria, salvo quanto sopra indicato; pagamenti che evidentemente sono considerati possibili anche in considerazione dell'ovvio beneficio prodotto per chi li riceve.

14. Le autorizzazioni del tribunale

Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificatane la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può autorizzare l'imprenditore - e / o una o più società appartenenti al gruppo di cui all'art. 13 - a contrarre finanziamenti prededucibili, in un eventuale successivo fallimento, ai sensi dell'art. 111 l. fall. con soggetti terzi e / o con i soci.

Ai sensi dell'art. 13, comma 1°, sopra citato costituisce "gruppo di imprese" «l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo stato e gli enti territoriali» che ai sensi dell'art. 2497 c.c. e dell'art. 2545 *septies* c.c. «esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica».

Il tribunale può anche autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno dei suoi rami senza gli effetti di cui all'art. 2560, comma 2°, c.c. e quindi, anche nel caso di impresa commerciale, con esonero dell'acquirente dalla responsabilità dei debiti anteriori anche se essi risultano dai libri contabili obbligatori; fermo restando il disposto di cui all'art. 2112 c.c.

Il tema che si pone con riferimento a questa disposizione è se la funzionalità degli atti debba essere analizzata dal tribunale rispetto ai due obiettivi ponendoli in ordine gerarchico ovvero sullo stesso piano.

15. La rinegoziazione dei contratti

L'intervento del tribunale è previsto anche per fattispecie diversa e cioè in assenza dell'accordo di cui si dirà subito nel seguito.

L'esperto, infatti, può invitare le parti a rideterminare, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero differita (con l'eccezione dei contratti di lavoro) se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa *per effetto* della pandemia; il rapporto tra la norma in esame e l'istituto della eccessiva onerosità sopravvenuta andrà studiato con particolare attenzione.

In mancanza dell'accordo, su istanza dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale (si noti che in questo caso il tribunale ha solo la continuità aziendale come obiettivo funzionale da raggiungere e non anche il miglior interesse dei creditori); il tribunale può assicurare l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo.

16. Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio: una rivoluzione concettuale?

Viene introdotto un nuovo modello di concordato preventivo, denominato “concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio”; nel quale ci si libera, tra l’altro, in un sol colpo, sia della “dittatura” della garanzia del 20% da assicurare ai creditori chirografari - art. 180, comma 4°, l. fall. ⁽⁴²⁾ -, sia del meccanismo del silenzio parificato al voto negativo; regole che senza una reale ragione hanno reso il concordato liquidatorio molto più difficile da portare all’omologa rispetto a quanto accadesse prima del 2015.

Il nuovo concordato è “senza voto” del ceto creditorio, il che non costituisce una novità per il nostro ordinamento, ma ovviamente il nuovo istituto andrà confrontato con le altre ipotesi di concordato che prevedono soluzione analoga (si pensi, a titolo di esempio, all’art. 93 t.u.b. o all’art. 214 l. fall.) con prudenza.

Si noti che in questo “nuovo” procedimento non solo non deve essere garantita una percentuale minima, ma è sufficiente che la proposta non arrechi «pregiudizio ai creditori rispetto all’alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicur(i) un’utilità a ciascun creditore» (e quindi una utilità *non* necessariamente in denaro): è evidente il ripensamento del legislatore nei confronti del concordato liquidatorio non solo rispetto alla riforma del 2015, ma anche rispetto al codice della crisi (art. 84, comma 4°).

È una procedura inoltre esente dal “filtro” dell’ammissione; l’assenza di voto viene compensata dalla possibilità di opposizione all’omologazione a disciplina con la Direttiva UE 2019/1023 (artt. 11, comma 2°, e 14, comma 3°).

Si noti ancora che pur essendo un concordato “logicamente” liquidatorio, se visto dalla prospettiva del debitore, rimane pur sempre un concordato che favorisce la continuità - seppur solo “esterna” / “indiretta” - posto che disciplina proprio la rapida cessione dell’azienda all’esito negativo delle negoziazioni in sede di composizione negoziata.

Il nuovo concordato è - lo si legge nella *Relazione* - una procedura utilizzabile dal solo imprenditore che ha seguito il percorso sin qui descritto senza che le trattative abbiano portato ad una soluzione di tipo negoziale; l’unica ipotesi percorribile è quella liquidatoria (seppur con la precisazione di cui sopra), e può essere quindi adito il tribunale con ricorso in cui si chiede l’omologazione di un concordato con cessione dei beni.

⁽⁴²⁾ Ai sensi dell’art. 84, comma 4°, c.c.i. nel concordato liquidatorio l’apporto di risorse esterne deve incrementare di almeno il dieci per cento, rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale, il soddisfacimento dei creditori chirografari, che non può essere in ogni caso inferiore al venti per cento dell’ammontare complessivo del credito chirografario.

Il fatto che si tratti di una procedura utilizzabile *solo* come sbocco della composizione negoziata è reso evidente dal termine entro il quale può essere proposto; termine che è di sessanta giorni dalla ricezione, da parte dell'imprenditore, della relazione finale ove l'esperto indipendente 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.

Il mutamento di atteggiamento nei confronti del concordato liquidatorio si evince anche dal fatto che per accedere a questo tipo di procedura semplificata pare solo necessaria la procedimentalizzazione secondo il nuovo *format* previsto dal legislatore che sembra essere alternativo allo schema tradizionale ⁽⁴³⁾.

È un procedimento semplificato anche perché non prevede la nomina del commissario giudiziale per il controllo sulla veridicità dei dati contabili e, in generale, per tutte le verifiche prodromiche al giudizio di ammissibilità ed alla relazione di cui all'art. 172 l. fall.

È poi omessa la fase di ammissione 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; la qual cosa non è però necessariamente vera nel caso in cui l'esperto immediatamente si renda conto che non è percorribile la via del risanamento.

Il procedimento giurisdizionale (da presentare nel luogo in cui l'impresa ha la sua sede principale) - che non pare tollerare una fase c.d. "in bianco" anche in considerazione della necessaria fase precedente - inizia con il deposito di un ricorso contenente una proposta di concordato per cessione dei beni, con un piano di liquidazione (che non deve essere attestato) unitamente ai documenti indicati nell'art. 161, comma 2°, l. fall. alle lett. a), b), c), d) ⁽⁴⁴⁾.

Il tribunale ha un ruolo in parte diverso e in parte accresciuto rispetto alla procedura di concordato ordinaria; in particolare: (a) acquisisce la relazione

⁽⁴³⁾ Domanda c.d. "in bianco" seguita dalla domanda completa, che rimane soggetto alle regole già oggi conosciute, salve le modifiche apportate proprio dal decreto in esame che non sono oggetto di questo scritto.

⁽⁴⁴⁾ Il ricorso deve essere pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria, sulla falsariga di quanto accade per un concordato completo ordinario e per un pre-concordato; dalla data della pubblicazione del ricorso ne registro delle imprese si producono gli effetti di cui: (a) all'art. 111 l. fall., con riferimento alla graduazione dei crediti ed alla disciplina della prededuzione; (b) all'art. 167 l. fall., con riferimento allo spossessamento attenuato del debitore; (c) all'art. 168 l. fall., con riferimento agli effetti della presentazione del ricorso; e (d) all'art. 169 l. fall. che dispone una serie di richiami ad altre disposizioni della l. fall.

finale dell'esperto; (b) acquisisce un parere dell'esperto avente ad oggetto i presumibili risultati della liquidazione e le garanzie.

In seconda battuta, il tribunale, con decreto: (a) valuta la ritualità della proposta; (b) nomina un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c.; (c) ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario (al quale dovrà essere concesso ovviamente il tempo necessario per redigerlo) e alla relazione finale dell'esperto (ma sembrerebbe non il parere) venga comunicata a cura del debitore - ove possibile a mezzo posta elettronica certificata - ai creditori, ai quali deve essere fornita anche l'indicazione di dove possono essere reperiti i dati per la valutazione della proposta; (d) fissa la data dell'udienza di omologazione ⁽⁴⁵⁾.

Sul contenuto della valutazione del tribunale in questa fase - quella precedente all'omologa - ci sarà tempo di ragionare, ma, al di là dell'ovvia verifica sulla regolarità formale degli atti, sembra che la valutazione "nel merito" sia quella di una verifica "di massima" sul fatto che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicuri un'utilità a ciascun creditore (anche, come si è detto, non in denaro).

È da chiedersi se sia possibile che l'autorità giudiziaria in questa fase possa decidere di non fissare l'udienza di omologa facendo una valutazione sulla correttezza del percorso relativo alla composizione negoziata; il che sembra potersi escludere se la procedimentalizzazione di quella fase si sia svolta (sotto il profilo formale) in modo regolare; va escluso che il tribunale possa verificare, per esempio, se al momento di accesso alla composizione negoziata vi fossero ragionevoli possibilità di risanamento; il rischio è evidentemente che le domande di concordato semplificato possano essere dichiarate "abusiv" ⁽⁴⁶⁾ - nel percorso privilegiato - sul loro nascere, e quindi senza il "contraddittorio" dei creditori.

L'abuso del concordato in questa fattispecie sembra però difficile da concretizzare perché non si persegue un fine diverso da quello voluto dalla legge: il tema merita però di essere studiato con attenzione.

All'esito del giudizio il concordato è omologato ⁽⁴⁷⁾ se, respinte le eventuali opposizioni, la proposta rispetta l'ordine delle cause legittime di prelazione, se

⁽⁴⁵⁾ Tra il giorno della comunicazione del provvedimento e quello dell'udienza di omologa devono decorrere non meno di trenta giorni; i creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata per l'omologazione (art. 18, comma 4°).

⁽⁴⁶⁾ L'intuizione non è mia, ma del prof. Sido Bonfatti.

⁽⁴⁷⁾ Ancora sotto il profilo procedimentale: (a) il provvedimento di omologazione è assunto con decreto motivato e immediatamente esecutivo; (b) con il decreto di omologazione (art. 19, comma 1°) il tribunale nomina un liquidatore giudiziario; (c) è pubblicato a norma dell'art. 17

il piano è fattibile e se la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare assicurando comunque un'utilità a ciascun creditore; ovviamente deve essere rispettata anche la regolarità del contraddittorio ⁽⁴⁸⁾.

È evidente il ridimensionamento del ruolo dei creditori nelle situazioni nelle quali si è verificata l'impossibilità di alternative possibili alla liquidazione dell'impresa non solo per l'omissione totale della fase del voto, ma anche per lo spostamento "in avanti" del loro eventuale intervento nella procedura, intervento che - concretizzandosi nella costituzione nel procedimento di omologa - comporta costi che sottintendono un interesse reale all'opposizione; opposizione che, quale contrappeso, è però riconosciuta a tutti i creditori.

È bene dire qui che quando il piano di liquidazione che sorregge la domanda di concordato prevede un'offerta - che debba essere accettata dal debitore prima dell'omologazione - da parte di un *soggetto individuato* avente ad oggetto il trasferimento a suo favore dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, all'offerta dà esecuzione l'ausiliario, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con le modalità di cui all'art. 19, comma 2°, e direi con i medesimi effetti, previa autorizzazione del tribunale.

Analogamente - come si vedrà nel seguito - provvederà il liquidatore giudiziario *post* omologa, senza peraltro ovviamente necessità di apposita autorizzazione del tribunale.

Evidente la semplificazione se si pongono a confronto queste disposizioni sia con la disciplina delle *offerte* concorrenti sia di cui all'art. 163 *bis* l. fall., sia di cui all'art. 91 c.c.i.

Allo stato della stesura delle norme le stesse non sembrano compatibili con la disciplina delle *proposte* concorrenti che invece sembra sia teoricamente ipotizzabili con alcune modifiche da apportare in sede di conversione del decreto.

Le proposte concorrenti - che pur trovano il loro terreno di elezione nei concordati in continuità - non paiono, lo si è detto, innestabili nel nuovo procedimento, allo stato, in considerazione del fatto che, tra l'altro ma non solo, manca la fase del voto.

l. fall. nel registro delle imprese; (d) è comunicato dalla cancelleria a tutte le parti costituite; (e) è ammesso reclamo alla corte d'appello nel termine perentorio dei successivi trenta giorni (ai sensi dell'art. 183 l. fall.); (f) a sua volta il decreto della corte d'appello è ricorribile in cassazione nei successivi trenta giorni dalla data della comunicazione.

⁽⁴⁸⁾ Il tribunale può assumere i mezzi istruttori indicati dalle parti o disposti d'ufficio (indipendentemente, in questo caso, da eventuali opposizioni).

Basterebbe però pensare - in sede di conversione - ad una disposizione che lasci al tribunale la valutazione di quale sia la proposta che assicuri maggior utilità a ciascun creditore e fissare un termine per la loro proposizione di dieci giorni antecedente all'udienza di omologa; prevedendo poi, per il solo caso di effettiva presentazione, lo spostamento dell'udienza di omologa a diversa data e la riapertura del termine per le opposizioni e le osservazioni di tutti gli interessati (ivi compresi ovviamente i creditori) alle varie proposte affinché il tribunale possa fare le valutazioni del caso.

17. La fase successiva all'omologazione

Si è già detto che il tribunale nomina con il decreto di omologazione il liquidatore giudiziario che non potrà essere indicato nella stessa persona dell'ausiliario nominato ex art. 68 c.p.c. e neppure nella persona dell'esperto.

Rimane invece, anche in considerazione del richiamo espresso all'art. 182 l. fall. che fa l'art. 19, comma 1°, fermo il principio secondo il quale il tribunale è vincolato all'indicazione del debitore ove il soggetto indicato abbia le caratteristiche richieste dalla legge.

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 (ma ovviamente detto trasferimento non sia stato ancora eseguito), 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 artt. da 2919 a 2929 c.c.

18. Alcune (provvisorie) considerazioni conclusive

Non v'è dubbio che il decreto rappresenti un "cambio di passo", un "cambiamento culturale" ⁽⁴⁹⁾, un atto di fiducia del legislatore nei confronti dell'impresa, e forse dei suoi professionisti, alla quale viene riconosciuta maggior capacità "dall'interno" di riconoscere "se sta aumentando la febbre" della "difficoltà" attuale e / o prospettica ⁽⁵⁰⁾.

Il punto di vista rimane sempre, e solo, quello dell'impresa, e di chi la gestisce, posto che i nuovi strumenti rimangono nell'esclusiva disponibilità

⁽⁴⁹⁾ Così, fra i primi, S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, op. cit., in questa Rivista, 9 agosto 2021.

⁽⁵⁰⁾ Per una critica severa al provvedimento si può consultare invece, da ultimo: D. GALLETI, *Breve storia di una controriforma "annunciata"*, in *ilfallimentarista.it*, 1° settembre 2021.

dell'impresa stessa (allo stato non possono essere "attivati" dai terzi: né dai creditori, né dal collegio sindacale).

La qualità del dettato legislativo - combinato con la *Relazione* - ne permettono inoltre una comprensione anche sostanziale al di là della possibilità di alcune "limature" che si potranno apportare in sede di conversione.

L'impianto è chiaro nelle finalità che intende perseguire, e ciò ovviamente aiuterà nell'interpretazione delle norme anche in sede giudiziale.

Attenzione è riservata agli interessi dei dipendenti sia sotto il profilo delle retribuzioni anche anteriori all'istanza, sia sotto il profilo dell'interesse al mantenimento del posto di lavoro (interesse perseguito ovviamente anche per il tramite delle disposizioni rivolte a conservare in vita i nuclei produttivi).

Bene ha quindi fatto il legislatore - nonostante il provvedimento sia *anche* una risposta all'evento pandemico - ad escludere il carattere della temporaneità alle nuove norme che dovrebbero quindi rimanere un percorso alternativo a quelli già conosciuti oggi.

Il testo, lo si è detto, ha già destato larga e vivace discussione: non mancano per il nuovo sistema né le lusinghe dei consensi, né lo stimolo degli accesi dissensi che potranno aiutare il legislatore in sede di conversione: il confronto è aperto.

IL CONCORDATO «SEMPLIFICATO»: UN ISTITUTO ENIGMATICO (*)

PAOLO FELICE CENSONI

Sommario: 1. Premessa: il nome (improprio) del nuovo istituto. – 2. I presupposti del nuovo istituto: il presupposto procedurale. – 3. I presupposti soggettivo e oggettivo. – 4. Il contenuto della proposta concordataria. – 5. L'enigmatico quadro delle regole nella prospettiva del passaggio dalla Legge fallimentare al Codice della crisi e dell'insolvenza. – 6. Il giudizio di ammissione. – 7. Le ulteriori verifiche demandate al tribunale. – 8. Gli effetti sostanziali del concordato semplificato e le relative criticità.

Abstract: l'introduzione, da parte del legislatore, dell'istituto del concordato semplificato rappresenta una delle ultime novità in materia di procedure concorsuali. Il presente saggio mira a metterne in luce peculiarità ed elementi critici, passando attraverso una completa presentazione dei suoi connotati essenziali.

Parole chiave: concordato semplificato, proposta concordataria, codice della crisi, giudizio di ammissione.

Abstract: the introduction, by the legislator, of the simplified arrangements institution represents one of the latest novelties on the subject of insolvency proceedings. The paper aims to highlight its peculiarities and critical points by means of a complete presentation of its essential features.

Keywords: simplified arrangements, arrangement proposal, Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), admission judgement.

1. Premessa: il nome (improprio) del nuovo istituto

Il concordato «semplificato», introdotto nel nostro ordinamento giuridico – unitamente alla «composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa»

- dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni dalla l. 21 ottobre 2021, n. 147 (a sua volta integrata dal d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito con modificazioni dalla l. 29 dicembre 2021, n. 233), è al momento l'ultima creazione del legislatore in tema di procedure concorsuali e in periodo di pandemia, di cui però non è chiaro quasi nulla, salvo appunto la sua natura concorsuale ed il suo presupposto soggettivo (di cui *infra*)¹.

La sua disciplina, apparentemente molto succinta, è contenuta negli artt. 18 e 19 del menzionato d.l. n. 118 del 2021², i quali però richiamano – come vedremo – una cospicua serie di norme della Legge fallimentare, destinata, come si sa, ad essere sostituita dal Codice della crisi e dell'insolvenza a partire dal 16 maggio 2022 (sempre salvo ulteriori proroghe), tanto da porre un primo

(*) Questo contributo è destinato agli Studi in onore di Sabino Fortunato e costituisce, con i dovuti aggiornamenti, lo sviluppo della relazione tenuta presso la Camera di Commercio di Modena in data 8 ottobre 2021 in occasione del Convegno dal titolo: *La "Mini-Riforma" della legge fallimentare*.

¹ Sul concordato semplificato ad oggi i contributi non sono molti, mentre l'attenzione della dottrina (giuridica e aziendale) è stata assai più ampiamente attratta dalla disciplina della composizione negoziata, che peraltro ne costituisce uno dei presupposti; comunque si possono utilmente consultare: G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, p. 1603 ss.; A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, in *Ristrutturazioni aziendali* del 1° dicembre 2021, p. 10 ss.; A. MANCINI, *Composizione negoziata e sovraindebitamento (note intorno all'art. 17 dl. 118/2021)*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza-Il Caso.it* del 7 febbraio 2022, p. 15 ss.; M. DI SARLI, *Composizione negoziata della crisi e concordato semplificato: il d.l. 118/2021 ha dimenticato le start up innovative?*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza-Il Caso.it* del 21 settembre 2021; S. AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni aziendali* del 23 settembre 2021; R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali* dell'8 settembre 2021; L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Diritto della crisi.it* del 25 agosto 2021; Id., *I limiti all'autonomia negoziale nella disciplina della crisi*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*, *Liber amicorum* per Alberto Jorio, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2021, p. 201 ss., ivi a p. 227 ss.; L. A. BOTTAI, *La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato*, in *Diritto della crisi.it* del 9 agosto 2021; S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs. ordinario*, in *Diritto della crisi.it* del 9 novembre 2021; G. FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Diritto della crisi.it* dell'11 novembre 2021; G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Diritto della crisi.it* del 9 novembre 2021; giustamente P. VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull'istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *Ristrutturazioni aziendali* del 1° gennaio 2022, p. 23 ss. osserva che "al di là degli istituti vigenti della l. fall., il panorama del nostro ordinamento concorsuale consta di una lunga serie di istituti e strumenti già in vigore, o di applicazione imminente o rinviata, la cui tassonomia è già di per sé impressionante", elencandone ben 24.

² Peraltro l'art. 19 interessa solo relativamente ai primi tre commi, perché gli altri riguardano materie ben diverse, che nulla hanno a che fare con il concordato semplificato.

dubbio sulla sorte del concordato semplificato allorché la Legge fallimentare non costituirà più il regolamento generale delle procedure concorsuali aperte successivamente a tale data (artt. 389 e 390 CCII).

Intanto il nome stesso non è appropriato: infatti l'istituto si chiama «concordato», ma non si concorda nulla, né fra il debitore e i suoi creditori (anzi proprio la mancanza di un accordo con i creditori o con taluni di essi in sede di composizione negoziata è uno dei presupposti della nuova disciplina), né con il tribunale (del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale, analogamente a quanto dispone il primo comma dell'art. 9 l. fall., che però non è richiamato, così ponendo il dubbio riguardante l'applicabilità degli ulteriori commi di detta norma, ad esempio quanto al trasferimento della sede o al caso che l'impresa abbia sede all'estero); ai creditori è concesso unicamente il potere di proporre opposizione all'omologazione – peraltro come a qualunque interessato – nel termine perentorio di dieci giorni prima della relativa udienza; analogamente al c.d. concordato «di liquidazione» (art. 214 l. fall.) e ai concordati nelle amministrazioni straordinarie (art. 78 d.lg. n. 270 del 1999) non è prevista alcuna manifestazione di voto (che ovviamente non necessita di motivazione, a differenza dall'opposizione), neppure secondo la regola del silenzio-assenso, tipica del concordato fallimentare (art. 128, comma 2 l. fall.), ma anche delle amministrazioni straordinarie delle grandi imprese in stato di insolvenza (art. 4-bis, comma 8 d.l. n. 347 del 2003) e, per un breve periodo di tempo (fra il 2012 e il 2015), anche del concordato preventivo, ma riprodotta nel Codice della crisi e dell'insolvenza anche per il c.d. concordato «minore» (art. 74 ss.).

La tutela dei creditori è rimessa interamente ai controlli demandati al tribunale in sede di homologazione (di cui *infra*), con un chiaro depotenziamento del loro ruolo, intermediato appunto dal tribunale, come se il legislatore, in relazione ad uno dei presupposti della procedura in esame, abbia inteso punirli per non aver trovato prima un accordo con il debitore nell'ambito della composizione negoziata della crisi secondo una delle modalità elencate nell'art. 11, che però possono riguardare uno o più creditori, ma non tutti i creditori, molti dei quali potrebbero non avere alcuna responsabilità nel fallimento del tentativo di soluzione idoneo al superamento della situazione di crisi o di insolvenza.

In generale nel concordato, preventivo o fallimentare che sia, a qualunque creditore ammesso al voto è data la possibilità di valutare, prima che il procedimento giunga alla fase dell'omologazione, la convenienza per lui (o per la sua classe) della proposta del debitore, il quale, in quello preventivo, deve in ogni caso indicare, fra l'altro, «l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile» che lo stesso si obbliga ad assicurare a ciascun creditore (art. 161, lett. e l. fall., ripreso nel Codice della crisi e dell'insolvenza dall'art. 84, comma 3, ma solo per il concordato con continuità aziendale); qui

invece è il tribunale che, in sede di omologazione, deve valutare che la proposta, oltre a non arrecare pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione «fallimentare» (*sic!* ma al fallimento sono sottratte molte imprese che pure possono ricorrere al concordato semplificato), assicuri comunque un'utilità a ciascun creditore (art. 18, comma 5): ciò che – fra assenza di pregiudizio e presenza di utilità – ha tutta l'aria di costituire un mascherato giudizio di convenienza, affidato al tribunale in barba alla precedente riforma della disciplina concordataria.

Ciononostante non si può ancora né affermare, né negare che al depotenziamento del ruolo dei creditori corrisponda un potenziamento di quello del tribunale, essendo prima necessario delineare il perimetro delle verifiche demandate a questo sia in sede di ammissione (nonostante una opinione dottrinale contraria a ritenere che vi sia un simile giudizio), sia in sede di omologazione, anche in relazione al contenuto specifico della proposta, ben delimitata nel primo comma dell'art. 18.

2. I presupposti del nuovo istituto: il presupposto procedurale

Per l'accesso al concordato semplificato devono ricorrere tre presupposti: procedurale, soggettivo e oggettivo.

Il primo, nel panorama della legislazione in tema di crisi di imprese, è una novità; infatti la domanda può essere presentata solo da chi in precedenza abbia tentato, senza successo, ma agendo «secondo correttezza e buona fede», la via della composizione negoziata, allorché nella relazione finale dell'esperto di cui all'art. 5, comma 8, risultino impraticabili le soluzioni elencate nell'art. 11, commi 1 e 2 (accordi di vario tipo con uno o più creditori, convenzione di moratoria, accordo di ristrutturazione dei debiti).

Il concordato semplificato (con tutte le varianti rispetto al comune concordato preventivo) è stato concepito come un beneficio riservato solo all'imprenditore (iscritto nel registro delle imprese) onesto e (forse) sfortunato, il quale però – sfortuna a parte – si sia dato da fare (s'intende in modo non opportunistico) incanalando la crisi nel nuovo strumento pensato per lui, senza impedirgli l'eventuale ricorso a tutti gli altri strumenti (concorsuali e non) previsti dal legislatore (art. 11, comma 3, lett. *a* e *c*).

Gli echi di consenso sulla composizione negoziata provenienti da varie parti probabilmente non tengono conto, per un verso, del fatto che un imprenditore in crisi è comprensibilmente poco propenso ad esternare, sia pure in modo riservato, ai creditori o a qualcuno di essi la sua situazione, almeno fintanto che, con l'ausilio dei professionisti che lo assistono, ritenga (a ragione o a torto) di riuscire a superarla; e, per un altro verso, del fatto che, se invece si tratta di vera e propria insolvenza, magari già manifesta all'esterno o prossima a manifestarsi,

l'imprenditore potrebbe essere tentato di ricorrere alla composizione negoziata con l'unico vero scopo di giungere appunto al concordato semplificato, per sottrarre le sorti della sua impresa al consenso dei creditori, anche in relazione alla ristrettezza dei tempi previsti per completare il percorso (centottanta giorni dall'accettazione della nomina dell'esperto, più eventualmente altri centottanta giorni di proroga, più altri sessanta giorni dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto (art. 5, commi 7 e 8 e art. 18, comma 1): ristrettezza generalmente confliggente in molti casi con la laboriosità delle trattative con taluni creditori, come gli istituti bancari di dimensioni maggiori (in relazione ai quali altrettanto frequentemente è persino complesso individuare chi, tra i funzionari, abbia il potere della decisione finale) o come gli interlocutori del personale dipendente, ovviamente interessati alla salvaguardia di tutti i rapporti di lavoro in corso.

D'altra parte, se è vero che per il quinto comma dell'art. 5 l'esperto sin dal primo incontro con l'imprenditore deve valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, in assenza della quale lo stesso deve avviare il procedimento verso l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, è altrettanto vero che, invece, per il settimo comma dell'art. 5, in apparente contraddizione, la soluzione adeguata per il superamento della crisi o dell'insolvenza (e quindi per la verifica della concreta prospettiva di risanamento) deve essere individuata nel termine sopra indicato, così probabilmente limitando l'ambito applicativo dell'immediata archiviazione ai casi più disperati, al di là del semplice «test pratico» di cui all'art. 3, comma 2 (per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento), che potrebbe assumere in qualche caso un carattere meramente sperimentale.

Ma se, per accedere al concordato semplificato, occorre che la relativa domanda sia preceduta dal tentativo abortito della composizione negoziata, è evidente che gli altri due presupposti, soggettivo e oggettivo, possono essere solo quelli propri di quest'ultimo istituto, sui quali dunque è necessaria qualche riflessione.

3. I presupposti soggettivo e oggettivo

Per quanto riguarda il presupposto soggettivo, la composizione negoziata e dunque anche il concordato semplificato sono riservati ad una cerchia amplissima di soggetti che siano imprenditori, commerciali (sopra o sotto soglia ex art. 1 l. fall.) o agricoli, i quali però risultino iscritti nel registro delle imprese e quindi abilitati a chiedere (a mezzo di una piattaforma telematica nazionale) al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura (o, se imprenditori sotto soglia, cioè in possesso dei requisiti di cui all'art. 1, comma 2 l. fall., anche alternativamente all'organismo di

composizione della crisi: art. 17, comma 2), nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, la nomina dell'esperto indipendente che dovrà agevolare le trattative tra l'imprenditore istante, i suoi creditori ed eventuali terzi interessati, per il superamento della crisi (artt. 2, 3 e 5).

Come detto, anche l'imprenditore commerciale sotto soglia o quello agricolo, che diversamente sarebbero esclusi dal fallimento e dal concordato preventivo e assoggettabili semmai alle procedure di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3 (salva la facoltà, se imprenditori agricoli, di avvalersi dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* l. fall. o della transazione fiscale di cui all'art. 182-*ter* l. fall., a norma dell'art. 23, comma 43 del d.l. n. 98 del 2011, conv. con modificazioni dalla l. n. 111 del 2011³, norma peraltro destinata all'abrogazione ai sensi dell'art. 374 CCII), una volta individuato con l'ausilio dell'esperto il mezzo idoneo al superamento della situazione di crisi, possono accedere, fra le varie opzioni, anche al concordato semplificato (art. 17, comma 4, lett. e), che però – come vedremo – è disciplinato mediante un cospicuo richiamo di disposizioni dettate per il concordato preventivo, che a loro volta richiamano numerose disposizioni dettate per il fallimento, cioè precisamente per le due procedure dalle quali in realtà quegli imprenditori (o perché sotto soglia o perché agricoli) sarebbero esclusi.

Ma un enigma ben più inquietante è annidato nel presupposto oggettivo della composizione negoziata⁴ (e dunque anche del concordato semplificato)⁵,

³ Su cui cfr. A. LA MALFA, *La transazione fiscale dell'impresa agricola*, in *Fallimento*, 2013, p. 137 ss.

⁴ All'indomani della novella, S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 agosto 2021, p. 8, ha per primo osservato che l'istituto è destinato anche alle imprese insolventi: "Beninteso, non può trattarsi di insolvenza irreversibile, giacché il nuovo istituto mira dichiaratamente ad affrontare situazioni connotate da "una concreta prospettiva di risanamento". E che questa lettura, escludente la sola insolvenza irreversibile, sia quella corretta risulta confermato dal fatto che non è dato cogliere indici di una volontà più limitativa dello spettro di applicazione della composizione negoziata; al contrario, nella Relazione illustrativa si legge testualmente: "L'imprenditore in difficoltà, in crisi, o in stato di insolvenza reversibile, può decidere quindi di intraprendere un percorso, del tutto riservato finché non viene chiesta la concessione di misure protettive, chiedendo la nomina di un esperto indipendente che valuti lo stato dell'impresa e che lo assista nelle trattative da attivare per il buon esito della composizione negoziata (e, di conseguenza, per la ricerca delle possibili soluzioni di risanamento dell'attività)".

⁵ Sul tema cfr. le lucide considerazioni di A. ROSSI, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Fallimento*, 2021, p. 1501 ss.; A. JORIO, *op. cit.*, p. 1 ss.; M. IRRERA e P. RIVA, *La convergenza tra le indicazioni del Codice della crisi e del d.l. 118/2021: is cash still king? DSCR e TdR a confronto*, in *Ristrutturazioni aziendali* del 20 ottobre 2021, p. 1 ss.; V. MINERVINI, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della Direttiva "Insolvency". Prime riflessioni*, in *Ristrutturazioni aziendali* del 17 ottobre 2021.

consistente per l'imprenditore commerciale o agricolo in uno stato «di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza», purché – e questo è il punto – risulti «ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa» (art. 2, comma 1, ma anche art. 3, comma 2, art. 5, comma 5 e art. 17, comma 1), tant'è che, se l'esperto indipendente, una volta accettato l'incarico, non ravvisa «concrete prospettive di risanamento», ne deve dare notizia al segretario generale della camera di commercio, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata; in tal caso deve ritenersi che non ci sia spazio per l'eventuale domanda di concordato semplificato, che presuppone invece che sia stata precedentemente «individuata una soluzione idonea al superamento della situazione» di crisi o di insolvenza (di cui all'art. 11, commi 1 e 2), che si siano svolte «secondo correttezza e buona fede» trattative con creditori e terzi e che queste non abbiano avuto esito positivo (art. 18, comma 1).

Non è certo possibile in questa sede verificare in modo adeguato a che cosa corrisponda precisamente la nozione adottata dal legislatore nell'art. 2, comma 1, peraltro distaccandosi da quella enunciata nell'art. 2, comma 1, lett. a) del Codice della crisi e dell'insolvenza, quale «stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore»; posto che la valutazione di quest'ultima consista in una prognosi probabilistica di insolvenza, risultante («si manifesta») sul piano finanziario da inadeguatezza di flussi di cassa prospettici a fronte delle obbligazioni pianificate, da adempiere «regolarmente» (in linea con la definizione di insolvenza di cui alla lett. b del medesimo art. 2, comma 1 del Codice, ma non molto distante da quella temporanea difficoltà di adempimento delle obbligazioni di cui all'art. 187 l. fall. per l'abrogata amministrazione controllata), per dare un senso alla prima nozione così come testualmente disegnata, qui la prognosi probabilistica riguarderebbe la stessa crisi⁶, prima ancora che l'insolvenza; occorre cioè ipotizzare che alla composizione negoziata possa accedere anche l'imprenditore che attualmente non è affatto in crisi, ancorché si trovi in una situazione che potrebbe evolvere in futuro in una crisi⁷.

⁶ È stato osservato in proposito che «il presupposto della composizione negoziata si colloca (*recte*, come si dirà fra breve, può collocarsi) in un momento anteriore a quello della probabilità di insolvenza, contemplando anche la situazione in cui è probabile – ma non ancora in atto – il verificarsi di un semplice stato di crisi: quella c.d. *twilight zone* (o pre-crisi) che si colloca temporalmente in un momento (spesso di poco) anteriore alla vera e propria crisi» (S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 6).

⁷ Nel senso che dall'*early warning* codicistico il trattamento della crisi viene qui anticipato, sia pure su base volontaria e riservata, alla c.d. *twilight zone*, dando vita ad una intrinseca problematicità (ma io aggiungerei un vero e proprio cortocircuito) del nesso intercorrente fra la

E' poco realistico immaginare che un imprenditore non ancora in stato di insolvenza, ma neppure in stato di crisi attuale decida di proteggere la sua impresa vaccinandola con la composizione negoziata e mettendosi nelle mani di un estraneo (l'esperto indipendente), affinché contatti i suoi creditori (sempre che dello strumento non si abusi, esclusivamente per ottenere qualche beneficio).

E' molto più probabile che a detto strumento ricorra l'imprenditore già in crisi, che decida di mettersi al riparo da una probabile insolvenza; o che, già in stato di insolvenza conclamata, si ponga come (realistico) obiettivo quello di salvare se stesso e magari anche la sua impresa, non mediante gli strumenti di cui all'art. 11, commi 1 e 2, ma precisamente mediante il concordato semplificato (art. 11, comma 3, lett. *b*), che è sì un concordato con cessione dei beni, quindi meramente liquidatorio, ma realizzabile anche a mezzo della cessione a terzi dell'azienda o di un suo ramo o di specifici beni (art. 19, comma 2) o forse anche a mezzo delle altre ipotesi mirate ad assicurare la continuità aziendale c.d. «indiretta» di cui all'art. 186-*bis*, comma 1 l. fall. ed all'art. 84, comma 1 CCII (ad esempio conferimento in una o più società anche di nuova costituzione).

D'altra parte che l'insolvenza possa emergere anche nel corso della composizione negoziata lo riconosce espressamente l'art. 9, comma 1, che in tal caso si limita ad imporre all'imprenditore di gestire l'impresa «nel prevalente interesse dei creditori» (ferme restando le sue eventuali responsabilità).

Ove di vera e propria insolvenza si tratti, resterebbe semmai da verificare la compatibilità di questa (che l'art. 5 l. fall. e l'art. 2, comma 1, lett. *b* CCII definiscono come «lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore *non è più in grado* di soddisfare *regolarmente* le proprie obbligazioni») con la ragionevole prospettiva del «risanamento» dell'impresa, che è parte fondante del presupposto oggettivo della composizione negoziata⁸.

È qui che si nascondono le più fondate prospettive di «abuso» sia della composizione negoziata, sia del concordato semplificato, su cui spetterebbe ai giudici vigilare, già in sede di ammissione di questo.

composizione negoziata e le misure di allerta previste dal Codice della crisi e dell'insolvenza, cfr. V. MINERVINI, *op. cit.*, p.7.

⁸ Non è un caso che nel corso del passaggio dal decreto legge alla legge di conversione, ancora nel settembre del 2021, fosse stato (vanamente) proposto di eliminare dall'art. 2 del d.l. il riferimento all'insolvenza, limitando l'accesso alla composizione negoziata all'imprenditore commerciale e agricolo che si trova «in stato di crisi o in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rendono probabile».

In verità non si è mai dubitato, nella dottrina giuridica e aziendalistica, che qualsiasi crisi d'impresa, salvo poche eccezioni, sia in astratto reversibile e, dunque, temporanea, tutto dipendendo dalla quantità e qualità degli interventi necessari (e dei costi) per il suo superamento⁹; prospettiva di risanamento e stato di insolvenza non sono termini reciprocamente preclusivi¹⁰, come dimostra la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, già nell'art. 1 del d.lg. n. 270 del 1999 e poi soprattutto nell'art. 27, a norma del quale le imprese, benché insolventi, possono accedere alla menzionata procedura «qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali» (comma 1), anche «tramite la ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa, sulla base di un programma di risanamento di durata non superiore a due anni» (comma 2, lett. b).

E con riferimento al presupposto oggettivo dello stesso fallimento (ma in futuro anche della liquidazione giudiziale) è condivisibile la tesi secondo la quale, ai fini dell'apertura del procedimento, il tribunale dovrebbe verificare l'idoneità dell'impresa (in funzionamento) all'eliminazione delle disfunzioni che hanno provocato la manifestazione dell'insolvenza, compiendo una valutazione *attuale* delle capacità anche *future* dell'imprenditore all'adempimento di tutte le sue obbligazioni alle rispettive scadenze¹¹, dal momento che, se la formula adottata nell'art. 5 l. fall. riguardasse solo un giudizio conclusivo *ex post* dell'inadempimento di obbligazioni già scadute, non solo il «più» sarebbe pleonastico, ma al «regolarmente» non sarebbe possibile attribuire alcun plausibile significato (col rispetto delle scadenze, con mezzi normali di pagamento, o congiuntamente con entrambe le modalità).

Anche nella prospettiva di una valutazione dinamica di entrambe le componenti del patrimonio del fallendo (l'attivo e il passivo) ciò che l'art. 5 l. fall. intende evidenziare non è la definitività di una qualsiasi incapacità di

⁹ Cfr. G. BRUGGER, *I piani di risanamento nel quadro delle prospettive e dei vincoli dell'amministrazione controllata*, in *Crisi di impresa e amministrazione controllata*, a cura di M. Cattaneo, F. Cesarini, A. Provasoli e B. Quatraro, Milano, 1986, p.195; A. GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, p. 241; P. LOCATELLI, *Proroga del termine del «beneficio» di amministrazione controllata e consenso dei creditori*, Torino, 1983, p. 93; L. PAZZAGLIA, *L'amministrazione controllata*, Milano, 1957, p. 6, nota 4.

¹⁰ Anche se, come giustamente osserva V. MINERVINI, *op. cit.*, p. 11, l'accertamento di serie e concrete prospettive di recupero dell'impresa è ancora oggi ostaggio di quell'alone di incertezza che le connota, essendo la "risanabilità" un concetto tecnico proprio delle scienze aziendalistiche e pertanto intrinsecamente opinabile e spesso anche indeterminabile con certezza *a priori*.

¹¹ In questo senso cfr. anche A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979, p. 77 s.

adempiere (ad escludere la quale basterebbe la mera rilevazione contabile di un attivo superiore al passivo), ma è la definitività dell'incapacità di adempiere «regolarmente»¹², come riaffermato nell'art. 2, comma 1 del Codice della crisi e dell'insolvenza, tanto con riferimento alla nozione di «insolvenza» (lett. *b*), quanto con riferimento a quella di «crisi» (lett. *a*), qui avendo ad oggetto per un verso «i flussi di cassa prospettici» e per un altro verso le «obbligazioni pianificate».

E' ben vero – come è stato insegnato nel passato¹³ – che la crisi d'impresa è fenomeno (economico) talmente complesso che nessuna formula giuridica appare veramente in grado di ingabbiarla in rigide schematizzazioni; ma, se già la nozione di insolvenza di cui all'art. 5 l. fall., almeno secondo un'interpretazione evolutiva, comporta un giudizio prognostico sull'idoneità dell'impresa a far fronte in futuro alle sue obbligazioni, scadute o pianificate, giustapporre ad essa ulteriori definizioni preconfezionate dello stato di crisi, comunque riferibili come la prima alla «regolarità» degli adempimenti delle obbligazioni o del soddisfacimento dei crediti dell'imprenditore, non è stata a mio avviso un'iniziativa opportuna ed ancor meno lo è il fatto di aver ipotizzato, per la composizione negoziata (quindi per il concordato semplificato), una diversa definizione riferita, come detto, ad una generica situazione di «squilibrio patrimoniale o economico-finanziario» non ancora rilevabile all'esterno, che solo in base ad un giudizio prognostico potrebbe eventualmente condurre a quelle manifestazioni di «inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici» di cui alla nozione di crisi ai sensi dell'art. 2, comma 1 CCII, anch'esse oggetto di un giudizio prognostico circa la definitività («più») dell'incapacità di soddisfare «regolarmente» le passività dell'impresa»¹⁴.

4. Il contenuto della proposta concordataria

Quanto al suo contenuto la proposta di concordato può avere ad oggetto esclusivamente la mera liquidazione dei beni (art. 18, comma 1), con cessazione dell'attività di impresa, o la cessione dell'azienda o di uno o più rami di azienda,

¹² Sul tema mi limito a rinviare, anche per i richiami, a G. FAUCEGLIA, *Insolvenza e crisi*; e P. F. CENSONI, *Lo stato di insolvenza*, entrambi i contributi in *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da L. Panzani, I, Torino, 2012, rispettivamente alla p. 77 ss. e alla p. 90 ss.

¹³ Cfr. S. SATTA, *Diritto fallimentare*³, Padova, 1996, p. 50, secondo cui un criterio obiettivo in base al quale si possa riconoscere l'insolvenza non è facile trovarlo; A. BONSIGNORI, *Diritto fallimentare*, Torino, 1992, p. 38.

¹⁴ Sotto questo profilo non mi pare condivisibile quanto osservato da M. IRRERA e P. RIVA, *op. cit.*, p. 3, laddove ritengono che la nozione di crisi contenuta nel d.l. n. 118 del 2021 sia certamente coerente con la definizione contenuta nel Codice della crisi e dell'insolvenza.

quindi assicurando la continuità aziendale c.d. indiretta (art. 19, commi 2 e 3); detta proposta, che comunque «deve assicurare un'utilità a ciascun creditore», può prevedere anche la suddivisione dei creditori in classi, ma a condizione che non arrechi agli stessi «pregiudizio» rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare (art. 18, comma 8); non sono previsti altri limiti, quali il pagamento di almeno il 20% dell'ammontare dei crediti chirografari (art. 160, comma 4 l. fall.) o l'apporto incrementativo di risorse esterne per almeno il 10% rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale (art. 84, comma 4 CCII).

È invece ammissibile, unitamente alla cessione dei beni, l'intervento di un garante, visto che il parere dell'esperto indipendente deve vertere anche sulle «garanzie offerte» (art. 18, comma 3); e ugualmente deve ritenersi ammissibile la presenza di un assuntore, al quale cedere quei beni.

Tuttavia, per ciò che riguarda in particolare la formazione delle classi qui il legislatore, a differenza da quanto è stabilito per il concordato preventivo dall'art. 160, comma 1, lett. c) e d) l. fall. (che in effetti non è stato richiamato), non ha indicato alcun criterio (quali l'omogeneità di posizione giuridica o di interessi economici o la possibilità di trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse), lasciando l'interprete disarmato, dal momento che detta suddivisione ha senso solo nell'ipotesi di trattamenti differenziati, ma non ne ha alcuno se il trattamento deve essere uguale per tutti; ed inoltre, trattandosi di cessione dei beni, non è affatto chiaro come conciliare la suddivisione dei creditori in classi con la pretesa che la proposta non arrechi «pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare» (art. 18, comma 3), dal momento che nel fallimento il riparto della liquidità deve rispettare i criteri fissati dall'art. 111 l. fall., che fra l'altro è espressamente richiamato per il concordato semplificato anche dall'art. 18, comma 2 del d.l. che ci occupa, cosicché anche in questa procedura quanto ricavato dalla liquidazione va distribuito ai creditori, per un verso, con «il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione» e comunque, per un altro verso, assicurando «un'utilità a ciascun creditore» (art. 18, comma 5), anche chirografario (ciò che impedisce l'ammissibilità della proposta ove le risorse disponibili non consentano di soddisfare integralmente i creditori con diritti di prelazione e di corrispondere almeno una quota, sia pure modesta, ai creditori chirografari), a meno che non soccorra in qualche caso l'apporto finanziario di un terzo, diretto a consentire con danaro altrui trattamenti migliori per alcuni creditori rispetto ad altri, che comunque in sede fallimentare non percepirebbero nulla di più.

5. L'enigmatico quadro delle regole nella prospettiva del passaggio dalla Legge fallimentare al Codice della crisi e dell'insolvenza

Come detto in precedenza, anche gli imprenditori commerciali sotto soglia o gli imprenditori agricoli, che non sono soggetti al fallimento, ma neppure possono ricorrere al concordato preventivo, hanno la possibilità di presentare, in caso esito negativo della composizione negoziata, la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (art. 17, comma 4, lett. e).

