



Composizione negoziata della crisi di impresa e concordato semplificato

Quaderno 23

Volume a cura di Lorenza Calcagno e Fabrizio Di Marzio, componenti del Comitato direttivo, e Alessandro Farolfi, giudice addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo presso la Corte di Cassazione

Collana a cura del Comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura: Giorgio Lattanzi, Marco Maria Alma, Lorenza Calcagno, Antonella Ciriello, Claudio Consolo, Fabrizio Di Marzio, Costantino De Robbio, Gian Luigi Gatta, Gianluca Grasso, Sara Lembo, Marisaria Maugeri, Gabriele Positano



Coordinamento editoriale e cura del progetto grafico:
Camilla Pergoli Campanelli

© Scuola superiore della magistratura – Roma 2023
ISBN 9791280600295

*I diritti di traduzione, adattamento, riproduzione con qualsiasi procedimento, della presente opera o di parti della stessa sono riservati per tutti i Paesi.
I contenuti dei contributi riflettono le opinioni personali degli autori.*



Composizione negoziata della crisi di impresa e concordato semplificato

La Scuola e la collana dei Quaderni

La Magna carta dei giudici, adottata dal Consiglio consultivo dei giudici europei, facendo proprio un principio condiviso nell'ambito dei diversi ordinamenti europei, riconosce nella formazione "un importante elemento di garanzia dell'indipendenza dei giudici, nonché della qualità e dell'efficacia del sistema giudiziario" (pt. 8).

In questa prospettiva la Scuola superiore della magistratura raccoglie l'esperienza maturata dal Csm nell'attività di preparazione e aggiornamento professionale dei giudici e dei pubblici ministeri, che è proseguita fino all'entrata in funzione della Scuola, cui la riforma dell'ordinamento giudiziario ha affidato la competenza esclusiva in tema di formazione dei magistrati (d.lgs. n. 26 del 2006).

Il primo Comitato direttivo si è insediato il 24 novembre 2011. Il 15 ottobre 2012 è stato inaugurato il primo corso di formazione della Scuola dedicato ai magistrati ordinari in tirocinio e nel gennaio 2013 è stato avviato il primo programma di formazione permanente.

Oggi la Scuola è impegnata in tutti i settori della formazione dei magistrati: iniziale, permanente, decentrata, dirigenti, onorari, tirocinanti, internazionale.

Accanto all'organizzazione e alla realizzazione delle sessioni di aggiornamento professionale, la documentazione giuridica rappresenta un tema centrale nelle attività di formazione.

La Scuola mette già a disposizione di tutti i magistrati italiani una ricca biblioteca telematica all'interno della sezione del sito dedicata alle banche dati. Altrettanto fondamentale è il materiale didattico elaborato nel contesto delle sessioni formative e disponibile sul sito istituzionale, nell'ambito di ciascun corso.

La collana dei Quaderni, resa possibile grazie alla collaborazione con il Poligrafico e Zecca dello Stato italiano, nasce con l'intento di consentire la più ampia fruizione dei contributi più significativi di questo materiale di studio e dei risultati dell'attività di ricerca svolta dall'istituzione.

La collana si collega idealmente a quella inaugurata negli anni '80 del secolo scorso dal Csm e dedicata agli incontri di studio per i magistrati organizzati nell'ambito della formazione iniziale e continua, all'epoca di competenza consiliare.

I singoli volumi sono disponibili liberamente sul sito della Scuola e nell'ambito della biblioteca virtuale che contiene le pubblicazioni ufficiali dello Stato.

INDICE

Presentazione	11
---------------------	----

PARTE I

Ilaria Pagni

La <i>ratio</i> dell'intervento compiuto col d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. in L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti	21
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Riccardo Ranalli

Il test pratico di ragionevole perseguibilità del risanamento e l'emersione della crisi. L'insolvenza reversibile.	37
-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Paolo Bastia

Considerazioni aziendalistiche sul d.l. 24 agosto 2021 n. 118 e in particolare sul test pratico <i>on line</i>	49
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Bruno Conca

Il ruolo dell'esperto e la gestione dell'impresa	71
--------------------------------------------------------	----

PARTE II

Alberto Crivelli

Misure protettive e cautelari: l'art. 6 del d.l. 24-08-2021, n. 118, conv. l. n. 147/2021	85
-------------------------------------------------------------------------------------------------	----

Laura Baccaglini

Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi	105
----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-----

Alessandro Natri	
Le autorizzazioni e l'esito della composizione	127
Pasquale Russolillo	
Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi . . .	145
Valentino Lenoci	
La modifica dei contratti tra emergenza Covid e buona fede	177
PARTE III	
Salvatore Leuzzi	
Il concordato semplificato: uno sguardo d'insieme	199
Antonio Rossi	
L'apertura del concordato semplificato	221
Mauro Vitiello	
Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio	243
PARTE IV	
Luciano Panzani	
L'adeguamento delle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza alla Direttiva 1023/2019 tra difficoltà tecniche e nuove opportunità	251
Rolandino Guidotti	
La composizione negoziata nel quadro dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 – <i>Insolvency</i>	273

Gli autori

Laura Baccaglini

Professoressa associata di Diritto processuale civile presso l'Università di Trento

Paolo Bastia

Professore ordinario di Economia aziendale presso l'Università di Bologna

Bruno Conca

Giudice del Tribunale di Bergamo

Alberto Crivelli

Consigliere della Corte di Cassazione

Rolandino Guidotti

Professore associato Diritto commerciale presso l'Università di Bologna

Valentino Lenoci

Consigliere della Corte d'appello di Bari

Salvatore Leuzzi

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

Alessandro Nasti

Giudice del Tribunale di Terni

Ilaria Pagni

Professoressa ordinaria Diritto processuale civile presso l'Università di Firenze

Luciano Panzani

Già Presidente della Corte d'appello di Roma

Riccardo Ranalli
Commercialista in Torino

Antonio Rossi
Professore associato Diritto commerciale presso l'Università di Bologna

Pasquale Russolillo
Giudice del Tribunale di Avellino

Mauro Vitiello
Sostituto Procuratore generale presso la Corte di Cassazione

Presentazione

1. Il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, convertito con modificazioni dalla legge 23 ottobre 2021, n. 147, ha rappresentato un inedito tentativo del legislatore di affrontare il tema della crisi di impresa, in un momento in cui l'economia risentiva ancora duramente delle conseguenze della diffusione pandemica del Covid – 19, cercando tuttavia di superare la logica emergenziale con la quale, forse inevitabilmente, era recentemente già intervenuto, a partire dal noto decreto “liquidità” n. 23 dell'8 aprile 2020.

L'intervento normativo si è mosso lungo quattro direttrici, che possono così compendiarsi:

- differimento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi e dell'insolvenza, al fine di consentirne l'adeguamento ai principi della Direttiva UE 20 giugno 2019, n. 1023;
- introduzione della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, affidata ad una nuova figura di esperto-facilitatore, iscritto ad albi tenuti dalle Camere di Commercio dei capoluoghi di regione e delle province autonome di Trento e Bolzano;
- previsione di un concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio che, ad onta della sua denominazione formale, non nasconde una finalità rivolta anche a consentire una rapida circolazione dell'impresa o dei rami d'azienda ancora vitali, favorendo perciò la continuazione indiretta dell'attività economica;
- l'apporto di modifiche urgenti alla legge fallimentare, in attesa del nuovo Codice, di cui sono state anticipate talune soluzioni.

Come è dato leggere nella relazione illustrativa di accompagnamento, peraltro, la finalità più generale è stata quella di *“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”*.

Il presupposto oggettivo, che va da uno stato di pre-crisi fino ad una situazione prossima o addirittura di insolvenza, purchè ancora reversibile, rappresenta certamente uno degli aspetti più interessanti e, al tempo stesso critici, dei nuovi istituti – in particolare – della composizione negoziata e del concordato semplificato, che della prima può costituire un possibile sbocco, laddove le trattative falliscano e, tuttavia, il debitore le abbia affrontate in buona fede ed in una situazione nella quale era ancora concretamente possibile una soluzione positiva della crisi.

Il ruolo dell'esperto in questo percorso di composizione negoziata è certamente centrale¹, posto che allo stesso compete, fra l'altro, di incontrare senza indugio l'imprenditore e, come dispone l'art. 5, comma 3, *“se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo [...] 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”*.

Del pari, proprio perché il presupposto oggettivo di accesso abbraccia situazioni fra loro eterogenee, che vanno dai meri squilibri economico-finanziari e patrimoniali destinati a sfociare in una crisi, fino ad una situazione di insolvenza reversibile, anche i doveri dell'imprenditore sono tratteggiati, con una previsione generale “a geometria variabile”, dall'art. 9, comma 1, giusto il quale *“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”*. In altri termini, l'aggravarsi della situazione di crisi porta con sé nuovi doveri e responsabilità, fino ad imporre, nei casi più gravi, una gestione dell'impresa funzionale ad assicurare l'interesse dei creditori.

La composizione negoziata, la cui concreta applicazione pratica è agli inizi dopo una prima fase di “popolamento” degli albi degli esperti, non costituisce una procedura concorsuale, come è reso evidente dalla libertà dell'imprenditore di eseguire pagamenti (art. 6, comma 1, ult. periodo) e dall'assenza di qualunque cristallizzazione del debito, ma è piuttosto un percorso di carattere negoziale che, per la particolare rilevanza degli interessi che arriva ad intercettare, è sottoposto all'impulso e vigilanza dell'esperto, oltre che all'intervento dell'autorità giudiziaria nei casi, formalmente eventuali ma di fatto si ritiene molto frequenti, in cui questa negoziazione debba avvenire sotto l'egida di misure protettive e cautelari (artt. 6 e 7). Del pari, l'assenza di spossessamento dell'imprenditore è temperata, in un gioco di *checks e balances* di nuovo conio, da un obbligo di *disclosure* circa gli atti di straordinaria amministrazione che il debitore intende intraprendere, cui corrisponde l'attribuzione all'esperto di un potere di opposizione, dotato di pubblicità notizia verso i terzi mediante pubblicazione nel registro dell'impresa. Tale temperamento è inoltre perseguito dall'esigenza

¹ L. CALCAGNO, La figura dell'esperto, in ildirittodellacrisi.it, ha parlato al riguardo di “Un soggetto non ausiliare dell'imprenditore, terzo e indipendente, un facilitatore che non si ingerisce nell'esercizio dell'impresa ma la sorveglia”.

di autorizzazione giudiziale nei casi di atti esorbitanti l'ordinaria gestione più gravi e, in un certo senso "pericolosi" per il ceto creditorio, quale l'assunzione in varie forme di finanziamenti prededucibili o la cessione dell'azienda o di suoi rami con il beneficio dell'esenzione della solidarietà passiva, *ex art. 2560 c.c.* (cfr. art. 10, che comprende altresì la possibilità di rinegoziazione *ope judicis* di contratti di durata il cui sinallagma sia stato "sconvolto" a danno dell'imprenditore dalla crisi sanitaria da Sar-Cov-19).

La trattativa propiziata e, comunque, vigilata dall'esperto, può portare ad una soluzione della crisi di carattere negoziale, secondo una prospettiva fortemente innovativa e che si aggiunge alla più tradizionale figura del piano attestato di risanamento, in cui è del tutto assente un intervento giudiziale, od all'accordo di ristrutturazione dei debiti, che pure un intervento successivo del giudice richiede, in fase di omologazione, per assumere effetti *erga omnes*². Si può dire che la soluzione stragiudiziale sia, anzi, l'opzione normativa favorita, come si desume dall'art. 11, che indica quali sbocchi fisiologici della composizione:

- a) la conclusione di un contratto con uno o più creditori che, sulla scorta della relazione dell'esperto di cui all'articolo 5, comma 8, sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;
- b) la conclusione di una convenzione di moratoria di cui all'art. 182-*octies* l.f. (contestualmente modificato);
- c) il raggiungimento di un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d) l.f.

L'accordo con i creditori, nei casi evidentemente più complessi, può anche prevedere la sua formalizzazione mediante un accordo di ristrutturazione "ad efficacia estesa", *ex art. 11, comma 2*, ed in tal caso vi è un meccanismo incentivante per cui la maggioranza dei creditori aderenti appartenenti alla stessa classe (o categoria), al fine di consentire l'estensione degli effetti, scende al 60%, in luogo del 75% altrimenti richiesto in via ordinaria.

Solo se la trattativa sfuma, pur avendo avuto concrete possibilità di riuscita e solo se il debitore ha comunque rispettato i superiori doveri di buona fede e di ostensione veritiera dei dati relativi alla propria situazione di crisi, allora è possi-

² Sulla nuova figura dei contratti con causa di ristrutturazione del debito, sul loro coordinamento finalistico-causale con il programma di ristrutturazione e sulla loro possibile diversa efficacia a seconda della inclusione, di una o più fasi del confronto fra debitore e creditori all'interno o meno di procedimenti di carattere giurisdizionale, vds. F. DI MARZIO, *Crisi, contratti e ristrutturazione*, in ildirittoellacrisi.it.

bile – purchè in modo tempestivo – accedere al nuovo concordato semplificato, che molto ha già fatto discutere di sé e della sua utilità effettiva, disegnando una proposta concordataria sostanzialmente dismissiva dell'intero patrimonio del debitore che, pur muovendo dal presupposto oggettivo ricordato, consente il trapasso aziendale senza dover necessariamente rispettare una soglia minima di *recovery* (cfr. art. 160 ult. c. l.f. e art. 84 c. 4 c.c.i.). Si tratta di una figura inedita, certamente concorsuale (fra l'altro dal deposito del relativo ricorso "scatta" lo spossessamento attenuato e la possibilità di maturare crediti prededuttivi), che può farsi rientrare nella categoria dei concordati coattivi (non ignota all'ordinamento, come ad es. in materia di L.C.A. o per il piano del consumatore sovraindebitato), posto che i creditori non sono chiamati ad esprimere con il voto il proprio gradimento, ma direttamente facoltizzati ad opporsi senza alcun limite di rappresentatività alla omologazione della proposta concordataria.

2. Come si è visto da queste brevissime e certamente incomplete note introduttive, gli istituti della composizione negoziata della crisi e del concordato semplificato, che a certe condizioni della prima costituisce un possibile epilogo, rappresentano delle novità assolute per il nostro ordinamento.

Tali istituti richiamano certamente l'attenzione dei giuristi, non solo nella ricerca di un inedito percorso definitorio della crisi, ma anche nella stimolante ed auspicabile ricerca di *best practices* applicative. È lo stesso ruolo del giudice delegato a dover essere, probabilmente reinterpretato, secondo una dinamica evolutiva del diritto della concorsualità che è dato cogliere, *in nuce*, nelle riforme già approvate nella stagione 2006-2007 o in cantiere, così come nella stessa Direttiva *Insolvency* n. 1023/2019, che l'ordinamento nazionale è stato chiamato ad attuare entro il luglio del 2022.

Non a caso un recente contributo³ ha in modo provocatorio, ma certamente rispondente al vero, affermato che "*il concorso da strumento di attuazione della garanzia patrimoniale [è divenuto] strumento per la conservazione di valori. La par condicio diventa regola recessiva*"; mentre lo stesso S.C.⁴, con una decisione molto discussa nelle sue conclusioni – volte ad includere l'accordo di ristrutturazione fra le procedure concorsuali – ha tuttavia in modo innegabile e fors'anche coraggioso evidenziato che il rispetto della *par condicio creditorum* ha ormai perso il proprio carattere qualificante in modo necessario ed indefettibile l'area della concorsualità.

³ S. Pacchi, *Par condicio e relative priority rule*. Molto da tempo è mutato nella disciplina della crisi d'impresa, in *ilcaso.it*.

⁴ Corte Cass., sez. I, 12 aprile 2018, n. 9087, est. Vella.

È pertanto certamente giustificato e deve essere salutato con estremo favore l'interesse che la Scuola Superiore della Magistratura ha dedicato a questi temi, prevedendo e poi organizzando il corso nazionale P 22001 “*Composizione negoziata della crisi di impresa e concordato semplificato*”, i cui responsabili sono la collega Lorenza Calcagno ed il Prof. Fabrizio Di Marzio, con lo scrivente quale esperto formatore. Significativamente, si tratta del corso con il quale si è aperta la proposta formativa per questo 2022. Il tutto nel quadro di una crescente attenzione dovuta certamente anche alle maggiori responsabilità previste per i giudici della crisi di impresa (e comunque per tutti i magistrati che a diverso titolo si occupano dell'economia nei suoi profili civilistici e penalistici), che ha addirittura portato ad un recente riconoscimento ordinamentale per la specificità delle funzioni svolte⁵.

3. Il corso si articola idealmente – e così le relazioni destinate a costituirne il *Quaderno* che ne compendia i contenuti formativi – su quattro parti.

La prima parte è rivolta a tracciare le coordinate introduttive e sistematiche della composizione negoziata e ad illustrarne in un'ottica doverosamente interdisciplinare i presupposti aziendalistici. Non va infatti dimenticato che una delle novità principali del citato intervento normativo è dato dal decreto dirigenziale 28 settembre 2021, attuativo del più volte citato d.l. 118/2021, nella parte in cui contiene un innovativo test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento disponibile *online* ed una *check-list* (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e l'analisi della sua coerenza. Si tratta di previsioni che si muovono certamente nel solco di quanto prevede la Direttiva *Insolvency* già citata e che mirano a favorire l'emersione precoce della crisi e la sua analisi e possibile superamento secondo metodiche che implicano, anche da parte di chi esercita il successivo ed eventuale controllo giudiziale, conoscenze che esulano dal tradizionale bagaglio tecnico-giuridico del giudice fallimentare. Da qui l'esigenza, di cui il corso si fa carico, di affrontare la terminologia aziendalistica e la verifica della fase “crepuscolare” dell'impresa, introducendo chi ha una solida formazione giuridica nei terreni scoscesi dell'analisi aziendalistica.

La seconda parte del corso affronta invece il nuovo ruolo del giudice della crisi, chiamato non più a misurare gli effetti di una insolvenza ormai definitiva,

⁵ Cfr. art. 35-*ter* della legge 29 dicembre 2021, n. 233, di conversione con modificazioni del d.l. 6 novembre 2021, n. 152, intitolato al “Rafforzamento degli obblighi di formazione e aggiornamento dei giudici delegati alle procedure concorsuali e incentivi in caso di trasferimento ad altro ufficio per assicurare gli impegni assunti con il Piano nazionale di ripresa e resilienza in relazione alla specializzazione dei magistrati che svolgono funzioni in materia concorsuale” (in G.U. n. 310 del 31 dicembre 2021).

come avviene nella tradizionale procedura fallimentare (destinata a divenire liquidazione giudiziale con l'entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza, effettivamente avvenuta nelle more della pubblicazione, lo scorso 15 luglio), ma ad intervenire "in vivo" mentre la crisi è in atto e le dinamiche compositive si stanno svolgendo. Un ruolo quindi "intermittente" ma non meno pregnante, vuoi consentendo alle trattative di proseguire in un ambiente reso "sicuro" dalla conferma di misure protettive o dall'adozione di misure cautelari finalizzate ad agevolare l'esito positivo delle stesse, vuoi concedendo autorizzazioni al compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte dell'imprenditore. Il tutto con la delicata esigenza di accompagnare la trattazione delle diverse istanze con giudizi di carattere prognostico sulla evoluzione della crisi che certamente possono contare sull'apporto conoscitivo dell'esperto ma anche, nei casi più complessi, sull'intervento di un ausiliare del tribunale da questi nominato.

Questa seconda parte può contare, altresì, sulla presenza di gruppi di lavoro volti a favorire l'approfondimento di queste tematiche, anche attraverso l'apporto partecipativo di tutti i colleghi e lo scambio delle prime esperienze applicative od organizzative. A tal fine sono perciò previsti dei gruppi di confronto ristretti, tendenzialmente a base partecipativa paritaria, sui temi delle "misure protettive e cautelari", sulla "modifica dei contratti fra emergenza Covid e principio di buona fede" ed in tema di casi speciali di negoziazione (con particolare riguardo ai gruppi ed alle imprese c.d. "sotto-soglia").

Il terzo ambito di intervento del corso riguarda, poi, il concordato semplificato, di cui si sono indicate alcune coordinate iniziali e che, ulteriormente, richiama il tribunale ad un ruolo centrale sia nella sede prevista per la omologazione (momento pressochè unico e quindi decisivo di intervento anche a fronte di possibili opposizioni), sia in caso di eventuali abusi nell'utilizzo di questo nuovo istituto, per il quale non a caso viene richiamata l'applicabilità dell'art. 173 l.f. (oggi art. 106 c.c.i.). Delicata è, al contempo, la sua fase attuativa, in un'ottica che – pur prevedendosi la nomina di un liquidatore – non disdegna forme semplificate di *test market* destinate a superare la secolare metodologia dell'asta, di cui è forse possibile riscontrare un punto di incontro nella competitività delle cessioni concordatarie.

Gli obiettivi formativi del corso affrontano, infine, nella sua quarta parte, il tema del confronto fra i nuovi istituti e l'attuazione della Direttiva *Insolvency* n. 1023 del 20 giugno 2019 i cui principi, in parte difficilmente compatibili con l'attuale ordinamento giuridico nazionale (ma anche con gli stessi contenuti originari del Codice della crisi) appare utile iniziare a familiarizzare. In tale obiettivo non vi è unicamente una pura, seppure non piva di rilievo, ragione culturale, ma la consapevolezza che anche per il giudice nazionale della crisi di impresa si pone, certamente in prospettiva e per la prima volta, l'esigenza di confron-

tarsi con il dato normativo sovranazionale, dovendo negli spazi di intervento di quest'ultimo porsi problemi ermeneutici che fino ad ora erano sconosciuti in questo settore giuridico (tradizionale appannaggio della *lex fori*), dovendosi affrontare invece questioni di compatibilità degli istituti e delle disposizioni nazionali e, ove possibile, di interpretazione delle stesse secondo una logica più vicina a quella euro-unitaria piuttosto che "autarchica", dovendo anche il giudice della crisi procedere in osservanza dei superiori principi di effettività e di collaborazione che regolano i rapporti fra ordinamento nazionale e dell'Unione europea, alla stregua della limitazione di sovranità consentita dall'art. 11 Cost.

4. Mentre il presente *Quaderno* era in corso di pubblicazione, il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, modificato dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, di adeguamento alla Direttiva n. 1023/2019, è finalmente entrato in vigore in data 15 luglio 2022.

Per quanto qui rileva, gli istituti della composizione negoziata e del concordato semplificato sono stati inseriti nel Titolo II del Codice, in sostituzione della composizione assistita davanti agli OCRI (cfr. artt. 12 – 25--*undecies*). Tale sostituzione, che si è accompagnata alla rimodulazione della segnalazione interna da parte dell'organo di controllo (art. 25-*octies*) ed esterna – ad opera dei creditori pubblici qualificati, Erario, Inps e Inail – rende la composizione negoziata più di una semplice risposta dettata da motivi contingenti, quanto uno degli istituti principali con i quali cercare di far emergere precocemente la crisi d'impresa ed affrontarla in modo tempestivo, possibilmente in sede stragiudiziale, prima che la stessa, aggravandosi, determini la perdita della continuità ed una dispersione dei residui valori aziendali.

Tralasciando per motivi di spazio altre importantissime modifiche che hanno riguardato, in particolare, il concordato con continuità aziendale, va detto che in sede di adeguamento del Codice sono stati inseriti alcuni principi di carattere generale che hanno portato all'introduzione, all'art. 4, accanto a più generali doveri di buona fede, di nuovi obblighi per il debitore, chiamato ad "assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni per il superamento delle condizioni di cui all'articolo 12, comma 1, durante la composizione negoziata, e alla rapida definizione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori", nonché a "gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori".

Si è inoltre previsto (cfr. art. 17 c. 5) che "nel corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute"; non è stata invece accolta

l'idea di un potere generale di rideterminazione coattiva, *ope judicis*, del contenuto contrattuale che resta unicamente possibile (in forza della mancata abrogazione da parte dell'art. 46 del d.lgs. n. 83/2022 del comma 2 dell'art. 10 del d.l. n. 118/2021) per le sopravvenienze negoziali originate dall'emergenza Covid-19.

Nel passaggio alla composizione negoziata codicistica, infine, sono state inserite alcune modifiche, intese principalmente a risolvere problematiche applicative evidenziate dai primi utilizzi del d.l. 118/2021, quali:

- a. nel disciplinare gli effetti “sostanziali” derivanti sui rapporti in corso dalla conferma o proroga di misure protettive, si è previsto per le banche che “la sospensione o la revoca degli affidamenti possono essere disposte se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con comunicazione che dà conto delle ragioni della decisione assunta”;
- b. al fine di evitare possibili abusi o utilizzi dilatori della composizione negoziale, si è previsto che in caso di archiviazione della stessa l'imprenditore non possa farvi ricorso nuovamente per un periodo di 12 mesi e, se rinunciata dallo stesso debitore, per una sola volta la nuova istanza non possa essere proposta prima di 4 mesi;
- c. all'art. 18 si è previsto che l'effetto impeditivo la pronuncia della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale, che deriva dalla conferma di misure protettive, venga meno in caso di revoca delle stesse;
- d. si è disposto che la richiesta di conferma delle misure protettive non debba più essere presentata al tribunale “lo stesso giorno”, ma “entro il giorno successivo” la pubblicazione dell'istanza con l'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, al fine di contenere i disagi che l'assenza di un lasso temporale provocava per le parti ed i loro difensori;
- e. sempre in tema di misure protettive, si è ancora chiarito che una eventuale inefficacia dovuta a problematiche di tipo procedimentale non preclude la reiterazione della richiesta di conferma delle stesse;
- f. si è infine esclusa l'applicabilità alla composizione negoziata dell'art. 38 (legittimazione del pubblico ministero ad avanzare la richiesta di apertura della liquidazione giudiziale), ma si è altresì previsto che tale norma riprende ad operare nel caso di coinvolgimento degli organi giurisdizionali, nei procedimenti di conferma, proroga o revoca di misure cautelari o protettive, come pure nei procedimenti relativi alle autorizzazioni di cui all'art. 22.

Pur con queste modifiche, è appena il caso di aggiungere, non viene assolutamente meno l'attualità ed il valore, anche culturale, delle relazioni che compongono il presente *Quaderno* della Scuola Superiore della Magistratura, che va nuovamente ringraziata per la forte attenzione a queste tematiche.

Alessandro Farolfi

PARTE I

La *ratio* dell'intervento compiuto col d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. in L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti

SOMMARIO: 1. A mo' di premessa. – 2. Quattro punti e una domanda. – 3. La composizione negoziata come strumento di “compensazione” del rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi. – 4. La composizione negoziata e la mediazione nei contratti d'impresa. – 5. La composizione negoziata tra allerta precoce e insolvenza. – 6. I numeri della composizione negoziata. – 7. I punti di forza della composizione negoziata. – 8. La composizione negoziata è un ‘percorso’, non una procedura. – 9. La protezione del patrimonio. – 10. La gestione dell'impresa e il sistema della garanzia patrimoniale. – 11. Le responsabilità dell'imprenditore e il dissenso dell'esperto rispetto agli atti e ai pagamenti. – 12. Gli interventi del giudice nella composizione negoziata. – 13. Le misure protettive e l'inibitoria della dichiarazione di insolvenza. – 14. Le misure protettive e il divieto di rifiutare l'adempimento dei contratti. – 15. Le misure protettive e la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. – 16. La cessione dell'azienda. – 17. Rinegoziazione del contratto e intervento del giudice. – 18. In conclusione

1. A mo' di premessa

Sorprende un po', nel leggere i commenti all'istituto della composizione negoziata, constatare che l'intervento compiuto col d.l. 24 agosto 2021, n. 118, con gli aggiustamenti contenuti nella legge di conversione, viene analizzato più spesso sotto la prospettiva dei valori in gioco, o dei timori di possibili abusi, che non guardando al sistema complessivo che emerge dal provvedimento, tenuto conto anche del fatto che il decreto si è inserito in un momento di transizione dalla legge fallimentare del 1942 al nuovo Codice della crisi, e perciò nel passaggio tra sistemi caratterizzati da regole diverse.

E sorprende anche vedere che, nel dibattito, si utilizzino quasi sempre soltanto le lenti del diritto fallimentare, trascurando i presidi del codice civile e dimenticando l'esistenza di norme, figure e istituti di altri settori dell'ordinamento che pure, in una prospettiva interdisciplinare, consentirebbero di cogliere meglio le peculiarità della composizione negoziata. Una visione laica, scevra da imposta-

zioni eccessivamente ideologiche, aiuterebbe a comprendere meglio l'istituto e a trovare le risposte agli interrogativi che ancora una volta il difficile raccordo tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale pone all'interprete. Soprattutto in un momento storico così complicato come l'attuale.

2. Quattro punti e una domanda

Per iniziare, partirei da quattro punti per poi formulare una domanda.

Per comprendere le ragioni dell'intervento compiuto nell'agosto scorso occorre infatti considerare:

1. il già intervenuto rinvio dell'allerta esterna ad opera dell'art. 5, comma 14, del d.l. 41/2021, cd. Decreto Sostegni, conv. in L. 69/2021, e il venir meno, con esso, della base su cui si reggeva l'impianto della composizione assistita regolata dal Codice della crisi e il conseguente accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza;
2. i ritardi, dovuti alla pandemia, nell'attuazione degli strumenti operativi del titolo II del Codice (l'elenco da cui si sarebbero dovuti trarre i componenti dell'OCRI, la piattaforma che avrebbe dovuto interfacciarsi anche con i tribunali delle imprese, la nuova ossatura del processo telematico) e l'opportunità, anche per questa ragione, di rivedere l'intero meccanismo di ingresso nelle procedure;
3. la necessità di avere più tempo per riflettere sulle reali esigenze di adeguamento del Codice alla Direttiva 1023/2019, che la L. 14/2019 aveva tenuto in considerazione solo in parte (anche per la comprensibile resistenza a importare concetti nuovi come quello delle "parti interessate" che avrebbe avuto l'effetto di modificare radicalmente il sistema italiano del voto nelle procedure di concordato, o a sostituire nozioni consolidate con altre di più difficile adattamento alla nostra tradizione) e sull'opportunità, comunque, di interventi di aggiustamento tramite decreto correttivo, già previsti dall'art. 1 L. 9 marzo 2019, n. 20, per rispondere alle perplessità della dottrina su punti specifici del Codice. Una necessità che si univa all'altra, di dover intervenire comunque – vista la crisi economica determinata dalla pandemia – per offrire all'impresa debitrice in crisi o già insolvente un percorso in cui trattare con i creditori le condizioni delle proprie relazioni contrattuali e cercare di ristrutturare i propri debiti, senza rinunce alla tutela dei diritti dei soggetti interessati;
4. la necessità, soprattutto, di una ricomposizione coerente dell'intero mosaico alla fine dell'iter di revisione delle norme.

Cosa fare, allora?

3. La composizione negoziata come strumento di “compensazione” del rinvio dell’entrata in vigore del Codice della Crisi

Se era necessario avere un po’ di tempo in più per ricomporre quel mosaico, era altrettanto necessario prevedere uno strumento di “compensazione” del rinvio dell’entrata in vigore del Codice della Crisi, per far fronte alle difficoltà dovute o comunque aggravate dalle chiusure, restrizioni o anche soltanto mutamenti nelle abitudini di vita causati dalla pandemia.

Uno strumento che, per quanto ovviamente in linea con la Direttiva, non voleva, né poteva, essere lo strumento di attuazione della Direttiva. E tantomeno pretendeva di risolvere i problemi della crisi economica (per i quali gli interventi necessari potevano essere affidati soltanto alla legislazione emergenziale), ma aspirava piuttosto, e più semplicemente, a traghettare le imprese in difficoltà, indipendentemente dalle loro dimensioni, verso l’accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza della legge fallimentare del ’42, e, in prospettiva, verso quelli del Codice della crisi, coprendo quello spazio vuoto rappresentato dalla fase delle trattative, nelle quali l’imprenditore oggi e domani comunque avrebbe operato senza altre regole che non fossero quelle dettate dal codice civile, non sempre adeguatamente maneggiate dal debitore e dai suoi consulenti.

4. La composizione negoziata e la mediazione nei contratti d’impresa

Si è riflettuto allora sugli obiettivi della composizione assistita del Codice della crisi e sulla utilità dell’idea, che questa conteneva, di riempire lo spazio che precede l’ingresso delle imprese in procedura rafforzando gli strumenti dell’autonomia negoziale, e al tempo stesso sulla necessità di adattare la composizione assistita del Codice al mutato contesto economico e all’intervenuto rinvio dell’allerta esterna, nonché sul fatto che, comunque, il titolo II del Codice si preoccupava di regolare più il contenente che non il contenuto del percorso di composizione.

Si è ragionato su uno strumento, la mediazione delle controversie bancarie, che potrebbe dare miglior prova di sé se il debitore, anziché trattare con uno solo dei tanti creditori, potesse allargare il tavolo delle trattative, e contare su una protezione del patrimonio che impedisse al creditore chiamato al tavolo di correre a ottenere un decreto ingiuntivo per costituirsi una posizione privilegiata; e si è concluso che ci sono professionisti versati nelle tecniche di facilitazione i quali, con la necessaria formazione nei diversi settori del diritto interessati dalle trattative, possono condurre debitore e creditori verso la conclusione degli accordi che costituiscono la base delle soluzioni negoziate previste dalla disciplina concorsuale.

Non consulenti dell'imprenditore o del creditore, non attestatori, non organi di una procedura che non c'è: semplicemente, mediatori dotati di particolare competenza professionale ed esperienza, terzi rispetto a tutte le parti della trattativa, e protagonisti di un percorso negoziale di facilitazione dei rapporti tra imprenditore, creditori e fornitori. Una figura nuova, ma neppure troppo: importata da un settore vicino, quello della mediazione nei contratti d'impresa, ampiamente indagato in questi anni da parte degli studiosi del diritto civile, commerciale e processuale, e rispondente all'idea di una maggiore responsabilizzazione dell'imprenditore e dei creditori che, se si muovono in tempo e opportunamente orientati, sono in grado di riscrivere le proprie relazioni senza necessariamente rimettersi alla decisione del giudice. Il giudice sarebbe intervenuto ogni volta che fosse stato necessario, a presidiare la tutela dei diritti, ma senza trasformare il momento delle trattative in un procedimento, fin quando ciò non fosse imposto dall'approdo a una procedura concorsuale.

5. La composizione negoziata tra allerta precoce e insolvenza

Il Codice della crisi avrebbe permesso l'accesso alla composizione assistita anche agli imprenditori in stato di insolvenza, e lo stesso, dunque, con tutte le opportune cautele, doveva essere consentito anche nella composizione negoziata. Ma poiché una allerta veramente precoce è quella che arriva prima che l'impresa sia in crisi, era opportuno, e necessario, dare spazio anche agli imprenditori in semplice stato di difficoltà, ponendo peraltro dei limiti che servissero a evitare vantaggi competitivi per il debitore che faccia strumentalmente accesso al percorso di composizione negoziata rispetto a quello che non compia questa scelta. Si è esclusa l'opportunità di una amministrazione controllata che avrebbe creato un concorso tra creditori anche qualora non fosse stato necessario. Siamo partiti da qui.

6. I numeri della composizione negoziata

Rispetto alla composizione assistita del Codice, la composizione negoziata fa leva su alcuni elementi, che ne dovrebbero costituire i punti di forza. Ma il condizionale è d'obbligo, visto che molto si gioca sulla capacità dei professionisti di intendere correttamente il ruolo dell'esperto e sulla volontà degli interpreti di risolvere i problemi applicativi che qualsiasi nuova disciplina necessariamente pone.

Oggi i numeri della composizione negoziata mostrano che gli iscritti all'elenco degli esperti sono molti, e che le domande, assai inferiori rispetto al numero

di esperti, provengono in prevalenza da imprese sopra soglia, che solo in due terzi dei casi fanno ricorso alle misure protettive e cautelari: questo è un buon segnale, perché dimostra che non soltanto imprese ormai decotte accedono al percorso di composizione; e dimostra anche che la previsione di un intervento del tribunale, per quanto selettivo, è in grado di tenere lontani dallo strumento quei debitori che non hanno davvero l'intenzione, o la possibilità, di trovare accordi con i propri creditori.

7. I punti di forza della composizione negoziata

I punti di forza della composizione negoziata si rinvergono: 1) in una maggiore attenzione al contenuto della composizione negoziata rispetto ad un meccanismo, quello originario del Codice, assai più concentrato sulle segnalazioni: è indicativo l'accento che si è posto sul contenuto del decreto dirigenziale emanato nel mese di settembre 2021, nel tratteggiare i compiti dell'esperto per farne comprendere le differenze rispetto ad altre figure con le quali avrebbe potuto confondersi; 2) nella richiesta, all'imprenditore che voglia accedere al percorso, di un piano finanziario per i successivi sei mesi e dell'indicazione delle iniziative industriali che intende adottare (accompagnato, nello schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva Insolvency, da un progetto di piano di risanamento): il che richiede una maggiore – e sperabilmente seria – analisi delle prospettive di uscita dalle difficoltà; 3) in una specifica formazione dell'esperto anche in materia di facilitazione, oltre che in una serie di materie (tra cui la regolamentazione bancaria e il diritto sindacale e del lavoro) la cui conoscenza è necessaria a seconda dei soggetti che prenderanno parte alle trattative; 4) nella puntualizzazione del ruolo di terzo, rispetto a tutte le parti, dell'esperto; 5) nella particolare attenzione ai criteri di trasparenza e rotazione nella nomina; 6) in una maggiore declinazione, rispetto alle previsioni originarie del Codice, dei doveri dell'esperto e delle parti; 7) nella previsione di una procedura di informazione e consultazione sindacale che si aggiunge a quelle previste dalla legge o dai contratti collettivi, quando l'imprenditore intenda procedere a riorganizzazioni o mutamenti del modello di business che incidano sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori; 8) nella previsione di una piattaforma telematica che non serve unicamente alla nomina dell'esperto, ma anche i) per lo svolgimento delle trattative attraverso la creazione di diversi livelli di accesso alla documentazione inserita nella piattaforma e ii) per dar corso, in caso di cessione d'azienda, alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati anche attraverso procedure competitive, con la creazione di data room da utilizzare per la raccolta delle manifestazioni di interesse o delle offerte vincolanti; 9) nella costruzione di un

test volto a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari che possono essere posti al suo servizio (il test non va considerato alla stregua degli indici della crisi, che poi lo schema di decreto di recepimento della direttiva avrebbe soppresso, ma serve piuttosto ad indicare il grado di difficoltà che l'imprenditore dovrà affrontare e quanto il risanamento dipenderà dalla capacità di adottare iniziative in discontinuità); 10) nella previsione di una lista di controllo – rispondente al considerando 17 della direttiva Insolvency – contenente una serie di domande, rivolte ora all'imprenditore ora all'esperto, le cui risposte forniscono indicazioni operative per la redazione del piano e per l'analisi della sua coerenza; 11) nella previsione di un protocollo per la conduzione della composizione negoziata da parte dell'esperto, diviso per sezioni, in cui si offre la declinazione operativa delle prescrizioni normative contenute nel decreto legge e si recepiscono le migliori pratiche per una soluzione concordata della crisi.

8. La composizione negoziata è un 'percorso' non è una procedura

Come si è detto, il percorso di composizione negoziata non è una procedura concorsuale, ma è un luogo di svolgimento di trattative alla presenza di un terzo che non si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha unicamente il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi. Un terzo che, grazie ad una specifica formazione anche nelle tecniche di mediazione, coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna, cercando di ricostruire il rapporto di fiducia tra il debitore e i creditori e così agevolando la negoziazione.

Il tribunale interviene quando la trattativa prevede deroghe a ciò che l'esercizio dell'autonomia negoziale, da solo, potrebbe ottenere: in questi casi la presenza dei creditori nel giudizio, prima ancora che quella dell'esperto, è il perno su cui ruotano, nella tutela dei diritti coinvolti, l'ampiezza e la profondità della cognizione del giudice.

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

- i) alcuna apertura di un procedimento
- ii) alcun organo della procedura
- iii) alcun blocco di crediti e debiti
- iv) alcuna previsione di un ordine di distribuzione
- v) alcun, neppur minimo, spopolamento: il che, ovviamente, non significa che l'imprenditore sia libero di tenere condotte pregiudizievoli per i creditori: i

principi della garanzia patrimoniale – e, nel caso dell'imprenditore strutturato in forma di società di capitali, gli artt. 2394 e 2497 c.c. – sono sufficienti a regolarne il comportamento.

9. La protezione del patrimonio

La protezione del patrimonio è compatibile con la pendenza di trattative che non necessariamente debbono concludersi con i tradizionali sbocchi della legge fallimentare. Essa è finalizzata unicamente a cristallizzare la situazione esistente al momento in cui quelle trattative vengono avviate, evitando la corsa alla costituzione di posizioni privilegiate, senza impedire invece i pagamenti spontanei che – purchè coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento – consentono di evitare pregiudizi a cascata per i creditori. È una moratoria, questa, analoga a quella di cui da più parti era stata auspicata l'introduzione durante la fase più acuta dell'emergenza sanitaria, esterna a qualsiasi procedura concorsuale per evitare quel che accade col ricorso all'art. 161, sesto comma, l. fall., cui spesso il debitore accede al solo scopo di ottenere la protezione dell'art. 168: una protezione, quella della legge fallimentare, peraltro automatica e senza neppure conferma, com'è invece quella del d.l. 118/2021, che prevede, in un tempo brevissimo, l'intervento giudiziale.

Per altro verso, la richiesta di protezione del patrimonio, o di provvedimenti cautelari che vadano al di là del divieto delle azioni esecutive e cautelari, necessari a condurre a termine le trattative, determina una pubblicità della condizione in cui versa l'imprenditore e un intervento del giudice che, sommati tra loro, rappresentano una sufficiente garanzia contro condotte opportunistiche dell'imprenditore, senza bisogno di immaginare ad ogni costo, come se si fosse nella procedura di concordato con riserva, una previsione come quella dell'art. 173 l. fall. (e nel Codice dell'art. 106), o di prevedere una interruzione d'ufficio della composizione negoziata, dato che i creditori possono: i) fare istanza perché il giudice revochi le misure protettive e cautelari, o ne abbrevi la durata (cosa che nel meccanismo dell'art. 168 l. fall. non è prevista); ii) presentare istanza di fallimento (che non è inibita, a differenza della pronuncia della sentenza: peraltro, questa, se guardiamo alle indicazioni di Cass. sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935, sarebbe impedita anche nel raccordo tra concordato e fallimento indicato dalla Corte sette anni orsono) e, nel caso, richiedere le misure cautelari previste dall'art. 15, ottavo comma, l. fall., non impedita dalla protezione del patrimonio che colpisce le iniziative con finalità individuali ma non quelle a valenza collettiva. Una volta che quelle misure siano emesse, il giudizio di prevalenza tra i provvedimenti cautelari resi in seno all'istruttoria fallimentare e il divieto delle

azioni cautelari ottenibile nella composizione negoziata resta affidata al tribunale chiamato a valutare se confermare o meno le seconde.

10. La gestione dell'impresa e il sistema della garanzia patrimoniale

Il vero punto delicato è la gestione dell'impresa quando il debitore non chieda la protezione del patrimonio (o autorizzazioni per la finanza prededucibile, il trasferimento di azienda o la riscrittura delle condizioni contrattuali), perché in questo caso non c'è pubblicità all'esterno e non vi è neppure l'intervento del giudice.

È soprattutto in questo caso, dunque, che occorre fare i conti con la condizione dell'imprenditore che entra nel percorso di composizione negoziata.

Orbene: se è vero che la porta è aperta anche all'imprenditore insolvente, come sarebbe avvenuto, del resto, anche per la composizione assistita, non è vero però né che quella porta non debba essere chiusa appena emerga che non ci sono concrete prospettive di risanamento, neppure attraverso l'avvio delle trattative, né che l'imprenditore abbia le mani libere durante i negoziati, dal momento che i principi della garanzia patrimoniale, che presidiano le condotte del debitore, ne condizionano il comportamento e, se violati, ne determinano le responsabilità.

Il sistema della garanzia patrimoniale, pur mantenendo il patrimonio nella titolarità del debitore che non sia insolvente, ne prevede un controllo dell'operato attraverso i mezzi di conservazione previsti agli artt. 2900 ss. c.c. E quando si manifesta quella disfunzione che si traduce nell'insufficienza dell'attivo, corrispondente allo stato di insolvenza, non solo si ha una riduzione, quando non un vero e proprio esproprio, dei poteri di gestione, ma si ha correlativamente il sorgere di quella sorta di diritto "sul patrimonio altrui" che, almeno per i creditori dell'imprenditore strutturato in forma di società di capitali, si scorge anche nella formulazione delle norme in materia di responsabilità degli amministratori (nell'art. 2394 c.c., laddove si parla di obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, e nell'art. 2497 c.c., laddove si parla di lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società).

Per quanto la formula del codice civile del '42 (nell'esprimere con due norme distinte – l'art. 2740 c.c., per il quale il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni, presenti e futuri; e l'art. 2741 c.c., per cui i creditori, salve le cause legittime di prelazione, hanno ugual diritto di essere soddisfatti su quei beni – il principio che in passato era scolpito da una norma soltanto, l'art. 1949, ove si leggeva che "i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e questi vi hanno un ugual diritto") stia a dimostrare che il legislatore

del secolo scorso si era consapevolmente orientato verso la concezione di chi negava l'esistenza di un diritto di natura sostanziale dei creditori sui beni del debitore, simile ad una sorta di pegno (R. Nicolò), tuttavia l'art. 1949 del codice previgente rispecchia la constatazione, insuperata, che al diritto all'adempimento del credito in capo al singolo creditore si accompagna un diritto (indifferenziato) dei creditori sul complesso di risorse destinate a garantire la massa dei debiti, seppure mediato dalle regole di funzionamento della garanzia patrimoniale, e dalla scissione tra debito e responsabilità.

11. Le responsabilità dell'imprenditore e il dissenso dell'esperto rispetto agli atti e ai pagamenti

La previsione sulla gestione dell'impresa in pendenza di trattative contenuta nel d.l. 118/2021 rispecchia le regole dell'art. 2740 c.c. Quel che la norma dice serve a ricordare a tutti cosa prevede il codice civile, indipendentemente dalla necessità di disposizioni espresse.

L'imprenditore non insolvente conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, ma deve evitare di arrecare pregiudizio alla sostenibilità economica-finanziaria dell'attività, per evitare di divenire insolvente. Quando invece, nel corso delle trattative, risulta che è insolvente lo è già, allora deve gestire l'attività nel prevalente interesse dei creditori.

È evidente che se l'imprenditore è insolvente, la sua insolvenza si rivela irreversibile, ed egli ha aggravato il proprio dissesto, la sua responsabilità penale, oltre che civile, rimane ferma: la composizione negoziata, infatti, è solo una opportunità in più, non un salvacondotto per l'imprenditore.

Né eventuali carenze dell'esperto inficiano questa considerazione. L'esperto ha la facoltà (o l'obbligo, quando l'atto compiuto pregiudichi gli interessi dei creditori) di iscrivere il proprio dissenso rispetto agli atti di straordinaria amministrazione o ai pagamenti non coerenti con le trattative o le prospettive di risanamento. In questo caso gli atti e i pagamenti sono soggetti a revocatoria: ma il giudice della revocatoria è libero di valutare se i pagamenti arrecano pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento anche se l'esperto non abbia iscritto il proprio dissenso, perché il dissenso serve solo a ribadire l'operatività della revocatoria e non la sua mancanza ad escluderla. Non è stata prevista alcuna retrodatazione del periodo sospetto per il compimento di atti intervenuti precedentemente all'accesso alla composizione negoziata, né avrebbe potuto esservi alcuna previsione del genere, dal momento che la composizione non è una procedura: niente impedisce, invece, qualora l'esperto si avveda che sono stati compiuti atti revocabili, o i creditori lo segnalino, che le trattative sia-

no subito chiuse per permettere tutte le iniziative giudiziarie del caso. Anche il giudice penale è libero di valutare il ricorrere delle fattispecie di cui agli artt. 216, terzo comma, e 217 l. fall., e nel farlo di valutare autonomamente la coerenza dei pagamenti e degli atti compiuti con l'andamento delle trattative e con la prospettiva di risanamento ritenuta dall'esperto (cosa diversa è per gli atti per i quali sia intervenuta l'autorizzazione del tribunale), fermo che, se quella coerenza è ritenuta sussistere, la fattispecie di reato non si considererà integrata.

12. Gli interventi del giudice nella composizione negoziata

Qualche considerazione vorrei svolgerla con riferimento ai tre momenti di intervento giudiziale interni alla composizione negoziata: la conferma delle misure protettive automaticamente ricollegate alla pubblicazione nel registro delle imprese e la concessione di misure cautelari, le autorizzazioni per attribuire la prededuzione ai finanziamenti, per escludere la postergazione e per escludere l'applicazione dei limiti del secondo comma dell'art. 2560 c.c. al trasferimento d'azienda, l'intervento del tribunale in caso di fallimento della rinegoziazione del contenuto dei contratti.

Sono incidenti giurisdizionali in un percorso negoziale, ma hanno una importanza centrale: qui il giudice è colui che decide le controversie e non è chiamato a svolgere una istruttoria fallimentare; ma il suo ruolo è comunque di fondamentale rilevanza, perché sottopone a controllo quell'autonomia negoziale che, se al di fuori delle procedure concorsuali si deve necessariamente riconoscere, tuttavia non è mai priva di limiti e condizioni.

13. Le misure protettive e l'inibitoria della dichiarazione di insolvenza

Iniziamo dalla previsione per cui tra le misure protettive è ricompresa anche l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento. Occorre evitare l'equivoco, che potrebbe essere indotto dall'incipit della disposizione che quella inibitoria prevede, che il divieto di dichiarare il fallimento segua un regime diverso da quello delle altre misure protettive: quell'incipit prevede infatti la durata "normale" del divieto, che tuttavia verrà meno, in caso di revoca, o potrà essere abbreviato dal giudice, allo stesso modo delle altre misure protettive.

14. Le misure protettive e il divieto di rifiutare l'adempimento dei contratti

Quanto alla disposizione secondo cui una ulteriore misura protettiva è rappresentata dal divieto, per i creditori interessati dalle misure protettive, di ri-

fiutare l'adempimento dei contratti o provocarne la risoluzione, o anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore, a evitare timori di una ampiezza invasiva della previsione, è sufficiente considerare che i "creditori interessati dalle misure protettive" non sono i creditori 'potenzialmente' interessati, ma piuttosto quelli 'concretamente colpiti' dalle misure in questione (e dunque soggetti ad una verifica del tribunale, che, come più volte ripetuto, è chiamato a intervenire in tempi brevissimi), i quali hanno perciò lo strumento della richiesta di revoca se la misura appaia sproporzionata rispetto al pregiudizio loro arrecato.

15. Le misure protettive e la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c.

Venendo poi alla previsione che consente la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. senza sottoporre quest'ultima alla conferma del tribunale, è vero che la sospensione non è collegata al COVID, come quella – peraltro di durata assai più lunga (fino all'assemblea che approverà il bilancio dell'esercizio 2025) – prevista dall'art. 6 d.l. 23/2020, novellato dalla legge di bilancio per l'anno 2021, ma è altrettanto vero che, appunto, si tratta di una sospensione di durata limitata ai sei mesi della composizione negoziata, e che la sospensione non dà realmente vantaggi competitivi all'imprenditore che dichiara di volersene avvalere: per convincersene basta riflettere sul fatto che l'istanza con la quale la dichiarazione viene resa è soggetta ad una pubblicità che rende evidente a tutti quale sia la situazione nella quale il debitore versa, aprendo la porta, così, a tutte le iniziative che, in difetto della richiesta di divieto di azioni esecutive e cautelari (nel qual caso si avrà, di nuovo l'intervento del giudice), il debitore si troverà a subire.

Le due istanze sono concepite come separate, ma per il caso in cui la richiesta di protezione e la dichiarazione di voler ottenere la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. si cumulino, il tribunale potrà valutare, su iniziativa di uno dei creditori intervenuti nel procedimento cautelare, se la sospensione degli obblighi debba essere mantenuta quando arrechi pregiudizio. Senza contare che, non troppo diversamente da quanto prevedeva originariamente l'art. 20 del Codice della crisi (che considerava però il differimento degli obblighi e la non operatività della causa di scioglimento come una misura protettiva e la assoggettava perciò, correttamente, al medesimo regime di concessione e di revoca), l'impossibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi, che l'art. 20 CCI contemplava come motivo di revoca, è motivo di archiviazione della composizione negoziata col conseguente venir meno anche della sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447.

16. La cessione dell'azienda

Un secondo momento di intervento giudiziale è collegato alla cessione dell'azienda. Si tratta di una normale cessione rimessa alle regole dell'autonomia privata, e non già di una vendita coattiva. L'autorizzazione alla cessione dell'azienda in deroga all'art. 2560 secondo comma (accollo cumulativo *ex lege* dei debiti del cedente all'acquirente) non produce nessuna purgazione delle garanzie, quale quella dell'art. 108 l. fall., né quel presunto "effetto purgativo dei debiti" (non più delle garanzie) che qualcuno immagina di scorgere nell'art. 105 l. fall., e che è invece solo un effetto ottico derivante dalla combinazione della liberazione dell'acquirente con quella rimodulazione della misura dei debiti del cedente che, nel concordato, è effetto dell'omologazione, e nel fallimento, degli esiti dell'accertamento del passivo.

Una cosa è la deroga all'accollo cumulativo, altra cosa è la natura coattiva della vendita: il fatto che la deroga ricorra sia nell'art. 10 che nell'art. 105 l. fall. non significa che le due cessioni abbiano la stessa natura. Ed è importante ribadire che nella composizione negoziata il prezzo della cessione deve consentire la soddisfazione dei crediti così come sono, o nella misura ridotta che il singolo creditore (non la volontà della maggioranza, come nel concordato) riterrà di riconoscere per consentire il successo della composizione. In questo senso, e per questi fini, la deroga all'accollo cumulativo non è automatica ma è oggetto di autorizzazione: proprio per consentire al tribunale, nel decidere se autorizzare quella deroga e liberare l'acquirente dal rischio delle sopravvenienze passive, se il prezzo della cessione assicuri una soddisfacente copertura dei debiti e quanto sia attuale il rischio delle sopravvenienze.

Quanto alla selezione dell'acquirente, le migliori pratiche, recepite nel decreto dirigenziale previsto dal decreto legge, suggeriscono che nel protocollo di conduzione della composizione negoziata, ad uso dell'esperto, sia contemplata espressamente la possibilità di una selezione dell'acquirente tramite procedure competitive, utilizzando la piattaforma telematica anche per creare data room che la struttura della piattaforma consentirà di realizzare, e ciò sia pure in un contesto che è esterno a qualsiasi procedura concorsuale.

17. Rinegoziazione del contratto e intervento del giudice

Venendo, da ultimo, all'intervento giudiziale in caso di insuccesso della rinegoziazione delle condizioni contrattuali, si tratta di comprendere le ragioni della introduzione di una norma che può apparire, di primo acchito, pericolosa, e che nel sistema che opererà a regime verrà abrogata.

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

Senza negare l'importanza delle clausole generali, immaginare che il giudice possa, sulla base di una clausola generale, effettuare un intervento correttivo sul contratto, significa consentire un intervento ben più profondo di quello compiuto a mezzo di sentenze in cui al giudice pure è rimesso un ampio potere interpretativo (con riferimento alla giusta causa di licenziamento, per esempio). Per quanto anche in quel caso i margini di manovra siano ampi, la conclusione, là, è predeterminata dal legislatore. La norma che prevede la clausola generale, per quanto elastica, opera direttamente sui fatti e non immagina un potere giudiziale di riscrivere il rapporto. Ricorrendo all'equità o alla buona fede per conservare il contratto a condizioni riscritte, invece, la sentenza produce un risultato analogo a quello rimesso all'autonomia negoziale, che è potere a spettro ampio, e va addirittura oltre la sentenza costitutiva, che opera comunque in un binario tracciato dalla norma. Correggendo il contratto il giudice esercita un potere che non solo non è espressamente previsto dalla legge ma che non è neppure a rime obbligate.

E tuttavia si è ritenuto di prevedere, in questa prima fase, un potere del tribunale di intervenire sul contratto, sia perché occorreva fornire uno strumento che facilitasse le trattative, non potendosi confidare, soprattutto in un primo momento, sulla sola capacità dell'esperto quale facilitatore, sia perché si è ritenuto che fosse preferibile fissare dei requisiti rigidi all'intervento del giudice, oltretutto chiarendone la portata limitata nel tempo e la stretta finalità di assicurare la continuità aziendale, sul presupposto che, da un lato, non fosse possibile escludere l'intervento *ex art. 700 c.p.c.* invocato dal debitore (se del caso anche come misura cautelare

prevista all'interno della composizione negoziata), e dall'altro che fosse allora preferibile, come rimedio minore del male, agganciare saldamente la concessione del provvedimento ad una previa rinegoziazione, quale quella prevista espressamente dal d.l. 118/2021, e a precisi limiti temporali e precise finalità.

18. In conclusione

Il d.l. 118/2021, pur con tutte le sue lacune (che avrebbero dovuto suggerire interpretazioni costruttive, e che si è comunque cercato di colmare, seguendo le indicazioni emerse nel dibattito, con la legge di conversione dapprima, e poi con lo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva Insolvency, con cui la composizione negoziata è stata innestata nel titolo II del Codice della crisi), ha una serie di garanzie di tenuta del sistema, che passo ad elencare:

- la presenza dell'esperto, che è un terzo, e non un consulente del debitore, e l'immediata apertura del confronto con i creditori, che sono subito informati della situazione;
- la previsione di un intervento pressoché immediato del tribunale nel caso di richiesta delle misure protettive e cautelari (sul modello del Codice della crisi, e non sul modello dell'art. 161, sesto comma, che presta maggiormente il fianco a iniziative abusive);
- in ogni momento, senza necessità di una previsione analoga a quella dell'art. 173 l. fall., la possibilità della reazione immediata dei creditori per rimuovere le misure protettive (ivi compreso il divieto di pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento) e per avviare iniziative individuali e collettive;
- il presidio rappresentato dalle autorizzazioni del tribunale;
- la possibilità di una archiviazione immediata, nel caso in cui manchino le concrete prospettive di risanamento, con pubblicità dell'esito nei confronti dei soggetti che hanno partecipato alle trattative e che sono stati censiti ai fini dell'utilizzo della piattaforma (il Segretario Generale provvede all'inserimento del provvedimento di archiviazione e la piattaforma invia automaticamente una notifica all'imprenditore, ai delegati e ai soggetti che hanno partecipato alle trattative);
- la specificazione dei doveri del collegio sindacale, che riprende quelli immaginati dal Codice della crisi ma soprattutto richiama le norme in punto di responsabilità del codice civile, escludendo esoneri automatici per il solo fatto della segnalazione, che rischierebbero di rendere solo formale il dovere di controllo, e richiedendo espressamente – anche se

non ce ne sarebbe stato neppure bisogno – la vigilanza sull’andamento delle trattative;

– il permanere di tutte le responsabilità civili e penali, nei termini di cui si è detto.

Né c’è bisogno di rimpiangere il meccanismo che dall’OCRI portava al Pubblico Ministero perché nessuno ha rinunciato all’applicazione della regola per cui questi può avanzare l’istanza di fallimento quando l’insolvenza risulti dalla segnalazione proveniente dal giudice che l’abbia rilevata nel corso di un procedimento, né la disapplicazione dell’art. 38 del Codice della crisi alla composizione negoziata, proposta dallo schema di decreto di recepimento della direttiva, significa che quella norma non continui a operare, invece, quando la segnalazione al P.M. provenga da uno degli incidenti giurisdizionali previsti nel titolo II del Codice.

Spero che ciò sia sufficiente a rispondere anche ai timori di chi pensa alla patologia, più che alla fisiologia, dell’istituto.

Il test pratico di ragionevole perseguibilità del risanamento e l'emersione della crisi. L'insolvenza reversibile.

SOMMARIO: 1. Le finalità del test pratico e la logica sottostante allo stesso. – 2. La determinazione dei dati prospettici funzionale al test. – 3. La concreta praticabilità del risanamento, con particolare riguardo alla situazione d'insolvenza. – 4. L'esito del test in funzione delle valutazioni dell'esperto sugli atti gestori e in caso di richiesta di autorizzazione di finanza prededucibile. – 5. Conclusioni.

1. Le finalità del test pratico e la logica sottostante allo stesso

L'imprenditore deve utilizzare la composizione negoziata con trasparenza, buona fede e autoconsapevolezza. Sono questi presupposti indispensabili; l'autoconsapevolezza è indotta dal test di praticabilità dello strumento, che egli trova nella piattaforma telematica, e dalla *check-list* (o lista di controllo) con il relativo allegato recante gli esempi di proposte che possono essere formulate alle diverse categorie di *stakeholder*.

Il test pratico di ragionevole perseguibilità del risanamento è volto a permettere all'imprenditore interessato di valutare se “*risulta ragionevole il risanamento dell'impresa*” (art. 2, comma 1). Esso aiuta anche l'esperto a comprendere se sussistono o meno “*concrete prospettive di risanamento dell'impresa*” (art. 5, comma 5).

Ciò premesso, prima di affrontare la logica del test pratico e le sue finalità operative pare opportuno delineare il test in via di esclusione. Il test non è un indice o un indicatore di crisi dell'impresa, né misura il suo stato di salute, ciò in quanto la stessa espressione quantitativa che ne deriva può per un'impresa essere sostenibile e per un'altra impresa non esserlo. La sostenibilità, infatti, dipende dal rischio e dalla volatilità dell'andamento gestionale ai quali l'impresa è esposta, dal suo tasso di crescita, dal posizionamento del prodotto all'interno del ciclo di vita¹, nonché dal merito di credito dell'imprenditore. Il test non deve

¹ Il ciclo di vita di un prodotto si distingue in cinque fasi successive: introduzione, sviluppo, maturità, saturazione e declino. Ciascuna di esse è caratterizzata da una diversa intensità di domanda, investimenti e marginalità.

infatti essere considerato alla stregua degli indici della crisi dell'art. 13 del CCII, la cui portata è stata spesso fraintesa nell'equivoco che essi avessero, al contempo, capacità predittiva e precisione diagnostica che invece non avrebbero mai potuto avere contemporaneamente. Esso è invece volto a rendere evidente all'imprenditore, attraverso una valutazione preliminare della complessità del risanamento, il grado di difficoltà del percorso che dovrà affrontare e quanto il suo successo dipenda dall'adozione di iniziative in discontinuità rispetto al passato e dall'intensità dei effetti delle stesse.