Ma, come pure si è anticipato, l'istituto qui in esame è in gran parte disciplinato (dagli artt. 18 e 19) anche mediante il richiamo a numerose norme della Legge fallimentare, che riguardano (direttamente) il concordato preventivo e (indirettamente) il fallimento; il loro elenco è quanto mai significativo (e indicativo della natura concorsuale del concordato semplificato), includendo il rinvio (nell'ordine) alle seguenti disposizioni: l'art. 161, comma 2, lett. a, b, c, d; l'art. 111; l'art. 167; l'art. 168; l'art. 169 (che richiama a sua volta gli artt. 43, comma 4, 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63); l'art. 17; l'art. 183 (che a sua volta richiama l'art. 180, comma 7); l'art. 173 (che a sua volta richiama direttamente gli artt. 171, comma 2, 15, 1, 5, 18; e indirettamente le ulteriori disposizioni da questi ultimi richiamate); l'art. 184; l'art. 185 (che a sua volta richiama gli artt. 136, comma 2, 173 e 182); l'art. 186 (che a sua volta richiama direttamente gli artt. 137 e 138; e indirettamente le ulteriori disposizioni da questi ultimi richiamate); l'art. 217-bis, con i relativi richiami, l'art. 236, pure con i relativi richiami e l'art. 182 (che a sua volta rinvia agli artt. 28, 29, 37, 38, 39 e 116 l. fall.).

Alcune di dette norme sono applicabili *tout court*; altre (in particolare quelle elencate nell'ottavo comma dell'art. 18 e nel primo comma dell'art. 19) solo «in quanto compatibili», in definitiva lasciando al giudice l'onere e l'onore di compiere quella verifica e di stabilirne i relativi criteri, ma creando nel frattempo gravi incertezze interpretative, certamente non favorevoli ad una proficua e pronta fruibilità del nuovo istituto.

Oltre alle difficoltà nascenti dalla necessità di ridefinire il complessivo quadro delle regole del concordato semplificato in modo meno approssimativo di quanto risultante dalla lettura degli artt. 18 e 19 (e di quanto può essere qui segnalato), non può sfuggire al lettore la natura transitoria di quella disciplina, prevalentemente incardinata sul richiamo di norme di una legge (il r.d. 16 marzo 1942, n. 267), destinata ad essere soppiantata per tutte le nuove procedure dall'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza (art. 390), con cui peraltro gli istituti introdotti dal d.l. n. 118 del 2021 andrebbero coordinati, tenendo conto, per esempio, del fatto che per le imprese sotto soglia il legislatore della riforma ha previsto uno strumento specifico, quale il c.d. concordato «minore» (art. 74 ss.).

6. Il giudizio di ammissione

Neppure quanto alla fase introduttiva del procedimento di concordato semplificato vi sono certezze circa la previsione di un vero e proprio giudizio di ammissione, che anzi un'opinione formatasi sul punto, ma non condivisibile, tenderebbe ad escludere, trattandosi di precisare, in base a ciò che è scritto nell'art. 18, quali verifiche siano effettivamente demandate al tribunale prima della nomina dell'ausiliario (comma 3) e della fissazione dell'udienza per l'omologazione (comma 4), con un decreto che «equivale all'ammissione al concordato» (comma 8).

In verità il testo normativo è estremamente laconico, limitandosi a stabilire che il tribunale debba valutare «la ritualità della proposta» ed acquisire la relazione finale e il parere dell'esperto indipendente.

Ma prima ancora il tribunale ovviamente dovrà valutare la propria competenza, in relazione al «luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale» (comma 2), che però potrebbe non corrispondere in qualche caso con quello eventualmente adito in sede di composizione negoziata, ad esempio con riferimento alle misure protettive e cautelari, per il quale l'art. 7 fa espresso riferimento al «tribunale competente ai sensi dell'art. 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267», le cui previsioni sono ben più articolate.

Poi certamente il tribunale dovrà verificare l'assenza di comportamenti qualificabili come atti di frode (di cui all'art. 173 l. fall.) e la completezza della documentazione allegata alla proposta di cessione dei beni, oltre alla relazione finale e al parere dell'esperto: quindi i documenti indicati nell'art. 161, comma 2, lett. a), b), c) e d) l. fall. e soprattutto il piano di liquidazione (comma 1).

Peraltro il fatto che la valutazione del tribunale debba avere ad oggetto la «ritualità della proposta», oltre all'acquisizione della relazione finale dell'esperto, e la constatazione che il parere di quest'ultimo debba a sua volta fare «specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte» inducono a ritenere che il tribunale non possa sottrarsi al compito di verificare fin da subito l'esistenza dei presupposti (oggettivo e procedurale) dell'istituto che ci occupa; e innanzitutto se, nella situazione di crisi o di insolvenza del proponente nei termini descritti in precedenza, le trattative, in sede di composizione negoziata, si siano svolte «secondo correttezza e buona fede», pur non avendo avuto esito positivo per impraticabilità delle soluzioni elencate nell'art. 11, commi 1 e 2, anche indipendentemente dalle affermazioni dell'esperto, la cui attendibilità sul punto non può non costituire anch'essa oggetto di verifica da parte del tribunale.

E poiché la composizione negoziata può essere attivata solo «quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa» (art. 2, comma 1), non importa se in pre-crisi, in crisi o in stato di insolvenza, non è difficile

prevedere che proprio su questo presupposto si giocherà l'ammissibilità o l'inammissibilità in concreto del concordato semplificato, ben evidente essendo la contrapposizione normativa fra la ragionevole prospettiva del risanamento (oltretutto di un'impresa eventualmente già in stato di insolvenza) e la constatazione dell'impraticabilità (peraltro in un tempo forse eccessivamente breve) di tutte le numerose soluzioni alternative elencate nell'art. 11, che a sua volta è uno dei presupposti della domanda concordataria in esame.

«Correttezza e buona fede» non riguardano solo il comportamento tenuto dal debitore nel corso delle trattative, ma riguardano anche l'effettiva ragionevolezza della prospettiva del risanamento dell'impresa fin dal momento della presentazione della domanda di nomina dell'esperto indipendente e dunque dal momento iniziale del ricorso alla composizione negoziata (che non può essere utilizzata in modo opportunistico, se non addirittura abusivo, per giungere al concordato semplificato).

Non è per caso che in uno degli emendamenti all'art. 18 in sede di conversione del d.l. (poi non approvato) fosse stato fatto riferimento ad un criterio diverso: quello della non imputabilità all'imprenditore dell'impraticabilità delle soluzioni alternative, ciò che, forse in modo meno criptico, avrebbe spalancato la porta ad una verifica giudiziaria di quella «ragionevolezza» ed un ostacolo all'uso spregiudicato della composizione negoziata.

Deve inoltre riconoscersi che, se per un verso «la proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi», per un altro verso, pur nel silenzio dell'art. 18 sul punto, tale suddivisione non può avvenire senza regole, ma dovrà corrispondere a ben precisi criteri, la cui ragionevolezza dovrà essere valutata dal tribunale già nella fase di ammissione, tanto più che qui si tratta di una *cessio bonorum*, che difficilmente può prescindere (salvo apporti finanziari esterni) dal rigoroso rispetto dell'ordine delle prelazioni e dei principi enunciati sia nell'art. 111 l. fall., sia nel quinto comma dell'art. 18, ai quali prima si è accennato.

7. Le ulteriori verifiche demandate al tribunale

Scorrendo il testo dell'art. 18, comma 5, ulteriori verifiche sono demandate al tribunale in sede di omologazione; alcune evidentemente presuppongono un *iter* già avviato verso la sua conclusione, riguardando la «regolarità del contraddittorio», in caso di eventuali opposizioni di creditori o di qualche interessato (comma 4) o la regolarità «del procedimento»; ma per altre ci si può domandare perché solo in quella sede e non al momento dell'ammissione.

Del rispetto dell'ordine delle cause di prelazione si è già detto sopra, anche in relazione al richiamo dell'art. 111 l. fall.; a questo però occorre aggiungere: (i) la verifica della «fattibilità del piano di liquidazione», per la quale peraltro la

norma non specifica se solo «giuridica» o anche «economica»; (ii) l'assenza di «pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare» (una sorta di giudizio di convenienza); (iii) la necessità che la proposta «comunque» assicuri «un'utilità a ciascun creditore».

Quanto alla prima, laddove la proposta si limiti ad una mera attività liquidatoria dei beni ceduti ai creditori o della cessione dell'attivo concordatario ad un assuntore, la fattibilità «giuridica» è *in re ipsa*, trattandosi semmai di valutare quella «economica» in base agli altri presupposti sopra menzionati; ma laddove la proposta consista nella cessione o nel conferimento dell'azienda o di uno o più rami particolari, cioè in ipotesi di continuità aziendale indiretta, la verifica della fattibilità (giuridica od economica che sia)¹⁵, assume un contenuto necessariamente più articolato, peraltro non diverso da ciò che è previsto per il concordato preventivo.

Semmai lascia perplessi quanto al secondo presupposto (l'assenza di pregiudizio per i creditori) il riferimento alla «alternativa della liquidazione fallimentare»; e non solo perché non è chiaro se tale requisito si identifichi con il principio del «miglior soddisfacimento dei creditori» (più volte enunciato nella disciplina del concordato preventivo) o si ponga su un piano inferiore, peraltro tutto da decifrare, una volta che si riconosca che una liquidazione «fallimentare» è normalmente più onerosa e, in fin dei conti, meno soddisfacente per i creditori, salvi gli apporti derivanti dall'eventuale esercizio di azioni (come le revocatorie) non previste per i concordati preventivi; ma anche perché al concordato semplificato possono accedere le imprese commerciali sotto soglia o le imprese agricole, sottratte al fallimento e dunque ad una liquidazione propriamente «fallimentare» (a meno di ritenere che con detta espressione il legislatore abbia voluto far riferimento anche alla liquidazione di cui alla l. n. 3 del 2012 sul sovraindebitamento).

Imperfezioni tecniche, si dirà; ma inopportune e disarmanti, soprattutto in una delicata fase di transizione da un sistema normativo (la Legge fallimentare) ad un altro (il Codice della crisi e dell'insolvenza).

Orbene, se il tribunale, pur dopo aver acquisito il parere dell'esperto indipendente («con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte»), nell'ambito dei suoi poteri di valutazione della «ritualità della proposta», accerta che questa non rispetta l'ordine delle cause di prelazione o non appare (né giuridicamente, né economicamente) fattibile o appare tale da arrecare pregiudizio ai creditori rispetto ad

¹⁵ Nel senso che, pur in assenza di una precisazione nella norma, la verifica demandata al tribunale non possa prescindere dalla fattibilità economica, cfr. anche S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 4; e G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p.1615.

un'alternativa liquidatoria concorsuale o non assicura un'utilità a qualcuno dei creditori (neppure sotto le forme di opportunità di affari), si potrebbe legittimamente dubitare dell'utilità di avviare (con la nomina dell'ausiliario) un *iter* procedimentale, carico di effetti sostanziali, comunque destinato ad un epilogo negativo, anche in assenza di opposizioni.

8. Gli effetti sostanziali del concordato semplificato e le relative criticità

Peraltro anche per ciò che riguarda gli effetti sostanziali, non mancano talune criticità.

Quanto a quelli per il debitore l'art. 18, comma 2 si limita a richiamare l'art. 167 l. fall., che – come noto – distingue fra atti di ordinaria e atti di straordinaria amministrazione: i primi soggetti alla «vigilanza» del commissario giudiziale, i secondi all'autorizzazione del giudice delegato; inopinatamente è stato stabilito che detti effetti si producano «dalla data della pubblicazione del ricorso» nel registro delle imprese a cura del cancelliere entro il giorno successivo al suo deposito in cancelleria, quando cioè non c'è ancora chi svolga le veci del commissario giudiziale (presumibilmente l'ausiliario da nominare in caso di ammissione, la cui figura per determinate funzioni sostituisce quella del commissario giudiziale, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 18), né è prevista (neppure dopo) la nomina di un giudice delegato (che non può ritenersi compresa nel semplice richiamo dell'art. 167 l. fall.); e infatti l'art. 19, comma 3, per una ipotesi particolare di trasferimento anticipato (prima dell'omologazione) di azienda o di ramo di azienda o di specifici beni a favore di un terzo offerente già individuato nel piano di liquidazione, prevede l'autorizzazione del tribunale.

In concreto il debitore, in mancanza di un organo di controllo, non potrebbe operare neppure nell'ambito dell'ordinaria amministrazione, almeno fino a quando, esaurite da parte del tribunale le complesse verifiche di cui sopra si è detto, l'ausiliario non abbia accettato (entro i tre giorni dalla comunicazione della nomina).

Poiché l'ottavo comma dell'art. 18 richiama anche l'art. 173 l. fall., l'eventuale compimento di un atto di straordinaria amministrazione privo di autorizzazione del giudice, che per il secondo comma dell'art. 167 l. fall. è inefficace rispetto ai creditori anteriori al concordato, costituisce motivo di revoca dell'ammissione al concordato, cui seguirebbe, per l'imprenditore commerciale sopra soglia, anche la dichiarazione di fallimento, ove lo chieda un creditore o il pubblico ministero; ma per l'imprenditore non fallibile la revoca del concordato lo rimetterebbe semplicemente *in bonis*, vanificando la stessa sanzione di inefficacia dell'atto, che è funzionale alla consecuzione del fallimento al concordato.

Minori problemi pone la disciplina degli effetti per i creditori concorsuali, risultante, per la fase successiva alla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, dal richiamo degli artt. 168 e 169 l. fall. da parte del secondo comma dell'art. 18 e, per la fase successiva all'omologazione, dal richiamo dell'art. 184 l. fall. da parte dell'ottavo comma dell'art. 18, norme evidentemente applicabili anche agli imprenditori commerciali sotto soglia e agli imprenditori agricoli, ivi compreso il richiamo dell'art. 45 l. fall. nell'art. 169 l. fall., con tutte le relative e gravi implicazioni (ad esempio quanto all'equiparazione degli effetti della dichiarazione di fallimento a quelli del pignoramento, all'opponibilità ai creditori di trascrizioni, iscrizioni, notificazioni, data certa, ecc.), sulle quali evidentemente non è possibile qui indugiare¹⁶.

Manca invece qualunque riferimento alla sorte dei rapporti giuridici preesistenti, non essendo stati richiamati né l'art. 169-bis l. fall., né l'art. 186-bis l. fall., ciò che comporta l'impossibilità per il debitore di farsi autorizzare alla sospensione o allo scioglimento di detti rapporti, che per la verità potrebbero essere più funzionali proprio in una procedura liquidatoria, come il concordato semplificato, che non in una procedura diretta alla continuità aziendale, tanto più che la rideterminazione (secondo buona fede) di alcuni obblighi contrattuali (nei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, ove la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa a causa della pandemia), finalizzata ad un riequilibrio tra le prestazioni, come misura «indispensabile ad assicurare la continuità aziendale», è invece espressamente prevista dall'art. 10, comma 2 per la precedente fase della composizione negoziata, ma non per quella liquidatoria.

In sintesi, per concludere, una lettura critica del testo normativo qui scrutinato non induce a formulare un giudizio positivo sul nuovo istituto concordatario, che appare largamente ambiguo, sia in quanto lo si è legato, a mezzo di cospicui richiami, ad una disciplina, quella della Legge fallimentare, destinata ad essere sostituita dal Codice della crisi e dell'insolvenza, sia in

¹⁶ E' vero che gli effetti per il debitore e per i creditori si producono – come detto – sin dal momento della pubblicazione del ricorso introduttivo, ma la loro sopravvivenza è condizionata al provvedimento di ammissione del tribunale, che equivale all'ammissione al concordato (art. 18, comma 8), e quindi all'esito delle verifiche da questo compiute, decadendo automaticamente in caso di giudizio negativo, senza necessità di uno specifico provvedimento con il quale, dichiarata l'irritualità della proposta, il tribunale dichiari cessati quegli effetti; nel senso invece della necessità di detto provvedimento cfr. G. D'ATTORRE, *op. cit.*, p. 1614; peraltro, ove il tribunale neghi ingresso al procedimento, il relativo decreto dovrebbe essere soggetto alle medesime forme di pubblicità del provvedimento conclusivo del giudizio di omologazione ex art. 18, comma 6, che richiama l'art. 17 l. fall., ivi compresa dunque l'annotazione nel registro delle imprese.

quanto applicabile a qualsiasi impresa, indipendentemente dalla sua natura e dalle sue dimensioni, come se le crisi fossero tutte uguali.

Quel testo però consente, se non altro, di ipotizzare che forse lo stesso legislatore (post-pandemico) si sia reso conto della necessità di rivedere (e di adeguare ai tempi) la complessiva disciplina del concordato preventivo (anche in prospettiva futura in relazione al Codice della crisi e dell'insolvenza), ora caratterizzata (dopo le modifiche alla Legge fallimentare introdotte nel 2015) da regole (fin troppo rigide) che ne limitano oggettivamente la fruibilità da parte degli imprenditori in crisi¹⁷, magari distinguendo in modo più dettagliato, anche in relazione ai relativi effetti, quanto attiene al concordato con continuità aziendale per ristrutturazione diretta e quanto al concordato liquidatorio, ivi compresa la cessione dell'azienda, che assicura sì la continuità aziendale, ma come esito di un'attività tipicamente liquidatoria.

¹⁷ Sul punto concordo con M. ARATO, *La scelta dell'istituto più adeguato per superare la crisi d'impresa*, in *Ristrutturazioni aziendali* dell'8 ottobre 2021, p. 6.

CRISI DELL'IMPRESA, CONTINUAZIONE DELL'ATTIVITÀ E COMPOSIZIONE NEGOZIATA *

ALBERTO MAFFEI ALBERTI

Abstract: nella potenziale contrapposizione tra gli interessi dei creditori e la salvaguardia della continuità aziendale, il contributo esamina i riflessi che questo sfaccettato rapporto può assumere, dapprima nella procedura di amministrazione straordinaria e, in un secondo tempo, in quella di composizione negoziata della crisi.

Parole chiave: crisi di impresa, interessi dei creditori, continuità aziendale, amministrazione straordinaria, composizione negoziata.

Abstract: in the potential opposition between creditors interest and the business continuity safeguard, the contribution examines the reflection that this many-sided relationship could take, firstly in the extraordinary administration procedure and, lately, in that of the negotiated settlement.

Keywords: business crisis, interest of creditors, business continuity, extraordinary administration procedure, negotiated settlement.

1. Che l'impresa sia un valore e che la dissoluzione dell'attività da questa svolta sia una distruzione di ricchezza è un dato difficilmente confutabile. È altrettanto vero che questo non vale sempre e cioè non vale quando l'impresa non sia vitale e, per ragioni varie, non sia in grado di recuperare una condizione di normalità e cioè non sia in grado di fare cessare la produzione di perdite. È anche evidente che la valutazione della vitalità di un'impresa va considerata in modo obbiettivo e cioè in modo disgiunto dall'originario imprenditore, considerando quindi la possibilità del passaggio dell'attività ad un nuovo imprenditore.

* Il presente contributo è destinato (con eventuali integrazioni) alla pubblicazione anche in Diritto fallimentare, nonché in un volume collettaneo a cura di S. Ambrosini.

Tutto ciò emerge anche dalle disposizioni dettate dalla Direttiva (UE) 2019/1023 secondo cui, tra l'altro, la Direttiva mira a garantire "agli imprenditori che sono in difficoltà finanziaria la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare ad operare"¹.

Un primo punto che viene in evidenza è il possibile conflitto tra la continuazione dell'attività e l'interesse dei creditori. E, a questo proposito, va anche considerato che, sotto questo profilo e cioè quello dell'interesse, la categoria dei creditori è ben lungi dall'essere una categoria unitaria². Accanto ai creditori il cui interesse primario è il soddisfacimento del proprio credito, si configura un'altra categoria il cui interesse primario è la continuazione dell'attività da parte dell'impresa in crisi. Ovviamente i lavoratori occupati, ma poi le imprese satelliti e quanti siano legati all'impresa da rapporti contrattuali, specie di durata, la cui cessazione potrebbe causare, per le ragioni le più varie, danni ingenti e spesso superiori rispetto all'insoddisfazione di crediti pregressi. Inutile dire che questa seconda categoria è tanto più incidente quanto maggiori siano le dimensioni dell'impresa e quindi tanto maggiore sia il fascio dei rapporti contrattuali che ad essa fanno capo.

La Direttiva (UE) sopra richiamata precisa che, quando si tratti di verificare il "miglior soddisfacimento dei creditori" si deve valutare se il creditore uscirebbe svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione o nel migliore scenario alternativo possibile ove il piano di ristrutturazione non fosse omologato.

Fatta questa doverosa e non esaustiva premessa (si potrebbe aggiungere se il tentativo di risanamento debba necessariamente richiedere una procedura giudiziaria) possiamo passare all'analisi delle varie possibilità che, a fronte della crisi di impresa, sono offerte dal nostro ordinamento.

2. Il discorso può iniziare dal punto, tutto sommato, più lineare: la procedura di amministrazione straordinaria.

L'art. 1 della L.8 luglio 199, n. 270 è chiarissimo nell'evidenziare che le finalità della procedura sono quelle conservative del patrimonio produttivo,

¹ In argomento v., tra gli altri, PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze.*, in *IlCaso.it*, 14 ottobre 2019; STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, pp. 873-879; PACCHI, *La Direttiva (UE) 1023/2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva e il Regolamento 858/2015 sull'insolvenza transfrontaliera*, in PACCHI-AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, pp. 25-42.

² Per riferimenti alla questione cfr., tra gli altri, D'ATTORRE, *Esclusione dal voto del creditore in conflitto d'interessi*, in *Fallimento*, 2014, pp. 328-337; G. NUZZO, *Il conflitto di interessi dei creditori nei concordati*, Milano, 2019.

mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali³.

Tali finalità possono essere perseguite anche tramite la cessione dei complessi aziendali. Che l'interesse alla prosecuzione dell'attività sia del tutto prevalente rispetto all'interesse dei creditori anteriori è fatto palese, tra l'altro, dal disposto dell'art. 63 della stessa legge, secondo cui, nella vendita di aziende e di rami d'azienda in esercizio la valutazione del prezzo deve tenere conto della redditività, anche se negativa, all'epoca della stima e nel biennio successivo. In altri termini, le perdite derivanti dalla prosecuzione dell'attività nel biennio successivo costituiscono perdita per i creditori⁴.

La c.d. grande impresa è caratterizzata, questo almeno il dato più significativo, da un numero di lavoratori subordinati non inferiore a 200 da almeno un anno (secondo l'art. 1 della L. 8 luglio 1999 n. 270, legge generale) ovvero da almeno 500 (secondo l'art. 1 della legge 23 dicembre 2003, n. 347, legge speciale per le imprese più grandi).

In questi casi è individuabile un interesse collettivo alla continuazione dell'attività di impresa, dato che si ritiene che la cessazione della stessa provocherebbe danni alla collettività. Si tratta di valutare, peraltro, se sia giusto che i costi di una continuazione dell'attività che tende ad evitare un pregiudizio collettivo, debbano ricadere (soltanto) sui creditori anteriori⁵.

E veniamo ora alla disciplina che si applica alle imprese estranee all'ambito di applicazione della procedura di amministrazione straordinaria. Se, nel complesso di tale disciplina, risultasse sufficientemente tutelato il principio della conservazione dell'attività a fronte di imprese in crisi, ne risulterebbe ridimensionato il ruolo della procedura di amministrazione straordinaria che, in prospettiva *de iure condendo*, potrebbe essere limitata alle imprese particolarmente grandi, ognuna della quali per le sue particolarità (si vedano ad

³ Nella trattatistica sul tema cfr. MEO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, Torino, 2014, p. 1061 e, più ampiamente, AMBROSINI, *L'amministrazione straordinaria*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso-Panzani, Milano, 2016, III, pp. 4016 ss. e DI MARZIO-MACARIO, *Amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, Milano, 2017, V, p. 601.

⁴ CASTAGNOLA-SACCHI, *La legge Marzano. Commentario*, Torino, 2006; BIANCA, *La disciplina della crisi delle grandi imprese*, in AA.VV., *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, a cura di Costa, Torino, 2008, pp. 1-38.

⁵ RONDINONE, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della commercialità*, Milano, 2012, p. 89.

esempio i casi Parmalat, Alitalia, Ilva)⁶ richiede per altro, per poter essere funzionale, particolari aggiustamenti operativi.

3. Possiamo partire dalla disciplina dettata dall'art. 67, lett. d) della legge fallimentare vigente⁷. La norma sottrae all'azione revocatoria fallimentare gli atti, i pagamenti e le garanzie concessi su beni dell'imprenditore, quando posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria. Unica condizione è che il piano sia stato attestato da un professionista qualificato e indipendente, nominato dall'imprenditore, che deve appunto attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. L'imprenditore può richiedere che il piano sia pubblicato nel registro delle imprese.

Come si vede, un procedimento estremamente snello, totalmente sottratto all'ambito giudiziario ed anche a modalità particolari di approvazione dei creditori.

Il punto debole è costituito peraltro dalla incertezza, nel caso di successivo fallimento, sull'ambito del controllo e della valutazione del giudice sulla attendibilità del piano, che potrebbe portare alla disapplicazione dell'esenzione da revocatoria⁸.

4. In ordine al tentativo di semplificazione e alla sottrazione all'ambito giudiziario può essere valutato il nuovo procedimento di composizione negoziata per la crisi di impresa, introdotto con il D.L. 24 agosto 2021 n. 118⁹.

⁶ Con accenti critici cfr. FABIANI-FERRO, *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di una degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi di impresa*, in *Fallimento*, 2004, pp. 131 ss.

⁷ V., ex aliis, FERRO, *Il piano attestato di risanamento*, in *Fallimento*, 2005, p. 1353; GUERRIERI, *Il controllo giudiziale sui piani attestati*, in *Giur. comm.*, 2012, I, pp. 385 ss.; CORSI, *I piani attestati*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli-Luiso-Gabrielli, IV, cit., pp. 642 ss.; AMBROSINI-AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, in *IlCaso.it*, 11 giugno 2014, pp. 23 ss.

⁸ PISCITELLO, *Piani di risanamento e posizione delle banche*, in AA.VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007, p. 113; AMBROSINI-AIELLO, *I piani attestati di risanamento: questioni interpretative e profili applicativi*, cit., pp. 23 ss.

⁹ PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *www.dirittodellacrisi*, 25 agosto 2021, pp. 14 ss.; PAGNI-FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, ivi, 2 novembre 2021; GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in questa Rivista, 8 settembre 2021, pp. 5 ss.; AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 901 ss.

L'imprenditore che si trovi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendano probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario della Camera di Commercio la nomina di un esperto indipendente quando risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. L'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati al fine del superamento della crisi anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa. Fin qui tutto bene. Il procedimento si svolge in ambito extra giudiziario e tutela l'impresa in senso oggettivo, cioè anche in modo disgiunto rispetto all'originario imprenditore.

Le difficoltà emergono poi. Anzitutto il procedimento non è così snello. È istituita una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese e che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento. È prevista la nomina di una commissione, composta da tre membri di varia nomina e che dura in carica due anni. L'istanza di nomina, da parte dell'imprenditore, deve essere accompagnata, ed inserita nella piattaforma telematica, dal bilancio degli ultimi tre esercizi, dall'elenco dei creditori, da un piano finanziario per i successivi sei mesi e dalle iniziative industriali che si intendono assumere, da una dichiarazione sulla pendenza di eventuali ricorsi per la dichiarazione di fallimento ed altre informazioni sulla situazione debitoria.

Il segretario della Camera di Commercio, ricevuta la richiesta dell'imprenditore, la comunica immediatamente alla commissione. Questa, nei cinque giorni lavorativi successivi, nomina, a maggioranza, l'esperto che nei due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica l'accettazione. La mancata accettazione deve essere comunicata alla commissione perché provveda alla sostituzione.

L'esperto nominato convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento. L'imprenditore può farsi assistere da consulenti. Se ritiene sussistenti le concrete prospettive di risanamento, l'esperto convoca le parti interessate e prospetta le strategie di intervento. In caso contrario, ne dà notizia all'imprenditore e al segretario della Camera di Commercio che dispone l'archiviazione del procedimento. In ogni caso, l'incarico dell'esperto si considera concluso quando, decorsi 180 giorni dall'accettazione della nomina, le parti non abbiano individuato una soluzione adeguata per il superamento della crisi. L'incarico può proseguire quando tutte le parti lo richiedano e l'esperto vi consenta.

Sin qui il procedimento si svolge in ambito privatistico e le uniche notizie ufficiali sono quelle che risultano dalla piattaforma telematica. Ma è altresì vero che non si apre alcun ombrello protettivo.

L'imprenditore può peraltro richiedere l'applicazione di misure protettive del patrimonio¹⁰; l'istanza deve essere pubblicata nel registro delle imprese e dal giorno della pubblicazione i creditori non possono acquisire diritti di prelazione, se non concordati, né iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore né sui beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività di impresa. Dal giorno della pubblicazione e per tutta la durata del procedimento non può essere dichiarato il fallimento. La richiesta di misure protettive e cautelari deve essere accompagnata dal contestuale ricorso al Tribunale per la conferma o la modifica di tali misure. Entro dieci giorni dal deposito del ricorso il Tribunale fissa l'udienza, nella quale sente gli interessati, l'esperto ed i terzi sui cui diritti le misure incidano, e provvede con ordinanza a stabilire la durata, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, delle misure protettive e dei provvedimenti cautelari disposti. La durata può essere prorogata, ma non può eccedere i duecentoquaranta giorni.

L'intervento del Tribunale è inoltre necessario: per contrarre finanziamenti prededucibili, anche dei soci ed anche di società appartenenti ad un gruppo, a trasferire l'azienda, o suoi rami, con liberazione dei debiti pregressi.

Alla conclusione delle trattative l'imprenditore può stipulare un contratto con i creditori che sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni. Può inoltre avvalersi degli strumenti preposti dall'ordinamento e può proporre domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Sono poi previste misure premiale di ordine tributario.

In conclusione, un procedimento abbastanza complicato che, per avere concrete possibilità di successo, richiede l'intervento del Tribunale. Intendo dire che sembra arduo ritenere che la notizia della crisi non circoli e che l'imprenditore non sia costretto a richiedere l'apertura dell'ombrello protettivo, con il che entra in ballo il Tribunale e la procedura si svolge, in concreto, sotto il suo controllo.

5. Altro procedimento che viene in evidenza è quello che riguarda gli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis e ss. l. fall., così come modificati dall'art. 20 del D.L. 24 agosto 2021 n.118¹¹.

¹⁰ DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021*, in questa Rivista, 17 novembre 2021; MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, ivi, 24 dicembre 2021, cui adde BACCAGLINI-DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in www.dirittodellacrisi.it, 12 ottobre 2021.

¹¹ Fra i contributi più recenti sul tema cfr. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, cit., pp. 901 ss.; ABRIANI, *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*, su www.dirittodellacrisi.it, 13

L'imprenditore in crisi può chiedere al Tribunale l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti stipulato con i creditori, depositando la stessa documentazione imposta dall'art. 161 l. fall per il concordato preventivo.

Sono condizioni dell'accordo:

a) Il fatto che lo stesso riguardi almeno il 60% dei crediti (non si distingue peraltro tra crediti chirografari e crediti privilegiati); la percentuale è peraltro ridotta della metà quando il debitore abbia rinunciato alla moratoria, di cui si dirà, non abbia depositato la c.d. domanda in bianco, e non abbia richiesto, dopo il deposito di tale domanda, la concessione del divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive;

b) Il fatto che un professionista indipendente, nominato dal debitore, attesti, oltre alla veridicità dei dati aziendali, l'attuabilità dell'accordo e la capacità di soddisfare i creditori estranei (e cioè non partecipanti all'accordo) entro centoventi giorni dall'omologazione per i crediti già scaduti a quella data ed entro centoventi giorni dalla scadenza per i crediti non scaduti a quella data.

L'accordo deve essere pubblicato nel registro delle imprese e, per sessanta giorni dalla pubblicazione, i creditori anteriori non possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari ed acquisire diritti di prelazione non concordati.

Entro trenta giorni dalla pubblicazione i creditori ed ogni altro interessato possono proporre opposizione. Il Tribunale, decise le opposizioni, provvede all'omologazione con decreto motivato, reclamabile alla Corte d'Appello entro quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

Lo stesso art. 182 bis, co. 6 e ss. prevede la possibilità di anticipare l'apertura dell'ombrello protettivo mediante il deposito presso il Tribunale di una proposta di accordo ed il Tribunale può concedere il termine di sessanta giorni per il deposito dell'accordo definitivo e della relazione del professionista.

L'imprenditore che abbia presentato domanda per l'omologazione dell'accordo o proposta di accordo, può chiedere al Tribunale di essere autorizzato, in via d'urgenza, a contrarre finanziamenti prededucibili, funzionali a necessità urgenti per la continuazione dell'attività di impresa, sempre che non sia possibile ottenere finanziamenti diversi e che, in mancanza degli stessi, deriverebbe un pregiudizio imminente ed irreparabile all'impresa. La richiesta può avere ad oggetto anche il mantenimento di linee di credito autoliquidanti.

Il Tribunale può anche autorizzare la concessione di pegno o ipoteca e la cessione di crediti a garanzia in relazione a tali finanziamenti, e può altresì autorizzare il pagamento di crediti, anche anteriori, per prestazioni di beni o servizi quando il professionista incaricato attesti che ciò è necessario per la

maggio 2021; D'ORAZIO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, a cura di Ambrosini, Torino, 2021, pp. 186 ss.

prosecuzione dell'attività di impresa e per assicurare la migliore soddisfazione dei creditori. Tali pagamenti sono sottratti all'azione revocatoria fallimentare.

L'art. 182 ter, co. 5 e 6, prevede poi la possibilità di una transazione fiscale, dettandone presupposti e condizioni.

Altra agevolazione è prevista dall'art. 182 *septies*, secondo cui l'accordo può individuare una o più categorie, tra banche e intermediari finanziari, che abbiano tra loro posizione giuridica e interessi economici omogenei. L'imprenditore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria a condizione che tutti i creditori della categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative e messi in condizione di parteciparvi, ed i creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino almeno il 75% dei crediti dell'intera categoria.

L'art. 182 *septies* prevede poi che, in linea generale, gli effetti dell'accordo vengano estesi ai creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria sulla base della omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici. Ciò a condizione che l'accordo preveda la prosecuzione dell'attività d'impresa in via diretta o indiretta; i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati delle trattative e dei loro contenuti; i creditori della categoria aderenti rappresentino almeno il 75% di tutti i crediti della categoria; l'imprenditore abbia notificato l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei cui confronti ha chiesto l'estensione; i creditori della categoria non aderenti ricevano, nell'accordo, un soddisfacimento non inferiore rispetto a quanto conseguibile nelle alternative concretamente applicabili.

Quando tra l'imprenditore e i suoi creditori sia stata convenuta una moratoria avente ad oggetto, in via provvisoria, la dilazione della scadenza dei crediti, la rinuncia agli atti, la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, tale convenzione è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria a condizione che: i creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino almeno il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria; i creditori nei cui confronti operi l'estensione subiscano un pregiudizio proporzionato e coerente con l'ipotesi di soluzione della crisi e ciò sia attestato da un professionista qualificato e indipendente, che attesti inoltre la veridicità di dati aziendali e la idoneità della convenzione di moratoria a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi.

Il procedimento si svolge, principalmente, in ambito privatistico. L'intervento del Tribunale, in condizioni di normalità, è limitato a un controllo di legalità; deve cioè accertare che sussistano le condizioni di legge e che quindi i creditori aderenti abbiano raggiunto le percentuali individuate dal legislatore e

che sussistano le condizioni perché i creditori non aderenti siano soddisfatti nei tempi dettati dallo stesso legislatore.

L'intervento del Tribunale è necessario soltanto quando la continuazione dell'attività di impresa richiede interventi straordinari quali nuovi finanziamenti o pagamento di debiti pregressi. Anche il c.d. "effetto trascinamento" ha lo scopo di favorire la prosecuzione dell'attività di impresa superando la volontà del singolo creditore.

In conclusione, un procedimento che, anche grazie ai più recenti provvedimenti legislativi, appare funzionale al tentativo di superamento della crisi ed alla prosecuzione dell'attività di impresa¹².

6. La procedura che occupa la posizione più rilevante nel tentativo di superare la crisi attraverso la prosecuzione dell'attività di impresa è forse costituita dal concordato preventivo con continuità dell'attività¹³.

La procedura riceve una più organica disciplina nel non ancora vigente Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Al contrario di quanto abbiamo fatto sino ad ora, considerando anche la grande importanza che tale procedura avrà nel prossimo futuro, prenderemo in esame la disciplina quale risulta dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza.

Anzitutto, l'art. 84, co. 1 del Codice mette in evidenza come il concordato preventivo, anche mediante continuità dell'attività, è volto a realizzare il soddisfacimento dei creditori. Fin dalle prime battute sembrerebbe dunque che la continuazione dell'attività non sia l'obiettivo primario, ma invece una modalità che consente il soddisfacimento dei creditori¹⁴.

¹² Cfr. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit., pp. 14 ss.; AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del cci, composizione negoziata e concordato semplificato*, cit., pp. 901 ss.

¹³ Come già altrove ho di recente osservato, il concordato preventivo in continuità, "sebbene sia lo strumento che meglio si adatta a preservare la continuazione dell'attività d'impresa, in concreto per potere realizzare la propria funzione dovrà affrontare numerose difficoltà, tra l'altro l'accertamento del *discrimen* tra imprese *viables* e non tali" (MAFFEI ALBERTI, *Prefazione* a AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, a cura di S. Ambrosini, cit., p. XV; e per qualche spunto *de jure condendo* v. GNUDI-MAFFEI ALBERTI, *Una procedura agevolata temporanea di concordato in continuità*, in *Il Sole 24 Ore* del 24 aprile 2020).

¹⁴ Sul tema v. tra gli altri ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, pp. 860 ss.; D'ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale nel nuovo codice della crisi e nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, 1, pp. 27 ss.; in precedenza, A. ROSSI, *Il migliore soddisfacimento dei creditori (quattro tesi)*, in *Fallimento*, 2017, pp. 637 ss.; AMBROSINI, *Concordato preventivo fra vecchio e nuovo: continuità normativa, interessi protetti e soddisfacimento dei creditori*, in questa Rivista, 5 agosto 2021, p. 11; ID, *Concordato preventivo: interessi protetti, soddisfacimento dei creditori e continuità aziendale tra vecchia e*

Opportunamente l'impresa è poi valutata in modo oggettivo e quindi si prevede che la prosecuzione dell'attività possa essere proseguita da un soggetto diverso dall'imprenditore originario, e ciò attraverso un'ampia gamma di possibilità. Resta fermo, peraltro, l'obbligo di mantenimento o riassunzione di un numero di lavoratori pari ad almeno la metà di quelli in forza nei due esercizi precedenti il deposito del ricorso e ciò per almeno un anno dall'omologazione del concordato. Sia nel caso di continuità diretta, sia nel caso di continuità indiretta l'attività di impresa dovrebbe essere volta ad assicurare l'equilibrio economico-finanziario nell'interesse "prioritario" dei creditori, oltre che dell'imprenditore.

I creditori devono essere soddisfatti, in misura prevalente, dal ricavato prodotto dalla continuazione dell'attività, ivi compresa la cessione del magazzino. Il legislatore precisa poi che la prevalenza deve essere considerata sempre sussistente quando i ricavi per i primi due anni di continuazione del piano derivino da un'attività di impresa alla quale siano addetti almeno la metà della media di quelli in forza nei due esercizi antecedenti il deposito del ricorso.

Un punto interessante è la presa di coscienza della già segnalata mancanza di unitarietà della categoria di creditori sotto il profilo dei loro interessi. Si precisa così che l'utilità, per alcuni creditori, può essere rappresentata dalla prosecuzione o rinnovazione dei rapporti contrattuali con l'imprenditore o il suo avente causa.

Quanto ai contenuti del piano il legislatore ha ampliato le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei creditori "attraverso qualsiasi forma" recependo quando era già stato previsto nell'amministrazione straordinaria, ricomprendendo espressamente l'attribuzione "ai creditori, nonché a società da questi controllate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, e altri strumenti finanziari e titoli di debito".

È inoltre prevista la figura dell'assuntore delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato con la precisazione che possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate.

Altra previsione riguarda l'eventuale suddivisione dei creditori in classi con trattamenti differenziati per creditori appartenenti a classi diverse.

È consentito un soddisfacimento non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato, in caso di liquidazione, di beni o diritti su cui sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte

nuova disciplina, in AA.VV., *Le soluzioni negoziate della crisi d'impresa*, a cura di S. Ambrosini, cit., p. 10.

delle spese generali, attestato da un professionista indipendente. La parte residua è trattata come credito chirografario.

La disposizione riguarda la disciplina generale del concordato, e quindi sembrerebbe applicabile anche al concordato in continuità, anche se, in questo caso, non essendo realizzabile (e nei limiti in cui non sia realizzabile) una liquidazione dei beni, l'astrazione richiesta al professionista sembra quanto mai ardua.

Al solo concordato in continuità è invece riservata la disciplina della moratoria che prevede, appunto, una moratoria di due anni dalla omologazione per il pagamento dei crediti muniti di pegno, privilegio o ipoteca, salvo che il piano preveda la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. Nel caso di moratoria i creditori privilegiati hanno diritto di voto per gli interessi, calcolati secondo un meccanismo non semplice.

Per quanto riguarda il piano di concordato, nel caso di continuità, il piano deve prevedere, oltre a quanto stabilito in linea generale per ogni concordato:

- a) il tempo necessario per il riequilibrio della situazione finanziaria;
- b) le ragioni per le quali la continuità è funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori;
- c) in caso di continuità diretta, un'analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura;
- d) il deposito della relazione di un professionista indipendente che, oltre all'attestazione della veridicità dei dati aziendali e della fattibilità del piano, deve attestare che la prosecuzione dell'attività di impresa è "funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori".

Non si prescrive nulla di particolare per il concordato in continuità, e quindi valgono le norme generali, sia con riferimento al trattamento dei crediti tributari e contributivi, sia con riferimento alla riduzione o perdita del capitale delle società.

L'art. 90 del Codice disciplina le proposte di concordato concorrenti. Il legislatore si limita a precisare che legittimati alla proposta concorrente sono i soggetti che rappresentino almeno il 10% dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata dall'imprenditore, che tale proposta non può essere presentata dal debitore, che non è consentita quando la relazione del professionista indipendente attesti che la proposta di concordato originaria assicuri il pagamento di una percentuale di almeno il 30% dei crediti chirografari. Nulla si dice, invece, per quanto attiene alla continuazione dell'attività di impresa da parte del nuovo proponente, né sugli impegni di mantenimento dell'occupazione, né sui tempi previsti per un ritorno alla normalità dell'attività svolta. Non si dice, in particolare, quale peso abbiano, ad

esempio, gli impegni riguardanti il numero dei lavoratori assunti, rispetto ad un aumento della percentuale di pagamento dei creditori chirografari.

Un discorso in parte analogo può essere ripetuto a proposito della disciplina delle offerte concorrenti. Quando il piano di concordato comprenda un'offerta irrevocabile da parte di un soggetto già individuato che abbia ad oggetto il trasferimento a suo favore, a titolo oneroso, dell'azienda o di suoi rami, il Tribunale dispone che l'offerta sia resa pubblica al fine di acquisire offerte concorrenti. Se pervengano manifestazioni di interesse, il Tribunale dispone con decreto l'apertura della procedura competitiva. Con lo stesso decreto il Tribunale stabilisce le modalità di presentazione delle offerte. Oltre ad altri dettagli, deve essere indicato "l'aumento minimo del corrispettivo che le offerte devono prevedere". Nulla si dice, anche in questo caso, né sulla continuazione dell'attività di impresa, né sui tempi di recupero dell'equilibrio economico-finanziario della stessa, né sull'occupazione dei lavoratori, né su quant'altro sia rilevante per la continuazione dell'attività di impresa.

Due parole, infine, sul concordato di gruppi di imprese sotto il profilo della continuità. L'art. 284 del Codice prevede che più imprese appartenenti al medesimo gruppo ed aventi ognuna il centro degli interessi principali nello Stato italiano, possono proporre con unico ricorso domanda di accesso al concordato preventivo o alla procedura di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti. La domanda deve contenere, tra l'altro, l'illustrazione delle ragioni per cui il piano unitario assicuri il miglior soddisfacimento dei creditori delle singole imprese. Il successivo articolo 285 precisa poi che il piano, anche quando preveda la liquidazione di alcune imprese e la continuazione delle attività di altre imprese del gruppo, costituisce concordato in continuità quando, ponendo a confronto i flussi complessivi derivanti dalla continuazione dell'attività con i flussi complessivi derivanti dalla liquidazione, risulti che i creditori delle imprese del gruppo sono soddisfatti, in misura prevalente, sul ricavato prodotto dalla continuità, diretta o indiretta, ivi compresa la cessione del magazzino.

In conclusione, una procedura che, pur ampliando notevolmente le modalità della continuazione anche indiretta, dell'attività di impresa e pur riconoscendo che l'interesse dei creditori può essere rappresentato anche dalla prosecuzione o rinnovazione di rapporti contrattuali e quindi essere rappresentato dalla continuazione dell'attività, sembra avere come punto principale il soddisfacimento dell'interesse dei creditori.

Ciò, d'altronde, e già lo si è ricordato, è fatto palese dall'art. 84, co. 1, secondo cui "con il concordato il debitore realizza il soddisfacimento dei creditori".

Se la visione prospettica della procedura di amministrazione straordinaria sembra troppo focalizzata sulla prosecuzione dell'attività, a scapito dei creditori anteriori, la disciplina del concordato in continuità sembra troppo focalizzata sulla tutela di questi ultimi¹⁵.

Non resta che augurarci che possa essere raggiunta una più efficace mediazione tra i contrapposti interessi, che oggi appaiono ancora troppo distanti.