La crisi o anche solo lo stato di difficoltà è intercettato attraverso altri percorsi. Vero è che l'imprenditore è sempre il primo a percepire il proprio stato di difficoltà e lo fa sulla base di elementi oggettivi, tanto elementari quanto efficaci: il calo dei volumi dei ricavi, se esso assume carattere di criticità, o il momento in cui la flessione delle risorse finanziarie diventa critica. Se ciò nonostante egli rimane inerte, il motivo è da ricercarsi altrove: il timore dell'imprenditore ad intraprendere un percorso, quello del risanamento, perché ne teme, quanto meno per sentito dire, i costi rilevantissimi, i possibili incidenti e l'esito infausto (perdita dell'azienda o addirittura fallimento). Se ciò è vero, egli non necessita di un algoritmo che dia indicazioni circa la presenza di difficoltà o di una crisi, ma di un percorso logico indotto da uno strumento che gli consenta di comprendere la difficoltà o meno del percorso di superamento degli squilibri economico-finanziari e patrimoniali e gli sia di stimolo per la maturazione della necessaria autoconsapevolezza.

Il test appare efficace nel condurre l'imprenditore a misurare i flussi al servizio del debito e il debito che deve essere servito dagli stessi attraverso la disamina delle grandezze dalle quali essi dipendono. Il risanamento di un'impresa in crisi d'altronde necessita della crescita dei flussi liberi al servizio del debito (e conseguentemente anche della redditività dell'impresa) e della riduzione o del riscadenzamento dell'esposizione debitoria. In talune situazioni è sufficiente agire su una sola delle due leve (flussi e debito); in altre occorre agire su entrambe.

Fondamentale è comprendere da che cosa dipendano i flussi ed il debito in questione. I fattori sono molteplici: la marginalità lorda dell'impresa, cioè la capacità dell'impresa di creare ricchezza e risorse finanziarie; gli investimenti occorrenti, sia di mantenimento che quelli necessari per porre in essere le azioni in discontinuità volte ad accrescere i flussi reddituali; il realizzo di risorse ottenute dalla dismissione di beni; la contribuzione in capitale da chiunque effettuata.

Il margine operativo lordo, al netto degli investimenti di mantenimento e del pagamento delle imposte sul reddito, deve comunque tendere ad un saldo positivo. In difetto mancherebbe l'equilibrio economico. È questo un profilo che il test evidenzia per portare il lettore a condurre riflessioni in ordine all'esperibilità alla praticabilità del risanamento ed alla fruibilità della cessione dell'azienda in

via strumentale al risanamento. In particolare, quando l'equilibrio economico non sia presente al momento attuale ma se ne preveda il raggiungimento in futuro (sempre che si tratti di un futuro prossimo non superiore a 12 mesi), il test consente di utilizzare i flussi prospettici positivi, ma a condizione che il debito da servire venga incrementato del saldo del disequilibrio economico corrente.

L'iter logico sottostante al test è di fatto costituito dal tempo astrattamente occorrente per il rimborso del debito con i flussi che possono essere posti al servizio dello stesso; esso obbliga l'imprenditore ad approfondire il fondamentale tema della sostenibilità del debito attraverso una consapevole autovalutazione.

È bene fare una precisazione: per alimentare il test non si tratta semplicemente di rilevare i dati storici dal sistema contabile e di immetterli in un prospetto di calcolo, ma di stimare, ancorché in modo sommario, i dati prognostici di flusso che l'impresa, secondo il realistico apprezzamento dell'imprenditore, è in grado di generare. A fronte di essi vi è lo *stock* del debito che deve essere servito.

Il test, per la sua struttura e per le caratteristiche dei dati occorrenti, impone all'imprenditore un vaglio critico della propria situazione attraverso un percorso ordinato e gli restituirà un'informazione in termini: i) di numero di anni occorrenti per estinguere la sua esposizione debitoria, ii) del volume del debito che necessita di ristrutturazione, iii) dell'entità in misura assoluta di eventuali stralci o della conversione del debito in *equity*.

Il test è un test pratico; il che equivale a dire agevolmente adottabile ed intuitivo, sorretto da un chiaro e controllabile iter logico. La caratteristica della praticità comporta una certa semplificazione cui corrispondono misurazioni necessariamente grossolane e approssimative. Per questo motivo, il test non porta volutamente in conto il fabbisogno di capitale circolante netto: è ben vero che ad ogni variazione di volumi di vendita deriva un impatto in termini di assorbimento (o, a seconda dei casi, di liberazione) di risorse per effetto dell'investimento/disinvestimento in capitale circolante netto. Si tratta però di un impatto di secondo livello, rispetto a quello – di primo livello – costituito dal margine operativo lordo, che dipende dal ciclo di conversione in cassa degli elementi di ricavo e di costo. La conversione in cassa è una variabile di non agevole misurazione in corso d'esercizio che presuppone assunzioni (tempi di incasso e di pagamento, nonché di rigiro del magazzino). Si tratta di assunzioni che possono essere la causa di possibili errori e comunque destinate a rientrare nel tempo. L'esigenza pratica di agevole fruibilità e il rafforzamento del cennato rapporto diretto causa-effetto tra le diverse grandezze ha suggerito un approccio semplificato (come meglio precisato nella nota 2 della sezione I del decreto dirigenziale) del c.d. *Free Cash Flow from Operation* costruito ricorrendo alle sole grandezze econo-

niche². Dal test emerge la relazione causa-effetto tra i singoli addendi che sono in esso considerati dalla quale conseguono le azioni ed iniziative che possono essere intraprese dall'imprenditore per intervenire sugli addendi più determinanti. Comprendendo il nesso logico, appaiono evidenti le finalità di dettaglio da perseguire e diventa chiaro quali siano le linee di intervento necessarie e la difficoltà di percorso per pervenire al risanamento.

D'altronde i flussi finanziari non sono soltanto più difficili da determinare, ma, quando limitati ad un orizzonte temporale contenuto quale è quello del test, possono anche condurre a conclusioni non corrette. Si prenda il caso di una realtà il cui ciclo di cassa sia invertito, cioè caratterizzata da situazioni di incasso dei ricavi prima del sostenimento dei relativi costi (proprie di taluni *business*, quali le compagnie aeree e il trasporto passeggeri via nave, in particolare se caratterizzati da stagionalità). Tale realtà al termine del periodo di bassa stagione presentano flussi di cassa positivi cui corrispondono rilevanti risorse liquide, in quanto i costi relativi agli incassi effettuati non sono ancora stati sostenuti. Analogo è il caso degli appaltatori, per effetto delle anticipazioni ricevute sul contratto.

Il flusso economico, invece, oltre ad essere più facile da determinare ed avere la peculiarità di essere destinato a tradursi comunque in futuri flussi finanziari, meglio consente la misurazione della creazione del valore. È ben vero che un'impresa in forte crescita, con ciclo finanziario diretto, presenta un fabbisogno finanziario in termini di capitale circolante costituito dalle dilazioni concesse ai clienti (per l'eccedenza rispetto a quelle ottenute dai fornitori) e dall'incremento delle scorte di magazzino. Però è altrettanto vero che la crescita costituisce un elemento di astratta positività per l'andamento aziendale e pertanto la sottovalutazione che ne deriva non è particolarmente drammatica in sede di valutazioni sommarie.

L'esito del test conduce a tre livelli di complessità del risanamento. Il primo di questi, che potremmo chiamare *comfort zone*, corrisponde a situazioni agevoli, risolvibili senza necessità di interventi pervasivi, semplicemente con convenzioni di moratoria o accordi di riscadenzamento. Esso si colloca in un rapporto tra debito e flussi a servizio dello stesso inferiore a 2. Al di sopra di questa fascia vi è quella, che arriva sino a rapporti di 5-6, nella quale la difficoltà di risanamento cresce e dipende dalla credibilità dei momenti di discontinuità che si intendono attuare. Oltre tale livello vi è una zona di pericolo nella quale, salvo il caso di un radicale e credibile cambiamento della gestione aziendale, si tratta di compren-

² Ciò a differenza della check-list per la redazione del piano nella quale viene posta in evidenza, al punto 4.11.1, l'esigenza della determinazione del ciclo di conversione in cassa.

dere se sia percorribile la continuità indiretta perché in caso contrario il risanamento apparirebbe difficilmente perseguibile.

La cennata consapevolezza³ che deriva dal test indica ove occorra agire e quali siano i risultati che debbono essere perseguiti attraverso le iniziative da assumere. Lo stesso DSCR, il *debt service coverage ratio*⁴, pur importantissimo indice che raffronta i flussi al servizio del debito con il debito che deve essere servito, non permette una pari consapevolezza; in primo luogo perché circoscritto ad un orizzonte temporale definito, mentre il test permette all'imprenditore di estendere per quanto occorra l'orizzonte temporale di osservazione, in secondo luogo perché il DSCR fa leva sul solo dato di sintesi, mentre nel test rileva la composizione ed il peso dei singoli addendi che concorrono a formare nominatore e denominatore.

Dal test emerge inoltre quando e in che misura il risanamento dipenda dalla mera ristrutturazione del debito e quando e in che misura invece dipenda dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali in discontinuità rispetto al passato, tali da incidere sull'economicità della gestione; sicché, in questo secondo caso, assume precipua rilevanza la presenza di un piano d'impresa affidabile e correttamente redatto. Con una precisazione doverosa, anche nell'area della *comfort zone*, se i flussi economici portati in conto dipendono da significative discontinuità rispetto al passato o alla situazione corrente, la credibilità dell'effetto delle iniziative previste deve comunque sussistere; il che richiede specifici approfondimenti alla luce della *check-list*. L'imprenditore deve avere chiara la direzione in cui deve andare e come raggiungere la meta; è ben vero che tra gli allegati della domanda non vi è il piano di risanamento; tra di essi però compare il piano di tesoreria e una relazione recante l'individuazione delle iniziative che egli intende intraprendere. Da qui ad arrivare ad un piano il passo è molto breve; al punto che è estremamente opportuno che il piano egli lo abbia già redatto prima di accedere alla composizione negoziata e nel redigerlo abbia seguito la lista di controllo che trova nella piattaforma telematica; essa fa del confezionamento del piano un processo, facendo derivare gli elementi qualitativi e quelli quantitativi dal percorso che muove dalla situazione in atto e giunge sino alla formazione di proposte agli *stakeholder*.

³ A ben vedere, il test, nel momento in cui concorre all'autoconsapevolezza dell'imprenditore sul proprio stato e sugli effetti che le iniziative da adottare debbono avere, costituiscono strumenti di segnalazione della necessità di agire senza indugio di cui al par. 1 dell'art. 3 della Direttiva.

⁴ Il DSCR era l'indice fondamentale individuato, in relazione a quanto previsto dall'art. 13 CCII, dal CNDCEC per l'individuazione della crisi.

2. La determinazione dei dati prospettici funzionale al test

Anche in assenza di un piano strutturalmente completo, quando occorra la stima di dati prognostici ad esito delle iniziative ipotizzate o previste, essa non può non seguire il percorso di validazione contenuto nella *check-list*.

Dalla *check-list* emerge con chiarezza che il piano, e le previsioni in esso contenute, non sono costituiti da elementi meramente quantitativi rappresentati in tabelle, ma dal rispetto di un *iter* che si sviluppa in fasi successive.

Esso muove dai requisiti organizzativi minimi, in termini di fattori umani e tecnici produttivi, di strumenti di monitoraggio dell'andamento aziendale anche con l'impiego di indicatori chiave gestionali specifici (KPI), nonché della disponibilità in continuo di un piano di tesoreria a 6 mesi o, almeno, a 13 settimane.

La fase successiva è costituita dalla disamina della situazione in essere, alla quale fa seguito l'individuazione delle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi. Solo a questo punto può essere svolto l'esercizio della proiezione dei dati economici e finanziari, nonché la misurazione dei flussi che possono essere destinati al servizio del debito. Si tratta di un sotto processo che si dipana anch'esso in fasi successive. Di tale processo ai fini del test interessano le prime fasi costituite dalla stima dei ricavi, dei costi variabili e di quelli fissi, la stima degli investimenti e la misurazione prognostica delle iniziative industriali. Fondamentale è, anche agli occhi dell'esperto, la verifica di coerenza dei dati economici prognostici, illustrata al punto 4.8 della *check-list*.

Elemento imprescindibile è costituito dal fatto che i dati prognostici siano *fondati su intenzioni strategiche* [c.d. linee guida] *chiare e razionali, condivisibili da parte di un lettore informato quale è l'esperto, coerenti con la situazione di fatto dell'impresa e del contesto in cui opera*. Nel piano il lettore (in primo luogo l'esperto) deve poter trovare la risposta ad una semplice domanda: *le strategie di intervento e le iniziative industriali individuate dall'imprenditore appaiono appropriate per il superamento delle cause della crisi?* (punto 3.9 della lista di controllo). Affinché la risposta sia convincente occorre che essa presenti forti collegamenti con le specificità dell'impresa (costituite dal modello di conduzione del *business* e dagli elementi che consentono la creazione del valore) e, al contempo, con le cause della crisi. La risposta deve apparire visibilmente atta, quanto meno in astratto, a rimuovere queste ultime (si tratta dei temi affrontati con le domande del paragrafo 3 della sezione II). Non sono adeguati a rendere una risposta convincente piani e numeri decontestualizzati che si riferiscono ad intenzioni strategiche standard, prive di aderenza alla realtà. L'*iter* logico sottostante alle grandezze prognostiche deve essere sistematico nel senso che deve descrivere la situazione attuale e quella obiettivo e nel farlo deve riferirsi alle principali aree di attività dell'azienda, ai processi operativi più significativi, alla

struttura organizzativa e manageriale, alle risorse disponibili e alle obbligazioni dell'azienda (si tratta delle questioni affrontate con le domande di cui paragrafo 1 della sezione II).

Il test pratico di ragionevole perseguibilità del risanamento permette dunque, in primo luogo all'imprenditore interessato, di valutare *ex ante* se “*risulta ragionevole il risanamento dell'impresa*” (art. 2, comma 1) ed anche di comprendere se, all'esito della prima convocazione o in un momento successivo, l'esperto potrà ravvisare o meno la sussistenza di “*concrete prospettive di risanamento dell'impresa*”.

3. La concreta praticabilità del risanamento, con particolare riguardo alla situazione d'insolvenza

La prima domanda alla quale deve rispondere l'esperto in seguito all'accettazione dell'incarico, che costituirà un *leit motiv* di tutto il suo intervento, è quella sulla sussistenza delle concrete prospettive di risanamento. L'esperto le coglie dal test ma, salvo in situazioni particolarmente gravi (meglio rappresentate in appresso), raramente il test da solo è sufficiente ad escluderne la presenza. L'esperto necessiterà dell'esame del piano, della sua discussione con le figure chiave dell'impresa e della interlocuzione con i creditori e gli altri *stakeholder* per cogliere, presso gli stessi, elementi ulteriori sulla credibilità della concreta capacità dell'impresa ad attuare il piano. È possibile, infatti, che i fornitori, le banche e i clienti, quando vengano sentiti, esprimano perplessità in via argomentata. In tal caso l'esperto non potrà astenersi dal richiedere approfondimenti all'imprenditore e la coerenza e credibilità delle risposte date sarà fondamentale nella valutazione della concreta perseguibilità del risanamento.

A questo punto, si rende necessaria una digressione. Come chiaramente traspare dalla Relazione illustrativa, non è uno stato di insolvenza a rendere impraticabile l'impiego della composizione negoziata ma la sua irreversibilità⁵ nell'ottica del risanamento dell'impresa. Vi è un momento nel quale all'insolven-

⁵ Sulla reversibilità dell'insolvenza v. A. JORIO, La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà, in *Il diritto fallimentare*, 2/2019, 283 ss. Lo scrivente aveva osservato che per la natura di reversibilità rilevi il contenuto del par. 1 dell'art. 1 della Direttiva Insolvency che fa leva sulla sostenibilità economica dell'impresa. “Il che consente di recuperare un concetto risalente nel tempo ... quello dell'insolvenza reversibile per distinguerlo da quello dell'insolvenza irreversibile. Sarebbe irreversibile ... quella che pur con uno stralcio del debito non permetta soluzione diversa dalla liquidazione giudiziale” R. RANALLI, *Le misure di allerta*, – dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI, Milano, novembre 2019, I, par. 1.

za deve essere negato il carattere della reversibilità 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.

L'immissione di nuove risorse proprie, attraverso un aumento a pagamento del capitale sociale o la conversione di debiti in capitale, espone l'investitore ad un rischio che deve trovare una remunerazione adeguata attraverso il c.d. "*premio per il rischio*". Con una precisazione: nessun investitore consapevole si aspetta un ritorno a fronte delle perdite che subirebbe comunque nell'alternativa concretamente praticabile; il rischio che deve trovare una contropartita nella remunerazione adeguata è solo quello delle ulteriori perdite alle quali egli si espone mettendo a disposizione le ulteriori risorse⁶.

È questa una considerazione che l'esperto dovrà portare in conto per valutare la concretezza delle prospettive di risanamento anche quando in astratto esso parrebbe conseguibile attraverso la conversione di crediti in *equity* o il loro stralcio. Con un'ulteriore precisazione: la valutazione del ritorno minimo necessario (e dell'implicito premio per il rischio) la può fare solo colui che mette a disposizione le risorse, sulla base del suo livello di appetito al rischio.

Da ciò il motivo per cui, molto spesso, per percepire la reversibilità dell'insolvenza occorre attivare le trattative con le parti interessate. Il punto 2.4 del Protocollo lo sottolinea evidenziando che la praticabilità delle prospettive di risanamento deve essere valutata *sulla base dell'effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito*. Con un limite: 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*.

D'altronde, in una situazione di insolvenza il ricorso alle misure di protezione è probabilmente necessario. La presenza delle misure protettive renderebbe evidente a tutte le controparti la gravità delle difficoltà finanziarie e dissuaderebbe i fornitori dal concedere ulteriore credito all'impresa che deriva dalle nuove forniture. È probabile che i fornitori, vecchi e nuovi, subordinino l'accettazione dei nuovi ordini al pagamento a pronto (se non addirittura all'ordine) delle relative

⁶ In altre parole, se un fornitore che vanta un credito di 10.000 euro che, nella alternativa concretamente praticabile, verrebbe soddisfatto per 1.000, converte in equity il proprio credito, si espone al rischio per 1.000 euro e si attende un ritorno ed un premio solo per tale rischio.

forniture o al riconoscimento di garanzie o di diritti di prelazione concordati con l'imprenditore. In tal caso i fornitori richiederanno, trattandosi di atti di straordinaria amministrazione suscettibili di dissenso da parte dell'esperto, la previa informativa resa all'esperto e la prova del suo mancato dissenso, ai sensi dell'art. 9, in quanto l'eventuale iscrizione nel registro delle imprese di tale dissenso comporterebbe l'assoggettamento dell'atto, eventualmente posto comunque in essere, alle azioni di cui agli artt. 66 e 67 l. fall. D'altronde è proprio il punto 7.3 del protocollo ad individuare come atti eccedenti l'ordinaria amministrazione la concessione di garanzie e il pagamento anticipato delle forniture. Si tratta questo di un profilo che probabilmente non è stato adeguatamente considerato da tutti coloro che hanno espresso forti perplessità sull'abuso dello strumento in danno ai creditori. Non pare, infatti, che essi abbiano adeguatamente considerato l'impatto sui fornitori delle misure protettive in assenza della prededuzione delle nuove forniture.

In caso di espressione del dissenso la conseguente difficoltà negli approvvigionamenti sarebbe molto probabilmente intercettata dall'esperto e segnalata al tribunale per la revoca delle misure protettive, sempre che non lo abbiano già fatto i creditori. Si può dunque dire che la richiesta di misure protettive, se non giustificata e sostenibile nei rapporti con i creditori, sarebbe sufficiente a far crollare l'intero castello, al punto che l'abuso dello strumento, pur astrattamente possibile, avrebbe breve durata anche nel caso in cui l'esperto non fosse particolarmente tempestivo nell'interrompere la composizione.

4. L'esito del test in funzione delle valutazioni dell'esperto sugli atti gestori e in caso di richiesta di autorizzazione di finanza prededucibile

La gestione nel corso della composizione negoziata costituisce un momento di rilevante attenzione, tanto maggiore quanto più complesso è il risanamento e grave la situazione dell'impresa. In ciò il test fornisce utili indicazioni all'esperto il quale è chiamato valutare gli atti gestori prima che vengano posti in essere per esprimere eventualmente il proprio dissenso.

Ad essa si rivolge l'art. 9 del decreto che pone in capo all'esperto un ruolo di monitoraggio dei singoli atti che si somma a quello della rilevazione della sussistenza della concretezza delle prospettive di risanamento. L'esperto quando ritiene che un atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

A tal fine assume rilevanza il suggerimento all'esperto, contenuto al punto 7.2 del protocollo, di fare inizialmente presente all'imprenditore che egli deve

informarlo, con un adeguato preavviso, sia degli atti di straordinaria amministrazione che intende porre in essere, che dei pagamenti che intende eseguire se potenzialmente non coerenti con l'andamento delle trattative o le prospettive di risanamento. L'informativa preventiva gli evita il rischio dell'iscrizione nel registro delle imprese del dissenso qualora l'esperto rilevasse *ex post* l'atto pregiudizievole posto in essere.

Con l'informativa preliminare, l'eventuale dissenso è inizialmente rivolto al solo imprenditore e, in presenza di chiarimenti adeguati, l'esperto potrebbe non confermare il proprio convincimento. Il che assume particolare rilevanza per gli atti che arrechino astrattamente pregiudizio ai creditori, in quanto per questi, in caso di loro compimento, l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese è comunque dovuta.

Con una rilevante conseguenza ulteriore. L'art. 12, comma 3 dispone che *gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 66 e 67 l.fall. se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese*. Il che rende probabile che, in caso di atti di straordinaria amministrazione o di pagamenti potenzialmente incoerenti, le controparti – se informate della composizione negoziata in atto perché coinvolte nelle trattative o a seguito della pubblicità presso il registro delle imprese per gli effetti dell'art. 6 o dell'art. 8-, pretendano di avere contezza dell'informativa resa all'esperto e del mancato dissenso da parte dello stesso.

Sotto questo profilo sono utili, non solo all'imprenditore ma anche alle controparti, per una più agevole concreta individuazione degli atti e dei pagamenti interessati dalla disposizione, le indicazioni ai punti 7.3 e 7.4 del protocollo.

La valutazione dell'esperto sarà diversa in relazione allo stato dell'impresa. Se lo stato è di pre-crisi, ovvero sia di mera probabilità della crisi, il rischio di un pregiudizio per i creditori è contenuto; in tali situazioni il *focus* dell'esperto è quello del pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Esso cresce di intensità in presenza della crisi, nel qual caso occorre valutare il pregiudizio per i creditori, e cresce ulteriormente in caso di insolvenza, in presenza della quale l'attività deve essere svolta nell'interesse prevalente dei creditori. Ferma restando l'esigenza delle valutazioni inerenti alla specificità del singolo atto, il protocollo al punto 7.5 fornisce indicazioni di massima per intercettare il pregiudizio alla *“sostenibilità economico-finanziaria dell'attività”*. Qui appare opportuno sottolineare che, ancorché la Direttiva *Insolvency* parli di sostenibilità economica (par. 3 dell'art. 10), la sostenibilità sia tendenzialmente finanziaria; peraltro per le piccole imprese sono i principi contabili (OIC 9) che consentono di utilizzare i dati economici in luogo di quelli finanziari per determinare la *“verifica di sostenibilità degli investimenti”*. Nello stesso senso il test muove dalle grandezze economiche

(margine operativo lordo) in luogo delle grandezze finanziarie (*free cash flow from operations*), come già meglio precisato.

Particolare rilevanza assumono i finanziamenti a favore delle controllate o delle società sottoposte a comune controllo pattuiti dopo la presentazione della domanda di composizione negoziata (art. 13, comma 9). Ad essi non si applica la regola della postergazione, nonostante lo stato di crisi dell'imprenditore, qualora l'operazione sia stata segnalata all'esperto e questi non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese. A tal fine l'esperto potrà utilmente avvalersi delle indicazioni di cui al punto 7.5 della sezione III.

L'esito del test assume rilevanza anche in caso di richiesta di autorizzazione di finanza prededucibile, l'esperto può essere richiesto dal tribunale di rilasciare il proprio parere.

Il protocollo differenzia gli approfondimenti che possono essere svolti dall'esperto nel caso di finanziamenti erogati nel corso della composizione negoziata (punto 10.1) rispetto ai finanziamenti da erogare in esecuzione delle soluzioni di cui all'art. 11, commi 1 e 2, ad esito della stessa. Per i primi raccomanda all'esperto di valutare l'utilità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile e fornisce concrete indicazioni al riguardo; per i secondi, e solamente per essi, gli suggerisce di tenere anche conto delle utilità derivanti ai creditori dalla situazione individuata rispetto a quelle che essi avrebbero nell'alternativa concretamente praticabile in assenza del finanziamento (punto 10.2); per entrambi individua un *iter* logico che gli consente di esprimere un parere motivato.

5. Conclusioni

Il test si rivela dunque uno strumento di rilevante utilità nella gestione della crisi. In ordine all'idoneità dell'assetto organizzativo ad intercettare e gestire la crisi, il d.l. 118/21 sottolinea all'art. 15 gli obblighi segnaletici all'organo amministrativo facenti capo a quello di controllo; si tratta di norma che, prima ancora che essere allineata a quanto previsto dal codice della crisi, risponde alle clausole generali dell'obbligo di vigilanza gravante sul collegio sindacale. L'organo di controllo, infatti, da una parte, vigila verificando le valutazioni, la tempestività e l'appropriatezza delle iniziative assunte dall'organo amministrativo, dall'altra parte, è tenuto a segnalare all'organo amministrativo eventuali anomalie riscontrate nell'assetto organizzativo e anche la presenza di uno stato di crisi. L'art. 15 non prevede tanto l'introduzione di nuovi obblighi, quanto il mero richiamo e l'esplicitazione, in funzione dell'obbligo segnaletico, di un dovere comunque già insito nel ruolo dei diversi organi ai fini della valutazione e della vigilanza degli adeguati assetti organizzativi. Al punto che l'obbligo di verifica posto in capo

all'organo di controllo rientrava già, ai sensi dell'art. 2403 c.c., nell'ambito dei doveri di vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo e sul suo concreto funzionamento, al pari di quello di segnalazione all'organo amministrativo delle eventuali anomalie, come autorevolmente sostenuto⁷.

Con questa premessa, l'assetto organizzativo dell'impresa deve essere idoneo, per un verso, a consentire l'alimentazione del test con dati affidabili e, per altro verso, la corretta risposta alle domande poste nella *check-list*. Con il che test e *check-list* assumono anche, e più in generale, rilevanza nell'efficace governo dell'impresa.

⁷ P. MONTALENTI, Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf, in *Il nuovo diritto delle società*, Torino, 2019.

Considerazioni aziendalistiche sul d.l. 24 agosto 2021 n. 118 e in particolare sul test pratico *on line*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I destinatari e le finalità dello strumento. – 3. Nuovi concetti e problemi interpretativi. – 3.1 Verso un monitoraggio probabilistico. – 4. L'insolvenza reversibile. – 5. La fase di avvio del percorso della composizione negoziata della crisi d'impresa: il test pratico on line. – 5.1. Questioni organizzative e metodologiche. – 6. Il controllo dell'esperto sulla sussistenza di ragioni che rendono il risanamento perseguibile, partendo dal test pratico. – 7. Il ruolo degli advisor del debitore e del CRO. – 8. La gestione dell'impresa durante le trattative: sostenibilità ed interesse dei creditori. – 9. Le operazioni "segnalate" all'esperto.

1. Premessa

Il decreto legge n. 118/2021 ha introdotto numerose novità, tra le quali, in particolare, il nuovo strumento denominato "Composizione negoziata per la soluzione della crisi".

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 restano invariate le condizioni oggettive della composizione negoziata, consistenti 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.

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 pratico on line, lista di controllo, protocollo).

Inoltre, sono introdotti termini e concetti nuovi non soltanto a livello giuridico, ma proprio anche a livello aziendale, quali la "sostenibilità economico-finanziaria" (art. 9) e l'"insolvenza reversibile" (Rel. illustrativa e Protocollo), che non rientrano nelle definizioni e nei concetti convenzionali 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 vaghi.

Gli stessi concetti di probabilità di insolvenza – risolto a livello di definizione giuridica dall'art. 2 del CCII come nozione di crisi, ovverossia 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.

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, che evitino di ricorrere ad approssimazioni troppo generiche ed astratte.

Andando verso una direzione propositiva, prime risposte definitive possono essere:

- i) quella di probabilità di crisi come una fase di indebolimento dell'azienda o pre-crisi;
- ii) quella di insolvenza reversibile prevalentemente quella temporanea e causata da fattori esterni e non endoaziendali, di natura temporanea e non
- iii) quella di potenzialità, per le quali vanno richiamati 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: tutti universalmente accreditati, utili ad accertare la sussistenza di condizioni ancora vitali di competitività.

Più problematica sembra essere la nozione di sostenibilità economico-finanziaria, risolta dal protocollo con l'accertamento di un MOL (margine operativo lordo) positivo, ma non pienamente 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. Non vi è comunque dubbio che il MOL, quale sintesi di produttività economica (risultato economico Ranalli calcolato dopo il costo del lavoro) e di autofinanziamento aziendale, costituisca un fenomeno e al tempo stesso un indicatore di rilevante significatività delle performance aziendali e quindi delle prospettive di continuità operativa.

3. I destinatari e le finalità dello strumento

Lo strumento della composizione negoziata della crisi è particolarmente accessibile e versatile, per favorirne la massima diffusione, a date condizioni:

- i destinatari 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 (Rel. ill.). Ma nel novero rientrano anche le aziende “in stato di insolvenza reversibile” (Rel. ill. e Protocollo), quando l'insolvenza è spesso associata alla fase terminale della vita dell'impresa;
- l'assunzione alla base dello strumento e dei supporti, assai 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, in assenza di adeguate dotazioni strumentali, come il controllo di gestione;
- 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; tuttavia, con l'atteso rischio di una situazione recessiva diffusa e perdurante per tempi non brevi, tale da richiedere strumenti, come la come quello ora introdotto, di natura straordinaria per favorire il risanamento delle imprese non in grado di reagire autonomamente.

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.).

Le finalità del d.l. sono sostanzialmente quelle di: i) prevenire la crisi e favorire il risanamento tempestivo delle imprese già in situazione di 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” di cui all'art. 2) e quindi di semplificazione dei supporti di analisi e di pianificazione, di prevenzione e di anticipazione.

Va precisato che il ricorso alla composizione negoziata 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, buo-

na fede e correttezza: valori a cui fornisce un decisivo contributo l'esperto, nella sua funzione di rassicurazione indipendente e imparziale, dovendo prevenire e contenere eventuali comportamenti opportunistici e asimmetrie informative.

3. Nuovi concetti e problemi interpretativi

Quello che con immediatezza emerge allo sguardo dell'aziendalista e penso anche del giurista è il ricorso ad una terminologia non solo "di nuovo conio", ma nuova in ambito aziendale, sia dal punto di vista scientifico che di prassi professionale.

Sorgono pertanto aspetti di significatività concettuale che appare opportuno precisare, per risolvere profili 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., di cui si vuole evitare il pregiudizio, tramite una gestione accorta: sostenibilità è un termine assente nella dottrina aziendale e riferibile quindi 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 e oramai assodati nella comunità scientifica. 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 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). Questo concetto costituisce anch'esso un tema interpretativo, di tipo concettuale più che terminologico. Esistono infatti diverse accezioni statistiche di probabilità *ex ante*, riferite a dati futuri afferenti a eventi incerti; ma poi esiste un concetto di probabilità *ex post*, dove anziché i dati relativi a casi possibili andrebbero considerati i dati di casi verificatisi, sulla base di concrete indagini (ad esempio Banca d'Italia ha individuato una incidenza percentuale del 10,7% di casi di patrimonio netto negativo dovuti alla pandemia, anziché un 12,3% che si sarebbe avuto in assenza di interventi di sostegno).

Solo apparentemente più semplice può sembrare un ulteriore approccio, quello aziendalistico, di tipo più intuitivo e quindi assai soggettivo nell'interpretazione, laddove la probabilità di futura crisi può emergere da fattori indiziari gestionali e monetari: obsolescenza tecnologica, perdita di clienti, perdita della quota di mercato, calo delle vendite, incremento dei prezzi degli approvvigio-

namenti (non trasferibili alla clientela), reclami e resi da clienti, difetti di qualità, perdita di marginalità lorda, perdite nette d'esercizio gravi e persistenti.

c) La probabilità di insolvenza (art. 2) trova una precisa definizione all'art. 2 CCII, ancorché dal punto di vista scientifico si mantengono 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 (indebitamento solo finanziario, con esclusione del debito commerciale), 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 (inadempimenti fattuali a fronte delle obbligazioni), coerentemente tutto sommato con la letteratura aziendalistica.

Un motivo di perplessità concerne tuttavia 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 (ma su questo aspetto torneremo oltre).

d) 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, anche perché sono strettamente connesse tra loro.

e) 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 e spesso trattasi di profili di tipo qualitativo.

3.1. 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 negoziata, 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, 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 impiego della capacità produttiva, ecc.

Gli strumenti predittivi sono invece quelli che comportano, metodologicamente, dei mirati interventi di natura probabilistica, introducendo delle variazioni, delle modifiche – 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 dal protocollo, relativamente alla verifica preventiva e probabilistica del piano di risanamento.

Simulazioni e *stress test* costituiscono peraltro tecniche di verifica predittiva, su base probabilistica, suggeribili sia agli *advisor* dell'imprenditore, sia soprattutto 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*.

4. L'insolvenza reversibile

Un aspetto di grande interesse e di non semplice soluzione concerne l'inclusione delle insolvenze tra le situazioni aziendali considerate "a priori", quindi in astratto, come 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, derivando da fatti (effettivi, consuntivi, accaduti), quali "inadempimenti od altri fatti esteriori".

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 operante 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 Russia, si è ritrovata a subire gli effetti di fortissimi ritardi di pagamento e della morosità della clientela di quel paese, entrando a sua volta in situazione di insolvenza e riuscendo a mantenere la continuità aziendale attraverso un'operazione di cessione.

Vi è poi il caso di un'azienda con un business sano e avviata verso la transizione ambientale, dopo investimenti in nuove tecnologie, con produzione di articoli in plastica monouso, la cui clientela estera (GDO) ha però anticipato l'adozione delle misure previste dalla direttiva europea, creando problemi di for-

nitire: a ciò si è poi aggiunta l'emergenza pandemica con riduzioni importanti, ancorché temporanee, della produzione.

Di particolare interesse è poi il caso di insolvenza infragruppo, 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 infragruppo.

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 finanziario 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 – in assenza di interventi finanziari extragestionali (dell'imprenditori o di terzi) – 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.

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);

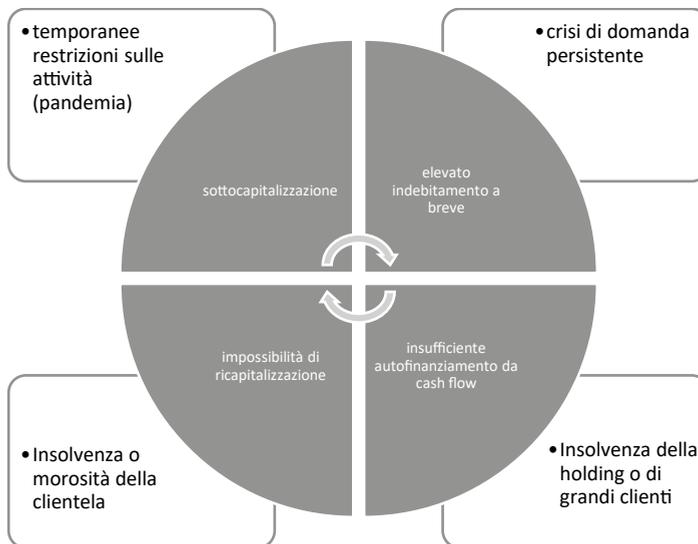
- III) cause esterne parzialmente controllabili in presenza di rischi potenzialmente stimabili (eccezionali ritardi o insolvenze di importanti clienti);
- IV) cause esterne subite per vincoli e restrizioni organizzativi o societari da parte di società capogruppo insolventi o di imprese rete dominanti (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, può comportare una situazione che, se non ha ancora intaccato la qualità del modello di business, può consentire – a date condizioni di corretta impostazione di una strategia finanziaria o di soluzioni straordinarie, adeguatamente pianificate – un percorso di risanamento 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 meritevolezza di un percorso di composizione negoziata della crisi e la fattibilità di un piano di risanamento proponibile ai creditori e alle parti interessate.

5. La fase di avvio del percorso della composizione negoziata della crisi d'impresa: il test pratico *on line*

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 (verosimilmente assistito da un advisor nelle PMI), accedendo ad una piattaforma telematica nazionale per la predisposizione del test pratico *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”, sulla base dei punti dedicati nel protocollo, per la verifica preventiva della ragionevole perseguibilità del risanamento anche da parte dell'esperto.

A ben vedere si tratta di tre momenti che possono anche risultare impegnativi nel caso concreto, in presenza di imprese maggiori o con gestioni complesse e particolarmente dinamiche.

Tali supporti vanno senz'altro considerati come un presidio minimo, essenziale, utile per facilitare l'accesso al percorso per le imprese minori, con uno definito standard 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 tre bilanci, i dichiarativi degli ultimi tre anni, una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre 60 giorni.

Che cosa sia una situazione patrimoniale è chiaro (posto che occorre redigere contestualmente 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 sei mesi, con le iniziative industriali da adottare: un piano finanziario quindi secondo la tecnica del *rolling budget*, vale a dire con una continua riproposizione di mese in mese dei dati di un budget finanziario (preferibilmente "di tesoreria" e quindi "mensilizzato" e dettagliato nei flussi in entrata e in uscita), per i sei mesi successivi.

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 al decreto 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 com-

ponenti 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 prudentiali e lungimiranti, 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.

Peraltro, 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 pratico *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 congiuntamente agli investimenti netti.

Il rapporto, che non viene definito a livello terminologico, rappresenta in sostanza una sorta di *payback* (convenzionale nella sua composizione), cioè di un "indice di tempo", espressivo del 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 normalizzato.

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.

La tabella seguente sintetizza i diversi esiti del test on line, dove si è indicato, per dare un nome che apparisse coerente, il termine *payback* (s'intende, in termini di approssimazione).

Fabbisogno durevole/ Cash flow normalizzato.

Payback < 1 difficoltà contenute

Payback = 2 trend ok per il risanamento

Payback = 3 risanamento dipendente dalle iniziative industriali

Payback = 5/6 no risanamento in continuità diretta → cessione azienda (con MOL > 0)

In presenza di disequilibrio economico (sembra inteso con MOL < 0) occorre senz'altro procedere con una ristrutturazione industriale, sempre che sussista una perseguibilità del risanamento.

Si consideri che nella situazione post-COVID, secondo stime di Banca d'Italia, occorrerebbero 5,4 anni di cash flow nel settore manifatturiero per ripagare il debito, più del doppio dei 2,2 anni del 2019 (*payback*).

5.1. Questioni organizzative e metodologiche

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.

Il piano proposto dalla lista di controllo della piattaforma è metodologicamente semplificato e non solo questo limite, nei casi di imprese maggiormente complesse, si potrebbe riflettere sull'efficacia della gestione imprenditoriale, ma anche sulle responsabilità dell'esperto, che si potrà trovare a dover valutare (quindi ad accogliere o a rigettare) dei piani anche parzialmente, fatto salvo il suo potere di richiedere integrazioni e correzioni opportune.

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.

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, *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 illustrativa prescrive l'osservanza degli obblighi di cui all'art. 2086, secondo comma, 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 dar corso ad una tempestiva segnalazione motivata all'organo amministrativo della sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza della nomina dell'esperto.

Vi sono poi i rapporti con il tribunale, sia nel caso di richiesta delle misure protettive e cautelari; sia in presenza di richiesta di finanza 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.

6. Il controllo dell'esperto sulla sussistenza di ragioni che rendono il risanamento perseguibile, partendo dal test pratico

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 censibili 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 legate a informazioni e 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 manifestatiti *ex post* e non conoscibili anticipatamente.

L'esperto procede dunque secondo due livelli di approssimazione:

- a) una prima, sommaria verifica anticipata sulla base del test pratico 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.

L'esperto convoca senza indugio l'imprenditore per valutare la perseguibilità del risanamento dell'impresa sulla base della richiesta e delle informazioni assunte anche presso l'organo di controllo ed il revisore legale, quando in carica.

A tal fine, svolge la verifica preliminare di perseguibilità del risanamento anche sulla base del test pratico disponibile online. Nel caso in cui l'imprenditore abbia allegato alla domanda il test on line l'esperto lo esamina, correggendolo quando ne ravvisa l'esigenza.

Nell'eventualità, invece, che l'imprenditore non abbia allegato il test pratico compilato, l'esperto provvede alla sua compilazione insieme all'imprenditore, per una completa e motivata redazione. L'esito del test *on line* è indicativo e l'esperto lo valuta tenendo conto di tutti gli elementi informativi dei quali dispone, anche dopo i primi incontri con gli organi di controllo, le prime verifiche e i sopralluoghi.

Nel caso in cui l'esperto ravvisi, diversamente dall'imprenditore, anche a seguito dei primi confronti con i creditori, la presenza di uno stato di insolvenza, questa condizione non preclude l'avvio della composizione negoziata, purché l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento che richiedano, per essere ritenute praticabili, l'apertura delle trattative: infatti, potranno essere valutate concrete possibilità di accordi con i creditori o l'opportunità di una cessione dell'azienda in grado di generare risorse finanziarie congrue rispetto alla dimensione dell'esposizione debitoria.

Quando l'esito del test pratico *on line* indica che il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative che si intendono adottare in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (iniziative industriali, modifiche del modello di business, cessioni o cessazione di rami di azienda, aggregazioni con altre imprese), l'esperto, prima di sciogliere la propria riserva, compie gli opportuni approfondimenti esaminando il piano di risanamento. Viene quindi integrata e ponderata l'informativa rilasciata dal test pratico con le prospettazioni del piano di risanamento e quindi con:

- a) lo scenario indicato e le assunzioni alla base del piano, da ponderare circa la loro concretezza, ragionevolezza e coerenza con le evidenze prospettiche dello scenario e il quadro di riferimento (settore, ambito competitivo, transazioni tecnologiche e ambientali, evoluzione normativa rilevante, ecc.);
- b) la descrizione articolata delle iniziative di risanamento: ridimensionamento; efficientamento dei processi di approvvigionamento, logistici, produttivi, commerciali; revisione del modello di business (riassetto della rete di vendita, della rete dei fornitori e dei terzisti, ridefinizione dei rapporti con la clientela e dei processi distributivi, razionalizzazione del portafoglio prodotti e marchi, ecc.);
- c) l'attenta analisi dei piani economici, finanziari e patrimoniali e la valutazione prudenziale degli attesi flussi di cassa al servizio del debito con l'entità e l'evoluzione dell'esposizione debitoria, considerata altresì l'eventualità prospettata di nuova finanza. In questa valutazione, sarà sempre dirimente la prospettiva di una risanabilità economica dell'impresa e quindi la conferma o meno della produzione di risultati sia lordi (MOL), sia netti in un arco di piano coerente.

In caso di parziali percorsi liquidatori (cessione di immobili, di marchi e di partecipazioni non strategiche) e di continuità indiretta (cessione dell'azienda), andranno valutati le entità e i tempi dei realizzi prospettati con la struttura del debito.

Per contro, le indicazioni prudenziali che fornisce in dettaglio il protocollo, riguardo alla percorribilità del risanamento, sono quelle di considerare:

- D) la sussistenza di una continuità aziendale che distrugge risorse;
- II) l'indisponibilità o impossibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse;
- III) l'assenza di sufficiente valore del compendio aziendale;
- IV) le probabilità che l'insolvenza sia reversibile appaiono assai remote, indipendentemente dalle scelte dei creditori, e dunque appare inutile avviare le trattative.

Il punto 2.5. del protocollo raccomanda all'esperto, in qualunque momento egli reputi che non vi siano o siano venute meno le prospettive di risanamento, di darne notizia all'imprenditore e al Segretario generale della Camera di commercio competente perché venga disposta l'archiviazione del fascicolo.

Il primo insieme di verifiche preventive dell'esperto, 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 (massimo 60 giorni), la relazione "chiara e sintetica" sull'attività con un piano finanziario a sei mesi, l'elenco dei creditori, certificati dei debiti tributari e contributivi, centrale rischi di Banca d'Italia; elaborazione del test pratico on line; valutazione dell'inaffidabilità o inadeguatezza della situazione contabile aggiornata (max 120 gg): trattasi, in concreto, di un bilancio intermedio, da esaminare poi con l'organo di controllo e il revisore legale e che l'imprenditore deve modificarle in caso di accertate carenze;
- verifiche dirette, mediante incontri organizzati 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).

L'esperto deve avviare senz'altro, nel novero delle verifiche dirette in azienda, le interviste ai responsabili delle funzioni aziendali importanti, avvalendosi anche di reportistiche del controllo di gestione, se esistenti.

Riterrei opportuno che siano compiute anche adeguate verifiche dirette in loco, 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 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 pratico *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 negoziale, 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*, dotazione tecnologica, portafoglio clienti, rete di vendita, reputazione, certificazioni rilasciate, qualità del management e del personale, età e notorietà dell'azienda, felice localizzazione,

Inoltre, la situazione patrimoniale e finanziaria potrebbe, specie nei casi sospetti, richiedere 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.

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 *payback* > 3), ma in concreto può essere assai utile anche quando le soglie dei valori del test siano inferiori, non solo perché potrebbero comunque rendersi comunque 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 formulazio-

ne prognostica ragionevole, sulla base di un supporto razionale e accreditato, quale è il piano di risanamento, anche quando prevalgano indirizzi di continuità perseguibili con il funzionamento ritornato fisiologico dell'azienda. 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, nella maggior parte dei casi, possono verosimilmente indurre a ritardare l'elaborazione di un piano sistematico.

È evidente che potrebbero aprirsi zone grigie di asimmetrie informative e di opportunisti, 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, se 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.

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.

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*.

7. 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 d.l.).

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.

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 le 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).

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 ultrannuali 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 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.

8. La gestione dell'impresa durante le trattative: sostenibilità ed interesse dei creditori

Durante la fase di composizione negoziata 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 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 rispet-

tivamente a bassa o elevata tecnologia – assume rilevanze alquanto differenti. Quanto alla normalizzazione del MOL, occorre valutare l'entità e la natura dei componenti straordinari negativi rettificati (sopravvenienze passive, svalutazioni di elementi attivi o insussistenze dell'attivo), per valutarne le ripercussioni sulla generale economicità dell'azienda. 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 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), remunerazioni figurative di beni (immobili e sistemi produttivi) dati in uso all'azienda dall'imprenditore a titolo non oneroso (comodato).

Durante le trattative e nell'avviato percorso di risanamento, la rappresentazione della situazione aziendale originariamente emersa attraverso il test pratico costituisce un elemento parametrico di valutazione, che aiuta a interpretare l'attuale situazione aziendale e la sua evoluzione, in termini regressivi o di miglioramento, contribuendo con maggiore obiettività ad esprimere giudizi andamentali e di *trend* e una valutazione dell'efficacia o meno del percorso intrapreso.

9. Le operazioni "segnalate" all'esperto

L'imprenditore deve poi assolvere a precisi obblighi di segnalazione nei confronti dell'esperto e 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 dispostivi 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, della 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.

In definitiva, l'esperto svolge una somma di funzioni, che vanno da quella della valutazione prognostica delle condizioni di risanamento o di appetibilità dell'azienda, al giudizio sul piano di risanamento, al confronto con molteplici parti, alla gestione e facilitazione delle trattative con i creditori, temperando i diversi interessi, fino alla vigilanza concomitante alla gestione del debitore, in ottica preventiva, con poteri e doveri di trasparenza e di segnalazione nelle situazioni pregiudizievoli, laddove viene meno dunque l'obbligo di riservatezza.

Si tratta di una funzione molteplice, che unisce al possesso di competenze specifiche, anche doti di mediazione e attitudine alla negoziazione, con compiti anche di vigilanza, che potrebbe avvicinarlo, secondo una classica nozione organizzativa manageriale, a quello del project manager, di cui si enfatizza il ruolo di integratore, inteso come coordinatore di vari attori, anche appartenenti a organizzazioni diverse. Senz'altro l'esperto non possiede autorità e titolarità sulle risorse aziendali e sulla gestione, ma può essere considerato un negoziatore indipendente e imparziale, con compiti di rassicurazione sulla parità informativa e sulla prevenzione di opportunismi, mirando a realizzare il contemperamento dei diversi interessi contrapposti.

Il ruolo dell'esperto e la gestione dell'impresa

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Universalità dell'accesso alla procedura di composizione negoziata. – 3. Il requisito oggettivo di accesso: dalla “precrisi” all'insolvenza ...e ritorno. – 4. L'esperto al cospetto della platea dei debitori in...negoziabile composizione. – 5. L'esperto e il concordato semplificato.

1. Premessa

La nuova figura dell'esperto negoziatore, introdotta dal d.l. 118/2021, rappresenta il motore della composizione negoziata, multiforme percorso finalizzato al possibile risanamento dell'impresa in crisi (o “pre-crisi”), quando non già insolvente, purché con prospettive di reversibilità del dissesto.

La dichiarata e reiterata finalità della legge ad assicurare il mantenimento od il recupero della continuità aziendale sembra postulare l'operatività dell'esperto in un persistente contesto di *going concern* dell'impresa, la quale, peraltro, anche quando ricorre al tribunale per il conseguimento di misure protettive o di speciali autorizzazioni (art. 10) non soggiace ad uno stato di spossessamento attenuato, con la conseguenza che l'imprenditore, almeno virtualmente, rimane titolare di uno statuto di piena autonomia delle proprie scelte gestorie; nondimeno l'esperto, attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese del proprio dissenso a specifici atti gestionali di straordinaria amministrazione, è investito di una funzione non meramente parenetica, ma tale da incidere sulle concrete possibilità dell'imprenditore di proseguire nella gestione caratteristica dell'attività aziendale. Di qui l'utilità di una riflessione trasversale sul ruolo dell'esperto e sull'atteggiarsi della sua attività in relazione ad un organismo imprenditoriale che, nella prospettiva del legislatore, dovrebbe essere munito di una residua vitalità e, soprattutto, della capacità di riemergere da un dissesto imminente o già in atto.

Affrontate dalla correlatrice le tematiche più squisitamente aziendalistiche ed inerenti lo statuto giuridico di questa nuova figura professionale, restano da esaminare gli snodi critici del suo ruolo in relazione alle molteplici “figure” del risanamento percorribile, nonché utilità e limiti del suo apporto allorché le sorti del percorso di composizione negoziata passano attraverso la necessità di una qualche forma di tutela giurisdizionale (misure cautelari, protettive, speciali autorizzazioni).

2. Universalità dell'accesso alla procedura di composizione negoziata

La composizione negoziata, secondo l'indirizzo unanime degli interpreti non è una procedura concorsuale, benché non sconosca – al proprio interno – eventuali incidenti procedimentali ascrivibili al *genus* cautelare e/o camerale e sia finalizzata, ad ogni buon conto, ad una soluzione della crisi d'impresa in contesto concorsuale o, comunque, a valenza generale e dunque, al postutto, comunque concorsuale; di ciò si ha evidenza all'art. 11 della legge, allorché, nell'enumerare i possibili esiti favorevoli della composizione negoziata, si indicano, in buona sostanza, tutti i possibili istituti concorsuali diversi dal fallimento e dal concordato preventivo "classico", oltre al contratto (art. 11, lett. a) assistito dalle premialità tributarie di cui all'art. 14. D'altro canto, anche l'esito infausto della composizione negoziata conduce ad una soluzione concorsuale, vuoi nella forma di cui al concordato semplificato *ex art.* 18, vuoi mediante gli istituti della legge fallimentare (fallimento compreso), sebbene tale opzione sia esclusivamente nelle mani dell'imprenditore, alternativamente facoltizzato a ritornare virtualmente in bonis, ovvero senza onere od obbligo – di là delle responsabilità da aggravamento del dissesto che ne potrebbero potenzialmente derivare – di "portare i libri in tribunale".

In ciò, in definitiva, sta il maggior *atout* della composizione negoziata, rispetto al tanto contrastato sistema dell'allerta disciplinato dal codice della crisi: procedura libera nell'accesso (sebbene non priva di un potenziale stimolo indotto dall'allerta interna *ex art.* 15), segreta (nei limiti che si vedranno) sinché non sia lo stesso imprenditore a scegliere di ostendere il proprio stato di crisi in ragione della necessità di conseguire variabili protezioni da parte dell'autorità giudiziaria, disponibile negli esiti, sino all'eventuale inabissamento del non superato dissesto sinché l'imprenditore non sia in grado di adottare una qualche soluzione concorsuale o l'iniziativa di terzi non lo conduca al fallimento (futura liquidazione giudiziale).

Dal carattere spiccatamente *amiable* di tale procedura consegue la straordinaria ampiezza della sua accessibilità sotto il profilo soggettivo.

Se il dato emergente da una prima lettura e sottolineato dalla maggior parte degli interpreti è quello della sua percorribilità anche dalle imprese agricole o sottosoglia, rispetto alle quali l'istituto in esame, grazie anche ai minori costi dell'esperto e alla possibilità di autodiagnosi mediante la piattaforma digitale preconizzata dalla legge e già attuata dal Decreto dirigenziale del 28/09/2021, vorrebbe costituire una forte implementazione delle possibilità di soluzioni concorsuali alla crisi, in linea con le prescrizioni eurounitarie in materia di ristrutturazione preventiva anche della microimpresa, non può tuttavia non rilevarsi come le spire della norma si estendano non solo verso il basso, ma anche verso

l'alto, ricomprendendo – almeno potenzialmente – quelle imprese di maggiori dimensioni (banche, assicurazioni, quotate, grandi gruppi) espressamente esclusi dal sistema dell'allerta e del procedimento davanti all'OCRI.

Se l'esclusione proprio di tali imprese dal sistema di anticipata e, in certa misura, forzata emersione della crisi appariva sistematicamente distonica con la proclamata necessità di un tale apparato, in concreto precluso ai fenomeni imprenditoriali di maggiori dimensioni, come tali, per un verso, maggiormente capaci di reagire alla crisi mediante strumenti di *reorganization* e, per l'altro, tali da necessitare un preventivo monitoraggio in ragione degli effetti sistemici di una loro insolvenza, l'inserimento delle grandi imprese nel cono applicativo della composizione negoziata sana questa contraddizione, sebbene in ragione di un evidente depotenziamento dello strumento: l'anticipata emersione della crisi è un bene in sé, ma spetta solo all'imprenditore la scelta dell'emersione, nell'an e nel quando.

In altri termini, una "autoallerta", proprio perché su base schiettamente volontaria, non può avere la potenziale pericolosità di un sistema fondato, mediante gli indici, su relativi automatismi e, dunque, incorporante il rischio, paventato in concreto dietro la stentorea affermazione della necessità di munirsi di un apparato di monitoraggio delle situazioni di crisi d'impresa, che il meccanismo più che prevenire il rischio di dissesto finisca per creare l'evento: rischio che il legislatore del CCII non era disponibile a correre per le imprese di maggiori dimensioni e/o di più nevralgica importanza per l'economia nazionale.

3. Il requisito oggettivo di accesso: dalla "precrisi" all'insolvenza ...e ritorno

Se, come accennato, sul piano soggettivo la composizione negoziata è accessibile a tutte le imprese commerciali o agricole, anche sotto il profilo oggettivo il presupposto d'ingresso è non meno ampio, coprendo una condizione economico-finanziaria che va dalla probabilità della crisi all'insolvenza ragionevolmente reversibile. Se l'anticipazione dell'accesso ad una situazione non ancora qualificabile in termini di crisi risponde all'istanza eurounitaria di munirsi di un sistema di allerta precoce, verosimilmente non assicurata dalla nozione di crisi contemplata dall'art. 2 del CCII, siccome qualificata in termini di concreto rischio di perdita della continuità aziendale entro l'esercizio e, dunque, di vera e propria insolvenza prospettica, l'estensione del presupposto all'insolvenza reversibile desta maggiori perplessità.

In primo luogo essa assume un colore di *déjà vu*, ove si rammenti che già nel corso del 2005, modificato con il d.l. 33/2005 il presupposto di accesso al concordato preventivo nello stato di crisi in luogo dell'insolvenza, il legislatore inter-

venne quasi immediatamente a stabilire, in funzione d'interpretazione autentica, che ai fini dell'ammissibilità della proposta di concordato lo stato d'insolvenza equivale a crisi, al fine di scongiurare il rischio che gran parte delle domande di concordato, proposte da imprenditori in stato di schietta insolvenza, venissero dichiarate inammissibili.

Per vero già anteriormente alla riforma del 2005/2007, la "temporanea difficoltà ad adempiere", presupposto di accesso all'amministrazione controllata, era stato interpretato dalla giurisprudenza di legittimità e costituzionale in termini meramente prospettici o prognostici, ovvero dovendosi ritenere che esso, dal punto di vista fenomenico non si differenziasse affatto dall'insolvenza (presupposto del fallimento e del concordato preventivo ancien regime), ma se ne discostasse per la favorevole prognosi di ripristinabilità delle condizioni di equilibrio economico-finanziario.

È però noto che tale indeterminazione della soglia oggettiva di accesso alle procedure alternative al fallimento ha finito, da un lato, per incentivare condotte inerti ed incrementative delle conseguenze pregiudizievoli del dissesto e, dall'altro, per consentire l'accesso alle stesse da parte di soggetti non più in grado di assicurare né un'effettiva continuità, né un'adeguata *recovery* per i creditori, anzi conducendo frequentemente ad una consecuzione di procedure, con significativa erosione dell'attivo destinabile ai creditori per effetto dell'erompere dei costi in prededuzione.

La lezione del passato, in uno con la piena libertà dell'imprenditore di accedere o meno alla composizione negoziata, conduce a ritenere che, come già in precedenza, la moneta cattiva, per così dire, scacci la buona, ovvero che l'anticipata emersione sia in concreto frustrata dalla possibilità di comprare tempo sin oltre le soglie della conclamata insolvenza.

Lo spostamento in avanti della linea ultima di accesso alla composizione negoziata reca in sé un ulteriore rischio: la sterilizzazione o, quanto meno, il forte depotenziamento del principio di cui all'art. 375 del CCII, ovvero il dover per l'imprenditore di munirsi di assetti organizzativi adeguati per la tempestiva rilevazione della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché il dovere di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale. Si ricorderà che tale norma è già in vigore dal 16/03/2019.

Sebbene non si possa sottacere la possibile ricaduta di tale norma in relazione al sistema della responsabilità delle persone giuridiche (legge 231/2001), sino al d.l. 118/2021 poteva tuttavia ragionevolmente affermarsi che tale norma, sotto un profilo puramente logico, potesse ascrivere al novero delle *leges imperfectae*, ovvero senza sanzione. Ed invero, dato per scontato – il che non è affatto – quale debba essere l'assetto organizzativo adeguato per quella specifica impresa, si

ipotizzino i due casi alternativi ed estremi: da un lato, quello dell'imprenditore, che pur munitosi dell'assetto in thesi adeguato, non adotti alcuna iniziativa volta a risolvere la propria crisi e, dall'altro, quello che, totalmente noncurante dei profili organizzativi prescritti dalla norma, nondimeno intercetti tempestivamente lo stato di crisi e vi ponga sollecitamente rimedio, prima che gli effetti della crisi medesima determinino ulteriore pregiudizio ai creditori.

È facile ricavarne che come il primo non trarrà alcun vantaggio dall'adozione di tale modello ideale, né potrà vedere in alcun modo le proprie responsabilità in alcun modo scriminate o attenuate, il secondo non patirà alcuna conseguenza dalla violazione dell'art. 375 CCII. Si tratta, beninteso, di esempi, per così dire, in vitro e difficilmente rinvenibili in fattispecie concrete, ma che valgono a dare il segno della tendenziale insuscettibilità di tale principio a fondare un autonomo titolo di responsabilità.

Il d.l. 118/2021 pareva aver dato nuova linfa operativa a tale principio, poiché – in disparte i casi delle microimprese – difficilmente i tempi tecnici della composizione negoziata paiono consentire l'agevole e celere formulazione di una prognosi di risanabilità in assenza di un preconstituito set informativo su genesi ed entità dello stato di tensione finanziaria o squilibrio economico-patrimoniale possibile solo in presenza di presidi organizzativi, contabili e gestori specificamente deputati ad intercettare tali situazioni.

Non solo. La relazione negativa dell'esperto legittimante l'accesso alla procedura di concordato semplificato postula – espressamente a seguito della modifica introdotta in sede di conversione, ma per via sistematica già arguibile dall'originaria formulazione della norma – la non imputabilità all'imprenditore della definitiva non praticabilità delle soluzioni di cui all'art. 11. Difficilmente sarebbe predicabile la non imputabilità al debitore della impraticabilità del risanamento e/o dell'esito negativo delle trattative a fronte di un peggioramento marasma organizzativo e conseguentemente tardivo e pregiudicato accesso alla composizione negoziata.

Tale quadro, tuttavia, è messo in crisi da un accesso anche dell'insolvente "reversibile", perché, quanto meno entro il sistema chiuso (ma, come s'è detto, amplissimo) della composizione negoziata, non può più essere *ex se* censurabile il fatto che ad essa si affacci anche l'imprenditore insolvente, con ciò pertanto svalutandosi fortemente l'utilità dell'assetto organizzativo, che finisce per risolversi – per gli imprenditori che hanno l'obbligo di munirsene – nel dovere di segnalazione da parte dell'organo di controllo e, dunque, in una previsione che inerisce lo statuto normativo dell'organo di controllo, non le scelte dell'organo gestorio.

È d'altronde chiaro che la reversibilità dell'insolvenza, di là di situazioni staccatamente irrilevanti o di meri auspici connessi ad un inerziale ripristino della redditività della gestione caratteristica, dipenderà da fattori essenzialmente eso-

geni e che prescindono dalla diligenza organizzativa dell'imprenditore; si tratterà essenzialmente di quelle ipotesi di continuità indiretta, se del caso attraverso il ben oliato meccanismo della newco, che potranno essere veicolate vuoi nell'ambito degli istituti percorribili *ex art. 11* ed eventualmente autorizzate dal tribunale ai sensi dell'*art. 10*, vuoi con le modalità del concordato semplificato. E di qui, ulteriori criticità, sulle quali *infra*.

4. L'esperto al cospetto della platea dei debitori in...negoziabile composizione

La relazione precedente ha già dato conto delle caratteristiche tipologiche dell'esperto e, dunque, non mette conto soffermarsi sulle stesse.

Vale la pena, tuttavia, di sottolineare che, sebbene l'esperto non sia equiparabile ad un attestatore, esso offre, per un certo verso, maggiori garanzie ai creditori ed anche al tribunale, in relazione all'apporto informativo che può fornire allorquando l'autorità giudiziaria sia investita di specifiche istanze da parte dell'imprenditore. Ed invero, se l'esperto non è titolare di responsabilità penale autonoma in relazione ai doveri del suo ufficio (di là – ovviamente – di eventuali ipotesi di concorso con altri) a differenza dell'attestatore, va però considerato che la sua nomina è pubblicistica e non privatistica e che, dato non secondario, è vincolato ad un numero limitato d'incarichi, non potendone avere in corso più di due. Tali caratteristiche genetiche della figura paiono assicurare alla medesima uno statuto di effettiva terzietà superiore a quella dell'attestatore, pur se connotata da un regime proprio di responsabilità penale.

La maggior debolezza dell'istituto sembra semmai risiedere, per le ragioni sopra dette, nella straordinaria eterogeneità dei contesti in cui è chiamato ad operare: dalla microimpresa al gruppo di grandi dimensioni, da situazioni di temporanea ancorché severa illiquidità sino ad insolvenze conclamate, ove "reversibili". È tale pressoché infinito ventaglio di fattispecie e patologie che, verosimilmente, renderà più difficile cristallizzare – come, di contro, si è riusciti infine a fare con riferimento all'attestatore – uno statuto operativo unitario per l'esperto, molto più che non le difficoltà conseguenti ad una certa indeterminazione del ruolo: portatore di una informazione qualificata ai terzi e, se del caso, al tribunale, senza che ciò si risolva in attestazione o certificazione; facilitatore nelle trattative senza che possa risolversi in vero e proprio negoziatore.

Alla molteplicità delle situazioni consegue, parimenti, una operatività assai differenziata in base alle mutevoli esigenze dell'impresa.

Possono distinguersi in primo luogo due macroipotesi, a seconda che si richieda o meno l'intervento del tribunale, quale che esso sia.

Nel caso composizione puramente negoziale (trattative con uno o più creditori, senza richieste di misure protettive o cautelari, né autorizzazioni al compimento di atti di straordinaria amministrazione) è ovvio che il ruolo dell'esperto si declinerà in termini essenzialmente mediatori, egli dovendo procurare quel luogo neutro entro il quale consentire le trattative con quella parte di creditori rilevanti per il raggiungimento della soluzione divisata dall'imprenditore e che egli stesso avrà semmai concorso ad individuare alla luce dei flussi informativi che l'imprenditore è tenuto a fornirgli.

Si è qui in un contesto peculiarmente virtuoso, in cui l'imprenditore ha richiesto tempestivamente l'accesso alla composizione negoziata, tanto che non teme aggressioni da parte dei creditori o azioni di depauperamento dell'azienda, né necessita per il proprio finanziamento di marchi di prededucibilità, nella consapevolezza, anzi, che il mero accesso al tribunale o l'evocazione del lemma "preduzione" finirebbe per cambiare completamente il percorso di risanamento, vanificando quel piano che, nella condizione data, certamente non avrà mancato di fornire all'esperto.

È bene però sottolineare che anche nel caso di specie la tanto evocata riservatezza potrà essere tale solo fino ad un certo punto. Si ripropone qui, quanto già si ebbe modo di osservare con riguardo al procedimento davanti all'OCRI. Nel momento in cui si negozia con uno o più creditori (riscadenziamento del debito, nuove linee, forniture, ecc.), non potrà essere sottaciuto lo stato di crisi, né ogni informazione necessaria ad una valutazione consapevole da parte del terzo, diversamente l'esperto concorrendo in una violazione di quel principio di buona fede affermato dal legislatore in questa stessa sede e più in generale enunciato nel codice della crisi quale canone generale di comportamento.

Quanto sopra per sottolineare che l'assoluta riservatezza è una chimera non solo e non tanto per il rischio, più o meno scontato, di indebita propalazione d'informazioni rilevanti da parte di soggetti tenuti al segreto, quanto perché proprio una condotta doverosa impone un'informazione trasparente, della quale l'esperto non può non farsi garante.

Tale considerazione induce a ritenere che, anche in tale e più favorevole ipotesi, la possibilità di una fase prolungata (mesi) di elaborazione della soluzione e negoziazione con i creditori, non sia in concreto possibile, a pena di seriamente pregiudicare le chances di riuscita del piano perseguito.

L'ipotesi alternativa è quella dell'intervento del tribunale. Non mette conto affrontare le singole ipotesi di scrutinio da parte dell'autorità giudiziaria delle diverse possibili istanze, posto che a ciascuna è destinata una specifica sessione.

Va semmai rilevato che, nel momento in cui si richiede la protezione del tribunale, il ventaglio delle soluzioni percorribili si riduce in ragione dei conseguenti mutamenti comportamentali dei creditori; l'esperto costituisce fonte infor-

mativa privilegiata per il tribunale (in più d'un caso, anzi, dovuta: misure protettive, rinegoziazione ad equità del contratto), ancorché difficilmente il tribunale potrà acquetarsi del solo contributo allegativo dell'esperto, dal momento che, come già detto, egli non è attestatore ed, anzi, potrebbe valersi – pur in termini critici e ragionati – della dichiarazione dell'imprenditore, con valenza di autocertificazione, della propria risanabilità. Pare incongruo assicurare un contraddittorio ampio, ovvero diretto a tutte le parti potenzialmente coinvolte dalla misura richiesta (dunque, talora, anche molte), con ogni conseguenza sotto il profilo dell'appesantimento procedurale, per poi limitarsi ad una valutazione puramente cartolare, senza una revisione critica del materiale istruttorio da parte del proprio ausiliario, tenuto fra l'altro conto che il giudice – è bene ricordare – può qualificarsi *peritus peritorum* solo in relazione a quest'ultimo e non all'esperto, che suo ausiliario, di contro, non è.

La seconda distinzione è in ragione del tipo di percorso di risanamento, dovendosi distinguere qui tra ipotesi di continuità diretta pura ed ipotesi di risanamento per il tramite dell'apporto esterno, sia esso mediante acquisto del compendio, quanto in forza di operazioni straordinarie, quali l'aumento di capitale o la conversione del capitale di credito in capitale di rischio. In questo caso, a cambiare è la regola di giudizio dell'esperto in relazione alla "concreta risanabilità". Se in caso di continuità diretta la valutazione è schiettamente aziendalistica e la risanabilità sta o cade nella misura in cui si ritengano credibili e prognosticamente percorribili piani di risanamento pluriennali, fondati sull'attesa dei flussi, nel secondo caso essa è più fondata su valutazioni giuridiche che economiche. Può dirsi concretamente risanabile un'impresa che preveda labialmente da parte dell'organo gestorio l'aumento di capitale senza una delibera condizionata dell'assemblea o un *debt equity swap* senza il formale impegno da parte degli obbligazionisti? Per certo pare arduo che il tribunale, investito d'istanze che cristallizzino il patrimonio, blocchino iniziative di autotutela dei creditori, incrementino il passivo con poste prededucibili si accontenti della narrazione di tali soluzioni senza la documentazione del vincolo da parte del terzo, variamente contributore alla soluzione di risanamento.

La terza *summa divisio* è fra impresa in crisi ed impresa insolvente reversibile. È chiaro che in quest'ultimo caso, di là di ipotesi statisticamente irrilevanti (si pensi però, recentemente, a imprese collocate in distretti tessili e in condizioni oramai prossime al dissesto, in grado però di innovare il processo e produrre mascherine), la prognosi non può essere ancorata che alla certezza dell'apporto esterno, tipicamente attraverso l'acquisto dell'azienda; anche in tal caso alla valutazione da parte dell'esperto presiedono più criteri da due diligence legale che strettamente aziendalistici.

Di là di ciò, va ricordato che della gestione dell'impresa in pendenza di trattative, si occupa l'art. 9, stabilendo due regole operative diverse per la gestione dell'impresa in crisi e di quella insolvente.

Con riguardo alla prima, l'impresa è gestita in modo da non recare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.

Con riguardo alla seconda, sempre condizionatamente al fatto che "risultino" esservi concrete prospettive di risanamento, l'impresa è invece gestita nel prevalente interesse dei creditori.

Può dirsi che in entrambe le ipotesi, comprensibilmente, la gestione deve svolgersi secondo criteri conservativi, ma nel secondo essa si risolve in una sorta di esercizio provvisorio. Anche sotto questo profilo, è chiaro che nel caso di specie, la chance sostanzialmente contemplata dal legislatore è quella dell'apporto di un terzo e/o della celere riallocazione dell'azienda, essendo impensabile un risanamento endogeno secondo criteri strettamente conservativi ed esclusivamente prudenziali.

È proprio nel monitoraggio della gestione che, infine, si ravvisa il *proprium* del ruolo dell'esperto, diversamente spiegato, solitamente, in termini di continuità o metonimia: informatore ma non attestatore, certificatore o revisore; facilitatore ma non negoziatore in senso tecnico.

Con riguardo non solo al compimento di atti di straordinaria amministrazione, ma anche all'esecuzione di pagamenti, l'imprenditore ha un onere di preventiva informazione nei confronti dell'esperto, il quale può dissentire per iscritto in caso di ritenuta dannosità dell'atto rispetto alle ragioni dei creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento.

L'imprenditore non è per ciò stesso impedito dal compiere l'atto (non essendo egli spossessato), ma l'esperto può iscriverne il proprio dissenso nel registro delle imprese ed egli è tenuto a farlo nel caso vi sia pregiudizio per le ragioni dei creditori.

Una prima questione è data dalla selezione delle informazioni rilevanti. Mentre con riguardo all'atto di straordinaria amministrazione non vi è nessuna ulteriore specificazione e la natura conservativa della gestione dell'impresa conduce ad individuare la norma selettiva dell'ordinaria dalla straordinaria nell'art. 167 l. fall., con riguardo ai pagamenti, la norma *verbatim* parrebbe far carico all'imprenditore d'informare l'esperto solamente "dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento"; pare tuttavia scontato che si tratti di una previsione ellittica che presuppone un'informativa da parte dell'imprenditore del proprio piano finanziario di periodo e, dunque, di tutti i pagamenti, laddove il dissenso dell'esperto sarà in relazione a quelli incongrui rispetto alle trattative in corso o alle prospettive di risanamento. Ciò è in linea con la previsione di un monitoraggio in relazione ad una gestione

conservativa, né pare ragionevole, da un lato, rimettere al debitore la selezione dell'informazione sui flussi e sulla loro inerenza alla condizione dell'impresa e al perseguimento del piano e, dall'altro, la plausibilità di una sua comunicazione di pagamenti che egli stesso qualifichi come incongrui rispetto al contesto dato.

È poi interessante sottolineare che l'iscrizione del dissenso ben può operare anche nella fase riservata della composizione negoziata, valendo a determinare de facto la fine del percorso ed il probabile avvio, pur in assenza di ulteriori iniziative obbligatorie da parte dell'organo di controllo o tanto meno di comunicazioni al P.M., dell'impresa nella direzione di soluzioni liquidatorie, quando non del vero e proprio fallimento. Si tratta di un potere relevantissimo, sul cui effettivo esercizio, avuto riguardo ai "controstimoli" conseguenti alle potenziali responsabilità e ad un meccanismo remuneratorio alquanto orientato a *success fee*, non possono farsi agevoli previsioni.

5. L'esperto e il concordato semplificato

Già s'è fatto cenno che ove la relazione negativa dell'esperto si concluda, riferendo dell'esito negativo delle trattative e della insussistenza di concrete possibilità di risanamento per causa non imputabile al debitore, è data facoltà a quest'ultimo, entro sessanta giorni dal deposito di detta relazione, di proporre domanda di concordato semplificato.

Secondo una prima interpretazione, tale istituto avrebbe una portata dirompente, elusiva del concordato liquidatorio classico (pure non formalmente abrogato), poiché tale da consentire l'accesso ad un concordato privo di una vera e propria fase di ammissione, senza il voto dei creditori e non vincolato ad una percentuale di soddisfacimento.

La previsione della non imputabilità al debitore del naufragio del risanamento dovrebbe sgomberare il campo da tale paventato rischio.

Un debitore non in grado, *ab origine*, di articolare una qualsiasi soluzione di risanamento non dovrebbe essere messo nelle condizioni di aprire trattative, né potrebbe dirsi estraneo all'impraticabilità di soluzioni della sua crisi.

Nondimeno, s'è già detto che l'estensione della composizione negoziata all'imprenditore insolvente, attenua di molto la, per così dire, virtù dell'istituto, legittimando prassi attendiste e l'articolazione di proposte di soluzione della crisi in situazione di già conclamato dissesto. Unico ancoraggio, allora, alla plausibilità del *redressement* è la valutazione rigorosa della certezza dell'apporto esterno e/o della proposta di acquisto dell'azienda da parte del terzo.

In tali termini, può ritenersi valido, seppur indebolito dal diritto di accesso al debitore insolvente, l'assunto secondo cui il concordato semplificato è in de-

finitiva uno strumento in mano al debitore di dissuasione da condotte lecite ma spiccatamente opportunistiche dei creditori, i quali, ove indisponibili alla soluzione prospettata dall'imprenditore e validata, dapprima, come concretamente praticabile dall'esperto, si vedrebbero poi de facto imposta una soluzione liquidatoria ancorata ad un *cram down* attenuato, perché non fondato sul miglior soddisfacimento dei creditori, ma solamente sull'assenza di pregiudizio rispetto al fallimento.

Da questo punto di vista il concordato semplificato finirebbe per assumere quasi una valenza moralizzatrice nei confronti di atteggiamenti defatigatori ed abusivamente ostativi – non infrequenti – da parte dei creditori.

La tesi va però declinata non senza dimenticare che dietro la medesima fattispecie si nascondono due situazioni di fatto completamente diverse.

Nella prima ipotesi abbiamo un imprenditore in grado di prospettare una plausibile via di risanamento mediante continuità diretta e/o operazioni straordinarie, poi non voluta da una parte qualificante dei creditori ed il quale, nonostante tutto, nel termine di sessanta giorni, è in grado di prospettare una soluzione completamente diversa, di natura liquidatoria, eventualmente comprensiva della cessione dei complessi aziendali o di specifici rami. Si tratta, verosimilmente, di un imprenditore giunto tempestivamente alla composizione negoziata, con un assetto organizzativo ed informativo efficace (diversamente non sarebbe possibile “*shiftare*” fra ipotesi antitetiche in un tempo ridottissimo) e la cui azienda è dotata di una residua, significativa vitalità.

Nella seconda ipotesi, invece, abbiamo un imprenditore che già prospetta una certa forma di continuità indiretta, sotto forma di cessione dei complessi e che, fallite le trattative con i creditori, ripropone *jussu judicis* la medesima soluzione, sostanzialmente in odio a quel medesimo ceto creditorio o, comunque, ad una parte rilevante dello stesso.

È evidente come questo secondo caso sia ontologicamente diverso dal primo, sia sotto il profilo della situazione di partenza (poiché si tratterebbe della riproposizione del medesimo piano), sia sotto quello della volontà dei creditori, non già precedentemente compulsata su di una diversa proposta, ma sulla stessa. E', forse, in relazione proprio a questa ipotesi che appare non priva di pregio quella tesi dottrinale, autorevolmente sostenuta, secondo cui il concordato semplificato neppure sarebbe sussumibile nell'ambito del *genus* concordato.

Di là delle questioni sistematiche e del margine di discrezionalità spettante al legislatore in relazione a soluzioni sia pur così marcatamente *debtor oriented*, va semmai rimarcato che il combinato disposto dell'accessibilità alla composizione negoziata da parte dell'imprenditore insolvente con la possibilità di proposizione e, poi, riproposizione della medesima soluzione di cessione dei complessi aziendali, nonostante l'indisponibilità dei creditori, pare costituire il possibile

terreno d'elezione per l'abuso dello strumento da parte di quelle imprese non già tardivamente affacciate a tentativi di soluzione concorsuale della crisi, ma strutturalmente insolventi ed indirizzate ad una illecita concorrenza, quale è quella di chi preordina la propria azione già a non pagare contributi, erario, ecc., che mediante l'apporto relativamente modesto di terzi "domestici" vedano lo strumento per liberarsi dalle responsabilità e perpetuare sotto altra veste societaria la medesima attività.

La vigilanza e la selezione ostile di tali ipotesi, tutt'altro che infrequente, da parte degli esperti nonché la successiva, attenta verifica da parte dei tribunali determineranno, ad avviso di chi scrive, il successo o meno di questa disciplina, la cui preconditione è scongiurare gli abusi da parte di chi, attraverso un'attività d'impresa già strutturalmente preordinata al dissesto, finisce non solo per pregiudicare gli interessi generali (erariali, previdenziali, ecc.), ma anche per competere slealmente con l'impresa "sana", divenendo così concausa di rischi sistemici per quest'ultima e, per tale via, piegando la normativa concorsuale a scopi opposti a quelli a tutela dei quali è stata introdotta.

PARTE II

Misure protettive e cautelari: l'art. 6 del d.l. 24-08-2021, n. 118, conv. l. n. 147/2021

SOMMARIO: 1. Concetto e contenuto della misura protettiva. – 2. Le tipologie di misure protettive. – 3. Concetto e contenuto della misura cautelare. – 4. Presupposti applicativi. – 5. Imprese “sotto-soglia”.

1. Concetto e contenuto della misura protettiva

L'art. 6 del d.l. n. 118/2021 introduce la possibilità, per il debitore che abbia richiesto la nomina di un esperto per giungere alla composizione negoziata per la risoluzione della crisi d'impresa, di chiedere l'applicazione di misure protettive¹. Come tali, in base alla definizione fatta propria dall'art. 2 lett. p) del CCII dovrebbero definirsi quelle misure temporanee disposte dal giudice, ad evitare che determinate azioni ed iniziative dei creditori possano pregiudicare le iniziative di regolazione della crisi anche già nella fase delle trattative.

¹ In argomento: L. BACCAGLINI – F. DE SANTIS, Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali, in *Diritto della crisi*, 12 ottobre 2021; F. CARPI, Provvedimenti interinali di condanna, esecutorietà e tutela delle parti, in *RTDPC*, 1977, 634; A. CRIVELLI, Le misure cautelari e protettive nel procedimento unitario del codice della crisi e dell'insolvenza, in *Giustizia Civile.com*, 24 settembre 2019; R. D'ALONZO, La composizione negoziata della crisi e l'interferenza delle misure protettive nelle procedure esecutive individuali, in *REF*, 2021; A. DIDONE, Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021, in *ilCaso.it*, 17 novembre 2021; P. FARINA, Misure cautelari ed istruttoria prefallimentare. Un contributo per la ricostruzione della disciplina stabilita dall'art. 15, 8° c. della legge fallimentare, in *Dir. Fall.* 2013, 294 ss; M. FABIANI – I. PAGNI, La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa), in *ilCaso.it*, 2 novembre 2021; F. LAMANNA, Nuove misure sulla crisi d'impresa del d.l. 118/2021: Penelope disfa il codice della crisi recitando il “de profundis” per il sistema dell'allerta, in *ilFallimentarista*, 25 agosto 2021; A. MANCINI, Le imprese sotto-soglia nel d.l. 118/2021: interazioni con il sovraindebitamento, in *ilCaso.it*, 1 settembre 2021; L. PANZANI, Il d.l. Pagni, ovvero la lezione (positiva) del covid”, in *Diritto della crisi*, 25 agosto 2021; F. PLATANIA, Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c., in *ilFallimentarista*, 7 ottobre 2021.

Senza voler entrare nel merito della applicabilità di norme e principi propri del codice della crisi o piuttosto della legge fallimentare al d.l.n. 118/21, si vedrà subito come entro certi limiti tale definizione ben s'attagli alle misure di cui al citato art. 6, sostituito il riferimento alle iniziative di regolazione quello al buon esito delle trattative. E premesso altresì che, nella versione del codice della crisi "adeguata" al contenuto della Direttiva "Insolvency", con lo strumento della composizione negoziata – di fatto sostitutivo della procedura di composizione della crisi – quello delle misure che qui si commentano, entrano a tutti gli effetti nella disciplina codicistica, occupandone gli artt. 18 e 19.

È anzitutto evidente come le misure in parola dovrebbero essere oggetto di una richiesta rivolta al giudice. Tuttavia la disposizione prevede che al giudice sia richiesta solo la loro conferma, modifica o revoca, da pubblicarsi unitamente all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e depositarsi contestualmente in cancelleria, mentre l'automatico divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione e di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore o sui beni o diritti sui quali viene esercitata l'attività imprenditoriale discende dalla – precedente – "richiesta" di misura depositata nell'ambito dell'istanza di nomina dell'esperto (rivolta al segretario generale della camera di commercio) e inserita nella piattaforma ai sensi dell'art. 5, salvo che la specifica richiesta di misure non venga inserita nella piattaforma successivamente, in corso di procedura, sebbene i suoi effetti decorrano alla successiva pubblicazione nel registro delle imprese, solo dopo la nomina dell'esperto.

Questo determina un *automatic stay* in senso proprio, che potrebbe addirittura portare alla conclusione per cui i richiamati divieti non costituiscono essi stessi misure protettive e non sono quindi oggetto della richiesta, ma autonomo effetto legale della stessa.

Ad escludere tale conclusione sta peraltro la previsione dell'art. 7 secondo cui col ricorso, l'imprenditore chiede la conferma o la modifica delle misure protettive, il che significa che oggetto della verifica giudiziale sono proprio le misure appena elencate. Dunque, i divieti di azioni esecutive e di prosecuzione di quelle in essere, oltre che quello di costituire diritti di prelazione sono soggetti alla modifica o conferma giudiziale.

Deve rimarcarsi a questo punto come la conferma o modifica delle misure (o la concessione di quelle cautelari), la cui richiesta è lasciata all'iniziativa del debitore che dunque potrebbe benissimo mancare, costituiscono, unitamente alle autorizzazioni o alle richieste di rideterminazioni delle condizioni contrattuali previste dall'art. 10, gli unici – ed eventuali – interventi da parte dell'autorità giudiziaria nella fase della composizione negoziata di cui al d.l. n. 118. In assenza di tali iniziative tale fase può svolgersi senza alcun intervento giurisdizionale, sebbene sia oltremodo evidente che proprio la possibilità dell'*automatic stay*, pur

soggetto a conferma giudiziale, costituirà uno degli aspetti di maggior attrattiva per gli imprenditori in crisi.

Quanto al concetto di misure protettive, esso non è espresso in alcuna norma vigente (ma come detto solo nel codice della crisi), sebbene misure come quelle ora indicate siano presenti all'interno della legge fallimentare ed anche della l. n. 3/2012 in tema di procedure da sovraindebitamento di soggetti non fallibili.

Peraltro se l'*automatic stay* di cui all'art. 168 l.f., dettato in tema di concordato preventivo, è strumentale a non compromettere l'esito della procedura, e altrettanto vale per il caso dell'art. 161 l.f. (domanda prenotativa) o nelle ipotesi tipiche delle procedure da sovraindebitamento (dove addirittura le misure sono previste solo a seguito dell'apertura vera e propria del procedimento a mezzo di decreto dell'autorità giudiziaria, e nel caso del piano del consumatore solo a seguito dell'omologazione e fino all'udienza successiva, sempre al fine di tutelare la fattibilità del piano), nel nostro caso le misure sono piuttosto a presidio del buon esito delle trattative con i creditori.

In ciò esse richiamano la finalità delle misure previste dall'art. 20, comma 1, CCII, infatti anch'esse strumentali a condurre a termine le trattative. Se ne distinguono nettamente però perché in quel caso le misure non sono previste come automatiche². Ancor prima già la legge fallimentare all'art. 182-*bis*, comma 6 (nella versione emendata dal d.l. n. 78/2010) prevede la possibilità di chiedere tali misure prima di formalizzarsi l'accordo di ristrutturazione ivi disciplinato, ove siano in corso trattative con almeno il sessanta per cento dei creditori e sia attestata l'idoneità della proposta a soddisfare i creditori che non siano parte delle trattative stesse. In tal caso l'analogia è più stretta, perché l'effetto protettivo è ricollegato automaticamente alla pubblicazione (anche qui sul registro delle imprese) dell'istanza di sospensione.

Analogamente a quanto accade in base all'art. 182-*bis*, comma 6 l.f. (ma sotto questo profilo anche alle misure protettive previste dall'art. 54 CCII per il caso della domanda di concordato o di omologazione di accordi di ristrutturazione) poi l'effetto protettivo ha natura provvisoria, essendo assoggettato a conferma o modifica giudiziale entro un termine piuttosto ridotto.

In tutti questi tre casi (art. 20 CCII, art. 182-*bis* l.f. e art. 6 d.l. n. 118/21) lo scopo è dunque quello di impedire la compromissione dell'accordo coi creditori sulla base delle prospettazioni dell'imprenditore e delle trattative a causa delle iniziative dei creditori che possono determinare appunto, per il tramite delle azioni esecutive, la dispersione del patrimonio.

² Vds. sulle differenze tra le misure oggetto del decreto in commento e quelle previste dal CCII, F. LAMANNA, Nuove misure sulla crisi d'impresa del d.l. 118/2021, cit.

Evidente che analogo pericolo si avrà anche in ipotesi di costituzione di diritti di prelazione, il cui divieto costituisce oggetto di altra misura protettiva prevista dall'art. 6, ma deve sottolinearsi come in tal caso l'imprenditore ed il singolo creditore possano accordarsi in senso opposto, il che rappresenta una differenza abbastanza notevole rispetto ai precedenti segnalati, a sottolineare probabilmente (e forse oltre il necessario) l'impianto privatistico della fase, a prezzo quindi di creare effettivi ostacoli al raggiungimento dell'accordo con gli altri creditori.

Caratteristica delle misure protettive, a differenza di quelle cautelari, dovrebbe essere di riversare i loro effetti nei confronti di un numero indeterminato di soggetti³, laddove però la disciplina unionale prevedeva un maggior distinguo atto a circoscrivere i soggetti passivi della misura⁴.

In particolare, l'art. 6, 1° comma della direttiva *Insolvency* prevede infatti, per il caso delle esecuzioni, solo la sospensione nelle ipotesi in cui ciò potesse favorire le trattative, e quindi la possibilità di rifiuto della sospensione, che dunque necessariamente sarebbe soggetta a concessione giudiziale, che potrebbe portare alla selezione di solo alcuni fra i creditori e senza l'automatismo invece prescelto dal legislatore nazionale.

La ristrettezza del margine temporale entro cui deve intervenire il provvedimento di conferma o modifica, che potrà senz'altro ri-parametrare le misure alle ipotesi strettamente necessarie, dovrebbe in realtà ridurre il pericolo di eventuali abusi, e del resto il significato stesso del controllo giudiziale sulle misure è proprio quello di evitare abusi. Ciò non toglie che guasti potrebbero esserne determinati, poiché è evidente come sia sufficiente intervenire con il deposito dell'istanza – che tra l'altro può essere avanzata anche in corso di procedura di composizione – a ridosso di un'asta con la presenza di offerte etc., per determinarne l'annullamento.

Interessante peraltro, e indicativo della costante attenzione del legislatore per le ragioni dei creditori lavoratori, è l'esclusione oggettiva (quindi non soggetta a verifica giudiziale, ma estranea proprio al perimetro dei crediti per i quali è possibile chiedere il divieto di azioni esecutive) dei crediti dei lavoratori, da intendersi quindi coloro che abbiano stipulato un contratto di lavoro di qualsiasi tipo con l'imprenditore, ma anche di coloro nei confronti dei quali l'imprenditore sia debitore in base alle disposizioni in materia di appalto e sub-appalto ai sensi degli artt. 1676 c.c. e 29 d.lgs. n. 276 del 2003.

³ Così L. BACCAGLINI – F. DE SANTIS, Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali, cit.

⁴ R. D'ALONZO, La composizione negoziata della crisi e l'interferenza delle misure protettive nelle procedure esecutive individuali, cit.

2. Le tipologie di misure protettive

In ordine alle tipologie di misure le stesse risultano menzionate all'interno dell'art. 6. Esse sono costituite come già ricordato anzitutto dal divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive; rispetto però alle disposizioni del CCII e della legge fallimentare che si sono ricordate, in questo caso si aggiungono significativamente i beni e i diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

È poi come pure ricordato compreso il divieto di acquisire diritti di prelazione salvo accordo col creditore.

Il quarto comma prevede a sua volta che, sempre dal giorno della pubblicazione dell'istanza di nomina dell'esperto, contenente anche la richiesta di misure, o di analoga istanza successiva contenente solo la "richiesta" di misure, e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione, la sentenza dichiarativa di fallimento non può essere pronunciata.

Inoltre, il quinto comma 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 all'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza.

Non costituiscono invece misure protettive in nessuna guisa quelle disciplinate dal successivo art. 8, in tema di sospensione degli obblighi e di cause di scioglimento di cui agli artt. 2446, 2447, 2482 – bis, 2482 – ter, 2484 e 2545 – *duodecies*, c.c. Infatti si tratta di misure lasciate sì alla scelta dell'imprenditore, ma che sono effettivamente disciplinate come un effetto automatico del tutto sganciato da qualsiasi controllo giudiziale, tanto che sono oggetto di una mera "dichiarazione" dell'imprenditore, e vedono un termine già stabilito dalla legge senza possibilità di scelta, dato dalla conclusione delle trattative o dall'archiviazione dell'istanza. D'altronde ben difficilmente può sostenersi che le misure in oggetto siano connesse con la necessità di condurre a termine le trattative, ed invece sono strumentali ad evitare ripercussioni sul funzionamento dell'impresa collettiva e a sollevare gli amministratori dalle relative responsabilità omissive che altrimenti si configurerebbero.

Si può invece discutere circa la consistenza di misura di protezione relativamente a quanto statuito in chiusura dell'art. 6, 1° co., e cioè "Non sono inibiti i pagamenti".

Prima di analizzare le singole misure, occorre stabilire se il novero di quelle espressamente disciplinate dalla disposizione le esaurisca. Aldilà dell'infelice espressione adottata dalla legge, le misure paiono dover essere proprio e soltanto quelle citate.

Infatti, come ben notato⁵ proprio il fatto che l'art. 7 preveda la conferma e la modifica delle misure da parte del giudice, esclude che quest'ultimo ne possa individuare di ulteriori su richiesta dell'imprenditore, rispetto cioè a quelle (che in tal senso non possono che essere confermate o modificate) già vigenti in base al precedente art. 6.

Passando ora in rassegna le summenzionate misure, e principiando da quella principale consistente nel divieto di iniziare azioni esecutive o cautelari, essa viene a colpire con l'effetto dell'improcedibilità tutte le esecuzioni il cui pignoramento venga notificato successivamente alla data di pubblicazione dell'istanza di cui all'art. 6 sul registro delle imprese. Soltanto con l'archiviazione della composizione, ovvero in ipotesi di mancato rispetto di termini nella procedura di conferma o modifica (in particolare intempestività dell'iscrizione a ruolo del procedimento; mancata fissazione dell'udienza nel termine di dieci giorni; mancata pubblicazione entro trenta giorni dall'iscrizione a ruolo del relativo numero nel registro delle imprese; mancata conferma della misura da parte del giudice) sarà possibile iniziare (o proseguire) un nuovo processo esecutivo⁶.

Quanto alla sospensione, di cui s'è già discusso in ordine alla maggior ampiezza rispetto ai confini indicati dalla direttiva unionale, qui si avrà un temporaneo arresto della procedura. La durata sarà analoga a quella di cui sopra, ma occorrerà una presa d'atto da parte del giudice dell'esecuzione, attraverso un provvedimento ricognitivo ai sensi dell'art. 623 c.p.c., restando dubbio se, non essendo ancora intervenuto lo stesso, in caso di mancata conferma della misura si debba comunque da parte del creditore procedere alla riassunzione essendosi verificata, in *thesi*, un'ipotesi sospensiva con il deposito dell'istanza, o potendosi invece considerati in tal caso caducati tutti i relativi effetti, come appare preferibile ritenere.

Si noti poi che, nell'ipotesi in cui all'esito delle trattative si addivenga al deposito della domanda di concordato semplificato di cui all'art. 18, la misura sarà sostituita da quella prevista dall'art. 168 l.f. per espresso richiamo dell'art. 18, secondo comma, mentre nel caso della stipula dell'accordo di ristrutturazione sovrerà la misura di cui all'art. 182 bis, comma 3, l.f. (ovviamente però solo al momento dei rispettivi depositi).

⁵ L. BACCAGLINI – F. DE SANTIS cit.

⁶ La norma, art. 7, comma 3, parla di “inefficacia” e di “cessazione degli effetti”: ciò verosimilmente comporta che, ove il g.e. abbia già dichiarato l'improcedibilità, in caso di inefficacia della misura si dovrà procedere ad un nuovo pignoramento; diversamente, essendo venuta meno – con efficacia *ex tunc* – l'efficacia della misura, il pignoramento pur successivo dovrebbe conservare la sua validità. Diversamente in caso di archiviazione l'effetto della cessazione della misura dovrebbe essere *ex nunc*. Questa mi sembra possa essere anche la soluzione adottabile in base al nuovo testo dell'art. 55 CCII.

Particolarità della misura, si è detto, rispetto a quelle previste da altri testi normativi, consiste nel fatto che essa può essere concessa su tutti i beni strumentali all'attività aziendale, ivi compresi beni non di proprietà del debitore, ma in locazione, leasing ecc.

Trattandosi di misure che incidono diritti di terzi, è evidente ai sensi dell'art. 7, 4° co., che questi sono tra i destinatari necessari della notifica del decreto di fissazione dell'udienza.

Così come saranno destinatari di tale notifica anche i creditori che concretamente avranno promosso esecuzioni relativamente ai beni dei terzi di cui sopra.

In tal caso l'imprenditore in crisi sarà comunque chiamato a dimostrare la destinazione del bene del terzo all'esercizio dell'impresa, ad esempio in quanto ricompreso in un contratto d'affitto d'azienda. Ovviamente, trattandosi di vincolare beni già sottoposti ad esecuzione, occorrerà dimostrare come la destinazione in parola sia avvenuta con atto avente data certa anteriore al pignoramento.

Il riferimento alle azioni esecutive deve essere inteso come esteso anche alle eccezionali ipotesi di autotutela del credito, in particolare allo *jus vendendi* accordato dalla disciplina del pegno e dagli altri istituti (in particolare art. 2761 c.c.). Tuttavia, poiché l'inibitoria si giustifica con la necessità di utilizzare il bene nell'impresa, e poiché nel caso dell'art. 2761 c.c. il diritto di vendere è collegato con il diritto di ritenzione, per superare il diritto non tanto di vendere quanto di trattenere il bene non potrà che essere superato a mezzo di apposita misura cautelare.

Si è già detto invece della misura consistente nel divieto di acquisizione di diritti di prelazione, con particolare riguardo alla possibilità di derogare al divieto stesso previo accordo tra imprenditore e creditore, il che lascia non poche perplessità circa la posizione degli altri creditori.

Di particolare con riferimento a tale disposizione è da dirsi ancora che anche qui è assicurata una sorta di continuità fra la misura in esame e la disciplina del concordato semplificato, ovementi a tale procedura si voglia addivenire.

Infatti essendo richiamato dall'art. 18, comma 2., l'art. 168 l.f., anche al concordato semplificato si applicherà la disposizione per cui le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori (art. 168, comma 3, ultimo periodo, l.f.), termine del tutto idoneo a "saldare" la misura protettiva di cui all'art. 6 con quella appena citata.

Quanto al divieto di azione cautelare, esso principalmente si riferirà all'ipotesi di sequestri conservativi ma anche giudiziari, nella misura in cui sottraggano la disponibilità del bene all'azienda in crisi. Limite che varrà anche per ulteriori tipologie di provvedimenti cautelari, come nel caso di quelli adottati ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Analoghe le osservazioni che si sono fatte sopra per l'ipotesi in cui titolare di tali beni sia un terzo. In ogni caso è evidente che, qualsiasi sia la controversia nell'ambito o in vista della quale sia richiesta la cautela (premesso che al solito se richiesta in pendenza di procedura si avrà la sua inefficacia ab origine), la sua ininfluenza – e quella della misura – rispetto all'utilizzo del bene da parte dell'impresa determinerà la sua piena ammissibilità e perseguibilità. Così se terzi discutono della titolarità di un bene, senza porre in discussione il titolo (es. locazione) dell'imprenditore in crisi, e quindi senza che le misure cautelari siano atte a sottrargli la disponibilità.

Sempre in tema di provvedimenti cautelari, l'inibitoria riguarderà non solo l'emissione del relativo provvedimento, ma anche (e forse soprattutto) la relativa attuazione ai sensi dell'art. 669-*duodecies*, c.p.c.

Quanto agli effetti della misura sul processo cautelare in corso, ovviamente se *ante causam*, lo stesso dovrà considerarsi sospeso, ma quindi potrà essere riassunto all'esito della procedura di composizione, sempre che non subentrino istituti incompatibili con la misura stessa che dipendano dall'insaturazione di procedimenti concorsuali. Se poi appunto la misura fosse già stata concessa, sarà l'attuazione a non poter essere proposta, ma ciò non toglie l'onere della parte cautelata di introdurre il giudizio di merito, se sussistente, o la produzione dell'effetto di cui all'art. 669-*octies*, comma 6, c.p.c.

Quanto ai rapporti tra il divieto in parola e le misure cautelari richieste in sede fallimentare, cfr. *infra*, sub art. 7.

Qualche perplessità di soluzione suscita peraltro l'ipotesi in cui tanto la cautela quanto il bene oggetto di divieto di esecuzione o prosecuzione d'esecuzione siano come detto di terzi. Perché in questi casi il sopraggiungere di un procedimento concorsuale (accordo di ristrutturazione, concordato o concordato semplificato), se è idoneo come detto a perpetrare l'effetto protettivo ove il bene sia del debitore, a diverse conclusioni dovrebbe giungersi ove si tratti di beni di terzi. Di fatto, dunque, se il bene sarà così indispensabile, occorrerà che l'accordo raggiunto coinvolga anche il terzo, o comunque che le parti abbiano trovato una soluzione alternativa al problema nel corso delle trattative. Se invece queste siano fallite, allora il concordato semplificato o l'accordo di ristrutturazione o uno degli altri strumenti previsti dall'art. 11, comma 3, non potrà che riguardare solo i beni del debitore, e per il resto i beni seguiranno il loro destino.

Certamente innovativa poi la previsione del divieto ai creditori interessati dalle misure protettive (potenzialmente tutti quindi) di rifiutare l'adempimento dei contratti o provocarne la risoluzione per il solo fatto del mancato pagamento. Si tratta all'evidenza di una deroga al principio espresso dall'art. 1460 c.c. (eccezione d'inadempimento), nonché alle ipotesi di risoluzione automatica o di diritto di cui agli artt. 1454 ss c.c. (in quanto tenuto conto delle tempistiche la risoluzione

giudiziale di cui all'art. 1453 c.c. di fatto non entra in gioco, come del resto fa comprendere lo stesso utilizzo del verbo "provocare", che evoca un evento più che una pronuncia costitutiva). Riferendosi la disposizione ai contratti pendenti, dovrebbe anzitutto farsi riferimento al relativo concetto di cui all'art. 169-bis l.f. (contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti)⁷: contratti a prestazioni corrispettive ancora ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti ad una certa data, qui appunto quella della pubblicazione dell'istanza, con la conseguenza che sono esclusi i contratti sinallagmatici già interamente eseguiti da una delle due parti prima della pubblicazione di cui sopra, dove c'è ormai solo spazio alla posizione creditoria da far valere nell'ambito della procedura negoziale o, successivamente, in quella concorsuale se la prima non avrà successo. Né potranno rientrare i rapporti già risolti prima della pubblicazione.

La misura si mostra particolarmente invasiva, se si considera che la stessa, come l'imposizione di tutti i comportamenti positivi a terzi, riveste carattere di fatto definitivo.

Orbene, l'omnicomprensività della misura risulta eccessiva: la restrizione della stessa ai soli rapporti strettamente strumentali alla prosecuzione delle trattative selezionerebbe efficacemente anche i contraenti vincolati da questa nuova misura. In particolare essa parrebbe idonea se relativa a quei contratti aventi ad oggetto forniture la cui interruzione contratti paralizzerebbe l'attività del debitore e quindi compromettendo la gestione corrente dell'azienda. In assonanza peraltro con la nozione di "essenzialità" di cui all'art. 7 della direttiva unionale (che peraltro non esclude la possibilità per il legislatore nazionale di adottare una misura più ampia) e, se si vuole, più prossima alla nozione fatta propria dall'art. 182-quinquies, comma 5, l.f. (non deve sottovalutarsi infatti come gli sbocchi auspicati dall'art. 11 alla trattativa siano in gran parte e nella parte privilegiata destinati alla continuità aziendale, posto che come vedremo il presupposto è la possibilità di risanamento dell'impresa).

Ma appunto la norma è strutturata con un certo automatismo, che collega senz'altro il divieto di rifiuto ai creditori interessati alle misure protettive: come dire, chi è colpito (e di fatto tutti) dal divieto di azione esecutiva, non può rifiutare l'adempimento o provocare la risoluzione, salvo poi la successiva selezione giudiziale.

Ovviamente come precisa la norma il mancato pagamento delle pregresse forniture dev'essere l'unica ragione della risoluzione del contratto o del rifiuto di adempimento: se quindi questo dipende da altri elementi, primo fra tutti l'inadempimento di forniture successive alla pubblicazione dell'istanza o ina-

⁷ Ciò tantopiù ora, in cui le disposizioni entrano a far parte del medesimo codice.

dempienze diverse o non solo consistenti nel mancato pagamento, la misura non opererà. Conclusione particolarmente corroborata dall'osservazione superiormente fatta secondo cui la misura costituisce una deroga alla facoltà di eccezione di inadempimento e di risoluzione di diritto od automatica, dunque come tale di stretta interpretazione.

In argomento va peraltro rimarcato come in effetti, in passato, misure simili erano state in rare occasioni concesse però come aventi natura cautelare, proprio in tema di ordine di esecuzione di un contratto essenziale alla continuità aziendale o comunque di non interrompere le forniture (in misura diversa introdotta in via pretoria dalla giurisprudenza in ambiente concorsuale, Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, 1180).

Si noti poi come la norma vieti la risoluzione o il mancato pagamento solo come iniziativa unilaterale del creditore: se dunque invece ci fosse sul punto l'accordo con l'imprenditore, non sorgerebbe questione. Sennonché anche ciò, come già l'accordo con chi si vuol costituire un diritto di prelazione, appare un po' una soluzione semplicistica se frattanto la trattativa sta coinvolgendo altri soggetti, altri creditori.

Sempre il semplice mancato pagamento non consente, in base al disposto in commento, ai creditori interessati dalle misure, di modificare i contratti in corso o di anticiparne la scadenza. L'anticipo della scadenza di per sé riguarda evidentemente la scadenza del contratto, ipotizzando si tratti appunto di contratti di durata o a prestazioni periodiche, e in fondo si tratta di una disposizione nella stessa logica del divieto del rifiuto di adempiere, in ultima analisi comunque di un'ipotesi di risoluzione anticipata per insolvenza del debitore (il riferimento peraltro potrebbe essere anche all'ipotesi dell'art. 1186 c.c.). Quanto alla modifica del contratto, deve trattarsi di ipotesi di facoltà di modifiche unilaterali, come accade per la normativa dei contratti bancari.

Complesso risulta poi classificare la facoltà dei pagamenti fra le misure protettive.

In effetti per come formulata la disposizione "Non sono inibiti i pagamenti", non sembra che la stessa sia neppur subordinata all'istanza del debitore, ma che si tratti piuttosto di una misura automatica, applicabile anche nelle procedure in cui le misure non siano state richieste. In tal senso appare deporre la stessa regola per cui l'imprenditore, durante le trattative, conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (art. 9, comma primo).

Ma a cosa si riferisce la disposizione?

Intanto essa non può riguardare i pagamenti non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento, perché gli stessi sono disciplinati dal successivo art. 9, 2° c. (che se non li vieta, li sottopone ad un sistema, sia concesso dirlo, inutilmente complicato, di dissuasione che peraltro dovrebbe avere quasi

certamente come esito la richiesta da parte dell'esperto di archiviazione di cui all'art. 5, comma 5).

Ma l'interrogativo di maggior rilevanza è costituito dal fatto se tali pagamenti siano quelli inerenti i debiti pregressi o solo quelli che sorgono con la prosecuzione della gestione.

Orbene che durante la fase delle trattative, così come pure durante la fase anteriore all'ammissione del concordato (cd. concordato con riserva), di cui all'art. 161, l.f., sia possibile continuare a effettuare quei pagamenti che costituiscono normale amministrazione dell'impresa per forniture successive, o per pagamento dei dipendenti (in questo caso esclusi in maniera espressa dalla questione), non è discutibile, risultando invece (almeno in materia concordataria) inibiti i pagamenti dei debiti pregressi, salvo l'ipotesi (sempre discorrendo della fase di riserva del concordato) di cui all'art. 182 *quinquies*, comma 6, l.f.

Se ne dovrebbe dunque ricavare che, non occorrendo un'espressa norma con riguardo ai pagamenti correnti di tal tipo, e muovendosi l'ottica del risanamento in quella della continuità assai più di quanto non accada in un esercizio provvisorio prodromico ad un concordato, oltretutto da parte di un imprenditore *in bonis* e cui viene consentita la piena gestione dell'impresa⁸, la facoltà di pagamento può essere riferibile anche ai debiti pregressi.

Ma proprio il limite ai pagamenti incoerenti sancito dall'art. 9, cui si è fatto cenno, lascia intendere chiaramente come si debba trattare di pagamenti necessari, indispensabili alla sopravvivenza dell'azienda, e dunque assimilabili a quelli disciplinati dal richiamato art. 182-*quinquies*, comma 6, l.f., sganciati peraltro dalle regole formali ivi stabilite (attestazione del professionista e autorizzazione giudiziale).

Non sta a questo punto all'interprete stabilire se sia più semplice lasciare all'iniziativa dell'imprenditore scriminare i pagamenti incoerenti, comunicarli, provocare un'interlocuzione con l'esperto e da qui giungere all'eventuale iscrizione nel registro delle imprese, ulteriormente dovendosi poi distinguere l'iscrizione obbligatoria se il pregiudizio riguardi non le trattative o le prospettive di risanamento ma (anche o solo) i creditori, piuttosto che individuare una categoria di crediti da pagare secondo le caratteristiche indicate dall'art. 182-*quinquies* l.f. e sottoporla all'autorizzazione giudiziale.

Detto questo risulta però poi difficile coordinare la misura con quella precedentemente commentata, per lo meno laddove i creditori che non possono eccepire l'inadempimento o provocare la risoluzione coincideranno (o meglio ricomprenderanno) con le parti di contratti occorrenti alla prosecuzione dell'attività. La

⁸ L. Panzani, Il d.l. Pagni, ovvero la lezione (positiva) del covid", cit.

soluzione è allora che l'imprenditore viene lasciato completamente arbitro della situazione e della scelta degli adempimenti, con il solo vincolo della fattibilità.

Come si è anticipato al paragrafo precedente, tutto il sistema delle misure protettive non riguarda i crediti dei lavoratori, nella nozione ivi chiarita (quindi dipendenti od autonomi – arg. art. 67, comma 3, lett. f), l.f., ispirato ad analoga *ratio* –, inclusi quelli di sub-appaltatori e appaltatori), le relative azioni tanto esecutive quanto cautelari e i relativi pagamenti, che non sono pertanto soggetti a verifica di coerenza con trattative, risanamento e pregiudizio o meno verso gli altri creditori.

Parrebbe estranea alla nozione di misura protettiva, nel senso di misura che sia poi soggetta a modifica da parte del tribunale, ma senz'altro per legge dipendente dalla pubblicazione sul registro dell'istanza per la concessione delle misure medesime, quella che prevede il divieto di pronunciare sentenza di fallimento o di declaratoria di insolvenza a partire dalla data di pubblicazione (appunto) dell'istanza di concessione della misura protettiva, e fino alla conclusione delle trattative.

L'estraneità, peraltro, ad avviso di chi scrive, è solo apparente, perché in realtà nella logica della disposizione anche la misura in parola è soggetta all'istanza (come detto si applica solo se essa vi sia), solo che la stessa avrà ad oggetto altre misure, mentre questa consegue automaticamente.

L'effetto della misura è abbastanza circoscritto: essa non impedisce la presentazione dell'istanza di fallimento, né la prosecuzione della stessa istruttoria pre-fallimentare⁹, ma appunto solo la pronuncia della sentenza, dovendosi anche dubitare che – maturate le condizioni per la stessa – il giudice debba pronunciare un formale provvedimento sospensivo. Dal punto di vista logico, peraltro, poiché a quel punto pendono ancora delle trattative dagli esiti non noti, e potrebbe decorrere ancora un notevole lasso di tempo (le trattative in base all'art. 5 possono protrarsi quasi per un anno), apparirebbe più adeguato adottare un provvedimento che comporti in capo all'istante l'obbligo di riassunzione del processo venuta meno la causa che impedisce la pronuncia del fallimento.

Pare invece possa concludersi nel senso che la misura debba applicarsi anche ove l'istanza di fallimento sia stata proposta da un lavoratore, poiché a diversamente concludere è evidente che a quest'ultimo non solo si conferisce la possibilità di veder soddisfatto il proprio credito agendo in via esecutiva o cautelare, ma addirittura lo si costituirebbe arbitro della prosecuzione o meno delle trattative e quindi della procedura di composizione stessa.

⁹ L. BACCAGLINI – F. DE SANTIS cit., i quali sottolineano piuttosto come la direttiva prevede invece la sospensione del processo.

Pare peraltro non condivisibile la scelta del legislatore di non prevedere la sterilizzazione del periodo entro il quale non può giungersi alla declaratoria di fallimento con riguardo ai termini di cui agli artt. 64, 65 e 67, l.f., come invece era stato previsto con riferimento alle disposizioni relative all'emergenza Covid¹⁰, mancando la possibilità di applicare il principio della consecutio proprio del fallimento conseguente la domanda di concordato.

Non pare invece costituire un problema la sterilizzazione del periodo di cui all'art. 10 l.f., dal momento che come detto ad essere impedita è la pronuncia, non la proposizione dell'istanza.

Ciò detto, che la presente sia una misura particolarmente delicata, anche nella sua struttura è evidente.

Intanto essa non impedisce la pronuncia di provvedimento che respinge l'istanza di fallimento, anzi esso sarebbe utile perché indubbiamente allenterebbe notevolmente la tensione e la pressione. Ma se è così, allora ciò significa che palesemente ove non si proceda a decreto di rigetto, la soluzione è quella del fallimento, e quindi – se ciò accadesse dopo la conferma delle misure (perché se accadesse prima è evidente che quest'ultima non dovrebbe intervenire – il destino della trattativa è segnato, e proprio il provvedimento che dispone a istruttoria esaurita la sospensione o quant'altro, dovrebbe suonare come un campanello inequivoco quantomeno per l'esperto.

D'altronde, la stessa struttura della disposizione sembra quasi che voglia bloccare qualcosa (la sentenza di fallimento) che sia possibile in pendenza delle trattative, ma ciò dovrebbe essere escluso dalla stessa premessa, e cioè dal fatto che non si dovrebbe essere di fronte ad un'impresa irrimediabilmente insolvente.

Probabilmente il legislatore ha qui voluto tener indenne l'impresa da qualsiasi rischio, a fronte di una definizione di pre-crisi o di insolvenza reversibile piuttosto complessa e tutt'altro che certa: ma le osservazioni che precedono credo non possano essere trascurate del tutto¹¹.

3. Concetto e contenuto della misura cautelare

Nell'intento di favorire le trattative il legislatore ha previsto anche la possibilità di misure cautelari.

¹⁰ A. DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021*, cit.

¹¹ Non mi pare che l'aggiunta di cui al nuovo art. 18, comma 4, CCII, in base al quale non si procede alla sentenza di liquidazione giudiziale "salvo che il tribunale disponga la revoca delle misure protettive", risolva granché. Piuttosto tale disposizione sembrerebbe deporre nel senso che il divieto di pronuncia di sentenza di liquidazione giudiziale costituisca non tanto una misura protettiva, quanto piuttosto un effetto automatico dell'istanza di altra misura.

La strutturale difformità tra misure protettive e cautelari, oltre che nell'atipicità delle seconde, consiste nella non automaticità di queste ultime.

Infatti se le prime, come detto sopra, diventano efficaci al momento della pubblicazione della relativa richiesta presso il registro delle imprese, le seconde non possono che dipendere dal provvedimento giudiziale che le dispone in accoglimento della domanda del debitore.

La nozione di misura cautelare in materia concorsuale va fatta risalire al disposto di cui all'art. 15, comma 8, l.f., e risulta poi definita dal CCII all'art. 2, lett. q) come provvedimento emesso "...a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore, che appaia secondo le circostanze più idonea ad assicurare provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza", quindi con una finalità non dissimile da quella del citato art. 15 l.f.¹².

Sempre il Codice della crisi all'art. 54 declina tali misure nell'ambito del procedimento unitario specificando che gli effetti da assicurare provvisoriamente sono quelli della sentenza di apertura della liquidazione o di omologa del concordato o degli accordi.

Chiaramente a fronte di simile finalità, quantomeno nell'ipotesi di fallimento (e di liquidazione giudiziale) gli istanti per le stesse possono essere anche i creditori.

In quest'ottica le misure cautelari di cui all'art. 6 del dl n. 118/2021 sono certamente differenti, perché unico a poterle richiedere è l'imprenditore debitore, essendo esse finalizzate solo alla necessità di condurre a termine le trattative.

Se si tiene però conto dell'ampiezza delle ipotesi delle misure protettive, ivi comprese quelle che hanno ad oggetto il blocco delle azioni esecutive e cautelari aventi ad oggetto beni di terzi, oltre che il divieto di rifiutare l'adempimento di contratti in corso, emerge chiaramente come la portata delle misure cautelari è davvero residuale.

D'altronde nello stesso senso della limitatezza del ricorso alle misure cautelari, depone la stessa incompatibilità dell'unica misura cautelare specificamente indicata dal codice della crisi, e cioè la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, come anche quella (peraltro molto discussa nella sua ammissibilità anche in sede pre-fallimentare) della nomina di un amministratore provvisorio.

Dall'atipicità dovrebbe discendere anche la conseguenza per cui non sarebbe necessario per il debitore indicare con precisione la misura richiesta¹³, sebbene appaia invece più difficoltoso ammetter che ne venga concessa una differente da quella specificamente richiesta.

¹² Su tali misure cfr. P. FARINA, *Misure cautelari ed istruttoria prefallimentare.*, cit.

¹³ Cfr. F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, cit.

In dottrina si è esemplificato come possibile oggetto di misura cautelare sia costituito dal divieto di azioni esecutive sul patrimonio dei soci garanti, o il divieto di escussione dei contratti autonomi di garanzia dipendenti da appalto in corso di esecuzione¹⁴. A tali casi si potrebbe ad esempio aggiungere quello del divieto di segnalazione alla centrale rischi.

Appare peraltro come lo spazio più importante sia dato dall'incisione sui contratti in corso, ed in particolare come la misura più importante possa essere costituita dalla sospensione di contratti pendenti che risultassero non funzionali al risanamento, o la cui esecuzione fosse anche d'impaccio alle trattative.

In effetti tale misura è prevista in procedimenti, come quello che porta all'ammissione del concordato, nei quali sussiste la disciplina specifica di cui all'art. 169-*bis* l.f., qui però non applicabile, pur come detto potendosi plausibilmente presentarsi analoga necessità.

Necessità che anzi vi potrebbe essere anche al fine di instaurare una trattativa sul tema di cui all'art. 10, comma 2, (rideterminazione secondo buona fede del contenuto di contratti ad esecuzione differita o continuata e periodica, divenuti eccessivamente onerosi a seguito della pandemia; si tratta di una terza ipotesi di intervento giudiziale eventuale in questa fase). In tal caso la misura dovrebbe peraltro essere di carattere strettamente provvisorio, poiché destinata ad essere sostituita, anche qui per il periodo strettamente necessario ad assicurare la continuità aziendale, da un provvedimento del giudice ove non si raggiunga un accordo. In altre parole, in tal caso la misura cautelare peraltro sarebbe quindi strumentale ad evitare che il lasso temporale della specifica trattativa e del procedimento per giungersi alla rideterminazione giudiziale delle condizioni contrattuali.

Altro aspetto problematico che suscitano i provvedimenti cautelari è quello della loro strumentalità. Infatti in dottrina¹⁵ ci si è domandato come individuare la domanda di merito cui sarebbe strumentale il provvedimento cautelare.

Per vero la risposta è semplice nell'ipotesi di processi instaurati (istruttoria prefallimentare, concordato preventivo), ma nella specie si è in un incidente giurisdizionale nell'ambito di una procedura stragiudiziale, i cui esiti auspicati sono di natura negoziale. La problematica potrebbe essere di poco conto ove la controparte fosse costituita semplicemente da creditori, rispetto ai quali i possibili esiti (positivi o negativi) delle trattative risolverebbero in un modo o nell'altro la questione, tramite l'accordo oppure l'apertura della procedura concorsuale. Ma per i terzi la questione è differente, poiché anche la sopraggiunta cessazione degli effetti a seguito dell'esito delle trattative non risolverebbe nulla in ordine

¹⁴ Ancora F. PLATANIA, cit.

¹⁵ L. BACCAGLINI – F. DE SANTIS cit.

alla necessità di accertamento del diritto in base al quale la misura venne applicata, con la conseguenza che ben difficilmente si potrebbe prescindere dall'applicabilità dell'art. 669-*octies* cpc. (e tuttavia gli effetti stabili del provvedimento cautelare non potranno in ogni caso andare oltre il limite temporale sancito dall'art. 5, comma 7 e 8). Va peraltro segnalato che, proprio per risolvere siffatta problematica, il nuovo art. 19, comma 7, CCII (nella versione conseguente all'adeguamento alla direttiva "Insolvency"), prevede espressamente l'inapplicabilità degli artt. 669-*octies*, 1°, 2° e 3° comma, e 669-*novies*, 1° e 2° comma, cpc.

4. Presupposti applicativi

È evidente, alla luce di quanto detto in precedenza, come lo stesso esperto abbia uno spazio di verifica circa la sussistenza dei requisiti per giungere all'apertura delle trattative e quindi del procedimento di composizione negoziata, sebbene l'art. 5, comma 5, sembri confinare tale valutazione (che come ricordato se negativa porta alla richiesta di archiviazione al segretario generale della Camera di Commercio) alla mera sussistenza di prospettive di risanamento.

Tuttavia, in tali prospettive si racchiude il cuore stesso del presupposto per l'accesso al procedimento, e quindi per potersi giungere agli esiti possibili, compresi quelli speciali che si possono avere in caso di fallimento delle trattative (artt. 11, comma 3 e 18).

Infatti sebbene l'art. 2 del decreto faccia riferimento alle imprese che si trovino in situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, aggiunge una prognosi di probabile crisi o insolvenza, ma comunque subordina l'accesso al fatto che risulti "*ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*".

Ciò significa che per accedere, e dunque per ottenere le misure che ne occupano, occorre comunque una prospettiva di risanamento ragionevolmente perseguibile, il che significa che la situazione di crisi od al limite (ed eccezionalmente) di insolvenza, devono essere caratterizzate dalla reversibilità.

Orbene seppure il controllo di tali presupposti paia affidato solo alla verifica dell'esperto, ed in seconda battuta a quella del segretario generale della Camera di Commercio, è abbastanza facile prevedere come in realtà nella stragrande maggioranza dei casi le procedure di composizione negoziata passeranno attraverso una richiesta di conferma o modifica delle misure protettive.

In effetti è ben difficile ipotizzare che senza il blocco delle azioni esecutive, senza almeno alcune delle misure protettive che si sono passate in rassegna, probabilmente in non pochi casi senza la sospensione dei contratti pendenti (o di alcuni dei contratti pendenti), si possa giungere ad un esito positivo delle trattative ed in ultima analisi a qualche possibilità di risanamento aziendale.

Ma se è così, allora la verifica dei presupposti per la composizione negoziale, che sono fatalmente anche quelli per la conferma delle misure protettive, e ovviamente anche per la concessione delle misure cautelari eventualmente richieste, passerà anche attraverso il controllo giudiziale.

Sarà dunque in prima battuta proprio attraverso il giudizio di conferma (o modifica) delle misure che l'autorità giudiziaria dovrà verificare che colui il quale accede alla composizione negoziata sia un imprenditore la cui crisi sia ragionevolmente (quindi probabilmente) risanabile.

Prospettiva di risanamento che, identificabile (semplificando) nel rinnovamento del *management*, nella presenza di prospettive di mercato frutto di attenta analisi e nella sussistenza di finanza nuova (eventualmente anche impiegata per l'investimento produttivo), sarà dunque oggetto di specifica prova da parte dell'imprenditore istante nell'ambito del procedimento di modifica o conferma delle misure protettive o di concessione di quelle cautelari. Prova che poi sarà particolarmente rigorosa in presenza di una situazione di insolvenza, per la quale andranno provate le concrete e specifiche cause per le quali si ritiene anche qui la reversibilità.