¹⁵ Da una diversa prospettiva, invece, ARATO, *Il concordato con continuità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 859 e AMBROSINI, *Concordato preventivo: interessi protetti, soddisfacimento dei creditori e continuità aziendale tra vecchia e nuova disciplina*, cit., p. 4 mettono in luce la – a loro avviso – impropria contaminazione dell'istituto concordatario con profili caratteristici dell'amministrazione straordinaria.

**QUALCHE ULTERIORE CONSIDERAZIONE SUL D.L.
118/2021, E ORA SULLA LEGGE 21 OTTOBRE 2021, N. 147***

ALBERTO JORIO

Sommario. 1. Il presupposto oggettivo della composizione negoziata: un opportuno chiarimento. – 2. Le misure protettive: i poteri del giudice nella composizione negoziata. – 3. I poteri del giudice nel concordato liquidatorio semplificato. – 4. Conclusioni.

Abstract: il saggio intende fare chiarezza in merito all'introduzione – da parte del legislatore a norma del d.l. 118/2021, successivamente convertito nella legge 147/2021 – di nuovi strumenti di regolazione della crisi. In particolare, il presente lavoro affronta i temi del presupposto oggettivo e delle misure protettive nella composizione negoziata da un lato, e, dall'altro, delle prerogative del giudice nel concordato semplificato.

Parole chiave: strumenti di regolazione della crisi, composizione negoziata, presupposto oggettivo, misure protettive, concordato semplificato.

Abstract: the essay aims to shed light on the introduction – by the legislator according to the d.l. 118/2021, subsequently converted into the law 147/2021 – of new crisis management instruments. In particular, the present work faces the topics of the objective requirement and the protective measures on one side, and, on the other, the topic of the judge's prerogative in the simplified arrangements.

Keywords: crisis management instruments, negotiated settlement, objective requirement, protective measures, simplified arrangements.

*Il presente contributo è destinato a costituire l'introduzione a un volume sulla "miniriforma".

1. Il presupposto oggettivo della composizione negoziata: un opportuno chiarimento

Ho già avuto modo di esprimere il mio apprezzamento, con qualche marginale rilievo, sulle linee portanti del decreto 118/2021, confermate dalla legge di conversione¹. I contributi di approfondimento via via pubblicati nelle scorse settimane e soprattutto l'esposizione svolta da due tra i più autorevoli componenti della commissione Pagni² mi inducono a qualche ulteriore considerazione, con l'ovvia avvertenza che si tratterà di osservazioni svolte con un'ottica giuridica, l'unica che d'altronde mi compete, in un campo sempre più permeato da nozioni e prospettive aziendalistiche³.

Anzitutto una puntualizzazione sul presupposto oggettivo della composizione negoziata. Qui si possono constatare due cose: la prima, peraltro ormai ben nota ed enfatizzata dal Decreto 118, sta nel chiaro intento del novello legislatore di spingere l'imprenditore ad attivarsi sin dai primi accenni di squilibrio in un percorso di composizione e superamento delle difficoltà, percorso che passa attraverso l'assistenza degli *advisors*, non più (vivaddio!) lasciati fuori dalla porta e la presenza "attiva" dell'esperto⁴. Una prospettiva,

¹ JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, saggio dedicato agli studi in onore di Sabino Fortunato, e ora in *Diritto della crisi.it*, 1° ottobre 2021.

² PAGNI – FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Diritto della crisi.it*, 2 novembre 2021

³ Per valutazioni, al tempo stesso critiche, parzialmente consenzienti e comunque propositive, cfr. BASTIA, *Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata della crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 4 novembre 2021; sulle quali RANALLI, *Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte*, in *Diritto della crisi.it*, 26 novembre 2021.

⁴ "L'esperto della composizione negoziata non deve essere solo indipendente, anche intellettualmente, ma è chiamato ad operare con imparzialità e indipendenza (co. 2 dell'art. 4). Muovendo dal dettato della norma il protocollo delinea con efficacia al punto 8.2 il significato dell'operare con imparzialità: *l'esperto è terzo a tutte le parti, imprenditore compreso. Non lo assiste, né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare accordi. Coadiuvare le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna*. Estremamente chiare sono anche le parole della Relazione ministeriale: *egli non ha lo scopo e la funzione di sostituire l'imprenditore nel dialogo con i suoi creditori o con altre parti interessate ma serve a dare credibilità alla posizione dell'impresa ed a rassicurare i creditori e le altre parti interessate*. L'equidistanza rispetto alle parti è il presupposto necessario per assicurare *l'equilibrio tra i sacrifici richiesti alle singole parti, in modo quanto più possibile proporzionato al grado di esposizione al rischio di ciascuna di esse e alle utilità loro derivanti dalla continuazione aziendale dell'impresa* (punto 9.2 del protocollo)" (così RANALLI, *Il comportamento dell'imprenditore e il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, di prossima pubblicazione su *Il Fallimento*, 2021. E cfr. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Diritto della crisi.it*, 28 settembre

questa, che presuppone nell'imprenditore e nei suoi controllori costante attenzione agli assetti adeguati, immediata reazione all'accendersi di una qualsiasi luce rossa di pericolo, pronta determinazione ad incamminarsi sui binari tracciati dal decreto dirigenziale per risolvere problemi che per la più parte, stante proprio la tempestività dell'intervento, saranno destinati a trovare positiva soluzione, con indubbio vantaggio per la continuità aziendale e per le attese dei creditori⁵.

Se la mente va indietro di neppur molto tempo a quei lunghi anni nei quali di prevenzione non si voleva neanche sentir parlare ed ove, anzi, i timidi accenni a strumenti di *early warning*⁶ erano visti come fumo negli occhi sia dagli

2021, per analogie (e differenze) con il *mandataire ad hoc* francese. Il riferimento a questa figura del diritto francese mi era già apparso opportuno allorché cercavo di indicare il contenuto dell'intervento dell'OCRI: "A mio avviso" – scrivevo – "dovrebbero prevalere le caratteristiche del *mandataire ad hoc* e sarebbe stato preferibile prevedere che l'attività del collegio si arrestasse in ogni caso con la verifica dell'impossibilità di una soluzione stragiudiziale, lasciando alle parti, debitore e creditori, le determinazioni sulle successive iniziative ritenute opportune" (JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 427), soluzione, questa, opportunamente ripresa dal Decreto 118.

⁵ In altri termini, "Nel delineare 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 ricchezza"(così PAGNI – FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit, 17). Quindi la "probabilità di crisi" consiste in "una fase di indebolimento dell'azienda o pre-crisi, con avvisaglie emergenti lungo la catena del valore dell'impresa e con segnali anche non espressi da grandezze monetarie e da evidenze in bilancio, ma risalenti, nella concatenazione mezzo-fine, a disfunzioni gestionali organizzative interne e a criticità relazionali esterne significative (reclami, resi, perdite di clienti)": così BASTIA, *Prime considerazioni*, cit., con evidente sintonia, almeno sotto questo profilo, tra diritto e scienze aziendalistiche.

⁶ Mi si consenta di rinviare ad alcuni miei scritti sull'argomento: *Salvataggio o liquidazione delle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 451 ss., ripreso in *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in IUDICA – ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2000, *Introduzione; Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 492 ss. E v. anche JORIO, *Introduzione a Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna – Roma, 2006, I, 17 ss., nonché, più recentemente, *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in JORIO e SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. I°, Milano, 2014, 95 ss. Il trascorrere degli anni mi rende sentimentalmente ancor più caro il ricordo del primo tentativo di riforma delle procedure concorsuali del quale mi sono occupato, attento alle indicazioni provenienti dalle legislazioni statunitense e francese, e costruito, nell'ambito dei collaboratori della Rivista *Giurisprudenza commerciale*, dal compianto Edoardo Ricci, da Alberto Maffei Alberti e dal sottoscritto.

imprenditori sia dagli studiosi c'è veramente di che rallegrarsi, ma anche, per la verità, di restare un po' dubbiosi. Dicono bene Pagni e Fabiani: "Siamo peraltro consapevoli che, soprattutto nei primi tempi, l'imprenditore presenterà più frequentemente l'istanza di nomina dell'esperto quando verserà in una situazione di crisi assai prossima all'insolvenza". Quanto siano lunghi questi "primi tempi" non è dato sapere; dipende anche dal nuovo clima che a poco a poco riuscirà (se ci riuscirà) a crearsi attorno e all'interno delle imprese, influenzato anche da una nuova considerazione dei valori che si sia diffusa nella società tutta, ove i principi della serietà, imprenditoriale e non, prevalgano su quelli della furbizia e della disonestà, ove il rispetto delle leggi non sia più considerato un peso, e ove, per dirla con schiettezza, i comportamenti diffusi anche nel ceto imprenditoriale abbiano avvicinato il nostro paese a quelli delle nazioni più virtuose.

Ma veniamo alla seconda cosa: la composizione negoziata sarà possibile anche per l'imprenditore divenuto insolvente!

Il Decreto 118 e la legge di conversione 147/2021 hanno un atteggiamento ancora timido sul punto, quasi intimorito dal rischio di porsi in contrasto con i precetti della Direttiva dell'Unione. Ed è così che l'art. 2 del decreto 118/2021 menziona quale presupposto per la fruizione delle nuove disposizioni le "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che ne rendono probabile la crisi [quindi *twilight zone*] o l'insolvenza [quindi stato di crisi]". Ma l'art. 9 del Decreto 118, come opportunamente modificato dalla legge di conversione, avverte che "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". Una interpretazione restrittiva delle due disposizioni indurrebbe a ritenere che l'accesso alla composizione negoziata resti concesso soltanto all'imprenditore in crisi o in pre-crisi, e che l'insolvenza eventualmente manifestatasi nel corso del processo già avviato non valga a precludere la conclusione di detto processo. Ma sarebbe, questa, un'interpretazione errata, e giustamente rifiutata dagli interpreti⁷: lo stato di insolvenza non preclude né la prosecuzione né l'avvio

L'elaborato, che si può leggere in *Giur. comm.*, 2000, I, 5 ss., indicava i possibili contenuti di una legge delega di radicale riforma della legge fallimentare del '42, che sarebbero stati poi ripresi dalla riforma del 2005 – 2006, parzialmente rimasti nella riforma varata dalla commissione Rordorf e nei provvedimenti successivi, per poi costituire patrimonio consolidato di ogni moderna configurazione delle procedure concorsuali.

⁷ PAGNI – FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., 18: "La composizione negoziata, come chiarisce anche la modifica dell'art. 9 che menziona l'insolvenza reversibile, 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". E cfr. anche AMBROSINI, *La*

della composizione assistita, così come, a mio fermo avviso, non deve (o forse si potrebbe dire “non doveva”) precludere il ricorso alla procedura innanzi all’OCRI. Tutto sta nell’intendersi sulla corretta interpretazione del concetto di insolvenza reversibile: l’imprenditore è insolvente allorché non è in grado, con le proprie forze (comprehensive della capacità di ottenere credito in modo corretto), di far fronte alle obbligazioni correnti in modo puntuale e regolare. Se tuttavia sussistono fondate prospettive di un accordo con i creditori che valga a consentire il pagamento dei debiti nella misura ridotta e con i tempi concordati, l’insolvenza può ritenersi reversibile⁸.

Il recupero della continuità aziendale può essere uno degli obiettivi e, al tempo stesso, un mezzo per superare lo stato di insolvenza, ma l’uscita da una condizione di insolvenza potrebbe intervenire anche attraverso una liquidazione

legge n.147/2021 di conversione del D. L. N. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso, in Ristrutturazioni aziendali, 26 ottobre 2021: “Ne deriva che resta invariato il presupposto oggettivo della composizione negoziata, consistente – secondo l’opinione affacciata da subito sulle colonne di questa Rivista e successivamente anche altrove – nello stato di crisi, in quello di insolvenza reversibile o nella probabilità del loro imminente inverarsi. E l’opzione “conservativa” adottata in sede di conversione va accolta, ad avviso di chi scrive, con favore, in quanto risulta coerente con l’intenzione di dotare il nuovo istituto di uno spettro applicativo ampio”. Analogamente, per l’ammissibilità del ricorso al nuovo strumento anche in caso di insolvenza, GUIDOTTI, Presupposti “interni” ed “esterni” della composizione negoziata della crisi d’impresa ed avvio del procedimento, in Il nuovo diritto delle società, 2021, 1623.

⁸ “Come chiaramente traspare dalla Relazione illustrativa, non è uno stato di insolvenza a rendere impraticabile l’impiego della composizione negoziata ma la sua reversibilità nell’ottica del risanamento dell’impresa. Vi è però un momento in cui l’insolvenza assume carattere di irreversibilità ed è il momento in cui viene constatato che le risorse occorrenti per rendere sostenibile il debito, comprese quelle messe a disposizione dai creditori attraverso il riconoscimento di stralci o di conversione in equity, non possano conseguire un ritorno adeguato che tenga conto del costo del rischio che si assume colui che le mette a disposizione (il c.d. ‘premio per il rischio’): così RANALLI, *Il comportamento dell’imprenditore*, cit.

La diffusa convinzione che il concetto di insolvenza reversibile sia utilizzabile per definire il presupposto della procedura di amministrazione straordinaria è evidente frutto di un errore concettuale: non si può ritenere reversibile un’insolvenza che trovi la sua soluzione nella cessione dell’attivo a qualsiasi prezzo purché compatibile con la prospettiva del recupero della continuità aziendale per la parte del complesso produttivo ceduta e nella totale pretermissione delle attese dei creditori, impediti per di più dalla possibilità di esprimere in alcun modo la loro volontà. Sul tema v., per tutti, MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, 2013, *passim*. Giustamente avverte ancora Ranalli, *op. cit.*: “sono assai remote le probabilità che l’insolvenza sia reversibile, indipendentemente dalle scelte dei creditori, se si sia in presenza: (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”. Ma in tal caso, se l’imprenditore è una società, la delibera di scioglimento e di messa in liquidazione consentirà l’utilizzo del tempo necessario per la liquidazione del patrimonio, purché con tempi ragionevoli, per il pagamento integrale dei debiti”.

controllata o il trasferimento dell'azienda a terzi⁹. In altri termini: se è vero che la composizione negoziata è stata costruita essenzialmente per offrire un percorso agile verso il superamento degli squilibri, gravi o meno gravi, nei quali è caduta l'impresa, non è men vero che l'accordo possa comportare l'adozione di un piano condiviso per la liquidazione del patrimonio aziendale, con l'ovvio abbandono della continuità aziendale.

2. Le misure protettive: i poteri giudiziali nella composizione negoziata.

L'accesso alla composizione negoziata dipende esclusivamente dalla determinazione dell'imprenditore. È comprensibile che sia così, una volta preso atto che il sistema dell'allerta è impostato sull'attribuzione della particolare attenzione alla *twilight zone*, ma non si può tacere che se il Decreto 118 dovesse restare l'unica disciplina dell'allerta si creerebbe un punto di debolezza per le opportunità di una efficace attivazione della prevenzione, con una sorta di pericolosa eterogenesi dei fini: la volontà del legislatore di favorire la prevenzione costruendo uno strumento affidato all'esclusiva iniziativa dell'imprenditore rischierebbe di mantenere i cancelli aperti a comportamenti non virtuosi, non più contrastati né dall'allerta esterna all'impresa né dall'autonoma iniziativa dei controllori interni. La funzione di monitoraggio e di stimolo dei controllori, sindaci e revisore, verso l'imprenditore per attivarsi tempestivamente resterà essenziale, ma a mio avviso non sufficiente. Qui sta, e non posso che ripetermi, una criticità di questo nuovo percorso agevolato, stemperata in modo, a mio avviso, insufficiente dalle misure premiali previste dal secondo comma dell'art. 15 del Decreto 118 a favore dei controllori dell'impresa che abbiano segnalato ai gestori la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'art. 2. Non è poi dato sapere quale sarà il risultato, nel 2024, di un eventuale assemblaggio dei due percorsi: quello del CCII e quello del Decreto 118, salvo assumere sin d'ora che, seppure non ammesso esplicitamente, la regolazione dell'allerta attraverso l'OCRI debba considerarsi ormai definitivamente, e senza rimpianti, eliminata¹⁰.

⁹ Mi sia consentito di rinviare alle osservazioni svolte in *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. fall.*, 2019, 290.

¹⁰ Per AMBROSINI, *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del 2021*, novembre 2021, in *Dirittobancario.it*, 11 novembre 2021, "sembra arduo immaginare che l'introduzione della composizione negoziata sia compatibile con il mantenimento dello status quo normativo in tema di misure di allerta anche alla luce delle criticità che tale istituto presenta in relazione al controllo giudiziario. Tuttavia, la definitiva archiviazione di queste ultime potrebbe forse risultare di dubbia opportunità, anche se parrebbe necessaria, in prospettiva, una loro profonda "riconfigurazione", a partire dal presupposto stesso dell'istituto: non più, in ipotesi, strumento per far emergere tempestivamente lo stato di crisi (obiettivo, questo, affidato nel nuovo assetto a strumenti più

Prendiamo comunque atto che almeno nel prossimo futuro, e sino al 2024, l'iniziativa sarà esclusivamente nelle mani dell'imprenditore, e vediamo quali ne siano le conseguenze.

Emerge immediatamente – ed è un bene - una differenza notevole rispetto al percorso tracciato dal CCII: l'imprenditore deve esporre subito, con l'inserimento della domanda sulla piattaforma, una serie cospicua di dati riguardanti lo stato dell'impresa e il presumibile fondamento delle prospettive raggiungibili, che indicano un atteggiamento proattivo dell'imprenditore verso la positiva conclusione della strada iniziata, favorito dall'assistenza dei suoi professionisti. Un atteggiamento e un impegno assai meno delineati dal CCII nell'approccio all'OCRI.

Ipotizziamo di essere nella *twilight zone*: in questa fase di crisi incipiente è presumibile che l'impresa non abbia necessità delle misure protettive, la cui pubblicità potrebbe anzi determinare effetti addirittura controproducenti per l'impresa. Ma anche, ed anzi ancor maggiormente, nell'ipotesi in cui l'iniziativa per l'accesso alla composizione negoziata avvenga in situazioni di crisi o addirittura di insolvenza reversibile ed ove, quindi, il processo di composizione debba avvenire sotto l'ombrello protettivo del giudice, chiamato a confermare o a modificare l'*automatic stay*¹¹, il Decreto 118 prescrive che l'imprenditore esponga nel ricorso al giudice, tra gli altri documenti, una approfondita e convincente rappresentazione della propria situazione patrimoniale e finanziaria, un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare, oltre ad una dichiarazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata. Ricorso e documentazione devono essere depositati per la pubblicazione nel registro delle imprese entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive, in un tempo, quindi, che

soft), bensì per impedire l'aggravamento della condizione di conclamata insolvenza dell'impresa”.

¹¹ Sulla funzione delle misure protettive non si può che condividere quanto illustrato da PAGNI e FABIANI, *La transizione del codice della crisi*, cit., 10: “La protezione del patrimonio [...] 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”.

dovrà aver già consentito all'esperto che si sia attivato velocemente di valutare la situazione e di essere in grado di apportare il suo contributo costruttivo. Tutto ciò sta a significare che l'imprenditore, adeguatamente assistito dai suoi *advisors*, deve presentarsi al giudice con un bagaglio di approfondimento sulle prospettive di superamento delle difficoltà ben delineato, e in gran parte già costruito al momento dell'istanza di nomina dell'esperto qualora necessiti che l'ombrello protettivo, apertosi immediatamente, continui a proteggerlo.

Ma significa anche che il giudice non vede affatto diminuiti i propri poteri di indagine e di valutazione della serietà della richiesta, e quindi del fondamento delle prospettive di superamento delle difficoltà dell'impresa, si tratti vuoi di crisi vuoi di insolvenza reversibile. Poteri che possono essere esercitati anche, ove occorra, con la nomina di un ausiliario e che consentono al tribunale in ogni momento, seppure non di ufficio, di revocare le misure protettive o di abbreviarne la durata quando le stesse non soddisfino, o non soddisfino più, l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori. E se si riflette sul fatto che, almeno nei prossimi anni a venire, le misure protettive saranno destinate a costituire una componente indispensabile della gran parte dei procedimenti di composizione negoziata, richiesti dall'imprenditore già in piena crisi o addirittura in stato di insolvenza ancorché ritenuta reversibile, si arguisce facilmente il peso determinante della decisione del tribunale. E qui merita ribadirlo: l'arma delle misure protettive (più rilevante di quella riguardante le misure cautelari¹²) non deve affatto trasformarsi in un'arma ...spuntata. Le *chances* di successo delle composizioni negoziate sono rimesse nell'uso adeguato di uno strumento del quale i giudici potranno e dovranno fare buon uso. Ma è impressionante l'intensità del potere rimesso nelle mani del giudice se si pensa alla previsione che il solo astenersi, da parte del tribunale, dalla fissazione dell'udienza di cui al terzo comma dell'art. 7 comporti la caducazione delle misure protettive. Ed ugualmente dicasi con riferimento alle autorizzazioni previste dall'art. 10: il tribunale verifica la funzionalità degli atti per i quali è richiesta l'autorizzazione "rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori": una verifica che presuppone la piena conoscenza delle condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie dell'impresa.

Un'ulteriore occasione nella quale il potere di intervento giudiziale si rivela determinante al fine di ricondurre a più comprensibili dimensioni l'autonomia dell'imprenditore nella gestione ordinaria e straordinaria ricorre allorché venga segnalato dall'esperto al tribunale il compimento da parte dell'imprenditore di

¹² Sulle quali v. GUERRERA, *Le misure cautelari in fase di accesso della società alle procedure di crisi o d'insolvenza: profili critici di diritto societario e processuale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2021, I, 251 ss.

un atto recante pregiudizio ai creditori e sul quale l'esperto abbia manifestato il proprio dissenso: in tal caso il tribunale, rimasto eventualmente estraneo alla vita dell'impresa sin dal momento nel quale si è pronunciato sulle misure protettive (e cautelari), può intervenire a togliere, o a limitare l'ombrello protettivo, provocando le intuibili conseguenze presso almeno una parte del ceto creditorio, sufficiente quanto meno a distendere uno spesso velo di incertezza sulle sorti dell'intera composizione negoziata, se non addirittura a comprometterne la continuazione a causa delle iniziative autonome dei creditori estranei alla trattativa.

Insomma: le premesse per la partecipazione del giudice, assunta come determinante negli snodi centrali del procedimento, ci sono tutte. Si tratterà di vedere come l'importante funzione verrà interpretata e applicata "sul campo"! E qui si annida un forte rischio: che i giudici, o almeno una parte consistente e con motivazioni diverse, riguardanti vuoi un presunto declassamento vuoi un presunto prevalere degli aspetti aziendalistici, rinuncino a svolgere appieno il loro ruolo e interpretino la conferma delle misure protettive come una sorta di atto dovuto, indispensabile per consentire lo sviluppo della trattativa avviata tra debitore e creditori, con la riserva di valutare al termine le considerazioni dell'esperto, da essi non nominato. Si riprodurrebbe, in sostanza, lo schema vigente per il concordato preventivo. Questo rischio potrebbe essere attutito con la specializzazione dei giudici, obiettivo, peraltro, sempre auspicato e purtroppo mai raggiunto.

Qualche perplessità dovrebbe invece suscitare l'eventualità, ritenuta peraltro pacificamente possibile¹³, che nonostante l'*iter* avviato per la composizione negoziata ed in ogni momento possa iniziare e possa svolgersi sino alle soglie della pronuncia giudiziale il procedimento per la dichiarazione di fallimento (o di liquidazione giudiziale). È questo, come è noto, un tema che si è posto anche in relazione alla procedura innanzi all'OCRI, con una risposta che, seppur ancor più comprensibile in ragione della struttura volontaria e stragiudiziale della composizione negoziata, è destinata a creare non poco inconveniente nella svolgimento di una buona parte delle procedure negoziate, quelle, appunto, destinate a svolgersi in presenza di grave crisi o di insolvenza. A mio avviso sarebbe stato opportuno proteggere maggiormente il percorso negoziale dalle

¹³ Ed anzi, avvertono PAGNI e FABIANI, *op. cit.*, 10, "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".

influenze negative di un procedimento giudiziale di tale portata, destinato a svolgersi addirittura davanti allo stesso giudice¹⁴.

I momenti nei quali emerge la rilevanza dell'intervento giudiziale sono poi descritti dall'art. 10 del Decreto 118: l'autorizzazione del tribunale è necessaria affinché l'imprenditore, che pur è legittimato agli atti di straordinario amministrazione, possa contrarre finanziamenti prededucibili, anche da parte dei soci, possa trasferire l'azienda senza gli effetti di cui all'art. 2560, 2° comma, cod. civ.¹⁵, ed ancor più emerge la sua funzione proattiva per il buon esito della composizione negoziata nell'equa rideterminazione delle condizioni dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ove la prestazione sia divenuta (per l'imprenditore in crisi) eccessivamente onerosa per effetto della pandemia¹⁶.

¹⁴ L'art. 22, c. 2°, del CCII dispone(va) che "Il pubblico ministero, quando ritiene fondata la notizia dell'insolvenza, esercita tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, l'iniziativa di cui all'art. 38, comma 1". Questa seconda disposizione a sua volta dispone(va) che "Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza". Nel mio *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, cit. 421, scrivevo: "È ben vero che, in presenza dell'insolvenza, il pubblico ministero potrebbe promuovere la richiesta di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, contrastabile allo stato e anche secondo il futuro Codice della crisi e dell'insolvenza, dalla richiesta di accesso ad una soluzione di accordo omologato (concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti), ma nulla impedirebbe di prevedere che l'iniziativa del PM sia preclusa anche dal positivo avvio di una soluzione stragiudiziale". Ora l'art. 6, comma 4, del Decreto 118 dispone che "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". Se ne desume che "la composizione negoziata della crisi è protetta anche dalle istanze di fallimento" (così DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel D.L.118/2021*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 17 novembre 2021). Il che è solo parzialmente vero, perché se finalmente si riconosce allo svolgimento del procedimento di composizione negoziata valenza preclusiva di una dichiarazione di fallimento, non viene esclusa la procedibilità dell'istruttoria per la dichiarazione di fallimento, con i rischi di interferenze sopra paventati.

¹⁵ Sull'inserimento introdotto nell'art. 10, c.1, lett. d) del decreto 118/2021 dalla legge di conversione, che consente al tribunale di "*dettare le misure opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate* [ulteriori, quindi rispetto a quella dei creditori] *al fine di tutelare gli interessi coinvolti*", e sulla considerazione che questo allargamento di prospettiva riguardi non soltanto il migliore interesse dei creditori, realizzabile attraverso percorsi competitivi, ma anche le attese dei soggetti coinvolti dalla crisi dell'impresa, e in particolare quelle dei lavoratori, in sintonia con le sollecitazioni della Direttiva *Insolvency*, v. ora D'ATTORRE, *Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata*, in *Diritto della crisi.it*, 5 novembre 2021, 9 ss.

¹⁶ E quindi, "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 è evidentemente un osservatore, cui spettino compiti di monitoraggio e vigilanza. Gli sono

3. I poteri del giudice nel concordato liquidatorio semplificato

L'art. 18 del Decreto 118, parzialmente riformato dalla legge di conversione¹⁷, condiziona l'accesso al concordato semplificato al rilascio di una dichiarazione, da parte dell'esperto, che le trattative si siano svolte con correttezza e buona fede. Ciò significa che a) il concordato liquidatorio semplificato è disponibile esclusivamente da parte dell'imprenditore che abbia iniziato e percorso virtuosamente la via segnata dal procedimento di composizione negoziata; b) l'esperto abbia valutato inizialmente l'esistenza di una crisi più o meno grave, avente possibilità di essere superata con un accordo tra debitore e creditori, c) l'accordo non sia stato raggiunto a causa di divergenze non superate tra le posizioni dell'imprenditore e quelle dei creditori¹⁸; d) la soluzione concordataria non sia deteriore per i creditori rispetto a quella della liquidazione fallimentare. Quindi, presumibilmente, il concordato semplificato è destinato a costituire la soluzione residuale, per l'imprenditore insolvente, rispetto alle altre soluzioni previste dalla legge fallimentare e dal CCII: il trasferimento dell'azienda a terzi è consentito dall'art.13 anche in presenza di un'offerta ai creditori che non rispetti le condizioni minime del concordato liquidatorio previste dalla legge fallimentare e dal CCII; le attese dei creditori sono tenute in conto nella misura in cui non si intravedano sul mercato soluzioni migliori; la procedura liquidatoria coinvolge tutto il patrimonio del debitore e si presuppone che avvenga in termini più rapidi e semplici di quelli previsti da un fallimento; il comportamento del debitore non deve aver dato luogo all'applicazione dell'art. 173 l. fall.¹⁹

invece attribuiti specifici poteri di garanzia, che senza incidere direttamente sulla composizione negoziata, consentono e impediscono di fatto che possano essere utilmente compiuti gli atti chiave: l'accesso ai finanziamenti per i quali la prededuzione è vitale, la cessione di azienda, la rinegoziazione dei contratti pendenti" (PANZANI, *Il ruolo del giudice nella fase negoziata della crisi*, in *La crisi d'impresa*, a cura di M. POLLIO, in *Italia Oggi, Guida giuridica*, 25 ottobre 2021, 129).

¹⁷ Sulle modifiche apportate dalla legge di conversione al Decreto 118 sul concordato semplificato cfr. AMBROSINI, *La legge n.147/2021 di conversione del D. L. N. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, cit.; BOZZA, *Le modifiche apportate dalla legge di conversione del d.l.n.118/2021 al concordato semplificato*, in *Diritto della crisi.it*, 4 novembre 2021, ove notazioni critiche su dette novità (superfluità della lett. b dell'art. 11, comma 3; estraneità delle aggiunte introdotte nell'art. 19), ma anche con alcuni apprezzamenti (sui commi primo, terzo e quarto dell'art.18).

¹⁸ E non perché l'esperto avesse rilevato, ad un certo punto, l'insussistenza delle condizioni minime, perché in tal caso si sarebbe dovuta escludere la sussistenza della correttezza e della buona fede nella rappresentazione delle condizioni reali dell'impresa da parte dell'imprenditore.

¹⁹ È facile pronosticare – almeno nella stragrande maggioranza dei casi – una proposta che prospetti quale sarà la percentuale di soddisfacimento dei creditori e la relativa tempistica, atteso che l'art. 186 l.fall. – espressamente applicabile anche al semplificato – stabilisce ancora oggi che il concordato può essere risolto per inadempimento di non scarsa importanza: e allora,

Qui emerge di nuovo l'ampio potere del Tribunale²⁰, il quale dovrà anzitutto valutare, fruendo eventualmente anche di indagine affidata all'ausiliario, se effettivamente le trattative in sede di composizione negoziata siano state condotte con correttezza e buona fede, non essendo condivisibile un'interpretazione riduttiva dell'art. 18 che limiti la funzione giudiziale al mero recepimento della dichiarazione dell'esperto sul corretto svolgimento delle trattative. E si appalesano con tutta evidenza sia la distinzione di "poteri" tra ceto creditorio e autorità giudiziaria sia la funzione tipica di questo particolare concordato. Sul primo aspetto, l'assenza del voto per i creditori e la sola possibilità di proporre opposizione all'omologazione certificano la posizione subalterna del ceto creditorio. Sul secondo aspetto, risulta chiaro che la soluzione concordataria è tenuta in conto ed ammessa dal giudice nella misura in cui si prospetti meno costosa e più rapida della liquidazione fallimentare, e sempre che l'imprenditore, dopo aver effettuato con modalità "virtuose" il percorso della composizione negoziata, rispetti le condizioni essenziali della soluzione concordataria (trattamento dei creditori privilegiati, soddisfacimento, ancorché minimo, dei creditori chirografari, assenza di comportamenti idonei all'applicazione dell'art. 173 l.f.) . Il che spiega anche l'assenza, in questo concordato, dell'attestazione del professionista indipendente, resa superflua dalla relazione del perito, dall'indagine dell'ausiliario e dalla valutazione del giudice. Ove manchino le condizioni minime per l'accesso al concordato liquidatorio semplificato non resterebbe, per l'imprenditore insolvente, che il tentativo di accesso ad una procedura normale di concordato, ma si tratta di un'ipotesi pressoché teorica. E' quindi pienamente condivisibile l'affermazione che "il d.l. n. 118 del 2021, nel momento in cui ha segnato una fortissima riduzione del ruolo del ceto creditorio – privato del potere di voto e costretto a

bisogna convenire che perché una proposta si possa definire tale, ci vuole un'offerta, che indichi tempi e modalità di adempimento al ceto creditorio, ovviamente senza necessità che si tratti di denaro sonante, essendo possibile offrire qualsiasi "utilità" (FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Diritto della crisi.it*, 11 novembre 2021, 7, per il quale "Il pendolo della percentuale di soddisfacimento dei chirografari nell'anno 2021 è quindi sottoposto ad una nuova oscillazione: si è partiti nel 42' con la percentuale del 40%, per azzerare qualsiasi soglia nel 2005 con il d.l. n. 35 del 2005 e, poi, con il d.l. n. 83 del 2015 elevare la soglia al 20%, per tutti i concordati che non fossero in continuità aziendale; infine, dopo il tentativo – per ora rimasto sulla carta – del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di imporre al debitore non solo il pagamento del 20% dei chirografari, ma anche di apportare risorse aggiuntive nella misura del 10% [16], ecco che oggi assistiamo di nuovo alla cancellazione di qualsivoglia soglia legale minima di gratificazione per i creditori").

²⁰ Sull'incremento di tali poteri cfr., all'indomani del decreto-legge, AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 settembre 2021, il quale parla di "un rafforzamento delle prerogative giudiziali: il che pare giustificato dalle esigenze di celerità e semplificazione dichiaratamente perseguite dal legislatore".

subire offerte di soddisfacimento senza alcuna soglia minima – ha consegnato al tribunale un potere “di vita o di morte” su qualunque proposta di concordato, spettando in definitiva all’organo giurisdizionale il compito di sostituirsi ai creditori nella valutazione di convenienza – *rectius* mancanza di pregiudizio – della procedura concordataria rispetto al fallimento”²¹. Il tutto con una finalità ben precisa: liberare dalle dispendiose perdite di ulteriore tempo la liquidazione dei beni e la distribuzione ai creditori delle spoglie di una vicenda imprenditoriale meritevole di scomparire: l’assenza del giudizio di ammissione, del voto dei creditori, della formazione del passivo, consentono di ridurre i tempi della liquidazione e di evitare, nel contempo, che l’assenza di una soluzione concordata conduca necessariamente al fallimento il debitore che non abbia violato le leggi²².

4. Conclusioni

Composizione negoziata e concordato liquidatorio semplificato costituiscono due momenti della vicenda imprenditoriale che hanno un’intima correlazione. Se si esce dall’illusione (e qui accetto di buon grado l’accusa di inveterato pessimista!) che “al minimo stormir di fronde”, e cioè alle prime manifestazioni di disagio, quindi nella cosiddetta *twilight zone*, l’imprenditore esca allo scoperto, denunciando le proprie difficoltà e chieda di sottoporsi all’“aiuto” di un esperto, correndo così il rischio di appalesare le proprie debolezze ai creditori e soprattutto alla clientela, ma se si parte dalla premessa che più probabilmente a questo passo egli si determinerà, almeno in un primo tempo, non si sa quanto lungo, in una situazione di pre- insolvenza o addirittura di insolvenza (e cioè, lo ripeto, in una situazione nella quale egli non è più in grado di rispettare le scadenze delle proprie obbligazioni e necessita di una trattativa con i creditori che gli consenta di procedere all’ancor possibile ristrutturazione aziendale e a far fronte a un passivo “alleggerito” in ammontari e tempi di adempimento sostenibili), e se si assume che il nostro imprenditore, non avendo

²¹ FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit, 14, per il quale “Assistiamo quindi ad un curioso ritorno alla legge del ’42, dove era il giudice che decideva se omologare o meno il concordato, valutando letteralmente – ai sensi del soppresso art. 181, n. 1), l.fall. – «la convenienza economica del concordato per i creditori», apparendo arduo tracciare la differenza tra le due ridette formule legislative, visto che in entrambe l’organo giurisdizionale è chiamato a valutare, in sostanza, se i creditori siano stati trattati in seno alla proposta in modo deteriore rispetto all’alternativa fallimentare”.

²² “Ne esce ribaltato il paradigma che ha informato il CCII, secondo il quale , in assenza di consenso a una soluzione negoziale della crisi, l’unica alternativa sarebbe stata costituita dalla liquidazione giudiziale dei suoi beni, ossia dal fallimento, così rinominato in ossequio all’imperante moda del *politically correct* e del *cancel culture*” (così LA CROCE, *Dalla negoziazione assistita al concordato semplificato*, in *La crisi d’impresa*, cit., 262).

commesso atti in frode o revocabili, percorra con diligenza la strada segnata dalla composizione negoziata, le soluzioni possibili saranno due sole: un accordo con i creditori, destinato a tradursi in diverse modalità esecutive, oppure un concordato liquidatorio. Il debitore “onesto ma sfortunato”, per richiamare una formula recepita anche dalla Direttiva *Insolvency*, eviterà così il fallimento o la liquidazione giudiziale, con vantaggio per tutti gli interessi coinvolti. Qui sta la positività delle soluzioni indicate dal Decreto 118.

In questo contesto, quale ruolo è riservato al giudice? Un ruolo, a me sembra, estremamente importante. Come è stato ben detto, egli non dirige, ma è presente nei momenti topici del percorso: detiene, con le misure protettive e cautelari, con le autorizzazioni e il potere di riequilibrio tra le prestazioni contrattuali, le chiavi per la fattibilità della composizione concordata; decide sulla convenienza del concordato liquidatorio per i creditori; stabilisce, con l'art.173 l.fall., se l'imprenditore sia meritevole di evitare il fallimento, verifica che la proposta non sia deteriore rispetto all'alternativa fallimentare, accerta che essa comporti una qualche utilità per ogni creditore. Di più e di meglio non si sarebbe potuto ragionevolmente pensare. Mi viene in mente l'uovo di Colombo!

Resta indubbiamente la compressione dei diritti dei creditori, e ci si chiede quale sia *“il motivo per cui è stata prevista - alla fine del percorso non riuscito della composizione negoziata, quando il debitore può accedere alle varie forme di procedure di regolamentazione della crisi offerte dal nostro ordinamento - 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”*²³. La risposta a questo interrogativo, offerta dalla

²³ BOZZA, *Le modifiche*, cit., 14. Lo stesso A. si esprime in termini critici in *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n.118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, ivi, 9 novembre 2021: “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”. Ma il fatto è che in seno alla commissione Pagni, autrice del testo recepito dal Decreto 118, è prevalsa una sorta di scommessa sul successo della composizione concordata, condotta con equità alla presenza e con il contributo fattivo ma imparziale dell'esperto e con il riconoscimento di ampi poteri all'autorità giudiziaria nel passaggio cruciale: la concessione

Relazione, è “che si è voluto offrire uno strumento agile e snello per definire la situazione di crisi ormai già trattata e nota ai creditori”, ma non convince, e giustamente, il nostro Autore. In realtà la risposta, non detta, dovrebbe a mio avviso essere la seguente: il lavoro di profonda revisione del CCII non è terminato; sotto esame sarà prossimamente proprio il concordato preventivo uscito dal Codice della crisi e dell’insolvenza con una fisionomia talmente dirigista da risultare impraticabile, sia nella sua formulazione di concordato liquidatorio sia in quella di concordato in continuità²⁴. Il pendolo della ragionevole sistemazione dei rapporti tra debitore, creditori e autorità giudiziaria è ancora in movimento²⁵. Sarà molto interessante constatare dove, e se, si fermerà.

delle misure protettive. Il tutto secondo un nuovo schema dei ruoli attribuiti “in commedia”, che presuppone a sua volta serietà e trasparenza: ciò che non è affatto scontato e che andrà verificato “sul campo”.

²⁴ Per alcune considerazioni sul tema mi sia consentito rinviare a JORIO, *Note finali con qualche riflessione personale*, in *La riforma delle procedure concorsuali, Atti del convegno. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di Alberto Jorio e Roberto Rosapepe, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2020, 391 ss.

²⁵ E v. infatti AMBROSINI, *Autonomia privata ed eterotutela dei creditori nelle soluzioni negoziate della crisi: il pendolo riprende a oscillare*, in *Le crisi d’impresa e del consumatore. Liber amicorum per Alberto Jorio*, a cura di Stefano Ambrosini, Bologna, 2021, 20 ss.

APPUNTI SU MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NEL D.L. 118/2021

ANTONIO DIDONE

Abstract: accedere alla composizione negoziata, recentemente introdotta e disciplinata dal D.L. n. 118/2021, permette all'imprenditore di domandare l'applicazione di misure protettive del patrimonio ovvero la concessione di provvedimenti cautelari. Il presente contributo ripercorre i tratti salienti della disciplina delle misure protettive e cautelari, gettando luce sulle criticità che le caratterizzano.

Parole chiave: composizione negoziata, legge n. 147/2021, misure protettive, misure cautelari.

Abstract: deciding to access to the negotiated settlement, recently introduced and regulated by the D.L. n. 118/2021, allows the entrepreneur to request the application of asset protective measures or to grant a precautionary measure. The contribution retraces the main features of the protective and precautionary measures discipline, shedding light on the critical points that characterize them.

Keywords: negotiated settlement, law n. 147/2021, protective measures, precautionary measures.

Le misure protettive

1.- È risaputo che, dopo l'ulteriore rinvio al 16 maggio 2022 dell'entrata in vigore del Codice della crisi disposto dall'art. 1 del d.l. n. 118/2021, convertito in legge 21 ottobre 2021 n. 147, il principale intervento del Legislatore d'urgenza è costituito dall'introduzione dell'istituto della "composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa" (artt. 2-17 d.l. 118/2021) con l'esito finale del concordato liquidatorio semplificato (artt. 18-19), mentre il

resto del provvedimento normativo si limita ad anticipare disposizioni contenute nel CCII (contenute negli articoli 58, 59, 60, 61, 62)¹.

Chi scrive, nel pieno della Pandemia da Covid, è stato fra i primi a rilevare che “il codice della crisi contiene un istituto (composizione assistita della crisi) che, depurato dell’allerta c.d. “esterna”, potrebbe veramente rivelarsi un “toccasana” nella situazione economica emergenziale prevedibile per i prossimi mesi”².

Con il decreto legge in questione – espunta l’allerta esterna e limitata l’operatività dell’allerta interna, a seguito delle modifiche introdotte dalla legge di conversione in tema di nomina degli organi di controllo nelle s.r.l. e nelle società cooperative – è stato introdotto un istituto (per adesso è conveniente adottare questa definizione neutra) molto simile alla composizione assistita della crisi disciplinata dal CCII ma caratterizzato dalla tendenza ad eliminare qualsiasi intervento dell’Autorità giudiziaria se non quando indispensabile. Precisamente: a. negli incidenti relativi alla conferma delle misure protettive o pronuncia di provvedimenti cautelari; b. quando si tratta di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, o di esentare il cessionario, in caso di cessione di azienda, dai debiti pregressi contratti dal cedente, in deroga all’art. 2560 c.c.; c. qualora sia necessario rideterminare il contenuto di clausole negoziali di un contratto ad esecuzione periodica o differita, qualora le prestazioni siano divenute eccessivamente onerose a causa della pandemia Covid-19 e le parti non siano state in grado, in sede di trattativa, di rinegoziare il contratto.

Si è rilevato che «un’autorità giudiziaria non invasiva, perché addirittura messa da canto, è in linea con l’impronta liberista dell’universo delle nostre imprese, che mal sopporterebbero di sentire aleggiare la presenza statale nella

¹ Fra i primi commenti su questa Rivista cfr. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, 9 agosto 2021; AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, 23 agosto 2021; GUIDOTTI, *La crisi d’impresa nell’era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, 8 settembre 2021, cui adde, ex aliis, PANZANI, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021; JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, ivi, 1 ottobre 2021 e, da ultimo, PAGNI-FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, ivi, 2 novembre 2021.

² Cfr. DIDONE, *Intervista a Ex Parte Creditoris del 12 maggio 2020 nonché Id., La conversione in legge del decreto “liquidità” e le modifiche alla legge fallimentare*, in *Rivista di diritto bancario*, Editoriale, giugno 2020.

quotidianità di aziende che cercano di ritrovare faticosamente un nuovo equilibrio»³.

A tali rilievi, peraltro, si è replicato che «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 giudiziale 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»⁴.

Stando all'**analisi di impatto della regolamentazione** (AIR) relativa al CAPO I del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, (trasmessa al Senato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri in data 8 settembre 2021), si tratterebbe di «uno strumento del tutto innovativo volto ad incentivare la precoce emersione di situazioni di squilibrio e la loro gestione in vista del risanamento dell'impresa. Si tratta, in particolare, di un **percorso** negoziale e stragiudiziale atto ad agevolare le trattative con i creditori e con i soggetti interessati dal procedimento di ristrutturazione».

L'art. 6 disciplina le misure protettive disponendo che 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.

L'istanza di applicazione delle misure protettive 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, mentre non sono inibiti i pagamenti.

Le misure protettive non riguardano i diritti di credito dei lavoratori.

Viene spontaneo il raffronto con l'art. 168 l. fall., il quale disciplina le misure protettive conseguenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, effetti che perdurano fino al momento in cui il decreto di omologazione del

³ LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema di DL recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in *www.dirittodellacrisi*, 6. Conf.: S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, cit., 19.

⁴ FABIANI-PAGNI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., 5.

concordato preventivo diventa definitivo e consistenti nel divieto per i creditori per titolo o causa anteriore, sotto pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore e non anche *sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa*, dunque anche di proprietà di terzi, come previsto dal d.l. 118. Inoltre, le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese e le decadenze non si verificano. Questa previsione manca del d.l. 118.

Nel concordato preventivo, infine, i creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'art. 167 l. fall. e 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.

Le misure protettive del d.l. 118 non prevedono tale ultima inefficacia mentre per i diritti di prelazione l'accordo con l'imprenditore sostituisce l'autorizzazione del tribunale.