Ove tale prospettiva non si appalesi raggiungibile, appare evidente che qualsiasi misura non potrà che essere rigettata, ed a quel punto il destino delle trattative dovrebbe essere segnato, anzi ancor prima l'esperto che non se ne fosse avveduto in prima persona ai sensi dell'art. 5, comma 5, dovrebbe prendere atto del giudizio negativo da parte del tribunale e richiedere prontamente l'archiviazione.

Per concludere sul punto deve ritenersi che mentre il segretario della camera di commercio si limiterà ad un controllo meramente formale, relativo alla presenza della documentazione di cui all'art. 5 e al deposito nella piattaforma telematica dell'istanza e della dichiarazione circa l'esistenza di procedimenti esecutivi e ricorsi *ex art. 15 l.f.*, all'opposto il tribunale opererà una valutazione in concreto, comprensiva di una delibazione circa la possibilità di successo delle trattative¹⁶ e ancor prima appunto circa la sussistenza di una situazione di reversibilità della crisi, ovvero di probabilità di risanamento.

Orbene non risulta così immediato comprendere cosa si debba intendere per "risanamento ragionevolmente perseguibile". Certamente con ciò non può non alludersi ad una concreta ed elevata probabilità, sulla base di criteri oggettivi, di recupero, in termini di potere l'imprenditore evitare l'insolvenza definitiva.

Circa allora il riferimento espresso alla situazione d'insolvenza, essa è dunque quella temporanea, che vede comunque una prospettiva risolutiva da eventi oggettivi quanto, di norma, del tutto particolari (una insperata eredità, la con-

¹⁶ Ancora L. BACCAGLINI – F. DE SANTIS cit.

clusione di un accordo di fornitura estremamente vantaggioso tale da sanare la situazione).

Da ciò emerge che quando l'imprenditore si trovi nella situazione statica e definitiva caratterizzata dalla non regolarità degli adempimenti e dall'esteriorizzazione ricavabile dai fatti sintomatici di cui all'art. 5 l.f., non può accedere alle misure e ancor prima alla composizione negoziata.

5. Imprese "sotto-soglia"

L'art. 17 disciplina la composizione negoziale nel caso di imprese "sotto-soglia"¹⁷. Dal punto di vista soggettivo la disposizione è rivolta ad una platea tutt'altro che coincidente con gli imprenditori assoggettabili alle procedure da sovraindebitamento di cui alla l. n. 3/2012.

Intanto la disposizione non si applica, com'è evidente, al consumatore (o meglio al soggetto la cui insolvenza sia caratterizzata dall'inadempimento di obbligazioni non inerenti l'attività imprenditoriale o professionale), ma neanche ai professionisti, nonché alle imprese cancellate anche da meno di un anno dal registro delle imprese, che infatti non possono accedere alla piattaforma telematica¹⁸.

Dopodiché la norma è chiara nel distinguere ai fini della legge in commento l'imprenditore agricolo a seconda che anch'esso sia sopra o "sotto-soglia" (a differenza dunque di quanto prevede sia la legge fallimentare che la l. n. 3/2012), riservando la disciplina dell'art. 17 solo al secondo.

Infine la norma non ha riguardo per le imprese c.d. *start-up*, escluse invece dalla fallibilità dalla legge istitutiva, per le quali dunque occorrerà ai fini del d.l. n. 118/21 aver riguardo esclusivamente ai parametri di cui all'art. 1 l.f.

Ai fini che ci occupano peraltro assume rilevanza il fatto che l'art. 17 cit. stabilisce come applicabili alle imprese sottosoglia, fra gli altri, gli artt. 6 e 7 del decreto¹⁹. Con ciò si avrà un'importante novità in tema di imprese "sotto-soglia", alle quali fin qui era possibile applicare misure protettive solo al momento dell'apertura del procedimento di accordo di composizione (art. 10, comma 2, lett. c), l. n. 3/2012) e addirittura dell'omologazione del piano del consumatore (art. 12-ter, comma 2, l. cit.). E fra l'altro l'estensione delle due disposizioni significa altresì la possibilità, sempre per le imprese "sotto-soglia", di ottenere misure cautelari, non previste dalla disciplina della l. n. 3/2012.

¹⁷ Nel nuovo testo del CCII la norma è l'art. 25-*quater*

¹⁸ A. MANCINI, Le imprese sotto-soglia nel d.l. 118/2021, cit.

¹⁹ Nel nuovo testo del CCII si tratta dell'art. 25-*quater*, comma 7

Le misure protettive specificate dall'art. 6 paiono in gran parte compatibili con l'impresa "sotto-soglia", ma non quella prevista al comma 4, cioè il divieto di emissione della sentenza di fallimento, visto che appunto tali imprese non vi sono assoggettabili.

Non è peraltro una dimenticanza del legislatore il non aver previsto l'esclusione della possibilità di aprire la liquidazione ai sensi dell'art. 14-*ter* della l. n. 3/2012, perché la liquidazione del patrimonio (a differenza di quella controllata prevista dal codice della crisi) può essere proposta solo dal debitore²⁰.

Da precisare poi che, tenuto conto degli esiti possibili in caso di soluzione idonea, quindi esito positivo delle trattative, ed in particolare del fatto che le trattative possano contemplare come soluzione non solo (tra gli altri) l'accordo di cui all'art. 7 della l. n. 3/2012, ma anche la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 14-*ter* stessa legge e lo stesso concordato semplificato di cui all'art. 18 del decreto, le misure potrebbero e dovrebbero essere ragguagliate a tali ipotesi.

Quanto al raccordo fra le misure concesse in sede di composizione negoziata dal Tribunale, ove la soluzione idonea fosse rappresentata dal concordato semplificato si applicherà l'art. 168 l.f. come per le imprese sopra-soglia, mentre ove si ricorrerà all'accordo di composizione è evidente che si verificherà uno iato temporale ben più notevole (nel caso del concordato semplificato esso potrebbe essere anzi annullato se la domanda venisse depositata prima della formale chiusura delle trattative), e cioè dal momento della conclusione delle trattative, in cui le misure protettive cesseranno i loro effetti, alla pubblicazione del decreto di cui all'art. 10 della l. n. 3/2012, che conterrà la misura dell'*automatic stay* ivi sancita.

Nell'ipotesi poi in cui la scelta ricada sulla liquidazione del patrimonio, anche qui la misura dell'*automatic stay* non potrà scattare se non con il decreto di apertura, che verosimilmente interverrà ben dopo la cessazione di efficacia delle misure protettive di cui all'art. 7 del d.l. n. 118/21.

In tutti i casi le misure cautelari cesseranno di avere efficacia.

Le cose ai fini di cui sopra non cambiano molto neppure nel caso in cui le trattative dovessero fallire, posto che per tale ipotesi l'art. 17, 6° c. prevede come alternative possibili l'applicazione delle procedure di sovraindebitamento di cui alla l. n. 3/2012, pertanto ancora una volta l'accordo di cui all'art. 7 e la liquidazione di cui all'art. 14-*ter* di tale legge.

²⁰ A diverse conclusioni quindi deve giungersi rispetto al silenzio serbato dal legislatore della modifica del CCII

Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi

Sommario: 1. Profili introduttivi – 2. Le ragioni della scelta di un procedimento unico, destinato ad ospitare la conferma (o revoca) delle misure protettive e la concessione di provvedimenti cautelari – 3. Le ipotesi di inefficacia delle misure protettive, per le quali non è prevista la fissazione di un'udienza – 4. La questione del contraddittorio – 5. L'udienza e l'istruttoria.

1. Profili introduttivi

Con il decreto legge 24 agosto 2021 n. 118, convertito con legge 21 ottobre 2021 n. 147¹, il sistema della regolazione della crisi e dell'insolvenza si è arricchito di un nuovo istituto: la composizione negoziata della crisi.

Può considerarsi un dato certo e condiviso che non si tratti di una procedura concorsuale che si aggiunge a quelle già esistenti. Piuttosto, si è in presenza di un percorso negoziale, che il debitore sceglie di intraprendere, di un ambiente protetto – come è stato definito² – volto a comprendere se vi sia spazio per un

¹ I richiami normativi, che si leggono nel testo e nelle note, sono da intendersi riferiti al decreto legge convertito. Il contributo tiene conto anche delle novità introdotte dal decreto legislativo approvato dal Consiglio dei Ministri il 15 giugno 2022 (d'ora in poi, per comodità, decreto Insolvency) che modifica il Codice della crisi (nel testo che si legge nel d.lgs. 14/2019, a sua volta inciso dal decreto 147/2022), la cui entrata in vigore è prevista il 16 luglio 2022. Il provvedimento, lungi dal costituire un correttivo del Codice della crisi, mira soltanto a recepire la Direttiva (UE) 1023/2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, il cui termine di attuazione, per l'Italia, coincide con il 17 luglio 2022.

² 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*, in *Diritto della crisi, speciale riforma 2021*, 7, i quali – a dimostrazione dell'impossibilità di ricondurre la composizione negoziata della crisi ad una procedura concorsuale – evidenziano l'assenza di uno spossessamento, anche solo in forma attenuata, in capo al debitore, che resta libero di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (arg. ex art. 9 d.l.); la mancanza di un organo della procedura (curatore o commissario

accordo tra imprenditore e creditori (tutti o alcuni) che permetta di uscire da una situazione di crisi o di insolvenza reversibile, oppure per accedere, in modo più consapevole ad una procedura concorsuale³.

La composizione negoziata è un percorso che – almeno sulla carta – può svolgersi senza l'intervento di un giudice, previsto solo in occasioni specifiche, eventuali (ed in ogni caso predefinite): si tratta di quelle ipotesi in cui vengono in gioco istituti propri delle procedure concorsuali, come le misure protettive (art. 6-7 d.l.); la prededuzione (art. 10, comma 1° lett. a), b), c) d.l.); la cessione dell'azienda con esclusione dell'accollo cumulativo dei debiti pregressi per il cessionario (art. 10, comma 1°, lett. d), d.l.): istituti, questi, destinati per l'appunto ad operare solo previa pronuncia del giudice, sollecitato da una domanda dell'imprenditore⁴.

giudiziale); l'assenza di un ordine di distribuzione e, soprattutto, di un obbligo di coinvolgere tutti i creditori. Al contrario, si è scritto, la selettività rappresenta una delle caratteristiche che connotano la composizione negoziata della crisi. Un profilo, questo della selettività, destinato ad incidere anche sulla portata delle misure protettive (v. *infra* nel testo).

³ In questo senso, oltre al contributo citato nella nota precedente, si v. senza pretesa di esaustività, M. MONTANARI, Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni, in www.ilcaso.it, 24 dicembre 2021, 1; S. AMBROSINI, La «miniriforma» del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato, in *Dir. fall.* 2021, I, 919 ss.; F. LAMANNA, Composizione negoziata e nuove misure per la crisi di impresa, Milano 2022, 26; R. GUIDOTTI, La crisi di impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato, in www.ilcaso.it, 8 settembre 2021, 2; L. Panzani, Il d.l. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del covid, in www.dirittodellacrisi.it, 3; A. CARRATTA, Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi, in www.ilcaso.it, 18 maggio 2022. Per una riflessione sulle modifiche alla composizione negoziata (di portata talvolta anche solo ricognitiva) intervenute per effetto del decreto Insolvency, L. PANZANI, La composizione negoziata dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2022, in www.dirittodellacrisi.it, 19 aprile 2022.

⁴ L'elenco riportato nel testo si completa con la previsione dell'art. 10, comma 2°, d.l., secondo cui il debitore può chiedere l'intervento del giudice, qualora sia fallito il tentativo negoziale di rideterminare con la controparte il contenuto dei contratti a prestazione continuata o continuativa, ovvero differita, qualora la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia SARS-CoV-2. Il giudice è chiamato ad incidere sul contenuto del contratto, rideterminandone equamente le condizioni, sia pur per un periodo limitato, e, analogamente a quanto accade in sede di concordato preventivo, potrà stabilire a favore della controparte dell'imprenditore un equo indennizzo. Sulle ragioni della scelta di attribuire un potere di rinegoziazione in capo al giudice nei limiti tracciati dalla norma, e sui motivi che hanno indotto a preferire questa forma di intervento alla pronuncia di un provvedimento cautelare innominato, *ex art.* 700 c.p.c., si v. I. PAGNI, M. FABIANI, La transizione dal codice della crisi, cit., 14.

Merita segnalare che, nel decreto Insolvency, il potere giudiziale di rinegoziare un contratto di durata scompare. L'art. 22 c.c.i.i. (nella versione che si legge in quel decreto e che riproduce in buona

La prima delle parentesi giurisdizionali, che possono aprirsi durante la composizione negoziata, ospita il procedimento volto alla conferma, revoca o modifica delle misure protettive e alla pronuncia dei provvedimenti cautelari: se ne occupa l'art. 7 d.l.

La *ratio* dell'introduzione delle misure protettive nella composizione negoziata è facilmente intuibile: il legislatore è consapevole che, pur non essendosi in presenza di una procedura concorsuale, lo svolgimento sereno delle trattative tra imprenditore e creditori ed un confronto ad armi pari possono garantirsi solo attraverso la previsione di misure di carattere provvisorio e temporaneo, capaci di proteggere il patrimonio dell'impresa⁵. Ad esempio, inibendo qualsiasi (o qualche) iniziativa esecutiva o cautelare da parte dei creditori; impedendo a costoro di ricorrere agli strumenti dell'autotutela negoziale; vietando l'acquisizione di cause legittime di prelazione; inibendo la pronuncia dichiarativa di fallimento.

Di qui, l'idea di importare un istituto (quello delle misure protettive) già noto nel contesto delle procedure concorsuali di regolazione della crisi, come il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione. Il richiamo è all'art. 168 l.fall. e all'art. 182-*bis* commi 3° e 6°, l. fall. (un domani, art. 54, comma 2°, c.c.i.i. come

parte il contenuto dell'art. 10, comma 2° d.l.) continua a prevedere che l'esperto possa invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto. Tuttavia, da un lato, la causa della eccessiva onerosità o dello squilibrio cessa di essere soltanto la pandemia: l'art. 22 c.c.i.i., infatti, adotta una clausola molto più ampia, là dove si richiama genericamente a "circostanze sopravvenute". Dall'altro lato, però, la nuova norma del Codice si limita a stabilire che le parti sono tenute a collaborare tra loro per rideterminare il contenuto del contratto o adeguare le prestazioni al mutamento delle circostanze, senza più legittimare l'intervento del giudice sul contenuto del contratto. Allo stato, comunque, non si registrano pronunce che abbiano fatto applicazione dell'art. 10, comma 2. d.l.

Per un'analisi delle parentesi giurisdizionali, diverse da quella che riguarda la sorte delle misure protettive e la concessione di quelle cautelari, si rinvia a R. BROGI, Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali, in *Il fall.*, 2021, 1549 ss.; G. D'ATTORRE, Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata, in www.dirittodellacrisi.it, 5 novembre 2021, 1 ss.; L. DE SIMONE, Le autorizzazioni giudiziali, in *Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa*, cit., 68 ss.; G. LENER, Appunti sull'autonomia privata e sulla rinegoziazione nel d.l. 118/21, *ivi*, 170 ss.; M. Spiotta, (Imprenditore) inadimplenti (ma anche viable) est adimplendum?, in www.dirittodellacrisi.it, 12 novembre 2021.

⁵ Sotto questo profilo, dunque, il d.l. n. 118/2021 riprende l'idea fatta propria dal Codice della crisi (nella originaria versione che si legge nel d.lgs. 14/2019: art. 20) rispetto alla composizione assistita. Istituto, quest'ultimo, destinato a non vedere mai la luce perché sostituito, appunto, dalla composizione negoziata. Un'indagine compiuta delle singole misure protettive destinate ad operare nella composizione negoziata della crisi si legge nel contributo di A. CRIVELLI, Misure protettive e cautelari: l'art. 6 del d.l. 24 agosto 2021, convertito con L. n. 147/2021, pubblicato in questo volume.

modificato dal decreto *Insolvency*), ai quali l'art. 6 d.l. si ispira nell'elencare le misure protettive che possono operare nell'ambito della composizione negoziata della crisi⁶.

In comune con le previsioni contenute nella legge fallimentare, v'è anche la scelta di ancorare il *dies a quo* dell'efficacia delle misure protettive al momento iniziale del percorso di composizione negoziata, purché – giova chiarirlo – il debitore intenda avvalersene: l'effetto protettivo del patrimonio non è automatico (come prevede invece l'art. 168 l. fall., per il concordato preventivo), ma è subordinato ad una specifica domanda dell'imprenditore e condizionato ad una conferma da parte del giudice, come imporrà il c.c.i.i. per le procedure concorsuali di regolazione della crisi (artt. 54-55 c.c.i.i.)⁷.

Il debitore potrà scegliere di avvalersi delle misure protettive già al momento del deposito dell'istanza di nomina dell'esperto⁸, con decorrenza d'effetto a partire dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese⁹.

⁶ Sulla tassatività delle misure protettive di cui all'art. 6 d.l., si v. subito oltre nel testo.

⁷ Sul regime dettato dal Codice della crisi quanto alle misure protettive e cautelari, si v. M. FABIANI, Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi, in questa Rivista 2019, 849 ss.; I. PAGNI, Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza, in *Le società* 2019, 438; G. BOZZA, Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza, in www.ilcaso.it, 18 luglio 2021; S. LEUZZI, Cautela e protezione dell'impresa nelle procedure concorsuali, in www.ilcaso.it, 11 maggio 2019.

⁸ Ma anche dopo, come precisa in esordio l'art. 6, comma 1° d.l., che legittima la proposizione di un'istanza successiva, presentata con le modalità indicate dall'art. 5, comma 1°.

⁹ È questo un profilo che è bene rimarcare, perché nessun intervento del Tribunale può essere immaginato se prima la composizione negoziata della crisi non sia stata aperta. In questo senso, condivisibilmente, Trib. Palermo, 26 novembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it che ha dichiarato il fallimento di una società, escludendo ogni rilievo alla circostanza che la fallenda avesse depositato istanza di nomina dell'esperto, ritenendo che, ai fini della preclusione prevista dall'art. 6 d.l., fosse necessaria la pubblicazione dell'accettazione dell'esperto. Va da sé che questo adempimento condiziona anche l'intervento del Tribunale, quand'esso è chiamato a rilasciare le autorizzazioni di cui all'art. 10 d.l. (mi riferisco alla verifica dei presupposti per attribuire ad un finanziamento il crisma della prededucibilità ovvero per consentire il trasferimento di un'azienda o di un ramo ad un cessionario, sollevando quest'ultimo dall'accollo cumulativo dei crediti pregressi).

È l'accettazione dell'esperto che rende pendente il percorso, non già la semplice istanza di nomina, depositata dall'imprenditore ai sensi dell'art. 2, che si rivolga nell'immediato al Tribunale. Per queste ragioni, non appare condivisibile la scelta compiuta da Trib. Treviso, 22 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it, con nota di A. DENTAMARO, Composizione negoziata della crisi, mancata nomina dell'esperto e autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 10 d.l. 118/2021, che invece ha autorizzato alla prededucibilità un finanziamento prima ancora che la Camera di commercio avesse provveduto a nominare l'esperto.

Quella compiuta dal legislatore è sicuramente una scelta coraggiosa, perché la limitazione dei poteri dei creditori, sul piano processuale ma anche sostanziale, è ancorata esclusivamente alla volontà dell'imprenditore, la quale non solo si esprime in un contesto che non è quello di una procedura concorsuale ma oltretutto, in prima battuta, si manifesta ad un organo non giurisdizionale: l'istanza di applicazione delle misure protettive va infatti depositata, insieme a quella di nomina dell'esperto, presso la Camera di Commercio (art. 6, comma 1°, d.l.). Il controllo giudiziale è peraltro quasi immediato, dal momento che l'imprenditore, per continuare a giovare della protezione del patrimonio che già opera, deve depositare presso il tribunale competente un ricorso volto alla conferma, revoca o modifica delle misure protettive, lo stesso giorno in cui esse prendono effetto (art. 7, comma 1°, d.l.).

In questo senso, si è scritto in dottrina che le misure protettive hanno un'efficacia immediata ma provvisoria. Esse sono destinate a venire meno se il giudice non le dovesse confermare all'esito del procedimento tracciato dall'art. 7, che poi è lo stesso deputato ad ospitare la cognizione e la decisione sulle eventuali istanze dell'imprenditore volte ad ottenere, ove occorra, anche l'adozione di provvedimenti cautelari necessari a condurre a termine le trattative¹⁰.

2. Le ragioni della scelta di un procedimento unico, destinato ad ospitare la conferma (o revoca) delle misure protettive e la concessione di provvedimenti cautelari

Le riflessioni che seguono sono dedicate proprio all'analisi di quel procedimento. Nel ripercorrerne la scansione temporale, puntualmente scolpita dall'art. 7, mi soffermerò su quei profili che hanno costituito oggetto di dibattito tra gli interpreti all'indomani della entrata in vigore del decreto legge e sui quali la giurisprudenza ha già avuto, in parte, occasione di esprimersi.

Mi riferisco in particolare:

- I) ai casi in cui il procedimento è destinato a chiudersi senza la fissazione di un'udienza da parte del giudice;
- II) all'individuazione dei soggetti con i quali il contraddittorio va instaurato e ai quali, dunque, devono notificarsi il ricorso presentato dall'imprenditore e il decreto di fissazione dell'udienza;

¹⁰ A. CARRATTA, Misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi, cit., 3; si v. se si vuole, L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, in Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa, in Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa, in Diritto della crisi, speciale riforma, cit., 59 ss.

III) al ruolo assunto dal giudice nella fase istruttoria e al rapporto tra le misure protettive *ex art.* 6 d.l. e quelle cautelari, eventualmente già concesse in sede di istruttoria prefallimentare (art. 15, comma 8°, l. fall.).

Prima di entrare nel merito dei singoli temi, si rende opportuna una riflessione quanto alla scelta compiuta dal d.l. di immaginare un contesto processuale unitario, nel quale trovano albergo – lo si è accennato – sia la conferma di misure protettive già operanti sia la decisione in ordine alle misure cautelari che il debitore richiede. L'opzione legislativa non è casuale e permette di intravedere quale sia il ruolo che il giudice svolge nell'ambito del procedimento tracciato dall'art. 7.

Mi spiego: con l'entrata in vigore del d.l., si è subito posta la questione se le misure protettive indicate dall'art. 6 dovessero considerarsi tipiche ovvero se l'imprenditore, nel formularne istanza di applicazione, potesse individuarne altre, di nuove.

La risposta che i più hanno dato (e che, a mio parere, va condivisa) privilegia il primo capo dell'alternativa: le misure protettive che trovano spazio nella composizione negoziata della crisi sono solo quelle indicate dall'art. 6 d.l.¹¹. La ragione si rinviene nell'art. 7, che riconosce all'imprenditore – qualora l'esigenza di protezione del patrimonio dell'impresa, in pendenza della composizione negoziata della crisi, non sia sufficientemente garantita dalle misure protettive – di domandare i provvedimenti cautelari, che egli ritenga opportuni per condurre a termine le trattative¹². Il che, da un lato, spiega la loro portata residuale e, al con-

¹¹ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., 10; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., 3; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., 59; A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, in (diretto da) M. IRRERA, A. CERRATO, *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Torino, 2022, 360; F. LAMANNA, *Composizione negoziata*, cit., 25; contra, 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; S. LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema del d.l. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in www.dirittodellacrisi.it, 5 agosto 2021, 5.

¹² L'iniziativa spetta ovviamente solo al debitore: è escluso che la domanda cautelare possa essere avanzata dall'esperto (Trib. Pescara, 9 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it); così come è inammissibile la richiesta dell'imprenditore di domandare un provvedimento cautelare il cui contenuto sia individuato dall'esperto (Trib. Milano, 24 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it).

Proprio perché, nella composizione negoziata, i provvedimenti cautelari sono strumentali al buon esito delle trattative, il giudice che accolga l'istanza presentata dal debitore non dovrà affatto preoccuparsi di fissare un termine perentorio per l'instaurazione di un giudizio di merito, come prescrive invece l'art. 669-*octies*, comma 1°, c.p.c. quando è pronunciata un'ordinanza cautelare ante causam (I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., 11).

tempo, il loro contenuto atipico, e, dall'altro lato, giustifica perché, diversamente da quanto accade in sede di istruttoria prefallimentare, dove sono i creditori a domandare la concessione di provvedimenti cautelari a protezione del patrimonio dell'impresa, qui la richiesta provenga dallo stesso imprenditore¹³.

L'art. 7 d.l. non lo precisa ma è evidente che la situazione è analoga – mutato quel che c'è da mutare – a quella che si verifica, in sede di istruttoria prefallimentare, quando il creditore, domanda ed ottiene un provvedimento cautelare *ex art.* 15, comma 8°, l. fall. Anche in questo caso non v'è alcun giudizio di merito da instaurare. La norma appena richiamata dispone che quei provvedimenti perdono di effetto quando il procedimento prodromico si chiude, quale che sia il suo esito: se verrà dichiarato il fallimento, gli effetti di quei provvedimenti saranno assorbiti dalla relativa pronuncia di apertura; se invece il tribunale dovesse rigettare l'istanza di apertura del procedimento, il provvedimento cautelare verrà revocato. Quanto alla composizione negoziata, l'art. 5, comma 8°, d.l., prevede che il giudice che abbia concesso misure protettive e cautelari, ne dichiari cessati gli effetti, una volta che l'esperto avrà terminato l'incarico (quale che sia l'esito delle trattative), e sarà stata inserita la relazione finale nell'apposita piattaforma.

A fugare ogni dubbio circa l'assenza di un onere di instaurare la causa di merito, quando vengono concesse misure cautelari, interviene comunque l'art. 19, comma 7° (nel testo modificato dal decreto Insolvency), che esclude espressamente l'applicazione dell'art. 669-*octies*, comma 1°, 2°, 3° e l'art. 669-*novies*, comma 1°, c.p.c.

¹³ Trattandosi pur sempre di misure dal carattere provvisorio, gli effetti da esse prodotti non potranno essere irreversibili, né potranno sovrapporsi agli effetti che sono una decisione di merito può garantire (i.e., l'effetto di accertamento e quello propriamente costitutivo *ex art.* 2908 c.c.). Se sono da escludersi provvedimenti cautelari che dispongano la risoluzione di un contratto, mi pare debbano considerarsi ammissibili misure cautelari che dispongano la sospensione temporanea degli effetti di un contratto (in questo senso anche F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, cit., 10; 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; contrario alla concessione di provvedimenti cautelari che costringano il creditore ad un *facere*, F. DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Il fall.* 2021, 1540; in arg., più di recente, anche G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al d.l. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, spec. 298 ss.). In giurisprudenza, cfr. Trib. Milano, 19 febbraio 2022, in *Dejure*, che ha correttamente rigettato la domanda cautelare con la quale l'imprenditore chiedeva al giudice di revocare in via provvisoria gli effetti del recesso, da un contratto di apertura di credito, esercitato dalla banca, prima dell'istanza di nomina dell'esperto. Rispetto ai possibili contenuti che la misura cautelare può assumere, giova rammentare che la misura protettiva individuata dall'art. 6, comma 5°, d.l. che inibisce al creditore il ricorso agli strumenti dell'autotutela negoziale opera *se*, e nella misura in cui, al creditore interessato sia inibito anche nell'esercizio dei propri poteri processuali, sul piano cautelare o esecutivo. Stando all'esordio di quella previsione, infatti, «i creditori interessati dalle misure protettive non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento del contratto pendenti o provocarne la risoluzione, ovvero anticiparne la scadenza». Da ciò sembra dunque legittimo dedurre che, se si tratta di impedire l'esercizio di quei poteri ad un soggetto che non è interessato dalla misura protettiva, può soccorrere l'istanza per la concessione di un provvedimento cautelare, dallo stesso contenuto tracciato dall'art. 6, comma 5°.

Queste, dunque, le ragioni che hanno indotto a prevedere un contesto processuale unitario, in cui vagliare la conferma delle misure protettive già operanti insieme alla richiesta di misure cautelari¹⁴: il giudice concederà queste ultime, solo se l'esigenza di proteggere il patrimonio dell'impresa non sia sufficientemente assicurata dall'operare delle misure protettive. Si tratta di una valutazione che il tribunale può compiere consapevolmente solo decidendo contestualmente della sorte delle une e delle altre.

Nell'optare per un unico procedimento, il legislatore tiene conto delle peculiarità che distinguono le misure protettive da quelle cautelari (*in primis*, la decorrenza degli effetti: immediata, per le prime; subordinata, come il c.p.c. prevede, alla pronuncia del giudice, quanto alle seconde). Anche questo aspetto, a mio avviso, dà ragione del perché l'art. 7, ultimo comma, d.l. rinvia alle norme sul procedimento cautelare uniforme, in quanto compatibili¹⁵.

3. Le ipotesi di inefficacia delle misure protettive, per le quali non è prevista la fissazione di un'udienza

Vengo al primo dei profili sopra menzionati, oggetto di dibattito tra gli interpreti: l'individuazione dei casi in cui il procedimento si chiude con un rigetto dell'istanza di conferma delle misure protettive, senza che il giudice provveda alla fissazione di un'udienza. Se ne occupa l'art. 7, comma 3°, d.l.

¹⁴ Contra A. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, cit., 361 secondo cui sarebbe inopportuno se non addirittura lesivo dei canoni costituzionali del giusto processo sottrarre i procedimenti cautelari al loro normale corso. Per la verità, l'obiezione non appare decisiva, non solo perché il percorso disegnato dall'art. 7 d.l. non sembra privare le parti della garanzia del contraddittorio, che si ritrova nel procedimento cautelare uniforme, ma anche (e proprio) perché è lo stesso art. 7 a rinviare agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c., applicabili in quanto compatibili.

¹⁵ Oltre al reclamo, *ex art. 669-terdecies* c.p.c., che è espressamente richiamato dall'art. 7, trovano applicazione l'art. 669-*undecies* c.p.c., che legittima l'imposizione di una cauzione, e l'art. 669-*duodecies* c.p.c. sull'attuazione delle misure cautelari. È ovviamente da escludere l'applicazione degli artt. 669-*octies* e 669-*novies* c.p.c., per le ragioni addotte retro, nt. 12. Nel contesto della composizione negoziata della crisi, altre sono le cause che importano l'inefficacia di quei provvedimenti: il fatto che sia esaurita la loro durata (preventivamente stabilita od eventualmente prorogata dal giudice: commi 5 e 6, art. 7, in ogni caso non superiore ai 240 giorni); il fatto che esse vengano revocate, al ricorrere dei presupposti indicati dall'art. 7, comma 6°, il fatto che la composizione negoziata si chiuda, quale che sia il suo esito (art. 5, comma 8° e art. 9, comma 5°, d.l.).

La sequenza processuale che l'art. 7 minuziosamente descrive si apre con la proposizione di un ricorso al tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l. fall., chiamato a decidere in composizione monocratica¹⁶.

Il *petitum* di quella domanda coinciderà necessariamente con la conferma degli effetti delle misure protettive (*in thesi* già efficaci), solo eventualmente con la richiesta di misure cautelari, motivata dalla dimostrazione di *fumus boni iuris* e *periculum in mora*.

Si è poco sopra rimarcata l'immediatezza delle misure protettive: l'imprenditore può dichiarare di avvalersene fin dall'istanza di nomina dell'esperto; esse, però, prenderanno effetto dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto. Momento, questo, che segna l'apertura del percorso di composizione negoziata della crisi, cui occorre guardare per verificare la tempestività del deposito del ricorso al giudice, contenente l'istanza di conferma.

L'art. 7, comma 1°, d.l. è chiaro nel prescrivere che il debitore debba provvedervi lo stesso giorno in cui c'è stata la pubblicazione dell'accettazione dell'esperto. In questo senso, in dottrina si è osservato che l'efficacia delle misure

¹⁶ La scelta di radicare la competenza presso il Tribunale del luogo della sede principale dell'impresa appare sicuramente più opportuna di quella compiuta dal Codice della crisi (art. 20 c.c.i.i., nel testo che si legge nel d.lgs. 14/2019) che, nel disciplinare la composizione assistita della crisi, individuava il giudice competente alla conferma delle misure protettive nella sezione specializzata in materia di imprese. La soluzione prevista nel 2019 era stata, a mio avviso condivisibilmente, criticata sia per la limitata diffusione nel territorio nazionale delle sezioni specializzate sia per le inevitabili difficoltà di coordinamento tra sezione specializzata e giudice competente *ex art. 27 c.c.i.i.*, qualora l'esito di una composizione assistita fosse stato l'apertura di una procedura concorsuale. A. CARRATTA, La composizione assistita della crisi e le misure di protezione «anticipate» nel codice della crisi e dell'insolvenza, in *Dir. fall.* 2020, 275.

Per contro, l'idea fatta propria dal d.l. 118/2021 di impiegare gli stessi criteri che operano quando si tratta di aprire una procedura concorsuale appare opportuna se si considera che uno degli esiti possibili della composizione negoziata può essere costituito dall'apertura di una procedura concorsuale (con finalità compositiva o liquidatoria), destinata dunque a svolgersi dinnanzi allo stesso ufficio giudiziario. La soluzione trova conferma oggi nell'art. 22 c.c.i.i. (nel testo che si legge nel decreto Insolvency), perché si individua la competenza in capo al giudice del luogo in cui si trova il centro degli interessi principali del debitore, in conformità a quanto prevede l'art. 27 c.c.i.i. per tutte le procedure concorsuali.

Sotto altro profilo, giova osservare che il richiamo all'art. 9 l. fall. esclude che competa al giudice, dinnanzi al quale pende un'esecuzione forzata contro l'imprenditore, la conferma dell'improcedibilità temporanea del processo (Trib. Salerno, 4 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it), fermo restando il fatto che la misura deve considerarsi efficace fin dal momento in cui l'accettazione dell'esperto è stata pubblicata nel registro delle imprese; R. D'ALONZO, I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze, in www.dirittodellacrisi.it, 11 gennaio 2022, 7.

protettive può considerarsi sottoposta ad una duplice condizione¹⁷: una di tipo sospensivo, legata cioè alla pubblicazione presso il registro delle imprese dell'accettazione dell'esperto; l'altra di tipo risolutivo, che coincide con la proposizione tempestiva della domanda giudiziale volta alla conferma delle misure protettive, vale a dire con il deposito del ricorso presso la cancelleria del giudice competente lo stesso giorno in cui la nomina dell'esperto viene pubblicata nel registro delle imprese.

Ma non solo: la legge impone che, entro 30 giorni dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, sia pubblicato anche il numero di ruolo generale del procedimento instaurato.

Il mancato rispetto di questi adempimenti è causa di improcedibilità del ricorso¹⁸. Lo prevede l'art. 7, comma 3°, d.l. nella parte in cui stabilisce che l'omesso o il ritardato deposito del ricorso importa l'inefficacia delle misure protettive che il giudice può dichiarare, senza necessità di fissare udienza¹⁹.

Si tratterà, ovviamente, di una declaratoria di improcedibilità parziale qualora il ricorso depositato presso il tribunale abbia quale *petitum* oltre che la conferma delle misure protettive anche la concessione di misure cautelari: il procedimento in questo caso dovrà proseguire (e il giudice sarà tenuto a fissare un'udienza) per le sole cognizione e istruzione sulle istanze cautelari²⁰.

L'ipotesi sopra richiamata non è peraltro l'unica nella quale il giudice può revocare l'efficacia delle misure protettive, senza la necessità di fissare un'udienza. L'ultima parte dell'art. 7, comma 3°, d.l. stabilisce che «gli effetti protettivi prodotti ai sensi dell'art. 6, comma 1°, cessano altresì se, nel termine di cui al primo periodo, il giudice non provvede a fissare udienza».

¹⁷ M. MONTANARI, Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa, cit., 5-6 testo e nt. 9.

¹⁸ Per un'applicazione dell'art. 7, comma 3°, in caso di ritardato deposito del ricorso presso la cancelleria del giudice, Trib. Catanzaro, 22 aprile 2022, in www.ilcaso.it; Trib. Trani, 21 marzo 2022, in www.dirittodellacrisi.it. M. FERRO, La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d.l. n. 118/2021, in *Il fall.*, 2021, 1581.

¹⁹ Invero, coglie nel segno chi osserva come il mancato deposito del ricorso per la conferma delle misure protettive impedisca al giudice (proprio perché non adito) di dichiarare l'inefficacia delle misure protettive già operanti (F. LAMANNA, *Composizione negoziata*, cit., 79). In questi casi, in assenza di un deposito del ricorso ex art. 7 d.l. e della (successiva) pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento, dovrebbe essere la stessa Camera di commercio a provvedere d'ufficio alla cancellazione della stessa istanza di applicazione delle misure protettive.

²⁰ M. MONTANARI, Il procedimento relativo alle misure protettive, cit., 8, testo e nt. 18; G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, cit., 11.

Volendo individuare quando ciò possa accadere, osservo come l'art. 7, comma 2°, d.l. oneri l'imprenditore di depositare insieme al ricorso una serie di documenti, quali: i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IIVA degli ultimi tre periodi di imposta; una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso; 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; un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare; una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata; l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'articolo 3, commi 6°, 7° e 8°, d.l. con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

L'art. 7, comma 2°, d.l. non prevede espressamente una sanzione per il caso in cui il ricorso non sia accompagnato da una produzione documentale. A me pare, peraltro, che anche l'omessa o insufficiente documentazione possa condurre ad una declaratoria di inefficacia delle misure protettive, senza che il giudice sia tenuto a fissare un'udienza. I documenti che la norma elenca sono finalizzati a mettere il tribunale nella condizione di stabilire se le misure protettive di cui il debitore si sia avvalso siano funzionali al buon esito delle trattative, senza comportare eccessivo sacrificio per i creditori e i terzi. Tuttavia, non vedo come il giudice possa essere in grado di vagliare la fondatezza di quella domanda senza un piano finanziario o senza una situazione patrimoniale finanziaria o senza la dichiarazione prevista dalla lett. e) dell'art. 7, comma 2°, d.l.

Per queste ragioni, è mia convinzione che la mancata produzione di tali documenti possa comportare il rigetto dell'istanza di conferma delle misure protettive, senza necessità di instaurare il contraddittorio con i soggetti interessati²¹.

Peraltro, dal momento che il provvedimento con cui viene fissata l'udienza va pronunciato nei 10 giorni successivi al deposito del ricorso, nulla vieta che il giudice, con decreto, possa assegnare al debitore un termine, all'interno di quell'arco temporale, per integrare la produzione documentale richiesta (un po' come accade – mutato quel che c'è da mutare – nell'ambito del concordato preventivo, *ex art. 162 l. fall.*, ma anche nel procedimento per ingiunzione, *ex art. 640 c.p.c.*)²². Se, nonostante la sollecitazione da parte del giudice, la docu-

²¹ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, Misure protettive e provvedimenti cautelari, cit., 61.

²² In questo senso, Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it, con nota parzialmente

mentazione non risultasse completa, il giudice potrà evitare la fissazione di un'udienza, come più in generale dispone l'art. 7, comma 3°, caducando l'efficacia delle misure protettive²³.

V'è poi – sempre a mio parere – un altro caso in cui le misure protettive sono destinate a perdere di effetto, senza che il giudice fissi l'udienza. In forza dell'art. 23, comma 2°, d.l. l'accesso alla composizione negoziata della crisi è precluso all'imprenditore nei cui confronti sia aperta una procedura di concordato preventivo ovvero un giudizio volto alla omologazione di un accordo di ristrutturazione. In presenza di una siffatta situazione, a ben vedere, già la commissione nominata dalla Camera di Commercio dovrebbe rigettare l'istanza di nomina dell'esperto, dando così significato all'art. 5, comma 3°, lett. d) che richiede all'imprenditore di depositare, insieme all'istanza di nomina dell'esperto, una dichiarazione in cui il primo attesti di non aver depositato ricorsi per l'accesso al concordato preventivo o per l'omologa di accordi di ristrutturazione²⁴. Se, però, l'esperto dovesse essere nominato e accettare l'incarico, l'eventuale ricorso depositato dall'imprenditore, per la conferma delle misure protettive, dovrà essere dichiarato inammissibile. Ancora una volta, senza la necessità per il giudice di fissare l'udienza, giusta la previsione dell'art. 23, comma 2°, d.l.

La questione si è già affacciata in giurisprudenza, sebbene, nel caso di specie, quel che risultava controverso era se il concordato preventivo dovesse considerarsi ancora pendente. L'imprenditore, infatti, si era limitato a depositare una dichiarazione di rinuncia al concordato senza attendere la dichiarazione di improcedibilità del concordato da parte del giudice. Il tribunale, adito per la conferma delle misure protettive, ha rigettato l'istanza, evocando un precedente di legittimità che esige la formale adozione di un provvedimento di improcedibilità per considerare chiusa la procedura di concordato²⁵. E ciò, anche al fine di evita-

adesiva di F. DE SANTIS, Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi; Trib. Milano, 28 dicembre 2021, in *Dejure*; Trib. Avellino, 27 gennaio 2022, *ivi*; v. anche Trib. Milano, 17 gennaio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Milano, 28 gennaio 2022, in *Dejure*.

²³ Contra, A. TEDOLDI, Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi, *cit.*, 372.

²⁴ M. Montanari, I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali, in *Le nuove misure di composizione della crisi di impresa*, *cit.*, 99, cui adde R. GUIDOTTI, La crisi di impresa nell'era Draghi, *cit.*, 9.

²⁵ Come ha concluso Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, *cit.* che in motivazione si richiama a Cass. 7 dicembre 2020, n. 27939. In arg., A. CRIVELLI, La rinuncia alla domanda di concordato: procedimento e provvedimenti conseguenti, nota a Trib. Perugia, 21 dicembre 2018, in *Il fall.* 2019, 1386 ss.

re un ricorso abusivo al percorso di composizione assistita²⁶. Sotto questo profilo, va rammentata la novità introdotta dall'art. 25 quinquies c.c.i.i. (nel testo modificato dal decreto *Insolvency*), il cui comma 2° stabilisce che l'istanza di nomina dell'esperto è inammissibile se l'imprenditore abbia rinunciato alla domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi nei quattro mesi precedenti. Si vuole evitare, insomma, un uso strumentale ed abusivo della composizione negoziata al solo fine di continuare a godere della protezione del patrimonio (la cui durata, in ogni caso, non potrà superare i dodici mesi, non appena il c.c.i.i. entrerà in vigore: art. 8).

Rispetto all'art. 7, comma 3°, d.l. sovviene poi un'altra osservazione: nello stabilire che le misure protettive perdono di effetto se il giudice non fissa l'udienza nel termine indicato, la norma non prevede espressamente che il giudice si pronunci con apposito provvedimento. Credo, peraltro, sia da escludere che la *voluntas legis* fosse quella di legittimare un silenzio-rigetto da parte del giudice: un'ipotesi, questa, che oltre a non trovare cittadinanza nel sistema collide oltretutto con la garanzia costituzionale della motivazione dei provvedimenti²⁷. Al contrario (e da questo punto di vista condivido il *modus operandi* della prima giurisprudenza che si è espressa sul punto) è mia convinzione che il giudice sia comunque tenuto a pronunciarsi con un decreto di inammissibilità del ricorso, reclamabile *ex art. 669 terdecies*, come prevede l'ultimo comma dell'art. 7 d.l.²⁸.

²⁶ Profilo, quello dell'abuso, sul quale fa perno il pensiero di F. DE SANTIS, Istanza di conferma delle misure protettive, cit., 11 il quale, se da un lato riconosce che la semplice dichiarazione di rinuncia al concordato possa legittimare l'imprenditore ad accedere alla composizione negoziata, dall'altro lato ammette che il giudice, adito per la conferma delle misure protettive, potrebbe rigettare l'istanza del debitore, ritenendo che la mera rinuncia alla procedura concorsuale sia sintomo della volontà di abuso del percorso negoziale intrapreso.

²⁷ F. PLATANIA, Composizione negoziata: misure protettive, cit., 7; L. PANZANI, La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice, in Diritto della crisi, speciale riforma, cit., 101.

²⁸ Nel senso indicato nel testo, L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, Misure protettive e provvedimenti cautelari, cit., 61; F. PLATANIA, ult. op. loc. cit.; per una diversa ricostruzione del problema, M. MONTANARI, Il procedimento relativo alle misure protettive, cit., 16-17, secondo il quale se si volesse assecondare una interpretazione letterale della norma – immaginando dunque che il giudice possa non pronunciare alcun provvedimento nel termine di 10 giorni – e salvaguardare al contempo la costituzionalità di quella previsione, si dovrebbe legittimare il debitore a proporre reclamo *ex art. 669-terdecies* c.p.c., non già con finalità impugnatorie di un provvedimento che non c'è, quanto piuttosto al fine di provocare l'esercizio da parte del collegio di un potere surrogatorio, dunque per domandare la pronuncia di un provvedimento che formalmente dichiara inefficaci le misure protettive già operanti.

4. La questione del contraddittorio

Al di fuori delle ipotesi descritte, il giudice è sempre chiamato a fissare l'udienza per la conferma, la revoca o la modifica delle misure protettive, ovvero per la concessione delle misure cautelari.

Il termine indicato dall'art. 7, comma 3°, d.l. è legato al deposito del decreto per la fissazione dell'udienza; per contro l'art. 7 non specifica entro quando l'udienza va celebrata. Tuttavia, trattandosi di stabilire la sorte di misure che comprimono i diritti dei creditori, già efficaci, è evidente che l'udienza dovrà svolgersi a stretto giro, onde vagliare se si tratti davvero di misure necessarie ad assicurare lo svolgimento delle trattative. Qui, proprio in forza del rinvio contenuto nell'ultimo comma dell'art. 7 d.l. alle norme del procedimento cautelare uniforme, potrebbe invocarsi in via analogica la previsione contenuta nell'art. 669 *sexies*, comma 2°, c.p.c.²⁹.

Ed entro *in medias res* quanto al secondo dei problemi che mi sono proposta di esaminare: l'individuazione dei soggetti chiamati a contraddire in udienza. Il comma 3° dell'art. 7 si occupa solo delle modalità di notifica del ricorso presentato dal debitore e del decreto di fissazione dell'udienza, stabilendo che il giudice provveda a stabilire le forme di notificazione che egli ritenga più opportune, in forza dell'art. 151 c.p.c. I primi commenti – ma anche la giurisprudenza – hanno espresso preferenza per l'impiego dello strumento telematico, prescrivendo l'invio del ricorso e del decreto alla casella di posta elettronica certificata ovvero, qualora questa non sia conosciuta, ad un indirizzo di posta elettronica che permetta di verificarne la titolarità della singola casella³⁰. Conclusione, questa, corretta e in parte indotta anche dallo stesso art. 7, là dove – nel prescrivere al debitore il deposito dell'elenco dei primi dieci creditori per ammontare delle rispettive spettanze – richiede di indicare anche il loro indirizzo pec.

Al di là delle possibili modalità di notifica, l'art. 7, comma 3°, d.l. non precisa altro, mentre il comma 4°, nel descrivere ciò che il giudice dovrà compiere all'udienza, prescrive che siano sentite le *parti* e precisa che, quando le misure protettive o quelle cautelari riguardano soggetti terzi, anche questi debbano essere sentiti.

Fermi i destinatari della misura cautelare³¹, si è posta la questione chi siano le altre controparti del debitore nel procedimento *ex art.* 7 d.l., dal momento che

²⁹ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, Misure protettive e provvedimenti cautelari, cit., 62.

³⁰ Tra i tanti, Trib. Roma (decreto), 3 dicembre 2021, in www.ilcaso.it. V. anche Trib. Milano, 28 gennaio 2022, in *Dejure*, che ha imposto anche il ricorso alle forme ordinarie *ex art.* 137 c.p.c., in alternativa alle modalità di notifica tramite invio all'indirizzo di posta elettronica certificata o non certificata (ma di titolarità verificata o verificabile).

³¹ È evidente che in questi casi si tratta di soggetti predeterminati, che possono essere creditori ma anche terzi, dal momento che le esigenze di protezione del patrimonio possono riguardare anche beni che non appartengono al creditore ma sui quali viene comunque esercitata l'attività di impresa.

le misure protettive – quanto meno in astratto – sono destinate ad operare *in incertam personam*, poiché possono colpire la generalità di tutti i creditori.

Le risposte che gli interpreti hanno tentato di dare sono state diverse. C'è chi ha fatto riferimento a tutti i creditori che avessero già intrapreso un'esecuzione forzata nei confronti del debitore³²; c'è chi ha ampliato la platea anche a coloro che, pur in possesso di un titolo esecutivo, avessero anche solo minacciato l'inizio di un'esecuzione forzata mediante la notifica del precetto³³; chi ha menzionato anche i creditori che avessero depositato istanza per la dichiarazione di fallimento³⁴; chi invece ha valorizzato il richiamo all'elenco dei primi dieci creditori, per ammontare della debenza, individuando anche in costoro i legittimi contraddittori nel procedimento *ex art.* 7³⁵.

Non è mancato chi, valorizzando quale termine di paragone il procedimento per la conferma delle misure protettive disciplinato dall'art. 55 c.c.i.i., ha ritenuto che nel procedimento *ex art.* 7 d.l. non sussistano contraddittori necessari, ad eccezione dei primi dieci creditori per ammontare, eletti – si è scritto – a rappresentanti istituzionali della categoria³⁶.

A me pare che la risposta al problema passi attraverso l'individuazione del *petitum* della domanda di conferma depositata dall'imprenditore. In altri termini, è necessario individuare, caso per caso, quali sono le misure protettive di cui l'imprenditore abbia inteso avvalersi e delle quali chiede conferma al giudice. Il carattere selettivo della composizione negoziata emerge anche rispetto alla protezione del patrimonio. L'imprenditore è libero di avvalersi o non avvalersi delle misure indicate nell'art. 6 d.l., può scegliere quali misure protettive invocare, indicando, ad esempio, quali azioni esecutive o cautelari inibire: tutte o solo alcune; quelle già promosse o quelle non ancora iniziate, in ragione dei creditori concretamente invitati al tavolo delle trattative o dei beni che siano già stati pignorati e che risultano funzionali alla continuazione dell'impresa³⁷.

³² F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, cit., 7.

³³ G. COSTANTINO, *Le «misure cautelari e protettive»*, cit., 10.

³⁴ F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari*, loc. cit. Sul punto, peraltro, va detto che l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento è misura che non richiede alcuna conferma da parte del giudice, in seno al procedimento *ex art.* 7. Il che, dunque, non credo renda indefetibile, a pena di reclamo *ex art.* 669-terdecies c.p.c., instaurare il contraddittorio con il creditore che abbia formulato istanza per la dichiarazione di fallimento. Così, Trib. Roma, 3 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it.

³⁵ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari*, cit., 61.

³⁶ M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., 11-12.

³⁷ Un profilo, quello della selettività soggettiva delle misure protettive, che viene rimarcato dall'art. 18 c.c.i.i. (nel testo modificato dal decreto Insolvency), là dove si discorre espressamente di creditori interessati (enfasi aggiunta).

Resta inteso che nulla vieta all'imprenditore la conferma di applicazione di misure protettive verso la generalità dei creditori³⁸.

Sotto questo profilo, non mi pare condivisibile la conclusione cui è giunta una parte della giurisprudenza, la quale, proprio muovendo dal fatto che la composizione negoziata non costituisce una procedura concorsuale, ha ritenuto inammissibile la domanda di conferma dello stay esecutivo e cautelare nei confronti dell'intero ceto creditorio³⁹. Si è scritto che la conferma di un'inibitoria esecutiva generalizzata finirebbe "per abrogare *de facto* l'art. 161, comma 6 [l. fall.], per il tramite di un uso generalizzato, alternativo, e senza il corredo del controllo del commissario giudiziale, che nella composizione negoziata manca"⁴⁰.

Il rilievo a mio avviso non coglie nel segno, perché mostra di confondere due piani. Una cosa, infatti, è l'ammissibilità della richiesta di una conferma dello *stay erga omnes* (esito che l'art. 7 d.l. 118 non esclude affatto); altra cosa è la fondatezza della domanda (vale a dire: la verifica della strumentalità di quella misura al buon esito delle trattative, senza arrecare eccessivo pregiudizio ai creditori. Esito che il giudice potrebbe escludere nel caso concreto)⁴¹.

È in base alla scelta compiuta che vanno individuati i soggetti chiamati a contraddire all'udienza (contando oltretutto sul fatto che si tratta di quei creditori ai quali può essere inibita anche l'autotutela negoziale, in forza della misura protettiva di cui all'art. 6, comma 4°, d.l.). Sul punto, conviene precisare che se la misura protettiva abbia per oggetto la sospensione di una procedura esecutiva già pendente, sarà onere del debitore instaurare il contraddittorio con tutti i creditori, parti di quell'esecuzione, tanto il procedente quanto gli intervenuti⁴². È vero che destinatari dell'inibitoria all'esercizio dell'azione esecutiva sono i creditori, ma è altrettanto vero che il fine della protezione del patrimonio è rendere temporaneamente improcedibile l'esecuzione.

L'art. 7, comma 4°, ultimo periodo, chiarisce comunque che le misure protettive possono essere circoscritte a «determinate iniziative intraprese dai creditori» ovvero «a determinate categorie di creditori», lasciando intendere che il ricorso depositato dal debitore possa essere modificato. Sarà dunque possibile che, ad

³⁸ Trib. Pescara, 9 maggio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Milano, 8 marzo 2022, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 27 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Padova, 25 febbraio 2022, *ivi*; Trib. Firenze, 29 dicembre 2021, *ivi*.

³⁹ Trib. Roma, 3 febbraio 2022 *cit.*; Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, in www.dirittodellacrisi.it.

⁴⁰ Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, *cit.*

⁴¹ Nel senso indicato nel testo, Trib. Milano, 27 febbraio 2022, *cit.*

⁴² In questo senso, v. Trib. Bergamo, 19 gennaio 2022, in www.dirittodellacrisi.it; Trib. Torino, 23 febbraio 2022, www.ilcaso.it.

una iniziale protezione *erga omnes* del patrimonio, segua la conferma di misure protettive selezionate.

Resta inteso che, qualora la richiesta di avvalersi delle misure protettive sia diretta alla generalità dei creditori, all'intera compagine creditizia dovrà notificarsi il ricorso e il decreto di fissazione d'udienza. Il giudice, qualora all'udienza si avveda che il contraddittorio non è stato correttamente instaurato con il destinatario del provvedimento cautelare richiesta, o della misura protettiva già effettiva, il giudice potrà disporre un breve rinvio, per consentire al creditore di costituirsi, previa ricezione della notifica del ricorso e del decreto. Nulla vieta, in ogni caso, all'interessato di costituirsi spontaneamente in udienza, se abbia appreso *aliunde* della pendenza del giudizio, complice la pubblicazione del numero di ruolo del procedimento, nel registro delle imprese (art. 7, comma 1°, D.L.).

Va da sé che le misure protettive, quando richieste *erga omnes*, saranno confermate solo nei confronti di coloro con i quali il contraddittorio sia stato instaurato; rispetto agli altri, pur colpiti *ab origine* dalle misura ma non destinatari della notifica del ricorso, la protezione del patrimonio cesserà di operare (sì che, ad esempio, l'esecuzione forzata, sospesa a far data dalla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese, potrà riprendere il suo corso da quando l'ordinanza *ex art. 7 d.l.* sia stata pronunciata⁴³). Resta impregiudicata la facoltà per il creditore destinatario di una misura protettiva di reclamare il provvedimento ai sensi dell'art. 669-*terdecies* c.p.c., se confermata dal giudice senza preventivo contraddittorio nei suoi confronti⁴⁴.

Così ricostruito il problema dell'individuazione dei destinatari del ricorso e del decreto di fissazione d'udienza, va stabilito quale sia il significato da attribuire alla indicazione, che il debitore dovrà rendere, circa l'esistenza dei dieci creditori maggiori per consistenza, in base all'art. 5, comma 3°, lett. c), specie se costoro non sono destinatari di alcuna misura protettiva o cautelare richiesta. Il fatto che la legge imponga al debitore l'indicazione dei loro indirizzi di posta elettronica lascia presumere che il giudice possa assumere sommarie informazioni dagli stessi, qualora non fossero destinatari di alcuna misura protettiva o cautelare⁴⁵.

All'indomani della pubblicazione del d.l. 118/2021, gli interpreti si sono interrogati sulle ragioni del mancato richiamo del pubblico ministero nel testo di legge. Il p.m. non è mai menzionato in alcuno degli incidenti giurisdizionali che il percorso traccia.

⁴³ Trib. Milano, 24 febbraio 2022, in www.ilcaso.it.

⁴⁴ L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, Misure protettive e provvedimenti cautelari, cit., 62; cui adde in giurisprudenza, Trib. Milano, 24 febbraio 2022, cit.

⁴⁵ I. PAGNI, M. FABIANI, La transizione dal codice della crisi, cit., 11.

V'è chi ha ritenuto in dottrina che il pubblico ministero, qualora abbia depositato istanza *ex art. 7 l. fall.*, debba essere parte del procedimento di conferma o revoca delle misure protettive. Di là da questa ipotesi, che peraltro non trova d'accordo tutti gli interpreti, credo che il p.m. non debba partecipare al procedimento. Né – si è scritto – l'assenza del richiamo del p.m. appare il frutto di una dimenticanza del legislatore. Piuttosto, si è condivisibilmente osservato come sia questa una scelta consapevole compiuta dal legislatore, che muove dall'idea che qui non si è all'interno di una procedura concorsuale, ma di un percorso negoziale⁴⁶.

Né il ruolo del pubblico ministero finisce in questo modo per essere depotenziato, ben potendo in ogni caso ricevere *notitia decotionis* dell'imprenditore, da parte del giudice della composizione negoziata. Se è vero, infatti, che l'imprenditore non subisce alcuno spossessamento, nemmeno attenuato, durante il percorso, è altrettanto vero che l'esperto, sebbene privo di poteri direttivi o di controllo sull'operato del debitore in pendenza delle trattative, va comunque informato dal debitore, quando costui intenda compiere atti di straordinaria amministrazione ovvero pagamenti non coerenti con lo svolgimento delle stesse o idonei a creare un pregiudizio in capo al ceto creditorio (art. 9, comma 4°, d.l.). Se il debitore li compie comunque, l'esperto è obbligato ad iscrivere il dissenso nel registro delle imprese e – per quanto qui maggiormente rileva – a segnalarlo al giudice, qualora siano state confermate misure protettive o siano state concesse misure cautelari, perché esse vengano revocate. Sarà proprio in questa circostanza che il giudice, adito *ex art. 9, comma 5°, d.l.*, segnalerà al pubblico ministero l'eventuale insolvenza del debitore⁴⁷.

5. L'udienza e l'istruttoria

Vengo all'udienza e al tipo di istruttoria che il giudice è chiamato a compiere, con l'ausilio di un consulente nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. È anche dal richiamo a questa figura che si coglie qual è il ruolo che il giudice riveste in questa parentesi giurisdizionale.

⁴⁶ A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, in www.dirittodellacrisi.it, 22 dicembre 2022, 2; M. FABIANI, *Postilla ad Alberto Jorio*, *ivi*, 1.

In questo senso, dunque, va letto l'art. 12, comma 3° c.c.i.i. (nel testo modificato dal decreto *Insolvency*) là dove si legge che alla composizione negoziata non si applica l'art. 38, norma che nel Codice si occupa della legittimazione del p.m. e dei suoi poteri di iniziativa e intervento nelle procedure concorsuali.

⁴⁷ A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, *cit.*, 3; M. FERRO, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale*, *cit.*, 1586.

Si è scritto che, nel momento in cui è chiamato a confermare o meno le misure protettive, o a rilasciare le misure cautelari richieste dal debitore, il ruolo del tribunale si rivela centrale, perché il giudice è chiamato ad operare un bilanciamento tra gli interessi del debitore e le aspettative dei creditori: «un ruolo nevralgico, di grande responsabilità, che impone probabilmente una professionalità del tutto nuova, perché ciò che si richiede al giudice è di cogliere le dinamiche dell'impresa da una prospettiva diversa, per 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»⁴⁸. A questo, serve, l'ausiliario nominato *ex art. 68 c.p.c.* – che necessariamente dovrà essere un soggetto diverso dall'esperto – e che sarà chiamato a verificare le potenzialità ma anche le criticità dell'impresa (dunque, verosimilmente un'aziendalista).

Non meno centrale, poi, è il ruolo che l'esperto svolge in udienza.

I primi provvedimenti hanno saputo sapientemente valorizzare l'art. 7 nella parte in cui dispone che l'esperto debba essere sentito. La sua audizione, in sede di conferma delle misure protettive non mira tanto (o soltanto) a conoscere lo stato delle trattative, che si trovano ad uno stadio iniziale, quanto piuttosto a riferire dell'esito del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento; della redazione di un piano di risanamento dell'impresa (e, un domani del progetto di piano di risanamento, che l'art. 19, comma 2°, c.c.i.i. individua tra i documenti che l'imprenditore dovrà depositare insieme al ricorso per la conferma della protezione del patrimonio); dell'eventuale interlocuzione con gli organi di controllo dell'impresa, anche al fine di verificare se possa considerarsi veritiero e completo il quadro rappresentato dall'imprenditore.

A tal fine, utili indicazioni provengono dal decreto dirigenziale del 28 settembre che al punto 6.1 precisa che, nel caso di misure a protezione del patrimonio debbano considerarsi anche: i) le disponibilità finanziarie e copertura del fabbisogno finanziario occorrente per l'esecuzione dei pagamenti dovuti; ii) le conseguenze delle misure protettive sugli approvvigionamenti e rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna; iii) nel caso di estensione delle misure protettive alle esposizioni bancarie, il rischio della loro riclassificazione a 'crediti deteriorati' con conseguenze sulla nuova concessione di credito e con particolare riferimento all'estratto della centrale rischi prodotto.

È dunque anche (e soprattutto) grazie all'audizione dell'esperto che il giudice sarà in grado di cogliere se le misure protettive già operanti meritino conferma, perché funzionali allo svolgimento di una trattativa seria. Esemplicando: è

⁴⁸ I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata*, cit., 10.

verosimile pensare che il giudice confermi l'inibitoria di un'esecuzione pendente, se il pignoramento cada su un bene funzionale all'attività di impresa, o su una somma pignorata presso un terzo, se si dimostra la necessità di disperdere liquidità⁴⁹. Per la stessa ragione, potrebbe essere confermata l'inibitoria all'acquisto di diritto di prelazione non concordati con l'imprenditore: si vuole evitare che un asset aziendale, sia gravato da un'ipoteca quando quel bene lo si vuol cedere a un terzo, disposto a proseguire l'attività di impresa.

Ma non solo: nel confermare le misure protettive, e nel prevederne la durata, il giudice dovrà tenere conto del possibile pregiudizio che esse possono cagionare alla posizione dei creditori. Di qui, dunque, la centralità del contraddittorio con i soggetti concretamente interessati dalle misure protettive.

La questione che si pone riguarda, però, il tipo di pregiudizio che a tal fine risulta rilevante al fine di non confermare le misure protettive.

Mi pare che un'indicazione preziosa provenga dalla lettura dell'art. 7, comma 6°, d.l. La norma – invero pensata per la revoca di misure protettive già confermate o per la loro modifica – aggancia il relativo provvedimento del giudice, reso su istanza dell'imprenditore o di uno o più creditori, alla ricorrenza di un duplice presupposto: l'incapacità delle misure protettive di assicurare il buon esito delle trattative ovvero, in alternativa, il fatto che esse appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori.

È stato condivisibilmente osservato che questi due presupposti, come legittimano la caducazione di misure già efficaci, possano invocarsi anche per negare in radice la loro conferma⁵⁰. Così, esemplificando, potrà essere revocata (ovvero non confermata) l'inibitoria di un'esecuzione forzata se il creditore precedente dimostri che nel tempo della sospensione, il bene pignorato – su cui il creditore stesso abbia iscritto ipoteca – rischia di deprezzarsi eccessivamente

⁴⁹ Sul punto, però, è necessario intendersi, perché lo stay – quand'anche confermato dal giudice *ex art. 7 d.l.* – determina sul processo esecutivo in corso solo un effetto di improcedibilità temporanea. Il giudice dell'esecuzione, infatti, dovrà pronunciare un provvedimento *ex art. 623 c.p.c.*, con cui si limita a prendere atto che l'esecuzione non può proseguire, senza peraltro che ne siano travolti gli effetti del pignoramento (similmente a quanto accade oggi, in sede di concordato preventivo, per effetto dell'operare dell'art. 168 l.fall.). Ciò significa che le somme che sia state pignorate presso il terzo continuano ad essere indisponibili per il debitore pignorato. Trib. Milano, 26 gennaio 2022, in www.dirittodellacrisi.it, secondo cui gli istituti di credito, in veste di terzi pignorati continuano a svolgere il ruolo di custode, con l'obbligo di rendere indisponibili al debitore esecutato tutte le somme che confluiscono nel conto corrente, anche dopo lo stay, fino al raggiungimento di quanto preceettato aumentato della metà.

⁵⁰ M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive*, cit., 14.

(ecco il pregiudizio al ceto creditorio)⁵¹; oppure ancora, può essere revocata (ovvero non confermata) la misura protettiva che inibisce l'esecuzione forzata su un certo bene, se esso appartiene al ramo d'azienda che il debitore, nel piano di risanamento che abbia stilato, non intenda trasferire⁵².

Infine, in tema di istruttoria *ex art. 7 d.l.*, resta da dire del possibile rapporto e raccordo tra le misure protettive di cui si chiede la conferma e quelle cautelari che siano già state concesse in sede di procedimento prodromico al fallimento.

La legge non esclude che l'imprenditore insolvente possa accedere alla composizione negoziata della crisi, purché – precisa la norma – l'insolvenza che lo riguarda sia reversibile. Del resto, da un lato, l'art. 2 d.l., nell'occuparsi dell'istanza di nomina dell'esperto, impone all'imprenditore di indicare se contro di lui siano già stati depositati ricorsi per la dichiarazione di fallimento; dall'altro lato, proprio muovendo dall'eventualità che un'istanza ci sia stata, il legislatore annovera tra le misure protettive di cui l'imprenditore intenda avvalersi anche l'inibitoria della dichiarazione di fallimento, lasciando intendere che l'istruttoria prefallimentare possa svolgersi, senza, però che la dichiarazione di fallimento possa pronunciarsi. Si tratta di una misura protettiva che risponde ad un regime *sui generis*, poiché essa – così come del resto la neutralizzazione dell'obbligo "ricapitalizza o liquida", di cui all'art. 8 d.l. non esige conferma da parte del giudice e produce i suoi effetti fino a che la composizione negoziata non si chiuda⁵³.

Di qui, il problema quale sia la sorte delle misure cautelari già concesse in fase di istruttoria fallimentare⁵⁴.

Non credo che spetti al giudice della composizione negoziata il potere di inibire gli effetti delle misure cautelari, domandate *ex art. 15*, comma 8°, l. fall. Vero è che l'art. 6 d.l. prevede tra le misure protettive anche lo *stay* dei provvedimenti cautelari. Quelli concessi ai sensi dell'art. 15, comma 8°, l. fall. (e un domani, in forza dell'art. 54, comma 1°, c.c.i.i.) hanno però una portata generale, proprio perché domandate in pendenza del procedimento prodromico all'apertura del

⁵¹ Trib. Torino, 3 febbraio 2022, cit., che in sede di conferma di tutte le misure protettive richieste, ha ritenuto ammissibile la prosecuzione di un'esecuzione individuale, promossa da un creditore ipotecario, essendo già avvenuta l'aggiudicazione di un immobile in linea con il valore indicato dalla perizia.

⁵² M. MONTANARI, Il procedimento relativo alle misure protettive, loc. cit.

⁵³ I. PAGNI, M. FABIANI, La transizione dal codice della crisi, cit., 11. Fermo restando, peraltro, che l'operare di queste misure protettive potrà indurre il giudice a valutare se revocare altre misure protettive di cui l'imprenditore chiedere conferma, al fine di evitare un eccessivo pregiudizio in capo ai creditori.

⁵⁴ In arg. anche G. RANA, Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari, in *Il fall. 2022*, spec. 160 ss.

fallimento (e un domani di quello promosso ai sensi dell'art. 41 c.c.i.i., per l'apertura di una liquidazione giudiziale). Esse, perciò, continueranno a produrre effetto solo all'esito di quel procedimento (quale che esso sia: rigetto dell'istanza o sentenza dichiarativa di fallimento/liquidazione giudiziale, quest'ultima oltretutto destinata ad essere pronunciata solo una volta che la composizione negoziata sia stata chiusa). Esemplicando, se c'è già stata la nomina di un custode giudiziario in fase di istruttoria prefallimentare è per il suo tramite che la composizione negoziata andrà avviata. Anche su questo profilo, il c.c.i.i. (nel testo modificato dal decreto *Insolvency*) opportunamente prende posizione chiarendo all'art. 18, comma 4°, che restano fermi i provvedimenti già concessi ai sensi dell'art. 54, comma 1°.

Mi chiedo, però, quale possa essere la sorte di altri provvedimenti cautelari concessi in quella sede la cui efficacia (in astratto) possa ostacolare l'esito della composizione negoziata. Mi domando ad esempio, quale sia il destino di un sequestro su un bene immobile, qualora quel bene sia parte di un compendio aziendale che l'imprenditore intenda cedere ad un terzo, magari nel contesto di una cessione d'azienda che ambisca a liberare il cessionario dall'accollo cumulativo dei debiti. Anche in questo caso, è da escludere che il giudice della composizione negoziata possa revocare la misura cautelare. Il sequestro sul bene rimarrà trascritto finché il debitore, il cui fallimento sia inibito dalla pendenza della negoziazione assistita, non ottenga dal giudice dell'istruttoria prefallimentare la revoca del provvedimento cautelare, provando l'esistenza di un cessionario interessato all'acquisto del bene, nel contesto della composizione negoziata⁵⁵.

Ad ogni modo, penso che queste situazioni saranno destinate a verificarsi ben di rado, se si considera che la concessione di misure cautelari, in sede di istruttoria prefallimentare, può implicare il vaglio di un'insolvenza che risulti difficilmente sanabile. La concessione di queste misure, della cui esistenza il creditore che abbia formulato istanza per la dichiarazione di fallimento farà constare in udienza, potrebbe indurre il giudice a non confermare la richiesta di misure protettive.

⁵⁵ Cfr. sul punto I. PAGNI, M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi*, cit., 11, secondo i quali il giudice adito con domanda ex art. 7 d.l. 118/2021 – escluso che possa revocare i provvedimenti cautelari concessi dal tribunale fallimentare – dovrà armonizzare le misure protettive concesse nel contesto della composizione negoziata con le cautele ex art. 15, comma 8°, l. fall., «stabilendo le modalità opportune per rendere praticabile la composizione negoziata».

Le autorizzazioni e l'esito della composizione

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I finanziamenti prededucibili. – 3. Il trasferimento dell'azienda o di uno o più rami di essa senza gli effetti di cui all'art. 2560, c. 2, c.c. – 4. I presupposti delle autorizzazioni. – 5. Il procedimento.

1. Introduzione

L'art. 10 d.l. 118/2021, convertito in l. 147/2021, contempla al comma 1 le autorizzazioni che il Tribunale può concedere all'imprenditore – su richiesta di quest'ultimo – nel corso della procedura di composizione negoziata (il comma 2 prevede la possibilità della rideterminazione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita, argomento del quale si occuperà il collega Valentino Lenoci) e disciplina al comma 3 il relativo procedimento.

Di seguito il testo dell'articolo, per la parte di interesse.

“10. Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti

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

- a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti 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;*
- d) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti; resta fermo l'articolo 2112 del codice civile.*

2. [...]

3. I procedimenti di cui ai commi 1 e 2 si svolgono innanzi al tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267,

che, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, decide in composizione monocratica. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento”.

Come sottolineato anche dalla Relazione Illustrativa del d.l. 118/2021, la composizione negoziata non è una procedura concorsuale, costituendo piuttosto un percorso riservato e stragiudiziale finalizzato alla soluzione precoce della crisi, al quale l'imprenditore accede unicamente su base volontaria e nel quale le trattative si svolgono direttamente tra l'imprenditore e le parti interessate con l'ausilio e l'intermediazione dell'esperto (che ne facilita la conduzione e verifica l'utilità delle trattative e l'assenza di ingiusto pregiudizio dei creditori), sicché, di regola, non vi è per l'imprenditore l'esigenza di ricorrere al Tribunale.

Il carattere del tutto residuale dell'intervento dell'autorità giudiziaria in tale procedura è coerente con quanto previsto nel considerando 29 della direttiva UE 2019/1023, in cui si legge che *“fatta eccezione per i casi in cui la presente direttiva preveda la partecipazione obbligatoria delle autorità giudiziarie o amministrative, gli Stati membri dovrebbero poter limitare la partecipazione di tali autorità alle situazioni in cui essa sia necessaria e proporzionata, tenendo pur sempre conto, tra l'altro, dell'obiettivo di tutelare i diritti e gli interessi dei debitori e delle parti interessate così come dell'obiettivo di ridurre i ritardi e i costi delle procedure”.*

Va in proposito sottolineato che durante la composizione negoziata l'imprenditore che vi accede, pur potendo beneficiare delle misure protettive e dei provvedimenti cautelari di cui agli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021, conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (in linea con la summenzionata Direttiva, nel cui considerando 30 si sottolinea che *“al fine di evitare costi inutili, di rispecchiare la natura precoce della ristrutturazione preventiva e incoraggiare i debitori a richiedere la ristrutturazione preventiva in una fase precoce delle loro difficoltà finanziarie, è opportuno, in linea di principio, che i debitori mantengano il controllo dei loro attivi e della gestione corrente dell'impresa”*), con gli unici limiti dettati dall'art. 9 del medesimo d.l., il cui testo si riporta di seguito.

“9. Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative

- 1. 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.*
2. *L'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.*
 3. *L'esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.*
 4. *Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria.*
 5. *Quando sono state concesse misure protettive o cautelari l'esperto, iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, procede alla segnalazione di cui all'articolo 7, comma 6°.*

Tali limiti si risolvono, di fatto, in una necessaria interlocuzione dell'imprenditore con l'esperto prima del compimento degli atti più significativi e potenzialmente pregiudizievoli per i creditori o idonei ad incidere negativamente sulle trattative o sulle prospettive di risanamento dell'impresa, interlocuzione che, in ogni caso, non può mai impedire il compimento degli atti (incidendo l'eventuale dissenso dell'esperto solo sulla conservazione degli effetti ai sensi dell'art. 12 d.l. 118/2021 e, potenzialmente, sulla persistenza o sulla durata delle misure protettive e cautelari concesse ai sensi degli artt. 6 e 7 del medesimo d.l., che il giudice può revocare o abbreviare ai sensi del comma 6 dello stesso art. 7 su segnalazione dell'esperto dissenziente).

La necessità dell'intervento autorizzativo dell'autorità giudiziaria è riservata – in via eccezionale, e con una norma che, pertanto, non appare suscettibile di applicazione analogica oltre i casi da essa specificamente considerati – a due ipotesi peculiari: a) quella in cui l'imprenditore intenda contrarre (con terzi o con soci) finanziamenti assistiti dalla prededuzione; b) quella in cui l'imprenditore intenda trasferire in qualsiasi forma l'azienda (o uno o più rami di essa) senza gli effetti di cui all'art. 2560, c. 2, c.c.

La ragione per la quale il legislatore ha ritenuto necessaria l'autorizzazione del giudice in questi due casi risiede nel fatto che si tratta di operazioni che possono essere decisive per la continuità aziendale (diretta o indiretta) ma che, al contempo, sono potenzialmente quelle di maggior impatto sui diritti dei credito-

ri, i quali si vedono “scavalcare” dal finanziatore nell’ottica di un’eventuale futura procedura concorsuale, o vengono privati della garanzia patrimoniale generica costituita dall’azienda o da uno o più rami di essa.

2. I finanziamenti prededucibili

La prima ipotesi di intervento giudiziale autorizzativo prevista dal primo comma dell’art. 10 d.l. 118/2021 è quella in cui l’imprenditore intenda contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell’art. 111 l.f..

L’autorizzazione non è necessaria per l’ottenimento del finanziamento (sotto qualunque forma: apertura di credito, anticipazione su fatture, mutuo, etc.), poiché la stipulazione del relativo contratto è atto di straordinaria amministrazione che l’imprenditore può liberamente compiere informando preventivamente l’esperto per iscritto ai sensi dell’art. 9 d.l. 118/2021, ma è indispensabile per garantire al credito del finanziatore il rango della prededucazione, al fine di incentivare la concessione del finanziamento offrendo al finanziatore una “rassicurazione” sulle prospettive dell’effettiva restituzione anche nel caso di insuccesso della composizione negoziata e di conseguente apertura di una procedura concorsuale.

Si tratta di una previsione attuativa dell’art. 17, c. 4, della direttiva UE 2019/1023, in forza del quale *“gli Stati membri possono prevedere che i concessionari di nuovi finanziamenti o di finanziamenti temporanei abbiano il diritto di ottenere il pagamento in via prioritaria, nell’ambito di successive procedure di insolvenza, rispetto agli altri creditori che altrimenti avrebbero crediti di grado superiore o uguale”*, previo controllo giudiziale *ex ante* ai sensi del comma 2 del medesimo articolo (v. in tal senso anche il considerando n. 68 della direttiva, laddove prevede che *“per incoraggiare i nuovi prestatori ad assumere il rischio maggiore di investire in un debitore sano che versa in difficoltà finanziarie, potrebbero essere necessari ulteriori incentivi, ad esempio dare a tali finanziamenti la priorità almeno sui crediti non garantiti nelle successive procedure di insolvenza”*).

L’attenzione del legislatore verso i finanziamenti viene quindi anticipata ad un momento anteriore a quello della crisi o dell’insolvenza, sulla base della consapevolezza che i finanziamenti possono costituire uno strumento decisivo per il successo di una ristrutturazione preventiva, da attuarsi nel momento in cui l’imprenditore si trovi ancora nella situazione descritta dall’art. 2, c. 1, d.l. 118/2021 (ossia *“in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendano probabile la crisi o l’insolvenza”*), atteso che, come sottolineato dal considerando 66 della summenzionata direttiva, *“il successo del piano di ristrutturazione spesso dipende dal fatto che l’assistenza finanziaria è erogata al debitore per sostenere, in primo luogo, l’operatività dell’impresa durante le trattative di*

ristrutturazione e, in secondo luogo, l'attuazione del piano di ristrutturazione dopo l'omologazione".

Poiché, come detto, il contesto della composizione negoziata non è quello di una procedura concorsuale, trattandosi di un percorso negoziale durante il quale l'imprenditore è in bonis, l'autorizzazione del Tribunale non incide in alcun modo sull'ordine dei pagamenti nell'ambito della composizione negoziata e della fase attuativa del piano di risanamento: finché l'imprenditore rimane in bonis, non si attua alcun concorso tra i creditori e non esiste quindi neppure la prededuzione, sicché quest'ultima è destinata ad operare solo nel caso in cui l'esito delle trattative conduca alla successiva apertura di una procedura concorsuale tra quelle indicate dall'art. 12, c. 1, d.l. 118/2021 (ai sensi del quale "gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18"; laddove tra gli accordi di ristrutturazione, in mancanza di qualsivoglia specificazione, devono ritenersi inclusi anche quelli "ad efficacia estesa" *ex art. 182-septies* l.f.). Si tratta, in altri termini, di un controllo *ex ante* (sulla funzionalità del finanziamento alla salvaguardia della continuità aziendale e alla miglior realizzazione dell'interesse dei creditori) affinché possa poi operare *ex post* la prededuzione in ambito concorsuale.

Si è peraltro evidenziato che, poiché il combinato disposto dell'art. 12 d.l. 118/2021 e dell'art. 111 l.f. lascia fuori le procedure esecutive individuali, in caso di mancata omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato il creditore finanziatore sarà incentivato a presentare istanza di fallimento nei confronti dell'imprenditore, al fine di conseguire il beneficio della prededuzione.

Rispetto alla previsione dell'art. 182-*quater*, c. 2, e 3, l.f., da un lato – con la lettera b) dell'articolo in commento – viene recepita la deroga alla postergazione dei finanziamenti dei soci *ex art. 2467* c.c., ma senza il limite dell'80%, e dall'altro viene ampliato il novero delle procedure concorsuali nelle quali la prededuzione viene riconosciuta (non più solo il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma anche le altre procedure di cui sopra).

Inoltre il riconoscimento della prededuzione in tali procedure è automatico per il solo fatto dell'intervenuta autorizzazione del finanziamento ai sensi della disposizione in commento (laddove nell'art. 182-*quater*, c. 2 e 3, l.f. è condizionato ad un'espressa conferma nel decreto di apertura del concordato o di omologa dell'accordo). Si tratta infatti di una nuova fattispecie di credito prededucibile ai sensi della prima parte del secondo comma dell'art. 111 l.f., ossia per "specifica disposizione di legge", senza che sia possibile e necessaria,

nella successiva procedura concorsuale, una valutazione giudiziale sull'identità della crisi o insolvenza e sul nesso di funzionalità con la procedura (sostituita, "a monte", dalla valutazione che il giudice dell'autorizzazione ha già compiuto circa la funzionalità dell'atto alla continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori). Del resto, non è neppure astrattamente configurabile una consecuzione tra la composizione negoziata della crisi (che, come detto, non è una procedura concorsuale) e successive procedure concorsuali, sicché la locuzione "se successivamente intervengono [...]" contenuta nell'art. 12, c. 1, d.l. 118/2021 non può intendersi riferita alla necessità di una consecuzione tra le procedure, dovendo quindi ritenersi che la prededuzione operi anche in procedure concorsuali eventualmente aperte ad anni di distanza.

La "stabilità" della prededuzione è ulteriormente rafforzata dal mancato recepimento nel d.l. 118/2021 della disposizione di cui all'art. 99, c. 6, CCII secondo cui "in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, i finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededuzione quando risulta congiuntamente che: a) il ricorso o l'attestazione di cui al comma 3 contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione; b) il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano le circostanze di cui alla lettera a)".

Va poi sottolineato che, in coerenza con quanto stabilito dall'art. 17, c. 1, lett. a), della direttiva UE 2019/1023 (in base al quale "*in caso di successiva insolvenza del debitore, i nuovi finanziamenti e i finanziamenti temporanei non possono essere dichiarati nulli, annullabili o inopponibili*"), l'art. 12, c. 3, d.l. 118/2021 (in forza del quale "gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 66 e 67 del regio decreto n. 267 del 1942, se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 9, comma 4, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 10") offre al finanziatore lo "scudo" dell'esenzione da revocatoria ordinaria e fallimentare.

L'unico "rischio" che potrebbe permanere in capo al finanziatore è quello relativo al concorso nella responsabilità dell'imprenditore fatta salva dal comma 4 dell'art. 12 d.l. 118/2021 (secondo cui "nelle ipotesi disciplinate dai commi 1, 2 e 3 resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti"), ma si tratta di un rischio la cui configurabilità – sotto forma di "concessione abusiva di credito" – in relazione ad un finanziamento autorizzato dal Tribunale ai sensi della disposizione in commento appare (già in astratto) difficilmente sostenibile, tenuto conto anche della previsione contenuta nella lettera b) del primo comma dell'art. 17 della suddetta direttiva secondo cui "*i concessori di detti finanzia-*

menti non possono essere ritenuti civilmente, amministrativamente o penalmente responsabili, in base al rilievo che detti finanziamenti sono pregiudizievoli per la massa dei creditori, a meno che non sussistano altre ragioni stabilite dal diritto nazionale”.

3. Il trasferimento dell'azienda o di uno o più rami di essa senza gli effetti di cui all'art. 2560, comma 2, c.c.

La seconda ipotesi di autorizzazione giudiziale prevista dal primo comma dell'art. 10 d.l. 118/2021 è quella in cui l'imprenditore intenda trasferire in qualsiasi forma l'azienda o uno o più rami di essa senza gli effetti di cui all'art. 2560, c. 2, c.c. (effetti che, è bene ricordarlo, per consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità non riguardano i debiti connessi alle posizioni contrattuali non ancora definite nelle quali il cessionario subentra ai sensi dell'art. 2558 c.c., dei quali lo stesso cessionario risponde a prescindere dalle risultanze contabili del cedente).

Anche in questo caso, l'autorizzazione non è necessaria per il trasferimento dell'azienda o di suoi rami (trattandosi, al pari della stipulazione di contratti di finanziamento, di atto di straordinaria amministrazione soggetto al regime di cui all'art. 9 d.l. 118/2021) ma per far conseguire all'acquirente – sia pure nell'ambito di una vendita che resta “privatistica” – il beneficio dell'esenzione dalla responsabilità solidale per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, che risultino dai libri contabili obbligatori dell'imprenditore cedente (*rectius*: della limitazione di tale responsabilità allo specifico ambito delineato dall'art. 2112 c.c., relativo ai diritti dei lavoratori, stante l'espressa previsione dell'ultimo inciso della lettera d del comma in esame secondo cui “resta fermo l'articolo 2112 del codice civile”), beneficio destinato a permanere anche in caso di successiva apertura a carico del cedente di una tra le procedure concorsuali elencate dal primo comma dell'art. 12 d.l. 118/2021 (nelle quali, ai sensi del terzo comma del medesimo articolo, la cessione non potrà essere oggetto di azione revocatoria ordinaria o fallimentare; “vantaggio” che – diversamente da quello della non applicazione del comma 2 dell'art. 2560 c.c. – è conseguito dal cessionario anche laddove la cessione venga attuata in mancanza della richiesta di autorizzazione, a condizione che l'esperto non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 9, c. 4, d.l. 118/2021).

Si tratta di una previsione introdotta al fine di incentivare all'immediato acquisto dell'azienda i potenziali interessati, i quali, in mancanza, potrebbero preferire attendere l'apertura di una procedura concorsuale per acquistare l'azienda in seno alla stessa proprio al fine di beneficiare dell'effetto “purgativo” nella vendita

coattiva ai sensi dell'art. 105, c. 4, l.f., richiamato per il concordato preventivo dall'art. 182, c. 5, l.f., precludendo in tal modo all'imprenditore la via di una cessione tempestiva dell'azienda, talora indispensabile per evitare – nell'interesse non solo dello stesso imprenditore, ma anche dei suoi creditori – la definitiva dispersione dei valori connessi alla continuità aziendale e/o la maturazione di ulteriori perdite nelle more dell'apertura della procedura concorsuale (in seno alla quale, peraltro, sorgono sempre nuove passività prededucibili “in danno” della massa) e del successivo procedimento competitivo scandito da rigide formalità e lunghe tempistiche.

L'ambito applicativo è quello del trasferimento dell'azienda o di uno o più suoi rami “in qualunque forma”, sicché, da un lato, vi rientra qualsiasi modalità di traslazione della proprietà, ivi incluso, ad esempio, il conferimento in una *newco* (ma non anche operazioni societarie come la fusione e la scissione, non essendo prevista la possibilità di derogare agli artt. 2504-*bis* e 2506-*quater*, c. 3, c.c.), e, dall'altro, non vi rientrano i contratti di affitto di azienda o con i quali venga comunque trasferito il solo godimento, rispetto ai quali non avrebbe alcun senso la finalità di derogare alla previsione di cui all'art. 2560, c. 2, c.c. che pacificamente per essi non opera.

Inoltre, oggetto dell'autorizzazione è il trasferimento dell'azienda o di uno o più suoi rami “senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile”, ragion per cui pare doversi escludersi la possibilità – pur ipotizzata in dottrina – di un accoglimento parziale dell'istanza, mediante la concessione di un'autorizzazione alla cessione senza la deroga all'art. 2560, c. 2, c.c. (che avrebbe il solo effetto di rendere il trasferimento “stabile” ed esente da revocatoria nelle eventuali successive procedure concorsuali di cui all'art. 12, c. 1, d.l. 118/2021).

Deve aggiungersi, sempre con riferimento all'ambito oggettivo della disposizione, che l'autorizzazione può riguardare solo la cessione il cui perfezionamento sia previsto prima della conclusione delle trattative o, al massimo, nell'ambito della soluzione di risanamento *ex art.* 11 d.l. 118/2021 (diversa da quelle in cui è previsto il controllo del giudice) che direttamente si riallacci a quelle trattative.

4. I presupposti delle autorizzazioni

Come detto, l'art. 10 prevede che il Tribunale possa, “su richiesta dell'imprenditore”, autorizzarlo a contrarre finanziamenti prededucibili o a trasferire in qualsiasi forma l'azienda (o uno o più rami di essa) senza gli effetti di cui all'art. 2560, c. 2, c.c. “verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori”.

È dunque anzitutto necessaria la richiesta dell'imprenditore, unico soggetto a ciò legittimato. Si tratta di una legittimazione non surrogabile, ragion per cui non può esaminarsi una richiesta proveniente da altri soggetti come ad esempio uno o più creditori o il potenziale finanziatore o acquirente dell'azienda, ovvero lo stesso esperto. Quest'ultimo, laddove ritenga che la cessione dell'azienda o di suoi rami sia l'unica soluzione perseguibile, deve limitarsi a segnalare all'imprenditore la possibilità di presentare la richiesta di autorizzazione di cui all'art. 10, c. 1, lett. d, d.l. 118/2021 (v. in tal senso il paragrafo 9 del Protocollo di conduzione della composizione negoziata di cui alla sezione III dell'allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, secondo cui *“quando ritiene che per assicurare la continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori sia prospettabile unicamente la cessione dell'azienda o di rami di essa, l'esperto ricorda alle parti la possibilità di derogare agli effetti dell'articolo 2560, secondo comma, previa autorizzazione del giudice”*).

Vi è poi da chiedersi se la richiesta sia ammissibile anche se presentata in un momento (successivo, ovviamente, alla presentazione – tramite la piattaforma telematica – dell'istanza di nomina dell'esperto, ma) anteriore a quello della nomina dell'esperto (*rectius*: della pubblicazione nel registro delle imprese dell'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto). L'unico precedente ad oggi edito in materia (Trib. Treviso 22 dicembre 2021, in www.dirittodellacrisi.it) ha dato in proposito una risposta positiva, sull'assunto che la nomina dell'esperto *“non sia condizione necessaria per dar corso all'autorizzazione ex art. 10 d.l. 118/2021 come può desumersi dalla formulazione dell'art. 7 del d.l. citato che richiede espressamente l'accettazione dell'esperto per la conferma delle misure protettive e cautelari mentre l'art. 10 si limita a prescrive[re] che su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori, autorizza quest'ultimo a contrarre finanziamenti prededucibili”*. In effetti non può non notarsi che l'art. 7 d.l. 118/2021, nel disciplinare il procedimento per la conferma o modifica delle misure protettive e per l'adozione dei provvedimenti cautelari, prevede espressamente che l'avvio debba avvenire con ricorso presentato *“lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto”*, aggiungendo poi al comma 4 che all'udienza il Tribunale deve sentire *“le parti e l'esperto”* (sicché non può esservi alcun dubbio circa l'inammissibilità del ricorso ove presentato prima della pubblicazione nel registro delle imprese dell'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto), mentre l'art. 10 d.l. 118/2021 si limita a presupporre una *“richiesta”* e a stabilire, al comma 3, che il giudice decide *“sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre ai sensi dell'art. 68 del codice di procedura civile”*, senza alcuna menzione della necessità della previa accettazione dell'esperto e della sua partecipazione al

procedimento e, anzi, con l'espressa previsione della possibilità per il giudice di farsi assistere da un diverso esperto *ex art. 68 c.p.c.*. In dottrina si è tuttavia sostenuto che, in realtà, prima dell'accettazione dell'esperto, il procedimento di composizione negoziata della crisi non potrebbe neppure ritenersi avviato, e si è inoltre affermato che, poiché le autorizzazioni hanno ad oggetto atti di straordinaria amministrazione, il relativo compimento presupporrebbe comunque la preventiva comunicazione all'esperto ai sensi dell'art. 9 d.l. 118/2021, al fine di consentire all'esperto l'espressione del suo eventuale dissenso, ragion per cui l'istanza di autorizzazione accompagnata dalla sola istanza di nomina dell'esperto (non seguita ancora dall'accettazione dell'incarico da parte di quest'ultimo) dovrebbe ritenersi inammissibile.

Quanto al *dies ad quem* entro il quale la richiesta – per essere ritenuta ammissibile – deve essere presentata, appare indubbio che la stessa debba pervenire al Tribunale in un momento anteriore a quello in cui si conclude l'incarico dell'esperto e dunque prima della scadenza del termine di cui all'art. 5, c. 7, d.l. 118/2021, a norma del quale “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'articolo 2, comma 1” e “l'incarico può proseguire per non oltre centottanta giorni 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 articoli 7 e 10”. Peraltro, poiché proprio la presentazione della richiesta può determinare la proroga prevista dal secondo periodo di tale disposizione, occorrerà valutare, caso per caso (soprattutto in presenza di istanze per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore), se la presentazione della richiesta a ridosso della scadenza del termine di centottanta giorni non sia utilizzata in maniera “abusiva” al solo fine di ottenere la suddetta proroga e, con essa, la proroga delle misure protettive di cui all'art. 6 d.l. 118/2021.

Un altro presupposto non esplicitato dalla norma, che il giudice dovrebbe preliminarmente verificare al fine di valutare l'ammissibilità della richiesta di autorizzazione, risiederebbe – secondo una parte della dottrina – nell'effettiva sussistenza della situazione individuata dall'art. 2, c. 1, d.l. 118/2021 quale condizione per l'accesso al percorso di composizione negoziata, ossia che l'imprenditore commerciale o agricolo si trovi in “condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza”. In realtà, eccezion fatta (forse) per i finanziamenti temporanei e urgenti al fine di evitare un'immediata interruzione della continuità aziendale, le altre autorizzazioni presuppongono un vaglio giudiziale che necessariamente (o, almeno, quasi sempre) deve involgere non solo la constatazione dell'effettiva esistenza di una situazione

di “pre-crisi” o di “pre-insolvenza” ma anche la coerenza dell’atto con uno specifico progetto di risanamento già delineato o almeno prospettato nei suoi elementi essenziali, che appare indispensabile ai fini della verifica sulla funzionalità dell’atto al miglior soddisfacimento dei creditori.

Il “cuore” della verifica giudiziale in sede di autorizzazione *ex art.* 10 d.l. 118/2021 concerne, come detto, la funzionalità dell’atto (ossia, del finanziamento o del trasferimento in qualsiasi forma dell’azienda o di rami di essa) rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, laddove la congiunzione “e” comporta, evidentemente, la necessità che sussistano entrambi i presupposti.

Prima di indagare il contenuto di tale verifica, occorre chiedersi quale sia l’orizzonte temporale di riferimento della stessa, e cioè se l’atto debba necessariamente essere funzionale alla salvaguardia della continuità aziendale e degli interessi dei creditori già durante il percorso composizione negoziata della crisi o se possa esserlo anche soltanto nel periodo successivo alla conclusione delle trattative e, in particolare, nella fase esecutiva del piano di risanamento delineato o prospettato per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell’imprenditore. Sul punto, con specifico riferimento ai finanziamenti, viene in rilievo il considerando 68 della direttiva UE 2019/1023, secondo cui *“per evitare potenziali abusi, dovrebbero essere protetti solo i finanziamenti che sono ragionevolmente e immediatamente necessari per la continuazione dell’operatività o la sopravvivenza dell’impresa del debitore, o per la preservazione o il miglioramento del valore dell’impresa in attesa dell’omologazione del piano di ristrutturazione”*, ma poiché il buon esito delle trattative può essere condizionato anche dalla finanza messa a disposizione per l’esecuzione del piano di risanamento nulla esclude che, in una fase in cui la soluzione di risanamento sia già stata almeno in parte delineata, l’autorizzazione possa e debba essere concessa anche in relazione a finanziamenti necessari per assicurare all’impresa il fabbisogno finanziario necessario per il successo del piano di risanamento da attuare dopo la conclusione delle trattative (v. Trib. Treviso 22 dicembre 2021, in cui il giudice ha concluso *“per la diretta funzionalità del finanziamento [...] alla prosecuzione della stessa attività d’impresa sia nella prospettiva della continuità temporanea (cfr. biennale ex art. 11 comma 1 lett. a d.l. 118/2021) che di un risanamento durevole”*).

Del resto, va sottolineata la differenza di contenuto tra la verifica che per tutti gli atti di straordinaria amministrazione l’art. 9, c. 3, d.l. 118/2021 affida all’esperto, il quale deve valutare se “l’atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento”, con riferimento, quindi, ad un orizzonte ridotto che è proprio quello del percorso di composizione in cui egli espleta le proprie funzioni, e quella – più penetrante e complessa – demandata al giudice

ai fini delle autorizzazioni di cui all'art. 10, c. 1, d.l. 118/2021, che presuppongono, come detto, la funzionalità dell'atto non solo alla continuità aziendale ma anche alla migliore soddisfazione dei creditori (e non alla mera assenza di pregiudizio per gli stessi). Ciò implica, alla stessa stregua di quanto accade nelle fattispecie di cui agli artt. 182-quinquies e 186-bis l.f. (dai quali è mutuato il riferimento alla "migliore soddisfazione dei creditori"), un giudizio prognostico che passa necessariamente attraverso un raffronto con la presumibile soddisfazione dei creditori in tutti gli scenari alternativi possibili, anche di matrice concorsuale, avuto riguardo in particolare allo scenario liquidatorio, se non anche attraverso un vaglio positivo circa la "fattibilità" del progetto prospettato e la sua idoneità a consentire il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'imprenditore. Ne consegue che, secondo alcuni, in presenza di un progetto di risanamento le cui linee principali non siano adeguatamente enunciate, l'istanza di autorizzazione non potrebbe che essere rigettata.

Con specifico riferimento ai finanziamenti, un ausilio per comprendere l'oggetto della verifica giudiziale si rinviene nel paragrafo 10 del Protocollo di conduzione della composizione negoziata di cui alla sezione III dell'allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, del quale si riporta di seguito il testo.

"10. Parere dell'esperto in caso di nuovi finanziamenti prededucibili

10.1. Qualora sia sentito dal tribunale in occasione della richiesta del debitore di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare nel corso della composizione negoziata, l'esperto – nella valutazione dell'utilità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile alla continuità aziendale – potrà tener conto delle seguenti circostanze: i) se i finanziamenti siano funzionali al ciclo degli approvvigionamenti; ii) se occorrono per ristabilire la regolarità del pagamento delle imposte e quella del documento unico di regolarità contributiva (DURC) al fine di evitare la sospensione del titolo abilitativo o l'impedimento della partecipazione a gare e la stipula dei relativi contratti. L'esperto dovrà tenere conto inoltre della necessità che il finanziamento non pregiudichi la migliore soddisfazione dei creditori ed in particolare del fatto: a) che ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, nel corso della composizione negoziata; b) oppure, in presenza di margine operativo lordo negativo, che esso sia compensato dai vantaggi derivanti ai creditori nel corso della composizione negoziata dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei suoi beni).

10.2. Se sia richiesta l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare in esecuzione di quanto previsto dalle soluzioni di cui all'articolo 11, comma 1 e 2, l'esperto, quando sentito dal tribunale, in aggiunta al precedente punto 10.1 della presente Sezione, potrà tenere anche conto delle utilità derivanti ai creditori dalla soluzione individuata rispetto a quelle che si avrebbero nell'alternativa concretamente praticabile in assenza dei finanziamenti in questione”.

Nell'unico precedente ad oggi edito (Trib. Treviso 22 dicembre 2021) il giudice ha dato preliminarmente atto della verifica compiuta dall'ausiliario nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. circa la “coerenza del piano di risanamento in ordine al superamento della crisi”, per poi motivare sulla funzionalità del finanziamento alla salvaguardia della continuità aziendale in base al rilievo secondo cui la mancata erogazione del prestito ponte avrebbe reso “illiquida la società già nel corrente mese con elevata probabilità di insolvenza nel semestre successivo, per l'interruzione degli approvvigionamenti” (laddove, invece, l'erogazione della finanza ponte avrebbe consentito entro poco più di un anno di “rigenerare il MOL e quindi l'autofinanziamento aziendale”), e affermare la funzionalità del finanziamento al miglior soddisfacimento dei creditori “in relazione al business plan 2021-2026 e alla prospettiva di accordo *ex art. 182-bis* o *182-septies*” e in comparazione con “gli scenari alternativi a quello della continuità diretta, ovvero la cessione del complesso aziendale (continuità indiretta) o la liquidazione atomistica”, concludendo per l'idoneità del finanziamento ponte ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori “anche in caso di mancata definizione e/o omologazione degli accordi di ristrutturazione rispetto all'alternativa della liquidazione atomistica dei beni aziendali”.

Con riferimento al trasferimento dell'azienda o di suoi rami, il requisito della funzionalità dell'operazione traslativa alla miglior soddisfazione dei creditori impone anche una verifica sulle modalità della cessione: poiché il prezzo di vendita non è indifferente per i creditori, il giudice dovrà anzitutto riscontrare che la cessione avvenga ad un corrispettivo non inferiore al valore di mercato (o, quantomeno, a quello conseguibile all'esito di una vendita coattiva nell'ambito di una procedura concorsuale), il che, secondo alcuni, richiederebbe anche il necessario ricorso – non già ad una procedura competitiva “procedimentalizzata”, ma almeno – ad una “apertura” nei confronti del mercato di riferimento, finalizzata a sondare gli eventuali interessamenti di potenziali acquirenti diversi da quello individuato dall'imprenditore, ad esempio mediante un'indagine di mercato “deformalizzata” (come quella prevista dall'art. 91 CCII) o mediante una verifica dell'assenza di soluzioni migliori sul mercato (analoga a quella prevista dall'art. 19, c. 2, d.l. 118/2021 per il concordato semplificato), con tempistiche e modalità compatibili con l'urgenza della cessione.

In tal senso depongono anche i paragrafi 9 e 12 del Protocollo di conduzione della composizione negoziata di cui alla sezione III dell'allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, in cui si legge *“per la cessione dell'azienda o di rami di azienda è preferibile dar corso a procedure competitive, anche attraverso il ricorso ad appositi strumenti (ad esempio, data room virtuale e raccolta delle offerte su sezione secretata) previsti dalla Piattaforma Telematica”*, che *“qualora si intenda procedere alla cessione dell'azienda o di suoi rami, l'esperto avrà cura di far presente all'imprenditore l'utilità e l'opportunità del ricorso a procedure competitive per la selezione dell'acquirente (o in ogni caso prima di escludere possibilità diverse), in modo da sgombrare il campo dal timore di scelte in danno ai creditori”*, e che *“l'esperto, se sentito dal tribunale nel procedimento autorizzativo ai fini della deroga dell'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, potrà essere chiamato ad esprimersi sulle modalità con cui si è arrivati all'individuazione dell'acquirente, sulla congruità del prezzo e su ogni altro elemento ritenuto utile dal tribunale”*, essendo egli *“chiamato ad informare il tribunale se l'acquirente dell'azienda o di rami di essa sia una parte correlata dell'imprenditore”* (oltre che sulle attività che l'imprenditore, in base alle previsioni del medesimo paragrafo, può aver demandato allo stesso esperto per la raccolta e la valutazione di offerte e manifestazioni di interesse).

L'autorizzazione al trasferimento dell'azienda o di uno o più rami di essa senza gli effetti di cui all' art. 2560, c. 2, c.c. è poi specificamente caratterizzata dal potere-dovere del giudice di dettare, in uno con l'autorizzazione, *“le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti”*.

Tra le *“parti interessate”*, oltre ai creditori, paiono doversi includere non soltanto i dipendenti dell'imprenditore (invero tutelati dalla previsione in base alla quale *“resta fermo l'articolo 2112 del codice civile”*, oltre che dalle consultazioni sindacali previste dalla legge o dai contratti collettivi e, in via residuale, dall'art. 4, c. 8, d.l. 118/2021; il che non esclude, secondo alcuni, la possibilità per il giudice di sentire nuovamente le organizzazioni sindacali nell'ambito del procedimento autorizzativo, ove ritenuto necessario), ma anche e soprattutto i *“contraenti abituali”* dell'imprenditore, interessati anzitutto alla prosecuzione dei rapporti commerciali con l'acquirente.

Si è quindi ipotizzato che tra le *“misure opportune”* che potrebbero essere dettate dal Tribunale rientrino:

- 1) l'imposizione di una procedura competitiva per la scelta dell'acquirente o almeno di un'adeguata indagine di mercato per verificare la possibilità della presentazione di offerte più convenienti per l'imprenditore e per i suoi creditori (ovvero, laddove sia lo stesso imprenditore richiedente a prevedere l'espletamento di una procedura competitiva, di particolari modalità

- di svolgimento della stessa, avuto riguardo, in particolare, all'adeguatezza della pubblicità e delle informazioni rese ai potenziali interessati);
- 2) la condizione della necessaria salvaguardia, da parte dell'acquirente, dei rapporti con i principali partner commerciali (il c.d. "indotto"), ovvero della necessaria prosecuzione dell'attività e/o del mantenimento di determinati livelli occupazionali per un certo periodo di tempo (richiamandosi in tal senso anche i considerando 2 e 3 della direttiva UE 2019/1023, secondo cui, tra l'altro, "i quadri di ristrutturazione preventiva [...] dovrebbero impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale" non solo per i creditori e l'imprenditore ma anche "per l'economia nel suo complesso", e "nei quadri di ristrutturazione i diritti di tutte le parti coinvolte, compresi i lavoratori, dovrebbero essere tutelati in modo equilibrato", e l'art. 4 della medesima direttiva, secondo vanno favorite le soluzioni "volte a evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale");
 - 3) limitazioni della deroga all'art. 2560 c.c.; 4) vincoli all'utilizzo, da parte dell'imprenditore cedente, del prezzo di cessione, da destinarsi prioritariamente alla soddisfazione dei creditori, previo eventuale deposito su un apposito conto corrente dedicato (ma si è in proposito obiettato che, in mancanza di un vincolo di destinazione già pattuito con i creditori, un potere giudiziale tale da imporre all'imprenditore di impiegare il ricavato della vendita di un ramo di azienda per il pagamento dei creditori anziché per alimentare la residua parte della continuità aziendale appare eccentrico in un contesto negoziale nel quale l'imprenditore è pienamente *in bonis*, e che, inoltre, in mancanza di una formale verifica dei crediti, appare impossibile l'indicazione di un piano di riparto che assicuri il rispetto delle cause legittime di prelazione).

Una volta autorizzata, la cessione dell'azienda o di suoi rami avviene naturalmente con strumenti privatistici e non con decreto di trasferimento.

5. Il procedimento

Il procedimento che trae avvio dalla richiesta di autorizzazione si svolge "*dinanzi al tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*". Il rinvio "secco" all'art. 9 l.f. dovrebbe comportare l'irrelevanza del trasferimento della sede intervenuto nell'anno precedente la presentazione della richiesta (o nell'anno precedente la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto?), e anche la possibilità – quantomeno in astratto – del superamento della presunzione *iuris tantum* di coincidenza tra la sede legale e quella effettiva.

Può notarsi la differenza con l'art. 2 d.l. 118/2021, che individua quale organismo competente a ricevere l'istanza di nomina dell'esperto il "segretario della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa", in tal modo attribuendo rilevanza esclusivamente al luogo in cui si trova la sede legale al momento della presentazione dell'istanza, indipendentemente dal fatto che il trasferimento in tale luogo sia eventualmente avvenuto nell'anno antecedente o che la sede legale non coincida con quella effettiva. Ne consegue la possibilità che l'esperto sia nominato in un ambito territoriale diverso e, in ipotesi, anche lontano da quello in cui è incluso il circondario del Tribunale competente a decidere sulla richiesta di autorizzazione.

Al procedimento "si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile", ossia le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, il che induce, tra l'altro, a non ritenere necessaria l'assistenza del difensore (diversamente che nel procedimento per la conferma o modifica delle misure protettive e per l'adozione dei provvedimenti cautelari, che si introduce con ricorso ed è regolato mediante rinvio alle norme di cui agli artt. 669-*bis* ss. c.p.c. sul c.d. "procedimento cautelare uniforme").

Vi è peraltro da chiedersi se rientri tra le disposizioni compatibili con il procedimento in esame quella di cui all'art. 742 c.p.c. in base alla quale "i decreti possono essere in ogni tempo modificati o revocati, ma restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca".

Sulla richiesta il Tribunale decide in composizione monocratica "sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile".

A differenza che nel procedimento di cui all'art. 7 d.l. 118/2021, non è espressamente prevista la necessità della fissazione di un'udienza, e del resto il rinvio alle norme sul procedimento cautelare uniforme lascia ampia libertà al giudice nella scelta delle modalità di espletamento del contraddittorio con le parti interessate, che ben può essere di natura esclusivamente cartolare (nel procedimento svoltosi dinanzi al Tribunale di Treviso, conclusosi col più volte menzionato decreto del 22 dicembre 2021, il giudice ha optato per il contraddittorio in udienza con "trattazione scritta"), fermo restando che l'onere di notifica non può che gravare sull'imprenditore richiedente.

L'individuazione delle "parti interessate" che devono essere sentite spetta di volta in volta al Tribunale. Devono certamente essere coinvolti tutti i creditori le cui posizioni siano suscettibili di essere immediatamente incise o influenzate dalla decisione del giudice sull'istanza di autorizzazione, anche se non ancora convocati dinanzi all'esperto e coinvolti nelle trattative (ma v. Trib. Treviso 22 dicembre 2021, in cui si dà atto che il giudice "*ha individuato quali parti inte-*

ressate ex art. 10 comma 3 d.l. 117/2021 i creditori coinvolti nelle trattative [...] e comunque i primi 10 creditori per ammontare (v. art. 7 comma 2 lett. c. d.l. 118/2021)”).

La sfera degli interessati, tuttavia, non si esaurisce nei creditori, ma abbraccia il più ampio novero dei “portatori di interessi” connessi all’atto da autorizzare, che può includere – oltre ai lavoratori e agli organismi sindacali – anche i principali partner commerciali dell’imprenditore e, secondo alcuni, in caso di impresa di particolare rilievo per il territorio, persino i rappresentanti degli Enti locali.

Le “informazioni necessarie” devono essere fornite anzitutto dall’esperto, che non assume la veste di ausiliario del giudice ma è pur sempre un professionista munito dei requisiti di indipendenza e terzietà ai sensi dell’art. 4 d.l. 118/2021, che in virtù del proprio compito dovrebbe ben conoscere la situazione dell’imprenditore e ogni aspetto legato all’operazione oggetto della richiesta di autorizzazione (come la natura e la finalità del finanziamento o le condizioni e le modalità del trasferimento dell’azienda).

Quanto alla possibilità della nomina di un ausiliario ex art. 68 c.p.c., la locuzione “ove occorre” deve intendersi riferita sia all’eventuale non esaustività delle informazioni fornite dall’esperto, sia alla complessità delle trattative in corso o dello specifico atto e delle valutazioni da compiersi circa la sua funzionalità rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori (si pensi alla necessità di una stima sul valore di mercato dell’azienda o del ramo di azienda che l’imprenditore intende trasferire).

Trattandosi pur sempre di un procedimento civile, in caso di diniego dell’autorizzazione il giudice che rilevi l’insolvenza dell’imprenditore è legittimato a segnalare al Pubblico Ministero ai sensi dell’art. 7 n. 2 l.f.

Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le misure protettive e cautelari: confronto con altri strumenti ed inquadramento sistematico. – 3. Misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021: tipicità ed atipicità. – 4. Prime applicazioni e questioni procedurali. – 4.1 Deposito del ricorso prima della pubblicazione dell'istanza. – 4.2. Omessa pubblicazione del numero di ruolo generale. – 4.3 Mancata fissazione udienza entro il termine di dieci giorni dal deposito del ricorso. – 4.3.1 Approfondimento sui rimedi organizzativi e tabellari adottati dagli uffici per consentire l'immediata trattazione dei procedimenti *ex art. 7*. – 4.4 Casi di rigetto del ricorso senza fissazione udienza – 4.5. La notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza – 5. L'udienza ed il sindacato del giudice. – 5.1. Il *fumus boni iuris* e il *periculum in mora* – 6. Il ricorso *ex art. 7* in pendenza di prefallimentare.

1. Premessa

Il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, recante misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale, conv. con modificazioni in L. 21 ottobre 2021, n. 147 ed in vigore per la parte che qui interessa dal 15 novembre 2021, ha introdotto nell'ordinamento nazionale la procedura di composizione negoziata della crisi, nuovo istituto volontario – a cui si accede tramite una piattaforma telematica nazionale – che offre all'imprenditore l'affiancamento di un esperto terzo e indipendente per agevolare, in maniera riservata, le trattative con i creditori.

Il risanamento precoce dell'impresa sovente richiede l'apertura di tavoli di trattative con i principali creditori, ma espone inevitabilmente l'imprenditore alle iniziative di singoli *stakeholders* che non sino interessati alla ricerca di soluzioni condivise, ma ad acquisire posizioni di vantaggio sugli altri potenziali concorrenti in vista della possibile apertura di una procedura concorsuale.

L'anticipazione di tutele tipiche delle procedure concorsuali ad una fase puramente negoziale mira, dunque, ad offrire all'imprenditore un quadro di ristruttu-

razione precoce coerente con i modelli previsti dalla Direttiva *Insolvency*¹, nel cui ambito egli possa, se necessario giovare di misure, che agevolino le trattative con i creditori “così da poter continuare a operare o almeno mantenere il valore della sua massa fallimentare durante le trattative” (*considerando 32 della Direttiva*).

A questa finalità rispondono le misure protettive e cautelari previste dagli artt. 6 e 7 del citato decreto, che solo in parte recepiscono modelli procedurali e caratteristiche sostanziali di istituti già noti alla materia concorsuale aventi analogo denominazione (dove nel prosieguo è indicato solo il numero dell’articolo e non il riferimento normativo si intenda quest’ultimo d.l. 118/2021).

2. Le misure protettive e cautelari: confronto con altri strumenti ed inquadramento sistematico

Dalle misure protettive di cui all’art. 168 (concordato preventivo) l.f. e all’art. 10 l. 3/2012 (accordi di composizione della crisi) quelle regolate dalla legge in commento si differenziano:

- per essere fruibili in una fase anteriore all’apertura della procedura concorsuale e dunque in un momento in cui il debitore è nella piena e libera disponibilità del suo patrimonio, essendogli consentito il compimento di atti di ordinaria e straordinaria amministrazione senza necessità di autorizzazione giudiziale e con piena efficacia nei confronti dei creditori;
- per non essere necessariamente strumentali all’apertura di una procedura concorsuale, bensì esclusivamente a favorire il buon esito di trattative fra privati, luogo privilegiato di confronto per il risanamento precoce dell’impresa; esse non sono dunque destinate a realizzare la massima soddisfazione dei creditori, bensì a porre i negoziati al riparo da iniziative opportunistiche o ostruzionistiche di questi ultimi, con il solo limite del “pregiudizio sproporzionato”.

Dalle misure protettive di cui sopra e da quelle di cui all’art. 182-*bis* (accordi di ristrutturazione) l.f. si differenziano:

- per essere potenzialmente selettive, ovvero destinate a limitare le iniziative di singoli creditori o categorie di essi (con espressa esclusione dei diritti di credito dei lavoratori);
- per essere destinate a salvaguardare non solo il patrimonio del debitore, ma più in generale il complesso dei beni produttivi organizzati dall’imprenditore, anche se di proprietà di terzi.

¹ Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019.

Dalle misure cautelari previste dall'art. 15 comma 8 l.f. si differenziano:

- per essere concesse su richiesta del debitore e non dei creditori o del pubblico ministero;
- per essere dunque strumentali anch'esse allo svolgimento delle trattative con i creditori ed al conseguimento del risanamento aziendale, analogamente alle misure protettive, e non ad assicurare provvisoriamente gli effetti di una procedura liquidatoria del patrimonio.

Pur facendo pendere l'ago della bilancia verso la tutela del debitore il legislatore ha tuttavia avvertito l'esigenza di un bilanciamento degli interessi coinvolti affidando al giudice il compito:

- tutelare i creditori e i terzi da potenziali abusi dello strumento protettivo e cautelare verificando, con l'ausilio dei professionisti coinvolti (l'esperto e l'ausiliario) l'effettiva esistenza delle condizioni per la loro concessione, ovvero l'esistenza di concrete prospettive di risanamento (*fumus boni iuris*) e la loro effettiva idoneità ad assicurare il buon esito delle trattative (*periculum in mora*);
- stabilire la durata delle misure non eccedente complessivamente, in caso di proroga, i duecentoquaranta giorni;
- modificare o revocare le misure quando sproporzionate rispetto al sacrificio che esse arrecano ai creditori o terzi che ne siano coinvolti.

Nella legislazione concorsuale, pur con le differenze dettate dalle peculiarità delle singole procedure, due sono i macro-modelli applicativi delle misure di protezione/conservazione del patrimonio del debitore:

- A) la concessione da parte del giudice su istanza dell'interessato (è il caso delle misure cautelari di cui all'art. 15 comma 8 l.f.; delle misure protettive del preaccordo di cui all'art. 182-*bis* comma 6 l.f.; delle misure protettive dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento);
- B) l'efficacia automatica a seguito di iscrizione nel registro delle imprese (c.d. *automatic stay*), su iniziativa dell'imprenditore, salvo il successivo potere di revoca da parte del giudice quando vengano meno i presupposti di ammissibilità della procedura strumentali o siano compiuti atti in frode (è il caso delle misure protettive del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l.f.*).

Il legislatore della composizione negoziata ha adottato per le sole misure c.d. protettive un terzo modello, che prevede come quello sub B) l'automatica produzione degli effetti protettivi, ma in via solo provvisoria, occorrendo una suc-

cessiva (ed urgente) conferma giudiziale tramite un procedimento giurisdizionale incidentale regolato secondo il rito cautelare uniforme².

Ne è derivato un più complesso *iter* introduttivo della tutela – già foriero di problemi applicativi all'indomani della riforma – caratterizzato da due fasi, una amministrativa ed l'altra giurisdizionale, fra loro indissolubilmente connesse e connotate da una scansione rigorosa di adempimenti urgenti, tutti incidenti sulla produzione e conservazione degli effetti protettivi.

Il modello descritto non si applica a tutte le misure protettive di nuovo conio.

Sono state infatti previsti particolari ulteriori misure di protezione del patrimonio e dell'impresa i cui effetti automatici, esattamente come nel modello sub B), conseguono alla mera iniziativa del debitore, indipendentemente da ogni sindacato giudiziale, e perdurano fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non ammettendo dunque né la conferma, né la revoca da parte del tribunale.

È il caso dell'inibitoria alla dichiarazione di fallimento (art. 6 comma 4) e dell'esenzione dell'imprenditore dall'osservanza degli obblighi di ricapitalizzazione per perdite superiori ad un terzo o al di sotto del limite legale e di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale (art. 8).

Parrebbe infatti che quelle da ultimo indicate non siano misure in senso proprio, bensì “vantaggi collaterali aggiuntivi”, in quanto esse non mirano a favorire il buon esito delle trattative, bensì lo stesso svolgimento alla procedura di composizione negoziata, la quale resterebbe inevitabilmente compromessa dallo spossessamento dell'imprenditore conseguente al suo fallimento o dal verificarsi di una causa di scioglimento della società con conseguente limitazione dei poteri gestori dell'organo amministrativo.

Quanto alle misure cautelari l'art. 7 ha preferito il modello sub A), prevedendone la concessione con provvedimento giudiziale e senza alcuna possibilità di produzione anticipata degli effetti.

Si riporta di seguito una tabella riassuntiva delle caratteristiche delle singole misure cautelari e protettive previste dalla normativa vigente in materia di crisi di impresa.

² Lo schema descritto differisce anche da quello pensato dal Codice della Crisi d'Impresa – sul punto non ancora entrato in vigore – per la composizione assistita della crisi, in cui l'analoga finalità di salvaguardia delle trattative per il risanamento dell'impresa non arriva sino al punto da consentire una produzione automatica degli effetti protettivi, occorrendo pur sempre l'adozione di un provvedimento giudiziale (art. 20 CCI che attribuisce peraltro la competenza alla sezione specializzata in materia di imprese).

Misure	Soggetto legittimato a chiederle	Efficacia	Durata	Destinatari
Cautelari <i>ex</i> art. 15 c. 8 l.f.	Creditore, P.M., Debitore (?)* *è discussa in dottrina la legittimazione del debitore	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Durata del procedimento prefallimentare. Sono caducate dal decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, ovvero revocate o confermate dalla sentenza di fallimento	Il debitore; Terzi titolari di beni strumentali all'esercizio dell'impresa
Protettive nel concordato preventivo <i>ex</i> art. 168 l.f.	Debitore	Automatica	Dalla data del ricorso all'omologa	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Protettive <i>ex</i> art. 161 c. 6 l.f. (preconcordato)	Debitore	Automatica	180 giorni compresa proroga	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Protettive negli accordi di ristrutturazione dei debiti <i>ex</i> art. 182- <i>bis</i> c. 3 l.f.	Debitore	Automatica	Sessanta giorni non prorogabili	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Protettive <i>ex</i> art. 182- <i>bis</i> c. 6 l.f.	Debitore	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Non oltre sessanta giorni non prorogabili, a cui si aggiunge il tempo compreso fra la pubblicazione dell'istanza del debitore ed il decreto di fissazione udienza (da tenersi entro trenta giorni)	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore. È possibile però concordare prelazioni volontarie.

Misure	Soggetto legittimato a chiederle	Efficacia	Durata	Destinatari
Protettive nelle convenzioni di moratoria <i>ex</i> art. 182- <i>octies</i> l.f.	Debitore	Non automatica, occorre comunicazione della convenzione di moratoria	Durata prevista dalla convenzione di moratoria	I singoli creditori anche non aderenti (se non oppositori o se l'opposizione abbia avuto esito sfavorevole) destinatari delle misure stabilite dalla convenzione
Protettive nell'accordo di composizione della crisi <i>ex</i> art. 10 c. 2 lett. c) L. 3/2012	Debitore	Non automatica, occorre il provvedimento giudiziale	Dalla data del decreto del giudice che le concede fino all'omologa	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Cautelari nel procedimento unitario <i>ex</i> art. 54 c. 1 CCI	Creditori, PM, Debitore, Organi di vigilanza e controllo	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Durata del procedimento unitario di regolazione della crisi	Il debitore; Terzi titolari di beni strumentali all'esercizio dell'impresa
Protettive nel procedimento unitario <i>ex</i> art. 54 c. 2 CCI	Debitore	Automatica ma provvisoria, occorrendo provvedimento confermativo del giudice	Non superiore complessivamente a dodici mesi (compresi i rinnovi e le proroghe) <i>ex</i> art. 8 CCI	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore
Protettive nella composizione assistita della crisi <i>ex</i> art. 20 CCI	Debitore	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Non superiore complessivamente a sei mesi (comprese le proroghe)	Tutti i creditori e i titolari di diritti su beni del debitore

Misure	Soggetto legittimato a chiederle	Efficacia	Durata	Destinatari
Cautelari dl 118	Debitore	Non automatica, occorre provvedimento giudiziale	Non superiore complessivamente a 240 giorni (comprese le proroghe)	I creditori o terzi titolari di diritti sul patrimonio del debitore che siano destinatari del provvedimento cautelare
Protettive dl 118	Debitore	Automatica ma provvisoria, occorrendo provvedimento confermativo del giudice	Non superiore complessivamente a 240 giorni (comprese le proroghe)	I singoli creditori o le categorie di creditori destinatari delle misure, i terzi che vantino diritti su beni strumentali all'esercizio dell'impresa, anche se appartenenti a terzi (es. l'immobile di proprietà del socio in cui è esercitata l'impresa; i beni concessi in leasing in caso di contratti già risolti anteriormente)

3. Misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021: tipicità ed atipicità

Resta da chiedersi, vista la suesposta identica finalità di misure protettive e cautelari e la comune iniziativa riservata all'imprenditore, la ragione della distinzione normativa fra i due strumenti non solo sul piano terminologico (e non definitorio, mancando nel d.l. 118 una norma che ne fornisca la nozione), ma anche procedurale.