Per converso, la composizione negoziata della crisi è protetta anche dalle istanze di fallimento perché dal giorno della pubblicazione dell'istanza di misure protettive 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 (v. infra § 4).

La norma di chiusura contenuta nell'art. 6 prevede che 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 rispetto alla pubblicazione dell'istanza di misure protettive.

L'art. 20 del Codice della crisi prevede, invece, che il debitore che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi possa chiedere al giudice (alla sezione specializzata in materia di imprese) la pronuncia delle necessarie misure protettive.

Tra le misure protettive che nel vigore del Codice andrebbero concesse dal giudice ve n'è una che ha provocato rilievi critici in dottrina ed è quella disciplinata dall'art. 8 del d.l. 118 rubricato «Sospensione di obblighi e di cause di scioglimento di cui agli articoli 2446, 2447, 2482 -bis , 2482 -ter , 2484 e 2545 -duodecies del codice civile».

Essa discende dalla mera volontà dell'imprenditore.

Invero, con l'istanza di nomina dell'esperto, o con dichiarazione successivamente presentata con le modalità di cui all'articolo 5, comma 1, l'imprenditore può *dichiarare* che, 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 (*provvedimenti da adottare in caso di riduzione del capitale per perdite e di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale*) e non si verifica la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile. A tal fine, l'istanza o la dichiarazione sono pubblicate nel registro delle imprese e gli effetti decorrono dalla pubblicazione.

Secondo parte della dottrina la previsione non è imposta dall'attuazione della Direttiva che lascia agli Stati membri ampio margine di manovra e, inoltre, «non si tratta solo della scelta autonomamente proposta dal legislatore del d.l. 118, della disattivazione delle regola “ricapitalizza o liquida” del diritto societario quanto piuttosto della sostituzione alla normativa presidiale sia societaria che concorsuale, di un potere di gestione quanto mai ampio dell'imprenditore in crisi che conserva la *gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa* (art. 9) senza alcun tendenziale obbligo conservativo ordinariamente previsto dall'art 2486 c.c.: nella sola ipotesi in cui l'imprenditore ritenga probabile l'insolvenza, la sua gestione deve evitare la realizzazione di un pregiudizio alla *sostenibilità economico finanziaria dell'attività*»⁵.

Tale critica, peraltro, andrebbe rivista alla luce della modifica dell'art. 9, comma 1, introdotta dalla legge di conversione, a seguito della quale la norma prevede che «nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività», ma «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».

Ma la vera criticità – ad avviso di chi scrive – va vista nel coordinamento della deroga alla regola “ricapitalizza o liquida” con la norma di cui all'art. 10, comma 1, d.l. 118 in forza della quale, su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può:

⁵ LICCARDO, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: Il mercato delle regole*, in www.giustiziainsieme.it, 7 settembre 2021, 5.

a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

b) autorizzare l'imprenditore **a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili** ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

c) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all'articolo 13 del presente decreto a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

Per quanto riguarda il finanziamento dei soci la deroga all'art. 2467 c.c. non è prevista come, invece, nell'art. 182 quater l. fall. e la prededuzione è integrale, non limitata all'80% come nella legge fallimentare e, in tutti i casi innanzi previsti di finanziamento, la prededucibilità in caso di successiva procedura concorsuale discende dall'essere le ipotesi in questione espressamente previste dalla legge. Dunque, una volta autorizzati i finanziamenti la prededuzione li assiste a prescindere dalla corretta valutazione della funzionalità rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

Quanto ai finanziamenti dei soci, la norma sulla prededuzione, aggiunta alla sospensione della regola ricapitalizza o liquida crea una situazione del tutto contraria allo spirito dell'art. 2467 c.c.

D'altra parte (e, ancora, torna utile il raffronto con il Decreto Liquidità) con l'art. 8 d.l. 8 aprile 2020, n. 23, rubricato "Disposizioni temporanee in materia di finanziamenti alle società", è stato disposto che: «Ai finanziamenti effettuati a favore delle società dalla data di entrata in vigore del presente decreto e sino alla data del 31 dicembre 2020 non si applicano gli articoli 2467 e 2497 quinquies del codice civile»⁶.

La deroga è esplicita e limitata nel tempo.

Il contrario di quanto previsto dal d.l. 118.

La criticità, poi, si accentua se si riflette che la norma sulla prededucibilità dei finanziamenti dei soci e quella sulla deroga alla regola "ricapitalizza o liquida" potranno essere applicate da società che, in forza dell'art. 6 del d.l. n. 23/2020, è stata dal Legislatore disposta la sospensione temporanea della regola "ricapitalizza o liquida" per le «perdite emerse nell'esercizio in corso alla data del 31 dicembre 2020».

2. – L' art. 7 del decreto disciplina il **procedimento** relativo alle misure protettive e cautelari prevedendo che, quando l'imprenditore formula la

⁶ Per rilievi critici sulla disposizione cfr. D'ANTONIO, *Sterilizzazione della postergazione del finanziamento soci per attraversare indenni la pandemia: tutela della società o dei soci finanziatori?*, in *IlFallimentarista.it*, 27 ottobre 2021.

richiesta di misure protettive (di cui all'articolo 6, comma 1), con ricorso presentato al tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 l. fall., lo *stesso giorno della pubblicazione* dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto, deve chiedere 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 è causa di inefficacia delle misure previste dall'articolo 6, comma 1 del decreto e, decorso inutilmente il predetto termine di trenta giorni per la pubblicazione del numero di ruolo, l'iscrizione dell'istanza è cancellata dal registro delle imprese.

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) l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'articolo 3, commi 6, 7 e 8, con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

Entro dieci giorni dal deposito del ricorso, il tribunale fissa, con decreto, l'udienza, da tenersi preferibilmente con sistemi di videoconferenza.

Il decreto è notificato dal ricorrente con le modalità indicate dal tribunale che prescrive, ai sensi dell'articolo 151 del codice di procedura civile, le forme di notificazione opportune per garantire la celerità del procedimento.

Il tribunale, se verifica che il ricorso non è stato depositato nel termine previsto dal comma 1, dichiara l'inefficacia delle misure protettive senza fissare l'udienza di comparizione delle parti.

Gli effetti protettivi prodotti ai sensi dell'articolo 6, comma 1, cessano altresì se, nel termine di cui al primo periodo, il giudice non provvede alla fissazione

dell'udienza. È quanto dispone l'art. 7, comma 3, ultimo periodo; norma che, secondo una parte della dottrina, suscita dubbi di legittimità costituzionale in quanto «in generale, l'esercizio di un diritto non può essere condizionato dalla diligenza del giudice o dell'ufficio giudiziario. La perentorietà dei termini riguarda le parti. Non può mai riguardare il giudice. Questi può essere responsabile in sede disciplinare, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. q), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109, e in sede civile per «denegata giustizia», ai sensi dell'art. 3, comma 1, l. 13 aprile 1988, n. 117 (novellata dalla l. 25 febbraio 2015, n. 18), per l'inosservanza dei termini previsti per la sua attività, ma la sua inerzia non può mai essere la causa della definizione di un procedimento civile, amministrativo, tributario o contabile»⁷.

All'udienza il tribunale, sentiti 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.

Il giudice che ha emesso i predetti provvedimenti, 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 ma, in ogni caso, la durata complessiva delle misure non può superare i duecentoquaranta giorni.

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.

Come può essere disposta la proroga della durata così, *su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto*, il giudice che ha emesso i provvedimenti 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

⁷ COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, in *InExecutivis*, 15 ottobre 2021, 9, secondo il quale «<Diversa è la situazione nel processo penale, come indica il dibattito in corso sugli effetti della prescrizione>>».

trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

I procedimenti disciplinati dall'articolo 7 d.l. 118 si svolgono nella forma prevista dagli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile e il tribunale provvede in composizione monocratica con ordinanza comunicata dalla cancelleria al registro delle imprese entro il giorno successivo.

Contro l'ordinanza è ammesso reclamo ai sensi dell'articolo 669 -terdecies del codice di procedura civile.

Dunque il Legislatore ha ritenuto di applicare il procedimento cautelare uniforme e, alla possibile obiezione della mancanza di strumentalità delle misure, si è replicato che «nella composizione negoziata le misure protettive sono strumentali ad assicurare l'esito positivo delle trattative nei termini di cui all'art. 11 d.l. 118/2021». Pertanto, «le misure possono 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*)»⁸.

Il vero salto di qualità che si richiede – si è aggiunto - «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 ingiustamente i creditori» e ciò giustifica la possibilità di fare ricorso ad un ausiliario il quale «dovrà aiutare il giudice a misurare le potenzialità dell'impresa e al contempo a fare emergere le criticità dell'attività svolta»⁹.

3.- È ora opportuno aprire una breve parentesi per consentire di segnalare con la dovuta chiarezza alcuni profili di criticità.

Con l'art. 10 decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23, come convertito dalla legge 5 giugno 2020, n. 40, rubricato “Disposizioni temporanee in materia di ricorsi e richieste per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza”, il Legislatore dell'emergenza pandemica ha disposto l'improcedibilità (con qualche eccezione prevista nel secondo comma) di «tutti i ricorsi ai sensi degli articoli 15 e 195 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e 3 del decreto

⁸ FABIANI-PAGNI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., 12.

⁹ FABIANI-PAGNI, *op. loc. cit.*

legislativo 8 luglio 1999, n. 270 depositati nel periodo tra il 9 marzo 2020 ed il 30 giugno 2020».

Ha avuto cura, però, di prevedere che quando alla dichiarazione di improcedibilità dei ricorsi presentati nel periodo di cui al comma 1 avesse fatto seguito, «entro il 30 settembre 2020, la dichiarazione di fallimento, il periodo di cui al comma 1 non viene computato nei termini di cui agli articoli 10, 64, 65, 67, primo e secondo comma, 69-bis e 147 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

In questa formulazione introdotta in sede di conversione in legge risultano correttamente integrati i richiami normativi, nel decreto previsti solo agli artt. 10 e 69 bis l. fall., così meritando le critiche della dottrina¹⁰ ma resta valida la giustificazione della norma contenuta nella Relazione al decreto: la *ratio* è quella di evitare che il blocco dei procedimenti disposto dalla norma precludesse «irreversibilmente la proposizione delle istanze nei confronti delle imprese cancellate» e venisse «a riverberarsi in senso negativo sulle forme di tutela della *par condicio creditorum*». Pertanto, la disposizione in esame «prevede la sterilizzazione del periodo di blocco sia ai fini del calcolo dell'anno decorrente dalla cancellazione dal registro delle imprese sia ai fini del calcolo dei termini stabiliti dall'articolo 69 bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 per la proposizione delle azioni revocatorie».

Va segnalato, peraltro, che la dottrina, mentre ha salutato «con favore l'estensione del periodo di sterilizzazione anche ai termini di cui agli artt. 64, 65, 67, primo e secondo comma e 147 l. fall., che era stata suggerita durante la pendenza del D.L. 23/2020», per converso ha stigmatizzato che l'*incipit* del comma 3 dell'art. 10 «conferma la necessità che, per fruire della sterilizzazione del periodo di improcedibilità delle istanze di fallimento sia necessario che: a) una espressa dichiarazione in tal senso sia stata pronunciata dal tribunale; b) a questa declaratoria sia seguita l'apertura del fallimento; c) la sentenza dichiarativa sia stata pronunciata entro il 30/09/2020»¹¹.

4.- Dopo la premessa sui precedenti in merito alla improcedibilità dei ricorsi per fallimento (e per la dichiarazione dello stato di insolvenza) si può tornare al tema di questi brevi appunti.

¹⁰ LIMITONE, *Breve commento all'art. 11 decreto liquidità*, in www.ilcaso.it, 8 aprile 2020; IRRERA-FREGONARA, *La crisi d'impresa e la continuità aziendale ai tempi del Coronavirus*, in www.ilcaso.it, 15 aprile 2020, p. 11 ss.; IRRERA, *Le novità in tema di procedure concorsuali nella conversione in legge del decreto liquidità (ovvero di quando i rimedi sono peggiori del male o inefficaci)*, ivi.

¹¹ BACCAGLINI, in AA.VV., *Il processo civile solidale* (a cura di), A. Didone e F. De Santis, Milano, 2020, 360.

La norma che più interessa ai fini del presente intervento è contenuta nell'art. 6 del decreto, che consente all'imprenditore in difficoltà, allo scopo di garantire il buon esito delle trattative, la possibilità di richiedere misure protettive¹².

Quanto agli effetti protettivi, si è visto che, a decorrere 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, mentre "non sono inibiti i pagamenti".

Ma non è alla eventuale revoca di tali pagamenti che è rivolta l'attenzione di questo intervento né agli atti disciplinati dall'art. 12, commi 2 e 3 del decreto¹³.

Invero, fra gli effetti della richiesta di misure protettive quello più rilevante è previsto dal comma 4 dell'art. 6, in forza del quale dal giorno della pubblicazione dell'istanza relativa alle misure protettive e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, **non può essere pronunciata la sentenza dichiarativa** di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza.

Con l'art. 23 del decreto, poi, si sancisce l'improcedibilità, fino 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 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, omologato in data successiva al 1° gennaio 2019.

Ciò – spiega la Relazione - al fine di incentivare la soluzione negoziata delle crisi, con particolare riferimento alle crisi presumibilmente innescate dalla pandemia in corso.

Peraltro, sia nel caso di cui all'art. 6, comma 4, del decreto sia nel caso di cui all'art. 23, per la parte ora ricordata, il Legislatore non ha ritenuto opportuno introdurre una disposizione analoga a quella dell'art. 10, comma 3, d.l. n.

¹² Sugli "incidenti" relativi alle misure protettive v., per tutti, anche per maggiori indicazioni bibliografiche, COSTANTINO, *op. cit.*, passim; FABIANI-PAGNI, *op. cit.*, passim; BACCAGLINI-DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *dirittodellacrisi.it*

¹³ <<Non sono soggetti all'azione 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 mentre 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 l. fall. 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>>.

23/2020, atta ad “evitare che il blocco dei procedimenti disposto dalla norma precludesse «irreversibilmente la proposizione delle istanze nei confronti delle imprese cancellate» e venisse «a riverberarsi in senso negativo sulle forme di tutela della par condicio creditorum»”, come spiega la Relazione al d.l. Liquidità.

Per meglio comprendere ciò che si vuol sostenere, va evidenziato che la composizione negoziata è possibile anche quando pendono i procedimenti pre-fallimentari al momento dell’entrata in vigore della relativa disciplina (15 novembre 2021).

Lo si ricava dalla espressa disposizione del decreto legge, il quale fa obbligo all’imprenditore richiedente di indicare le istanze di fallimento pendenti a suo carico e di aggiornare l’elenco in caso di richiesta successiva di misure protettive, richiesta che a norma dell’art. 6 comma 4 produce la sospensione anche dei procedimenti pre-fallimentari per tutta la durata del procedimento di composizione della crisi. Inoltre, l’art. 23, comma 2, del decreto dispone che non può presentare l’istanza di accesso alla negoziazione l’imprenditore nei cui confronti è pendente un procedimento introdotto con domanda di omologazione di ADR o di concordato preventivo anche solo in bianco.

Conferma ulteriore che l’imprenditore con istanze pendenti di fallimento può presentare l’istanza di negoziazione, anche con richiesta di misure protettive.

Va chiarito che ciò che è inibita è la pronuncia della sentenza di fallimento o dichiarativa dello stato di insolvenza ma non la presentazione di istanze di fallimento e la loro istruzione.

Tuttavia, cosa accade se nei sei mesi precedenti il debitore ha eseguito un pagamento preferenziale?

La durata della negoziazione può oscillare da 180 giorni a 240 giorni (quando sono richieste misure protettive e il tribunale accoglie l’istanza di proroga delle parti, sentito l’esperto: art. 7, comma 5, del d.l.), ma già il termine di 180 giorni può neutralizzare qualsiasi revocatoria di pagamento tenuto conto della necessità di riattivazione della procedura pre-fallimentare e della circostanza che non sono disciplinati i rapporti tra negoziazione e procedimento pre-fallimentare.

Lo stesso discorso va fatto con riferimento alle ipotesi in cui l’istanza di composizione negoziata sia presentata prima del deposito di un’istanza di fallimento. Ciò, ovviamente, dopo il 15 novembre 2021. Allo spirare dei 180 giorni, magari prorogati ex art. 7 d.l. 118/2021, in difetto di composizione della crisi e in mancanza di concordato semplificato, difficilmente potrà essere dichiarato il fallimento (se il debitore era insolvente) in tempo utile per la proposizione della revocatoria di pagamenti eseguiti nei sei mesi precedenti

all'inizio del "percorso" stragiudiziale, come è chiamata la procedura negoziale in esame dalla Relazione.

La sterilizzazione del tempo occorrente per le trattative, peraltro, poteva avvenire sia mediante l'introduzione di una norma analoga a quella inserita nel decreto legge "Liquidità", cui si è fatto riferimento sub § 3, sia semplicemente anticipando un'altra norma del Codice della crisi, ossia quella contenuta nell'art. 166 CCII, in forza della quale i termini del c.d. periodo sospetto vanno fatti decorrere a ritroso dal momento della presentazione della domanda alla quale ha fatto seguito l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale¹⁴.

5.- Replicando a rilievi sollevati dalla dottrina circa la possibilità che l'imprenditore compia atti di straordinaria amministrazione o pagamenti senza informare l'esperto che aveva fatto la segnalazione¹⁵ si è sostenuto che è vero che 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)»¹⁶.

Si è aggiunto, poi, che «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»¹⁷.

Sennonché, non vi è chi non veda che suggerire ai creditori di presentare un ricorso per dichiarazione di fallimento che non può essere deciso non sembra una soluzione alla criticità rilevata così come non appare risolutivo affermare che il tribunale può (anzi deve) esercitare il potere di segnalazione al pubblico ministero qualora ravvisi uno stato di insolvenza, posto che anche la richiesta

¹⁴ Nel nostro caso il fallimento: v. in argomento DIDONE, *Effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori*, in *Crisierisanamento.it*, Editoriale del 11 Gennaio 2021.

¹⁵ BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 54.

¹⁶ FABIANI-PAGNI, *op. cit.* pagg 10-11.

¹⁷ FABIANI-PAGNI, *op. loc. cit.*, per i quali, ovviamente, 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.

del pubblico ministero potrà restare senza decisione fino alla revoca delle misure protettive.

In ogni caso, non viene suggerito alcun rimedio alla situazione per la quale la revocabilità degli atti sopra indicati «richiede che si arrivi alla dichiarazione di fallimento e che i tempi siano tali da consentire il ricorso a tale strumento, non essendo riprodotta ... la retrodatazione di cui al secondo comma dell'art. 69-bis l. fall. alla data di presentazione della domanda di omologa del concordato semplificato, né, tanto meno, a quella di richiesta di nomina dell'esperto», sicché la revocatoria ipotizzata dall'art. 12, co. 3, per gli «atti straordinari compiuti nel corso della composizione negoziata nel dissenso dell'esperto, diventa il più delle volte inoffensiva per il quasi sicuro decorso di sei mesi tra la data del compimento dell'atto e quella di dichiarazione di fallimento»¹⁸, sempre che il percorso non si concluda con un concordato semplificato.

Peraltro, non si è in presenza di una procedura concorsuale, sicché non è ipotizzabile l'applicazione dell'art. 69 bis l. fall. e, d'altra parte, è proprio quest'ultima disposizione (e, prima ancora, il principio di consecuzione di creazione giurisprudenziale) che rende superfluo un meccanismo di revoca o abbreviazione di termini per l'art. 168 l. fall.

6.- Misure protettive e misure cautelari

L'art. 15, comma 8, della vigente l. fall. dispone che il tribunale, in sede di procedimento pre-fallimentare, ad istanza di parte, può emettere 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 dottrina ha correttamente evidenziato che le misure cautelari previste dall'art. 7 d.l. 118 sono diverse da quelle che può pronunciare il tribunale ai sensi dell'art. 15 l. fall.¹⁹ e – in quanto richieste dal debitore – coincidono con quelle previste dall'art. 2 CCII secondo cui sono tali «i provvedimenti cautelari 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».

Si è precisato, in proposito, che «i provvedimenti cautelari del codice sono strumentali ad assicurare gli effetti delle procedure, mentre quelli del d.l. 118

¹⁸ BOZZA, *op. cit.*, 55.

¹⁹ COSTANTINO, *op. cit.*, 6.

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»²⁰.

Si è allora concluso nel senso che «i provvedimenti cautelari del d.l. 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 d.l. 118/2021»²¹.

Secondo una parte della dottrina «appare ragionevole ritenere che i provvedimenti cautelari previsti dall'art. 6, comma 1, d.l. 24 agosto 2021, n. 118, siano diretti ad ottenere la sospensione o lo scioglimento di contratti in corso, in sintonia con quanto previsto dall'art. 169 bis, comma 1, l.f., corrispondente all'art. 97 c.c.i., e che le «misure protettive del patrimonio» consistano nella dichiarazione di inammissibilità e di improcedibilità delle azioni cautelari ed esecutive»²².

Quanto ai rapporti tra eventuali misure cautelari disposte ai sensi dell'art. 15 l. fall. che, nella giurisprudenza di merito, hanno assunto il contenuto più disparato²³ e le misure disciplinate dal d.l. 118, in dottrina si è rilevato che il riferimento letterale che l'art. 6 fa ai 'creditori' consente di affermare «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»²⁴.

Si è suggerita, allora, una lettura di sistema secondo la quale deve essere «il giudice della composizione negoziata a stabilire se le misure concesse dal tribunale fallimentare possano continuare a produrre effetti nella composizione negoziata»²⁵ ma non nel senso che il giudice delle misure del d.l. 118/2021 possa revocare i provvedimenti concessi dal tribunale fallimentare bensì nel senso che «nel pronunciarsi sulle misure dell'art. 6 il giudice debba

²⁰ FABIANI-PAGNI, *op. cit.*, 14.

²¹ FABIANI-PAGNI, *op. loc. cit.*

²² COSTANTINO, *op. loc. cit.*

²³ V., ad es., Trib. Siracusa, 2.11.2012, in *ilcaso.it*, secondo cui il tribunale può, ai sensi dell'ottavo comma dell'articolo 15 della legge fallimentare ed allo scopo di evitare la dispersione dell'attivo fallimentare, inibire il pagamento di somme dovute all'impresa della quale è stata chiesta la dichiarazione di fallimento per tutto il tempo necessario alla conclusione del procedimento.

²⁴ FABIANI-PAGNI, *op. cit.*, 16.

²⁵ FABIANI-PAGNI, *op. loc. cit.*

armonizzarle con le cautele disposte ai sensi dell'art. 15 l.fall., stabilendo le modalità opportune per rendere praticabile la composizione negoziata»²⁶.

²⁶ FABIANI -PAGNI, *op. cit.*, 16-17.

IL PROCEDIMENTO RELATIVO ALLE MISURE PROTETTIVE E CAUTELARI NEL SISTEMA DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI D'IMPRESA: BREVI NOTAZIONI*

MASSIMO MONTANARI

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Profili generali. – 3. La trama, in sintesi, del procedimento. – 4. Il problema del contraddittorio con i creditori. – 5. I presupposti della revoca delle singole misure di protezione erogate. – 6. Prognosi giudiziale di insuccesso delle trattative promosse con il ceto creditorio e caducazione generalizzata delle misure protettive che esse trattative supportano.

Abstract: il saggio affronta il tema delle misure protettive e dei provvedimenti cautelari nella procedura di composizione negoziata della crisi.

Parole chiave: codice della crisi, misure protettive, provvedimenti cautelari, composizione negoziata.

Abstract: the essay deals with the issue of the protective measures and the precautionary measures in the negotiated settlement procedure.

Keywords: Italian Insolvency Code (“Codice della crisi”), protective measures, precautionary measures, negotiated settlement.

1. Introduzione

Il tema, che mi sono riservato in questa sede, del procedimento relativo alle misure protettive e cautelari che presidiano il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi d'impresa, quale introdotto, nel nostro ordinamento concorsuale ⁽¹⁾, dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118 (recante il titolo di «*Misure*

* Il presente lavoro riproduce, con alcuni aggiornamenti e l'aggiunta delle note, la relazione presentata nell'ambito del convegno «*I nuovi scenari per la soluzione della crisi d'impresa*» svoltosi a Reggio Emilia in data 29 ottobre 2021.

⁽¹⁾ Anche se, a rigore, non di procedura concorsuale si dovrebbe trattare: cfr. S. Ambrosini, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 919 s.

urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia»), convertito, con modifiche, in l. 21 ottobre 2021, n. 147, questo tema, dicevo, non può certo essere esaurito nell'angusto spazio di tempo concesso alla relazione che sono stato chiamato a presentare nell'ambito del presente incontro di studi. Le mie riflessioni si concentreranno, pertanto, su alcuni soltanto degli snodi, prescelti, chiaramente, tra quelli più problematici o densi di criticità, attraverso i quali si sviluppa la sequenza processuale in oggetto, non senza un preliminare quanto sommario tratteggio di quella che ne rappresenta la trama essenziale, regolata dall'art. 7 del suddetto decreto, passato pressoché indenne al vaglio operato in sede di conversione in legge del medesimo.

2. Profili generali

Al pari di quanto avvenuto per la figura che ne costituisce il *genus proximum* nel sistema del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d'ora innanzi CCII), vale a dire quella composizione assistita della crisi che è parte integrante del sistema delle misure di prevenzione e allerta consegnatoci dallo stesso Codice e rimesso a futura memoria dal decreto sul quale verte oggi la nostra attenzione ⁽²⁾, anche la composizione negoziata si vede supportata, nel perseguimento dei suoi obiettivi istituzionali, dalla possibilità, riconosciuta all'imprenditore coinvolto, di mobilitare apposite *misure protettive*, nella specie consistenti, al di là in quella che ne è la generale definizione, *ex art. 2, lett. p)*, CCII, di «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» ⁽³⁾: nell'interdizione dei creditori dalla possibilità di acquisire

⁽²⁾ Il cui art. 1, comma 1°, lett. b), attraverso l'inserimento, nel testo dell'art. 389 CCII, di un nuovo comma 1-bis, ha differito l'entrata in vigore del Titolo II della Parte prima del Codice, dedicato, per l'appunto, alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, al 31 dicembre 2023, laddove l'entrata in vigore del Codice nella sua restante generalità è fissata per il 16 maggio 2022 (così il relativo, e già menzionato, art. 389, così come modificato dall'art. 1, comma 1°, lett. a), d.l. n. 118/2021).

⁽³⁾ Nel caso, come subito vedremo, non si tratta di misure «disposte» dal giudice, bensì, semmai, dalla parte interessata e dal giudice semplicemente confermate. Ma questo, ben lungi dal configurare le misure protettive della composizione negoziata come deviazioni dal modello codicistico della figura, denuncia piuttosto l'approssimazione di quel modello o, meglio, dei suoi tratti definitivi, visto che di «conferma» e non di «disposizione» da parte del giudice occorre parlare anche a proposito delle misure protettive contemplate dagli artt. 54 e 55 CCII in relazione alle c.d. procedure maggiori (sulle ragioni di questa discrasia tra la definizione generale delle misure in discorso e la disciplina delle norme appena citate, cfr. G. BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi e nei concordati*, in www.ilcaso.it, 18 marzo 2019, 24 s.): v. *infra*, in questo stesso §.

diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore (art. 6, comma 1°, d.l. n. 118/2021); nell'inibitoria di azioni esecutive o cautelari sul patrimonio di quest'ultimo o su beni dal medesimo detenuti ai fini dell'esercizio dell'impresa (*ibidem*); nel divieto di addivenire nei suoi confronti alla declaratoria di fallimento o all'accertamento giudiziario dello stato d'insolvenza (art. 6, comma 4°); nel divieto, rivolto ai creditori interessati dalle misure protettive, di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti e di provocarne la risoluzione nonché di anticiparne la scadenza o di modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento delle loro pregresse spettanze⁽⁴⁾.

Differenti però, nel passaggio dall'uno all'altro di quegli strumenti, sono le modalità di innesco di tali misure. Giacché, se in sede di composizione assistita, necessario si rende a quel fine un apposito provvedimento del giudice, susseguente a consonante domanda di parte (così l'art. 20, commi 1° e 5°, CCII), nel quadro della composizione negoziata, viceversa, l'intervento giudiziale è richiesto in funzione confermativa o modificativa di misure *già in essere* (v. *sub*

⁽⁴⁾ Il fatto che questo articolato divieto sia comminato nei confronti dei «creditori interessati dalle misure protettive» induce a guardare ad esso come a provvidenza integrativa delle misure protettive *stricto sensu* intese precedentemente elencate, alle quali, per contro, è comunemente abbinato ed equiparato (per ogni altro, L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi*, numero speciale novembre 2021, 58; per la classificazione di quella ora in discorso come «misura protettiva di diritto sostanziale di nuovo conio», v. P. LICCARDO, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *www.giustiziainsieme.it*, 7 settembre 2021, § 3). A completare l'arsenale appena passato in rassegna sovengono poi le previsioni dell'art. 8 d.l. n. 118/2021, a tenore del quale, «con l'istanza di nomina dell'esperto, o con dichiarazione successivamente presentata [...], l'imprenditore può dichiarare che, 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 non si verifica la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile». In virtù della presenza di un siffatto catalogo, è da escludere che la parte istante per la composizione negoziata possa beneficiare di misure di protezione atipiche (cfr., ancorché in forza di differente argomentazione, I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, cit., 10; una posizione diversa sul punto è però espressa da F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, in *www.ilfallimentarista.it*, 7 ottobre 2021, 5; e v. pure S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 28 settembre 2021, 13; L.A. BOTTAI, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *www.ilfallimentarista.it*, 4 ottobre 2021, 10), a differenza di quanto, viceversa, può sostenersi per la composizione assistita del CCII, dove non è traccia di analoga predeterminazione di quelle misure.

art. 7, comma 1°, d.l. n. 118/2021, dove si parla di ricorso con cui viene chiesta al tribunale non la concessione, bensì «la conferma o la modifica delle misure protettive»); e poiché l'innescò delle medesime non può, evidentemente, farsi risalire a una pronuncia dell'esperto, d'obbligo è ammetterne lo spiegamento *ex lege*, quale effetto automatico – seppur condizionato alla pubblicazione dell'atto di parte, di cui tosto dirò, nel registro delle imprese – di quell'istanza di applicazione di dette misure che, ai sensi dell'art. 6, comma 1°, d.l. n. 118/2021, l'imprenditore è facultato a proporre così in una all'istanza di nomina dell'esperto negoziatore come con atto successivo ⁽⁵⁾.

I *conditores* del decreto oggi in esame hanno in questo modo ripreso il regime di quasi- o semiautomaticità ⁽⁶⁾ adottato dal Codice della crisi per le misure protettive applicabili in fase di accesso alle procedure di liquidazione giudiziale, concordato preventivo e omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti (v., in particolare, i relativi artt. 54, comma 2°, e 55, comma 3°). Ma non si è trattato, per vero, di una riproduzione integrale di quel modello.

Un primo momento di divaricazione può cogliersi in ordine alle tempistiche della richiesta di applicazione delle misure *de quibus*, che, come sappiamo, può

⁽⁵⁾ V., per ogni altro, G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive». Note a prima lettura degli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021*, in www.inexecutivis.it, 15 ottobre 2021, 8; nonché Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in www.ilfallimentarista.it, con nota di F. CESARE, *La prima decisione sulle misure protettive: per la convalida occorrono pubblicazione e accettazione*. Sull'improprietà lessicale in cui sarebbe incorso il legislatore qualificando come «istanza» un atto con il quale non viene chiesto alcunché, visto che, come appena rilevato nel testo, le misure protettive che ne sarebbero oggetto si dispiegano automaticamente, v. G. DONNICI, *Uno sguardo d'insieme sulle misure protettive, cautelari e premiali previste dal decreto legge 118/2021*, in www.ilfallimentarista.it, 11 novembre 2021, 5. Diverso discorso vale, naturalmente, per chi, muovendo dal presupposto che spazio vi sia, nella fattispecie, anche per misure protettive non nominate, ritiene che queste non siano suscettibili di innescò *ipso iure* ma siano elargite dal giudice a séguito di conforme richiesta di parte: F. PLATANIA, *op. cit.*, 5 s. e 8 (sulla falsariga, è d'uopo riconoscere, di quanto sostenuto da M. FABIANI, *Le misure protettive nel codice della crisi*, in *Foro it.*, 2019, V, 228 s., con riferimento alle misure protettive contemplate da quegli artt. 54 e 55 CCII di cui immediatamente sarà detto nel testo). La ricostruzione tradisce, però, la lettera della legge, nella misura in cui, con riguardo alle misure protettive, il giudice è chiamato ad intervenire, come s'è visto, in via esclusivamente confermativa/modificativa. Né è concepibile che il termine «conferma» sia stato qui congiuntamente utilizzato nella sua accezione letterale e, altresì, come sinonimo di «concessione» o «adozione», tenuto presente che, se così fosse stato, allora si sarebbe parlato di «conferma» anche con riferimento ai provvedimenti cautelari di cui il debitore può nell'occasione fruire: laddove, e a ragion veduta, è di «adozione» di questi provvedimenti che la legge viene a parlare, come vedremo in immediato prosieguito di trattazione. In definitiva, ammesso (e non concesso: v. *retro*, alla nt. 4**) che misure protettive atipiche siano meritevoli di cittadinanza anche nel sistema della composizione negoziata, sarebbe comunque da escludere che il loro meccanismo di attivazione e consolidamento abbia a divergere da quello previsto per le misure tipiche.

⁽⁶⁾ Cfr., in luogo di altri, G. BOZZA, *op. cit.*, spec. 43 s.

essere avanzata con atto distinto e successivo rispetto a quell'istanza di nomina dell'esperto che funge da atto di avvio del procedimento di composizione negoziata della crisi; mentre di istanza giocoforza abbinata a quella di avvio della procedura occorre parlare trascorrendo alle procedure – ripeto: liquidazione giudiziale, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione – cui è riferimento negli artt. 54 e 55 CCII⁽⁷⁾. E ancor più rimarchevole è il fatto che il giudice adito in vista dell'apertura di una di quelle procedure risulta automaticamente investito del compito di provvedere alla conferma, modifica o revoca delle misure protettive dianzi spiegatesi in forza della mera richiesta di parte⁽⁸⁾; laddove, tornando alla composizione negoziata, quell'investitura pretende, come già, e parimenti, s'è visto, un'apposita domanda della parte interessata, in difetto della quale, o della cui tempestiva proposizione, dette misure verrebbero inesorabilmente a decadere⁽⁹⁾.

L'art. 7, comma 1°, d.l. n. 118/2021 prevede che, con lo stesso ricorso a mezzo del quale abbia a richiedere al tribunale la conferma o la modifica delle misure protettive già presenti sulla scena per effetto di una sua mera dichiarazione di volontà, l'imprenditore possa altresì domandare «l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative». Esorbita dai compiti di questa relazione quello di definire gli esatti contenuti delle misure poste *per tabulas* a presidio della composizione negoziata e della sua capacità di realizzazione dei fini che la legge ha inteso assegnarle, cercando in tal modo di offrire risposta, con riguardo a quelle specificamente catalogate

(7) Tantevvero che, a mente del comma 2° della prima di quelle norme, gli effetti, tendenzialmente inibitori, in cui si compendiano le misure in questione prendono data dalla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda ex art. 40 CCII, ovvero, appunto, la domanda di accesso alla procedura; mentre a rilevare agli stessi fini, in caso di composizione negoziata, è il giorno di pubblicazione nello stesso registro dell'istanza di applicazione delle stesse misure in una all'accettazione dell'esperto: sulle ragioni giustificative della soluzione normativa che impone, ai fini *de quibus*, la congiunta pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione di cui appena s'è detto, si vedano le puntuali considerazioni racchiuse in Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in www.diritto della crisi.it.

(8) Alla quale è dunque lecito guardare come a tipica figura di *Doppelfunktionellehandlung*, idoneo a rivestire la duplice veste: a) di atto, sostanzialmente negoziale, di esercizio del potere accordato alla parte di generare gli effetti di protezione del proprio patrimonio rispetto alle possibili iniziative ostili dei creditori; b) e di domanda giudiziale, avente come *petitum* la conferma, da parte del giudice, dell'operatività di quegli effetti.

(9) Per cui può parlarsi di misure soggette tanto alla già richiamata condizione sospensiva della pubblicazione nel registro delle imprese della relativa richiesta di applicazione (sull'esigenza di rendere edotti e, al contempo, tutelare i soggetti terzi rispetto a misure che ne comprimano i diritti, come ragione atta a dar conto di questa forma di pubblicità a dispetto dei tratti di riservatezza che debbono connotare l'esperimento della composizione negoziata della crisi, v. G. DONNICI, *op. cit.*, 3) come alla condizione risolutiva della mancata o tardiva istanza giudiziale di conferma e della negata conferma, ossia della revoca, da parte del giudice.

come «cautelari», al quesito, a ben vedere preliminare, se un ambito applicativo possa effettivamente essere loro riconosciuto nel presente contesto, a fronte di quell'autorevole, e difficilmente contestabile, insegnamento dottrinale per cui, «nelle procedure compositive, le misure cautelari hanno scarsissimo spazio, dal momento che esse possono essere sì chieste dalle parti del procedimento di apertura, ma in quelle procedure c'è una sola parte, il debitore, le cui esigenze cautelari sono normalmente soddisfatte dalle misure protettive» ⁽¹⁰⁾. Ma assodato che quell'ambito applicativo non possa essere loro disconosciuto, a pena di veder ridotta a lettera morta la disposizione di legge testé evocata ⁽¹¹⁾, doveroso è prendere atto dell'intento, qui perseguito dal legislatore, di mettere a punto un contenitore processuale uniforme ove le domande dirette rispettivamente alla conferma o modifica delle misure protettive ed alla concessione di quelle cautelari possano essere congiuntamente trattate e decise: operazione che è probabilmente all'origine di alcune delle criticità di cui sarà detto tra breve e certo implicante la sconfessione della scelta compiuta in sede di regolamentazione delle misure cautelari e protettive inserite nell'alveo del c.d. procedimento unitario per l'accesso alle procedure (maggiori) di regolazione della crisi o dell'insolvenza, dove la concessione delle une e la conferma delle altre seguono percorsi processuali nettamente distinti, come risulta dal confronto tra il primo e il secondo comma dell'art. 55 CCII.

Ad essere rinnegata – e qui, direi, più opportunamente ⁽¹²⁾ – è stata anche un'altra delle scelte attuate in sede di discipline delle misure protettive ammesse a supporto della composizione assistita della crisi: dove il debitore aspirante all'inibitoria delle iniziative ostili dei creditori sarebbe tenuto a rivolgersi alla

⁽¹⁰⁾ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 5ª ed., Bologna, 2021, 141; per la speculare osservazione secondo cui i provvedimenti cautelari del d.l. n. 118/2021 avrebbero «intrinsecamente una funzione protettiva», cfr. I. PAGNI, M. FABIANI, *op. cit.*, 10.

⁽¹¹⁾ L'enunciato trova riscontro nelle elaborazioni in materia dei primi commentatori, sulla scorta delle quali, anche delle misure che il debitore potrebbe qui richiedere a titolo di provvidenza cautelare, si potrebbe tratteggiare un catalogo, comprendente, ad es.: la sospensione dei contratti pendenti (G. COSTANTINO, *op. cit.*, 8; F. PLATANIA, *op. cit.*, 10); lo scioglimento di quei contratti medesimi (G. COSTANTINO, *op. loc. cit.*; *contra*, però, F. PLATANIA, *op. cit.*, 11) e la loro rideterminazione per eccessiva onerosità sopravvenuta in conseguenza dell'emergenza pandemica (G. COSTANTINO, *op. cit.*, 9); il divieto di pubblicazione delle segnalazioni alla Centrale rischi (I. PAGNI, M. FABIANI, *op. cit.*, 11; F. PLATANIA, *op. loc. cit.*); l'ordine di rilascio del DURC anche a dispetto di pregresse irregolarità contributive (F. PLATANIA, *op. loc. cit.*). Di «innovazione di notevole importanza» ha comunque parlato, al riguardo, L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittodellacrisi.it, 25 agosto 2021, 25; agli antipodi, è lecito osservare, del giudizio espresso da L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 59, secondo cui il richiamo quivi operato ai provvedimenti cautelari assumerebbe «una portata davvero residuale».

⁽¹²⁾ Analogamente S. LEUZZI, *op. cit.*, 14; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 60.

sezione specializzata in materia di imprese, ossia, più brevemente, al tribunale delle imprese (art. 20, comma 1°, CCII), mentre il procedimento va qui radicato presso il tribunale ordinario, individuato secondo la consueta regola di competenza di cui art. 9, comma 1°, l. fall.

3. La trama, in sintesi, del procedimento.

Volendo, come detto, fornire un rapido quadro d'insieme del procedimento cui sono dedicate le presenti riflessioni, dobbiamo parlare, allora, di una sequenza processuale disegnata con tratti di notevole dettaglio, al punto da doversi dubitare della concreta utilità della disposizione di chiusura di cui all'ult. comma del predetto art. 7 d.l. n. 118/2021, che rinvia, nei limiti, ovviamente, della compatibilità, alle norme del rito cautelare uniforme di cui agli artt. 669-*bis* ss c.p.c. ⁽¹³⁾. Ed invero, se spazio effettivamente residua per l'applicazione di taluna di quelle norme – in dottrina sono stati richiamati, a questo proposito, gli articoli in tema di cauzione, attuazione, revoca e modifica delle misure ⁽¹⁴⁾ –, ciò vale indubbiamente per le misure cautelari ⁽¹⁵⁾ ma non certo, al di là, forse, dell'art. 669-*undecies*, in tema di cauzione (e della disposizione, altresì, concernente la designazione del magistrato preposto), per la distinta *species* delle misure protettive, considerato che esse non abbisognano di un'attuazione coattiva e che revoca e modifica delle stesse sono già oggetto di regolamentazione *ad hoc* da parte della norma che si sta esaminando (v. *infra*, in questo stesso §). Ai provvedimenti che concedono o revocano misure protettive si attaglia, beninteso, anche la norma regolatrice del reclamo cautelare, ovvero sia l'art. 669-*terdecies* c.p.c.: ma questa è oggetto di espresso e apposito richiamo da parte dello stesso art. 7, ult. comma, d.l. n. 118/2021, a

⁽¹³⁾ Plaude invece alla scelta S. LEUZZI, *op. loc. cit.*

⁽¹⁴⁾ Cfr. L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. loc. cit.* Alle norme elencate nel testo aggiungerei pure l'art. 669-*ter*, ult. comma, sulla designazione del magistrato preposto alla trattazione del procedimento. Mentre qualche dubbio riterrei di esprimere in ordine alla possibilità di includere nell'elenco anche l'art. 669-*septies*, come, viceversa, professato da F. PLATANIA, *op. loc. cit.* Non riesco, infatti, a vedere come si possa ammettere che, intervenuta la revoca, da parte del tribunale, di una data misura protettiva, sia dato alla parte di riportarla unilateralmente in vita, sia pure in via provvisoria, con la mera istanza di cui all'art. 6, comma 1°, d.l. n. 118/2021, considerato che, come riconosciuto dallo stesso F. PLATANIA, *op. loc. cit.*, il procedimento di "riattivazione" della misura non potrebbe comunque differire da quello regolato per la sua attivazione "originaria" dallo stesso art. 6 in comb. disp. con il successivo art. 7.

⁽¹⁵⁾ Ma nessuno avrebbe mai sollevato dubbi al riguardo anche in mancanza dell'espresso rinvio di cui all'ult. comma dell'art. 7, visto che, in forza della loro formale qualificazione di legge, tali misure ricadrebbero comunque entro il raggio d'applicazione della generale previsione di rinvio, per l'appunto alle norme del procedimento cautelare uniforme, di cui all'art. 669-*quaterdecies* c.p.c.

riprova della sostanziale inutilità del rinvio appena prima compiuto alla generalità delle norme che disciplinano il procedimento cautelare uniforme.

La costruzione del procedimento in esame prevede una fase iniziale, destinata a sfociare nel decreto di fissazione dell'udienza e nella notifica di questo alle controparti, connotata da una griglia di adempimenti severamente cadenzati nel tempo: *a*) il ricorso introduttivo ⁽¹⁶⁾ va depositato, presso la cancelleria del tribunale competente, lo stesso giorno della pubblicazione della richiesta di applicazione delle misure e dell'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto designato (art. 7, comma 1°, primo periodo) ⁽¹⁷⁾; *b*) entro trenta giorni da detta pubblicazione, l'imprenditore deve chiedere la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato (art. 7, comma 1°, secondo periodo); *c*) entro dieci giorni dal deposito del ricorso il tribunale deve fissare, con decreto, l'udienza di comparizione delle parti (art. 7, comma 3°, primo periodo). E tutto questo a pena di inefficacia o caducazione delle misure protettive precedentemente scattate (v. *sub* art. 7, comma 1°, ult. periodo, e comma 3°, 3° e 4° periodo) ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ Ai fini della cui presentazione si rende necessaria l'assistenza di un difensore abilitato, a differenza della mera richiesta di applicazione delle misure in oggetto: cfr. F. PLATANIA, *op. cit.*, 5.

⁽¹⁷⁾ All'atto della presentazione del ricorso al tribunale l'imprenditore è tenuto altresì a depositare: «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) l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'articolo 3, commi 6, 7 e 8 [d.l. n. 118/2021], con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata» (art. 7, comma 2°): sulle funzioni cui dovrebbe assolvere questa corposa documentazione e sulle conseguenze, in termini di inammissibilità della domanda, di una sua eventuale mancanza, v., diffusamente, L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 61; nello stesso senso, Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, cit.

⁽¹⁸⁾ *Quid iuris* ove alla richiesta di conferma delle misure protettive già presenti sulla scena si abbinasse quella di concessione di misure di natura cautelare? Ai sensi dell'appena richiamato terzo periodo dell'art. 7, comma 3°, d.l. n. 118/2021, il tribunale che accerti come il ricorso non sia stato depositato entro il termine fissato nel primo comma, deve dichiarare l'inefficacia delle misure protettive «senza fissare l'udienza prevista nel primo periodo» (e lo stesso dovrebbe essere, pur in difetto di analoga previsione di legge, nel caso di omessa o tardiva richiesta di pubblicazione del numero di ruolo generale del procedimento: cfr. G. COSTANTINO, *op. cit.*, 11). L'inosservanza di detto termine non comporterebbe soltanto, dunque, la caducazione delle misure protettive che si volevano confermate ma anche la più generale improcedibilità dell'interposto ricorso. E' da ritenersi, però, che ciò valga esclusivamente allorché la conferma di quelle misure abbia ad esaurire l'oggetto del ricorso medesimo, non potendosi giustificare la

All'udienza, che deve tenersi preferibilmente con sistemi di videoconferenza (art. 7, comma 3°) e si svolge con le più ampie garanzie del contraddittorio – ampie o forse addirittura ipertrofiche, come vedremo tra un attimo –, il giudice provvede agli atti istruttori indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti e alle misure protettive da confermare o revocare/modificare (art. 7, comma 4°) ⁽¹⁹⁾. E all'esito di quelle verifiche, cui è legittimato a dar corso omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, statuisce, in composizione monocratica, sulle domande sottoposte al suo esame, con provvedimento in forma di ordinanza (art. 7, ult. comma), soggetto a reclamo (*ibidem*) ⁽²⁰⁾ e per il cui tramite gli è consentito procedere a una selezione delle misure protettive destinate a sopravvivere, limitandole a determinate iniziative dei creditori o a determinati creditori o categorie di creditori (art. 7, comma 4°). E in ogni caso, relativamente alle misure confermate – nonché, eventualmente, per le stesse cautelari –, determina la durata entro un arco di tempo che non può essere inferiore a trenta giorni e superiore a centoventi (*ibidem*), con possibilità successiva: *aa*) di proroga, nei limiti di quanto necessario per il buon esito delle trattative, per un periodo complessivo non superiore a duecentoquaranta giorni (art. 7, comma 5°) ⁽²¹⁾; *bb*) e di revoca o abbreviazione della durata, ove le misure non siano congrue al buon esito delle trattative o appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti (art. 7, comma 6°).

relativa comminatoria di improcedibilità se non al lume dell'esigenza di assicurare un tempestivo vaglio giudiziale di misure limitative di diritti (quali, indiscutibilmente, le protettive sono) rese operanti per effetto di una mera istanza di parte. Nella fattispecie illustrata in apertura di questa nota, pertanto, alla declaratoria di inefficacia delle misure protettive dovrebbe comunque accompagnarsi la fissazione dell'udienza, allo scopo della discussione sulle misure cautelari la cui concessione sia stata contestualmente richiesta (analogamente F. PLATANIA, *op. cit.*, 6).

⁽¹⁹⁾ A mente dello stesso art. 7, comma 4°, il tribunale provvede alla nomina, ove occorrente, di un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., che dovrebbe supportare l'autorità giudiziaria nell'espletamento dei suoi inediti compiti di verifica *ex ante* delle potenzialità dell'impresa (così I. PAGNI, M. FABIANI, *op. cit.*, 10), assumendo, almeno tendenzialmente, le vesti di consulente contabile (L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 62); sulla indeterminatezza delle funzioni che sarebbero a tale soggetto assegnate e sui problemi, che ne possono derivare, di sovrapposizione con la figura dell'esperto negoziatore, v. però F. PLATANIA, *op. cit.*, 9 s.

⁽²⁰⁾ Nonché, e sempre a mente dell'appena citato art. 7, ult. comma, da comunicarsi entro il giorno successivo al registro delle imprese a cura della cancelleria: sulla pubblicità da riservarsi ai provvedimenti di merito che il tribunale è chiamato a pronunciare, v. diffusamente F. PLATANIA, *op. cit.*, 6 s. Quanto al menzionato reclamo, ne è stata condivisibilmente affermata l'esperibilità anche contro i decreti di anticipata definizione del procedimento per inosservanza dei termini di cui allo stesso art. 7, comma 1°: G. COSTANTINO, *op. loc. cit.*

⁽²¹⁾ Sul *dies a quo* per il computo di questo termine, v. L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 63.

Questo, in estrema sintesi, il procedimento che emerge dalle previsioni dell'art. 7 d.l. n. 118/2021. Mettiamone a fuoco, ora, qualche risvolto problematico.

4. Il problema del contraddittorio con i creditori.

La pretesa di far confluire entro lo stesso alveo processuale la concessione delle misure cautelari e la conferma o revoca delle misure protettive si scontra, almeno, collide con il fatto che, mentre le prime hanno precisi e ben individuati destinatari, le seconde sono tipicamente operanti *in incertam personam*, siccome chiamate a intercettare le iniziative spiegabili dalla generalità di coloro che compongono il ceto creditorio dell'imprenditore in difficoltà ⁽²²⁾: con l'inevitabile conseguenza che regole calibrate su misure riconducibili ad una di quelle tipologie facciano poi fatica ad essere calate sulle altre.

Emblematica, in tal senso, è la norma che regola il perimetro soggettivo del procedimento, ossia che individua i soggetti nei cui confronti va instaurato il contraddittorio, a mezzo della notifica del decreto di fissazione dell'udienza ⁽²³⁾ di cui all'art. 7, comma 3°, d.l. n. 118/2021.

Il tribunale, dice lo stesso art. 7 al successivo comma 4°, provvede agli atti di istruzione che risultino indispensabili e adotta, poi, le conseguenti decisioni «*sentite le parti*» ⁽²⁴⁾; e qualora le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidano sui diritti dei terzi, «*costoro devono essere sentiti*».

Nulla quaestio per quanto attiene alle misure cautelari, anche se la tipologia delle cautele solitamente evocate in proposito ⁽²⁵⁾ rende difficile l'identificazione di soggetti terzi che ne possano rimanere pregiudicati. Ma per quanto concerne le misure protettive? Lasciamo perdere la problematicità, anche qui, dell'individuazione di soggetti terzi cui le misure in questione

⁽²²⁾ Nel descrivere quelli di protezione come divieti, di svolgere determinate attività o esercitare determinati poteri, rivolti ai creditori *tout court*, senza distinzioni di sorta, l'art. 6 d.l. n. 118/2021 è assolutamente inequivocabile nell'escludere la possibilità, per il debitore che chiede l'applicazione di quei divieti, di circoscriverne la vigenza ad alcuni soltanto dei componenti del suo ceto creditorio. Ma anche ad ammettere quella possibilità – così I. PAGNI, M. FABIANI, *op. loc.cit.*; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 59 -, il problema si porrebbe egualmente, visto non è affatto detto, e sarà anzi assai infrequente, che il debitore se ne avvalga effettivamente.

⁽²³⁾ E, presumibilmente, anche del ricorso del debitore cui detto decreto accede: cfr. G. DONNICI, *op. loc. cit.*

⁽²⁴⁾ La norma richiede anche l'audizione dell'esperto, al quale dunque, in quanto oggetto di separato riferimento normativo rispetto alle parti, detta qualità di parte non può essere riconosciuta, «con tutte le conseguenze relative all'eventuale interesse a proporre domande, a chiedere precisazioni etc.»: così G. DONNICI, *op. loc. cit.*

⁽²⁵⁾ Si veda alla prec. nota 11.

possano recare pregiudizio. Il problema vero è quello del significato da attribuire, da quest'angolo visuale, al riferimento compiuto alle «parti».

Naturale viene pensare che si tratti dei creditori, anzi della indistinta generalità dei creditori, visto che, come già si è detto, è nei confronti della indistinta generalità dei creditori della parte istante per la composizione negoziata che si manifestano gli effetti di *stay* previsti dalla legge a protezione del patrimonio di quel soggetto in pendenza del tentativo di sistemazione della sua crisi aziendale. A tutti i creditori interessati da quegli effetti sarebbe dunque assegnato il ruolo di contraddittore necessario del debitore istante per la conferma delle misure *de quibus*. Ma svolgendo *ad consequentias* questa premessa, ne discenderebbe allora: a) che a tutti quei soggetti andrebbe notificato il decreto di fissazione dell'udienza e questo, si badi, non a cura dell'ufficio, bensì del debitore ricorrente ⁽²⁶⁾; b) che in quanto il giudice ravvisi che a taluno di quei soggetti non sia stata effettuata la dovuta notifica del decreto, dovrebbe essere disposta l'integrazione del contraddittorio nei suoi confronti ⁽²⁷⁾, con tutto quello che ne deriva in termini di necessario differimento dell'udienza e dilatazione dei tempi del processo; c) che in caso di spontanea costituzione in giudizio di un creditore pretermesso, ossia, appunto, che non abbia ricevuto la notifica del decreto, questi potrebbe pretendere la rimessione in termini, anche qui con possibile rinvio dell'udienza; d) per non dire, infine, della possibilità, che va ad esso creditore pretermesso riconosciuta, di invalidare la decisione finale del giudice denunciando l'omessa integrazione del contraddittorio a mezzo del reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*

Non è certo un caso, allora, che diversi tra coloro che si sono misurati con l'argomento abbiano convenuto su ciò, che gli oneri e le complicazioni processuali derivanti dalla configurazione come contraddittori necessari di tutti i componenti il ceto creditorio del debitore istante, siano, questi oneri e queste complicazioni, eccessivi/e ⁽²⁸⁾ e vi si debba in qualche modo porre rimedio. E in quale specifico modo? Evidentemente, sfoltendo il novero dei creditori cui quella veste, di contraddittore necessario, possa effettivamente essere

⁽²⁶⁾ Così, l'art. 7, comma 3°, d.l. n. 118/2021, secondo cui il ricorrente deve procedere alla notifica in questione in ottemperanza alle «modalità indicate dal tribunale che prescrive, ai sensi dell'articolo 151 del codice di procedura civile, le forme di notificazione opportune per garantire la celerità del procedimento».

⁽²⁷⁾ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, 62; F. PLATANIA, *op. cit.*, 8.

⁽²⁸⁾ Non convengono sul punto I. PAGNI, M. FABIANI, *op. cit.*, 11, che pongono l'accento così sulla possibilità di utilizzare i mezzi di comunicazione elettronica come sulla facoltà del giudice di stabilire le forme di comunicazione più opportune. Questo, però, vale soltanto a ridurre, e non certo ad azzerare, i rischi di non integrità del contraddittorio che si profilano nella fattispecie a voler muovere dal presupposto che tutti i creditori incisi dalle misure *de quibus* siano contraddittori necessari nel relativo procedimento di conferma.

riconosciuta ⁽²⁹⁾. E così si è detto che quella veste potrebbe spettare: *aa*) ai soli creditori che abbiano intrapreso le azioni esecutive e cautelari già in corso alla data di avvio della composizione negoziata ⁽³⁰⁾; *bb*) a questi si sono aggiunti i creditori che a quella data non si siano ancora attivati ma abbiano minacciato formalmente di farlo, attraverso la notifica al debitore dell'atto di precetto ⁽³¹⁾ nonché quelli che abbiano già presentato istanza di fallimento ⁽³²⁾; *cc*) per finire, in aggiunta alle prime due categorie, con i dieci creditori più rilevanti in ragione dell'ammontare delle loro spettanze, visto che, tra i documenti che debbono corredare il ricorso giudiziale, vi è anche l'elenco, con annessa indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica, certificata e non, dei creditori facenti parte di quella sorta di *top-ten* ⁽³³⁾.

Ora, al di là di quest'ultima indicazione – ché, dell'onere di specificare gli indirizzi di posta elettronica dei primi dieci creditori, riesce difficile dare una spiegazione che non si correli alla necessità di notificare qualcosa a costoro ⁽³⁴⁾ –, le altre hanno un sapore chiaramente empirico e convenzionale, che non può celare la loro fragilità sul piano della logica complessiva di sistema: ad es., perché soltanto i creditori che abbiano già notificato il precetto e non anche coloro che non l'abbiano notificato ma già dispongano del titolo esecutivo, titolo che magari non hanno ancora fatto valere recependo sollecitazioni o richieste di dilazione da parte del debitore?

Questo dimostra, io credo, quanto andavo dicendo in apertura, vale a dire che non sarebbe stata proprio da scartare *a priori* l'idea di definire un distinto percorso processuale per la concessione delle misure cautelari e per la conferma, modifica o revoca di quelle protettive, ad esempio invertendo, con riguardo a queste ultime, l'onere dell'iniziativa processuale, così che non fosse il debitore a dover chiedere la conferma delle misure precedentemente scattate, bensì i singoli creditori a fare opposizione al riguardo, instando per la revoca o modifica di quelle misure nella parte che specificamente li toccasse. Ovviamente, con la valvola di sicurezza rappresentata dall'ammissibilità di un'opposizione tardiva, fondata sull'impossibilità di una reazione tempestiva

⁽²⁹⁾ Ciò che non può avvenire, come implicitamente presupposto da L.A. BOTTAI, *op. cit.*, 11, avendo riferimento ai creditori che sarebbero «direttamente incisi» dalle misure in questione, visto che, per quanto poc'anzi si è detto, «direttamente incisi» lo sarebbero tutti.

⁽³⁰⁾ F. PLATANIA, *op. cit.*, 7.

⁽³¹⁾ Così G. COSTANTINO, *op. cit.*, 10.

⁽³²⁾ F. PLATANIA, *op. loc. cit.*

⁽³³⁾ Cfr. L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 62.

⁽³⁴⁾ Ma non del tutto implausibile è ritenere che alla notifica di ricorso e decreto di fissazione dell'udienza a quei soggetti, il ricorrente debba addivenire in esecuzione non di un obbligo di legge, bensì di un ordine del giudice, emesso nell'esercizio di una sua mera potestà discrezionale: così F. PLATANIA, *op. loc. cit.*

per le ragioni, consuetamente addotte a tal fine, di caso fortuito o forza maggiore.

Mi sembra evidente che un sistema così impostato avrebbe risolto alla radice o fortemente ridimensionato i problemi e le complicazioni di cui poc'anzi ho dato atto. Così, però, non è stato e debbo farmene una ragione. Quello che però, a questo punto mi chiedo, alla luce del dato normativo così come venuto a consolidarsi con la legge di conversione, è se la conferma delle misure protettive nel contraddittorio dei creditori interessati, ossia, per quanto s'è visto precedentemente, *tutti*, sia effettivamente imposto da cogenti e insuperabili ragioni d'ordine costituzionale, attinenti, chiaramente, alla tutela del diritto di difesa in giudizio di quei soggetti. E il dubbio mi sovviene sulla scorta del raffronto con il Codice della crisi e con la disciplina ivi dettata per le misure cautelari e protettive correlate alla richiesta, da parte del debitore, di accesso alle procedure maggiori (leggi, *more solito*: liquidazione giudiziale, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti): dove l'art. 55, comma 2°, con riferimento alla concessione delle misure cautelari, adotta l'abituale formula per cui il giudice provvede «sentite le parti e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio»; mentre il successivo comma 3° si limita a prevedere che «il giudice, assunte, ove necessario, sommarie informazioni, conferma o revoca con decreto le misure protettive stabilendone la durata», senza riferimenti di sorta a una previa audizione delle parti e annessi oneri di instaurazione del contraddittorio: un assetto intorno alla cui costituzionalità i commentatori, compresi quelli più autorevoli e attenti, nulla hanno avuto a che obiettare ⁽³⁵⁾.

Sulla scorta di tutto ciò, non mi sembra un azzardo, allora, supporre che, per quanto attiene alla conferma o revoca delle misure protettive, il procedimento in esame non preveda contraddittori necessari *ex lege*, salvi al più, e per le ragioni anzidette, i primi dieci creditori per ammontare delle rispettive spettanze, eletti quasi a rappresentanti istituzionali della categoria. Resta fermo, naturalmente, il diritto degli altri componenti della categoria a far valere le proprie ragioni esplicando intervento volontario nel procedimento, sulla cui ammissibilità in tal sede non mi sembra ragionevole disputare ⁽³⁶⁾.

5. I presupposti della revoca delle singole misure di protezione erogate.

Passando ad altro argomento, vorrei ora dedicare qualche parola alla questione inerente ai presupposti cui deve intendersi subordinata la potestà

⁽³⁵⁾ Così, ad es., M. FABIANI, *Le misure protettive*, cit., 230, ha osservato che, prima e in vista della revoca di quelle misure, sarebbe bene che il tribunale sentisse il debitore: ma nessun accenno ivi si trova a un'analogia interlocuzione con i creditori.

⁽³⁶⁾ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 62.

attribuita al giudice di revocare o modificare le misure protettive dispiegate *ex lege* in relazione all'avvio della composizione negoziata.

In via preliminare, mi sembra giusto porre in evidenza il salto di qualità che la normativa oggi in esame ha fatto registrare, per questa parte, rispetto al sistema congegnato nel Codice della crisi, là dove, per l'esattezza, si è previsto, a differenza di un Codice totalmente silente sul punto, che «le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori» (art. 7, comma 4°, ultimo periodo). Come acutamente rilevato da Giuseppe Bozza in sede di analisi della disciplina dell'art. 55, comma 3°, CCII – relativo, come sappiamo, alle misure protettive che possono accompagnare il percorso di accesso alle procedure maggiori –, se «al giudice [...] non è concessa la possibilità di selezionare le azioni esecutive che vanno sospese e quelle che possono continuare [...], il procedimento confermativo o revocatorio diventa un esercizio inutile, in quanto la decisione finale è a senso unico obbligato, [...], non potendosi concepire una procedura concorsuale in cui tutti i creditori che ne hanno titolo possano aggredire il patrimonio del debitore»⁽³⁷⁾. E' chiaro, allora, che, nel momento in cui si è introdotta quella possibilità di selezione, di un procedimento confermativo o revocatorio come «*esercizio inutile*» o a rime obbligate, non sia più dato parlare. Il problema resta quello di stabilire sulla falsariga di quali criteri o presupposti tale selezione vada condotta.

Doveroso, in proposito, è far capo alle indicazioni del comma 6° del solito art. 7 d.l. n. 118/2021, dove si discorre di revoca o abbreviazione di durata di misure cautelari o protettive che «non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori». E' vero che la norma attiene a un distinto sub-procedimento di revoca, avente ad oggetto misure già concesse o confermate a suggello del «procedimento-base» di cui al precedente 4° comma dello stesso art. 7³⁸. Ma mi sembra fuori discussione che, se a dette situazioni di incongruità rispetto allo scopo di garantire il buon esito delle trattative o di sproporzione rispetto al pregiudizio sofferto dai creditori, è consentito guardare come a condizioni sufficienti per eliminare dalla scena misure protettive che abbiano già ricevuto il sigillo della conferma giudiziale, a maggior ragione esse potranno valere come condizioni sufficienti per negare alla radice quella conferma. E

⁽³⁷⁾ G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it, 18 luglio 2021, 34.

⁽³⁸⁾ In ordine alla necessità dell'attivazione di un nuovo procedimento per la revoca o modifica di misure già confermate o concesse, v. L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 63, che parlano, al riguardo, di un procedimento più snello di quello «base» e in cui il contraddittorio va instaurato solamente nei confronti delle parti costituite e direttamente toccate dalla misura alla quale si intende por mano.

qualora poi questo ragionamento non dovesse pienamente persuadere, viene in soccorso la considerazione della diretta rispondenza di detti criteri con quelli dettati dalla Direttiva (UE) 2019/1023 (riguardante 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: c.d. Direttiva *Insolvency*) ai fini della revoca o limitazione di quella sospensione delle azioni esecutive individuali che nella Direttiva medesima (v. *sub* artt. 6 e 7) assurge a paradigma delle misure protettive adottabili dai singoli ordinamenti nazionali ⁽³⁹⁾.

Volendo declinare in termini più concreti e specifici questi presupposti, ci si può riferire allora, sotto il primo profilo – incapacità a soddisfare l'obiettivo del buon esito della trattativa –, a misure non coinvolgenti beni strategici ai fini del piano di risanamento che si vuole concertare con i creditori, tipo la sospensione dell'azione di rilascio di un bene non compreso nel ramo d'azienda dalla cui cessione ci si ripromette di trarre una quota rilevante delle risorse destinate a sorreggere quel piano medesimo ⁽⁴⁰⁾; ovvero, sotto il secondo profilo – attitudine ad infliggere al creditore un pregiudizio sproporzionato rispetto al vantaggio atteso per il debitore e il suo progetto di composizione negoziata –, a casi in cui la misura possa compromettere la solvibilità del creditore o la stabilità della sua impresa oppure all'ipotesi in cui il creditore sia garantito dall'ipoteca su un bene di cui sia fondato temere un deprezzamento grave e irreparabile nel tempo in cui l'azione esecutiva al riguardo esperibile sia destinata a rimanere bloccata.

Quest'ultimo riferimento è tratto direttamente dalla testé nominata Direttiva (UE) 2019/1023 (v. al Considerando n. 34, *in fine*), al pari del precedente (art. 6, paragrafo 9, comma 1°, lett. d) ⁽⁴¹⁾. E spunti pertinenti possono altresì

⁽³⁹⁾ Si veda, in particolare, l'art. 6, par. 4, secondo cui «gli Stati membri possono escludere determinati crediti o categorie di crediti dall'ambito di applicazione della sospensione delle azioni esecutive individuali, in circostanze ben definite, qualora tale esclusione sia debitamente giustificata e qualora: a) un'azione esecutiva non sia suscettibile di compromettere la ristrutturazione dell'impresa; oppure b) la sospensione comporti un ingiusto pregiudizio dei creditori che vantano tali crediti».

⁽⁴⁰⁾ Sul rilievo decisivo che assume l'identità del bene su cui dovrebbe esercitarsi l'azione esecutiva al fine di stabilire se essa abbia a compromettere o meno la ristrutturazione dell'impresa, così che, nel caso di acclarata inoffensività dell'azione al riguardo, il blocco della medesima non possa dirsi funzionale ad assicurare il buon esito della trattativa, cfr. estesamente T. RICHTER, *sub* Art. 6, in C.G. PAULUS, R. DAMMAN (ed. by), *European Preventive Restructuring*, München-Oxford, 2021, 112 s.

⁽⁴¹⁾ In virtù dei peculiari meccanismi approntati dal nostro legislatore per lo spiegamento delle misure protettive *de quibus*, non hanno, viceversa, potuto aver séguito le previsioni dell'art. 6, paragrafo 9, penult. comma, della Direttiva, a tenore del quale gli Stati membri potrebbero limitare «la facoltà di revoca della sospensione delle azioni esecutive individuali a situazioni in cui i creditori non hanno avuto l'opportunità di essere ascoltati prima dell'entrata

ricavarsi dal Decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 - emanato in attuazione delle disposizioni di cui agli artt. 3, commi 2° e 4°, e 5, comma 2°, d.l. n. 118/2021 -, a mente del quale, ai fini della conferma o revoca delle misure protettive, il giudice dovrebbe valutare, *inter alia*, le conseguenze che ne possano derivare sugli approvvigionamenti e il rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna; oppure, nel caso di estensione delle misure protettive agli istituti di credito, il rischio che le esposizioni bancarie del debitore siano riclassificate a "crediti deteriorati", con tutto quelle che ne può conseguire (v. alla Sez. III, *sub* 6).

Non si dimentichi, inoltre, come i divieti di protezione introdotti dal decreto in rassegna sono destinati a interessare le azioni esecutive e cautelari aventi ad oggetto non soltanto i beni di cui il debitore sia titolare ma anche quelli di cui abbia la disponibilità per ragioni attinenti all'esercizio dell'impresa. E questo consente di ampliare ulteriormente il campionario delle ipotesi in cui sia dato al giudice di intervenire in via ablativa su quei divieti medesimi: penso al caso, con notevole frequenza emerso nella giurisprudenza nordamericana in tema di *relief* dall'*automatic stay*, dell'azione di rilascio coattivo del locatore la cui sospensione sia giudicata causa di deprezzamento grave o irreparabile del bene locato ⁽⁴²⁾.

6. Prognosi giudiziale di insuccesso delle trattative promosse con il ceto creditorio e caducazione generalizzata delle misure protettive che esse trattative supportano.

Rimane infine da chiedersi se sia consentito al giudice di procedere a una valutazione, ovviamente in termini di delibazione sommaria, circa le prospettive di successo delle trattative in atto, come premessa, per il caso di esito negativo di questa valutazione prognostica, di quello che sarebbe un provvedimento di revoca generalizzata delle misure protettive allo stato operanti. Non mi nascondo come questa possibilità sia direttamente accreditata dalla Direttiva Insolvency, là dove stabilisce, *sub* art. 6, paragrafo 9, comma 1°, che «gli Stati membri provvedono affinché l'autorità giudiziaria o amministrativa possa

in vigore della sospensione» medesima. All'esigenza di preservare i creditori da un pregiudizio eccessivo può ricondursi una conferma che fosse meramente parziale delle misure precedentemente scattate disposta dal giudice al fine di evitare che un imprenditore che abbia attivato la composizione negoziata quando ancora *in bonis*, possa lucrare, per il tramite del ventaglio completo di esse misure, un vantaggio competitivo: cfr. I. PAGNI, M. FABIANI, *op. cit.*, 9.

⁽⁴²⁾ Per i dovuti ragguagli e approfondimenti, si rinvia a V. BARONCINI, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay. Studio su un sistema uniforme degli effetti protettivi vigenti nell'ordinamento concorsuale italiano*, Torino, 2017, 278 ss.

revocare una sospensione delle azioni esecutive individuali [allorquando]: a) la sospensione non soddisfa più l'obiettivo di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, ad esempio se risulta evidente che *una parte di creditori che ai sensi del diritto nazionale può impedire l'adozione del piano di ristrutturazione non appoggia la continuazione delle trattative* [corsivo dell'a.]»⁽⁴³⁾. Ma sul fatto che il legislatore italiano si sia effettivamente orientato in questa direzione, mi permetterei di sollevare qualche dubbio.

In proposito, comincerei subito con l'escludere che, diversamente da quanto traspare da un'autorevole esegesi dottrinale, sia proprio nella ricezione di quello specifico *input* della Direttiva (UE) 2019/1023 che andrebbe individuata la chiave per dare senso e fondamento costituzionale a quello che rappresenta senza alcun dubbio il segmento più discusso, e obbiettivamente più discutibile, della complessiva regolamentazione cui è stato sottoposto il procedimento qui rapidamente illustrato, vale a dire la già rammentata previsione di cui all'ultimo periodo del comma 3° dell'art. 7 d.l. n. 118/2021, a tenore della quale gli effetti protettivi prodottisi ai sensi del precedente art. 6, comma 1°, sono condannati a venire meno qualora, nel termine di dieci giorni dal deposito del ricorso, il giudice non provveda alla fissazione dell'udienza. Disposizione bollata come iniqua e incostituzionale⁽⁴⁴⁾, siccome destinata a far ricadere sulle spalle del povero debitore le infauste conseguenze dell'inerzia e inefficienza dell'organo giudiziario; eppertanto ricostruita nel senso che il vano decorso di quel termine sancirebbe un tacito diniego di fissazione dell'udienza - per acclarata inammissibilità della domanda ovvero, per l'appunto, insussistenza delle suddette prospettive di successo-, nei cui confronti sarebbe poi dato al ricorrente di reagire provocando il riesame di quella prognosi negativa per il tramite del reclamo *ex art. 669-terdecies c.p.c.*⁽⁴⁵⁾.

⁽⁴³⁾ E v. pure, ancorché nemmeno per questa parte la Direttiva abbia ricevuto attuazione nel nostro ordinamento, l'art. 6, paragrafo 1, comma 2°, a mente del quale «gli Stati membri possono prevedere che la autorità giudiziarie o amministrative abbiano la facoltà di rifiutare la concessione di una sospensione delle azioni esecutive individuali qualora tale sospensione non sia necessaria o non consegua l'obiettivo di cui al primo comma [agevolazione delle trattative sul piano di ristrutturazione]: disposizione che assume rilievo ai presenti fini alla luce della precisazione contenuta nel Considerando n. 32, per cui, tra i motivi idonei a suffragare detto rifiuto, potrebbe «figurare la mancanza di sostegno da parte della maggioranza richiesta dei creditori».

⁽⁴⁴⁾ Cfr. G. COSTANTINO, *op. cit.*, 9; F. PLATANIA, *op. cit.*, 6.

⁽⁴⁵⁾ Così L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *op. cit.*, 61 ss., che la delibazione giudiziale esplicabile in quella sede circa le capacità della composizione negoziata di andare in porto assimilano al giudizio di fattibilità giuridica e/o economica del concordato preventivo (63). D'obbligo è precisare che, secondo gli autori, sarebbe opportuno, anzi doveroso, che il giudice formalizzasse tale diniego a mezzo di apposito decreto, onde consentire un'immediata cancellazione dal registro delle imprese delle iscrizioni relative alle misure protettive. Resta però il fatto che, a concretizzare tale diniego, l'inerzia giudiziale protrattasi per il tempo indicato

In questo modo la parte non subirebbe impotente gli effetti dell'inoperosità giudiziale. Ma che questo basti a riportare effettivamente la norma entro i binari della legalità costituzionale, avrei francamente qualche esitazione ad ammetterlo ⁽⁴⁶⁾, considerato che esportare nel campo del processo quella che, in buona sostanza, sarebbe una forma di silenzio-rigetto significa quantomeno disconoscere la garanzia costituzionale della motivazione dei provvedimenti giurisdizionali e attentare, con ciò, al diritto di difesa delle parti, in quanto poste nella condizione di impugnare il provvedimento senza conoscerne le ragioni giustificative.

Una lettura costituzionalmente orientata della norma richiede, per contro, che al vano decorso del termine predetto si ricollegli l'esaurimento del potere del giudice singolo di fissazione dell'udienza con annessa attribuzione al collegio di un potere surrogatorio al riguardo, sollecitabile per il tramite esclusivo del reclamo, che nell'occasione fungerebbe allora da strumento per provocare l'esercizio di quel potere surrogatorio e non come rimedio impugnatorio avverso un provvedimento giudiziale che, obbiettivamente, non sarebbe venuto a materializzarsi ⁽⁴⁷⁾: congegno macchinoso fin che si vuole e di dubbie razionalità e funzionalità ma, quantomeno, idoneo a ricondurre interamente entro la sfera dell'autoresponsabilità del ricorrente l'eventuale perdita degli effetti protettivi conseguiti con l'istanza di cui all'art. 6, comma 1°, del testo normativo in esame.

Che poi, tornando alla questione originariamente affacciata, nell'esercizio di quel potere surrogatorio il collegio possa valutare se le trattative siano in grado di andare in porto o meno, questo lo si potrebbe anche arrivare a sostenere ⁽⁴⁸⁾, ma sulla base di indici normativi per forza di cose diversi da quello appena

dalla legge risulterebbe in ogni caso sufficiente, a prescindere dalla scelta del giudice di formalizzarla o meno.

⁽⁴⁶⁾ Come lo escluderei senz'altro con riguardo alla soluzione proposta a quel fine da F. PLATANIA, *op. loc. cit.*, dove testualmente si legge che «un'interpretazione costituzionalmente orientata impone [...] di ritenere che, a prescindere dalla caducazione delle misure protettive, rimanga, comunque, l'obbligo del giudice di fissare l'udienza per decidere sull'emanazione/convalida delle stesse». Sappiamo, infatti, che non è consentita al giudice l'emanazione *ex novo* di misure protettive alla stregua di quanto previsto per le cautelari (*retro*, nt. 5); e non si vede che cosa il giudice potrebbe convalidare, assodato che, per effetto della tardiva fissazione dell'udienza, le misure conseguite in via automatica alla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di cui all'art. 6, comma 1°, sarebbero *eo ipso* uscite di scena.

⁽⁴⁷⁾ Così dicendo, non si crede di esprimere un concetto troppo distante da quello che ha inteso enunciare G. COSTANTINO, *op. cit.*, 11, là dove, ammettendo che il reclamo sarebbe esperibile anche nel caso di omessa fissazione dell'udienza da parte del giudice singolo, ha osservato che s'avrebbe, nella specie, a che fare con un rimedio concesso avverso «l'insipienza del legislatore».

⁽⁴⁸⁾ E, ad avviso di F. DE SANTIS, *Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi interpretativi (osservazioni a*

passato in rassegna, che a quei fini si è rivelato assolutamente neutro e irrilevante.

Non altrettanto certamente, specie se letta nella cornice della Direttiva Insolvency e delle sue prescrizioni, sarebbe a dirsi della già menzionata disposizione dell'art. 7, comma 6°, relativa alla revoca o abbreviazione di durata delle misure protettive e cautelari che non siano (più) in grado di assicurare il buon esito delle trattative. Ma neppure mancano indici di segno differente. E in tal senso penso, in particolare, al regime di quell'effetto di protezione *sui generis*, consacrato nell'art. 6, comma 4°, d.l. n. 118/2021, che è dato dal divieto di far luogo alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore istante per la composizione negoziata della crisi ovvero all'accertamento giudiziario dello stato d'insolvenza di quel soggetto, quale premessa per l'apertura nei suoi confronti di una procedura liquidatoria di tipo amministrativo⁽⁴⁹⁾: effetto di cui il legislatore, nel proclamare espressamente l'operatività sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, ha sancito la sottrazione ai poteri giudiziali di revoca o abbreviazione della durata, nel che non pare avventato leggere la testimonianza di un orientamento di fondo volto a escludere che il giudice, manovrando sulle misure protettive, possa interferire in maniera decisiva sulle sorti del procedimento di composizione negoziata e sull'attività dell'esperto a quel fine nominato⁽⁵⁰⁾. D'altro canto, ad accorgersi che l'atteggiamento dei creditori nei confronti del piano e delle proposte avanzato/e dall'imprenditore non preluda a un buon esito delle trattative, dovrebbe essere, ben prima che il giudice, l'esperto: che sia quest'ultimo, pertanto, a trarne le dovute conseguenze.

marginale di Trib. Brescia, 2 dicembre 2021), in *www.dirittodellacrisi.it*, 17 dicembre 2021, 5 s., lo sosterrrebbe implicitamente anche la cit. Trib. Brescia, 2 dicembre 2021.

⁽⁴⁹⁾ Per questa precisazione cfr., *si vis*, MONTANARI, *I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali*, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, cit., 96.

⁽⁵⁰⁾ In termini fondamentalmente non dissimili, G. FAUCEGLIA, *Qualche riflessione, "in solitudine", sulla composizione negoziata della crisi d'impresa*, in *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 12 dicembre 2021, 5 s.

PRIME CONSIDERAZIONI AZIENDALISTICHE SULLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

PAOLO BASTIA

Sommario: 1. Una forte ventata di novità. - 2. I destinatari e le finalità - 3. Nuovi concetti e problemi interpretativi. - 4. Verso un monitoraggio probabilistico. - 5. L'insolvenza reversibile - 6. La fase di avvio del percorso della composizione negoziata della crisi d'impresa - 7. Questioni organizzative e metodologiche del risanamento - 8. Il controllo dell'esperto sulla sussistenza di ragioni che rendono il risanamento perseguibile. - 9. Il ruolo degli *advisor* del debitore e del CRO. - 10. La gestione dell'impresa durante le trattative: sostenibilità ed interesse dei creditori. - 11. Conclusioni.

Abstract: in prospettiva filo-aziendalistica, l'autore esegue una disamina di alcuni fra i più rilevanti aspetti del neo-introdotto istituto della composizione negoziata della crisi. Tra enigmatici neologismi e delucidazioni sul concetto di "reversibilità dell'insolvenza", lo scritto si presta ad una serie di riflessioni sulla vantaggiosità della procedura in questione.

Parole chiave: crisi d'impresa, composizione negoziata, insolvenza reversibile, ristrutturazioni aziendali, esperto, sostenibilità, interesse dei creditori.

Abstract: in a business perspective, the author examines several of the most important aspects of the newly introduced negotiated settlement institution. Between enigmatic neologisms and clarification on the concept of insolvency reversibility, the paper lends itself to a series of considerations about the convenience of the negotiate settlement procedure.

Keywords: business crisis, negotiated settlement, insolvency reversibility, corporate restructuring, expert, sustainability, interest of creditors.

1. Una forte ventata di novità.

Il Decreto Legge 24 agosto 2021 n. 118 ha introdotto numerose novità, tra le quali, in particolare, il nuovo strumento denominato “Composizione negoziata per la soluzione della crisi”, con il corredo di supporti accessibili sulla piattaforma telematica, quali il test *on line*, la lista di controllo e il protocollo di conduzione della composizione negoziata.

Con la legge di conversione n. 147 del 21 ottobre 2021 il provvedimento dell’agosto scorso esce dunque nella sua veste definitiva¹.

Tra le numerose novità, di grande rilievo, vi sono quelle del nuovo ruolo dell’esperto indipendente e dei diversi supporti a forte contenuto aziendalistico (test *on line*, lista di controllo, protocollo), mediante i quali è stata introdotta una assai articolata strumentazione tecnico-contabile composita, a contenuto consuntivo e preventivo, fortemente innovativa dal punto di vista terminologico, formale e concettuale, che dovrà trovare, nel tempo, innanzi tutto un’adeguata sistematizzazione per evitare di risultare un coacervo di dati di difficile integrazione; ma anche un doveroso raccordo con la dottrina aziendalistica ed anzi con le discipline specialistiche interessate e che sono assai numerose: dalla ragioneria alla pianificazione, dalla letteratura sulle crisi e i risanamenti aziendali a quelle strategica, manageriale e organizzativa.

Il diritto positivo attuale sta proponendo sempre più ricorrentemente strumenti e soluzioni che necessitano di riferimenti organizzativi (vedasi il d. lgs. n. 231/2001 e il novellato secondo comma dell’art. 2086 c.c. in attuazione dell’art. 375 del CCII) e strategici, con insistente richiamo ai piani aziendali di risanamento e non solo, che esprimono la natura essenziale delle strategie, vale a dire il cambiamento strutturale dell’impresa nel lungo andare e la discontinuità rispetto al passato, verso condizioni durevoli di equilibrio a tendere.

Nel testo in esame sono introdotti termini di nuovo conio e concetti innovativi non soltanto a livello giuridico, ma proprio anche a livello aziendale, quali la “sostenibilità economico-finanziaria” (art. 9) e l’“insolvenza reversibile” (rel. ill. e protocollo), che non rientrano nelle definizioni e nei concetti assimilati nell’ambito della scienza aziendale e che quindi richiederanno un notevole lavoro di chiarimento e di inquadramento, per fornire alla comunità professionale dei riferimenti razionali e non solo intuitivi e vaghi².

¹ Per una tempestiva e lucida disamina della legge di conversione, si legga S. AMBROSINI, *La Legge n. 147/2021 di conversione del D. L. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 26 ottobre 2021.

² Per le prime riflessioni sul presupposto oggettivo della “insolvenza reversibile”, con considerazioni diverse, si vadano, A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *Diritto della Crisi*, ottobre 2021; S. AMBROSINI, *La “miniriforma” del 2021. Rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato*

Gli stessi concetti di *probabilità di insolvenza* - risolto a livello di definizione giuridica dall'art. 2 del CCII come nozione di crisi, ovvero sia squilibrio economico-finanziario, dopo l'intervento del correttivo, che ha modificato la precedente vaga nozione di "stato di difficoltà" - e soprattutto di *probabilità di crisi* necessitano di importanti chiarimenti definitivi e concettuali.

Vanno inoltre sviluppati adeguatamente i concetti di "potenzialità necessarie per restare sul mercato"(rel. ill.), quale condizione perché le imprese con probabilità di crisi o di insolvenza, ma anche insolventi in maniera reversibile, possano accedere alla composizione negoziale, assumendo come riferimento le indicazioni della letteratura strategica e organizzativa e presumibilmente includendo tra queste potenzialità gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili di cui all'art. 2086, secondo comma c.c.³

I diversi concetti "vaghi" o comunque aziendalmente indefiniti che sono stati introdotti necessitano dunque di adeguate riflessioni e sistematizzazioni per definire, ancorché non in maniera deterministica, delle verosimili relazioni causa-effetto con la qualificazione dei presupposti oggettivi del nuovo strumento, che evitino di ricorrere ad approssimazioni troppo generiche ed astratte e di portare a selezioni e giudizi incoerenti circa le imprese che accederanno al nuovo strumento.

Consapevoli dunque dell'importanza del (rigore di) linguaggio e delle sue significazioni più puntuali, ma volendo comunque andare per esigenze pratiche verso una direzione propositiva, alcune prime risposte definitorie possono essere quelle: i) di "probabilità di crisi" come una fase di indebolimento dell'azienda o pre-crisi, con avvisaglie emergenti lungo la catena del valore dell'impresa e con segnali anche non espressi da grandezze monetarie e da evidenze in bilancio, ma risalanti, nella concatenazione mezzo-fine, a disfunzioni gestionali organizzative interne e a criticità relazionali esterne significative (reclami, resi, perdite di clienti); ii) di "insolvenza reversibile" solo e soltanto quella causata da fattori esterni temporanei (ma essenziali rispetto alla reattività della singola impresa) e non endoaziendali; iii) come "potenzialità" vanno richiamati, in via enunciativa e non esaustiva, senz'altro i paradigmi strategici dei "punti di forza" del modello di Andrews, della "catena del valore" del modello di Porter, delle "risorse strategiche distintive" del modello di Grant:

semplificato, in *Diritto Fallimentare*, 2021; P. BOSTICCO, *La composizione negoziata: trattative e gruppo di imprese*, *Il Fallimentarista*, settembre 2021.

³ Sull'applicazione degli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il loro sostanziale contributo alla capacità di intercettazione tempestiva della crisi e della perdita di continuità aziendale, unitamente alla prontezza di assumere idonei provvedimenti, si rimanda al nostro, *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, luglio 2021.

tutti universalmente noti e accreditati nella comunità scientifica e in quella professionale⁴. Più problematica sembra essere la nozione di “sostenibilità economico finanziaria”, risolta dal protocollo invero in maniera convenzionale con l’accertamento di un MOL (margine operativo lordo) positivo, ma non proprio rispondente con la teoria dell’impresa affermata in dottrina, che considera l’equilibrio economico, assai più prudentemente, ancorato ad una più che soddisfacente *redditività netta* a valere nel tempo.

Il decreto dirigenziale ha molto celebrato il MOL (o EBITDA), che ha certamente grande espressività segnaletica, per il suo doppio ruolo -al tempo stesso quale *fenomeno gestionale* e quale *misurazione* di tale fenomeno, capace dunque di essere rappresentabile - di risultato economico di efficienza produttiva (dopo il costo del lavoro), da un lato; e di autofinanziamento prodotto dalla gestione aziendale, dall’altro lato: una capacità segnaletica quindi straordinaria, perché duplice, sia economica che finanziaria, tanto che la migliore dottrina lo ha da tempo qualificato come “utile lordo finanziario”, non mancando tuttavia, nell’aggettivazione di “lordo”, di precisarne il limite, rispetto al primario e irrinunciabile ruolo del *risultato netto*, del reddito d’esercizio, come più completa (quindi razionale e prudente) evidenza di un equilibrio (o di uno squilibrio) economico dell’impresa⁵.

Vada inoltre considerato il prezzo che si vuol pagare, per ragioni di pragmatismo e di semplificazione, nel fare riferimento ad un unico dato, peraltro parziale, ancorché rilevante, per dirimere valutazioni complesse e con grandi implicazioni concrete in ordine al tema dell’eventuale pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria, quale criterio del “cambio di passo” nella conduzione dell’impresa, con le responsabilità che ne derivano (punto 7.5 del protocollo).

Il MOL gioca un ulteriore ruolo fondamentale anche in sede di parere dell’esperto innanzi al tribunale, in caso di nuovi finanziamenti prededucibili (punto 10.1 del protocollo), quindi in un contesto diverso da quello precedente. E qui emerge un altro atteggiamento semplificatore, che può anche essere accolto per ragioni di pragmatismo, basta averne la consapevolezza: il fatto cioè che si attribuisce ad un unico dato, peraltro parziale come si è detto, una

⁴ Per l’analisi strategica, invero assai ricca di contributi tra di loro complementari, si vedano in particolare: D. ABELL, *Defining the business: the starting point of strategic planning*, Prentice Hall, 1980; K. ANDREWS, *The concept of corporate strategy*, Irwin, 1987; M. GALEOTTI – S. GARZELLA, *Governo strategico dell’azienda*, Giappichelli, Torino, 2013; R. GRANT, *L’analisi strategica per le decisioni aziendali*, Il Mulino, Bologna, 2020; M. PORTER, *Il vantaggio competitivo*, Einaudi, Torino, 2011.

⁵ Sul significato e i limiti dell’ “utile lordo finanziario” e sul suo raccordo con il reddito netto d’esercizio si rinvia al magistrale insegnamento di Tancredi Bianchi, “Scuola Bocconi” (allievo del fondatore dell’Economia Aziendale Gino Zappa), *I fidi bancari*, Utet, Torino, 1992.

funzione di criterio universale, ad ampio spettro, riguardo a decisioni di assai diversa natura, quando invece la scienza aziendale *disconosce* il valore assoluto e generale a qualsivoglia dato e indice o prodotto informativo, essendo ciascuno di essi valido in termini relativi, limitatamente ad un ben preciso scopo conoscitivo e non ad altro⁶. Emerge quindi un problema logico di razionalità delle valutazioni e delle scelte e quindi di correttezza delle decisioni che ne conseguono, non solo da parte dell'imprenditore nella conduzione della gestione e dell'esperto nell'ambito della sua attività di vigilanza e di segnalazione, ma anche da parte del tribunale.

Sul punto, di grande spessore, è auspicabile che si sviluppi un dibattito, arricchito di approfonditi contributi, se non si vuole lasciare al pericolo di distorsioni segnaletiche e di euristiche decisionali importanti opzioni complesse e di forte implicazione sui destini delle imprese, peraltro in crisi.