Ebbene l'intervento giudiziale preventivo richiesto per i provvedimenti cautelari si giustifica a ben vedere per almeno due ragioni:

- la prima è che mentre le misure protettive sono tipiche e rappresentano un *numerus clausus*, sicché la discrezionalità dell'imprenditore nella fase di loro prima applicazione è ridotta sostanzialmente all'individuazione selettiva dei diritti/beni o dei creditori/categorie di essi su cui sono destinate ad operare, le misure cautelari sono invece atipiche ed innominate, e ciò impone una verifica rafforzata sull'effettiva loro strumentalità e direi opportunità rispetto agli scopi della procedura (buon esito delle trattative);
- la seconda è che mentre le misure protettive operano tendenzialmente nei confronti dell'universalità dei creditori, analogamente alle consimili previste nelle procedure concorsuali, o di una fetta più o meno ampia di essi che ne siano "interessati", le misure cautelari richiedono necessariamente nell'oggetto della domanda giudiziale l'individuazione del destinatario sui cui diritti o facoltà andrà ad "incidere".³

Tale ultima distinzione si riverbera anche sull'estensione dei poteri del giudice che, nel caso delle misure cautelari si limita alla concessione del provvedimento, mentre nel caso delle misure protettive, attraverso la "modifica", modella il sistema di protezione alle concrete esigenze della composizione negoziata in corso a seguito dell'audizione delle parti e dell'esperto.

Secondo alcuni interpreti le caratteristiche descritte potrebbero inoltre condurre a diverse soluzioni in ordine alla disciplina del contraddittorio. Ed infatti se non pare in alcun modo discutibile che il ricorso per la concessione misure cautelari debba essere notificato al singolo destinatario, per converso quello per la conferma delle misure protettive, soprattutto se generalizzate,

³ Vi è da chiedersi peraltro se anche le misure protettive possano riguardare soggetti terzi non creditori, come sembra consentire l'art. 7 c. 4, vale a dire soggetti che vantino ragioni di credito, ad esempio verso il socio, e che possano aggredire beni di proprietà di quest'ultimo destinati all'esercizio dell'impresa (si immagini l'immobile in cui è esercitata l'attività aziendale) o se una simile iniziativa protettiva debba passare necessariamente per le maglie procedurali più strette della tutela cautelare.

potrebbe prescindere dal rigoroso coinvolgimento processuale di tutti i creditori⁴.

La ritenuta tipicità delle misure protettive, in gran parte già note ai concorsualisti, esclude la necessità di esaminarle analiticamente, salvo doversi osservare che nel set di tutele possibili il decreto sulla composizione negoziata ha escluso quello consistente nella neutralizzazione degli effetti delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori all'apertura del procedimento, scelta verosimilmente giustificata (analogamente a quanto accade negli accordi di ristrutturazione) dalla natura negoziale e privatistica della procedura, che come detto non consente anticipazione di effetti tipicamente concorsuali, ragion per cui ritengo che tale esclusione difficilmente sia emendabile con il ricorso a misure cautelari.

Altra novità assoluta è la speciale protezione riconosciuta all'imprenditore dall'art. 6 comma 5.

La norma da ultimo richiamata stabilisce 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”*.

L'imprenditore che abbia in corso contratti sinallagmatici può dunque impedire ad uno o più contraenti la risoluzione di contratti rimasti in tutto o in parte inadempiti *ex latere debitoris* ed addirittura inibire l'autotutela contrattuale esperibile mediante eccezione di inadempimento o dichiarazione di decadenza dal beneficio del termine.

Si tratta a bene vedere di una tutela ben più ampia di quella che può essere conseguita con il concordato preventivo, procedura che ammette solo la sospensione o scioglimento dei contratti pregiudizievoli, ma non la prosecuzione coattiva di quelli favorevoli, tanto meno se inadempiti, e che appare più simile invece a quella prevista dall'art. 182-*septies* comma 8 l.f. per gli accordi di ristrutturazione e le convenzioni ad efficacia estesa, ma in questo caso a prescindere dal raggiungimento di qualsivoglia maggioranza.

Quanto ai provvedimenti cautelari, essendo essi atipici, appare del tutto superfluo, almeno in questa prima fase applicativa, tentare di fornirne un elenco anche solo esemplificativo, essendo peraltro assai verosimile che essi saranno particolarmente utilizzati per ottenere la sospensione (non già lo scioglimento, stante la loro natura appunto cautelare e provvisoria) di contratti pendenti non utili alla prosecuzione dell'impresa o addirittura dannosi, analogamente a quanto

⁴ La questione sarà approfondita nel prosieguo e la tesi confutata.

previsto dall'art. 169-*bis* l.f., essendo quest'ultima una cautela non rientrante nel perimetro delle misure protettive, che, come appena visto, attendono all'opposta finalità della conservazione dei contratti essenziali⁵.

Più utile appare dunque l'individuazione dei limiti estrinseci delle misure cautelari, onde poter selezionare in termini più generali le tutele incompatibili con le caratteristiche e/o la funzione che ad esse riconosce la legge.

E dunque può ben considerarsi che i provvedimenti cautelari:

- sono provvedimenti provvisori perché strumentali al buon esito di trattative e per questo motivo soggetti ad un termine di durata, sicché è da escludere che possano comportare un definitivo mutamento di una situazione giuridica in essere, come ad esempio lo scioglimento di un contratto o la rinuncia ad un credito;
- sono strumentali al solo svolgimento delle trattative e al loro buon esito, non già, o comunque non necessariamente, all'apertura di una procedura concorsuale, sicché è da escludere che essi consentano la produzione anticipata di effetti che trovano ragione nella tutela della *par condicio creditorum* (es. inefficacia delle ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori o restituzione di pagamenti ricevuti nel periodo sospetto);
- sono provvedimenti idonei ad incidere in termini inibitori su diritti di creditori e terzi onde preservare il patrimonio del debitore e i rapporti negoziali funzionali all'esercizio dell'impresa, ma non ad ottenere coattivamente l'esecuzione di nuove prestazioni, il conseguimento di utilità altrimenti non dovute o l'instaurazione di nuovi rapporti giuridici, sicché è da escludere la concessione di nuovi affidamenti bancari, l'erogazione di nuove prestazioni, la reviviscenza di contratti già risolti, ed, a me pare, anche il rilascio del DURC in assenza delle condizioni legittimanti⁶.

⁵ Va peraltro considerato che la previsione di un indennizzo, indicata come contropartita della sospensione dall'art. 169-*bis* l.f. risulta pienamente compatibile con la facoltà riconosciuta al giudice dall'art. 669-*undecies* c.p.c. di imporre al ricorrente una cauzione a copertura del danno arrecato alla controparte.

⁶ È noto che la regolarità contributiva deve ritenersi sussistente anche in caso di sospensioni nei versamenti a seguito di disposizioni legislative e che la giurisprudenza ha individuato, fra queste, l'ipotesi di apertura di una procedura concordataria (anche in bianco), che impedisce il pagamento dei debiti anteriormente scaduti; e tuttavia è agevole considerare che nel caso di accesso alla composizione negoziata della crisi l'imprenditore resta al contrario libero di eseguire i pagamenti così come espressamente stabilito dall'art. 6 c. 1.

4. Prime applicazioni e questioni procedurali

4.1. Deposito del ricorso prima della pubblicazione dell'istanza

Cosa accade se l'imprenditore presenta il ricorso per la concessione delle misure protettive prima della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza applicativa da eseguirsi unitamente all'accettazione dell'esperto?

La questione deriva dalla già richiamata struttura bifasica del procedimento di applicazione delle misure protettive, la cui efficacia immediata richiede:

A) l'adempimento di un obbligo amministrativo di pubblicità, consistente nell'iscrivere al registro delle imprese nel cui ambito territoriale si trova la sede legale un duplice atto: 1) l'istanza di applicazione delle misure protettive; 2) l'atto di accettazione dell'esperto (art. 7 comma 1);

B) l'adempimento di un onere processuale consistente nel deposito del ricorso per la conferma/modifica delle misure richieste dinanzi al giudice competente ai sensi dell'art. 9 l.f., da eseguirsi "lo stesso giorno" della pubblicazione sub A.

Va precisato, per completezza illustrativa, che la richiesta di applicazione delle misure protettive – cui inevitabilmente consegue la perdita di riservatezza della procedura evidentemente giustificata dalla compressione coattiva di diritti e facoltà dei creditori – può intervenire anche successivamente all'avvio del procedimento di composizione della crisi, quando cioè l'esperto abbia già accettato l'incarico.

A quelli sopra visti la legge aggiunge un ulteriore adempimento:

C) la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato da eseguirsi entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive.

Tanto premesso vi è da considerare che il ritardo nella compilazione dell'elenco degli esperti, all'interno del quale la commissione competente deve individuare il nominativo del professionista da incaricare, ha determinato la presentazione di ricorsi giudiziari (anche al fine di frenare istanze di fallimento) anticipati rispetto all'esecuzione dell'adempimento pubblicitario sopra richiamato.

Il caso è stato esaminato dal Tribunale di Brescia (decreto) 2 dicembre 2021⁷. Il tribunale brianzolo ha dichiarato inammissibile l'istanza atteso che alla data di deposito del ricorso non era ancora intervenuta la nomina dell'esperto e la sua

⁷ Pubblicato su ilfallimentarista.it, fasc. 15 dicembre 2021, con nota adesiva di F. CESARE, "La prima decisione sulle misure protettive: per la convalida occorrono pubblicazione e accettazione"; nonché su ildirittodellacrisi.it con nota adesiva di F. DE SANTIS "Istanza di conferma delle misure protettive e coeva pendenza delle procedure giudiziali pattizie: primi rompicapi interpretativi".

accettazione – non risultandone ancora la pubblicazione nel Registro Imprese – reputando che l'*automatic stay* consegue (sia pure in via provvisoria) solo all'assunzione delle funzioni e delle responsabilità dell'esperto.

Fra gli argomenti espressi a sostegno della tesi, oltre a quello letterale, secondo cui il ricorso va presentato “lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto”, il giudice ha enunciato due ulteriori motivi di carattere sistematico, ovvero che il procedimento di composizione negoziata “*può dirsi effettivamente avviato soltanto con l'accettazione dell'esperto, che di detto procedimento costituisce il motore, essendogli affidato il compito sostanziale di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa*”, nonché che fra i documenti da allegare al ricorso vi è, alla lett. f), “*l'accettazione dell'esperto*”.

Caso analogo è stato esaminato dal Tribunale di Palermo, nella sentenza n. 124/2021 del 29 novembre 2021⁸, nel respingere l'eccezione di inammissibilità della sentenza di fallimento in conseguenza della mera presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto.

Il collegio siciliano ha ritenuto che “*la pronuncia del fallimento non è preclusa finché l'imprenditore non abbia provveduto a pubblicare nel registro delle imprese l'istanza applicativa delle misure protettive così come previsto dall'art. 6 comma 4 d.l. 118/2021, pubblicità nella specie mancante per come evincibile dalla visura camerale aggiornata*”.

La soluzione adottata nei due precedenti giurisprudenziali richiamati, sia pur rigorosa nelle conseguenze che ne sono derivate, appare del tutto in linea con il dato normativo, che subordina l'efficacia delle misure protettive, compreso il divieto di pronunciare la sentenza di fallimento, alla pubblicazione dell'istanza da eseguirsi unitamente a quella dell'atto di accettazione dell'esperto.

Ne consegue che finché l'accettazione non vi sia stata, non essendo ovviamente consentito il chiesto adempimento pubblicitario, resta preclusa anche l'efficacia delle misure protettive.

Neppure è previsto in materia di composizione negoziata un meccanismo di nomina sostitutiva del professionista incaricato della gestione della procedura ad opera del giudice, così come invece consente l'art. 15 comma 8 l. 3/2012 per il caso di mancata costituzione dell'OCC.

Quanto alla possibilità che il giudice adito, in luogo della dichiarazione di inammissibilità, assegni un termine per la regolarizzazione, se del caso provvedendo all'immediata fissazione dell'udienza onde non far trascorrere il termine di dieci giorni di cui si dirà dopo, si tratta di soluzione poco condivisibile per le seguenti ragioni:

⁸ Pubblicato su ildirittodellacrisi.it.

- a) non tiene conto del fatto che le misure protettive non possono esistere al di fuori della procedura di composizione negoziata, a cui sono funzionali, il cui avvio coincide con la nomina dell'esperto, come si desume dall'art. 5 comma 5;
- b) non considera che l'imprenditore che deposita ricorso per la conferma di una misura che non ha ancora prodotto provvisoriamente i suoi effetti, in assenza di pubblicazione dell'istanza applicativa, dovrebbe essere ritenuto *ab initio* privo di interesse.

Non diversamente dovrebbe ragionarsi in caso di richiesta di concessione delle misure cautelari prima dell'accettazione dell'esperto, essendo esse necessariamente strumentali ad una procedura di composizione negoziata in atto.

E tuttavia poiché le misure cautelari non producono effetti provvisori potrebbe giungersi a diversa conclusione nell'ipotesi, che pare invero di scuola, in cui l'accettazione dell'esperto vi sia stata, ma l'imprenditore abbia semplicemente ommesso di eseguirne la pubblicità. In questo peculiare caso, oltre a doversi rilevare che vi è in effetti una composizione negoziata in atto, dovrebbe tenersi conto altresì del fatto che la misura è disposta in via esclusiva dal giudice e che la pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese non pare dunque necessaria a tutela delle ragioni del destinatario, venendone egli a conoscenza con la notifica del ricorso.

4.2. Omessa pubblicazione del numero di ruolo generale

Cosa accade se l'imprenditore non chiede alla camera di commercio la pubblicazione del numero di ruolo generale del procedimento instaurato entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive? Il rispetto di questo termine comporta cancellazione dell'iscrizione e perdita immediata di efficacia delle misure anche quando il ricorso giudiziale sia stato depositato?

Se non è stato depositato alcun ricorso per la conferma delle misure protettive la cui istanza sia stata tuttavia pubblicata, il creditore o un terzo interessato possono chiedere al giudice di dichiarare l'inefficacia delle misure e la cancellazione della pubblicità?

La pubblicazione del numero di ruolo generale del procedimento giudiziale promosso dall'imprenditore per la conferma/modifica delle misure di protezione assolve almeno a due finalità:

- informare i creditori e i terzi interessati della pendenza di una procedura giudiziale, onde consentire a questi ultimi in ogni tempo di intervenire e formulare eventuali contestazioni;

- creare una connessione indefettibile fra l'*iter* amministrativo e quello giurisdizionale in modo che il venir meno di quest'ultimo o la sua mancata instaurazione comporti la caducazione degli effetti provvisori delle misure protettive.

L'art. 7 comma 1, secondo periodo, stabilisce quanto segue “*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*”.

Ad una prima lettura la disposizione non pare contenere un'espressa previsione di inefficacia delle misure protettive conseguente all'inadempimento di questo obbligo di pubblicità.

Parrebbe dunque che una sanzione di tal fatta sia esorbitante nell'ipotesi in cui il ricorso giudiziale sia stato invero tempestivamente depositato e l'omissione in esame sia frutto di una mera dimenticanza, tanto più che nelle more potrebbe addirittura essere stato adottato un provvedimento giudiziale di conferma, che, come anche stabilito, va comunicato dalla cancelleria al registro delle imprese. In una circostanza del genere è verosimile che sarà consentito all'imprenditore di sanare l'irregolarità senza che gli effetti protettivi delle misure siano caducati.

La carenza informativa per i creditori derivante dall'omissione sarà a sua volta evitata laddove il giudice abbia ordinato comunque la notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza a tutti i creditori, tema sul quale ci soffermeremo in seguito.

Ben diverso è il caso in cui l'imprenditore si sia limitato ad avviare la procedura di composizione negoziata iscrivendo l'istanza di applicazione delle misure protettive, ma abbia poi omesso di rivolgersi al tribunale per ottenerne la conferma.

Una simile condotta può assumere i connotati di un abuso dello strumento, comportando il procrastinarsi di effetti protettivi provvisori al di fuori di un controllo giudiziale.

È tuttavia da escludere a mio giudizio che la soluzione all'inerzia dell'imprenditore sia il riconoscimento di una legittimazione dei creditori ad adire il tribunale al solo fine di ottenere la revoca immediata della misura, atteso che la legittimazione ad introdurre il procedimento di cui all'art. 7 è riconosciuta al solo imprenditore e che la capacità di agire in giudizio in sostituzione di altri richiede un'espressa previsione di legge (art. 81 c.p.c.).

L'interesse alla cancellazione, senz'altro esistente, potrebbe del resto essere garantito dall'instaurazione di un giudizio ordinario, senza che possa richiamarsi la speciale procedura di revoca prevista dall'art. 7 comma 6.

In realtà la soluzione all'abuso dovrebbe essere già nel sistema, benché si convenga con gli autori che hanno stigmatizzato la lunghezza del termine dell'a-

dempimento in commento, posto che è senza dubbio fra i compiti dell'esperto quello di vigilare sulle condotte abusive e/o fraudolente dell'imprenditore richiedendo l'immediata cancellazione dell'iscrizione *de qua*, avendo la stessa perso ogni ragion d'essere.

Consegue che ove il ricorso giudiziale non sia depositato, ma vi siano trattative effettivamente in corso, ben difficilmente occorrerà attendere il termine di trenta giorni per far cancellare, su iniziativa dello stesso imprenditore se del caso sollecitato dall'esperto, la formalità in questione, ferma restando la possibilità per i creditori o i terzi, decorso il termine indicato, di richiedere l'adempimento alla Camera di Commercio che non vi abbia provveduto d'ufficio.

4.3. Mancata fissazione udienza entro il termine di dieci giorni dal deposito del ricorso

Cosa accade se il giudice non fissa l'udienza entro dieci giorni dal deposito del ricorso? Come assicurare il rispetto di questo termine?

Una delle disposizioni maggiormente criticate dai primi interpreti è quella che prevede la caducazione automatica degli effetti protettivi nel caso in cui, pur avendo il debitore tempestivamente depositato il ricorso, il giudice non provveda alla fissazione dell'udienza entro il termine di dieci giorni (art. 7 comma 3).

Va detto che il meccanismo caducatorio, pur non trovando corrispondenze nella vigente disciplina processual-civiltistica, fa propria una scelta che è già stata assunta dal legislatore del codice della crisi di impresa nell'art. 55 c. 3 CCI (norma ancora non entrata in vigore), dove pure si fa dipendere la cessazione degli effetti protettivi delle misure dal puro e semplice ritardo nello svolgimento di un'attività giurisdizionale, questa volta consistente nella mancata conferma delle stesse entro il termine di trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese.

La *ratio* di questa disposizione, analogamente a quella del codice della crisi, è quella di assicurare il celere svolgimento della procedura, evitando che il procrastinarsi dei tempi della giustizia si rifletta a danno dei creditori con protrazione *sine die* degli effetti provvisori delle misure protettive.

Orbene, premesso che il termine di dieci giorni di cui all'art. 7 non è riferito né alla data dell'udienza da fissare, né tantomeno alla data di adozione dell'ordinanza modificativa/confermativa, bensì letteralmente alla data, evidentemente di deposito, del decreto di "fissazione dell'udienza", sembra del tutto incongruo che il mero decorso di questo arco temporale, invero assai esiguo ove si consideri l'inevitabile burocrazia sottesa all'attività di iscrizione a ruolo, si rifletta a danno dell'incolpevole imprenditore senza che vi sia stato alcun vaglio giudiziale sulla fondatezza del ricorso.

Senza voler entrare in questa sede nel merito della possibile violazione del principio del giusto processo, ci si limita a dare atto delle soluzioni prospettate, in un'ottica per così dire costituzionalmente orientata, al fine di evitare il ravvisato ingiusto pregiudizio per l'impresa da risanare, peraltro contrario allo spirito stesso della riforma.

Anzitutto l'ipotesi di rimessione in termini ai sensi dell'art. 153, comma 2 c.p.c. appare una scelta possibile, ma che sconta alcuni significativi ostacoli di sistema.

Ed infatti pur sussistendo il presupposto soggettivo dell'incolpevole decadenza e quello oggettivo del termine perentorio, non pare potersi trascurare che la perentorietà eccezionalmente riguarda l'ufficio e non la parte, sicché sarebbe abnorme ipotizzare una rimessione in termini del giudice. Un accorto creditore potrebbe contestare la perdurante efficacia delle misure già automaticamente caducate nonostante il decreto di rimessione in termini, se del caso impugnando l'ordinanza confermativa dinanzi al Collegio, avendo peraltro facile appiglio normativo anche nella previsione secondo cui le misure protettive già venute meno non possono essere concesse *ex novo* dal tribunale ma solo confermate o modificate.

Cosa accadrebbe poi se il giudice competente non provvedesse a dichiarare l'intervenuta decadenza per decorrenza del termine di dieci giorni, sul presupposto che un provvedimento di tal fatta, da adottarsi *de plano* e senza fissazione dell'udienza, è espressamente richiesto nel solo caso di tardivo deposito del ricorso, ma non in quello diverso di tardiva fissazione dell'udienza?

Ne sarebbero pregiudicati non solo l'imprenditore, privato della facoltà di chiedere la rimessione in termini o l'emissione di nuove misure, ma anche i creditori, ai quali il procedimento instaurato resterebbe di fatto ignoto.

La risposta ai problemi sopra evidenziati è stata allora ricercata da alcuni interpreti in una presunta equipollenza *iuris et de iure* fra la mancata fissazione dell'udienza ed il rigetto del ricorso (silenzio-dissenso), il che consentirebbe quanto meno al ricorrente di proporre reclamo nelle forme dell'art. 669-terdecies c.p.c., facendo valere in quella sede le ragioni di fondatezza del ricorso implicitamente disattese dal primo giudice.

La soluzione da ultima prospettata è a mio giudizio la più convincente, in quanto per un verso coerente con la lettera della norma laddove prevede l'immediata caducazione delle misure protettive in conseguenza dell'omessa fissazione d'udienza senza richiedere un esplicito provvedimento reiettivo, per altro verso con le esigenze di tutela del diritto di difesa dell'imprenditore, a cui si darebbe la possibilità di coltivare ulteriormente la domanda investendone il collegio entro il termine di quindici giorni dalla formazione del silenzio qualificato.

Venendo poi al caso di ricorso per conferma di misure protettive che contenga altresì richiesta di misure cautelari, il giudice adito che non provveda nel termine di dieci giorni alla fissazione dell'udienza, non potrebbe esimersi dall'adottare comunque il provvedimento di comparizione delle parti, atteso che la sanzione di inefficacia colpisce le sole misure protettive. In questo caso, non potendo ipotizzarsi un reclamo parziale, il debitore dovrebbe attendere l'esito del procedimento per proporre impugnazione al Collegio.

4.3.1. Approfondimento sui rimedi organizzativi e tabellari adottati dagli uffici per consentire l'immediata trattazione dei procedimenti *ex art. 7*

Le non poche criticità sopra rilevate suggeriscono di individuare delle soluzioni organizzative – eventualmente adottate unitamente alla variazione tabellare urgente che stabilisca i criteri di attribuzione dei procedimenti introdotti con ricorso cautelare *ex art. 7* – finalizzate a dare immediata notizia del ricorso al giudice designato, onde consentirgli la tempestiva adozione del decreto di fissazione udienza.

Va precisato che D.G.S.I.A., con recente modifica evolutiva, ha stabilito che il procedimento in esame sia iscritto nel registro della volontaria giurisdizione con assegnazione del codice oggetto "Misure protettive e cautelari (risanamento aziendale)" a cui è assegnato il n. 400404.

Fra le buone prassi adottate dagli Uffici si segnalano le seguenti:

- a) prevedere l'assegnazione automatica e non cartacea dei procedimenti iscritti con il suindicato codice oggetto;
- b) prevedere meccanismi di sostituzione automatica del giudice naturale che sia temporaneamente impedito per qualsiasi causa (ferie, congedi, malattia, corsi formativi ecc.);
- c) abilitare all'iscrizione a ruolo dei procedimenti *ex art. 7* (oltre che quelli *ex art. 10*) il personale amministrativo destinato al settore delle procedure concorsuali, che invece normalmente opera in ambiente SIECIC, se, come accade nella maggior parte degli uffici, la materia in esame è assegnata ai giudici delegati;
- d) invitare il personale di altre cancellerie che rilevi al momento dell'iscrizione la richiesta di conferma/modifica delle misure di protezione – indipendentemente dal corretto uso del codice oggetto da parte del ricorrente – a trasmettere immediatamente il fascicolo e gli eventuali atti cartacei alla cancelleria fallimentare, onde consentire l'individuazione del giudice tabellarmente competente, essendo eventuali atti di rimessione al presidente della sezione per incompetenza tabellare incompatibili con i ristretti tempi di adozione del provvedimento;

- e) stipulare protocolli con l'avvocatura onde favorire l'uso del corretto codice oggetto per l'iscrizione dei ricorsi in esame e l'apposizione dell'*alert* "istanza urgente";
- f) aprire un tavolo di confronto con la camera di commercio locale al fine di verificare la possibilità che al momento dell'iscrizione dell'istanza *ex art. 6* (che avviene solo nel momento in cui vi sia l'atto di accettazione dell'esperto) ne sia data notizia a mezzo pec alla cancelleria fallimentare, affinché, sulla base della partita iva dell'imprenditore, si attivi una ricerca su tutti i registri di cancelleria volta ad individuare il ricorso che lo stesso è onerato di depositare "il giorno stesso";
- g) con comunicazione del magistrato di riferimento dell'informatica informare i giudici incaricati di trattare la materia che l'applicativo *consolle del magistrato* consente di creare apposite cartelle/filtro per l'immediata individuazione dei fascicoli aventi il codice oggetto sopra menzionato.

4.4. Casi di rigetto del ricorso senza fissazione udienza

Il giudice deve necessariamente fissare l'udienza o può respingere l'istanza in limine? Può essere concesso un termine per l'integrazione documentale?

L'art. 7 comma 3 secondo periodo stabilisce che "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 prevista dal primo periodo".

È dunque riconosciuta al giudice, per evidenti esigenze di celerità volte ad evitare l'indebito procrastinarsi dell'efficacia provvisoria delle misure protettive, la facoltà di respingere *de plano* il ricorso, verosimilmente con decreto (non essendovi interlocuzione con le parti).

Il riferimento generalizzato al ricorso di cui al comma uno sembra far propendere per la tesi secondo cui il tribunale nel caso indicato debba sempre dichiarare l'inammissibilità, pur quando oltre alle misure protettive vi sia stata richiesta di concessione di misure cautelari; e tuttavia un'interpretazione sistematica dovrebbe portare a diversa conclusione, posto che per i provvedimenti del secondo tipo non si pone la medesima esigenza di celerità in quanto misure prive di efficacia provvisoria.

Una volta sdoganato un siffatto modulo definitorio semplificato⁹, che deroga allo schema procedimentale tipico del rito cautelare uniforme – in cui la fissazione udienza, diversamente dal rito camerale, costituisce un momento indefettibile

⁹ Del resto ad analoghe conclusioni si è giunti anche nel caso, in precedenza esaminato, di ricorso depositato prima della pubblicazione dell'istanza e dell'atto di accettazione della nomina.

– vi è da chiedersi se possano individuarsi altri casi di declaratoria di inefficacia *in limine*.

Ove si propenda per il carattere eccezionale della disposizione dovrebbe addivenirsi ad una risposta negativa al quesito, e tuttavia le medesime esigenze di immediata definizione del procedimento sottese alla richiamata disposizione potrebbero ravvisarsi almeno nei seguenti ulteriori casi:

- a) carenza documentale;
- b) pendenza di procedure concorsuali incompatibili con l'accesso alla composizione negoziata¹⁰;
- c) incompetenza del giudice adito.

La prima delle ipotesi enunciate pone l'ulteriore tema della possibilità di concedere, in alternativa, un termine per integrazione documentale, analogamente a quanto stabilito dall'art. 162 comma 1 l.f. per il concordato preventivo e dall'art. 9 comma 3-ter l. 3/2012 per l'accordo di composizione della crisi.

Non appare decisiva al riguardo la pronuncia resa dalla Corte di Cassazione che ha esteso all'accordo di ristrutturazione la disposizione dell'art. 162 comma 1 l.f., avendo il giudice di legittimità tratto argomento dalla comune natura concorsuale delle due procedure, nel caso in esame da escludere in quanto i tratti della concorsualità sono pacificamente estranei alla composizione negoziata¹¹.

Vi è da aggiungere che la concessione del termine per l'integrazione non accompagnato dalla contestuale fissazione dell'udienza potrebbe vanificare l'intento di salvare il ricorso laddove decorrano intanto i dieci giorni previsti per tale ultimo adempimento.

In senso contrario Trib. Brescia 2 dicembre 2021, che, nell'occuparsi dell'argomento, evidenzia come *“il beneficio dell'automatic stay previsto dall'art. 6 pone quale contraltare un onere di allegazione e collaborazione rafforzato dell'imprenditore fin dall'incipit del procedimento, dacchè si desume che l'incompleta produzione dei documenti richiesti dovrebbe produrre l'immediato arresto in rito del procedimento di conferma o modifica”*.

¹⁰ L'art. 23 stabilisce l'incompatibilità fra la procedura di composizione negoziata ed i ricorsi per omologa di adr, di concordato preventivo, di accordo di composizione e di liquidazione del patrimonio. Ne deriva, anche per ragioni di evidente incompatibilità, che la procedura de qua non può essere neppure attivata dall'impresa che abbia proposto istanza di autofallimento. Sarebbe dunque opportuno che il debitore assolva l'onere di dichiarare la non pendenza di tali procedure o che comunque la cancelleria lo attesti. Va soggiunto per completezza che dall'art. 6 c. 4 ricaviamo a contrario che può senz'altro chiedere le misure di protezione l'imprenditore nei cui confronti sia stata proposta e risulti pendente un'istanza di fallimento.

¹¹ Il riferimento è a Cass. 12 aprile 2018, n. 9087.

Venendo al caso sub b), relativo alla pendenza di procedure concorsuali incompatibili, appare invero rispondente ad esigenze di economia processuale consentire un' immediata dichiarazione di inammissibilità/improcedibilità del ricorso *ex art. 7*, trattandosi in tutta evidenza di una condizione processuale ostativa all'accesso alla procedura che non ammette margine di sindacato alternativo.

Piuttosto vi è da chiedersi, e sul punto sarebbe più che opportuno interloquire con il debitore istante e le parti, se il venir meno di una procedura concorsuale, per inammissibilità, revoca o annullamento o cessazione di effetti, precluda o meno la presentazione del ricorso; ed invero non è previsto, fra i presupposti legittimanti l'accesso dell'imprenditore alla procedura di composizione negoziata, quello del non aver avuto accesso a procedure concorsuali anteriormente.

Si occupa del tema, sia pure marginalmente, il già citato Trib. Brescia 2.12.2021, secondo cui "*in caso di mera rinuncia al concordato da parte del debitore il ricorso alle misure di protezione resta precluso, occorrendo al fine di rimuovere l'ostacolo processuale il provvedimento collegiale dichiarativo dell'improcedibilità/estinzione della procedura concorsuale*"; al riguardo è richiamato l'orientamento espresso da Cass. 7 dicembre 2020 n. 27936.

Infine, l'ipotesi sub c), relativa all'incompetenza del giudice adito, appare incompatibile con l'espressa regolamentazione della declaratoria di incompetenza contenuta nell'art. 669-*septies* c.p.c., a cui pure rinvia l'art. 7 sia pure nei limiti della compatibilità, sicché pare imporsi in tal caso la forma dell'ordinanza da adottare previa fissazione dell'udienza.

Una piccola digressione va fatta riguardo all'estensione del vaglio giudiziale al momento della presentazione del ricorso e della fissazione dell'udienza.

Trattasi indubbiamente di un sindacato completo, sia pure sommario e sulla base degli atti, ed afferisce:

- a) alle condizioni processuali per l'accesso quali il deposito tempestivo del ricorso, la pubblicazione dell'istanza nel registro imprese, l'insussistenza di procedure concorsuali in atto;
- b) alla completezza documentale;
- c) alla sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive per l'accesso alla tutela (sia pure con la precisazione che, in assenza della relazione dell'esperto, tale verifica pare debba arrestarsi al contenuto della dichiarazione di cui alla lett. e) avente valore di autocertificazione sulle prospettive di risanamento);
- d) in caso di richiesta di misure cautelare da disporsi inaudita altera parte si estenderà al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora* della misura richiesta.

4.5. La notifica del ricorso e del decreto di fissazione udienza

A chi devono essere essere notificati il ricorso ed il decreto di fissazione udienza? Con la notifica va trasmessa ai creditori anche la documentazione depositata dall'imprenditore? Che termine deve intercorrere fra la data dell'udienza e quella della notifica? Il ricorso va notificato ai lavoratori?

L'art. 7 comma 3 secondo periodo stabilisce che “il decreto è notificato dal ricorrente con le modalità indicate dal tribunale che prescrive, ai sensi dell'art. 151 c.p.c., le forme di notificazione opportune per garantire la celerità del procedimento”.

La norma citata si occupa solo delle forme della notifica, precisando che essa può essere effettuata anche con modalità diverse rispetto a quelle tipizzate dal codice di procedura civile e dalle altre norme di legge in materia (fra cui è naturalmente compresa dunque la notifica a mezzo pec), purché autorizzate dal giudice ed idonee ad assicurare la prova della consegna dell'atto e la conoscenza legale dello stesso da parte del destinatario a garanzia del diritto di difesa (Cass. 11 ottobre 2017, n. 23919).

Ne resta perciò esclusa tanto la notifica a mezzo posta elettronica ordinaria, quanto quella mediante deposito in cancelleria (Cass. 18 novembre 2019, n. 29851, che ha escluso la validità della notifica mediante deposito in cancelleria in caso di irreperibilità del destinatario all'indirizzo PEC utilizzato dal difensore per la notifica telematica).

Nulla si dice invece riguardo ai destinatari della notificazione.

Un qualche vago riferimento a questo diverso e centralissimo tema si ritrova nel quarto comma dell'art. 7 in cui si legge anzitutto che il giudice provvede “sentiti le parti e l'esperto” e quindi che se “se le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidono sui diritti dei terzi, costoro devono essere sentiti”.

Il tema, proprio a cagione del tenore letterale incerto della norma, è stato affrontato dai primi commentatori con soluzioni tutt'altro che coincidenti.

Secondo una prima impostazione la nozione di “parte” o di “creditore inciso” costituisce un sottoinsieme dell'elenco dei creditori fornito dal ricorrente, sicché il ricorso non andrà notificato a tutti i creditori, ma solo a quelli nei cui confronti la misura protettiva o cautelare va ad incidere, limitandone facoltà processuali o l'esercizio di diritti, gli unici che hanno un reale interesse a resistere.

Se questa conclusione appare *prima facie* condivisibile, essa tuttavia non fornisce una soluzione appagante perché non consente di individuare “in concreto” gli effettivi destinatari delle misure protettive o dei provvedimenti cautelari.

Ed infatti mentre i provvedimenti cautelari sono volti ad incidere su situazioni soggettive riferibili a singoli soggetti o comunque a soggetti ben individuati (si pensi alla sospensione di contratti pendenti), le misure protettive generalmente

schermano il patrimonio dell'imprenditore dalle iniziative di una pluralità indistinta di soggetti, come nel caso del divieto generalizzato di azioni esecutive e cautelari.

Si è dunque sostenuto che la notifica debba essere eseguita in questo caso esclusivamente nei confronti creditori che abbiano già intrapreso in precedenza iniziative cautelari, esecutive o fallimentari.

Sposa questa tesi una delle prime pronunce edite in materia, quella resa con ordinanza del Tribunale di Firenze del 29 dicembre 2021. Il giudice toscano, richiedendo il deposito della dichiarazione di cui all'art. 6 c. 2, ha disposto la notifica nei soli confronti di eventuali creditori che avessero agito in via cautelare o esecutiva, ovvero agito per la dichiarazione di fallimento, e ciò sul presupposto che le misure richieste dall'imprenditore avessero portata generalizzata e *“non riferita a determinati soggetti”*.

In realtà non si comprende la ragione per la quale non debbano avere rituale notizia del procedimento altri creditori che, benché non lo abbiano già fatto, pure potrebbero avere interesse ad intraprendere analoghe iniziative giudiziali.

Si è pure sostenuto che al fine di evitare l'allungamento dei tempi per l'instaurazione del contraddittorio, esteso alla generalità dei creditori, per lo meno in caso di misure protettive generalizzate si debba limitare la notifica ai soli creditori qualificati dall'art. 7 comma 2 lett. c), ovvero i primi dieci per ammontare del credito, essendo l'onere della loro individuazione, peraltro accompagnato dall'indicazione dell'indirizzo PEC, verosimilmente rivolto a definire l'area del contraddittorio necessario.

In realtà nessuna delle soluzioni prospettate appare in linea con il dato normativo, essendo invece più condivisibile la tesi di chi, prendendo atto dell'assenza di indicazioni in contrario, ha ritenuto che le esigenze di celerità della procedura siano recessive a fronte della tutela del contraddittorio, da assicurarsi dunque nei confronti della totalità dei creditori, con esclusione solo di quelli espressamente esentati da qualsivoglia limitazione, vuoi per legge (i lavoratori), vuoi per espressa volontà del debitore istante, e sempre che nel corso del procedimento non si ravvisi la necessità di una modifica che estenda l'operativa delle misure anche a costoro.

Il concetto di “parte” utilizzato dal legislatore non può che essere del resto desunto dall'art. 101 c.p.c., posta la natura giurisdizionale del procedimento di cui si discute, sicché “il giudice, salvo che la legge non disponga altrimenti, non può statuire su alcuna domanda, se la parte contro la quale è proposta non è stata regolarmente citata e non è comparsa”.

Tenuto conto di quanto sopra, di sicuro non possono considerarsi parte né i lavoratori, i cui diritti di credito non possono essere attinti dalle misure protettive, né, in caso di misure protettive selettive, i creditori o le categorie di essi che ne

sono stati esclusi. A tutti gli altri creditori ed ai terzi titolari di diritti in qualche modo limitati dalla misura cautelare o protettiva il contraddittorio andrà viceversa necessariamente esteso.

La superiore soluzione non pare ostacolare la celerità del procedimento nemmeno sotto il profilo della tenuta della decisione confermativa di misure protettive assunta in assenza di uno o più creditori.

La natura potenzialmente selettiva delle misure protettive ne consente la scindibilità, con la conseguenza che il creditore ingiustamente pretermesso potrà soltanto far valere la violazione del proprio diritto di difesa e l'inopponibilità della misura nei propri confronti, ma non già la nullità *erga omnes* della decisione sul presupposto della violazione del litisconsorzio necessario.

Un'ultima notazione va fatta a proposito della notifica al Pubblico Ministero.

Il carattere privatistico e la natura non concorsuale della procedura di composizione negoziata esclude il coinvolgimento necessario del Pubblico Ministero, salva naturalmente la facoltà di intervento di quest'ultimo laddove ravvisi una ragione di pubblico interesse.

Va rilevato, peraltro, che a diversa conclusione potrebbe giungersi nell'ipotesi in cui la procedura di composizione negoziata si innesti in un procedimento prefallimentare introdotto su iniziativa della Procura della Repubblica.

5. L'udienza ed il sindacato del giudice

In questo paragrafo occorre occuparsi del sindacato giudiziale e delle attività istruttorie che possono essere compiute ai fini dell'accoglimento o rigetto del ricorso introduttivo.

Si è già accennato delle verifiche che il giudice è chiamato a svolgere al momento della fissazione dell'udienza, sostanzialmente limitate alla legittimazione del ricorrente – peraltro estesa anche al piccolo imprenditore che non abbia raggiunto le soglie dimensionali di cui all'art. 1 l.f. nel triennio anteriore e all'imprenditore agricolo – all'assenza di condizioni processuali impeditive (competenza, tardività del deposito del ricorso, pendenza di procedure concorsuali incompatibili) e alla completezza documentale. Si è anche già affrontato al riguardo il tema della definizione del procedimento con decreto dichiarativo dell'inammissibilità.

Ogni alta indagine sulla sussistenza delle condizioni soggettive ed oggettive che consentono all'imprenditore l'accoglimento delle istanze cautelari e protettive proposte dovrà essere compiuta in udienza *“sentiti le parti e l'esperto e omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio”*.

La natura urgente del procedimento impone che l'udienza, da celebrarsi preferibilmente in videoconferenza, sia fissata in tempi brevi, benché non predefiniti dal legislatore¹², e dunque a mio giudizio non superiori a trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza nel registro dell'impresa onde evitare l'eccessivo procrastinarsi dell'efficacia provvisoria delle misure protettive.

Se poi vi sia stata concessione *inaudita altera parte* di misure cautelari l'udienza andrà fissata nei quindici giorni successivi, in applicazione del disposto dell'art. 660 sexies c.p.c..

Il giudice procede al compimento degli atti istruttori indispensabili in relazione ai provvedimenti richiesti, eventualmente nominando, ove occorra, un ausiliario; definisce eventuali ragioni di contestazione; decide con ordinanza che va comunicata dalla cancelleria al registro delle imprese entro il giorno successivo ed avverso la quale è ammesso reclamo al collegio nei termini e nei modi previsti dall'art. 669 terdecies c.p.c.

L'ordinanza del giudice che accolga il ricorso dell'imprenditore:

- conferma o modifica le misure protettive, eventualmente limitandole “su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto” a determinate iniziative intraprese dai creditori o a determinati creditori o categorie di essi;
- concede i provvedimenti cautelari;
- stabilisce la durata delle misure cautelari e protettive.

La prima domanda che occorre porsi riguarda le condizioni che dovranno essere accertate ai fini della concessione delle misure richieste.

La comune finalità della tutela cautelare e protettiva, di cui si è parlato nel paragrafo introduttivo della relazione, così come il rinvio del legislatore alla disciplina del rito cautelare uniforme, suggerisce di ritenere in linea generale che in entrambi i casi il sindacato del giudice si estenda al *fumus boni iuris* e al *periculum in mora*, declinati in funzione delle peculiari finalità del procedimento in esame.

Il *fumus boni iuris* è dunque la ragionevole probabilità di perseguire il risanamento in considerazione delle valutazioni compiute dall'esperto, anche all'esito del test pratico disponibile sulla piattaforma telematica, e dell'andamento delle trattative; il *periculum in mora* è il rischio che la mancata concessione delle misure richieste possa pregiudicare lo svolgimento ed il buon esito delle trattative.

Entriamo più nel dettaglio.

¹² Diversamente da quanto accade ad esempio per la procedura di concessione delle misure protettive nel corso delle trattative prodromiche alla conclusione dell'accordo di composizione della crisi (trenta giorni dal deposito dell'istanza v. art. 182-*bis* c. 6 l.f.).

5.1. Il *fumus boni iuris* ed il *periculum in mora*

Sulla necessità che il sindacato giudiziale debba estendersi alla verifica delle condizioni soggettive per l'accesso alla procedura di composizione negoziata, così come stabilite dall'art. 2 non pare possano esservi dubbi.

Occorre dunque senz'altro indagare sull'effettiva esistenza della situazione di squilibrio finanziario, economico e patrimoniale dell'impresa alla luce dei dati contabili e della relazione dell'esperto (che opportunamente potrà essere richiesta, ad integrazione della documentazione prodotta, già con il decreto di fissazione udienza), nella quale potranno essere illustrate le ragioni – basate evidentemente su elementi obiettivi ed accertabili ed indici di liquidità – da cui si desume che l'imprenditore, anche in via prospettica, corre il rischio di non poter far fronte in modo regolare alle obbligazioni pianificate.

Vi è da chiedersi se l'accesso alla tutela sia consentito anche ad imprenditori che abbiano superato la soglia della “probabile insolvenza” e versino in una condizione di insolvenza già in atto, eventualmente palesata da indici inequivocabili come la pendenza di procedure esecutive e fallimentari.

La lettera dell'art. 2 nel riferirsi alla probabilità della crisi o dell'insolvenza parrebbe escludere una simile eventualità, e tuttavia ulteriori riferimenti normativi di cui si darà subito contezza fanno propendere per una soluzione opposta.

Anzitutto deve darsi atto di quanto stabilito dall'art. 9 nel testo modificato dalla legge di conversione, ovvero che i poteri gestori dell'imprenditore, pur rimanendo liberi, stante l'assenza di ogni spossessamento benché solo attenuato, vanno esercitati entro margini di discrezionalità diversamente valutati in termini di regolare gestione a seconda che nel corso della procedura di composizione negoziata l'impresa versi solo in stato di crisi ovvero sia risultata insolvente; mentre nel primo caso le scelte gestionali devono essere orientate ad “evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività”, nel secondo caso vanno assunte “nel prevalente interesse dei creditori”.

Dalla lettera della norma si evince, senza margini di dubbio, che almeno l'insolvenza acclarata in corso di procedura non costituisce ostacolo al prosieguo della stessa.

E tuttavia ritengo, se non altro per ragioni di parità di trattamento, che anche l'impresa insolvente *ab origine* debba poter accedere alla composizione negoziata e dunque alla tutela cautelare e protettiva, tanto più necessaria in presenza di situazioni di inadempimento già in atto o addirittura di avvio delle tutele contrattuali o esecutive da parte dei creditori.

Altro indice normativo a favore della tesi che consente l'accesso delle imprese già in stato di insolvenza alla procedura di composizione negoziata è il disposto dell'art. 6 c. 5, nella parte in cui sancisce che l'istanza di applicazione delle

misure protettive può impedire l'esercizio dei poteri di autotutela negoziale delle controparti contrattuali quando si sia già verificato "il mancato pagamento dei loro crediti anteriori", a dimostrazione che l'incapacità di adempiere può essere una condizione preesistente all'apertura del procedimento.

Ciò che conta, come è stato giustamente osservato, non è tanto il livello di progressione negativa raggiunto dalla condizione di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario, ovvero la natura strutturale o solo temporanea l'inadempimento, bensì la possibilità concreta di risanamento e ristrutturazione del debito veicolata dalle trattative con i creditori, sia che essa si realizzi conservando all'imprenditore la titolarità dell'attività economica (continuità diretta), sia che si realizzi in via indiretta tramite il trasferimento dell'azienda o di singoli suoi rami a terzi (continuità indiretta).

Secondo questa ricostruzione diviene dunque essenziale che il giudice valuti con attenzione, sempre avvalendosi del contributo qualificato ed indipendente dell'esperto, il secondo perno della coppia di requisiti oggettivi indicati dall'art. 2, ovvero la "ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa".

Nel corso del procedimento si passa infatti dalla verifica formale dell'esistenza dell'autodichiarazione sulle prospettive di risanamento che l'imprenditore deve allegare al ricorso (art. 7 comma 2 lett. e) all'accertamento dell'esistenza di un "concreta prospettiva di risanamento", da effettuarsi sulla base delle attestazioni riservate all'esperto: quella di attendibilità della documentazione contabile; quella di affidabilità dei sistemi di allerta interna; quella di fattibilità del piano di risanamento che l'imprenditore avrà elaborato.

Vi è da chiedersi in che misura il giudice eserciterà il proprio sindacato sulle attestazioni dell'esperto, ma è verosimile che anche in questa sede si aprirà il dibattito sulla distinzione fra sindacato di fattibilità giuridica ed economica, quest'ultima suscettibile di negativa valutazione da parte del giudice nel caso di manifesta inidoneità del piano a realizzare gli obiettivi prefissi.

E non è difficile immaginare che su questo terreno andranno progressivamente a delinearci i compiti dell'ausiliario che il magistrato adito può nominare, professionista verosimilmente chiamato ad esprimere le proprie valutazioni sull'attendibilità di specifici dati contabili forniti dall'imprenditore e sull'effettiva possibilità di raggiungimento degli obiettivi intermedi stabiliti nel piano (*milestones*), ma non a svolgere, anche in considerazione dei tempi del procedimento, attività di verifica generalizzata delle componenti attive e passive del patrimonio tipiche delle funzioni del commissario giudiziale, né del buon andamento delle trattative, essendo a ciò preposto l'esperto.

Trib Firenze 29.12.2021 cit. ha ritenuto necessario analizzare "la ragionevole probabilità di ottenere il risanamento", nella specie vagliata attraverso il deposito di un "parere dell'esperto" avente ad oggetto: a) esito delle analisi di cui al test

pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento e delle motivate modifiche dallo stesso esperto apportate (nel caso di specie non era stato ancora redatto un piano di risanamento, bensì un previsionale/budget per i successivi tre anni); b) affidabilità e correttezza della situazione contabile aggiornata; c) completezza informativa; d) adeguatezza dell'assetto amministrativo della società sulla base delle informazioni acquisite dall'organo di controllo". Il Tribunale ha valutato inoltre la strumentalità delle misure al buon esito delle trattative potendo esse risultare pregiudicate dalle iniziative esecutive e cautelari e dall'acquisizione di prelazioni non consentite.

Occorre ora rispondere alla domanda relativa all'estensione del sindacato all'andamento delle trattative in corso ed al loro prevedibile esito, requisito non richiesto dall'art. 7 c. 4 ai fini della concessione delle misure protettive o dei provvedimenti cautelari.

Un vaglio sullo svolgimento delle trattative è previsto ad esempio nel caso delle misure protettive che assistono la fase preparatoria degli accordi di ristrutturazione (art. 182-*bis* comma 6 l.f.), ovvero nei casi di composizione negoziata della crisi che estendano effetti ai creditori non aderenti come per gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 182-*septies* l.f.).

Anzitutto vi è da dire che nella procedura qui in esame difficilmente potrà valutarsi la buona fede tenuta dall'imprenditore nello svolgimento dei negoziati atteso che essi, diversamente da quanto accade nell'omologa degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa (art. 182-*septies* l.f.), sono ancora in corso, mentre è più verosimile che il giudice verifichi che delle trattative si stiano effettivamente svolgendo e valuti la loro potenziale durata in considerazione della composizione del passivo e della omogeneità/disomogeneità delle categorie di creditori coinvolti.

Potrebbe ritenersi invece rilevante l'accertamento dell'esistenza di un'opposizione da parte di una fetta consistente dei creditori, posto che essa precluderebbe uno dei possibili esiti della procedura di composizione negoziata, vale a dire l'approdo ad una soluzione che preveda il consenso una maggioranza qualificata (accordo di ristrutturazione, concordato preventivo).

L'ipotesi descritta è regolata dall'art. 6 comma 9 lett. a) della Direttiva *Insolvency* che appunto prevede la possibilità di revoca delle misure protettive "se risulta evidente che una parte dei creditori che ai sensi del diritto nazionale può impedire l'adozione del piano di ristrutturazione non appoggia la continuazione delle trattative".

E tuttavia in assenza di analoga espressa previsione, come invece accade per esempio nella disciplina delle misure prodromiche alla presentazione di un accordo di ristrutturazione (c.d. preaccordo), appare difficile che in un simile scenario il giudice formuli una prognosi di esito negativo delle trattative e re-

spinga la domanda di concessione delle misure, tanto più che fra i possibili sbocchi della procedura *de qua* ve ne sono alcuni che prescindono da ogni regola maggioritaria (es. il contratto di composizione negoziata della crisi o il concordato semplificato). In ogni caso andrebbe diversamente valutata l'opposizione dell'Erario, pur se il credito erariale fosse al cinquanta per cento delle passività, dovendo tenersi conto della nuova regola del *cram down* fiscale.

La norma non menziona, infine, la rilevanza ostativa degli atti in frode alla concessione delle misure e questo costituisce un fuor d'opera rispetto alla normativa delle procedure di composizione della crisi; anzi pare che l'eventuale condotta fraudolenta non rilevi neppure ai fini della revoca delle misure già concesse, essendo essa conseguente esclusivamente all'inadeguatezza delle misure rispetto alla finalità di assicurare il buon esito delle trattative o la loro eccessiva ed ingiustificata lesività per gli interessi dei creditori.

Non mi pare però che possa escludersi un sindacato sulle condotte decettive dell'imprenditore che abbia tenuto nascosto ai creditori un qualche fatto essenziale alla conclusione degli accordi o abbia omesso di fornire all'esperto documentazione necessaria a ricostruire la sua situazione economica e patrimoniale. È verosimile che in tali casi spetti all'esperto segnalare la cosa eventualmente procedendo all'immediata archiviazione del procedimento di composizione negoziata.

Per espressa previsione normativa determineranno poi la revoca delle misure protettive e cautelari gli atti straordinari e i pagamenti compiuti in violazione delle prospettive di risanamento e delle trattative o pregiudizievoli ai creditori rispetto ai quali l'esperto abbia iscritto il proprio dissenso (art. 9 comma 5).

Irrelevanti sono infine gli atti in pregiudizio dei creditori compiuti prima della composizione negoziata. Ne costituisce dimostrazione il fatto che non è richiesta fra la documentazione da allegare al ricorso l'elenco degli atti compiuti nei cinque anni anteriori.

Venendo al *periculum in mora*, deve ritenersi a ben vedere che trattasi di un requisito declinato dalla normativa in esame in termini ben diversi da quelli tipici della materia cautelare, atteso che le misure di cui all'art. 7 non intendono soddisfare in via anticipata l'interesse sostanziale sotteso alla domanda, né proteggerlo cautelativamente onde evitare che esso sia pregiudicato dalla lunga durata di una successiva fase di merito a cognizione piena, bensì garantire la piena ed integrale soddisfazione di un interesse normalmente confinato nell'arco temporale di durata della misura, quello all'ordinata e positiva conduzione delle trattative.

È corretto dunque ritenere che sotto questo profilo il giudice sarà chiamato a svolgere un ruolo per così dire conformativo, quanto meno riguardo alle misure protettive, adeguandole alle concrete esigenze del negoziato in corso e bilanciando gli interessi in gioco, onde evitare che il sacrificio richiesto ai creditori

non sia eccessivo arrivando a configurare un vero e proprio ingiustificato pregiudizio (classico esempio è quello del creditore che possa subire una procedura di insolvenza a causa del ritardo nella soddisfazione del suo credito).

Ritengo che tale sindacato, espressamente previsto dal comma sesto in caso di apertura di una procedura di revoca delle misure concesse, possa essere anticipato già alla fase di prima deliberazione almeno con riferimento alle misure protettive, per le quali al giudicante è attribuito non solo il potere di conferma, ma altresì di “modifica”.

Ciò non vuol significare che al tribunale sia attribuito il potere di decidere *ultra petita partium*, ovvero concedendo una misura diversa da quella richiesta dall'imprenditore, atteso che deve trovare anche in questo procedimento pieno e puntuale rispetto il principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, ma appunto che le tutele da quest'ultimo invocate possano essere concesse anche solo in parte bilanciando i diversi interessi in gioco, verosimilmente già in questa fase rappresentati, sulla base di una valutazione di opportunità.

In sintesi il vaglio di proporzionalità potrà essere svolto in termini di accertamento del *periculum in mora* già nel corso dell'udienza di conferma delle misure, non essendovi ragione di dover attendere l'apertura dell'ulteriore procedimento incidentale di revoca o riduzione della durata previsto dal comma sesto.

6. Il ricorso *ex art. 7* in pendenza di prefallimentare

Ultimo tema oggetto di analisi è quello del coordinamento fra il procedimento per conferma o modifica delle misure di protezione e le procedure prefallimentari pendenti.

L'art. 6 comma. 4 stabilisce 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*”.

Giustamente dalla lettera normativa i primi interpreti hanno ricavato la conseguenza che la misura protettiva non determina la sospensione del giudizio prefallimentare, né impedisce il compimento di atti istruttori, ma costituisce soltanto una condizione ostativa all'accoglimento del ricorso per dichiarazione di fallimento, che peraltro potrà essere respinto ove si ravvisi *prima facie* la sua infondatezza.

Difficilmente ritengo sarà invece possibile dichiarare l'improcedibilità ai sensi dell'art. 15 c. 9 l.f. per mancato raggiungimento della soglia di trentamila euro di debiti scaduti ed insoluti atteso che la notizia della pendenza della procedura di composizione negoziata non potrà che determinare l'acquisizione degli atti ivi presenti, compreso l'elenco dei crediti insoddisfatti.

Il Tribunale di Palermo (sent. 124/2021 cit.) si è occupato della questione dell'inibitoria alla dichiarazione di fallimento conseguente alla mera presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto, ritenendo che il mancato adempimento degli oneri di pubblicazione dell'istanza ai sensi dell'art. 6 c. 2 impedisse il prodursi dell'effetto preclusivo.

Vi è peraltro da chiedersi se la mera pubblicazione dell'istanza *ex art. 6* nel registro delle imprese, laddove abbia ad oggetto la sola misura di cui si discute, sia di per sé sufficiente ad inibire la dichiarazione di fallimento senza che il debitore debba provvedere anche al deposito, nello stesso giorno, del ricorso giurisdizionale *ex art. 7* per la conferma.

La necessaria bifasicità del procedimento (amministrativo e giurisdizionale) che regola la provvisoria efficacia delle misure protettive farebbe propendere per la soluzione secondo cui il ricorso per la conferma giurisdizionale sia indispensabile anche in questo particolare caso, sicché in mancanza l'istanza di fallimento dovrebbe poter trovare accoglimento.

Per contro una siffatta interpretazione scontrerebbe l'inconciliabilità con il disposto letterale dell'art. 6 c. 4 che considera ostativa alla dichiarazione di fallimento la semplice pubblicazione dell'istanza, svincolando difatti l'efficacia di una siffatta protezione dall'assegnazione di un termine giudiziale di durata ed invece collegandola alla durata delle trattative, se avviate, o alla chiusura anticipata della composizione negoziata mediante archiviazione da parte dell'esperto ove non sussistano concrete prospettive di risanamento.

Laddove la soluzione da ultimo prospettata dovesse trovare accoglimento fra gli interpreti, non potrebbe tuttavia negarsi al giudice della prefallimentare il sindacato sull'effettivo svolgimento delle trattative con i creditori e la ragionevole probabilità che esse conducano al risanamento, rendendosi pertanto opportuna l'audizione dell'esperto. Egualmente il tribunale dovrà poter dichiarare il fallimento qualora ritenga sussistere gli estremi dell'abuso del processo.

Complessa è altresì la tematica relativa alla possibile concessione di misure cautelari richieste dai creditori o dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 15 comma 8 l.f., peraltro possibili anche laddove si opti per la tesi della sospensione del processo prefallimentare, giusta quanto previsto dall'art. 669-*quater* c. 2 c.p.c.

Potrebbe anzitutto sostenersi che tali iniziative, potenzialmente di ostacolo al sereno svolgimento delle trattative, sarebbero inibite dall'effetto di *automatic stay*, in quanto esteso ad ogni iniziativa cautelare, comprese quelle *extra ordinem* previste dalla legge fallimentare.

Per contro alcuni autori sostengono la diversità ontologica fra le misure cautelari in discorso, volte alla salvaguardia di un interesse sovraindividuale rispetto a quelle inibite dall'art. 6.¹³

In ogni caso dovrebbero restare efficaci le cautele già in precedenza concesse ed attuate (si pensi alla nomina di un custode del patrimonio), non operando lo schermo protettivo sul pregresso, sicché la sopravvenuta apertura delle trattative in seno alla composizione negoziata potrebbe essere al più circostanza da valorizzare ad opera del debitore al fine di richiedere una modifica o revoca del provvedimento al tribunale fallimentare.

La necessità di un coordinamento fra la procedura prefallimentare e quella per la conferma/modifica di misure protettive è evidente e potrebbe essere realizzata con opportuni provvedimenti tabellari che affidino la trattazione del ricorso *ex art. 7* al giudice delegato dal collegio all'istruttoria prefallimentare.

È da escludere tuttavia la riunione fra i due procedimenti, se non altro in considerazione della natura cautelare del rito regolato dal d.l. 118/2021.

Cionondimeno è indispensabile che la revoca delle misure conseguente al provvedimento di archiviazione sia trasmessa al giudice della prefallimentare, ovvero in caso di iniziativa assunta dal Pubblico Ministero che quest'ultimo sia destinatario della notifica del ricorso e del decreto di cui all'art. 7.

Quanto all'influenza della prefallimentare pendente sul termine di durata delle misure ed in particolare sulla loro proroga, non pare possa trarsene argomento dall'art. 161 u.c. l.f., che si riferisce alla procedura di preconcordato, sicché in ogni caso potrà giungersi alla concessione di un termine di durata complessiva pari a duecentoquaranta giorni.

Interessante è notare che la perdita degli effetti delle misure per decorso del termine di durata non dovrebbe provocare per ciò stesso, stando alla lettera dell'art. 6 comma 4, la ripresa del giudizio prefallimentare, essendo la cessazione dell'inibitoria connessa alla diversa condizione della "conclusione delle trattative", ovvero alla trasmissione della relazione dell'esperto ai sensi dell'art. 5 comma 8, nella quale si darà atto dell'esito positivo o negativo delle stesse.

¹³ Sul tema Trib. Catania 28 febbraio 2019, che ha ritenuto compatibile l'adozione delle misure cautelari *ex art. 15 c. 8 l.f.* con la pendenza di una procedura di concordato preventivo, essendo il divieto sancito dall'art. 168 c.p.c. funzionale ad evitare un'alterazione del principio della par condicio in pendenza di concordato, rischio non ipotizzabile per le misure cautelari rese in seno alla prefallimentare, anch'esse volte a preservare il concorso fra i creditori e l'integrità del patrimonio del debitore. Anche qui andrebbe però sottolineato che la procedura di composizione negoziata della crisi d'impresa è procedura non necessariamente finalizzata all'apertura di una procedura concorsuale e che le misure cautelari adottate ai sensi dell'art. 15 c. 8 l.f. potrebbero in effetti determinare un'alterazione degli equilibri delle trattative in corso.

La modifica dei contratti tra emergenza Covid e buona fede

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le sopravvenienze contrattuali e l'obbligo di rinegoziazione – 3. La buona fede quale fonte dell'obbligo di rinegoziazione – 4. La rinegoziazione e le vicende della pandemia da Covid-19 – 5. La rinegoziazione nella procedura di composizione negoziata.

1. Premessa

Come è noto, l'art. 10, comma 2, del d.l. 24 agosto 2021, n. 118, conv. in l. 21 ottobre 2021, n. 147, ha previsto, nell'ambito del procedimento di composizione negoziata della crisi, la possibilità di procedere alla "rinegoziazione" dei contratti di durata, e cioè dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita.