2. I destinatari e le finalità.

Lo strumento della composizione negoziata della crisi è particolarmente accessibile e versatile, per favorirne la massima diffusione, a date condizioni:

a) I destinatari (presupposto soggettivo) sono tutte le imprese, di qualsiasi dimensione, ivi comprese le imprese agricole, che avvertano situazioni di difficoltà e in particolare, secondo la rel. ill., quelle 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. Ma nel novero rientrano anche le aziende "in stato di insolvenza reversibile" (rel. ill e protocollo).

b) L'assunzione alla base dello strumento di composizione e dei supporti, semplificati, per l'accesso e per la predisposizione di un piano di risanamento, è quella dei limiti attribuiti alle PMI di riconoscere la crisi e di individuare idonee soluzioni.

c) Le motivazioni dei nuovi provvedimenti sono collegate alle ripercussioni economiche, finanziarie e patrimoniali della pandemia sul sistema delle imprese, che sono state contenute mediante misure di sostegno temporanee e destinate a cessare, con

⁶ Cfr., sui limiti di validità dei dati aziendali e sulla loro funzionalità non assoluta, ma relativa a precisi scopi conoscitivi, i grandi Capi Scuola: A. AMADUZZI, *La contabilità dei costi*, Bozzi, Genova, 1959 (14-18); V. CODA, *I costi di produzione*, Giuffré, Milano, 1968 (47-5); L. GUATRI, *I costi di azienda*, Giuffré, Milano, 1954 (73-77); P. ONIDA, *La logica e il sistema delle rilevazioni quantitative d'azienda*, Giuffré, Milano, 1960 (663-664).

l'atteso rischio di una situazione recessiva diffusa e perdurante per tempi non brevi.

d) Queste circostanze non solo hanno motivato i rinvii del CCII al 16 maggio 2022 e delle procedure di allerta al 31 dicembre 2023, ma vengono considerate tali da richiedere strumenti per l'emersione anticipata della crisi più idonei rispetto a quelli previsti dal CCII (rel. ill.).

e) Le finalità del decreto legge sono quelle di: i) prevenire la crisi; ii) risolvere le situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili (rel. ill.).

Il decreto-legge si contraddistingue per soddisfare esigenze di semplificazione, di velocizzazione delle procedure, di pragmatismo (il "test pratico" e la "check list" di cui all'art. 2) e quindi di semplificazione dei supporti di analisi e di pianificazione, di diagnosi preventiva, anche per favorire esplicitamente le piccole e le medie imprese, sia nell'acquisizione di una pronta consapevolezza, sia nell'avvio e nel prosieguo del percorso di risanamento.

Un primo giudizio sui supporti tecnici e sul protocollo porta a valutare "luci e ombre" nella strumentazione proposta: da un lato gli strumenti di taglio aziendalistico, di cui si dice essere stati derivati dalla "migliore prassi", appaiono numerosi e a vasto raggio di copertura metodologica rispetto alle esigenze di diagnostica e di pianificazione per il risanamento, senz'altro con forti semplificazioni giustificate dalla priorità di coinvolgere le PMI, pur con contenuti che in realtà tradiscono complessità di metodo non banali e che necessiteranno di robusti contributi di advisor; dall'altro lato, quanto approntato non può che rappresentare una base minima di strumenti, certamente inadeguata per imprese non solo di maggiori dimensioni, ma anche di maggiori complessità pur essendo medie o piccole, qualora esse risultino fortemente impegnate a livello strategico e di sviluppo: con internazionalizzazione dei mercati, innovazione di prodotti e di processi, varietà e molteplicità dei business, delle aree servite, dei segmenti di clientela, dei marchi commerciali, con elevato tasso di sostituzione dei prodotti e dei servizi.

Occorrerà, nei casi di crescente livello di complessità gestionale e organizzativa, approntare strumenti diagnostici e piani di risanamento, anche per il controllo della loro esecuzione, assai più completi, sofisticati, rispondenti alle esigenze maggiori di sviluppo procedurale, reportistica, trasparenza e contenuto, con assai maggiore enfasi sui cronoprogrammi e sui piani d'azione, con precisa individuazione di "chi fa che cosa", senza di che i piani appaiono "pallide" prospettazioni di vaghe iniziative e i numeri che ne esprimono le

quantificazioni rischiano di possedere più i connotati delle espressioni matematiche che delle grandezze aziendali.

Va precisato che il ricorso alla composizione negoziale è totalmente su base volontaria e si fonda su principi di reciprocità tra imprenditore e parti a vario titolo coinvolte, in termini di riservatezza, trasparenza e parità informativa, buona fede e correttezza: valori a cui fornisce un decisivo contributo l'esperto, nella sua funzione di assicurazione indipendente e imparziale, dovendo prevenire e contenere eventuali comportamenti opportunistici e asimmetrie informative.

Queste considerazioni sono molto importanti e credo innovative dal punto di vista del diritto della crisi, perché introducono delle variabili comportamentali che arricchiscono, credo opportunamente, la dimensione altrimenti solo iperrazionalistica con cui tradizionalmente sono state individuate soluzioni basate su strumenti di prassi aziendale eminentemente a contenuto quantitativo (bilanci, indici, flussi prospettici, piani di risanamento, piani liquidatori).

La letteratura di pianificazione ha sempre più insistito, nel tempo, ai fini dell'efficacia degli strumenti, sull'importanza delle variabili comportamentali, declinate con altra terminologia, comunque comparabile: simmetria informativa, trasparenza, fiducia, riduzione dell'opportunismo reciproco, semplificazione per il superamento dei limiti cognitivi, interiorizzazione degli obiettivi del piano, responsabilizzazione. Pertanto il ruolo dell'esperto, unitamente ai doveri dell'imprenditore e delle parti, di cui all'art. 4, appare anche su questa dimensione particolarmente qualificante.

3. Nuovi concetti e problemi interpretativi.

Quello che con forte immediatezza emerge allo sguardo dell'azienalista e penso anche del giurista è il ricorso ad una terminologia non solo "di nuovo conio", ma inaudita in ambito aziendale, sia dal punto di vista scientifico che di prassi professionale.

La novazione linguistica in gran parte non è accompagnata da definizione alcuna, non potendosi peraltro ricorrere a spiegazioni da vocabolario, trattandosi di questioni lessicali legate a logiche e metodi aziendali, aprendo così una serie di problemi interpretativi di non facile soluzione.

A questi si aggiungono aspetti di significatività concettuale incerta, che aprono profondi solchi non solo interpretativi, ma anche applicativi.

Basti citare alcuni esempi:

- a) la "sostenibilità economico-finanziaria dell'attività", di cui all'art. 9 del D.L., della quale si vuole evitare il pregiudizio, tramite una gestione accorta: sostenibilità è un termine assente nella

dottrina aziendale; quindi, ad oggi ascientifico e il ricorso al dizionario di certo non aiuta, perché riferito al linguaggio ordinario. In ambito aziendale sono invero affermati i concetti di *equilibrio economico* e di *equilibrio finanziario*, nonché di redditività, di economicità, ma ciascuno con significati appropriati. Peraltro, la dimensione economica e finanziaria dell'equilibrio non sono allineate, né come tempistiche di riferimento, né come risultanze quantitative. L'importanza di questa chiave interpretativa risiede nel fatto che la "sostenibilità", secondo l'art. 9, costituisce il criterio di corretta gestione condotta in autonomia dall'imprenditore: una gestione sia ordinaria che straordinaria. Tale criterio, che concorre a definire i limiti di insindacabilità della conduzione dell'impresa, diventa dirimente al profilarsi di un pregiudizio, emergendo una probabilità di insolvenza, perché innesta i doveri di una gestione conservativa.

b) "Probabilità di crisi" (art. 2):

costituisce anch'esso un problema interpretativo, di tipo concettuale più che terminologico. L'approccio quello aziendalistico, non essendo mai deterministico, pur utilizzando ampiamente dei parametri e degli indici, mantiene una dimensione parzialmente intuitiva e quindi soggettiva nel momento interpretativo, laddove la probabilità di futura crisi può emergere da fattori indiziari gestionali e monetari: perdita di clienti, perdita della quota di mercato, incremento dei prezzi degli approvvigionamenti (se non trasferibili alla clientela), perdita di marginalità lorda, perdite nette d'esercizio gravi e persistenti, gravi carenze organizzative, mancanza di innovazione. Sarà il quadro di dati e di elementi qualitativi indiziari, nel caso concreto (non in via generale) a configurare, secondo comunque un giudizio prognostico d'esperto e di sintesi, una eventualità di crisi, che la letteratura ha finora evitato di qualificare come "probabilità", venendo così, oggi, a mancare una categoria di riferimento. Va anche tenuto presente il fatto che, a differenza dell'insolvenza che trova manifestazione esterna e quindi, in quel momento, di rapida conoscibilità e diffusione, la crisi economica esita spesso da processi di deterioramento del modello di business gradualmente e incrementalmente, irregolari, con evidenze parziali e assenze di tracce (si usa la metafora dei fiumi carsici), tanto che si suggerisce di valorizzare i cosiddetti "segnali deboli" (*weak signals*): vale a dire indizi qualitativi e tecnico-gestionali premonitori (difetti di lavorazione, non conformità, lamentele, ritardi, inefficienze circoscritte, rimanenze invendute), tali da anticipare i segnali "forti", ma fatalmente tardivi, delle perdite economiche, MOL incluso.

c) La "probabilità di insolvenza" (art. 2) trova una precisa definizione all'art. 2 CCII, ancorché dal punto di vista scientifico

rimangono tutte le problematiche concettuali e operative suddette, basate su correlazioni relativamente vaghe e indirette tra eventi indiziari e possibilità di insolvenza: aumento dei livelli delle rimanenze, peggioramento del ciclo monetario, aumento della posizione finanziaria netta, *cash flow* negativo, difficoltà di pagamento di importanti clienti, ritardi nelle consegne dei lavori: la vaghezza o meglio la mancanza di determinismo dell'approccio aziendale riposa sul riconoscimento della natura sistemica dell'azienda ("sistema socio tecnico"), per cui troppe variabili in interazione, anche umane e soggettive, non consentono di isolare relazioni semplici tra un solo fattore causale e la conseguente insolvenza temuta.

L'insolvenza, per il legislatore, è sempre una patologia di natura finanziaria o meglio *monetaria* (inadempimenti a fronte delle obbligazioni), coerentemente tutto sommato con la letteratura aziendale.

d) L'ipotesi contemplata dal legislatore (espressamente richiamata nella relazione illustrativa) di una "insolvenza reversibile", giacché usualmente il problema della reversibilità concerne tipicamente la situazione di crisi: su questo aspetto approfondiremo di seguito in apposito paragrafo dedicato.

e) L'avversativo utilizzato nella locuzione "squilibrio patrimoniale o economico-finanziario", laddove tratta di tre condizioni (patrimoniale, economica e finanziaria) tutte rilevanti congiuntamente e *non* alternativamente, proprio perché sono strettamente connesse tra loro.

f) Le "potenzialità necessarie" per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa. Quali siano queste potenzialità non vengono date indicazioni: qui occorre dunque rinviare alla letteratura strategica e a quelle della crisi e dei risanamenti d'impresa, trattandosi in gran parte di profili di tipo qualitativo, organizzativo e procedimentale.

4. Verso un monitoraggio probabilistico.

Il ricorrente ricorso del legislatore al concetto di *probabilità* - vedasi probabilità di insolvenza, introdotto nel CCII, ora quello di probabile crisi (art. 2 D.L. 118), ma anche di ragionevole perseguibilità del risanamento, da valutare sia inizialmente che nel corso delle trattative (rel. ill.) - comporta una visione della gestione dell'impresa che accede alla composizione negoziale di tipo probabilistico, coerentemente con la nozione di sistema probabilistico di matrice aziendalistica.

Fra le tante implicazioni, anche dal punto di vista pratico, ne consegue il fatto che necessitano, sia per l'imprenditore e i suoi advisor, sia per l'esperto, sia per

il CRO (*Chief Restructuring Officer*), strumenti di carattere preventivo e di natura predittiva.

Gli strumenti *preventivi*, indicati dal legislatore stesso e dal documento allegato al decreto dirigenziale sono il piano finanziario a sei mesi e il piano di risanamento. Ma è evidente che possono essere elaborati ulteriori strumenti preventivi, quando il caso concreto lo richieda (piani di dettaglio, piani d'azione, ecc.). Questi strumenti, che si esprimono anche attraverso grandezze monetarie, derivano da assunzioni e da ipotesi gestionali che possiedono un evidente carattere probabilistico, in quanto condizionato da fattori di rischio e di incertezza: ad esempio, obiettivi o previsioni di vendite, di dinamiche dei prezzi, di evoluzione della domanda, di ripresa dell'inflazione.

Gli strumenti *predittivi* sono invece quelli che comportano, metodologicamente, dei mirati interventi di natura probabilistica, introducendo delle variazioni - entro un *range* ragionevole e coerente con la natura delle ipotesi - che incidono sulle variabili previsionali originarie e che impattano, con relazioni causa effetto, sull'intero sistema dei dati preventivi, riconfigurandolo alla luce di tali variazioni: trattasi delle analisi di sensitività (simulazioni) e degli *stress test*, il quale ultimo è espressamente richiesto all'esperto dalla lista di controllo (punto 5.2), relativamente alla verifica preventiva e probabilistica del piano di risanamento.

Simulazioni e *stress test* costituiscono peraltro tecniche di verifica predittiva, su base probabilistica, richieste agli advisor dell'imprenditore (lista di controllo, punto 5.3), ma raccomandabile anche al CRO, il quale deve effettuare un monitoraggio sull'esecuzione del piano di risanamento e sulle probabilità di conseguimento degli obiettivi esplicitati, intermedi e a finire, ivi compresi eventuali *covenant* ed *earn out*.

5. L'insolvenza reversibile.

Un aspetto di grande interesse e di non semplice soluzione concerne l'inclusione dell'insolvenza tra le situazioni aziendali considerate "a priori", quindi in astratto, *reversibili*, che andranno ovviamente valutate nel caso concreto.

La circostanza è richiamata dall'art. 2 del D.L. e ribadita dalla relazione illustrativa ed è diversa dalla "probabilità di insolvenza" di cui all'art. 9 e a cui eravamo già abituati, in forza dell'art. 2 del CCII.

La "sorpresa" sorge per il fatto che l'insolvenza è considerata tradizionalmente, in ambito giuridico, come il presupposto per la dichiarazione di fallimento e anche per la procedura di liquidazione, ai sensi dell'art. 121 del CCII.

Aziendalmente, la consueta associazione tra insolvenza e fase terminale dell'impresa, quindi compatibilità con la procedura fallimentare o di liquidazione giudiziale, appare del tutto coerente. La dottrina economica, infatti, considera l'insolvenza, tipicamente, anche se non in via esclusiva, come la manifestazione finale della crisi dell'impresa, quindi irreversibile e non meritevole di ulteriore assorbimento di risorse, essendo il business in stato di decozione ed essendo perdute le condizioni di continuità aziendale.

La continuazione dell'attività, in ambito giuridico, è peraltro considerata, in queste circostanze, pregiudizievole per gli interessi dei creditori.

La spiegazione sequenziale che procede dall'indebolimento, allo squilibrio economico, fino alla crisi e quindi all'insolvenza, pur essendo certamente prevalente, non è comunque totalizzante.

Non mancano infatti circostanze rarefatte e interstiziali di imprese vitali dal punto di vista strategico e con modelli di business ancora coerenti, quindi competitive e in relativo equilibrio economico, che, pur non avendo perdite d'esercizio e patrimonio netto negativo, mostrano situazioni di insolvenza.

Il fenomeno trae origine per lo più da criticità dovute alla mancata solvibilità, inattesa, della clientela, di clienti importanti, i cui ritardati o mancati pagamenti si ripercuotono con immediatezza sulla generazione di cassa dell'impresa fornitrice e sui suoi livelli di tesoreria.

Casistiche concrete sono state osservate nell'ambito di imprese operanti nel settore biomedicale, con prolungate e significative forniture ad ASL estremamente tardive nei pagamenti, con ripercussioni esiziali sul ciclo monetario (in aumento patologico) e quindi sulla solvibilità stessa dell'impresa fornitrice (il ciclo monetario è rappresentato dal differenziale tra la durata media di incasso dei crediti, quella della permanenza media della merce a magazzino e la durata media di dilazione dai fornitori).

L'insolvenza, in questo caso, sorge pur in presenza di un equilibrio economico di fondo e di potenziali di competitività e di coerenza strategica del modello di business.

Altro caso annoverabile è quello di un'impresa della moda, con griffe affermata e prodotti di alta gamma, che a fronte di un processo di internazionalizzazione, anche in nell'Est europeo, si è ritrovata a subire gli effetti di fortissimi ritardi di pagamento e della morosità della clientela di quell'area, entrando a sua volta in situazione di insolvenza e riuscendo a mantenere la continuità aziendale attraverso un'operazione di cessione.

Di particolare interesse è poi il caso di insolvenza intragruppo, a danno di una consociata originariamente sana e in equilibrio economico, con business coerente e solidi fattori strategici di successo, che tuttavia subisce l'effetto

domino” dell’insolvenza della capogruppo o di altra consociata, di cui è fornitrice prevalente o a cui ha destinato importanti finanziamenti intragruppo.

In questo caso coesistono quindi potenzialità strategiche e fattori di vitalità con un’insolvenza generata dall’appartenenza ad un gruppo insolvente.

Questi esempi fanno capire la reversibilità del dissesto di un’azienda insolvente e quindi la possibilità di un percorso di risanamento (con il supporto di un piano di risanamento ragionevolmente attuabile) è possibile solo e quando *l’insolvenza è di provenienza esterna*, derivante da rapporti commerciali e finanziari con altre imprese del mercato o del gruppo di appartenenza, che per effetto di contagio coinvolgono l’impresa finanziatrice (a titolo di credito di regolamento o di finanziamento) nella situazione di insolvenza da loro generata.

Ancora, come si è visto con la pandemia e i diffusi fenomeni recessivi, dovuti alla combinazione di provvedimenti di *lockdown*, crisi da domanda e crisi dell’offerta; quindi, con carenze di liquidità straordinarie e perduranti, hanno inciso anche su imprese sane o comunque con business vitali e coerenti, specialmente in determinati settori maggiormente colpiti dai provvedimenti di limitazione degli esercizi.

Si tratta dunque di situazioni di *insolvenza di origine esterna*, indotta da fenomeni imprevedibili e incontrollabili, che quindi non derivano dalla gestione aziendale, i quali possiedono auspicabilmente carattere di temporaneità.

In questi casi, può essere ragionevolmente colta una possibilità di reversibilità della situazione di dissesto aziendale in presenza di uno stato di insolvenza, se gli effetti esterni di mancanza di liquidità non hanno intaccato in maniera irrimediabile gli assetti produttivi e organizzativi dell’impresa e soprattutto se la crisi di liquidità riveste con buona evidenza carattere di temporaneità e di superamento: venendo meno la causa esterna, non controllabile, anche le conseguenze sul piano della solvibilità aziendale verrebbero rimosse, fatto salvo il danno *infra* prodotto, da valutare circa la sua efficacia sulla continuità aziendale e sulla sua possibile sistemazione. La natura irreversibile dell’insolvenza consiste nella raggiunta impossibilità o incapacità dell’azienda di risolvere autonomamente e con una gestione ordinaria lo squilibrio che in assenza di rimedi diverrebbe esiziale.

L’insolvenza dell’impresa debitrice, tale tuttavia da aprirla a possibilità di soluzione, dovrebbe essere ricondotta dunque a:

i) cause esterne, incontrollabili e temporanee (limitazioni per il contenimento della pandemia);

ii) persistenza temporanea di condizioni recessive (crisi di domanda) afferenti imprese con business ancora sani, ma con ristretti limiti temporali di solvibilità;

iii) cause esterne parzialmente controllabili in presenza di rischi potenzialmente stimabili (eccezionali ritardi o insolvenze di importanti clienti);

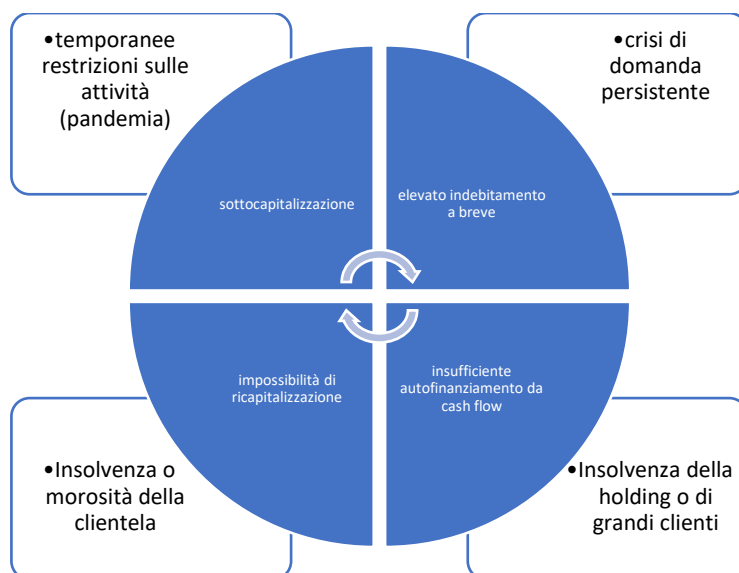
iv) infine, cause esterne subite per vincoli e restrizioni organizzativi o societari da parte di società capogruppo insolventi o di imprese rete dominanti (affiliante nel sistema di *franchising*, grande cliente nella rete di subfornitura subfornitura) insolventi.

Questa insolvenza indotta da fenomeni di mercato, di relazioni commerciali e di subalternità societaria o organizzativa, si concretizza e si aggrava per il congiunto effetto: k) dell'incapacità o impossibilità dell'impresa, divenuta insolvente per contagio, di rigenerare rapidamente un sufficiente autofinanziamento (*cash flow*); kk) di una struttura finanziaria originariamente fragile (prevalente indebitamento a breve, di elevata proporzione); kkk) di una sottocapitalizzazione atavica, accompagnata da una assenza o carenza di possibilità di urgente ricapitalizzazione.

In queste circostanze, verosimilmente, l'azienda non è in grado autonomamente di rigenerare le risorse finanziarie necessarie per riequilibrare lo stato problematico raggiunto e in certi casi non è nemmeno in condizioni di rivitalizzare autonomamente il business: pertanto, lo strumento della composizione negoziata della crisi può diventare plausibile come rimedio per il superamento della crisi e per il rilancio in continuità diretta o indiretta dell'impresa.

Il seguente grafico intende raffigurare il concorso dei diversi fattori endoaziendali e delle varie circostanze esterne (non controllabili) che può agire sfavorevolmente sulla salute dell'impresa e sulle sue possibilità di normale continuità gestionale.

Insolvenza potenzialmente reversibile (in presenza di vitalità del business).



La combinazione (o meglio le varie combinazioni) di *cause esterne* sfavorevoli per la solvibilità aziendale, da un lato; nonché di fattori di fragilità già presenti nella struttura patrimoniale e finanziaria dell'impresa divenuta insolvente, dall'altro lato, possono comportare una situazione che, se non hanno ancora intaccato la qualità del modello di business, possono consentire - a date condizioni di corretta impostazione di una strategia finanziaria o di soluzioni straordinarie, *adeguatamente pianificate* - un percorso di risanamento economico e di ristrutturazione del debito: il tutto sulla base dell'imprescindibile mantenimento delle condizioni per un equilibrio economico durevole (o il ripristino di un equilibrio economico temporaneamente e parzialmente intaccato) e della preservazione dei principali fattori distintivi di competitività strategica e di potenziale ritorno al successo.

Tali fattori, riconducibili alle risorse interne strategiche (tecnologiche, intangibili, umane e manageriali), insieme a fattori di dominanza competitiva (posizioni di *leadership*) o di protezione competitiva (nicchie di mercato), sono fondamentali per valutare la perseguibilità di un percorso di composizione negoziata della crisi e la fattibilità di un piano di risanamento proponibile ai creditori e alle parti interessate.

6. La fase di avvio del percorso della composizione negoziata della crisi d'impresa.

Fatte queste considerazioni, la “composizione negoziata per la soluzione della crisi” rappresenta un *percorso volontario, oltretutto riservato e stragiudiziale*, che non apre il concorso dei creditori e che non comporta alcuno spossessamento del patrimonio e della gestione dell'imprenditore, dovendo tuttavia risultare (in presenza di probabilità di insolvenza) non pregiudizievole per i creditori.

Tale percorso si basa su alcuni presidi, tra i quali:

- i) L'autodiagnosi dell'imprenditore (necessariamente assistito da un advisor nelle PMI), accedendo ad una piattaforma telematica nazionale per la predisposizione del test *on line*.
- ii) La redazione di un piano di risanamento, sulla base di indicazioni operative (necessariamente assistito da un advisor) con una *check list*.
- iii) La “guida metodologica” e la verifica preventiva della ragionevole perseguibilità del risanamento, sulla base di un test pratico per la valutazione della ragionevole perseguibilità del risanamento (necessariamente con l'assistenza di advisor).

A ben vedere si tratta di tre momenti estremamente complessi e sofisticati nel caso concreto, non sempre in linea con le rassicuranti e semplificatrici note dell'allegato al decreto dirigenziale del 28/9/2021, che prevede diverse modalità metodologiche astrattamente accessibili, ma che nel caso concreto solleveranno tantissimi problemi, dato che la complessità gestionale e l'incertezza degli eventi si può rinvenire anche nelle piccole imprese.

Tali supporti vanno senz'altro considerati come un minimo presidio, utile per facilitare l'accesso al percorso, con uno standard minimale di completezza e di qualità; ma che deve evolvere verso livelli di maggiore ricchezza di contenuti e di maggiore complessità metodologica, via via che il caso concreto d'impresa presenta profili maggiormente impegnativi da gestire.

Il percorso si apre con la richiesta volontaria da parte dell'imprenditore, attraverso la piattaforma telematica, di un “esperto” indipendente, quando risulta “ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa” (art. 2).

L'imprenditore, in base all'art. 5, inserisce gli ultimi 3 bilanci, i dichiarativi degli ultimi 3 anni, e una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre 60 giorni.

Che cosa sia una situazione patrimoniale è chiaro (posto che occorre redigere anche un conto economico), ma che cosa si intenda per situazione finanziaria (rendiconto finanziario?) non è assolutamente così chiaro.

L'imprenditore presenta poi una relazione sintetica sull'attività e un piano finanziario a 6 mesi, con le iniziative industriali da adottare.

Ne segue una valutazione - preventiva, prognostica - dell'esperto sulla "concreta prospettiva del risanamento", anche sulla base delle informazioni dall'organo di controllo (art. 5, co 5).

La valutazione dell'esperto è derimente, perché, solo se ritiene che le prospettive di risanamento siano concrete, egli incontra le parti interessate e prospetta le strategie di intervento.

Il percorso prevede dunque la nomina dell'esperto, in possesso di definiti requisiti, che almeno dalla disciplina sembrerebbe operare, in una prima fase, a distanza, convocando l'imprenditore e acquisendo informazioni indirette dall'organo di controllo, sulla base delle informazioni prodotte alla piattaforma e di altre eventualmente richieste.

Manca quindi senz'altro la prescrizione di una verifica della veridicità dei dati aziendali e qui vi è da domandarsi quale sia il livello di credibilità di una situazione patrimoniale e finanziaria e di un piano finanziario non suffragati dalla verifica dell'attendibilità dei dati contabili e aziendali in genere.

I supporti di cui all'allegato dirigenziale si fondano sulla preminente valorizzazione di una grandezza economica, che possiede anche una significatività finanziaria: il margine operativo lordo (MOL), o EBITDA (*Earning Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*) normalizzato, in quanto depurato dai componenti straordinari: trattasi di un risultato parziale, ottenuto dopo il costo del lavoro e prima degli ammortamenti e quindi non segnaletico dell'effettiva redditività (netta) aziendale, perché esclude molti componenti reddituali. I giudizi di economicità fondati essenzialmente sul MOL possono quindi risultare poco prudentziali e non lungimiranti (questo è il noto limite del MOL), specialmente per le imprese a maggiore contenuto tecnologico, dove i ricavi devono correlarsi ad una struttura di costi maggiormente condizionata proprio dagli ammortamenti e da ulteriori accantonamenti a fondi spese future.

Pertanto, il MOL, nascendo dalla correlazione di ricavi e di costi prevalentemente "monetari" (acquisti e retribuzioni), costituisce una riconosciuta approssimazione dell'autofinanziamento di liquidità e quindi di *cash flow* operativo: indubbiamente fondamentale per la continuità aziendale, ma limitatamente ad un periodo breve.

Il test *on line* propone una prima verifica di perseguibilità dell'ipotesi di risanamento con una graduazione dei livelli di difficoltà attesi, fondati con una correlazione semplice e alquanto deterministica, sul rapporto tra flusso di cassa netto medio normalizzato e prospettico (ottenuto partendo proprio dal MOL) e il fabbisogno finanziario durevole espresso dall'esposizione debitoria

(configurata con gli elementi disomogenei espressamente indicati), congiuntamente agli investimenti netti.

Il rapporto, che non viene definito, rappresenta in sostanza una sorta di *payback*, certamente convenzionale nella sua composizione (sinceramente non agevole, per le diverse perplessità interpretative che emergono e che non sono per nulla chiarite nel documento), cioè il grado di recupero, espresso in anni, delle risorse finanziarie occorrenti per il fabbisogno così rappresentato, sulla base di una dinamica media attesa del flusso di cassa netto, sembrerebbe normalizzato (con tanti ulteriori dubbi che vengono a sollevarsi in proposito).

Ne conseguono diverse soglie critiche, a cui corrispondono crescenti livelli di difficoltà per l'impresa di affrontare il percorso di risanamento e quindi di composizione della crisi.

I diversi esiti del test *on line* forniscono indicazioni, di massima, delle possibilità di risanamento, secondo una gradualità crescente dei valori del rapporto, che, se contenuti entro un valore fino a 2, lascerebbero spazio ad un risanamento anche non assistito da un piano e in continuità con le modalità di gestione in essere; per poi suggerire interventi anche "industriali" all'aumentare del valore del rapporto, con il supporto di un piano di risanamento; fino a profilare l'ipotesi di una cessione dell'azienda o di rami aziendali (in continuità indiretta, a questo punto), per valori del *payback* superiori a 5 o a 6.

Si consideri che nella situazione post-covid, secondo stime della *task force* di MISE, MEF, Banca d'Italia, ABI, MCC e SACE, occorrerebbero 5,4 anni di *cash flow* nel settore manifatturiero per ripagare il debito, più del doppio dei 2,2 anni del 2019 (*payback*).

In presenza di disequilibrio economico (sembra inteso con $MOL < 0$) secondo il test *on line*, non è comunque precluso l'accesso alla composizione negoziata, ma occorre senz'altro una ristrutturazione industriale che interessi il modello di business, ovvero si deve percorrere la soluzione della continuità indiretta o quella dell'aggregazione con altre imprese, secondo modalità strategiche non precisate, ma che potrebbero essere l'acquisizione sinergica da parte di un gruppo solido o una forte partnership presumibilmente commerciale per rilanciare l'impresa in crisi sul mercato.

7. Questioni organizzative e metodologiche del risanamento.

Circa la ragionevole perseguibilità del risanamento da parte dell'esperto, ma anche di tutti i soggetti interessati, pesano determinate condizioni funzionali all'effettività e all'efficacia della sua implementazione.

Un primo problema è quello di un piano di risanamento che esita dalle istruzioni della piattaforma largamente astratto, sintetico, ed essenzialmente

quantitativo contabile: andrebbe considerato, più che un piano, come una previsione (o proiezione) finanziaria e tutt'al più, come mera raccomandazione, un bilancio previsionale.

Manca innanzi tutto pressoché totalmente l'analisi strategica (analisi di scenario, SWOT Analysis, analisi competitiva, analisi delle leve strategiche, analisi delle risorse, definizione dei business, ecc.).

Si osserva poi che:

- mancano le precisazioni sulla *mission* aziendale e sugli obiettivi strategici, qualitativi e quantitativi, con i tempi predefiniti;
- mancano le definizioni delle strategie di risanamento e i criteri di selezione, nelle loro descrizioni generali e di dettaglio e nelle loro tempistiche;
- mancano i programmi operativi per aree o processi aziendali;
- mancano i piani d'azione dettagliati e i cronoprogrammi;
- manca l'analisi sistematica delle risorse aziendali (umane, produttive, tecnologiche, commerciali, logistiche);
- manca l'architettura organizzativa del piano (chi fa che cosa e con quali responsabilità);
- mancano le precisazioni sul controllo strategico, vale a dire sull'avanzamento del piano di risanamento per il controllo *in itinere*.

Insomma, il piano proposto dalla lista di controllo della piattaforma è metodologicamente semplificato e non solo questo limite si riflette sull'efficacia della gestione imprenditoriale, ma anche sulle responsabilità dell'esperto, che si troverà spesso a dover valutare (quindi ad accogliere o a rigettare) dei piani alquanto insoddisfacenti rispetto alla dottrina in materia e alla prassi, fatto salvo il suo potere di richiedere integrazioni e correzioni opportune⁷.

Presumibilmente, si tratta di un prodotto che dovrà essere, con il tempo, migliorato.

Occorre però tener conto delle condizioni organizzative che sono sempre basilari per l'implementazione di qualsiasi piano e in particolare per quanto disciplinato dal decreto legge.

⁷ Sulla predisposizione metodologica del piano di risanamento e sulle sue condizioni di efficacia, strategiche e organizzative, si veda P. BASTIA, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Giappichelli, Torino, 2019.

Gli attori principali sono l'imprenditore, con i professionisti che lo assistono, l'organo di controllo, l'esperto nominato dalla commissione istituita, ciascuno con precisi obblighi previsti dalla disciplina.

Vi sono poi tutti i soggetti interessati al progetto di risanamento, creditori (tra cui istituti bancari ed enti erariale e previdenziali), lavoratori, clienti, stakeholders in genere.

I principi di comportamento, che determinano le dinamiche organizzative sono quelle della riservatezza, della correttezza e buona fede.

Occorrono dunque:

- ampia trasparenza e completezza informativa e assenza di pregiudizio per i creditori nella gestione aziendale;
- indipendenza, professionalità, competenza e dedizione da parte dell'esperto;
- riservatezza e leale collaborazione da parte dei creditori.

Giustamente, la relazione ill. prescrive l'osservanza degli obblighi di cui all'art. 2086 cc (adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili), in difetto dei quali l'azienda e la sua gestione appaiono poco accreditabili e il piano di risanamento risulta già debolmente difendibile.

Particolarmente rilevante è il ruolo dell'organo di controllo, il quale, anche a tutela delle proprie responsabilità, ha il dovere di tempestiva segnalazione motivata all'organo amministrativo della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza della nomina dell'esperto. L'importanza di questa segnalazione va riconosciuta anche in conseguenza della mancanza di segnalazioni esterne, previste nella procedura di allerta del CCII e tenuto conto del fatto che la composizione negoziata ha origine solo su base strettamente volontaria. Il riflesso di questo nuovo approccio è che la crisi (o l'insolvenza) dell'impresa rimane un fenomeno totalmente interno, lasciando non poche perplessità circa le espressioni di volontà proattiva degli imprenditori, alla luce delle evidenze empiriche di indagini non lontane nel tempo.⁸

Vi sono poi i rapporti con il tribunale, sia nel caso di richiesta delle misure protettive e cautelari; sia in presenza di richiesta di finanzia esterna prededucibile e di cessioni di azienda o di rami aziendali, con le richieste di autorizzazioni, funzionali alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.

Si viene quindi a profilare uno strumento che, al di là delle semplificazioni procedurali previste, anima una rete di relazioni intersoggettive che può essere particolarmente densa a seconda della numerosità e dei comportamenti

⁸ Cfr. P. BASTIA – M. FERRO – G.M. NONNO, *L'accertamento del passivo*, IPSOA, Milano, 2011; *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, IPSOA, Milano, 2013.

collaborativi (o meno) dei vari attori e che dipenderà molto dalle capacità di integrazione dell'*esperto*, che certamente non è paragonabile a un manager - per il motivo che, a differenza del curatore, non ha diretto e pieno controllo sulle risorse, sulle iniziative e sulle trattative - e che quindi approssima il ruolo dell'"integratore" (di cui il *project manager*⁹ può essere un esempio), ben raffigurato, in tutte le sue concrete difficoltà ad operare in situazioni di incertezza e di molteplicità di compiti e di relazioni da Lawrence e Lorsch, nell'ambito della letteratura organizzativa¹⁰, secondo un approccio organico alle soluzioni, contraddistinto da accento sulle competenze, polivalenza, mutuo adattamento, lavoro di squadra, collaborazione, facilitazione delle trattative con i creditori, contemperando i diversi interessi in gioco e dovendo operare al di fuori di un'organizzazione gerarchica, anche con doti di mediazione e attitudine alla negoziazione, non privo comunque di responsabilità¹¹.

8. Il controllo dell'esperto sulla sussistenza di ragioni che rendono il risanamento perseguibile.

L'esperto, che costituisce una figura professionale nuova, contraddistinta da terzietà, indipendenza e imparzialità, si vede attribuiti innumerevoli compiti, *obbligatori* in quanto richiamati dalla disciplina e *facoltativi*, ma non meno importanti, richiesti dalle circostanze del caso concreto.

Va detto che il protocollo e gli altri supporti forniscono indicazioni di carattere generale e minimale, nel senso che costituiscono un "minimo conoscitivo" irrinunciabile, che deve essere adeguatamente integrato a seconda dei casi concreti, necessariamente non individuabili a priori.

Uno dei compiti fondamentali è quello di doversi esprimere con una valutazione prognostica del "risanamento ragionevolmente perseguibile". Si intende che tale espressione di giudizio deve essere legata a informazioni ed elementi razionali conoscibili *ex ante*, alla data dell'espletamento dell'incarico, secondo la migliore diligenza professionale e le competenze detenute, non potendo essere censurata un'opinione, ben formulata, solo per eventi manifestatisi *ex post* e non conoscibili anticipatamente.

⁹ Sul ruolo del *project manager* e sulle relazioni collaborative tra imprese, cfr. P. BASTIA, *Programmazione e controllo dei progetti integrati*, Clueb, Bologna; *Gli accordi tra imprese*, Clueb, Bologna.

¹⁰ Cfr. P.R. LAWRENCE - J.W. LORSCH, *Studies in Organization Design*, Homewood, 1980.

¹¹ Sul tema delle responsabilità dell'esperto si veda il contributo di A. FAROLFI, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *Diritto della Crisi*, settembre 2021.

L'esperto procede dunque secondo due livelli di approssimazione:

- a) una prima, sommaria verifica anticipata sulla base del test disponibile *on line*, senza la disponibilità di un piano d'impresa, anche congiuntamente all'imprenditore;
- b) una più approfondita e sistematica valutazione sulla base di un piano di risanamento, che può essere già prodotto dall'imprenditore in sede di istanza, ovvero successivamente nel corso della composizione negoziale della crisi.

La prima verifica preventiva, da effettuare comunque e senza indugio, si basa su due metodi:

-*verifiche a distanza*, condotte sul set informativo fornito dall'imprenditore ai sensi dell'art. 5 del decreto legge: ultimi tre bilanci, situazione patrimoniale-finanziaria aggiornata (60 gg max), la relazione "chiara e sintetica" sull'attività con un piano finanziario a sei mesi, l'elenco dei creditori, certificati dei debiti tributari e contributivi, evidenze della centrale rischi di Banca d'Italia;

-valutazione dell'inaffidabilità o inadeguatezza della situazione contabile aggiornata (max 120 gg): trattasi, in concreto, di un bilancio intermedio, da esaminare con l'organo di controllo e il revisore legale e che l'imprenditore deve modificarle in caso di accertate carenze;

-elaborazione del test *on line*;

-verifiche indirette, mediante incontri intrattenuti con l'imprenditore e i suoi advisor, con l'organo di controllo e il revisore legale, con i diversi soggetti interessati al risanamento (creditori, ma non solo).

Ritengo opportuno che siano compiute anche adeguate verifiche dirette, tra cui rientrino gli accessi in azienda, i sopralluoghi nei principali siti produttivi, logistici e commerciali dell'azienda, acquisendo anche informazioni di tipo organizzativo e gestionale, oltre ad una verifica in loco dell'assetto amministrativo contabile, per capirne l'adeguatezza organizzativa in termini di dotazione quali-quantitative di personale, di sistemi informativi, di procedure in uso e di prassi, di stato di aggiornamento della contabilità, di reportistiche, anche infra-annuali, prodotte come routine amministrativa.

Questa ricognizione, con l'esito del test *on line*, dovrebbe consentire di formulare una *prima valutazione*, per sciogliere la riserva e per dare avvio alle trattative.

In caso di evidente situazione di insolvenza, anche colta dall'esperto, questa condizione non è considerata a priori preclusiva del percorso di composizione

negoziata, purché emergano “concrete prospettive di risanamento”. Diversamente, se concorrono anche evidenze di irrecuperabilità della continuità aziendale o di adeguato realizzo del compendio aziendale, l’esperto non avvia il percorso e deposita la propria conseguente relazione nella piattaforma telematica.

Qui sorgono alcune problematiche, posto che gli sviluppi possono essere quelli della *continuità diretta* con il risanamento o della *continuità indiretta*, totale o parziale, tramite la cessione dell’azienda o di suoi rami.

La verifica delle potenzialità, ad esempio, necessita di un’analisi strategica, che può essere oltremodo complessa e che potrebbe beneficiare del lavoro svolto dagli advisor dell’imprenditore, se effettivamente svolto, con riguardo anche a diverse risorse immateriali: marchi, brevetti, *know how*, portafoglio clienti.

In questa fase, nel caso si privilegi la cessione di singoli rami aziendali, proprio per conservare valore all’interno del perimetro dell’impresa o per massimizzare il valore di cessione dei rami alienabili, individuando e localizzando i vantaggi competitivi all’interno del perimetro aziendale, appare particolarmente raccomandabile l’analisi strategica della “catena del valore” (*value chain*) di Porter¹², nell’interesse del migliore soddisfacimento dei creditori e della perseguibilità del risanamento della combinazione d’impresa residua, nel suo percorso di continuità diretta.

Inoltre, la situazione patrimoniale e finanziaria potrebbe richiedere, specie nei casi sospetti, delle verifiche contabili, a cui l’esperto non dovrebbe sottrarsi, posto che può nominare all’uopo un revisore legale, non essendo sempre sufficienti o disponibili le precisazioni dell’organo di controllo e del revisore legale, se esistenti.

Si noti che non esiste un obbligo di attestazione della *veridicità dei dati aziendali*, anche se è da ritenersi che non possa essere esclusa in via facoltativa, nei casi virtuosi, in considerazione della primaria importanza che in tutte le verifiche aziendali assume l’accertamento della “qualità dei dati aziendali” e di quelli contabili in particolare. Non si tratta solo di ritrarre giudizi sul grado di efficienza amministrativa e di trasparenza dell’imprenditore, ma di acquisire quel livello di informazione sull’impresa, sulla sua gestione, sui suoi punti di forza e di debolezza, che soltanto il linguaggio contabile¹³, grazie al suo costruito logico e metodologico “a valori”, con i suoi prodotti informativi (reportistiche e bilanci) può rappresentare, data la difficoltà di cogliere compiutamente elementi conoscitivi del complesso sistema aziendale per altra

¹² Cft. M. PORTER, *cit.*

¹³ Cfr. A. CECCHRELLI, *Il linguaggio dei bilanci*, Le Monnier, Firenze, 1970.

via, come indicato dal decreto legge e dal protocollo, tramite interviste e controlli “a vista”.

Obiettivamente, sotto questo profilo, l'indagine sulla gestione dell'impresa, per come è profilata dalla normativa di nuovo conio, presenta un arretramento non di poco conto, che presumibilmente andrà a creare condizioni pregiudizievoli per le valutazioni e le decisioni da compiersi, con la scomparsa dell'obbligo delle verifiche contabili, specialmente con riferimento ad alcuni principi cardine del percorso, espressamente richiamati dalla normativa, quali la completezza e la trasparenza informativa. Si tenga altresì in considerazione l'esigenza di un clima di fiducia che dovrebbe aleggiare tra le parti in sede di trattative e al quale la contabilità fornisce un contributo irrinunciabile, come dimostrato dall'ampia letteratura vicina a quella di *Law and Economics* sull'argomento¹⁴.

Il ruolo della contabilità, infatti, è cruciale nel rinforzare il superamento delle asimmetrie informative tra le parti contrattuali e assicurare relazioni durevoli di fiducia reciproca¹⁵ e, all'interno dell'impresa, determinante per il corretto ed efficace funzionamento delle strategie stesse dell'impresa (essendo la contabilità un basilare supporto per le decisioni): una condizione quindi, tra le più importanti, per poter esprimere motivati giudizi sulla ragionevolezza delle iniziative dell'imprenditore e sulla perseguibilità del percorso di risanamento¹⁶.

A parere di chi scrive, questa rimozione degli obblighi di verifiche contabili appare non coerente, a livello sistematico, con l'importante novità dei doveri di adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili, appena introdotti nel marzo 2019 con il secondo comma dell'art. 2086 c.c.

Più complessa è la valutazione prognostica, con scioglimento della riserva, da parte dell'esperto, sulla base della *valutazione del piano di risanamento*.

Sembrerebbe che il piano di risanamento sia richiesto necessariamente in presenza di cambiamenti strutturali richiesti dal risanamento, con sensibile discontinuità rispetto al passato (corrispondente ad un $\text{payback} > 3$), ma lo riterrei indispensabile anche quando le soglie dei valori del test siano inferiori, non solo perché potrebbero comunque rendersi necessarie iniziative strutturali, ma perché il piano è l'unico e fondamentale strumento per esprimere razionalità decisionale da parte dell'imprenditore e per consentire la formulazione prognostica ragionevole, sulla base di un supporto razionale e scientificamente

¹⁴ Cfr. Y. BARZEL, *Measurement cost and the organization of markets*, in *Journal of Law and Economics*, April 1982 (27-48).

¹⁵ Cfr. BURCHELL – COLIN – HOPWOOD – HUGHES, *The roles of accounting in organizations and society*, in *Accounting, Organization and Society*, n.1, 1980 (371-383).

¹⁶ Cfr. B. SPICER – V. BALLEEN, *Management accounting systems and economics of internal organization*, in *Accounting, Organization and Society*, n. 3, 1988, (303-322).

accreditato, quale è il piano di risanamento, anche quando prevalgano indirizzi di continuità. Diversamente l'opinione dell'esperto, in assenza di supporti formali, rischia di essere debole nelle motivazioni.