La disposizione in oggetto, infatti, dispone che *"l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda il tribunale assicura l'equilibrio tra le prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente"*.

La norma suddetta rappresenta, per molti versi, una novità nel nostro ordinamento, che non conosceva una regola generale di rinegoziazione e "riequilibrio" dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita. L'ambito applicativo della disposizione in esame, peraltro, appare alquanto limitato, posto che esso riguarderà soltanto le situazioni di eccessiva onerosità di una delle prestazioni conseguenti alle vicende della pandemia da Covid-19, escludendo quindi tutte le altre potenziali situazioni di disequilibrio derivanti da altre vicende non previste e non prevedibili al momento della conclusione del contratto.

Il fenomeno della rinegoziazione dei contratti (ed in particolare dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita), in presenza di vicende perturbative sopravvenute ed imprevedibili, tali da produrre uno squilibrio tra le prestazioni delle parti, peraltro, non è certo nuovo nel dibattito giuridico. Esso, anzi, torna periodicamente alla ribalta, in occasione di eventi eccezionali o considerati tali, quali crisi economiche sistemiche, improvvisi ammanchi di materie prime, ed in particolare di fonti energetiche, per ragioni di natura bellico-politica (gli esempi di scuola sono l'iperinflazione degli anni '20 del secolo scorso nella Germania di Weimar, la chiusura del canale di Suez a seguito della guerra dell'Inghilterra e della Francia con l'Egitto di Nasser, la crisi energetica del 1973 dopo la guerra del Kippur).

Anche in tempi più recenti, dopo la crisi economica degli anni 2008-2009, il problema è tornato ad interessare i giuristi, soprattutto quelli maggiormente interessati alle vicende del contratto¹.

Nella recente esperienza, la crisi globale determinata dalla pandemia Covid-19, ed i provvedimenti resisi necessari per arginarne gli effetti, hanno riaperto prepotentemente il dibattito in merito alla necessità di prevedere, in via normativa e con portata generale, un rimedio diretto all'adeguamento dei rapporti ad esecuzione prolungata nel tempo, in ipotesi di squilibrio tra le prestazioni dipendente da tale evento sopravvenuto ed imprevedibile.

Il fenomeno della rideterminazione delle condizioni contrattuali, d'altronde, non è certo sconosciuto nel nostro ordinamento: basti pensare alla riduzione ad equità della clausola penale (art. 1384 c.c.), all'ipotesi dell'impossibilità parziale (art. 1464 c.c.), alla revisione del prezzo dell'appalto in caso di aumento non prevedibile del costo dei materiali o della mano d'opera (art. 1664 c.c. – art. 106 d.lgs. 18.4.2016, n. 50, in tema di appalti pubblici), alle sopravvenienze in tema di contratto di affitto (art. 1623 c.c.), alle norme in tema di *ius variandi* nei contratti bancari (art. 118 d.lgs. 1.9.1993, n. 385). Sotto altro profilo, possono assumere rilevanza le condizioni patrimoniali del debitore: basti pensare all'art. 1461 c.c., a mente del quale ciascuna parte contrattuale può sospendere l'esecuzione della prestazione a suo carico, se le condizioni patrimoniali dell'altro contraente non sono più tali da garantire l'esecuzione della controprestazione.

Ancora, nella disciplina generale sulla risoluzione dei contratti per eccessiva onerosità sopravvenuta, la parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla, "*offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto*" (art.

¹ V., per tutti, l'importante saggio di F. MACARIO, Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi, in *Giust. civ.*, 2014, 3, 825 ss. V. anche T. MAUCERI, Sopravvenienze perturbative e rinegoziazione del contratto, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 1095 ss.

1467, comma 3, c.c.), con un riequilibrio, pertanto, che opera non in via diretta o comunque su richiesta della parte eccessivamente onerata, ma in virtù di eccezione della parte che si trova avvantaggiata dalla modificazioni del rapporto contrattuale in forza di avvenimento straordinari ed imprevedibili.

2. Le sopravvenienze contrattuali e l'obbligo di rinegoziazione

Il problema della rideterminazione delle condizioni contrattuali rientra nel più ampio tema della "revisione" del contratto, e coinvolge, più in generale, la riflessione sull'ampiezza e sui limiti dell'autonomia privata.

Lo scenario in cui si colloca tale riflessione è quello della disciplina delle sopravvenienze e della ripartizione del "rischio contrattuale", e quindi del rapporto tra i principi espressi, da un lato, dal brocardo "*pacta sunt servanda*", e, dall'altro, dal brocardo "*rebus sic stantibus*", con, sullo sfondo, la problematica dell'incidenza del fattore tempo sull'esecuzione del contratto². In tale contesto, si pone il problema della configurabilità, in capo alla parte che si trova avvantaggiata dal mutamento delle condizioni economiche esistenti al momento della conclusione del contratto, di un obbligo generale di "rinegoziazione" del contratto, e, inoltre, l'ulteriore problema del contenuto di tale obbligo.

La disciplina delle sopravvenienze contrattuali, e quindi delle conseguenze giuridiche del mutamento delle circostanze economiche esistenti al momento della conclusione del contratto nei rapporti di durata, costituisce una peculiarità, nonché un'innovazione, del codice civile del 1942, che ha previsto la possibilità di risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta³.

La ragione dell'introduzione di tale disciplina va senza dubbio ricercata nella situazione economica in essere in quegli anni, con la inevitabile "crisi" legata alle conseguenze delle vicende belliche, fortemente incidenti sull'economia e sui contratti soprattutto in Italia e in Germania. Sotto altro profilo, un ruolo importante per la creazione di tali regole lo ha avuta l'unificazione dei codici,

² La questione delle sopravvenienze ha interessato la civilistica italiana sin dagli albori del XX secolo. Si vedano, ad es., gli studi di G. OSTI, La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel suo sviluppo storico, in Riv. dir. civ., 1912, 1, e Appunti per una teoria della "soppravvenienza". La così detta clausola "rebus sic stantibus" nel diritto contrattuale odierno, in Riv. dir. civ., 1913, 471 e 647. Più di recente, importantissimo il testo di M. BESSONE, Adempimento e rischio contrattuale, Milano 1970, spec. 343 ss. V., inoltre, G. ALPA – M. BESSONE – E. ROPPO, Rischio contrattuale e autonomia privata, Napoli, 1982; G. ALPA, Rischio (dir. vig.), in Enc. dir., XL, Milano 1989, 1044; P. GALLO, Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto, Milano, 1992.

³ F. MACARIO, Le sopravvenienze, in V. ROPPO (diretto da), I rimedi, Trattato del contratto, Milano, 2006, V, 2, 590 ss.

con la scomparsa del codice di commercio e la c.d. “commercializzazione” del diritto civile, consistita, tra l’altro, anche nell’inserimento di norme o gruppi di norme, ordinate in apposite sezioni, di indubbia provenienza gius-commercialistica. Nella logica del contratto commerciale, strumento dell’attività d’impresa, sembrava quindi necessario prevedere delle norme specifiche per i contratti di durata, posto che l’attività d’impresa si concretizza, per l’appunto, proprio nella conclusione di contratti, molti dei quali “a lungo termine”, per i quali, quindi, era necessario prevedere nuove regole sulla ripartizione dei rischi durante la fase esecutiva, in relazione alla modificazione della situazione socio-economica esistente al momento della conclusione del contratto.⁴

La disciplina in questione, seppure certamente importante per la considerazione che attribuisce, nei rapporti di durata (contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita), agli accadimenti successivi alla conclusione del contratto, allorché tali accadimenti determinino un rilevante squilibrio tra le prestazioni contrattuali, ha comunque il limite di prevedere soltanto rimedi di tipo “demolitorio”, con l’unica eccezione della già vista possibilità di offerta di *reductio da aequitatem* della parte nei cui confronti viene chiesta la risoluzione. In sostanza, la scelta del legislatore ha preso sì in considerazione le sopravvenienze per escludere l’esigibilità della prestazione in presenza di una modificazione talmente rilevante da determinare un eccessivo squilibrio tra le prestazioni, ma non si è spinta fino ad intervenire sul contenuto del contratto, ritenendo, evidentemente, che un tale intervento potesse essere rimesso esclusivamente all’autonomia delle parti, e qualunque ingerenza giudiziale sul contratto in corso sarebbe stata contraria al principio della libertà negoziale; e proprio per il rispetto di tale volontà si giustifica, allora, la possibilità, per la parte che si è avvantaggiata del mutamento delle condizioni contrattuali successivamente alla conclusione del negozio, di offrire la riduzione ad equità delle condizioni contrattuali, trattandosi, in tal caso, di una modificazione “volontaristica”, in quanto fondata comunque sull’adesione delle parti.

La disposizione di cui all’art. 1467, comma 3, c.c., tuttavia, per il suo carattere residuale ed eventuale, non riesce a coprire appieno le esigenze di gestione delle sopravvenienze contrattuali, soprattutto nell’ambito dell’attività d’impresa. D’altro canto, come si è detto, il fenomeno della revisione del contratto in corso di esecuzione non è del tutto estraneo al nostro ordinamento, essendo previsto in specifiche norme del codice civile e con riferimento a singoli contratti.

⁴ Sulla nota teoria economica secondo la quale l’attività (e la stessa “natura”) di impresa non è, in punto di fatto, scindibile dalla conclusione di contratti a lungo termine, v. R. COASE, *La natura dell’impresa*, in *Impresa, mercato e diritto*, Bologna, 1995, 79 ss. Sul punto, F. MACARIO, *Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi*, cit., 837.

Appare opportuno allora confrontarsi, per provare a percorrere nuove strade nell'analisi del problema dello squilibrio sopravvenuto nei contratti di durata, con gli altri ordinamenti, e con le soluzioni adottate dai principi sovranazionali di armonizzazione del diritto contrattuale.

Un ruolo molto importante hanno, sul punto, i principi UNIDROIT sul diritto contrattuale, ed i PECL (*Principles of European Contract Law*) per i paesi dell'Unione Europea. Si tratta di regole e principi elaborati da giuristi ed accademici, che non hanno efficacia vincolante per i Paesi che hanno aderito alle organizzazioni che li hanno elaborati (per questo vengono definiti di "*soft law*"), ma che costituiscono comunque una base scientifica sia per eventuali modifiche normative all'interno dei singoli Stati membri, sia per l'interpretazione e l'elaborazione giurisprudenziale da parte delle corti interne.

I principi UNIDROIT del 2010, in particolare, contengono una specifica disciplina dell'*hardship*, che si realizza (art. 6.2.2.) "*quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto; (c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata*".

In base al successivo art. 6.2.3 (Effetti dell'*hardship*) "*(1) In caso di hardship la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di hardship, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio*".

Una disciplina analoga è prevista anche dai PECL (ultima versione 2002), che all'art. 6:111 (ex art. 2:117), rubricato *Change of Circumstances*, così dispone: "*345(1) A party is bound to fulfil its obligations even if performance has become more onerous, whether because the cost of performance has increased or because the value of the performance it receives has diminished. 346(2) If, however, performance of the contract becomes excessively onerous because of a change of circumstances, the parties are bound to enter into negotiations with a view to adapting the contract or terminating it, provided that: 347(a) the change of circumstances occurred after the time of conclusion of the contract; 348(b) the*

possibility of a change of circumstances was not one which could reasonably have been taken into account at the time of conclusion of the contract, and 349(c) the risk of the change of circumstances is not one which, according to the contract, the party affected should be required to bear. 350(3) If the parties fail to reach agreement within a reasonable period, the court may: 351(a) terminate the contract at a date and on terms to be determined by the court; or 352(b) adapt the contract in order to distribute between the parties in a just and equitable manner the losses and gains resulting from the change of circumstances. 353 In either case, the court may award damages for the loss suffered through a party refusing to negotiate or breaking off negotiations contrary to good faith and fair dealing”.

Come si vede, in entrambi i sistemi si prevede l'introduzione, in capo alle parti contrattuali, di un “obbligo di rinegoziazione”, allorché la prestazione di una di esse sia diventata eccessivamente onerosa successivamente alla conclusione del contratto, e tali eventi non potevano essere ragionevolmente previsti. L'adempimento di tale obbligo, peraltro, non determina di per sé l'adesione alla proposta di rinegoziazione proveniente dalla parte maggiormente onerata, ma soltanto il dovere di collaborare con la controparte nella ricerca di una intesa, e di non rifiutare proposte che, secondo buona fede, devono essere considerate “ragionevoli”.

Volgendo lo sguardo verso altri ordinamenti a noi vicini, il fenomeno della rinegoziazione è stato oggetto di importanti modificazioni del diritto contrattuale sia in Germania che in Francia.

In Germania, con la riforma del diritto delle obbligazioni e dei contratti del 2002, è stato modificato il par. 313 del BGB, dedicandolo proprio all'adeguamento del contratto. In base al nuovo testo della disposizione, “(1) Se le circostanze divenute fondamento del contratto si sono con grave incidenza modificate dopo la conclusione del contratto e le parti non avrebbero concluso il contratto o l'avrebbero concluso con un diverso contenuto se avessero previsto tali mutamenti, può richiedersi l'adeguamento del contratto qualora non possa pretendersi che la parte resti vincolata al contratto immutato, avuto riguardo a tutte le circostanze del singolo caso, ed in particolare alla distribuzione contrattuale o legale del rischio. (2) Ad una modifica delle circostanze è da parificare il caso in cui rappresentazioni sostanziali del singolo caso in cui rappresentazioni sostanziali, divenute fondamento del contratto, si rivelino false. (3) Se un adeguamento del contratto non è possibile o non può pretendersi da una parte, la parte svantaggiata può recedere dal contratto”.

La norma in questione, pur senza esplicitare chiaramente l'esistenza di un obbligo di rinegoziazione nel procedimento che conduce all'adeguamento del contratto, ha comunque sostanzialmente confermato e, in un certo senso, codificato l'elaborazione giurisprudenziale ormai secolare, in precedenza affidata

alle potenzialità operative della clausola generale di buona fede, sviluppate dalle numerose elaborazioni teoriche della dottrina della *Geschäftsgrundalage*.

Anche in Francia, di recente, è stato introdotto l'obbligo generale di rinegoziazione dei contratti: il nuovo testo dell'art. 1195 del *code civil*, infatti, come modificato nel 2016, prevede che *“Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation. En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe”*.

Il sistema complessivo che emerge da tali regolamentazioni è quello, quindi, dell'esistenza di un obbligo generale, per le parti di un contratto di durata, di procedere alla rinegoziazione dei contratti, in presenza di circostanze sopravvenute che abbiano modificato radicalmente le condizioni economiche esistenti al momento della conclusione del contratto, con la possibilità, inoltre, di adire il giudice per ottenere una pronuncia che, pur senza sciogliere il contratto, lo modifichi e ne ridetermini il contenuto.

È evidente, allora, come l'obbligo di rinegoziazione si atteggi come un dovere di collaborazione della parte avvantaggiata nel trovare una soluzione concordata che riporti ad equità il contratto, e nel dovere di non rifiutare proposte ragionevoli di modifica del rapporto tra le prestazioni. Trattasi, in sostanza, di un obbligo consistente nella “disponibilità a trattare”, e nel non rifiutare proposte eque e coerenti con i nuovi presupposti economici del contratto. In entrambi i casi, allora, l'obbligo in questione ben può dirsi manifestazione del dovere generale di buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), da intendersi come fonte integrativa del contenuto del contratto, e quindi fonte di obbligazioni ulteriori rispetto a quelle rientranti in detto contenuto.

Proprio in questo contesto si inserisce, anche in Italia, il d.d.l. n. 1151 del 2019, con il quale si autorizza il Governo a *“prevedere il diritto delle parti dei contratti divenuti eccessivamente onerosi per cause eccezionali e imprevedibili di pretendere la loro rinegoziazione secondo buona fede o, in caso di mancato accordo, di chiedere in giudizio l'adeguamento delle condizioni contrattuali in modo che sia ripristinata la proporzione tra le prestazioni originariamente convenuta tra le parti”*. L'obiettivo della riforma è l'introduzione di un diritto alla rinegoziazione secondo buona fede: emerge la centralità del dovere di buona fede, la cui violazione consente di attivare il rimedio per l'insuccesso della rinegoziazione.

3. La buona fede quale fonte dell'obbligo di rinegoziazione

La buona fede nell'esecuzione del contratto, come è noto, opera come fonte di integrazione del contenuto del negozio, entro i limiti in cui ciò non comporti un apprezzabile sacrificio⁵.

In particolare, con riferimento alla rinegoziazione in presenza di sopravvenienze che abbiano mutato l'equilibrio delle prestazioni nei rapporti di durata, il solo fatto di partecipare ad una trattativa di rinegoziazione, naturalmente, non implica alcun apprezzabile sacrificio per la parte che si trovi ad essere avvantaggiata in un rapporto di durata. Ma anche l'accettazione di proposte di modifica "ragionevoli", e quindi giustificate dalla nuova situazione economica venutasi a creare in forza di accadimenti straordinari ed imprevedibili rispetto al momento della conclusione del contratto, non determina un apprezzabile sacrificio per la parte avvantaggiata, perché si tratta, in sostanza, di riportare le prestazioni ai (nuovi) "valori di mercato", rideterminando l'equità contrattuale venuta meno, ed evitando che la stessa parte si approfitti della situazione di vantaggio che si è venuta a creare in danno della controparte incolpevole.

Proprio la clausola generale di buona fede, allora, ha rappresentato nella giurisprudenza italiana lo strumento attraverso il quale poter configurare, in via generale, un obbligo di rinegoziazione del contratto, in assenza di una disciplina generale di gestione del rischio delle sopravvenienze contrattuali.

Si tratta di una soluzione che, evidentemente, si pone sulla scia di posizioni dottrinali volte a valorizzare la buona fede a garanzia di un comportamento corretto nella fase di esecuzione del contratto, e che peraltro trova una sua importante eco nell'obbligo di solidarietà e nel principio di eguaglianza sostanziale, che hanno le loro radici nella Carta costituzionale, in particolare agli artt. 2-3 Cost.⁶

⁵ La definizione è quella classica di C.M. BIANCA, *Diritto civile. 3. Il contratto*, Milano, 1984, 472.

⁶ V., tra le prime pronunce che hanno riconosciuto rilevanza alla buona fede quale fonte dell'obbligo di rinegoziazione, Cass. 20 aprile 1994, n. 3775, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 852, secondo cui la clausola generale, inserita nei confronti "per la conduzione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale" e "per la locazione degli stabilimenti termali" conclusi dal comune di Fiuggi con un privato, che, attribuendogli "piena libertà" di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la valutazione monetaria, impedendo allo stesso Comune di conseguire anche l'adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la *regula iuris* del caso concreto, determinando, integrativamente il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione; v. inoltre Cass. 24.9.1999, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, I, 2929, in base alla quale il potere di ridurre la penale pattiziamente prevista può essere esercitato d'ufficio, rinvenendo le proprie basi nel principio di solidarietà e nell'obbligo di buona fede e correttezza.

Ora, la tesi dottrinale che rinviene la fonte dell'obbligo di rinegoziare nel principio di buona fede, operante nelle diverse fasi della vicenda contrattuale, trova la sua logica nelle caratteristiche dei rapporti di durata, finalizzato a raggiungere un determinato risultato concreto in un certo lasso di tempo (risultato non altrimenti raggiungibile, se non mediante una siffatta strutturazione del contratto). Rapporti di siffatta natura, pertanto, implicano necessariamente l'obbligo reciproco dei contraenti, di trattare le condizioni della modificazione del rapporto, indipendentemente dalla ricorrenza di tutti i requisiti di cui all'art. 1467 c.c. Secondo tale impostazione, dunque, facendo anche leva sull'art. 1366 c.c. (buona fede quale criterio di interpretazione del contratto), in un contratto a lungo termine sarebbe possibile ipotizzare la comune intenzione delle parti di rivedere, adeguare o modificare l'assetto contrattuale al variare della situazione economica, ove le condizioni pattuite non rispondano più alla logica economica sottesa alla conclusione del contratto⁷. In sostanza, ai sensi dell'art. 1366 c.c. deve ritenersi che le parti, se ne fossero state a conoscenza, avrebbero comunque trattato sulla base delle condizioni sopravvenute, dal momento che sarebbe stata irragionevole una negoziazione impostata su una situazione di mercato non rispondente alla realtà. Pertanto, in questi casi, il rifiuto di rinegoziare, o di accettare, comunque, proposte di modifica ragionevoli e coerenti con la nuova situazione economica, sarà considerato quale comportamento opportunistico e quindi non tutelato dall'ordinamento. Si tratta, quindi, di una ricostruzione che porterebbe ad abbandonare le categorie classiche del *pacta sunt servanda*, ponendosi sulla scia di chi, in una prospettiva caratterizzata dall'approccio socio-economico ai problemi giuridici, arriva a sostituire la logica egoistica dell'*advantage taking*, che favorisce il contraente avvantaggiato dalle condizioni pattuite, quella cooperativa della *sharing and cooperation*, per la quale, invece, è necessario che le parti contribuiscano lealmente a superare le sopravvenienze di fatto e di diritto incidenti sull'equilibrio del contratto⁸.

4. La rinegoziazione e le vicende della pandemia da Covid-19

Il fenomeno della rinegoziazione non ha, in linea teorica, grande spazio di applicazione nella gestione della crisi d'impresa. In tempi normali, infatti, la crisi può derivare da svariate cause (gestionali, di mercato, di accesso al credito, ecc.), ma non da avvenimenti imprevedibili o straordinari, tali da rendere un contratto

⁷ F. MACARIO, Adeguamento e rinegoziazione, cit., 313.

⁸ In questo senso F. MACARIO, Regole e prassi della rinegoziazione al tempo della crisi, cit., 853.

eccessivamente oneroso per l'imprenditore. Proprio per questo l'insolvenza o la crisi di una delle parti contraenti, in linea generale, può determinare la continuazione dei contratti di durata o il loro scioglimento (*ex lege* o in virtù di scelta degli organi della procedura), in funzione anche delle esigenze della procedura ovvero, nel concordato preventivo, delle necessità del programma di risanamento, ma non si era mai parlato finora di possibilità di rinegoziazione, ovvero di obbligo di rinegoziare per la parte non insolvente.

Peraltro, anche dal punto di vista dogmatico, la materia interessa, più che i concorsualisti, i civilisti classici, trattandosi di tema prettamente di diritto contrattuale, in cui lo squilibrio sopravvenuto delle prestazioni viene in rilievo a prescindere da situazioni di crisi o di insolvenza; ed infatti, non a caso, la disciplina dell'eccessiva onerosità, e della rinegoziazione di singoli contratti, è prevista nel codice civile, non già nella legge fallimentare.

Anche il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (d.lgs. 12.1.2019, n. 14), peraltro, non affronta il tema della rinegoziazione, lasciando sostanzialmente invariata la disciplina dello scioglimento dei contratti nella procedura di liquidazione giudiziale rispetto al fallimento, ovvero nella procedura di concordato preventivo.

È un dato di fatto, peraltro, che il baricentro del diritto concorsuale si è spostato, negli ultimi anni, nella valorizzazione delle procedure di risoluzione concordata della crisi d'impresa: piano di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti, accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, lo stesso concordato preventivo.

In quest'ottica, un ruolo fondamentale lo deve svolgere l'emersione tempestiva della crisi, a cui è dedicata la disciplina delle procedure di allerta e della composizione assistita, contenuta nel c.c.i.i.

In questo contesto, nell'imminenza dell'entrata in vigore del codice della crisi, sopravviene la rapidissima espansione della pandemia da Covid-19.

La vicenda della pandemia da Covid-19 ha determinato una crisi globale di proporzioni gigantesche, con conseguenze dannose non solo sui rapporti economici, ma anche (se non soprattutto) nei rapporti sociali e personali, con profonde ripercussioni sulla vita delle persone che ancora producono i loro effetti.

La necessità di gestire questa situazione (praticamente sconosciuta negli ultimi cento anni), ed i provvedimenti assunti per il suo contenimento, hanno riaperto prepotentemente il dibattito in merito alla necessità di prevedere, in via normativa e con portata generale, un rimedio diretto all'adeguamento dei rapporti ad esecuzione prolungata nel tempo, in ipotesi di squilibrio tra le prestazioni dipendente da eventi sopravvenuti e imprevedibili.

Le limitazioni alla libertà di circolazione, la chiusura delle frontiere, la chiusura forzata di attività produttive e commerciali su tutto il territorio nazionale hanno infatti finito inevitabilmente per incidere anche sui rapporti contrattuali in essere e, in particolare, sulla possibilità di adempiere le obbligazioni da essi derivanti.

Il legislatore è intervenuto ripetutamente, con norme di natura eccezionale/emergenziale, al fine di attenuare le difficoltà economiche create dalle misure di contenimento [d.l. 23 febbraio 2020, n. 6, conv. in l. 5 marzo 2020, n. 13; d.l. 2 marzo 2020, n. 9 (non convertito e poi abrogato); il d.l. 17 marzo 2020, n. 18, conv. in l. 24 aprile 2020, n. 27; il d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. in l. 5 giugno 2020, n. 40; il d.l. 30 aprile 2020, n. 28, conv. in l. 25 giugno 2020, n. 70; il d.l. 19 maggio 2020, n. 34, conv. in l. 17 luglio 2020, n. 77].

Per lo più, il supporto all'economia è stato operato mediante provvedimenti con efficacia 'verticale', ossia tra Stato e privati, dunque mediante distribuzione di incentivi, sovvenzioni, moratorie e crediti d'imposta per recuperare o limitare le perdite connesse al *lockdown*.

Non sono però mancate norme con efficacia 'orizzontale', ossia tese a incidere direttamente sulle relazioni tra privati, primi fra tutti i rapporti contrattuali o quelli obbligatori connessi, rimodulandone in alcuni casi i contenuti e regolando le conseguenze delle loro patologie: si è così provveduto a sterilizzare alcune disposizioni di diritto societario e concorsuale, a concedere moratorie generalizzate, o ancora a congelare la situazione dei rapporti negoziali nell'auspicio di tempi migliori.

L'intervento del legislatore ha riguardato essenzialmente ipotesi specifiche e fattispecie particolari: interventi in tema di contratti di trasporto e di soggiorno turistico, di contratti relativi all'acquisto di titoli di accesso a spettacoli ed eventi culturali, di contratti di abbonamento a servizi offerti da strutture sportive, di contratti di locazione di impianti sportivi, di alcuni contratti bancari (gli artt. 54 e 56 del d.l. n. 18 del 2020 hanno previsto articolate moratorie dei mutui prima casa e dei finanziamenti bancari alle imprese).

L'unica norma di portata più generale è stata l'art. 3, comma 6-*bis* del d.l. n. 6 del 2020, convertito con modificazioni in l. n. 13 del 2020 (inserito dall'art. 91, comma 1, del d.l. n. 18 del 2020, conv. in l. n. 27 del 2020), a mente del quale "*il rispetto delle misure di contenimento di cui al presente decreto è sempre valutato ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 del codice civile, della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*".

Peraltro, tale disposizione, che è stata oggetto di grande attenzione da parte della dottrina civilistica, pare destinata a incidere essenzialmente sul regime probatorio dell'inadempimento, fissando un giudizio legale sulla potenziale idoneità

del necessario rispetto delle misure di contenimento a produrre ipotesi di impossibilità della prestazione. In sostanza, la previsione introdotta dall'art. 91 cit. prevede ipotesi di esenzione da colpa del debitore inadempiente, ma nulla dispone in merito all'eventuale obbligo di rinegoziazione del contratto squilibrato⁹.

Il discorso si fa più complesso in relazione alla sorte dei rapporti contrattuali per i quali, nonostante un possibile impatto delle misure di contenimento sull'assetto degli interessi e/o sulla esecuzione delle prestazioni, non sono state adottate misure apposite.

Non è stata infatti affrontata, neppure in occasione della pandemia, la questione delle sopravvenienze contrattuali mediante una rivisitazione dei rimedi di natura generale previsti dalla disciplina contrattualistica del codice civile, e dunque ci si deve chiedere se e fino a che punto è possibile, in base alle regole e ai principi già presenti nel sistema, intervenire sulla disciplina dei rapporti pendenti per fronteggiare le conseguenze del lockdown.

Lo scenario in cui si colloca la riflessione è dunque quello, già richiamato, del complesso rapporto tra sopravvenienze e “rischio contrattuale”, e quindi fra i principi espressi dai brocardi “*pacta sunt servanda*” e “*rebus sic stantibus*”.

La giurisprudenza ha affrontato il problema delle sopravvenienze contrattuali da Covid-19 in maniera oscillante e non univoca.

Una delle prime pronunce è stata Trib. Rimini 25 maggio 2020¹⁰, secondo la quale “È ammissibile la domanda cautelare, ex art. 700 c.p.c., con cui l'affittuario d'azienda ha chiesto l'inibitoria all'incasso degli assegni, rilasciati a garanzia del pagamento del canone annuale, a fronte del mancato pagamento dei canoni mensili d'affitto, dovuto all'emergenza Covid-19 e alla forzata inattività della struttura alberghiera, per cui è oggetto il contratto di affitto”. La motivazione però appare abbastanza generica, posto che con riferimento alla “inesigibilità della prestazione pare sussistere il *fumus boni iuris* alla luce delle disposizioni emergenziali e della situazione di fatto in cui si trova ora ad operare l'attività di ricezione turistica”.

⁹ Per una prima applicazione della norma suddetta Trib. Benevento 30 settembre 2021, www.iusexplorer.it, secondo la quale “in materia di contratti la normativa introdotta nel periodo di emergenza Covid è stato statuito l'obbligo per l'interprete di valutare il rispetto delle misure di contenimento dell'emergenza al fine di escludere la responsabilità del debitore anche in relazione a decadenze e penali connesse a ritardi o inadempimenti, con la conseguenza che anche in detta situazione l'inadempimento rilevante per un risarcimento risulta essere solo quello colpevole con l'aggiunta che la valutazione del rispetto delle disposizioni di contenimento debba essere fatta nella disamina complessiva dell'eventuale inadempimento contrattuale quale elemento probante l'assenza di colpa”.

¹⁰ www.iusexplorer.it.

Secondo Trib. Napoli 15 luglio 2020¹¹, poi, ai fini dell'esclusione dell'emissione dell'ordinanza provvisoria di rilascio, *“va attentamente valutata la particolare situazione di crisi economica sociale dovuta alla nota Pandemia da Covid 19 che ha portato la chiusura di tutte le attività economiche per un periodo di tempo apprezzabile in parte coincidente con le mensilità non pagate”*.

Sempre tra le prime pronunce vi è Trib. Bologna 4 giugno 2020¹², secondo la quale *“Posto che l'art. 91 d. l. 17 marzo 2020 n. 18, conv., con modificazioni, dalla l. 24 aprile 2020 n. 27, la cui portata è limitata al risarcimento del danno e alle altre conseguenze dell'inadempimento di un'obbligazione, anche pecuniaria e di fonte contrattuale, è applicabile tutte le volte in cui l'inadempimento conduca ad esiti che, ragionevoli in condizioni normali, sono eccessivi in relazione alla concreta situazione determinata dall'emergenza epidemiologica da Covid-19, in accoglimento dell'istanza cautelare della parte inadempiente che lamenta la difficoltà di pagare somme di denaro in ragione dell'impossibilità di esercitare la propria professione con il conseguente blocco del fatturato, va inibito alla controparte di porre all'incasso o di girare a terzi le cambiali destinate a rafforzare l'obbligazione, con scadenza nei giorni 30 giugno 2020, 30 luglio 2020 e 30 agosto 2020, nonché di sottoporle a protesto, di richiedere protesto e di consentire che terzi le sottopongano a protesto”*.

Tale pronuncia, pur non intervenendo direttamente su un rapporto contrattuale, va da incidere comunque sul diritto cartolare della parte creditrice, impedendole di attivare la facoltà inerenti a tale diritto.

Altra pronuncia interessante è Trib. Venezia 28 luglio 2020¹³, riguardante invece il rapporto contrattuale di locazione: *“In tema di mancato pagamento dei canoni di affitto nelle locazioni ad uso non abitativo nel periodo di lockdown, considerato che la morosità si riferisce a mensilità nelle quali la società conduttrice non ha potuto esercitare nei locali l'attività commerciale a causa delle restrizioni imposte dalla normativa sanitaria in materia di COVID-19 o l'ha potuta esercitare in maniera ridotta, non si può parlare di un'impossibilità assoluta di godimento dell'immobile, ma di una mera – per quanto significativa – impossibilità soltanto parziale, dal momento che l'unità immobiliare è rimasta pur sempre nella disponibilità della conduttrice ed è stata utilizzata quantomeno con funzione di ricovero delle attrezzature e delle materie prime relative all'attività di ristorazione; – appare, dunque, pertinente non tanto il richiamo all'art. 1463 c.c. ma piuttosto alla figura dell'impossibilità parziale temporanea, che giustifica*

¹¹ www.iusexplorer.it.

¹² Foro it., 2020, I, 2492.

¹³ www.iusexplorer.it.

nei contratti a prestazioni corrispettive o la riduzione della controprestazione o il recesso (cfr. *artt. 1256, 1258 e 1464 c.c.*). In questo caso, dunque, il Tribunale non ha utilizzato la nozione di buona fede integrativa, ma si è rifatto ai principi in tema di impossibilità parziale temporanea ex art. 1464 c.c.

Nello stesso senso Trib. Roma 25 luglio 2020¹⁴: *“In tema di ottenimento della riduzione del canone di locazione di un immobile adibito a negozio e magazzino durante il periodo di lock down per l'emergenza da Covid 19, in applicazione combinata sia dell'articolo 1256 c.c. (norma generale in materia di obbligazioni) e dell'articolo 1464 c.c. (norma speciale in materia di contratti a prestazioni corrispettive), vi è una (del tutto peculiare) ipotesi di impossibilità della prestazione della resistente allo stesso tempo parziale (perché la prestazione della resistente è divenuta impossibile quanto all'obbligo di consentire all'affittuario, nei locali aziendali, l'esercizio del diritto di svolgere attività di vendita al dettaglio, ma è rimasta possibile, ricevibile ed utilizzata quanto alla concessione del diritto di uso dei locali, e quindi nella più limitata funzione di fruizione del negozio quale magazzino e deposito merci) e temporanea (perché l'inutilizzabilità del ramo di azienda per la vendita al dettaglio è stata ab origine limitata nel tempo, per poi venir meno dal 18 maggio 2020). La conseguenze di tale vicenda sul contratto non sono dunque né solamente quelle della impossibilità totale temporanea (che comporterebbe il completo venir meno del correlato obbligo di corrispondere la controprestazione, né quelle della impossibilità parziale definitiva (che determinerebbe, ex art. 1464, una riduzione parimenti definitiva del canone): trattandosi di impossibilità parziale temporanea, il riflesso sull'obbligo di corrispondere il canone sarà dunque quello di subire, ex art. 1464 c.c. una riduzione destinata, tuttavia, a cessare nel momento in cui la prestazione della resistente potrà tornare ad essere compiutamente eseguita”*.

V. inoltre Trib. Roma 29.5.2020,¹⁵ *“Nell'ipotesi di contratto di affitto di ramo di azienda a fini commerciali, la mancata esecuzione dell'obbligo gravante sull'affittante di consentire all'affittuario la vendita al dettaglio nei locali aziendali, causata dalla sospensione governativa delle attività commerciali per l'emergenza pandemica, integra un'ipotesi di impossibilità parziale e temporanea della prestazione, rilevante ex art. 1464 c.c. Per l'effetto, il conduttore ha diritto ad una riduzione del canone limitatamente al periodo della sospensione delle attività”*.

Tribunale Firenze, sez. II, 27.1.2021, n. 167¹⁶: *“va respinta la richiesta di ordinanza di rilascio ex art. 665 c.p.c., con salvezza delle eccezioni, attesa la no-*

¹⁴ www.iusexplorer.it.

¹⁵ Condominioelocazione.it, 16 settembre 2020.

¹⁶ Condominioelocazione.it, 4 maggio 2021.

toria incidenza degli effetti dell'emergenza sanitaria sulle attività economiche, particolarmente per le zone turistiche. Ciò a seguito della riduzione dell'attività e della presenza di turisti: circostanze, queste, da considerare imprevedibili e straordinarie in quanto hanno alterato il rapporto tra le prestazioni contrattuali regolate dalle parti al momento della stipula del contratto. Sul punto, deve tenersi conto degli artt. 1175, 1375, 1374 c.c. nonché del comma 6 dell'art. 3 del d.l. n. 6/2020, nel testo vigente, con riferimento agli artt. 1218, 1223, 1623 c.c.”

Alla buona fede integrativa fa riferimento esplicito Trib. Roma 27.8.2020¹⁷: *“Il locatore di un immobile ad uso commerciale viola il principio della buona fede se non adempie all'obbligo di rinegoziazione del canone a seguito delle sopravvenienze legate all'epidemia da Covid-19: in tal caso, deve accogliersi il ricorso d'urgenza del conduttore volto alla riduzione del canone ed alla sospensione della fideiussione prestata a garanzia delle obbligazioni contrattuali del conduttore”. In motivazione, il Tribunale evidenzia che “pur in mancanza di clausole di rinegoziazione, i contratti a lungo termine, in applicazione dell'antico brocardo “rebus sic stantibus”, debbano continuare ad essere rispettati ed applicati dai contraenti sino a quando rimangono intatti le condizioni ed i presupposti di cui essi hanno tenuto conto al momento della stipula del negozio. Al contrario, qualora si ravvisi una sopravvenienza nel sostrato fattuale e giuridico che costituisce il presupposto della convenzione negoziale, quale quella determinata dalla pandemia del Covid-19, la parte che riceverebbe uno svantaggio dal protrarsi della esecuzione del contratto alle stesse condizioni pattuite inizialmente deve poter avere la possibilità di rinegoziarne il contenuto, in base al dovere generale di buona fede oggettiva (o correttezza) nella fase esecutiva del contratto (art. 1375 c.c.). Orbene, sulla questione dell'ammissibilità di un'azione riduzione in via equitativa dei canoni di locazione in ragione del mancato rispetto dei canoni di buona fede e correttezza, proposta in via principale senza previa domanda di risoluzione per sopravvenuta eccessiva onerosità, si rileva come secondo un diffuso orientamento dottrinale (cfr., ex aliis, V. Roppo, *Il contratto*, 2011, Giuffrè) condiviso da questo giudice, la buona fede può essere utilizzata anche con funzione integrativa cogente nei casi in cui si verificano dei fattori sopravvenuti ed imprevedibili non presi in considerazione dalle parti al momento della stipulazione del rapporto, che spingano lo squilibrio negoziale oltre l'alea normale del contratto”.*

Nello stesso senso Trib. Roma 7.8.2020¹⁸: *“La chiusura forzata delle attività di ristorazione imposta dalle misure di contenimento della pandemia Covid-19*

¹⁷ Guida dir., 2020, 38, 34.

¹⁸ Resp. civ. prev., 2021, 4, 1294.

costituisce una sopravvenienza che altera il sostrato fattuale e giuridico dei contratti di locazione di immobili a uso commerciale, dando luogo all'obbligo delle parti di rinegoziare ex fide bona le condizioni economiche della convenzione originaria. In caso di mancata ottemperanza al dovere di contrattazione, è ammissibile un'azione di riduzione in via equitativa dei canoni. (Nella specie, il giudice, facendo ricorso alla buona fede integrativa, ha disposto in sede cautelare la riduzione del canone di locazione del 40% per i mesi di aprile e maggio 2020 e del 20% per i mesi da giugno 2020 a marzo 2021, tenendo conto – con riguardo al secondo periodo – del contingentamento degli accessi ai locali pubblici imposto per ragioni sanitarie)”.

Altre pronunce hanno affermato in astratto il diritto alla sospensione/rinegoziazione, ma purché vi sia la prova del peggioramento della propria situazione economica:

Trib. Roma 12 aprile 2021¹⁹: *“Il conduttore che si oppone allo sfratto per morosità, sostenendo di non aver potuto corrispondere regolarmente il canone di locazione per l'esistenza di misure restrittive dettate con D.P.C.M. al fine di fronteggiare l'eccezionale situazione determinata dal diffondersi della pandemia da Covid-19, ha l'onere di provare il collegamento eziologico tra causa impossibilitante e l'inadempimento. Il rispetto delle norme di contenimento costituisce soltanto una astratta causa di forza maggiore, la cui incidenza deve essere dimostrata dal conduttore. I decreti ministeriali emergenziali adottati dal Governo non assurgono a fonte normativa”*.

Trib. Pisa 30 giugno 2020²⁰: *“in tema di contratti di locazione chi lamenta un'eccessiva onerosità sopravvenuta durante l'esecuzione di un contratto a causa dell'emergenza COVID-19 ha l'onere di provarlo. Se il ricorrente non offre alcun dato obiettivo da cui desumere un peggioramento della propria condizione patrimoniale tale da precludergli – in quanto eccessivamente oneroso – il pagamento del canone concordato, scorrendo sempre e solo in termini astratti dell'aggravamento della propria situazione patrimoniale causato dall'emergenza sanitaria, il suo ricorso per la sospensione di pagamento dei canoni non può essere accolto”*.

Trib. Lucca 6 luglio 2020²¹: *“L'evento ‘Coronavirus’ ha investito pressoché tutti i rapporti contrattuali pertanto, in assenza di un grave pregiudizio subito nella specifica vicenda contrattuale, tale da distinguere la sua posizione nel quadro*

¹⁹ Condominioelocazione.it, 10 gennaio 2022. Nello stesso senso Trib. Roma 23 marzo 2021, ibid., 30.11.2021.

²⁰ www.iusexplorer.it.

²¹ www.iusexplorer.it.

più generale dei rapporti contrattuali, il mero evento Covid-19 non può in re ipsa costituire un pregiudizio imminente ed irreparabile (periculum) idoneo a radicare la tutela cautelare ex art. 700 c.p.c.”

Nell'escludere, invece, la sussistenza dell'obbligo di rinegoziazione, una posizione particolare è invece quella di Trib. Roma 16 dicembre 2020²², secondo la quale *“In presenza di un'acclarata morosità, nonostante l'emergenza epidemiologica da Covid-19, deve essere ordinato il rilascio dell'immobile in locazione in mancanza di opposizione fondata su prova scritta. Difatti, il danno ricevuto dal conduttore non può qualificarsi come danno da emergenza sanitaria, ma danno da attività provvedimentoale, che si reputa illegittima. Danno che, in tal senso, la parte non si è attivata in alcun modo per rimuovere al fine di eliminarne gli effetti dannosi, che dunque avrebbe potuto evitare”*. La Corte costituzionale, peraltro, con sentenza del 22 ottobre 2021, n. 198, ha ritenuto legittimi i DPCM emanati in occasione del primo lockdown, in quanto *“gli articoli 1,2 e 4 del decreto legge 19/2020 non hanno conferito al Presidente del Consiglio dei ministri né una funzione legislativa in violazione degli articoli 76 e 77 della Costituzione né poteri straordinari in violazione dell'articolo 78, ma gli hanno attribuito solo il compito di dare esecuzione alla norma primaria mediante atti amministrativi sufficientemente tipizzati. Con tale affermazione la Corte costituzionale liquida la questione della presunta illegittimità dei decreti del presidente del Consiglio dei ministri emanati dal precedente governo nel pieno della fase emergenziale”*.

Da ultimo, secondo Trib. Roma 5 gennaio 2022, n. 234²³, *“La chiusura obbligatoria durante la pandemia da Covid-19 (cd. lockdown) non configura per il locatore un obbligo di rinegoziare un contratto di locazione ad uso commerciale divenuto svantaggioso per il conduttore, né dà al giudice la possibilità per di modificarlo d'ufficio (ad esempio riducendo temporaneamente i canoni di locazione) al di fuori dei casi espressamente previste dalla legge; infatti la rinegoziazione delle condizioni del contratto compete soltanto alla libera volontà delle parti”*.

Trib. Roma 25 febbraio 2021²⁴: *“Nel contratto di locazione, a differenza dal contratto di affitto, non vi è una garanzia che il bene resti produttivo per tutta la durata del rapporto, ma solo una tutela in caso il bene divenga inidoneo all'uso convenuto per inadempimento del proprietario; conseguentemente, resta valido ed efficace il contratto di locazione di immobile ad uso commerciale la cui produttività sia crollata a causa del blocco della circolazione di persone*

²² Condominioelocazione.it, 16 dicembre 2020.

²³ www.iusexplorer.it.

²⁴ Condominioelocazione.it, 11 ottobre 2021.

durante l'emergenza Covid-19, e il conduttore è comunque tenuto a pagare il canone di locazione”.

Trib. Massa 30 settembre 2020²⁵: “Nel periodo di c.d. lockdown dovuto all'emergenza sanitaria da covid-19 ancora in atto, il mancato o tardivo pagamento di somme a titolo di canone di locazione per immobili ad uso commerciale rimane, in linea di principio, ingiustificato e imputabile. Pur nel quadro costituzionale del principio solidaristico, il concetto di impossibilità della prestazione non ricomprende, infatti, la c.d. impotenza finanziaria, per quanto determinata dalla causa di forza maggiore in cui si compendia l'attuale emergenza sanitaria. Il principio non scalfito rimane quello che nega all'impotenza in questione, sebbene incolpevole, una vis liberatoria del debitore dall'obbligazione pecuniaria. Ciò a maggior ragione qualora il conduttore risulti totalmente inadempiente, pur a fronte di un sostanziale mutamento delle misure di prevenzione, che hanno consentito la graduale ripresa delle attività”.

Trib. Pordenone 8 luglio 2020²⁶: “Nessuna norma connessa all'emergenza conseguente alla pandemia da Covid – 19 ha previsto che l'affittuario di una azienda o il conduttore di un immobile possano sospendere o rifiutare il pagamento del canone nell'ipotesi in cui l'attività esercitata sia risultata interdetta dai provvedimenti emergenziali”.

5. La rinegoziazione nella procedura di composizione negoziata

Pur rimanendo, in linea di principio, una questione prettamente di diritto dei contratti, la configurabilità di un obbligo generalizzato di rinegoziazione dei contratti di durata acquista una sua indubbia valenza nella gestione della crisi d'impresa, soprattutto quando questa è finalizzata a garantire la continuità aziendale ed il miglior soddisfacimento dei creditori.

Proprio in questo contesto, come si è detto, la nuova procedura di composizione negoziata della crisi d'impresa contiene una specifica norma in materia di rinegoziazione dei contratti, quando la prestazione del debitore è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia.

La disposizione in oggetto (art. 10, comma 2, d.l. n. 118/2021, conv. in l. n. 147/2021), quindi, non è una norma generale sui contratti, ma una norma specifica, che peraltro si applica ad una determinata ipotesi di eccessiva onerosità, e cioè quella derivante dalla pandemia da Covid-19.

²⁵ Condominioelocazione.it, 11 ottobre 2021.

²⁶ www.iusexplorer.it.

Deve trattarsi, peraltro, di una rinegoziazione necessaria come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale, e limitata al periodo strettamente necessario per tale finalità.

L'aspetto positivo di tale disposizione è certamente quello di rappresentare una prima "codificazione" dell'obbligo di rinegoziare i contratti di durata divenuti eccessivamente onerosi. Tale obbligo si attegga, quindi, come dovere di partecipazione e di collaborazione nell'individuazione di una soluzione che tenga conto delle esigenze del debitore e delle conseguenze delle vicende della pandemia, e di non rifiutare proposte ragionevoli in tal senso.

In questa situazione, l'esperto gioca naturalmente un ruolo fondamentale, nell'individuazione dei contratti per i quali proporre la rinegoziazione, e nella rideterminazione del contenuto del contratto da proporre all'altro contraente.

In caso di rifiuto della controparte a trattare, o ad accettare proposte ritenute ragionevoli, il debitore può quindi richiedere l'intervento del Tribunale.

Il Tribunale dovrà acquisire il parere dell'esperto, e potrà, se de caso, nominare anche un ausiliario *ex art. 68 c.p.c.*, per verificare se la proposta di rinegoziazione appare giustificata e ragionevole.

Si tratta, quindi, di valutare proprio la "buona fede" sia del debitore, con riferimento alle proposte che andrà a formulare, sia della controparte creditrice, con riferimento innanzitutto alla "disponibilità a trattare" e, in secondo luogo, con riferimento all'eventuale rifiuto di proposte che, al contrario, avrebbe potuto e dovuto accettare senza sottoporsi ad apprezzabile sacrificio, tenuto conto delle mutate condizioni di mercato e del sopravvenuto squilibrio tra le prestazioni, che lo porterebbero ingiustificatamente ad avvantaggiarsi, al di fuori di un rapporto equilibrato ed equo.

PARTE III

Il concordato semplificato: uno sguardo d'insieme

SOMMARIO: 1. L'innesto sistematico del concordato semplificato. – 2. Il presupposto omogeneo della crisi-insolvenza e le sue implicazioni. – 3. Affinità e divergenze fra vecchio e nuovo concordato liquidatorio. – 4. L'omologazione e gli effetti del concordato. – 5. Il trattamento dei creditori. – 6. Le regole sulla liquidazione.

1. L'innesto sistematico del concordato semplificato

L'art. 18 d.l. 118/2021 introduce una procedura concordataria agevolata quale *exitus* possibile della composizione negoziata che non abbia partorito soluzioni efficaci¹. Il nuovo strumento si iscrive nel novero dei concordati liquidatori, mutuandone espressamente le funzioni². Ben si presta, nondimeno, a favorire la salvaguardia di quanto rimane della continuità dell'impresa decotta, assicurandone la cessione mentre, pur annaspando, essa è ancora in vita³.

Il concordato di nuova generazione è delineato come *extrema ratio*, cui affidarsi quando tutti gli altri strumenti di affronto della crisi – tanto contrattuali, quanto concorsuali – siano certificati dall'esperto come impraticabili. È a quel punto soltanto che attraverso il veicolo concordatario può addivenirsi ad una rapida cessione dell'azienda, finanche in anticipo sull'omologa.

L'imprenditore deve persuadersi che l'esperto abbia ragione, apprezzandone la relazione finale, quindi metabolizzando, bontà sua, che l'unica “carta” rimasta

¹ La lett. b) del comma terzo dell'art. 11 recita inequivocabilmente che: “l'imprenditore può proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto”.

² Lo statuto della continuità aziendale non è richiamato e non si applica. Non è un caso che il debitore sia onerato del deposito della documentazione di cui all'art. 161 e non di quella di quella di cui all'art. 186-bis.

³ Di recente in tema v. A. PEZZANO e M. RATTI, Il concordato preventivo semplificato: un'innovazione solo per i debitori meritevoli, funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori (ed a qualche salvataggio d'impresa), in *dirittodellacrisi.it*.

nel mazzo è quella liquidatoria del “non fallimento”⁴. Quella carta deve giocare dinanzi ad un tribunale “gemello” rispetto a quello “fallimentare”, posto che chiedendo l’omologazione di fatto consuma la propria resa, spogliandosi anzitempo dei beni, per alienarli a terzi in favore dei creditori.

E tuttavia, dal punto di vista dell’imprenditore, guadagnare l’esonero dal fallimento, è di per sé un beneficio. *Ex latere debitoris* la funzione che contrassegna ontologicamente il concordato – quindi pure quello semplificato – è in effetti quella eminentemente esdebitatoria: attraverso il concordato si raggiunge l’obiettivo di appianare, pur pagando lo scotto di lasciare ad altri l’azienda, le esposizioni passive dell’impresa, smarcandola, in esito all’adempimento concordatario, dalle obbligazioni originarie con riferimento al residuo non corrisposto.

Il debitore esce di scena e percorre il senso di marcia obbligato della dismissione dell’azienda al miglior offerente o all’unico che s’interessa al complesso produttivo. È la stessa operazione che si compirebbe, sotto l’egida del curatore, in un futuribile fallimento, ma a distanza di mesi, quando dell’azienda sarebbe spirato il residuo soffio vitale.

L’istituto neonato scongiura, allora, lo smembramento e la disgregazione del compendio aziendale o perlomeno ci prova. Ma la liquidazione avviene in funzione eminentemente soddisfattoria, proprio come accadrebbe in un fallimento, e la vendita unitaria dell’azienda appare come nient’altro che una modalità funzionale ad acquisire un maggior ricavo rispetto ad una successiva alienazione parcellizzata di macchine spente.

Il varco d’accesso al concordato semplificato è assai stretto ed è l’ultimo transitabile, quando non si scorge altro bivio possibile.

Ciò giustifica perfino come necessaria la divaricazione del nuovo strumento dal concordato liquidatorio ordinario in punto di percentuale di soddisfacimento dei creditori: vi è un imprenditore che alza bandiera bianca e passa la mano; vi è da proteggere il brandello di continuità che rimane e suo tramite – per quel poco che ormai si può – le “posizioni” in senso lato dei creditori.

Certo, un’azienda in piedi e senza saracinesche abbassate finisce per passare di proprietà senza il voto dei titolari delle pretese. Eppure, il bilanciamento della scelta avviene su due piani convergenti: il primo attiene all’estensione onnicomprensiva del rimedio dell’opposizione all’omologa, utile a agitare ogni contestazione di forma, di sostanza, di convenienza; il secondo riposa nel correlato ampliamento del perimetro del sindacato giurisdizionale

⁴ G. LA CROCE, Dalla negoziazione assistita al concordato semplificato, in *La crisi d’impresa*, a cura di M. POLLIO, 2021, p. 261.

in ambito di omologa, nel quale ricade un vaglio *tout court* e senza distinguo di fattibilità⁵.

Nel quadro dell'imprenditore che leva le tende è fin troppo ovvio non vi sia alcunché da potere o dovere "assicurare": non la misura minima del 20% (art. 160, comma 4, l. fall.), non un soddisfacimento addirittura maggiore di almeno il 10% di quello ritraibile in ipotesi di liquidazione concorsuale (futuribile art. 84, comma 4, l. fall.).

Ed allora, l'art. 18 d.l. n. 118 del 2021 è un *addendum* imposto da un'impossibilità diffusa: quella degli imprenditori prostrati dal Covid, di dimensioni medio-piccole soprattutto, di avvalersi del concordato ordinario, troppo rigido nelle forme, ipertrofico nelle pretese.

Quando lo squilibrio è incolmabile e a nulla è valso l'intervento dell'esperto facilitatore (e pacificatore), l'unico obiettivo non velleitario coincide con un risultato equipollente a quello conseguibile in un fallimento ipotetico; il solo mezzo spendibile diviene allora una procedura che fa di snellezza e rapidità virtù, assicurando il contraddittorio, ma sterilizzandone tempi, costi e incumbenti, quindi affidandosi ad un sondaggio non schematico del mercato e al contrappeso di un'accresciuta responsabilità decisionale del giudice.

È fisiologico, in questo quadro, che l'epilogo del concordato semplificato non possa reggersi nemmeno concettualmente sul miglior soddisfacimento dei creditori, ma debba accontentarsi dell'assenza del pregiudizio. Quando l'imprenditore varca di buon grado l'uscita di sicurezza dal mercato, perché ogni altra porta è sbarrata e preclusa, ciò a cui si può aspirare è la ripartizione tra i creditori delle utilità ricavabili, a ognuno di essi dovendosene riservare almeno una, quale che sia (come opportunamente l'art. 18, comma 5, d.l. n. 118 del 2021 s'incarica di puntualizzare).

Nel contesto del concordato semplificato non vi è una cessione accettata dai creditori, il che pare escludere in radice la discussa questione della cedibilità solo parziale dei beni⁶. Il debitore non può, d'altronde, restringere la garanzia generica *ex art. 2740 c.c.* se non sull'accordo coi creditori, che qui non esiste.

⁵ L'ampliamento del vaglio giudiziale è scorto anche da S. AMBROSINI, Il concordato semplificato: primi appunti, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23.9.2021, il quale constata "uno spostamento del baricentro dai creditori (non chiamati al voto e facoltizzati semplicemente a opporsi all'omologazione) al tribunale, deputato a concedere l'imprimatur al concordato senza che questo sia stato, per l'appunto, approvato dai creditori" con un conseguente "rafforzamento delle prerogative giudiziali". V. anche le riflessioni di G. FICHERA, Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici, in *dirittodellacrisi.it*.

⁶ Fornisce una sintesi critica delle posizioni in campo A. ZANARDO, Il concordato con cessione (parziale) dei beni: ammissibilità e disciplina, in *Dir. Fall.*, 2017, 6, 1357.

Come è stato evidenziato, quando il debitore diventa insolvente inizia la transizione dell'impresa dal controllo esclusivo del medesimo al controllo dei creditori, ossia dei soggetti che somministrano oramai il capitale di rischio, atteggiandosi a veri titolari degli interessi economici sottesi⁷.

La valutazione di miglior soddisfacimento dei creditori è richiamata dal legislatore esclusivamente per il concordato con continuità aziendale, non esportabile alle altre tipologie concordatarie⁸, se non “quale regola di scrutinio della legittimità degli atti compiuti dal debitore ammesso alla procedura”⁹, utile in rapporto al compimento di atti di ordinaria amministrazione o di disciplina dei rapporti pendenti.

Questo è il sistema ed ha una sua evidente razionalità. Che poi la prassi si esponga a storture e disillusioni è un rischio supponibile, ma non condizionante, atteso che il sistema va eretto e interpretato per principi, non per inconvenienti.

Per il resto, non v'è divario netto fra ordinario e semplificato, presentando quest'ultimo, al pari del primo, le caratteristiche più ricorrenti e vistose dell'archetipo “procedura concorsuale”¹⁰.

Intanto, perché postula un accertamento della crisi-insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria, cui si accompagna il successivo controllo della stessa sull'appendice gestoria del dissesto concorsualizzato.

Inoltre, perché vi è un meccanismo di protezione patrimoniale, declinato in uno stay delle iniziative cautelari ed esecutive e nel freno all'accaparramento delle prelazioni; il blocco, tra l'altro, nel semplificato è identico a quello del concordato ordinario, stante il richiamo all'art. 168 contenuto nel comma 2 dell'art. 18 del d.l. n. 118/2021.

Ancora, perché si assiste alla realizzazione attraverso i beni del debitore della garanzia patrimoniale, con la creazione di un vincolo su un complesso dei beni in funzione satisfattiva dei creditori, sotto lo stendardo della *par condicio*.

Infine, perché viene in rilievo una larga sequela di esenzioni da revocabilità, sia di atti che di pagamenti.

⁷ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, in particolare a pp. 50 s. e 177 ss.; v. anche F. FIMMANÒ, *L'allocazione efficiente dell'impresa in crisi mediante la trasformazione dei creditori in soci*, in *Riv. Società*, 2010, pp. 64 e 79.

⁸ L'estensione è peraltro perorata da Cass., 19 febbraio 2016, n. 3324, in *Fallimento*, 2016, p. 791, con nota di F. DE SANTIS.

⁹ Trib. Monza, 25 gennaio 2017, edita su *Ilcaso.it*.

¹⁰ Secondo il condivisibile avviso di G. D'ATTORRE, *Il concordato semplificato*, cit., p. 1606, il concordato semplificato non è una mera variante del concordato preventivo, ma un'autonoma procedura concorsuale, il che esclude l'applicazione diretta delle norme sul concordato ordinario, dovendosi verificare di volta in volta l'applicabilità in via analogica di tali regole.

La corrispondenza perfetta delle riassunte sembianze è solcata da un segno particolare di diversità. Il concordato liquidatorio ordinario è una procedura concorsuale negoziata coi creditori, laddove quello semplificato s'impronta, per quanto accennato, a procedura imposta. Anche questo si spiega: la negoziazione è già proceduralmente avvenuta dinanzi all'esperto, rivelandosi improduttiva.

Il concordato liquidatorio reca immanente un incentivo alle parti a parlarsi per tempo. Proprio lo sfondo eventuale della semplificazione liquidatoria ha un'intrinseca valenza sollecitatoria soprattutto nei confronti dei creditori, incoraggiati a mettersi in ascolto, anziché a rimanere in muta attesa.

Il debitore è in grado di paventare uno scenario di dismissione in favore del miglior offerente o dell'unico in circolazione (magari un soggetto che orbita nei "paraggi" dell'impresa in mediazione). Ciò gli consente di esprimere una forza contrattuale formidabile al tavolo dell'esperto facilitatore. I creditori sono, quindi, meglio indotti a prender parte fattivamente alle negoziazioni, ricercando già a monte e in quell'alveo soluzioni adeguate e cogliendone tutte le opportunità e le sfumature, posto che a valle non ne scorgerebbero di più vantaggiose, anzi, forse, non ne troverebbero alcuna¹¹.

Tuttavia, il debitore dev'essersi mosso per tempo. Non è ipotizzabile che l'impresa giunga esanime dinanzi alla camera di commercio, tanto da infrangersi nell'archiviazione dell'istanza di composizione per l'assenza, ritenuta dall'esperto, di "concrete prospettive di risanamento all'esito della convocazione o in un momento successivo". L'archiviazione esclude si siano svolte "in buona fede" trattative fra le parti, quindi postula la mancanza di quella negoziazione proattiva che rappresenta, in uno con la certificata, impraticabilità di soluzioni alternative la porta d'ingresso al concordato semplificato¹².

2. Il presupposto omogeneo della crisi-insolvenza e le sue implicazioni

Il presupposto oggettivo su cui s'impenna il concordato semplificato è lo stesso del liquidatorio ordinario: lo stato di crisi.

¹¹ Il decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 assegna all'esperto il compito "in qualunque momento risulti utile per le trattative" di stimare delle risorse derivanti dalla liquidazione dell'intero patrimonio del debitore, il che serve a offrire alle parti di apprezzare in modo avveduto i diversi scenari possibili di affronto della crisi.

¹² L'impraticabilità di soluzioni alternative è messa ben in luce da G. D'ATTORRE, *Il concordato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento*, 2021, 12, p. 1607, il quale, invece, si mostra dubitativamente possibilista in rapporto all'accessibilità del concordato semplificato anche nei casi di repentina archiviazione della composizione negoziata.

È inservibile, per mancato richiamo, la nozione contemplata nell'art. 2, lett. a, del CCII¹³.

L'unico riferimento positivo fruibile si ritrova, allora, nell'art. 160 l. fall., che attribuisce al concordato la funzione di regolare la crisi, senza definirne la fenomenologia¹⁴. La sua sostanza alligna in una condizione patologica prospettica, ormai prossima all'incapacità di adempiere le obbligazioni, tanto da suggerire l'assunzione – concordataria appunto – di contromisure ristrutturatorie del debito e dell'azienda.