È chiaro che la situazione ideale sarebbe quella di un piano completo redatto già prima della presentazione dell'istanza, consentendo all'esperto di esprimersi in maniera più consapevole. Tuttavia, gli eventuali sviluppi delle trattative con i creditori e con altri soggetti interessati al risanamento potrebbero indurre a ritardare l'elaborazione di un piano sistematico.

Appare evidente che potrebbero aprirsi zone grigie di asimmetrie informative e di opportunismi, specie se l'imprenditore fa richiesta al tribunale dell'applicazione delle misure protettive.

Gli accertamenti sul piano di risanamento, una volta redatto, sono numerosi e articolati.

Sinteticamente, va ricordata una preliminare analisi da parte dell'esperto delle *cause della crisi*, anche per comprendere se le iniziative previste a piano ne consentano il superamento. A tal fine deve richiedere che il piano esponga la serie di bilanci storici di cinque anni, nonché per lo stesso arco temporale gli eventuali report del controllo di gestione, qualora esistenti.

L'esperto sottopone il piano a verifica preventiva sulla base della lista di controllo ministeriale e se ravvisa carenze nel piano invita l'imprenditore a riformularlo adeguatamente.

L'esperto deve avviare senz'altro anche delle verifiche dirette, in azienda, tra cui le interviste ai responsabili delle funzioni aziendali importanti, avvalendosi anche di reportistiche del controllo di gestione, eventualmente disponibili.

Quindi l'esperto esamina le relazioni causali tra la redditività attesa e tutte le ipotesi e condizioni elaborate dal proponente, secondo le prescrizioni della lista di controllo.

Inoltre, l'esperto sottopone il piano ad analisi di *stress*.

Ulteriore controllo suggerito dal protocollo è quello di confrontare le risultanze attese del piano dell'impresa con i *benchmark* di mercato, se disponibili. Preferibilmente, tale attività dovrebbe basarsi su dati confrontabili dei competitor specifici dell'impresa.

L'esperto deve infine aver cura di accertare che siano stati predisposti i presidi per il controllo dell'implementazione del piano, ad esempio sulla base di selezionati KPI (*Key Performance Indicators*) specifici per quel business.

In definitiva l'esperto deve svolgere un'ampia indagine di ricostruzione del piano di risanamento, ricercando dati aziendali non sempre facili da rinvenire e facendo ricorso a banche dati per il reperimento di analisi di mercato e dei competitor.

9. Il ruolo degli *advisor* del debitore e del CRO.

All'imprenditore in crisi o insolvente sono richiesti diversi adempimenti, procedurali e di contenuto informativo, questi ultimi volti a realizzare la maggiore trasparenza verso i creditori e le diverse parti interessate e a consentire all'esperto nominato di svolgere le proprie verifiche e valutazioni.

Ciò risponde al dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e a tutti i soggetti interessati, in modo completo e trasparente (art. 4 co 5 DL).

Il test *on line*, la lista di controllo e il protocollo contengono una dettagliata e articolata elencazione delle informazioni, anche complesse, che devono essere predisposte. Questi supporti, prodotti dal ministero, intendono assicurare un livello minimo di completezza e di rilevanza informativa, nonché di verificabilità delle informazioni fornite, specialmente per le PMI e sono caratterizzati da notevole semplificazione procedurale e metodologica, come è stato detto.

Nei casi concreti, includendo anche le PMI quando presentino situazioni comunque complesse, è da ritenersi che questo minimo informativo vada proporzionalmente integrato, a seconda della complessità del modello di business, della diversificazione produttiva e geografica dell'operatività aziendale, delle iniziative di risanamento prospettate.

Pertanto, i supporti ministeriali prevedono numerose attività, per lo più di una certa complessità tecnico professionale, tale da richiedere gli interventi di *advisor* specializzati.

Già l'elaborazione del test *on line*, per quanto semplificato, comporta l'inserimento di un piano finanziario a sei mesi e delle iniziative industriali che si intendono attuare: nelle imprese minori, non sempre esistono all'interno le competenze per elaborare un piano finanziario, che peraltro necessita preventivamente di un piano gestionale ed economico.

I primi contatti con l'esperto, inoltre, richiedono la trasmissione di informazioni qualificate sul ragionevole perseguimento del risanamento o sulle cessioni dell'azienda o di rami aziendali, anche con la produzione di una situazione contabile aggiornata (che in realtà è un bilancio intermedio, redatto secondo logiche di competenza economica).

La redazione del piano di risanamento, anche con la struttura semplificata della lista di controllo, è comunque tale da richiedere interventi professionali specializzati: dalla diagnosi della crisi (sintomi e cause), alla impostazione delle strategie e delle iniziative cd industriali, che presuppongono adeguate analisi strategiche preliminari, fino all'elaborazione di piani ultra-annuali economici,

finanziari e patrimoniali, con la selezione di KPI utili anche per il controllo strategico dell'esecuzione del piano.

L'elaborazione di strategie di risanamento, per essere tali, deve rispondere a diversi confronti, analisi e valutazioni: confronti con il mercato, con il settore e i competitor; analisi dei dati aziendali e delle risorse disponibili a fronte dei fabbisogni; fino alle scelte strategiche, sia di convenienza che di capacità di *ristrutturazione del debito*.

Tra le soluzioni prospettabili, oltre alla continuità aziendale, vi è quella della cessione dell'azienda o di rami e che necessita di opportune stime per la quantificazione dei realizzi, al fine di impostare le trattative.

L'impegno del piano di risanamento dipenderà dal grado di difficoltà di superamento della crisi emergente in sede di analisi preliminare.

Particolare impegno professionale deve poi essere dispiegato in sede di trattative con i creditori e con le controparti interessate, ivi comprese le rappresentanze sindacali quando occorra, sempre con l'attività di impulso e di mediazione dell'esperto, il quale può richiedere ricorrentemente incontri e informazioni aggiuntive.

In fase di esecuzione del progetto di risanamento, il protocollo ha previsto, secondo una prassi evoluta, la nomina di un CRO (*Chief Restructuring Officer*) indipendente, condivisa con l'esperto e con i creditori, la cui funzione è quella di monitorare la corretta implementazione del progetto di risanamento e il perseguimento di eventuali obiettivi economici intermedi, ivi compresi i KPI (*Key Performance Indicators*).

Si tratta di un ruolo importante, parlando di un esperto in risanamenti, che agisce da garante dell'esecuzione, valorizzando, oltre il piano, proprio la fase fondamentale della sua esecuzione.

10. La gestione dell'impresa durante le trattative: sostenibilità ed interesse dei creditori.

Durante la fase di composizione negoziale e nel corso delle trattative, l'imprenditore non viene spossessato, ma mantiene la gestione ordinaria e straordinaria, pur con obblighi di segnalazione all'esperto degli atti di straordinaria amministrazione.

Il criterio fondamentale, in questo percorso, è quello di evitare di arrecare pregiudizio alla "sostenibilità economico-finanziaria" della gestione, in presenza di probabilità di insolvenza e quindi in stato di crisi. Occorre dunque che, in tale circostanza, l'imprenditore assuma le cautele della gestione conservativa.

In generale, secondo il protocollo, la sostenibilità è connessa con un MOL > 0 stimato, ovvero con un MOL < 0 accompagnato dall'esistenza di vantaggi compensativi per i creditori, collegati alla continuità aziendale (realizzo di attività, conservazione del valore dell'impresa rispetto alla liquidazione).

Tuttavia, va precisato che la nozione e il concetto di sostenibilità sono veramente "di nuovo conio" e che non trovano corrispondenze nella dottrina aziendale.

L'interpretazione fornita nel protocollo appare pragmatica, ma non risolutiva, giacché la sostenibilità economica non coincide affatto con quella finanziaria e il MOL, a seconda delle gestioni aziendali - ad alta o bassa intensità di manodopera (posto che il MOL è il risultato economico dopo il costo del lavoro) e quindi rispettivamente a bassa o elevata tecnologia - assume rilevanze alquanto differenti. Quindi potrebbero presentarsi casi con un MOL positivo, ma con pesanti perdite nette, rivelatrici di uno squilibrio economico importante e sottovalutato. Insomma, MOL positivo non significa sempre equilibrio economico e sufficiente redditività, posto che la migliore Scuola aziendale, come è già stato precisato, considera ai fini del giudizio sull'equilibrio economico nemmeno l'esistenza di un utile netto di bilancio, ma di un utile "economico", o *profitto*, vale a dire di un'eccedenza significativa anche sui costi figurativi non contabili (interesse sul capitale proprio, remunerazioni dell'attività imprenditoriale anche se non formalizzata, rilevante nelle imprese familiari e nelle società di persone), remunerazioni figurative di beni (immobili e sistemi produttivi) concessi in uso all'azienda dall'imprenditore a titolo non oneroso (comodato).

L'imprenditore deve poi assolvere precisi obblighi di segnalazione nei confronti dell'esperto, anche con accesso alla piattaforma telematica, con adeguata tempestività, secondo una tempistica assegnata dall'esperto.

Si tratta degli atti di amministrazione straordinaria, le cui segnalazioni consentono un'attività di controllo sostanziale e non solo formale da parte dell'esperto, assicurando quindi un fondamentale controllo di secondo livello lungo il percorso di composizione negoziale.

Il protocollo indica una casistica di atti straordinari, quali: operazioni sul capitale e sull'azienda; concessione di garanzie; pagamenti anticipati delle forniture; cessione dei crediti *pro soluto*; finanziamenti concessi; rinuncia a liti e transazioni; cancellazione di ipoteche; significativi investimenti; rimborsi di finanziamenti a soci e a parti correlate; patrimoni destinati; atti dispositivi in genere.

Devono inoltre essere segnalati all'esperto, preventivamente, tutti i pagamenti che potrebbero risultare incoerenti con le trattative e con le prospettive del risanamento. Non dovrebbero rientrarvi i pagamenti delle

retribuzioni, dei debiti commerciali usuali, delle imposte e delle rateazioni, delle rate dei muti in scadenza.

La vigilanza proattiva dell'esperto si esprime in una comunicazione preventiva all'imprenditore, inibente l'esecuzione dell'atto che possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o al risanamento.

Se l'imprenditore procede comunque, deve darne avviso all'esperto, il quale nei successivi dieci giorni può iscrivere il proprio dissenso sul registro delle imprese, divenendo questo un obbligo, in caso di pregiudizio ai creditori.

In presenza di misure protettive e cautelari, il dissenso deve essere segnalato anche al giudice che ha emesso i provvedimenti.

Da segnalare – come messo ampiamente in luce nella letteratura giuridica¹⁷ – che la riformulazione dell'art. 9 da parte della legge di conversione ha condotto, sul piano degli interessi tutelati, al seguente risultato normativo: “Nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. 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. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore”.

11. Conclusioni.

Questo primo esame sul nuovo decreto-legge n. 118 appena convertito in legge si limita allo strumento della composizione negoziata della crisi - rimanendo al di fuori altre importanti novità come il concordato semplificato liquidatorio - ai fini di esprimere un giudizio critico dal punto di vista aziendalistico sul nuovo strumento.

Nel dibattito, si è parlato di un'offerta incentivante (*more carrot than stick*) rappresentata da uno strumento, volontario e stragiudiziale, accessibile a tutte le imprese, anche grandi, come presupposto soggettivo, che si trovino in varie condizioni di difficoltà, dalla probabilità di crisi fino all'insolvenza reversibile (presupposto oggettivo), con possibilità di fruire di misure protettive e con una strumentazione a disposizione fornita da test *on line*, lista di controllo e protocollo assai dettagliato nelle fasi del percorso, ai fini sia dell'accertamento precoce dell'effettivo stato di difficoltà e dell'avvio di un risanamento fondato

¹⁷ S. AMBROSINI, *Appunti sui doveri degli amministratori di s.p.a. e sulle azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi e della “miniriforma” del 2021*, in corso di pubblicazione su questa Rivista (oltre che negli Studi in onore di Paolo Montalenti).

non su soluzioni arbitrarie, ma su un piano di cui viene assicurata una base metodologica di qualità standard, almeno come supporto minimale.

L'azione a tutto campo dell'esperto, nuova figura di estrema complessità di ruolo, costituisce un presupposto decisivo per la tutela imparziale di tutte le parti e per la salvaguardia del pregiudizio ai creditori.

In una visione di sintesi, l'intero impianto appare lodevole e aziendalmente ricco di spunti e di contributi per elevare la prassi delle imprese minori in situazioni di crisi o di insolvenza.

I nostri commenti intendono essere soltanto un contributo critico in senso costruttivo per la declinazione e la realizzazione nei casi concreti dei tanti supporti tecnici e degli innumerevoli concetti di nuovo conio che sono stati introdotti e che necessiteranno di un intenso dibattito per la migliore puntualizzazione, anche ai fini professionali.

A quest'ultimo riguardo, appare strategico lo sviluppo del ruolo dell'esperto, non solo in termini di possesso delle necessarie competenze, ma anche delle attitudini comportamentali, oltre all'evidente necessità di dotazione di una struttura al servizio del percorso di risanamento, per offrire quella molteplicità di soluzioni che gli sono richieste in tempi rapidi e che verosimilmente non sono accumulabili in una sola persona, ancorché oculatamente selezionata.

Si ritiene, in questa prima analisi, che nel prosieguo vadano meglio recepiti, proprio a rinforzo dei supporti proposti, i riferimenti metodologici della scienza aziendale e di riportare al più elevato livello di attenzione e di riconoscimento la qualità e la verificabilità dell'informazione aziendale e contabile in particolare, per i troppi risvolti che questa possiede in tutti i processi valutativi e decisionali della gestione d'impresa.

RIFLESSIONI AZIENDALI SULLA AMMISSIONE ALLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA (D.LGS. 118/2021)

ALBERTO QUAGLI

Sommario: 1. Introduzione; 2. Il requisito oggettivo per l'istanza dell'imprenditore; 3. Squilibri patrimoniali o economico-finanziari; 4. La presentazione dell'istanza: l'esigenza di un filtro; 5. Conclusioni.

Abstract: il contributo prende le mosse dall'esigenza di inquadrare – in termini pratici - la procedura di composizione negoziata. A tal fine, l'autore analizza e valuta i suoi aspetti più salienti.

Parole chiave: codice della crisi, composizione negoziata, presupposto oggettivo.

Abstract: the contribute moves from the need to frame – in practical terms – the negotiated settlement procedure. For that purpose, the author analyzes and evaluates its main features.

Keywords: Italian Insolvency Code ("Codice della crisi"), negotiated settlement, objective requirement.

1. Introduzione

L'istituto della composizione negoziata introdotto come principale novità dal D.Lgs. 118/2021 amplia significativamente la gamma degli strumenti giuridici funzionali ad intercettare e risolvere crisi aziendali prima che si giunga alla insolvenza definitiva. Rinviano ad altri lavori¹ per un'analisi complessiva della

¹ Si vedano ad esempio Stefania Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in "Ristrutturazioni aziendali", 9 agosto 2021; Stefano Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in "Ristrutturazioni Aziendali" 23 agosto 2021; Luciano Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in "Diritto della Crisi", 25 Agosto 2021.

procedura di composizione negoziata, in termini generali è opportuno solo citare rapidamente i caratteri principali che presumibilmente rappresenteranno, nel loro complesso, un notevole incentivo al suo ricorso da parte delle imprese che versano in situazioni critiche.

- Anzitutto l'avvio della procedura spetta all'imprenditore e non è attivabile da altri soggetti, come invece accade con l'allerta "esterna" prevista dal Codice della Crisi e dell'insolvenza, profilo questo che ha dato luogo ad alcune critiche. Durante la procedura, l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria.

- Le imprese possono attivare la procedura quando lo stato di crisi è solo probabile, come meglio vedremo successivamente, quindi permettendo di affrontare il percorso di risanamento avendo a disposizione tempi sufficienti per risolvere la situazione di crisi, ancorché solo probabile. In questo senso indirettamente il Legislatore risponde alla critica che l'orizzonte temporale di sei mesi per valutare la sostenibilità dei debiti nell'ambito della procedura di allerta e composizione negoziata di cui al Codice della Crisi sia un periodo troppo breve per prospettare realisticamente un risanamento aziendale.

- È una procedura extragiudiziale, salvo il ricorso per misure protettive, l'acquisizione di nuova finanza pre-deducibile e l'eventuale alienazione dell'azienda o di suoi rami, atti che dovranno essere autorizzati dal giudice. La procedura inoltre non comporta segnalazioni al pubblico ministero, scongiurando eventuali ricadute penali di suoi esiti negativi.

- Si prevede che l'imprenditore sia aiutato da un esperto nominato da apposita commissione, il quale, dopo aver studiato la situazione dell'impresa ricorrente valuterà se vi sono ragionevoli prospettive di risanamento. In tal caso l'esperto supporterà l'imprenditore nelle trattative con i soggetti esterni (creditori ma anche altri soggetti) per prospettare soluzione alla crisi. In tale valutazione l'esperto può affiancare l'imprenditore nella predisposizione di un piano di risanamento.

- La procedura può sfociare in altre procedure che, stabilendo accordi con i creditori (piano di risanamento ex art. 67, 3 comma, lettera d L.F., accordo di ristrutturazione dei debiti), evitino la liquidazione giudiziale o la rendano più snella, introducendo il nuovo istituto del concordato semplificato (art. 18).

- La procedura si avvale di una piattaforma informatica (<https://composizionenegoziata.camcom.it/>) gestita da Unioncamere, tramite la quale la documentazione depositata dall'imprenditore sarà

consultabile dall'esperto e dai soggetti interessati al risanamento. La piattaforma contiene (art. 3) *“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, un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati, e un protocollo di conduzione della composizione negoziata.”*

Questi caratteri presumibilmente attribuiranno notevole attrattiva alla composizione negoziata e completano l'arsenale di strumenti messi a disposizione dal Legislatore per affrontare precocemente le situazioni di crisi, come richiesto dalla Direttiva Europea 1023 del 2019.

La composizione negoziata si pone quindi come ordine logico prima della procedura di allerta e composizione assistita, come lo strumento più tempestivo per prospettare soluzioni alle crisi aziendali. L'applicazione futura poi ci dirà se addirittura nel concreto il ricorso alla composizione negoziata finirà per svuotare di significato la composizione assistita davanti all'OCRI, oppure se, come chi scrive ritiene più probabile, la procedura di composizione “assistita” del Codice della Crisi si porrà solo come estremo tentativo di salvataggio per le imprese che non hanno affrontato tempestivamente la crisi usando la procedura “negoziata”.

Traspare anche nell'impianto normativo l'obiettivo di permettere alle aziende anche un supporto consulenziale (strumenti informatici disponibili nella piattaforma, affiancamento dell'esperto) a costi forse minori di quelli attualmente disponibili.

In questo contributo ci interessa soffermarci sulle condizioni che devono sussistere per l'ammissione alla procedura e che, ad avviso di chi scrive, meritano qualche riflessione che potrebbe portare a ritenere necessari dei cambiamenti alle attuali disposizioni del D.Lgs. 118.

2. Il requisito oggettivo per l'istanza dell'imprenditore

L'art. 2 (Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa) al comma 1 dispone che *“l'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario generale della camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.”*

Di questa disposizione vorremmo ragionare sul requisito oggettivo, ossia sulle *condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne*

rendono probabile la crisi o l'insolvenza, confrontandole con le seguenti definizioni inserite nel codice della crisi:

a) «crisi»: *lo stato di squilibrio economico-finanziario 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;*

b) «insolvenza»: *lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.*

Si analizzeranno le due parti della disposizione, ossia lo squilibrio patrimoniale o economico-finanziario e la probabilità della crisi o l'insolvenza iniziando da quest'ultima, il cui fronteggiamento rappresenta la *ratio* dell'intero decreto.

La probabilità della crisi o l'insolvenza si traduce in un intervallo temporale molto ampio che ha termine con l'insolvenza, ritenendosi condivisibile l'interpretazione di chi ritiene che anche le imprese insolventi possano accedere alla procedura (Ambrosini, cit. p. 7), come peraltro indirettamente confermato nelle disposizioni operative contenute nell'allegato. Circa il momento di apertura di tale intervallo, il testo parla di "probabilità di crisi" ove per crisi si deve intendere, a norma del Codice della Crisi, la probabilità di insolvenza. Per cui sostituendo alla parola crisi la sua definizione codicistica, l'intervallo sembrerebbe iniziare da quando sorge la "probabilità della probabilità della crisi", concetto estremamente vago, che può spingersi fino a rendere attivabile questa procedura anche quando sussiste solo una minima probabilità di futura insolvenza. Se da un lato, in senso generale, questa anticipazione va nella direzione di tempestivo fronteggiamento di ogni sintomo di crisi, dall'altra spinge l'interprete ad accantonarla come indicazione operativa e a rifugiarsi nell'accertamento degli "squilibri patrimoniali o economico-finanziari" che rappresenta la condizione oggettiva in senso stretto per l'attivazione della procedura in quanto più direttamente legata ad una possibilità di accertamento documentale tramite lettura dei bilanci e delle situazioni contabili.

3. Squilibri patrimoniali o economico-finanziari

In sostanza, sembra di poter dire che la procedura è attivabile quando l'imprenditore riscontra degli squilibri patrimoniali o economico-finanziari nella gestione che possano far sorgere anche solo una piccola probabilità di insolvenza futura, fermo restando che l'intervallo si spinge nell'altro senso fino allo stato di insolvenza vera e propria.

L'analisi, perché informi poi l'azione successiva, quindi si deve spostare sul concetto di "squilibrio patrimoniale o economico-finanziario". E' bene dire che

questo concetto, e soprattutto l'uso della proposizione disgiuntiva "o", lascia chi scrive molto perplesso. Per il Codice della Crisi la crisi consiste in uno "squilibrio economico-finanziario". L'assenza del riferimento allo squilibrio "patrimoniale" che invece nel Decreto 118 è presente è giustificata dal fatto che squilibri nella composizione del patrimonio rilevano per l'accertamento della crisi solo nella misura in cui probabilmente determineranno squilibri nei flussi economico-finanziari. Un peso eccessivo del passivo bancario a breve a fronte di attivi prevalentemente immobilizzati è pericoloso perché a breve richiederà ingenti flussi finanziari in uscita per rimborsar quei prestiti e che potrebbero non trovar corrispondenti risorse nell'attivo. Ma anche in questo caso, è ovvio che le risorse per fronteggiare tali prossime uscite potrebbero derivare non solo dalla liquidità esistente (profilo patrimoniale) ma anche, e forse, soprattutto, dalla liquidità generate dalla prossima gestione "economico-finanziaria", ossia dal circuito vendite –incassi. In altre parole, uno squilibrio patrimoniale che non implichi uno squilibrio economico-finanziario è un costrutto che regge poco sul piano aziendale. Per cui dal punto di vista logico non ci sembra corretto individuare lo squilibrio patrimoniale, ossia a prescindere dai riflessi sui flussi di cassa, come una condizione sufficiente per attivare la composizione negoziata come invece l'uso della proposizione "o" sembra permettere. La condizione sufficiente è invece uno stato accertabile di "squilibrio economico-finanziario". Lo squilibrio patrimoniale che si è detto come condizione avere scarso valore sul piano generale, assume però piena valenza autonoma in una circostanza specifica che è la perdita del capitale sociale che è causa di scioglimento della società (art. 2484 Codice Civile) o anche nella meno grave "erosione di oltre un terzo" di cui all'art. 2446 Codice Civile. Ci sembra che a questi due indicatori il legislatore riconosca una funzione così essenziale che non è possibile trascurarli come "squilibri patrimoniali" potenziali attivatori della procedura. In ciò si è supportati dall'art. 8 del Decreto che consente all'imprenditore che ha attivato la composizione negoziata di "dichiarare" (serve quindi una affermazione specifica di avvalersi di tale opzione non essendo automaticamente consequenziale all'istanza) che *"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 non si verifica la causa scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma, numero 4), e 2545-duodecies del codice civile"*.

A parte questi due casi specifici di perdita (totale o parziale) del capitale sociale, prevedere l'attivazione basandosi su uno "squilibrio patrimoniale" senza considerare l'effetto economico-finanziario rende anche tutto molto opinabile. Infatti mentre la sussistenza dell'equilibrio economico-finanziario

dal punto di vista logico presenta il chiaro discrimine dato dalla presenza² (o previsione per il futuro) di un flusso operativo di cassa positivo e tale da permettere il rinnovo della struttura e il rimborso dei finanziamenti, lo “squilibrio patrimoniale” non è accertabile con un *acid-test* così netto. È squilibrata un’impresa che ha il 70% delle fonti come passivo finanziario a breve? O lo è se tale valore supera la soglia del 90% o del 60%? Oppure si devono guardare altri indici “patrimoniali” di bilancio (margini di struttura, posizione finanziaria netta, ecc.)? Sono domande retoriche, non essendovi risposta univoca. Ciascuno di quei valori può tradursi in uno squilibrio economico-finanziario, dipenda dalla dinamica complessiva della gestione. Per cui con lo stesso valore di incidenza del passivo a breve si possono trovare sia aziende in crisi, sia altre perfettamente *in bonis* e anche nello stesso settore di riferimento.

Lasciare nel testo del decreto il riferimento allo “squilibrio patrimoniale” autonomamente considerato concede veramente ampia latitudine di comportamenti all’imprenditore. Vi è chi potrebbe ritenere “squilibrato” un valore di un indice di struttura patrimoniale (rapporto indebitamento, rapporto tra PFN e capitale netto, ecc.) al di sotto di una media di settore che ciascuno può calcolare in vari modi, altri ancora che individuano lo squilibrio patrimoniale come un peggioramento dell’indice prescelto rispetto agli esercizi precedenti e via discorrendo. Val la pena di ricordare che mentre nell’allerta e composizione assistita i parametri per l’innesco della procedura sono chiaramente definiti, in questo caso l’imprenditore non ha indicatori e relative soglie di riferimento se non il concetto generale di “squilibrio”.

Stessa incertezza grava inevitabilmente sull’organo di controllo che a norma dell’art. 15 deve segnalare “*per iscritto, all’organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell’istanza di cui all’articolo 2, comma 1*”. Anche lui, o meglio, ancor più lui, visto il compito di individuazione precipuamente assegnatogli, dovrà andar a cercare squilibri patrimoniali oltre che economico-finanziari e si porrà le stesse incertezze sopra tratteggiate. Per star tranquilli, potrebbe accadere che ciascuna società si doterà di una policy individuale dove si definiranno soglie standard di alcuni indicatori di bilancio, con tante “allertine” inviate all’imprenditore dall’organo di controllo. Certamente assumeranno ancor più importanza benchmark settoriali prodotti dai vari provider presenti sul mercato.

Segnalando la sussistenza di squilibri, l’organo di controllo applica inevitabilmente pressione sull’imprenditore che, per evitare censure successive alla sua inazione, probabilmente attiverà la procedura negoziata. Se prevale il comportamento avverso al rischio dell’imprenditore e degli organi di controllo

² Si veda in merito CNDCEC, Principi di Attestazione dei piani di risanamento, par. 6.7.6.

(per questi ultimi direi è praticamente obbligatorio), assisteremo a tante istanze in futuro di accesso alla composizione negoziata, alcune delle quali forse evitabili.

Sia ben chiaro che ciò nella realtà potrebbe rivelarsi un falso problema se nel futuro prossimo si osserveranno istanze di attivazione per imprese palesemente in crisi anche dal punto di vista economico-finanziario o addirittura insolventi. Come è anche vero che la presentazione dell'istanza rappresenta comunque un deterrente reputazionale, non facendo certo piacere vedere la propria impresa come bisognosa di supporto. Ma certo è che questa libertà potrebbe anche innescare comportamenti opportunistici.

In effetti l'istanza e quindi la necessaria nomina dell'esperto determinano immediatamente effetti sostanziali di favore per l'imprenditore quali la disattivazione degli artt. 2446, secondo e terzo comma, 2447, 2482-bis, quarto, quinto e sesto comma, e 2482-ter del codice civile e non si verifica la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484 (art. 8), l'impronunciabilità della sentenza di fallimento (art. 7), la possibilità di richiedere al tribunale misure protettive e cautelari (artt. 6 e 7) o acquisizione di finanza prededucibile (art. 10), tutti ausili che sospendono i rischi "giuridici" di dissolvimento dell'impresa e che quindi potrebbero dare adito a comportamenti dilatori, volti solo a prender tempo, come spesso si è visto in passato con le domande di concordato "in bianco".

Si noti infine che tra tutta la documentazione da depositare in piattaforma, una chiara affermazione dell'imprenditore dell'esistenza della condizione oggettiva, ossia degli squilibri di cui si è detto sopra e della probabilità di crisi o insolvenza, non è prevista. L'art. 5 (Accesso alla composizione negoziata e suo funzionamento) stabilisce, al comma 3, che l'imprenditore, al momento della presentazione dell'istanza, inserisce nella piattaforma telematica una corposa documentazione includente anche *“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”*. Nell'allegato al D.Lgs. 118 (Allegato 2 – Istanza online) si dice in più che la relazione deve descrivere *“la tipologia delle difficoltà economico-finanziarie e patrimoniali”*. Al di là del fatto che al posto di “difficoltà” si sarebbe dovuto scrivere per coerenza “squilibri”, l'imprenditore non deve comunque dichiarare la “probabilità della crisi o l'insolvenza”. Nel Decreto la si ritiene implicitamente fornita nel momento in cui si deposita l'istanza, ma forse qualche cautela in più poteva esser prevista, anche perché nessun altro soggetto può impedire che l'istanza di accesso alla procedura presentata dall'imprenditore sfoci nella nomina di un esperto, come di seguito presentato.

4. La presentazione dell'istanza: l'esigenza di un filtro

L'ammissione alla composizione negoziata prende avvio dall'istanza dell'imprenditore con relativo deposito della documentazione (art. 5, commi 1-3), la nomina da parte della Commissione dell'esperto entro sette giorni lavorativi dal ricevimento dell'istanza (art. 3, comma 7) e l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto nominato dalla Commissione entro i due giorni successivi (art.5). Questa sequenza potremmo dire è automatica, nel senso a ogni istanza consegue necessariamente a stretto giro una nomina. L'istanza non è soggetta ad un vaglio preliminare se non la completezza della documentazione da parte della piattaforma ma sembra di capire che lo svolgimento del test di risanamento possa esser fatto anche dopo la nomina dell'esperto³ come anche il piano⁴. La Commissione semplicemente sceglie l'esperto tra gli iscritti all'elenco e l'unica (relativa) discrezionalità consiste solo in questo. L'esperto che accetta l'incarico non deve domandarsi se l'istanza presentata rispetta le condizioni oggettive dette in precedenza, ossia se si è in presenza di probabilità di crisi e insolvenza e degli squilibri prima ricordati, ma solo valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento (art. 5, comma 5). Ci sembra che in qualche punto di questa sequenza un filtro che preceda la nomina dell'esperto atto a riscontrare l'effettiva presenza delle condizioni forse sarebbe stato utile. Come ipotesi minimale si poteva forse chiedere che nella documentazione vi fosse anche una relazione dell'organo di controllo ad accompagnare l'istanza dell'imprenditore, considerato che detto organo ha il compito specifico di verificare la presenza degli squilibri citati.

Per cui si desume da questo impianto che il legislatore ripone ampia fiducia sulla capacità auto-diagnostiche dell'imprenditore nel presentare l'istanza. In ogni caso si attiverà una procedura di composizione.

5. Conclusioni

La composizione negoziata introdotta dal D.Lgs. 118 rappresenta una significativa premessa perché le imprese riescano a fronteggiare in tempo utile situazioni di crisi e intraprendere un risanamento. In particolare va apprezzata la struttura di supporto che il Decreto mette a disposizione dell'imprenditore come l'esperto e la piattaforma per simulare andamenti economico-finanziari.

Il decreto presuppone una neutrale autovalutazione dell'imprenditore della propria situazione per accertare la presenza di squilibri patrimoniali o economico-finanziari e sembra lasciare qualche spazio a istanze di nomina

³ Allegato al Decreto, Sezione III - Protocollo di conduzione della composizione negoziata, punto 2.2.

⁴ Allegato al Decreto, Sezione III - Protocollo di conduzione della composizione negoziata, punto 4.1.

anche non fondate o eccessivamente opportunistiche, come potrebbe essere il caso di imprenditori che presentano istanze per la *bad company* dei loro gruppi a tale scopo creata.

In questo contributo si è cercato di evidenziare che alcuni punti del Decreto forse meriterebbero qualche maggiore attenzione come la condizione oggettiva degli squilibri, specie patrimoniali, abbinata alla ampia latitudine del concetto di “probabilità di crisi”. In questo senso forse un filtro, anche solo endo-societario come il parere dell’organo di controllo, volto a verificare l’effettiva presenza delle condizioni oggettive, avrebbe potuto esser d’ausilio.

RUOLO E FUNZIONI DELL'ESPERTO "FACILITATORE"

PATRIZIA RIVA*

Sommario: 1. Premessa. 2. Composizione dell'elenco degli esperti. 3. Nomina dell'esperto. 4. Caso particolare del gruppo di imprese. 5. Requisito soggettivo per la richiesta dell'esperto. 6. Indipendenza, poteri e doveri dell'esperto. 7. Applicazione all'esperto delle norme in tema di segreto professionale. 8. Attività e funzioni dell'esperto. 8.1. Mancanza di presupposti per il risanamento. 8.2. Trattative con esito negativo. 8.3. Trattative con esito positivo. 8.4. Controllo sulla gestione dell'impresa in pendenza di trattative. 8.5. Concessione e revoca delle misure protettive e cautelari. 9. Conclusione dell'incarico. 10. Compenso dell'esperto e definizione del perimetro dei rimborsi spese. **APPENDICE:** Estratto degli articoli del DL 118/2021 che trattano dell'esperto "facilitatore".

Abstract: l'entrata in vigore della legge n. 147/2021 ha introdotto una serie di novità, tra le quali, la composizione negoziata riveste un ruolo di assoluta importanza. Tale istituto prevede la nomina di un esperto indipendente che assume un ruolo centrale nella risoluzione delle crisi d'impresa e i cui requisiti e funzioni rappresentano l'oggetto del presente contributo.

Parole chiave: composizione negoziata, requisito oggettivo, misure cautelari, compenso dell'esperto.

Abstract: the entry into force of the law n. 147/2021 introduced a variety of news, among which, the negotiated settlement plays a role of absolute importance. That institution provides the nomination of one independent expert who assumes a central role in the business crisis resolution and whose requirements and functions represent the object of this contribution.

* Prof.ssa Patrizia Riva, PhD. Associato nell'Università del Piemonte Orientale. Dottore Commercialista e Revisore Legale in Milano e Monza.

Keywords: negotiated settlement, objective requirement, protective measures, expert compensation.

1. Premessa

Con l'entrata in vigore del nuovo decreto-legge, n. 118 del 24.08.2021¹, è introdotta la figura dell'*esperto indipendente "facilitatore"* chiamato ad assumere un ruolo centrale nella risoluzione delle crisi d'impresa. Il legislatore introduce un nuovo semplificato strumento di risoluzione delle crisi di natura stragiudiziale, quando si presenti una situazione di squilibrio patrimoniale, economico e finanziario e sia ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. L'esperto deve agevolare le trattative con i creditori e con tutte le parti interessate al risanamento dell'impresa.

2. Composizione dell'elenco degli esperti.

Ai sensi dell'art. 3, comma 3 del DL per poter richiedere l'ammissione all'elenco sono necessari alternativamente alcuni requisiti oggettivi: a) iscrizione da almeno cinque anni all'albo dei dottori commercialisti ed esperti contabili; b) iscrizione da almeno cinque anni all'albo degli avvocati e dimostrazione di esperienza nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa; c) iscrizione da almeno cinque anni all'albo dei consulenti del lavoro e dimostrazione di avere concorso in almeno tre casi alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi di ristrutturazione sottostanti a piani attestati conclusi o ancora di avere concorso alla presentazione di concordati in continuità omologati; d) possibilità di documentare di avere svolto le funzioni di amministrazione e di controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati

¹ Per un commento alla riforma possono consultarsi su questa stessa rivista: Ambrosini S., *Codice della Crisi e "miniriforma" del 2021. Il (doppio) rinvio del CCI: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, Ristrutturazioni Aziendali, ilcaso.it, 22 settembre 2021; Ambrosini S., *Il concordato semplificato: primi appunti*, Ristrutturazioni Aziendali, ilcaso.it, 23 settembre 2021; Ambrosini S., *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, Ristrutturazioni Aziendali, ilcaso.it, 23 agosto 2021; Pacchi, S., *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, Ristrutturazioni Aziendali, ilcaso.it, 9 agosto 2021; Quagli A., *Sulla necessaria rimodulazione nel Codice della Crisi degli indicatori e indici della crisi*, Ristrutturazioni Aziendali, ilcaso.it, 28 agosto 2021; Guidotti R., *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, Ristrutturazioni Aziendali, ilcaso.it, 8 settembre 2021; Rinaldi P., *La composizione negoziata della crisi e i rapporti con gli intermediari creditizi*, Ristrutturazioni Aziendali, ilcaso.it, 9 settembre 2021.

preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza.

L'iter di iscrizione comporta la presentazione di una domanda alla CCIAA del luogo di residenza o di iscrizione all'ordine professionale del candidato richiedente e deve essere correlata di specifica documentazione a supporto per la dimostrazione della sussistenza dei requisiti richiesti. Inoltre ai sensi dell'art. 3 comma 5 del D.L. il professionista deve certificare l'assolvimento degli obblighi formativi che saranno stabiliti con Decreto Dirigenziale del Ministero della Giustizia e deve produrre il proprio *curriculum vitae* dal quale risulti ogni altra esperienza formativa in materia. E' interessante evidenziare che alla luce dello specifico ruolo che è chiamato a ricoprire, si richiede di descrivere, ove presenti, le competenze e l'eventuale formazione nello specifico ambito delle tecniche di facilitazione e mediazione. Dovrà inoltre essere espresso il consenso dell'interessato alla pubblicazione del proprio curriculum in quanto sempre l'art. 3 stabilisce al comma 9 che lo stesso sia pubblicato insieme con gli incarichi conferiti in apposita sezione del sito istituzionale della CCIAA.

Sempre ai sensi dell'art. 3 comma 5 le domande saranno visionate e accertate nella loro veridicità da un responsabile designato dalla Camera di Commercio, che respingerà le richieste non idonee o mancanti di documentazione. La domanda potrà essere in ogni caso ripresentata.

3. Nomina dell'esperto.

La nomina dell'esperto è effettuata mediante il ricorso ad una piattaforma telematica nazionale di nuova istituzione accessibile agli imprenditori iscritti alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (che dovrà essere implementata nel sito istituzionale di quest'ultima). La nomina dell'Esperto avviene ad opera di una commissione che resta in carica per due anni con decisione a maggioranza. La partecipazione alla commissione non prevede compenso per i suoi componenti ed è formata: a) da un magistrato designato dal Presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale; b) da un componente designato dal presidente della CCIAA; e c) da un componente designato dal Prefetto del capoluogo di regione nel cui territorio si trova la CCIAA. La commissione individua l'esperto nell'ambito dell'elenco secondo criteri che assicurano la rotazione e la trasparenza e avendo cura che ciascun esperto non riceva più di due incarichi contemporaneamente.

L'esperto, verificata la propria indipendenza, il possesso delle competenze necessarie per l'incarico e la disponibilità di tempo per lo svolgimento dell'incarico, entro *due giorni lavorativi* dalla ricezione della nomina comunica all'imprenditore l'accettazione e contestualmente inserisce la dichiarazione di

accettazione nella piattaforma. In caso contrario ne dà comunicazione riservata al soggetto che l'ha nominato perché provveda alla sua sostituzione.

4. Caso particolare del gruppo di imprese.

L'esperto può trovarsi ad operare nell'ambito di un gruppo di imprese da intendersi come l'insieme di società, imprese o enti che esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica. Si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento o dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto. L'art. 13 rubricato *Conduzione delle trattative in caso di gruppi di imprese*, dopo avere definito il *gruppo di imprese*, prevede che in questi casi l'esperto assolvai ai compiti indicati dall'art. 2 in modo unitario per tutte le imprese che hanno presentato l'istanza in modo unitario. Se questo la gestione unitaria rendesse lo svolgimento delle trattative troppo gravoso l'esperto può decidere che le stesse si svolgano per singole imprese.

Quando sono presentate più istanze di nomina per lo stesso gruppo di imprese gli esperti nominati, la composizione prosegue con l'esperto designato di comune accordo fra quelli nominati. In difetto di designazione, la composizione prosegue con l'esperto nominato a seguito della prima istanza presentata.

5. Requisito soggettivo per la richiesta dell'esperto

Si crede interessante evidenziare che la nomina dell'esperto può essere richiesta sia dall'imprenditore commerciale sia dall'imprenditore agricolo, ad oggi escluso, in quanto non fallibile, dalle procedure concorsuali e cui era riservata la corsia dell'istituto del sovra-indebitamento. Ciò implica che l'imprenditore agricolo una volta intrapresa la strada della composizione negoziale per la soluzione della crisi d'impresa, qualora la medesima non desse utili frutti e si giungesse pertanto ad una relazione finale dell'esperto nell'ambito della quale fosse dichiarata la sussistenza di trattative con le parti interessate e il mancato esito positivo delle stesse, potrebbe accedere a pieno titolo all'istituto del Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ai sensi dell'art. 18 del D.L. 118/21.

6. Indipendenza, poteri e doveri dell'esperto.

Una volta nominato il professionista deve verificare che sussistano i requisiti di indipendenza *formale e apparente*, individuati dalla lettera dell'art. 4 del D.L. rubricato appunto *Requisiti di indipendenza e doveri dell'esperto e delle parti*. L'esperto deve innanzitutto possedere i requisiti di indipendenza previsti

dall'art. 2399 c.c.² e non deve essere legato all'impresa né ad altre parti interessate al risanamento da rapporti di natura personale o professionale. È specificamente richiesto che anche i componenti dell'associazione professionale dell'esperto, qualora il medesimo operi in forma associata, non abbiano prestato, nei cinque anni precedenti, alcuna attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'impresa, né abbiano detenuto o che detengano partecipazioni dell'impresa. La norma specifica, inoltre, che l'esperto e i suoi soci non devono aver fatto parte degli organi di controllo o di amministrazione dell'impresa.

Con riferimento all'operato dell'esperto il Decreto rimanda al requisito di diligenza professionale richiamando le caratteristiche di riservatezza, di imparzialità e ancora una volta di indipendenza, da intendersi in questo caso come *sostanziale*. In coerenza con quanto già introdotto con il CCI anche il D.L. prevede anche per le parti il dovere di tenere un comportamento secondo le norme di buona fede e correttezza in modo tale da non vanificare il lavoro di mediazione degli interessi e di superamento delle posizioni del professionista esperto.

È prevista la possibilità, qualora l'esperto lo valuti opportuno, di avvalersi nell'espletamento dell'incarico di professionisti dotati di competenze specifiche per il settore in cui opera l'imprenditore oppure dell'ausilio di un revisore legale. In questo caso la lettura sistemica del Decreto permette di rilevare che, in base del comma 9 dell'art. 16, gli esborsi sostenuti per la remunerazione dei soggetti dei quali l'esperto si è avvalso non sono rimborsati. Queste ulteriori figure professionali ausiliarie dell'esperto principale potranno quindi senz'altro essere individuate e nominate, ma ciò dovrà essere fatto nella consapevolezza che il costo degli stessi sarà posto dell'unico soggetto nominato dalla commissione.

L'esperto ha la facoltà di chiedere tutte le informazioni a lui necessarie all'imprenditore, il quale ha, a sua volta, il dovere rappresentare la situazione in

² E' solo il caso di ricordare che l'art. 2399 c.c. regola le incompatibilità per i sindaci stabilendo che non possono essere eletti alla carica di sindaco e, se eletti, decadono dall'ufficio: a) coloro che si trovano nelle condizioni previste dall'articolo 2382 c.c. (ossia l'interdetto, l'inabilitato, il fallito, o chi è stato condannato ad una pena che importa l'interdizione, anche temporanea, dai pubblici uffici o l'incapacità ad esercitare uffici direttivi); b) il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori della società, gli amministratori, il coniuge, i parenti e gli affini entro il quarto grado degli amministratori delle società da questa controllate, delle società che la controllano di quelle sottoposte a comune controllo; c) coloro che sono legati alla società o alle società da questa controllate o alle società che la controllano o a quelle sottoposte a comune controllo da un rapporto di lavoro o da un rapporto continuativo di consulenza o di prestazione d'opera retribuita, ovvero da altri rapporti di natura patrimoniale che ne compromettano l'indipendenza.

cui si trova nel miglior modo possibile, con trasparenza e completezza oltre al dovere di gestire, nelle more, il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.

La situazione deve essere quindi illustrata a tutti i soggetti coinvolti nelle trattative che hanno il dovere di collaborare con lealtà 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 durante le trattative. A comprova di una partecipazione attiva il riscontro alle proposte, da parte delle parti coinvolte, è richiesto che sia tempestivo e motivato.

E' di sicuro interesse evidenziare il fatto che il Decreto focalizza l'attenzione e banche e agli intermediari finanziari, ai mandati e ai cessionari di questi ultimi, che sono tenuti a loro ad agire in modo attivo ed informato specificando che l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore onde evitare che il medesimo venga a rappresentare strutturalmente e cronicamente invece di un mezzo per la risoluzione di una crisi probabile, l'incipit di un fenomeno perverso noto come *profezia autoverificantesi*³.

7. Applicazione all'esperto delle norme in tema di segreto professionale.

Altra specificazione del Decreto che rafforza, a parere di chi scrive di molto, la posizione dell'esperto è il richiamo esplicito al segreto professionale che tutela il rapporto tra l'Esperto e l'imprenditore operato ai sensi del comma 3, dell'art. 4.

L'esperto indipendente non è, infatti, tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni che ha acquisito davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altre autorità, fatte salve le previsioni endo-procedimentali previste dall'art. 7, comma 4⁴ del medesimo decreto con riferimento alla eventuale concessione di misure protettive e cautelari.

³ Robert King Merton, *La profezia che si autoavvera*, in *Teoria e Struttura Sociale*, II, Bologna, Il Mulino, 1971

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*

Inoltre il Decreto specifica che si applicano:

a. *Le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale rubricato Segreto professionale.* In base al primo comma del citato articolo non possono essere obbligati a deporre su quanto hanno conosciuto per ragione del proprio ministero, ufficio o professione, salvi i casi in cui hanno l'obbligo di riferirne all'autorità giudiziaria [c.p.p. 331, 334]: a) (*omissis*); b) gli avvocati, (*omissis*), i consulenti tecnici e (*omissis*); c) (*omissis*); d) gli esercenti altri uffici o professioni ai quali la legge riconosce la facoltà di astenersi dal deporre determinata dal segreto professionale. Il secondo comma aggiunge con formulazione a tutela, che giudice, se ha motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari e, qualora risulti infondata, ordina che il testimone deponga.

b. *Le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto compatibili.* In particolare, la citata disposizione prevede al primo comma che le ispezioni e le perquisizioni negli uffici dei difensori sono consentite solo: a) quando essi o altre persone che svolgono stabilmente attività nello stesso ufficio sono imputati, limitatamente ai fini dell'accertamento del reato loro attribuito; b) per rilevare tracce o altri effetti materiali del reato o per ricercare cose o persone specificamente predeterminate. Inoltre è stabilito che presso i difensori (*omissis*) non si possa procedere a sequestro di carte o documenti relativi all'oggetto della difesa, salvo che costituiscano corpo del reato. Nel caso in cui sia necessario eseguire una ispezione, una perquisizione o un sequestro nell'ufficio di un difensore l'autorità giudiziaria a pena di nullità avvisa, a norma del terzo comma, il consiglio dell'ordine forense del luogo perché il presidente o un consigliere da questo delegato possa assistere alle operazioni. Allo stesso, se interviene e ne fa richiesta, è consegnata copia del provvedimento. Alle ispezioni, alle perquisizioni e ai sequestri negli uffici dei difensori procede personalmente il giudice ovvero, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero in forza di motivato decreto di autorizzazione del giudice. Non è, inoltre consentita l'intercettazione relativa a conversazioni o comunicazioni dei difensori (*omissis*) e loro ausiliari, né a quelle tra i medesimi e le persone da loro assistite. Sono vietati il sequestro e ogni forma di controllo della corrispondenza tra l'imputato e il proprio difensore in quanto

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.

riconoscibile dalle prescritte indicazioni, salvo che l'autorità giudiziaria abbia fondato motivo di ritenere che si tratti di corpo del reato. Salvo quanto previsto dal comma 3 e dall'articolo 271, i risultati delle ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di conversazioni o comunicazioni, eseguiti in violazione delle disposizioni precedenti, non possono essere utilizzati. Fermo il divieto di utilizzazione di cui al primo periodo, quando le comunicazioni e conversazioni sono comunque intercettate, il loro contenuto non può essere trascritto, neanche sommariamente, e nel verbale delle operazioni sono indicate soltanto la data, l'ora e il dispositivo su cui la registrazione è intervenuta.

8. Attività e funzioni dell'esperto.

L'attività che è chiamato a svolgere l'esperto è enunciata dall'art. 2 comma 2 del Decreto: l'esperto agevola 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.

L'esperto che accetta l'incarico deve come prima cosa valutare la prospettiva di risanamento, convocando l'imprenditore o i rappresentanti della società. Per effettuare una valutazione che sia completa e attendibile, ma soprattutto, come specificato dal Decreto, concreta, l'esperto può assumere informazioni dal revisore legale e dall'organo di controllo ossia dal collegio sindacale.

8.1 Mancanza di presupposti per il risanamento.

Nel caso in cui non vi sia alcuna prospettiva di risanamento, all'esito della convocazione dell'imprenditore o dei rappresentanti della società, l'esperto deve dare notizia all'imprenditore e al segretario generale della CCIAA che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

E' senz'altro rilevante evidenziare che questa comunicazione non costituisce presupposto per l'apertura del *Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio* ai sensi dell'art. 18 del Decreto il quale prevede che vi sia stata l'apertura e la conduzione di trattative con esito negativo.

8.2. Trattative con esito negativo.

Quando le trattative sono state aperte, si siano svolte senza portare ad un esito utile al risanamento della situazione, l'esperto redige una relazione finale ai sensi dell'art. 5, comma 8 che deve essere inserita nella piattaforma e comunicata all'imprenditore.

Nell'ambito della propria relazione finale l'esperto rendiconta sull'attività svolta con le parti, sui tentativi di risoluzione prospettati al fine di mediare gli interessi delle stesse e dichiara che le trattative considerate inizialmente possibili, impostate e intrattenute con le parti non hanno portato alla individuazione di una soluzione condivisa. Deve in altri termini dimostrare che erano a suo parere ravvisabili modalità di risoluzione della crisi, che per questo motivo non è stata richiesta l'archiviazione della posizione, ma che le parti che lealmente di sono comportate, non hanno condiviso le strategie prospettate considerando le proprie posizioni individuali inconciliabili con quelle dell'impresa istante. Dichiara altresì che, di conseguenza, le soluzioni di cui all'art. 11, commi 1 e 2 non sono praticabili.

Il deposito della relazione dell'esperto in questi termini costituisce presupposto per la presentazione da parte dell'imprenditore nei 60 giorni successivi alla comunicazione di cui all'art. 5, comma 8, una proposta di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. Potrà chiedere in altri termini l'omologazione di un concordato per cessione dei beni depositando apposita istanza unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'art. 161, secondo comma, lettere a), b), c), d) l.f. e senza alcuna attestazione del piano. È utile evidenziare che tale concordato, come previsto dalla lettera dell'art. 18 del Decreto da un lato non prevede la nomina del commissario giudiziale, ma solo quella eventuale di un ausiliario del giudice e dall'altro lato non prevede alcun voto dei creditori, ma esclusivamente la possibilità di una loro opposizione.

8.3. Trattative con esito positivo.

Se il giudizio sulle possibilità di *turnaround* è positivo, procede con l'incontro delle altre parti interessate nel procedimento, definendo le strategie di intervento e dando così inizio alle trattative. Ai sensi dell'art 11 quando ad esito dell'interazione con i soggetti interessati è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione, le parti possono alternativamente:

- concludere un contratto con uno o più creditori;
- concludere una convenzione moratoria ai sensi dell'art. 182 octies l.f.;
- concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d) l.f. senza necessità dell'attestazione prevista dal medesimo articolo;
- domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis, 182 septies, 182 novies; nel caso di accordo con efficacia estesa ex 182 septies è prevista una agevolazione

ossia la percentuale degli aderenti è ridotta dal 75% al 60% qualora il raggiungimento dell'accordo risulti dalla relazione finale dell'esperto;

- predisporre il piano attestato di cui all'art. 67, comma 3, l. d);
- proporre domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 18 del Decreto
- accedere alle altre procedure previste dalla legge fallimentare.

8.4. Controllo sulla gestione dell'impresa in pendenza di trattative.

Durante la prosecuzione dell'impresa l'esperto assume funzione di controllo sugli atti e sull'attività portata avanti dall'imprenditore, che, come previsto dall'art. 9 comma 1, questi conserva sia per l'ordinaria che per la straordinaria gestione. Nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. Quando sussiste probabilità di insolvenza l'imprenditore gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.

Il Decreto prevede che l'esperto inviti le parti, ai sensi dell'art. 10 comma 2 e qualora vi siano i presupposti, a riformulare i contratti ad esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita se la prestazione è valutata come divenuta eccessivamente onerosa per effetto della Pandemia da Sars-CoV-2 ai sensi.

Nel caso in cui l'impresa progetti di porre in essere di atti di straordinaria amministrazione o l'esecuzione di pagamenti non coerenti con le prospettive di risanamento, scattano dei doveri di informazione *preventiva*, in forma scritta, nei confronti dell'esperto. L'esperto valuta questi atti straordinari messi in atto dall'imprenditore e, se giudica che arrechino pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, segnala le proprie valutazioni nuovamente in forma scritta sia all'imprenditore sia all'organo di controllo ossia al collegio sindacale.

Se l'atto è comunque compiuto, nonostante la segnalazione, l'esperto può formalizzare il suo dissenso con iscrizione del medesimo nel registro delle imprese. La segnalazione diviene obbligatoria qualora l'atto pregiudichi l'interesse dei creditori. L'iscrizione del dissenso da parte dell'esperto assume successiva ed eventuale rilevanza ai sensi dell'art. 12 comma 3 in base al quale gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono soggetti alle azioni revocatorie di cui agli articoli 66 e 67 l. f., se, appunto, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese.

E' opportuno evidenziare infine che, ai sensi del comma 5 dell'art. 12 del Decreto, le disposizioni di cui agli articoli 216, terzo comma, e 217 l.f. 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.

8.5. Concessione e revoca delle misure protettive e cautelari.

L'art. 6 e 7 del Decreto prevedono la possibilità per l'imprenditore di 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. L'istanza di applicazione delle misure protettive 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. 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 l.f., deve chiedere la conferma o la modifica delle misure protettive e, ove occorre, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative.

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.

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.

9. Conclusione dell'incarico.

L'incarico per l'esperto si considera concluso se, entro 180 giorni dall'accettazione della nomina, le parti non hanno individuato alcuna soluzione adeguata per il superamento della situazione. L'incarico può altresì proseguire se tutte le parti lo richiedono e se l'esperto acconsente, oppure quando è resa necessaria la prosecuzione dal ricorso dell'imprenditore ai sensi degli articoli 7 e 10.

Come già anticipato *supra* al termine delle attività svolte per assolvere l'incarico, l'esperto redige ai sensi dell'art. 5, comma 8 una relazione finale e la inserisce nella piattaforma telematica, comunicandolo all'imprenditore e, in caso di misure premiali concesse, anche al giudice che ne dichiara cessati gli effetti.

10. Compenso dell'esperto e definizione del perimetro dei rimborsi spese.

Il Decreto dedica l'intero articolo 16 a regolamentare il compenso spettante all'esperto facilitatore. Gli è innanzitutto riconosciuta la natura prededucibile ai sensi dell'articolo 111, secondo comma l.f.. E' poi stabilito con il comma 2 che la remunerazione spettante per l'attività svolta non può essere, in ogni caso, inferiore a euro 4.000,00 e superiore a euro 400.000,00, ma è indicata una eccezione al limite inferiore da individuarsi nella determinazione forfettaria, liquidata in euro 500,00, spettante quando l'imprenditore non compare davanti all'esperto oppure quando è disposta l'archiviazione subito dopo il primo incontro in quanto non sussistono i presupposti per impostare alcuna trattativa.

Il compenso dell'esperto è determinato in percentuale sull'ammontare della media dell'attivo dell'impresa debitrice risultante dagli ultimi tre bilanci o, in mancanza, dalle ultime tre dichiarazioni dei redditi secondo predeterminati scaglioni che si riportano nella tabella infra. Il Decreto specifica che se l'attività è iniziata da meno di tre anni, la media è calcolata sui bilanci o, in mancanza, sulle dichiarazioni dei redditi depositati dal suo inizio.

Scaglioni previsti dal primo comma dell'art. 16 D.L. 118/21

- a) fino a euro 100.000,00, il 5,00%;
- 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 1.300.000.000,01, lo 0,002%.

Nella tabella che segue è stato svolto il calcolo del compenso incrementale per ciascuno degli scaglioni di attivo indicati nonché cumulato in coerenza con le indicazioni fornite.

Scaglioni previsti		Percentuale	Misura dello scaglione	Incremento	Compenso cumulativo
-	100.000	5,000%	100.000	5.000	5.000
100.000	500.000	1,250%	400.000	5.000	10.000
500.000	1.000.000	0,800%	500.000	4.000	14.000
1.000.000	2.500.000	0,430%	1.500.000	6.450	20.450
2.500.000	50.000.000	0,100%	47.500.000	47.500	67.950
50.000.000	400.000.000	0,025%	350.000.000	87.500	155.450
400.000.000	1.300.000.000	0,008%	900.000.000	72.000	227.450
1.300.000.000	9.927.500.000	0,002%	8.627.500.000	172.550	400.000
superiore a:	10.000.000.000	0,000%	qualsiasi importo	-	400.000

L'art. 16 del decreto fornisce ulteriori criteri di rideterminazione, fermi i limiti superiore ed inferiore già citati, per una serie fattispecie specifiche. Le stesse sono state sintetizzate nel prospetto che segue.

- a) Se il numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative è compreso tra 21 e 50, il compenso è aumentato del 25%; tenendo presente che i lavoratori e le rappresentanze sindacali non sono considerati nel numero dei creditori e delle altre parti interessate ai fini del riconoscimento degli aumenti e che però all'esperto spetta il compenso di euro 100,00 per ogni ora di presenza risultante dai rapporti redatti in occasione delle consultazioni sindacali ai sensi dell'articolo 4, comma 8.*
- b) Se il numero dei creditori e delle parti interessate è superiore a 50, il compenso è aumentato del 35%;*
- c) Se il numero dei creditori e delle parti interessate che partecipano alle trattative non è superiore a 5, il compenso è ridotto del 40%;*
- d) In caso di vendita del complesso aziendale o di individuazione di un acquirente da parte dell'esperto, il compenso è aumentato del 10%;*

e) In tutti i casi in cui, anche successivamente alla redazione della relazione finale di cui all'articolo 5, comma 8, si concludono il contratto, la convenzione o gli accordi di cui all'articolo 11, comma 1, o è predisposto un piano attestato di risanamento di cui all'articolo 11, comma 3, lettera a), il compenso è aumentato del 100%;

f) Se l'esperto sottoscrive l'accordo di cui all'articolo 11, comma 1, lettera c), gli spetta un ulteriore incremento del 10% sul compenso determinato ai sensi del comma 5.

Dopo almeno sessanta giorni dall'accettazione dell'incarico, su richiesta dell'esperto, può essere disposto in suo favore un acconto in misura non superiore ad un terzo del presumibile compenso finale, tenendo conto dei risultati ottenuti e dell'attività prestata. Inoltre all'esperto è correttamente dovuto il rimborso delle spese necessarie per l'adempimento dell'incarico, purché accompagnate dalla corrispondente documentazione. Come già evidenziato *supra*, invece il Decreto ha stabilito che non sono rimborsati gli esborsi sostenuti per la remunerazione dei soggetti dei quali l'esperto si è avvalso ai sensi dell'articolo 4, comma 2. In mancanza di accordo tra le parti, il compenso è liquidato dalla commissione di cui all'articolo 3, comma 6, ed è a carico dell'imprenditore. Il provvedimento costituisce prova scritta idonea a norma del n. 1 dell'articolo 633 del codice di procedura civile nonché titolo per la concessione della provvisoria esecuzione ai sensi dell'articolo 642 del codice di procedura civile.

Quaderni
di
Ristrutturazioni Aziendali
Anno 2022 – Fascicolo I

Sezione II - Giurisprudenza

Il primo caso di “abuso” del ricorso alla composizione negoziata

Trib. Brescia, 2 dicembre 2021. Giudice Designato Pernigotto.

Gli effetti delle misure protettive di cui all'art. 6 d.l. 118/2021 decorrono dal momento della pubblicazione nel Registro delle Imprese dell'istanza di applicazione delle misure e dell'accettazione dell'esperto. Il combinato disposto degli artt. 6 e 7, nonché la ratio stessa del sistema della composizione negoziata, postulano la necessità della pubblicazione congiunta tanto dell'istanza quanto dell'accettazione, posto che soltanto con l'accettazione dell'esperto questi assume il proprio compito ed agevolare le trattative.

(omissis) Con ricorso ex art. 7 del D.L. n. 118 del 24.8.2021 (convertito, con modificazioni, dalla L. n. 147 del 21.10.2021) depositato in data 17.11.2021 A. S.r.l., con sede in * (BS), ha chiesto la conferma delle misure protettive di cui all'art. 6 del medesimo testo normativo individuate nel divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati nonché di avviare o proseguire azioni esecutive e cautelari (con specifico riferimento, in questo caso, al procedimento di espropriazione mobiliare n. 1002/2019 r.g.e. radicato ai suoi danni innanzi a questo Tribunale da parte di B. & C. S.a.p.a.) oltretutto nell'inibitoria alla pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. A fondamento di tale istanza parte ricorrente ha allegato di aver rinunciato, con dichiarazione depositata in data 15.11.2021, alla domanda di concordato preventivo già presentata sempre innanzi a questo Tribunale ai sensi dell'art. 161, c. VI, L.F. ed iscritta al n. 29/2020 c.p. e di aver quindi trasmesso in data 16.11.2021 al segretario generale della C.C.I.A.A. di Brescia l'istanza di nomina dell'esperto ai sensi dell'art. 5, c. I, del D.L. n. 118/2021, dando peraltro atto della pendenza, nei propri riguardi, delle domande di fallimento proposte da tre diversi creditori. Con decreto depositato in data 25.11.2021 questo Giudice, rilevata la mancata documentazione della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione delle misure protettive unitamente all'accettazione dell'esperto, evidenziata la necessità di verificare l'eventuale pronuncia da parte del Tribunale di un formale provvedimento di improcedibilità della domanda di concordato “in bianco” rinunciata da parte di A. S.r.l. e sottolineate alcune carenze dell'apparato documentale allegato al ricorso in relazione in particolare a quanto previsto alle lettere b), c) e d) del comma secondo dell'art. 7 del D.L. n. 118/2021, ha disposto la comparizione della sola ricorrente per l'udienza odierna riservandosi all'esito ogni eventuale ulteriore provvedimento anche in ordine all'instaurazione del contraddittorio. Con note di deposito del 19.11.2021, 24.11.2021, 25.11.2021, 26.11.2021 e 1.12.2021, poi, parte ricorrente ha riversato in atti, fra l'altro: -la richiesta di pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del presente procedimento nonché una dichiarazione del proprio legale rappresentante Gian Giacomo Belleri “che l'impresa può essere risanata”; - una comunicazione datata 22.11.2021 per mezzo della quale la commissione istituita ex art. 3, c. VI, del D.L. n. 118/2021 presso la C.C.I.A.A. di

Milano, Monza Brianza e Lodi ha rappresentato di non poter “procedere alla nomina dell’esperto * dal momento che ad oggi non risulta iscritto alcun nominativo di esperto negli elenchi della piattaforma, sia regionali sia extra Regione Lombardia”; - una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata al 30.11.2020, un “elenco creditori al 30 novembre 2020” nonché una “Relazione sintetica semestrale”; - la richiesta di pubblicazione nel registro delle imprese dell’istanza di nomina dell’esperto e di applicazione delle misure protettive del patrimonio. All’udienza, infine, il procuratore di parte ricorrente ha precisato che il Tribunale non ha ancora assunto un provvedimento di improcedibilità della domanda di concordato oggetto di rinuncia.

Il ricorso proposto da A. S.r.l. è inammissibile. L’art. 6 del D.L. n. 118/2021 istituisce un sistema di protezioni attivabili “laddove vi sia l’esigenza di proteggere il patrimonio dell’imprenditore da iniziative che possono turbare il regolare corso delle trattative” su cui si articola il percorso della composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa e mettere dunque “a rischio il risanamento dell’impresa” (cfr. Relazione allo schema di decreto-legge). Si prevede in particolare, al comma I, che l’imprenditore, già con la domanda di nomina dell’esperto o con successiva istanza, possa chiedere l’applicazione di misure protettive le quali, da un lato, possono consistere nel divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l’imprenditore nonché di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari tanto sul suo patrimonio quanto sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l’attività d’impresa e, dall’altro, “scattano” dal giorno della pubblicazione dell’istanza medesima, unitamente all’accettazione dell’esperto, nel registro delle imprese. Inoltre, il comma 4 della stessa disposizione esclude che dal giorno della pubblicazione dell’istanza di applicazione delle misure protettive e fino alla conclusione delle trattative o all’archiviazione dell’istanza di composizione negoziata possa essere pronunciata la sentenza dichiarativa di fallimento dell’imprenditore coinvolto nel percorso di risanamento negoziato. Tuttavia, se per il prodursi dei menzionati effetti protettivi è sufficiente che l’istanza dell’imprenditore che ne invoca l’applicazione venga pubblicata nel registro delle imprese unitamente all’accettazione dell’esperto, affinché questi si consolidino è necessario l’intervento dell’autorità giudiziaria alla quale l’imprenditore già “schermato” ha l’onere di rivolgersi (cfr. art. 7 del D.L. n. 118/2021) con ricorso depositato lo stesso giorno della pubblicazione dell’istanza e dell’accettazione dell’esperto chiedendo la conferma o la modifica delle misure protettive (questo, peraltro, ad esclusione della misura relativa all’impedimento alla pronuncia della sentenza di fallimento i cui effetti paiono comunque destinati a protrarsi ex lege sino alla definizione del percorso di composizione negoziata) ovvero l’adozione di provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative. Da ciò discende che l’intervento di stabilizzazione riservato al giudice, non a caso destinato ad essere veicolato entro un modulo procedimentale improntato a celerità e deformalizzazione, presuppone logicamente che un qualche effetto protettivo si sia già concretamente sprigionato, non ricorrendo alcunché, diversamente, né da confermare né da modificare. Ma, affinché questo accada, è necessario che l’istanza di applicazione delle misure, unitamente all’accettazione dell’esperto, sia pubblicata nel registro delle imprese. D’altro canto, ritenere che per l’apertura dell’ombrello protettivo previsto dal D.L. n. 118/2021 sia indispensabile la pubblicazione tanto dell’istanza applicativa

quanto dell'accettazione dell'esperto appare in linea sia con il dato letterale degli artt. 6 e 7 dello stesso D.L. n. 118/2021 che con la ratio complessiva del sistema della composizione negoziata della crisi. Sotto il primo profilo, invero, l'art. 6, c. I, è chiaro nello specificare che i divieti ivi previsti a carico dei creditori dell'imprenditore si producono "dal giorno della pubblicazione" nel registro delle imprese: pubblicazione la quale ha per l'appunto ad oggetto congiuntamente "l'istanza di applicazione delle misure protettive (...) unitamente all'accettazione dell'esperto". Inoltre, appare ulteriormente rilevante che il legislatore, nel provvedere alla conversione del D.L. n. 118/2021 con L. n. 147/2021, abbia avuto cura di precisare che il ricorso per la conferma o modifica delle misure protettive deve essere presentato al tribunale "lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto" e recare in allegato proprio "l'accettazione dell'esperto nominato". Sotto il secondo profilo, poi, non può non rilevarsi che il percorso di composizione negoziata, il cui regolare dipanarsi dovrebbe essere garantito dalle misure protettive di cui si discute, può dirsi effettivamente avviato soltanto con l'accettazione dell'esperto, che di detto percorso costituisce il motore, essendogli "affidato il compito" sostanziale "di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa" (cfr. Relazione allo schema di decreto-legge). Tutto ciò premesso, come anticipato, il ricorso proposto da A. S.r.l. va dichiarato inammissibile posto che, allo stato, parte ricorrente si è limitata a chiedere al segretario generale della C.C.I.A.A. di Brescia l'istanza di nomina dell'esperto ai sensi dell'art. 5, c. I, del D.L. n. 118/2021 mentre non risulta intervenuta né la nomina dell'esperto (come confermato con la citata comunicazione del 22.11.2021 resa da parte della stessa commissione istituita ex art. 3, c. VI, del D.L. n. 118/2021 presso la C.C.I.A.A. di Milano, Monza Brianza e Lodi) né la sua accettazione, né, logicamente, la pubblicazione "complessiva" di cui all'art. 6, c. I, del D.L. n. 118/2021. Conseguentemente, il rilievo è assorbente, A. S.r.l. chiede la conferma o modifica di effetti protettivi i quali, alla luce di tutto quanto sino ad ora osservato, non si sono prodotti (ferma restando la possibilità della ricorrente di presentare una nuova domanda ex art. 7 del D.L. n. 118/2021, qualora, intervenuta la nomina dell'esperto, si dia corso alla pubblicazione nel registro delle imprese di tutto quanto previsto all'art. 6, c. I, del D.L. n. 118/2021). Né, peraltro, il tessuto normativo del D.L. n. 118/2021 consente di individuare alcuno spazio per un intervento sostitutivo del giudice rispetto al potere di nomina riservato alle commissioni istituite ex art. 3, c. VI, pur rimanendo la consapevolezza che all'urgenza della decretazione l'ordinamento non ha saputo far seguire una risposta attuativa sufficientemente rapida. D'altro canto, il ricorso proposto da A. S.r.l. si rivelerebbe comunque inammissibile anche a cagione dell'incompletezza delle allegazioni documentali che lo corredano, in relazione all'elencazione di cui all'art. 7, c. II, del D.L. n. 118/2021. E' stato infatti condivisibilmente osservato in dottrina che l'automatico prodursi degli effetti protettivi di cui all'art. 6 del D.L. n. 118/2021 non può non accentuare l'onere di allegazione e collaborazione dell'imprenditore il quale, depositando sollecitamente tutta la documentazione di cui all'art. 7, deve porre il giudice nella condizione di poter deliberare sin da subito la serietà del percorso di trattative iniziato oltreché l'idoneità delle misure e dei provvedimenti richiesti a garantirne il regolare corso senza eccessivi sacrifici per i creditori: dacché, l'incompleta produzione dei documenti richiesti dovrebbe produrre l'immediato arresto

in rito del procedimento di conferma o modifica. Ebbene, mette conto di rilevare, seppur *ad abundantiam*, che parte ricorrente ha prodotto una situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata soltanto alla data del 30.11.2020 e quindi ad una data ben anteriore a quella di non oltre sessanta giorni prima il deposito del ricorso, avvenuto il 17.11.2021, così come eccessivamente risalente risulta il su richiamato “elenco creditori al 30 novembre 2020”. Si tratta con tutta evidenza di documenti che non consentirebbero una realistica ricostruzione della situazione in cui versa l'imprenditore. In ogni caso, infine, già la stessa domanda di nomina dell'esperto formulata da A. S.r.l. parrebbe doversi scontrare con limite di accesso alla composizione negoziata individuato, allo scopo di evitarne l'utilizzo strumentale (cfr. Relazione allo schema di decreto legge), all'art. 23, c. II, del D.L. n. 118/2021 nella “pendenza del procedimento introdotto (...) con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267”. Parte ricorrente, sul punto, all'udienza odierna ha precisato che il Tribunale non ha ancora assunto un provvedimento di improcedibilità della domanda di concordato oggetto di rinuncia. Sennonché, se non vi è dubbio ormai che la domanda di concordato preventivo possa essere rinunciata da parte del proponente unilateralmente e quindi senza che sia necessario il consenso dei contrapposti creditori sino all'omologazione del concordato (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 10.10.2019, n. 25479), appare altresì condivisibile l'assunto per cui il semplice deposito della dichiarazione di rinuncia non implica “che il procedimento di concordato preventivo venga in modo automatico a cessare”, risultando necessaria a tal fine la formale adozione dal parte del tribunale di un provvedimento di improcedibilità (cfr. Cass. Civ., Sez. I, 7.12.2020, n. 27939). Il procedimento di concordato promosso da A. S.r.l. per mezzo della domanda poi rinunciata pare dunque doversi ritenere ancora pendente. Del resto, gli arresti giurisprudenziali appena citati si rivelano pienamente funzionali alla logica antiabusiva a cui è ispirata la previsione di cui all'art. 23, c. II, del D.L. n. 118/2021 posto che se si ritenesse sufficiente a caducare un procedimento di concordato preventivo il mero deposito della dichiarazione di rinuncia da parte del proponente quest'ultimo ben potrebbe avvantaggiarsi (in modo “disinvoltato” e senza essere mosso da una seria e concreta volontà compositiva) della massima estensione temporale del c.d. automatic stay garantito dalla legge fallimentare per poi creare le condizioni, all'ultimo momento utile, per il passaggio al diverso sistema di protezioni di cui all'art. 6 del D.L. n. 118/2021, con evidente frustrazione della finalità propria della previsione limitativa in esame. Non vi è luogo a provvedere sulle spese di lite, stante la dimensione unilaterale in cui si è arrestato il procedimento.

P.Q.M.

il Tribunale di Brescia, ogni contraria e diversa istanza, eccezione e deduzione disattesa, così provvede: dichiara inammissibile il ricorso proposto da A. S.r.l.; nulla sulle spese.

Si comunichi, anche al registro delle imprese.

Composizione negoziata: ricorso tempestivo e completo e fissazione dell'udienza per le misure protettive

Tribunale di Roma, 27 dicembre 2021. Giudice designato Adolfo Ceccarini.

Nell'ambito della composizione negoziata, a seguito della pubblicazione nel Registro delle Imprese dell'istanza di applicazione delle misure protettive ex artt. 6 e ss. d.l. 118/2021, il ricorrente è tenuto a notificare il ricorso per l'accesso alla procedura di composizione e il decreto di fissazione dell'udienza per la conferma delle misure in parola all'esperto e a ciascuno dei creditori personalmente, eccetto i lavoratori, che abbiano promosso procedure esecutive o cautelari o che siano intervenuti nei relativi procedimenti, nonché agli eventuali destinatari di specifiche misure cautelari.

(omissis) Ritenuta la competenza del Tribunale di Roma, nel cui circondario è stabilita la sede legale dell'impresa; ritenuta la tempestività del ricorso, in quanto presentato lo stesso giorno della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione delle misure; rilevato che al ricorso è stata allegata la dichiarazione di accettazione dell'esperto nominato dalla apposita commissione costituita presso la Camera di commercio di Roma; rilevato che al ricorso è stata allegata la documentazione prescritta dall'art. 7, 2° comma, del d.l. n. 118/2021; FISSA l'udienza del 27 gennaio 2022, ore 12,30, per la comparizione delle parti e dell'esperto dinanzi a sé, riservando di procedere agli atti di istruzione indispensabili ai fini della decisione a seguito della rituale instaurazione del contraddittorio; ORDINA alla parte ricorrente di notificare, nel termine di 15 giorni prima di tale udienza, copia del ricorso e del presente decreto all'esperto e ai creditori, diversi dai lavoratori che abbiano promosso procedure esecutive o cautelari nei suoi confronti, o siano intervenuti nei relativi procedimenti, nonché agli eventuali destinatari di specifiche misure cautelari formanti oggetto del presente procedimento, mediante gli strumenti telematici e all'indirizzo di posta elettronica certificata se disponibile, oppure, in gradato subordine, all'indirizzo di posta elettronica non certificata per il quale sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella, ovvero, nel caso in cui l'utilizzo delle suddette forme sia impossibile, mediante le forme previste dagli artt. 137 ss. c.p.c. AVVISA che la notifica della copia del ricorso e del presente decreto deve essere effettuata alle parti personalmente e non ai difensori che le assistono nei procedimenti esecutivi e cautelari in corso, e che per partecipare all'udienza è necessaria l'assistenza di un difensore; ORDINA alla parte ricorrente di depositare telematicamente, almeno 7 giorni prima dell'udienza, un prospetto riassuntivo dei nominativi delle parti interessate contenente l'indicazione delle modalità utilizzate per le notifiche e del loro esito, la prova delle notifiche effettuate, nonché eventuale integrazione documentale in conformità all'art. 7, 2 comma del d.l. n. 118/21; alla parte ricorrente di depositare, in udienza, l'attestazione dell'invio al registro delle imprese della richiesta di pubblicazione del numero di ruolo generale del presente procedimento; INVITA parte ricorrente a depositare il giorno dell'udienza un fascicolo di cortesia in formato cartaceo contenente la copia di tutti i documenti

depositati telematicamente; AVVISA che, dal giorno della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione delle misure protettive, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con * l'imprenditore, ne' 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; che i creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive; MANDA, alla Cancelleria per la comunicazione del presente decreto alla parte ricorrente.

Composizione negoziata: a chi va notificato il decreto che fissa l'udienza per la conferma o revoca delle misure protettive e cautelari?

Tribunale di Firenze, 29 dicembre 2021. Giudice Maria Novella Legnaioli.

Quando le misure protettive richieste nell'ambito della composizione negoziata crisi d'impresa non riguardano soggetti determinati ma hanno carattere generale, il ricorrente può limitarsi a notificare il decreto di fissazione dell'udienza ai soli creditori che possono promuovere azioni esecutive o cautelari o richiedere la dichiarazione di fallimento.

(omissis) Sul ricorso proposto da A., con sede legale a *, ai sensi degli artt. 6 e 7 d.l. 118/21 convertito dalla legge 147/21; Rilevato che: - con il ricorso la società richiede, in tesi, la conferma delle misure protettive richieste erga omnes in sede di presentazione dell'istanza di accesso alla procedura di composizione negoziata della crisi per tutta la durata delle trattative e, comunque, fintanto che la procedura risulti non archiviata; in ipotesi, la modifica delle predette misure nei termini e alle condizioni che saranno ritenute di giustizia; - il giudice, rilevato che il ricorso è stato presentato lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto nonché che al medesimo è stata allegata la documentazione di cui all'art. 7 c. 2, con decreto emesso entro 10 giorni dal deposito del ricorso, ha fissato l'udienza; - con il decreto di fissazione dell'udienza è stata disposta la notificazione all'esperto e, stante la richiesta erga omnes delle misure protettive non riferita a determinati soggetti, ai creditori che avessero eventualmente promosso azioni esecutive o cautelari o depositato ricorso per la dichiarazione di fallimento; - con il medesimo decreto è stato altresì disposto il deposito a cura del ricorrente della dichiarazione prevista dall'art. 6 c. 2 inserita nella piattaforma telematica con l'istanza di applicazione di misure protettive; - la ricorrente ha dichiarato che nei suoi confronti non pendono azioni esecutive e cautelari e che non sono state proposte istanze di fallimento, cosicché il decreto è stato notificato, nelle forme disposte dal giudice ai sensi dell'art. 151 cpc, al solo esperto; - la ricorrente ha altresì dichiarato di non avere depositato ricorso per l'accesso a una delle procedure di cui all'art. 23 c. 2 l.f.; - l'esperto ha depositato il proprio parere, dando atto del contenuto dell'istanza, dello stato delle trattative, al momento non ancora avviate stante il poco tempo disponibile ma di cui è verosimile l'avvio nelle prossime settimane, dell'attività svolta fino all'udienza, e consistita nell'acquisizione di informazioni presso l'imprenditore e l'organo di controllo, dell'esito delle analisi di cui al test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e delle motivate modifiche dal medesimo esperto apportate, e ha concluso per l'assenza di controindicazioni alla conferma delle misure protettive richieste: in particolare l'esperto con riferimento all'analisi di coerenza del piano con la check list, ha riferito che l'impresa non ha ancora redatto un piano di risanamento, anche se ha già predisposto un previsionale/budget per i prossimi 3 anni (2022/2023/2024), secondo il quale sulla scia della "ripresa" dei volumi d'affari che si è incominciata a intravedere negli ultimi mesi, e sulla scorta delle assunzioni alla base del piano in costruzione, si prevede - anche grazie agli investimenti

già effettuati e alla riorganizzazione del business in atto - di riportare il fatturato 2022 oltre i 10 milioni di euro (dopo che negli ultimi due anni questo è sceso drasticamente dai 12 del 2019 ai circa 5 del 2020 e 2021); l'esperto, riservandosi ogni attenta verifica delle previsioni e dei budget relativi agli anni a venire, ha ottenuto conferma da parte dell'organo di controllo (sindaci, che effettuano anche la revisione contabile) dell'affidabilità e correttezza della situazione contabile aggiornata al 31/10/21 (allegata all'istanza di nomina), della completezza del quadro fornito dall'imprenditore nonché dell'adeguatezza allo stato dell'assetto amministrativo della società;

Ritenuto che, sulla base delle informazioni fino a questo momento a disposizione e del citato parere dell'esperto, sussista con riferimento alla società ricorrente una ragionevole probabilità di perseguire il risanamento e che le misure protettive prodottesi fin dal momento della pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese - divieto per tutti i creditori di acquisire diritti di prelazione se non concordati nonché di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari - e di cui oggi si chiede la conferma, siano strumentali al buon esito delle trattative, in procinto di essere avviate, trattative che potrebbero essere pregiudicate da iniziative individuali dei creditori così precludendo il piano di risanamento; Ritenuto che allo stato ricorrano i presupposti per la conferma delle misure protettive già efficaci e che, stante la complessità del piano che dovrà essere predisposto alla luce dei risultati del test pratico e delle prime analisi dell'esperto, e in assenza di pregiudizi particolari e sproporzionati per i creditori, al momento non evidenziati, la durata possa essere fissata in 120 giorni;

conferma le misure protettive richieste, con la conseguenza che dal giorno della pubblicazione dell'istanza al registro delle imprese e per i successivi 120 giorni, fatti salvi i diritti di credito dei lavoratori, non è consentito ai creditori dell'impresa ricorrente di acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né di iniziare e proseguire azioni cautelari sul patrimonio dell'impresa o sui beni e diritti con i quali quest'ultima esercita l'attività.

Società in liquidazione, mancanza di prospettive di risanamento e di permanenza sul mercato: revoca delle misure protettive

Tribunale di Arezzo, 16 aprile 2022. Giudice Pani.

L'accordo con i creditori che preveda la totale dismissione dell'attivo è inconciliabile con la composizione negoziata della crisi, tenuto conto che l'obiettivo di tale procedura è il perseguimento di una concreta prospettiva di risanamento, inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale che consenta all'impresa di restare sul mercato (obiettivo invero perseguibile, in linea di principio, anche da società in stato di liquidazione, poiché ad essere incompatibile con la composizione negoziata non è tanto lo stato di liquidazione societaria in sé e per sé considerato, quanto la sussistenza di un'insolvenza irreversibile e l'assenza di una concreta prospettiva di risanamento).

(omissis). In via del tutto preliminare occorre soffermarsi sulla sussistenza dei presupposti oggettivi di accesso alla procedura di composizione negoziata.

Già con il decreto del 24.3.2022 il Tribunale sollevava dei dubbi circa la compatibilità dello stato di liquidazione in cui si trova la società ricorrente con l'istituto della composizione negoziata.

A. S.r.l., in sede di comparsa e poi nuovamente in udienza, si è soffermata sul medesimo aspetto, aggiungendo inoltre che, a norma dell'art. 2, comma 1, del D.L. 118/2021, a poter chiedere l'accesso alla composizione negoziata e, di riflesso, beneficiare delle misure protettive previste dal successivo art. 6, è soltanto «l'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza» e non anche colui il quale già versi in stato d'insolvenza.

A. S.r.l. in liquidazione si è opposta a una lettura restrittiva delle norme in materia di composizione negoziata osservando – in continuità con quanto sostenuto anche da autorevole dottrina – che la prospettiva di risanamento aziendale cui il D.L. 118/2021 fa riferimento va inquadrata non già nell'ottica di una ripresa vera e propria dell'attività aziendale, bensì tenendo conto della sussistenza di seri margini di trattativa con i creditori, anche soltanto per ottenere una ristrutturazione del debito.

Orbene, come anticipato, l'art. 2, comma 1, del D.L. citato riserva la composizione negoziata della crisi a «l'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza». Il dato testuale, isolatamente considerato, sembrerebbe condurre a una totale chiusura nei confronti dell'impresa che già versi in stato di crisi o insolvenza. Conclusione che, sul piano sistematico-ordinamentale, potrebbe avere anche un senso, potendosi sostenere che il legislatore abbia inteso riservare alle imprese in stato di crisi o insolvenza i tradizionali rimedi contemplati dalla legge fallimentare, vale a dire il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Sennonché, come acutamente notato anche da una parte della dottrina, una lettura più attenta che integri l'art. 2 nel più ampio contesto dello stesso D.L. 118/2021 conduce a conclusioni differenti.

L'indicazione più chiara si rinviene nell'art. 23, che così recita: «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'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, con ricorso depositato ai sensi dell'articolo 182-bis, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, 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». Se il legislatore ha ritenuto di dover compiere tale precisazione è evidentemente proprio perché un imprenditore in stato di crisi o finanche di insolvenza potrebbe avvalersi dell'istituto della composizione negoziata, salvo trovare un impedimento giuridico-procedimentale non già dal suo trovarsi in tale stato, ma della pendenza di uno dei procedimenti sopra descritti che, per l'appunto, presuppongono anch'essi uno stato di crisi o di decozione.

Una conferma di tale ragionamento si trova anche all'art. 6, comma 4, ai sensi del quale «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». Vero è che – in chiave restrittiva – tale disposizione potrebbe essere letta anche nel senso che la composizione negoziata non viene meno neanche nel caso in cui durante la pendenza del termine per le trattative sopravviene lo stato d'insolvenza (assente, tuttavia, all'inizio). Una simile lettura, tuttavia, non avrebbe senso per due ordini di motivi: il primo è che pare difficile immaginare che un'impresa che, secondo la lettura più restrittiva qui avversata, si trovi in una situazione immediatamente antecedente allo stato di crisi nel momento in cui avanza di domanda di composizione negoziata cada, in un torno di tempo così breve, nel più radicale stato d'insolvenza; il secondo è che, se questo fosse stato l'intento del legislatore, la norma sarebbe stata costruita in maniera differente, appunto mirando a neutralizzare una sopravvenienza sfavorevole, mentre invece il legislatore ha inteso escludere che, finanche dal giorno immediatamente successivo alla pubblicazione dell'istanza, sia possibile addivenire alla (pur possibile astrattamente, questo è il dato implicito) dichiarazione di fallimento.

A ulteriore conferma può infine evocarsi l'art. 9, comma 1, che detta una regola di condotta durante la pendenza delle trattative per «l'imprenditore in stato di crisi»; altro indice, per l'appunto, del fatto che anche un imprenditore in crisi può accedere alla composizione negoziata.

Insomma, questo insieme di disposizioni induce a riconsiderare il rigore testuale dell'art. 2, comma 1, e quindi aprire il varco della composizione negoziata anche all'imprenditore in stato di crisi o finanche di insolvenza. Si impone però, sul punto, qualche ulteriore considerazione.

In più occasioni il D.L. 118/2021 evoca il concetto di «risanamento». Lo fa, anzitutto, nell'epigrafe (il decreto contiene infatti «Misure urgenti in materia di crisi

d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia») e nella rubrica del capo I («Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale»). L'art. 2, comma 1, proprio dopo aver compiuto il riferimento all'imprenditore in squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, così soggiunge: «può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa». L'esperto ha, come prima e principale missione, quella di «valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento» tanto che «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» (art. 5, comma 5).

Il concetto di risanamento si ritrova, nell'intera disciplina che regola la crisi d'impresa, all'art. 67, comma 3, lett. d) della Legge Fallimentare. È infatti previsto che non sono suscettibili di revocatoria fallimentare atti, pagamenti e garanzie effettuati o concessi in esecuzione di un piano attestato che «appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria».

Al fine di non vanificare completamente queste (ripetute) indicazioni normative, che pongono il risanamento al centro dell'intera disciplina, pare al Tribunale che non possa prescindere dal soppesare l'effettiva consistenza della crisi (o dell'insolvenza) in corso e lo sbocco che la composizione negoziata deve necessariamente avere. In particolare, l'insolvenza in corso non può essere irreversibile, dovendosi trovare l'impresa in condizioni tali da rendere possibile il riequilibrio della situazione finanziaria (così, come visto, recita anche l'art. 67 l.f.) e la sua reimmersione nel mercato. In ciò consiste il risanamento di cui parla il D.L. 118/2021, come reso evidente anche dal fatto che l'art. 7, comma 2, lett. d) esige da parte dell'imprenditore il deposito di «un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare».

In buona sostanza, l'obiettivo del nuovo istituto è quello di offrire alle imprese risanabili una nuova chance, alternativa e diversa rispetto ai tradizionali strumenti messi a disposizione dalla legge fallimentare. Una simile opzione ermeneutica trova conforto anche nella relazione illustrativa dove può leggersi: «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».

In conclusione del ragionamento, ritiene il Tribunale che ad essere incompatibile con la composizione negoziata non è tanto lo stato di liquidazione societaria in sé e per sé considerato, quanto la sussistenza di un'insolvenza irreversibile e l'assenza di una concreta prospettiva di risanamento, inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale che consenta all'impresa di restare sul mercato, se del caso previa revoca dello stato di liquidazione.

Tutto ciò posto, A. S.r.l. si trova in stato di liquidazione dal 2018. Nel 2017 concluse un accordo di ristrutturazione con il ceto bancario che, tuttavia, è rimasto inadempito essenzialmente perché i prezzi minimi di vendita del compendio immobiliare residuo fissati nell'accordo stesso (e strumentali al soddisfacimento integrale dei crediti ipotecari) non si sono rivelati in linea con i valori di mercato. Il piano che la società si propone di sottoporre è un nuovo accordo con i creditori nell'ambito del presente procedimento, che consiste nella totale dismissione dell'attivo, coincidente con gli immobili edificati in anni passati in coerenza con l'oggetto sociale dell'impresa stessa. Come si legge nella memoria integrativa depositata dalla ricorrente, trattasi de «l'unica ed ultima attività da svolgere»; ed infatti l'impresa non si propone di restare sul mercato, bensì di soddisfare i debiti residui con le cessionarie degli istituti di credito (previa loro ristrutturazione e falcidia) e cancellarsi dal registro delle imprese.

Si desume da tutti questi dati che, da un lato, la società ricorrente si trova in stato di insolvenza irreversibile e, dall'altro lato, non ha in animo di perseguire un «risanamento», nei termini sopra illustrati. Ciò conduce inevitabilmente alla revoca delle misure protettive, esulando dal perimetro decisionale del Tribunale qualsivoglia considerazione sulla convenienza di un nuovo accordo di ristrutturazione con il ceto creditorio rispetto alle altre alternative offerte dall'ordinamento (concordato preventivo e fallimento, essenzialmente). Nulla deve statuirsi in punto di spese stante la natura del presente procedimento.

P.Q.M.

rigetta l'istanza e revoca le misure protettive.

Si comunichi all'istante, all'esperto, al creditore costituitosi e al registro delle imprese.

Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali

ISSN 2785-6348

Centro Studi Giuridici Editore - [IL CASO.it](http://ILCASO.it)