Il terzo comma della norma puntualizza che la crisi non si distingue dall'insolvenza, ma la ingloba. È un profilo che rimane inalterato nel quadro del d.l. n. 118/2021: sia l'imprenditore che accede al concordato ordinario, sia quello che si affaccia al semplificato, possono cimentarsi in entrambe le situazioni.

La circostanza che la corsia d'accelerazione del concordato *ex art. 18* "Decreto Giustizia" sia utilizzabile pure dall'insolvente, messo in condizione di imporre un sacrificio importante ai creditori in ragione del mero rifiuto della sua proposta in sede di negoziazione assistita, potrebbe destare qualche epidermica contrarietà.

A farla venir meno è una lettura un po' più attenta delle regole e dei principi che fanno loro da sfondo, dal cui complesso affiora un aspetto: il concordato semplificato non si offre all'imprenditore alla stregua di arnese a buon mercato per la gestione preordinata e artificiosa dell'insolvenza a detrimento dei creditori. Varie le ragioni, alcune su tutte.

La piattaforma dell'art. 3, comma 2, del decreto è istituita proprio per filtrare i dissesti. La lista particolareggiata e il test pratico in essa ricompresi dovrebbero liberare l'anticamera della Commissione per la nomina degli esperti dalle imprese esangui, per ospitarvi realtà produttive in grado perlomeno di concepire e di sperimentare piani di risanamento, sia pure di diversificata scansione temporale o probabilità realizzativa, stando alle indicazioni del Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021.

Se il test è negativo o addirittura spietato all'impresa manca l'abilitazione ("pre-concorsuale") a negoziare, a meno che essa non disponga di una panacea salvifica sub specie di iniezioni finanziarie di un terzo sufficienti a foraggiare un piano. Perché un piano – finanziario e industriale – l'art. 5, comma 3, lett. b) all'evidenza lo pretende. Ciò comporta che l'impresa debba fare ostensione per-

¹³ La norma definisce la crisi come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

¹⁴ Sulla nozione di crisi v. N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 231.

lomeno delle risorse minime a sostegno della continuità aziendale nel successivo semestre e parallelamente svelare, sia pure sulla carta, ma in modo convincente, interventi plausibili in punto di apparato, strategie di mercato, allocazione delle risorse. Devono essere chiari fin dall'inizio anche gli ingredienti di carattere straordinario che consentono effettivamente di programmare la reversione dell'insolvenza: nuovi mercati, nuovi prodotti, esazioni imminenti di crediti, rinnovate e più cospicue commesse, immissioni di capitale, rinunce ai crediti e via dicendo.

Ancora, i commi 4 e 5, della norma cuciono addosso all'esperto un habitus fortemente dinamico, chiamandolo al rispetto di una tabella di marcia serrata, le cui tappe consistono nell'accettazione dell'ufficio entro soli "due giorni" dalla nomina, nella convocazione "senza indugio" dell'imprenditore dinanzi a sé e nell'immediata raccolta di informazioni presso l'organo di controllo e il revisore legale.

La *disclosure* in favore dell'esperto sullo stato economico-finanziario dell'impresa è sollecita¹⁵, la presa di consapevolezza capillare e pedissequa. Il tutto è ancillare alla valutazione – indilazionabile – dell'esistenza di "una concreta prospettiva di risanamento".

Proprio la concretezza prospettica, nell'art. 5, comma 5, il legislatore la invoca tre volte come in un implacabile mantra. Solo se la prospettiva è tangibile l'esperto può responsabilmente andare oltre incontrando "le altre parti interessate al progetto di risanamento"; se l'orizzonte fin dall'inizio è reso fosco dalle nubi spesse dell'insolvenza e non s'intravede un *Deus ex machina* (terzo finanziatore, creditore indulgente) propenso a diradarle, l'esperto rimane solo, non incontra nessuno, deve limitarsi ad archiviare.

Ci si affanna oltremodo nel distillare la crisi dall'insolvenza, come pure nel distinguere le diverse coloriture della prima e della seconda. Vi è un eccesso di zelo in quest'operazione tassonomica. La superabilità o l'insuperabilità della crisi, come pure l'irreversibilità o la reversibilità dell'insolvenza, costituiscono, in realtà, una variabile inesorabilmente collegata all'intensità dell'apporto finanziario di qualcuno e al rischio che quel qualcuno è disposto compiutamente ad assumersi. Se vi è in concreto – non solo nell'etere delle intenzioni – un piano, persino l'insolvenza può essere recuperata. Che quel piano vi sia e che le prospettive siano concrete è l'unica circostanza di un qualche interesse per i creditori, giacché qualora mancasse i creditori non ne trarrebbero soddisfazione maggiore, né lucrerebbero un obolo supplementare alla borsa del riparto fallimentare.

¹⁵ Il corredo documentale depositato dall'imprenditore in allegato al ricorso per l'accesso alla composizione negoziata è assai denso ai sensi dell'art. 5, comma 1, n. 3.

Quel che conta allora è che all'avvio della composizione, la difficoltà, lo squilibrio, finanche il disperato dissesto, siano negoziabili, in quanto il risanamento, pur non scontato, risulti *ab actis* – o per rapido supplemento d'indagine e riflessione – senz'altro programmabile.

È un punto cruciale: lo stato di crisi postulato dalla norma pare combaciare con una nozione necessariamente empirica, comprensiva oramai tutti i disagi e i dissesti dell'impresa e cioè sia l'insolvenza reversibile, che l'insolvenza irreversibile, costituendo entrambe le situazioni aspetti quantitativi di un medesimo fenomeno, distinguibili solo per la prognosi di superabilità carte alla mano.

La nozione di crisi raccoglie, pertanto, contesti aziendali, di varia genesi e gravità, di carattere organizzativo, come pure economico o finanziario, accomunati dal fatto di richiedere un intervento straordinario che poggia sul consenso dei creditori e sulla sospensione delle azioni esecutive.

È la prospettiva che fa premio sull'attualità.

Certo il decreto dirigenziale ha una valenza suasoria¹⁶, teso com'è a convincere le parti sull'importanza delle buone prassi che declina. Eppure, non ne va trascurata l'incisività nella parte in cui al punto 2.8. mette in mano all'esperto la bussola della reversibilità: in qualunque momento egli abbia contezza di una situazione di insolvenza irreversibile, è tenuto a chiedere l'archiviazione della composizione negoziata e il "gioco" finisce.

Il richiamato comma 5 è, d'altronde, inequivoco nell'affidare al facilitatore due incombenze convergenti: la prima gli richiede di scrutare come concretamente possibile ab origine il risanamento; la seconda gli commissiona fin dall'esordio di pianificarlo, il che vuol dire che egli deve trovare l'obiettivo del riequilibrio sufficientemente nitido da poter abbozzare "le possibili strategie di intervento" a beneficio delle parti, se non al primo incontro, in quelli subito successivi, da fissare "con cadenza periodica ravvicinata".

Quanto osservato spiega già con buona evidenza che l'utilizzo del concordato semplificato come cabina di pilotaggio spregiudicato dell'insolvenza in danno dei creditori attiene ai casi eclatanti, che sono quelli del reato penale commesso in concorso (e in combutta) fra il debitore delinquente e l'esperto infedele. Il pubblico ministero, avvisato dell'avvio del concordato semplificato, farà il suo lavoro, assumendo su di sé il ruolo di contrappeso.

Ma i casi eclatanti sono, più in generale, anche quelli dell'abuso dello strumento, non più orientato a comporre la crisi dell'impresa, ma curvato al raggiungimento di utilità ulteriori, con un ingiusto e sproporzionato sacrificio delle controparti contrattuali. Quando la malafede – ossia l'antitesi di quella buona fede e

¹⁶ L'uso della felice aggettivazione si deve a G. LENER.

correttezza cui l'art. 4 pretende ancorati i comportamenti delle parti – contamina la procedura concordataria semplificata, plasmandola sullo scopo esclusivo del “tirare a campare”, procrastinando la dichiarazione di fallimento, a venire in auge è un'ipotesi di c.d. “abuso del processo”. Lo strumento è impiegato, infatti, per il perseguimento di finalità esorbitanti e disallineate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento lo ha approntato¹⁷. La valvola di sistema esiste, pertanto.

Le evenienze abusive sono, peraltro, tendenzialmente sterilizzate su almeno tre piani.

Intanto attraverso la minuziosa valorizzazione dei requisiti di indipendenza e professionalità dell'esperto¹⁸; inoltre, mediante l'obbligo – or ora richiamato – delle parti di comportarsi “secondo buona fede e correttezza”, obbligo che spinge gli attori della crisi ad un approccio virtuoso e ad un impiego non bizzarro degli istituti; infine, per il tramite del richiamo dell'art. 173 l. fall. in tema di revoca del concordato preventivo ordinario, che travasa, nell'alveo del semplificato, atti, omissioni e frodi suscettibili di bloccarne il corso e di sancirne negativamente l'epilogo.

In definitiva, la composizione negoziata non può ontologicamente risolversi in una sorta di “tentativo dell'impossibile”¹⁹, bensì in un esperimento di recupero, praticabile à la carte, ma rivelatosi inefficace. La relazione finale dell'esperto varrà a dar conto proprio di ciò, strategie iniziali e risultati reali, fornendo una certificazione ragionata del naufragio del percorso di mediazione. Dal contenuto del documento emergeranno le incidenze delle congiunture economiche, ma anche la dimensione delle responsabilità individuali delle parti e dell'esperto stesso.

Il sistema ribadisce, a guardarlo bene, una piena razionalità di struttura.

3. Affinità e divergenze fra vecchio e nuovo concordato liquidatorio

Sia per il concordato ordinario (art. 161, comma 1, l. fall.), sia per il semplificato (art. 18, comma 2, d.l. n. 118/2021), il ricorso va presentato al tribunale del luogo in cui l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa. Si è evidenziato

¹⁷ Sull'abuso nel concordato preventivo in generale v. in giurisprudenza Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Italgire*; in dottrina v. G. D'ATTORRE, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 1059; M. Montanari, *Note minime sull'abuso del processo civile*, in *Corr. giur.*, 2011, 556; S. PACCHI, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 795.

¹⁸ L'art. 4 d.l. n. 118/2021 dei requisiti d'indipendenza e dei correlati doveri sciorina addirittura un catalogo.

¹⁹ La locuzione evoca l'omonimo dipinto surrealista di R. MAGRITTE, *Il tentativo dell'impossibile*, 1928.

che l'omesso richiamo della seconda parte dell'art. 161, comma 1, implichi l'irrelevanza del trasferimento della sede dell'impresa nell'anno precedente²⁰. Sarei portato a pensare che il principio di cui all'art. 9, comma 2, l. fall., la cui sagoma è mutuata dal predetto art. 161, sia di carattere generale e indisponibile, in quanto teso a neutralizzare nel quadro convulso della crisi-insolvenza il fenomeno del forum shopping.

Differente, nell'istituto di nuovo conio, è il contenuto della domanda, che qui comprende in via immediata la richiesta di omologazione del concordato.

Sia negli artt. 160 e ss. l. fall., sia nell'art. 18 d.l. n. 118/2021, nulla si dice in tema di assistenza legale del debitore. In dottrina si valorizza l'assenza di specificazioni per escludere la necessità della difesa tecnica, tanto nell'ordinario, quanto nel semplificato, laddove in tal senso deporrebbe anche la struttura elementare del procedimento²¹.

L'opinione di chi scrive è diversa: l'art. 161 e l'art. 18 sono precetti silenziosi, come tali inidonei ad atteggiarsi a norme d'indole speciale rispetto all'art. 82, comma 3, c.p.c. A tenore delle regole generali del codice di rito civile, davanti al tribunale, le parti devono stare in giudizio col ministero di un difensore, salve le eccezioni espresse, tra le quali non è catalogata quella del ricorso alle procedure di concordato. La proposta concordataria è il *pendant* di una domanda giudiziale di regolazione della crisi nel cui ambito convergono interessi tendenzialmente antagonisti. L'iniziativa del debitore è suscettibile di instaurare un procedimento giurisdizionale nel cui quadro viene in rilievo un impianto intimamente contenzioso, che per l'idoneità ad incidere su diritti soggettivi presuppone come indispensabile la difesa tecnica.

Un punto di diversità fra ordinario e semplificato si coglie nel mancato richiamo, nel corpo del d.l. n. 118/2021, dell'art. 152 l. fall., che condiziona l'ammissibilità della proposta alla sottoscrizione a cura dei suoi rappresentanti legali e all'approvazione dei soci (nelle società di persone) o degli amministratori (in quelle di capitali) e che prevede, al terzo comma, che decisioni e deliberazioni delle società di capitali finalizzate all'avviso dell'iniziativa concordataria constino per atto notarile e siano depositate nel registro delle imprese. L'omesso richiamo parrebbe intenzionale: occorre fare in fretta per salvare l'azienda attiva, ma

²⁰ Osserva G. BOZZA, Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, in *dirittodella-crisi.it*: "viene in considerazione solo la sede dell'impresa al momento della presentazione della domanda, non rilevando l'eventuale trasferimento intervenuto nell'anno precedente, di cui si parla nella restante parte del primo comma dell'art. 161, perché tale norma non è richiamata e la nuova legge adotta esclusivamente il criterio della sede principale, senza altra precisazione".

²¹ Ancora G. BOZZA, Op. cit.

esausta, nel suo ultimo metro; si eliminano i passaggi formali e di controllo legalitario che potrebbero rallentare il tentativo. L'art. 2475-*bis* c.c. conferisce agli amministratori delle società a responsabilità limitata il potere di rappresentanza generale dell'ente e tanto dovrebbe bastare a consentire all'impresa di intradarsi nella procedura semplificata. Qualora il contratto di cessione concerna la sola attività in esercizio, a derivarne è una sostanziale modifica dell'oggetto sociale. La competenza in parte qua è riservata ai soci *ex art.* 2479, comma 2, n. 5 c.c., ma costoro potranno esprimerla anche a posteriori (e in ratifica) rispetto all'avvio dell'iter concordatario.

Altra difformità saliente fra ordinario e semplificato attiene alla mancanza in quest'ultimo dell'attestazione del piano concordatario di liquidazione dell'azienda. La cessione di questa, d'altronde, nella cornice dell'art. 18 non avviene *ex abrupto*, ponendosi in fondo ad un percorso di negoziazione nel cui ambito la trasparenza dell'informazione è un pilastro portante. L'ultimo step di quel tragitto è nella relazione finale dell'esperto (art. 5, ult. comma), che fa luce sulle dinamiche della negoziazione, ma anche sull'attualità dell'impresa. A quel punto ciascun creditore gli atti dovrebbe averli già letti e decifrati per proprio conto con l'ausilio dei suoi consulenti sicché un'attestazione suonerebbe pleonastica.

Nessuna carenza di presidio degli interessi pubblicistici si rinviene nel tragitto semplificato, posto che al pari di quanto accade nell'ordinario, il ricorso è sempre comunicato al PM e pubblicato nel Registro Imprese (comma 2, art. 18). L'organo requirente, in particolare, non registra variazioni di sorta sui propri poteri d'iniziativa, né sui presupposti sottesi al relativo esercizio.

Due, in realtà, sono le divergenze di maggior rilievo tra il concordato ordinario e quello semplificato, individuate sin da subito nella soppressione in quest'ultimo del vaglio giudiziale di ammissibilità preventiva che contrassegna l'ordinario e nella eliminazione del meccanismo del voto dei creditori²².

Non è del tutto vero – come pure a taluni è parso di primo acchito²³ – che manchi una fase di ammissione. Questa assume, piuttosto, una dimensione camerale e non partecipata, senza tuttavia risolversi in un passaggio formale.

Il terzo comma dell'art. 18 dispone che il tribunale valuti innanzitutto la “ritualità della proposta”. Risuona l'eco dell'art. 125 l. fall. in tema di concordato fallimentare. Le verifiche saranno *mutatis mutandis* analoghe. Riguarderanno allora la regolarità della documentazione depositata e quella della procedura svolta, ma anche la legittimazione alla proposta e la sua tempestività. Il controllo non assumerà, peraltro, ad avviso di chi scrive una dimensione meramente este-

²² L.A. BOTTAI, La rivoluzione del concordato liquidatorio semplificato, in *dirittodellacrisi.it*.

²³ L.A. BOTTAI, Op. cit.

riore. Pur in assenza (e in attesa) di contraddittorio, nulla esclude che il giudice debba guardare a grandi linee alla legittimità sostanziale della proposta, che deve rispondere ad uno schema minimo e imprescindibile, che è dato dal rispetto dell'ordine delle prelazioni, dalla suddivisione eventuale in classi per posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei, dall'assicurazione a ciascuno della garanzia di un'utilità.

Il vaglio sulla completezza della relazione dell'esperto sarà un aspetto basilare e potrà implicare la richiesta a quest'ultimo di un supplemento di riflessione. Il giudice dovrà appurare che il debitore sia approdato dinanzi a lui per il sentiero di una composizione non farlocca. Andrà quindi a rileggere, attraverso la relazione finale, l'evoluzione del circuito negoziale e constaterà se il debitore si sia mosso o meno in buona fede all'interno di esso, se l'esperto si sia mostrato professionalmente avveduto e neutrale, se la strategia di risanamento dell'azienda apparisse compatibile con la situazione primigenia dell'impresa e la congiuntura del mercato in cui operava, ancorché le contingenze successive, l'imprevedibilità delle dinamiche concorrenziali e l'indisponibilità (legittima) di taluni creditori ad accettare rivisitazioni dei rapporti l'abbiano alla fine frustrata.

È significativo che l'art. 18 imponga all'esperto di "dichiarare" che le trattative si sono svolte "secondo correttezza e buona fede". È un modo efficace per consentire al giudice di sanzionare fin da principio gli abusi dello strumento, qualora le condotte o le omissioni dovessero apparirgli disallineate da quel paradigma.

Il d.l. n. 118/2021 fonda il dovere, anzitutto dei creditori professionali – quindi degli istituti bancari su tutti – di prendere parte al governo negoziale della crisi in modo da consentire soluzioni collettivamente efficienti, oltre che individualmente appaganti, assumendo condotte sollecite ed informate, pur se ovviamente libere nel merito delle valutazioni. La relazione conclusiva dell'esperto dovrà testimoniare *expressis verbis* l'avvenuto svolgimento in buona fede e correttezza delle trattative. Il che equivale a dire che la composizione non solo dev'essere stata attivata, ma dev'essere stata lealmente condotta dalle parti, finendo per inciampare – per "certificazione" dell'esperto – su elementi *ultra vires*, evidentemente trascendenti il rispettivo impegno delle parti a concluderla proficuamente. Si crea una diga relevantissima in capo all'autorità giudiziaria, chiamata a compiere una valutazione di merito sul contenuto della relazione, esigendone l'eventuale completamento a cura dell'esperto in ordine agli eventuali contenuti apodittici o reticenti.

Il tribunale che dalla narrazione dell'esperto rilevasse l'assenza del presupposto della buona fede nello svolgimento delle trattative non fisserebbe, per economia del processo e logica del giudizio, nemmeno l'udienza di omologazione, adottando piuttosto, immantinente, un provvedimento d'inammissibilità della domanda.

È rilevante pure che il tribunale acquisisca, in aggiunta alla relazione finale, il parere dell'esperto facilitatore sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte²⁴. Si tratta di una acquisizione che non si spiegherebbe nell'economia di un controllo solo "notarile", mentre trova ragione nell'esigenza di un vaglio penetrante e di merito già a questo punto. Se al giudice spettasse d'apprezzare il solo ossequio delle forme per rimandare all'omologa il rispetto della sostanza, di quel parere supplementare avrebbe ben poco bisogno.

Certo, la conseguenza connessa al giudizio negativo del tribunale qui immaginata non è esplicitamente prevista. Eppure, sembra coerente con il ruolo preminente dell'autorità giudiziaria nel contesto di riferimento e con il principio di economicità dei mezzi processuali, che il collegio dichiari l'inammissibilità senza doversi riservare di farlo in esito ad un'udienza di omologa, che si risolverebbe in un esercizio di stile, in un simulacro privo di funzione.

A tenore dei commi 3 e 4 dell'art. 18, il tribunale emette un decreto con cui "nomina" un ausiliario, sorta di succedaneo del commissario giudiziale del concordato ordinario, impegnandolo ad accettare entro tre giorni e a rendere un parere ad ampio spettro sulla proposta concordataria; "ordina" la comunicazione ai creditori della relazione dell'esperto e dei pareri di quest'ultimo e dell'ausiliario; "fissa" l'udienza per l'omologazione.

Benché la norma adoperi l'indicativo presente – quasi a tratteggiare l'emissione del provvedimento di default – è fisiologico che qualora la fattibilità economica e giuridica dell'ipotesi concordataria dovesse apparire *prima facie* insussistente, al lume del vasto corredo di informazioni e valutazioni di cui il tribunale fin dal debutto dispone, la procedura concordataria possa chiudersi *hic et nunc*, con la pronuncia di una declaratoria di inammissibilità, in luogo di un'inutile appendice omologatoria.

In tal senso, sembra deporre anche il contenuto del secondo inciso dell'ultimo comma dell'art. 18, che equipara il decreto che dispone la comunicazione della proposta all'ammissione al concordato ai fini di cui all'art. 173 l. fall. È il concordato ad essere revocabile ai sensi della norma, non certo (e non solo) l'udienza che del concordato scandisce il momento processuale.

²⁴ Al punto 13.1 della Sez. III del Decreto dirigenziale 30 settembre 2021 viene suggerito all'esperto di svolgere in costanza di trattative, una stima del patrimonio del debitore, di modo che, quando il tribunale gli richiede il parere di cui all'articolo 18, comma 3, egli possa agevolmente pronunciarsi sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte dagli eventuali proponenti l'acquisto dell'azienda, di suoi rami o di singoli cespiti (punto 13.2).

La discrasia più importante fra procedura concordataria ordinaria e procedura semplificata attiene, piuttosto, alla mancanza in quest'ultima del voto dei creditori²⁵.

L'elemento è per certi versi inedito e di sicuro vale a conferire una più spiccata forza contrattuale all'imprenditore in fase di trattative, posto che i creditori mal disposti a rimodulare le pretese entro i limiti esterni dell'apprezzabile sacrificio saranno ben consapevoli che il mancato accordo non li premierà, perché non saranno ulteriormente chiamati a pronunciarsi, né riceveranno di più nel plesso della liquidazione fallimentare.

In realtà, il fallimento non aggiunge e non toglie nulla ai creditori. Esso costituirà l'ultimo approdo solo per quegli imprenditori che non avranno inteso cogliere, in modo razionale e solerte, la possibilità, prima di trovare un accordo con i propri creditori per la continuazione dell'impresa, poi, in caso d'insuccesso, di esdebitarsi cedendo loro il proprio patrimonio, senza infliggere un danno.

La verità è che la procedura semplificata si orienta più di quella ordinaria verso il mercato, facendo venire alla luce la primazia di uno specifico interesse pubblico: la salvaguardia delle porzioni ancora attive dell'azienda in affanno, ogni qualvolta il rallentamento processuale non assicurerebbe ai creditori un beneficio monetario maggiore, né un virtuale vantaggio compensativo.

Ciò giustifica a pieno l'esclusione dei creditori dal procedimento di formazione ed approvazione della proposta di concordato, perché per costoro la soppressione del voto non è un guaio.

Nel concordato ordinario la scelta tra la liquidazione concordataria e quella fallimentare è rimessa, in concreto, al consenso strutturato dei creditori, che ne apprezzano la convenienza in punto di tempi, misure e probabilità di soddisfazione delle rispettive ragioni; nel semplificato la valutazione di detta convenienza è operata individualmente da ciascun creditore. Se nell'ordinario l'apprezzamento rimane espressione di aggregazioni creditizie maturate, spontaneamente o meno, sul presupposto di interessi omogenei; nel concordato semplificato il merito di quell'apprezzamento è, perlomeno, custodito in capo a ciascun creditore, il quale, a prescindere dall'importo del *dovutum*, è legittimato a far valere il proprio diritto e a far pesare l'interesse peculiare che vi è sotteso, interpellando il giudice con l'opposizione all'omologa.

L'urna del voto che rimane chiusa non comporta alcuna radicale compromissione del diritto di difesa (e di parola). Quel diritto è addirittura potenzialmente accresciuto e rafforzato. I creditori lo recuperano in virtù del riconoscimento della legittimazione a proporre a titolo individuale l'opposizione anzidetta. Al

²⁵ È aspetto fortemente contestato da G. BOZZA, Op. cit.

contrario di quanto accadrebbe in un concordato ordinario, dove il dissenziente verrebbe agevolmente zittito dal voto maggioritario, tanto che per insorgere nel concordato senza classi dovrebbe fare gruppo con gli altri delusi fino a sommare in condominio il 20% dei crediti complessivi, nel concordato semplificato egli si rivolge liberamente al tribunale, opponendosi all'omologa e deducendo suo tramite tutta la gamma delle contestazioni possibili.

In luogo del commissario giudiziale del concordato ordinario, nel semplificato viene alla ribalta un mero ausiliario *ex art. 68 c.p.c.* È naturale sia così. Il baricentro della procedura concordataria del d.l. n. 118/2021 è il giudice, che assorbe a sé ogni compito, senza delegarne alcuno. La sola figura compatibile con quest'impostazione è un professionista di complemento, destinato a fornire un supporto tecnico-specialistico per le valutazioni e determinazioni del tribunale, eppure priva di quella profondità indagatoria dell'ufficio commissariale.

4. L'omologazione e gli effetti del concordato

Nel concordato semplificato la funzione dell'omologa è, ad un tempo, quella di presidiare il coacervo di interessi giuridicamente rilevanti che gravitano sulla procedura e di renderne efficace e vincolante l'epilogo per tutti i creditori, conferendovi la veste formale di un provvedimento.

A quest'ultimo si giunge per il tramite di un'udienza nella quale vengono tendenzialmente canalizzate tutte le questioni di legittimità del procedimento e vantaggiosità della proposta che i creditori intendano sollevare attraverso specifiche opposizioni “nel termine perentorio di dieci giorni prima” (art. 18, comma 4). Naturale che ogni questione sottenda quasi sempre una controversia sull'opportunità di comporre la crisi col concordato anziché risolverla nel fallimento.

Il decreto omologatorio, allo stesso modo di quanto accade nel concordato ordinario qualora siano proposte opposizioni (art. 180, comma 4, l. fall.), prevede un vaglio all'evidenza pervasivo, in quanto supportato da tutti i mezzi istruttori – invocati dalle parti o disposti d'ufficio – che il giudice reputi utili a compiere il proprio sindacato (art. 18, comma 5, d.l.).

La latitudine di quest'ultimo è assai estesa.

Se nel contesto dell'omologazione del concordato ordinario, il giudice si muove nello specchio stretto della regolarità della procedura e del computo dei voti espressi dai creditori, valutando la convenienza dell'ipotesi concordataria nei soli casi di opposizione, in ambito di concordato semplificato il sindacato assume un'intensità più marcata.

Intanto perché, venendo in rilievo il primo momento di contraddittorio reale fra i creditori – privati infatti del contenitore dell'adunanza *ex art. 174 l. fall.* – il

giudice accerta che essi siano stati coinvolti tutti e che quindi il contraddittorio sia integro; appura, poi, che dei titolari delle pretese siano stati rispettati il rango e l'ordine delle prelazioni, senza che ne sia stata sovvertita alcuna.

In secondo luogo, perché il vaglio è allargato, ponendosi una più accentuata esigenza di eterotutela delle posizioni dei creditori: esso assorbe in modo totalizzante il ventaglio della fattibilità del piano di liquidazione. Si accantona la scomposizione della fattibilità nelle dimensioni giuridica ed economica, sul presupposto dell'attribuzione al giudice dell'ufficio d'intercettare ogni impossibilità di attuazione del piano per via di un presupposto di quest'ultimo di per sé non realizzabile. Che tale presupposto si risolva in una impossibilità materiale, anziché giuridica, non esprime nel contesto in esame alcuna saliente differenza: sia l'impossibilità materiale, che quella giuridica, rilevano come "fatto" idoneo a rendere inattuabile un determinato programma, in virtù della sussistenza di un condizionamento, che ora riviene dal diritto scritto, ora giunge dall'ambiente esterno inciso dal diritto, quindi in sostanza dalla realtà del mercato che attraverso il diritto si tende a governare. È il giudice a far da equilibratore, nell'uno come nell'altro caso.

Vi è, seppur apparentemente in ombra, una dilatazione del sindacato fino a fagli lambire la meritevolezza stessa dell'intrapresa, dacché, perlomeno ogni qualvolta l'acquisto dell'azienda non sia preceduto da un'offerta preconfezionata, il giudice si trova di fatto a valutare se la continuità aziendale residua che la realtà produttiva esprime sia effettivamente degna di essere proseguita o rivitalizzata, sia pur per mano altrui.

Ciò detto, nel raffronto comparativo fra concordato e fallimento, il giudice dovrà valutare la possibilità che l'attivo fallimentare sorpassi quello attualmente disponibile o che, perlomeno, il passivo fallimentare sia più ridotto dell'attuale fabbisogno concordatario. Per quanto, tuttavia, non sia agevole – esemplificativamente – preventivare quali azioni revocatorie o di responsabilità possano cogliere nel segno a livello di esito finale.

La valutazione è articolata e non va divisa dalla necessità di computare in prognosi anche tutti gli oneri connessi alla successiva liquidazione fallimentare, ad onta della più rapida e meno dispendiosa cornice operativa concordataria.

Certo, al fallimento può accompagnarsi l'apprensione alla massa di beni ulteriori rispetto a quelli concordatariamente disponibili, ma il fallimento è in sé, quasi sempre, un fenomeno disgregativo del compendio aziendale. Perché il fattore tempo non aiuta la salvaguardia dell'*universitas rerum*, ma ne frantuma gli elementi e ne fa evaporare gli *intangibles*.

Nel concordato semplificato, il parallelo con l'alternativa liquidatoria è congegnato in modo sottilmente diverso rispetto a quanto avviene nella procedura ordinaria. In quest'ultima, a rilevare – in ciascuna occasione in cui il giudice è

chiamato a valutare la convenienza perché investito da un'opposizione – è il parametro del soddisfacimento non inferiore rispetto alla resa economica delle altre opzioni concretamente praticabili. Nel concordato di nuovo conio a sporgere come criterio discrezionale è l'assenza del pregiudizio e l'individuazione di un'utilità in capo a ciascun creditore (comma 5, art. 18 d.l.).

Quel che importa non è che il concordato sia vantaggioso, ma che non sia deleterio. La convenienza è soppiantata dall'assenza del danno. Non occorre constatare l'esistenza di un *quid pluris* nella procedura concordataria in rapporto a quella fallimentare, è sufficiente assodare un trattamento economico perlomeno paritetico rispetto a quello che si ritroverebbe in quel diverso territorio concorsuale.

Viene mutuato il c.d. principio di assenza di pregiudizio, a tenore del quale, nel concorso, il creditore ha diritto a un trattamento non peggiore rispetto a quello che gli sarebbe spettato in caso di liquidazione del patrimonio²⁶.

La menzione dell'utilità nell'art. 18, comma 5, rimanda al *background* della lett. e) del secondo comma dell'art. 161 l. fall.²⁷, ma a ben vedere lo rovescia. Scompare nella norma nuova la locuzione "economicamente valutabile" che contrassegna la vecchia. L'utilità perde gli stilemi del "vantaggio economico" sia pur latamente inteso. Maggior incasso, minor spesa, scudo dalla revocatoria lasciano spazio a qualsiasi utilità tangibile, ancorché economicamente non computabile. Nulla, a quel punto, esclude che l'utilità risieda nella salvaguardia di un rapporto in corso di esecuzione o nella conservazione promessa di una posizione negoziale che in sede fallimentare rimarrebbe ineluttabilmente esposta.

È la discrasia più appariscente fra ordinario e semplificato, ma ad imporla è la fisiologia delle cose. La posizione del creditore non registra un miglioramento, ma non sconta uno svantaggio. Anzi, deve conquistare una qualche utilità. Quale che ne sia la consistenza, quest'ultima prevale sull'opportunità di respingerla, perché nel fallimento non si tramuterebbe in un beneficio maggiore.

Se l'ipotesi regolatoria della crisi-insolvenza contempla l'utilità, il concordato si mostra ammissibile e il diritto del creditore può essere inciso contro la sua volontà. La logica del sistema è lineare perché si rinuncia all'utopia del vantag-

²⁶ Sul carattere dominante del c.d. principio di assenza di pregiudizio nella recente legislazione italiana ed europea in materia di crisi, bancarie e ordinarie, si veda I. DONATI, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in Riv. Società, 2020, 164 ss. È tornato sul tema di recente anche L. STANGHELLINI, *I finanziamenti al debitore e le crisi*, in Fallimento, 2021, 10, 1181.

²⁷ L'art. 161, comma 2, lett. 2) testualmente dispone che "in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore".

gio migliorativo, in favore della salvaguardia di una posizione non deteriore e, soprattutto, utile.

Il riferimento perspicuo alla posizione del singolo creditore chiarisce, tra l'altro, che la valutazione del tribunale non è promiscua, ma individualizzata: è sufficiente che un solo creditore subisca un pregiudizio oppure non tragga alcuna utilità perché, in accoglimento dell'opposizione, debba negarsi l'omologa. Il vaglio del giudice rappresenta per i titolari delle pretese un evidente presidio di garanzia.

Opportuno giunge al comma 6 dell'art. 18 del d.l. la precisazione sul carattere necessariamente motivato ed immediatamente esecutivo del decreto del Tribunale, di cui viene sancita la reclamabilità in Corte d'appello, ai sensi dell'art. 183 l. fall., entro trenta giorni dalla comunicazione e la pubblicazione nel registro delle imprese, secondo lo schema della sentenza dichiarativa di fallimento (il rinvio è all'art. 17 l. fall.), onde assicurarne la massima diffusione.

L'art. 18, ult. comma, prevede che dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli artt. 111, 167 e 168 l. fall., concernenti – rispettivamente – il regime delle prededuzioni, quello dell'amministrazione dei beni in costanza di procedura e il c.d. *automatic stay*.

Viene richiamato, altresì, l'art. 169, che a sua volta rinvia agli artt. 45, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63 l. fall. Dal che deriva il principio di cristallizzazione del patrimonio del debitore in concordato semplificato. Il sostrato degli effetti è analogo nel suo filo conduttore rispetto a quello del concordato ordinario.

5. Il trattamento dei creditori

Le regole che valgono per l'imprenditore inadempiente sottoposto a liquidazione non subiscono in costanza di concordato oscillazioni di sorta.

Il debitore risponde nei confronti dei suoi debitori secondo il modello dell'art. 2740 c.c. e scatta *ex art.* 2741 c.c. il cui meccanismo s'incentra sull'eguale diritto di tutti i creditori a soddisfarsi sui beni del debitore comune, salve le cause di prelazione, che derogano al principio della soddisfazione paritaria.

Il concordato è uno strumento di attuazione della garanzia patrimoniale rappresentata dalla prima delle due norme e realizza coattivamente quella garanzia rispettando, sul piano della soddisfazione dei creditori, l'ordine a quel punto ineludibile delle prelazioni. Pertanto, ciò che attiene al patrimonio del debitore va necessariamente attribuito secondo detto ordine, con soddisfazione integrale del prelazio di maggior grado prima che quello di grado inferiore possa essere

gratificato anche solo percentualmente²⁸; i chirografari devono, inoltre, trovare soddisfazione integrale prima che i creditori postergati possano, anche solo parzialmente, essere soddisfatti a loro volta.

Certo, il concorso nel concordato preventivo presenta una fisionomia ricorrente, in quanto la soddisfazione dei crediti può avvenire anche con mere attribuzioni di utilità, benché non monetarie, con efficacia esdebitativa verso tutti: è l'utilità economicamente valutabile dell'art. 161, comma 2, lett. e) o l'utilità *tout court* dell'art. 18, comma 5, d.l. n. 118/2021. Tuttavia, il trattamento stabilito per ciascun creditore non può mai trascinare con sé l'effetto di un'alterazione dell'ordine dei prelatizi, richiamato nel quinto comma dell'art. 18 d.l. n. 118/2021 e protetto a monte dall'art. 2741 c.c.²⁹.

A fronte di quest'ultima norma generale, non rileva il mancato richiamo dell'art. 160, comma 2, l. fall., richiamo che sarebbe apparso non acconcio in mancanza dell'attestazione in esso contemplata. Nondimeno, la soddisfazione non integrale dei crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non potendosi alterare l'ordine delle prelazioni, rimane condizionata all'incapienza dei beni sui quali insiste la causa di prelazione, ossia alla "asseverata" insufficienza del loro valore in rapporto all'ammontare del credito garantito.

Se nel concordato liquidatorio ordinario viene in rilievo la soglia minima di soddisfazione del 20%, nel semplificato non può che valere l'esatto contrario. La salvaguardia della continuità sbaraglia le soglie di ammissibilità. Lo strumento assicura la prosecuzione dell'impresa, sia pure in forma indiretta, fissare paletti sarebbe irrazionale. L'archetipo del nuovo istituto, d'altronde, è quello della *cessio bonorum* di cui all'art. 1977 c.c., il che vuol dire che – diversamente rispetto al concordato ordinario, in cui la soddisfazione minima assume i connotati dell'obbligazione – nel semplificato il debitore si limita unicamente a trasferire, eventualmente per il tramite del liquidatore della procedura, l'azienda o i beni. Pertanto, non potendo essere costruito alcun limite invalicabile e valendo un riferimento all'utilità senza attributi, è ben possibile che il creditore non sia soddisfatto in alcun modo, sempre che comunque riceva un'utilità e che nel fallimento non sia destinato a ricevere di meglio.

6. Le regole della liquidazione

L'art. 19 contiene la disciplina sulla liquidazione del patrimonio, conseguente alla presentazione della proposta di concordato semplificato.

²⁸ Sul trattamento dei privilegiati v. anche G. BUFFELLI, *Il concordato semplificato: profili fiscali e trattamento dei crediti prelatizi*, in dirittodellacrisi.it.

²⁹ La pensa diversamente G. BOZZA, *Op. cit.*

Col decreto di omologa il giudice nomina un liquidatore; viene, inoltre, richiamato, in quanto compatibile, l'art. 182 l. fall.

Detta norma rimanda, al quinto comma, per i concordati con cessione dei beni, alle regole degli artt. 105 e ss. l. fall. Ciò comporta che nel concordato liquidatorio ordinario le vendite riprendano il calco previsto per le alienazioni coattive fallimentari, con il piano omologato che tiene luogo del programma di liquidazione e il liquidatore che fa le veci del curatore³⁰.

Il primo comma dell'art. 107, dal canto suo, assicura che le vendite e gli altri atti di liquidazione siano effettuati dal curatore tramite procedure competitive, pure avvalendosi di soggetti specializzati, sulla scorta di stime effettuate (salvo il caso di beni di modesto valore) da parte esperti, con il rispetto di adeguate forme di pubblicità, tese ad assicurare la massima informazione e partecipazione degli interessati.

Il rispetto dei parametri generali dettati dall'art. 107 l. fall. – competitività della procedura di scelta dell'acquirente, congruità dei valori di stima del bene posto in liquidazione, adeguatezza delle forme di pubblicità in modo da assicurare la partecipazione della più ampia platea possibile di soggetti interessati all'acquisto – sembra rigorosamente rilevare *ex art.* 19, comma 1, l. fall. solo per le vendite che non prevedano un'offerta preconfezionata. Pure in quel caso, il modulo andrà reso duttile.

Le regole annesse all'art. 182 l. fall. scontano a contatto col concordato semplificato con offerta “chiusa” un deficit di compatibilità.

Se il contenuto della proposta rimane rigidamente predeterminato nell'obiettivo, che necessariamente si riassume nell'alienazione ad altri dell'azienda o dei beni che la compongono, è il *quomodo* di quell'alienazione a sganciarsi qui da modelli prestabiliti. Non solo perché rispetto al concordato ordinario non sono previste proposte concorrenti³¹, in assenza di un richiamo (che sarebbe stato esiziale) all'art. 163, commi 4 e ss., ma perché la verifica dell'assenza di soluzioni migliori implica un sondaggio di mercato, che in difetto di specificazioni deve avvenire senza schemi o a “schema libero”.

Il tentativo di salvare a fine corsa il *quid pluris* della liquidazione concordataria mal sopporterebbe la sequenza dei termini e delle aste, pur ricondotta entro una forma morbida ed elastica.

Piuttosto, diviene sufficiente la trasparenza verso il mercato della trattativa privata sulla circolazione dell'azienda. Dell'iniziativa rivolta al trasferimento del

³⁰ L. PANZANI, La liquidazione dei beni nel fallimento e nel concordato, in *Fallimento*, 2017, 11, 1129.

³¹ Le ritiene teoricamente ipotizzabili R. GUIDOTTI, La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato, in *Ristrutturazioni Aziendali*.

complesso produttivo occorre fare ostensione nei confronti degli operatori del settore, cui va rivolto – pur senza paratie formali – l’invito a manifestare un eventuale interesse parallelo a quello già da altri espresso.

La vicenda circolatoria va sottoposta, cioè, alle reazioni del mercato, non importa come. Il mercato va sondato affinché possa rispondere agli stimoli facendo emergere interessi concomitanti suscettibili d’essere presi in considerazione nell’ottica di una vendita economicamente più vantaggiosa.

Divengono praticabili gare informali, coinvolgenti un numero circoscritto di potenziali offerenti, individuati nel piano di liquidazione tra quelli operanti nel settore dei beni posti in vendita e sollecitati a manifestare il proprio interesse all’acquisto mediante rilanci sul prezzo già offerto da taluno.

Il vero passaggio radicale è proprio nel superamento del vincolo della previa stima del bene. Il prezzo stimato cessa di atteggiarsi a imprescindibile valore base d’asta. Non occorrerà più partire necessariamente da esso, potendosi, piuttosto, sollecitare il mercato ad esprimerne uno differente, più alto o più basso, ma a prescindere da quell’iniziale, doverosa indicazione³².

In questo contesto, la procedura semplificata ben può assumere una struttura “chiusa”, essendo pienamente ammissibile, ai sensi dei commi 2 e 3 dell’art. 19, che si declini come *prepacked solution*³³. Il trasferimento può, infatti, avvenire anche in favore di terzi predesignati nel piano, i quali abbiano presentato, anche in costanza di composizione negoziata, un’offerta irrevocabile di acquisto dell’azienda o di uno o più rami. Quand’anche il risanamento dell’impresa non sia percorribile, lo è la prosecuzione in capo ad altri dell’attività economica attraverso l’azienda ancora in vita o rivitalizzabile. E tanto basta.

Il trasferimento è però indefettibilmente una cessione dell’attività, non del solo godimento, come pure taluno ha argomentato³⁴. La ragione è evidente: il concordato liquidatorio non concede i tempi supplementari all’impresa decotta, né spalanca lo scenario underground dell’esercizio in via indiretta della stessa attività. Piuttosto, si risolve in una corsia esdebitatoria alternativa al fallimento, che importa la cessione totale e definitiva dei beni che nel fallimento verrebbero spossessati e monetizzati.

³² V. anche A. PEZZANO e M. RATTI, Op. cit.

³³ Il piano di liquidazione può includere “un’offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell’omologazione, dell’azienda o di uno o più rami d’azienda o di specifici beni”.

³⁴ F. MICHELOTTI, La liquidazione giudiziale del concordato semplificato, in La crisi d’impresa, a cura di M. POLLIO, 2021, p. 265.

La cessione immaginata dal riformatore rientra nell'arco delle cessioni traslative, volte a monetizzare i beni per destinarne il ricavato in via diretta al riparto fra i creditori, non per finanziarne l'esercizio d'impresa.

D'altronde, il presupposto del concordato semplificato è l'irreversibilità della crisi. Il risanamento non è possibile neppure in via mediata. La procedura a quel punto tende necessariamente a realizzare, non il recupero dell'equilibrio economico ormai svanito e la riconduzione dell'impresa nell'area della redditività, ma la funzione (più modesta) del mantenimento dell'unità operativa in capo ad altri al fine di ottenere liquidità per soddisfare i creditori. L'intento del risanamento dell'impresa è del tutto estraneo alla procedura liquidatoria semplificata, che tiene luogo del fallimento, pur evitandone lo stigma.

La logica, quand'anche non disgregatrice dell'impresa insolvente, rimane orientata alla tutela esclusiva dei diritti dei creditori. Lo scopo non è più rimettere in sesto l'impresa, ma non disperdere il valore unitario del complesso aziendale dal momento che la vendita dell'intero massimizza l'attivo.

L'azienda è fatta sopravvivere all'insolvenza sulla considerazione che, sino a quando l'unità produttiva e organizzativa conserva una funzionalità all'esercizio dell'impresa, essa risponde ai requisiti di cui all'art. 2555 c.c. e non v'è ragione di sottrarla al suo impiego dinamico da parte di un terzo finanziariamente non compromesso.

L'apertura del concordato semplificato

SOMMARIO: 1. In premessa. – 2. La proposta di concordato semplificato. – 3. Le condizioni di ammissibilità della domanda. – 4. Il decreto di apertura della procedura di concordato semplificato.

1. In premessa

L'istituto del concordato semplificato si pone come possibile sbocco non contrattuale del percorso di composizione negoziata della crisi d'impresa introdotto dal d.l. n. 118/2021. Si tratta di una procedura concorsuale (v. *infra*) che, in maniera singolare rispetto alle altre offerte dall'ordinamento, ha bisogno della previa, inutile consumazione di una fase di trattative tra imprenditore in crisi e creditori, condotta sulla scia della nomina dell'esperto *ex art.* 3 d.l. cit., con un abbinamento che costituisce una peculiarità fondamentale dell'istituto e fornisce giustificazioni e chiavi di lettura della disciplina posta dagli artt. 18 e 19 d.l. cit.

La funzione deflattiva dell'istituto è manifesta: con un procedimento estremamente concentrato, che non conosce una fase prenotativa analoga a quella prevista dall'art. 161 comma 6 l. fall. per il concordato preventivo né un provvedimento di ammissione in senso stretto, il tribunale è chiamato ad omologare un concordato la cui esecuzione è retta dalle essenziali regole poste dall'art. 19 d.l. cit. Senza una dichiarazione di fallimento e senza, quindi, gli "orpelli" (i costi e i tempi) che caratterizzano questa procedura, si dovrebbe giungere alla ordinata liquidazione dell'attivo dell'imprenditore in crisi e ad un riparto concorsuale del suo risultato, che dovrebbe essere non peggiore (ma neppure necessariamente migliore) di quello offerto dalla "alternativa della liquidazione fallimentare" (cfr. art. 18 cit., comma 5).

Nel concordato semplificato, le fila della procedura sono tirate dal tribunale, non dai creditori, i cui diritti di voce si riducono alla possibilità di opposizione all'omologazione (iniziativa spesso lasciata agli "altri", e quindi a nessuno, nella frequente tendenza al *free riding* che caratterizza l'atteggiamento notoriamente poco cooperativo dei creditori), e questo potrebbe bastare per consentire all'esperto di agitare lo spauracchio della soluzione liquidatoria *ex artt.* 18 e 19 d.l. cit. per acquistare autorevolezza e ricevere ascolto da parte di creditori poco

disponibili alla trattativa. Nel pendolo tra autonomia ed eteronomia, il nuovo istituto sembra quindi segnare un punto a favore della seconda, anche se in realtà – come anticipato – presuppone necessariamente l'insuccesso della prima.

La disciplina del concordato semplificato si riduce a 2 (due) articoli del d.l. cit., di cui soltanto l'art. 18 riguarda la procedura in senso stretto, mentre l'art. 19 è dedicato all'esecuzione del concordato ormai omologato. La leggerezza del tessuto normativo diventa sostenibile solo grazie ad alcuni specifici rinvii alla disciplina del concordato preventivo, i quali, tuttavia, non sembrano in grado di garantire la completezza delle regole, ciò che impone il ricorso al procedimento analogico.

Al fine della selezione delle norme preanalitiche, quindi, manifesta utilità il duplice interrogativo della natura del concordato semplificato e della sua relazione con il concordato preventivo.

Non è questa la sede per approfondire il tema, ma sembra ci siano pochi dubbi circa il fatto che il nuovo istituto sia una vera e propria procedura concorsuale: l'intervento dell'autorità giudiziaria, il necessario rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e, dunque, della *par condicio creditorum* (evocata a contrario anche dal riferimento alle classi di creditori), il necessario concorso dei creditori, se non altro imposto dal richiamo degli artt. 168, 184 e 111 l. fall., sono già in sé indizi sufficienti a riconoscere la natura concorsuale del concordato semplificato. Da qui, la possibilità di invocare l'applicazione dei principi in materia, qualora si renda necessaria l'*analogia juris* per colmare lacune normative.

Quanto all'*analogia legis*, invece, diventa centrale alla soluzione del problema il confronto del concordato semplificato con il concordato preventivo, sì da verificare se il primo sia una "variante" del secondo o si caratterizzi per autonomia sistematica¹. Nel primo caso, sarebbe difficile escludere che, anche laddove non richiamate e nel limite della compatibilità con gli artt. 18 e 19 d.l. cit., si applicherebbero tutte le norme poste a proposito del concordato preventivo, a prescindere dall'esistenza di un vero e proprio vuoto legislativo.

I collegamenti tra le due procedure sono certo importanti: proposta e piano, seppure ad autonomia limitata (v. infra), sono quelli del concordato preventivo, così come il giudizio di omologazione; il rinvio agli artt. 167, 168, 169, 173, 184, 185, 186 intercetta senz'altro una parte di disciplina caratterizzante la procedura "maggiore"; pari è l'iniziativa processuale lasciata al solo debitore; sempre di "concordato" si parla e la sua qualificazione come "semplificato" consente di immaginare una derivazione da un istituto meno "semplice", quale non può che essere il concordato preventivo.

¹ La Relazione illustrativa del d.l. n. 118/2021 parla espressamente di "una nuova tipologia di concordato preventivo".

Di contro, completamente diverso è il presupposto soggettivo dei due istituti e manca nel concordato semplificato il cuore della dimensione “privatistica” del concordato preventivo, consistente nell’attribuzione ai creditori della decisione sull’approvazione della proposta concordataria. Il fatto poi che non esista una norma di chiusura, che rinvii alla disciplina del concordato preventivo “in quanto compatibile” con quella propria del concordato semplificato² e che, invece, del primo istituto siano richiamate solo alcune specifiche norme (con il consueto dubbio del *non dixit et non voluit*) consente di riconoscere nella procedura introdotta dal d.l. n. 118/2021 un istituto del tutto autonomo rispetto al concordato preventivo³.

Resta che, al bisogno, la procedura “maggiore” potrà fornire norme preanalitiche a quella “minore” (e semplificata), senza che il richiamo di alcuni articoli specifici sia di impedimento all’integrazione disciplinare⁴. Occorrerà tuttavia rispettare le caratteristiche di “semplicità” del concordato *ex art.* 18 cit. ed evitare di confondere un’esigenza di semplificazione con una lacuna normativa. Parimenti, non si deve indulgere nell’inerzia della *path dependance* e bisogna rispettare l’autonomia del concordato semplificato rispetto al concordato preventivo, senza cadere nella tentazione di omogeneizzare il primo al secondo istituto⁵.

2. La proposta di concordato semplificato

Come anticipato, la “procedura” del concordato semplificato è estremamente più concentrata rispetto a quella del concordato preventivo, perché la seconda

² Si veda, ad es., l’art. 2454 c.c. a proposito della società in accomandita per azioni, infatti considerata una “variante della S.p.A. dalla L.n. 366/2001, art. 1 comma 1, lett. f).

³ Cfr. G. BOZZA, Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, in *ildirittodellacrisi*, 05.10.2021, p. 6.

⁴ Anche qui torna utile il riferimento all’esperienza del diritto societario, a proposito delle lacune lasciate dalla disciplina sulla s.r.l., da integrarsi spesso (anche se non necessariamente) con l’applicazione analogica di norme sulla S.p.A. ulteriori rispetto a quelle espressamente richiamate. Molto più drastico, invece, G. BOZZA, *op. cit.*, per il quale “né gli spazi vuoti possono essere riempiti con l’applicazione analogica della ordinaria normativa in quanto detti spazi non sono da colmare, ma sono le caratteristiche della nuova figura”.

⁵ Anche la s.r.l., con il d.lgs. n. 6/2003, divenne tipo autonomo rispetto alla S.p.A., ma è poi rientrata nei ranghi della seconda, sia a seguito di interventi interpretativi giurisprudenziali (si pensi alla richiesta di deliberazione assembleare – non prevista dall’art. 2476 c.c. – per l’esercizio dell’azione sociale di responsabilità), sia a seguito di un intervento “reazionario” del legislatore (culminato nel d.lgs. n. 14/2019 ed ulteriormente perfezionato, da ultimo, con il d.lgs. n. 183/2021, art. 6 comma 1).

conosce tre segmenti, delimitati rispettivamente da: deposito della domanda, ammissione del debitore *ex art.* 163 l. fall., approvazione della proposta da parte dei creditori e apertura del giudizio di omologazione, decreto di omologazione; mentre la prima si riduce a due segmenti soltanto, separati rispettivamente da: deposito della domanda, apertura della procedura con il decreto previsto dai commi 3 e 4 dell'*art.* 18 cit., decreto di omologazione.

Si può anche concedere che, come afferma la Relazione illustrativa, sia omessa la fase di ammissione, ma sembrano esserci pochi dubbi circa il fatto che il tribunale, nel vagliare una domanda di concordato semplificato, prima di dare ingresso all'istruttoria propedeutica alla sua omologazione, anche alla luce del riferimento alla valutazione della "ritualità della proposta" (*art.* 18, comma 3), procederà alla verifica della "sussistenza dei requisiti per l'accesso alla procedura"⁶ e, dunque, della ammissibilità della domanda.

A tale scopo, non potrà mancare una valutazione di conformità della proposta concordataria concretamente presentata dal debitore alla fattispecie astratta disegnata dall'*art.* 18 cit., fattispecie che abbandona l'atipicità dell'*art.* 160 l. fall. per consentire la presentazione di sole proposte di concordato (semplificato) "per cessione dei beni" (*art.* 18, comma 1), unitamente ad un "piano di liquidazione" degli stessi.

Se, dunque, il piano deve essere strutturalmente liquidatorio, ciò non significa tuttavia che la liquidazione debba per forza essere atomistica e che richieda la previa disgregazione dell'organizzazione imprenditoriale: l'*art.* 19 cit., con il riferimento alla possibilità di "trasferimento ... dell'azienda o di uno o più rami d'azienda", riconosce la perfetta ammissibilità di un piano che preveda la continuità aziendale indiretta di cui al comma 1 dell'*art.* 186-*bis* l. fall. E ciò pone già un problema di integrazione della disciplina, perché la cessione dell'azienda può non essere immediata a seguito dell'omologazione (è possibile ma non necessario che il piano comprenda "un'offerta da parte di un soggetto individuato", ai sensi dell'*art.* 19, comma 2) e pertanto la vendita dell'azienda in esercizio può dover essere preceduta da una prosecuzione diretta dell'attività d'impresa funzionale al mantenimento in esercizio dell'azienda da vendere⁷. Ma in questo caso s'impone anche la presentazione della "analitica indicazione

⁶ Relazione illustrativa cit., p. 9.

⁷ Resta poi sempre la possibilità di un affitto ponte dell'azienda, magari stipulato già durante la fase di composizione negoziata, per il quale, pur occorrendo la previa segnalazione all'esperto *ex art.* 9 comma 2 d.l. n. 118/2021 (pochi dubbi che si tratti di un atto di straordinaria amministrazione), non è necessaria neppure l'autorizzazione del tribunale *ex art.* 10 d.l. cit., considerata l'inapplicabilità a prescindere dell'*art.* 2560 c.c. al contratto di affitto d'azienda.

dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura" richiesta dal comma 2 dell'art. 186-*bis* cit.? Mi sembra che la risposta debba essere positiva, considerato che i creditori, pur non votanti, e lo stesso tribunale devono essere in grado di valutare l'equivalenza della proposta concordataria rispetto all'aspettativa di soddisfacimento dalla liquidazione fallimentare (anche ai fini di un'eventuale opposizione all'omologazione), e certo l'eventuale accumulo di perdite nel corso del periodo interinale che corre a monte della vendita dell'azienda in esercizio può essere in grado di ridurre la convenienza della realizzazione di un valore positivo di avviamento, se detto valore è più che compensato dalle perdite previste per il mantenimento in esercizio dell'azienda da cedere.

Pur ammettendosi, dunque, che la cessione dei beni si traduca in una continuità aziendale indiretta, non sembra che il sistema normativo esprima una insuperabile preferenza per questa soluzione e, men che meno, la necessità che il piano sia funzionale alla conservazione dell'organizzazione d'impresa. È vero che la composizione negoziata della crisi d'impresa si pone l'obiettivo principale del "risanamento dell'impresa" (cfr. art. 2 d.l. cit., comma 1; ma v. anche l'art. 5, comma 5, ove il mantra delle concrete prospettive di risanamento), ma ciò non significa che, abortito il tentativo della soluzione negoziale, detto obiettivo debba imporsi anche nel concordato semplificato. Sarà dunque perfettamente ammissibile un piano di liquidazione dei beni che preveda la cessazione dell'attività d'impresa e la liquidazione della sua organizzazione⁸, restando al solo debitore la scelta sul *quomodo* della cessione dei suoi beni.

Qualche dubbio potrebbe sorgere dal doppio richiamo dall'art. 19 cit. all'art. 182 l. fall., e da qui all'art. 105 l. fall., norma quest'ultima che pone un criterio preferenziale di liquidazione per aggregati decrescenti nella procedura di fallimento, ma il dubbio sembra potersi sciogliere se solo si considera che l'art. 182 l. fall. è richiamato dall'art. 19 cit. relativamente alla sola fase di esecuzione di un concordato omologato, e quindi non dovrebbe entrare in gioco per valutare la legalità del piano e della proposta concordataria, da farsi ovviamente, e una prima volta, a monte dell'omologazione (come noto, la valutazione di legalità degli atti concordatari va ripetuta anche nel corso del giudizio di omologazione).

Alla fine, ciò che di certo non si può fare è l'erezione del piano di concordato su un'ipotesi di continuità aziendale diretta, che escluda la cessione dell'azienda

⁸ Cfr. G. BOZZA, op. cit., p. 36, per il quale al concordato semplificato "è estranea ogni valorizzazione della continuità".

in esercizio, ipotesi d'altronde che si caratterizza normalmente⁹ per complessità e tempi di esecuzione che il legislatore ha ritenuto non coerenti con la semplificazione della procedura prevista dall'art. 18 cit., caratterizzata anche dall'assenza di una relazione di attestazione sulla fattibilità del piano, invece fondamentale per apprezzare compiutamente caratteristiche e rischi di un piano di prosecuzione diretta dell'attività d'impresa.

La scelta è comprensibile, ma desta qualche perplessità, perché non sempre è possibile la soluzione della continuità aziendale indiretta¹⁰; il concordato preventivo, quindi, costituisce l'unica procedura concorsuale (al netto di soluzioni veramente negoziali o quasi-negoziali, quali quelle previste quale positivo esito della composizione negoziata dall'art. 11, commi 1 e 2, d.l. cit.) che consenta un soddisfacimento dei creditori (spesso il migliore soddisfacimento) mediato dalla prosecuzione diretta dell'attività d'impresa ma la comparazione della proposta di concordato semplificato con la sola liquidazione fallimentare (cfr. art. 18, comma 5), dove pure l'unica continuità aziendale consentita è quella indiretta¹¹, farà sì che si rendano ammissibili soluzioni sub ottimali per i creditori, tutte le volte che non sia possibile vendere l'azienda in esercizio e la liquidazione atomistica dei beni determini la dispersione del plusvalore dell'avviamento.

Se sembra inoppugnabile che non si applichi il limite minimo di soddisfacimento dei crediti chirografari imposto al concordato preventivo liquidatorio dall'ultimo comma dell'art. 160 l. fall., resta che, ai sensi del comma 5 dell'art. 18 cit., la proposta di concordato semplificato non deve arrecare pregiudizio ai creditori "rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare" e questo requisito si pone quale condizione di ammissibilità (della domanda e) della proposta stessa.

Si tratta di un requisito che, seppure marginalmente, si differenzia rispetto al migliore soddisfacimento dei creditori imposto, ad esempio, al concor-

⁹ Ma non necessariamente: è continuità diretta anche quella che si realizza con una conversione dei crediti in capitale sociale subito a seguito dell'omologazione, con un'esecuzione del concordato che si perfeziona con la datio in solutum delle azioni di nuova emissione.

¹⁰ Si pensi alle imprese che operano in regime di concessione amministrativa (aeroporti, ad es.) e a quelle che sono accreditate da GDO, general contractors, committenti e per le quali l'accredito (anche ai fini della disciplina c.d. antimafia) non costituisce una caratteristica dell'organizzazione d'impresa che transita istantaneamente all'acquirente dell'azienda ex art. 2558 c.c., come se si trattasse di un contratto pendente. E i tempi necessari alla volturazione di concessioni e al rilascio di un nuovo accreditamento a beneficio del soggetto interessato all'acquisto dell'azienda possono non essere compatibili con le esigenze del risanamento.

¹¹ Salvo l'ipotesi di un concordato fallimentare, che tuttavia non si può certo prendere in considerazione come esito normale della liquidazione fallimentare.

dato preventivo con continuità aziendale dall'art. 186-bis, comma 2, lett. b), l. fall., perché nel concordato semplificato si richiede solo il raggiungimento di un risultato minimo di equivalenza rispetto alle aspettative offerte dall'alternativa della liquidazione fallimentare. Inoltre, se si può riferire il concetto di migliore soddisfacimento alla massa dei creditori, e quindi alla misura complessiva della provvista concordataria generata dal piano, a prescindere dai criteri di sua distribuzione, sembra invece che il riferimento al "pregiudizio" coinvolga l'interesse di ogni singolo creditore, che dunque dovrà ricevere dalla proposta di concordato semplificato una "utilità" (cfr. art. 18 comma 5 cit.) almeno equivalente (anche se non necessariamente identica) a quella che potrebbe ricevere da un ipotetico ed alternativo scenario di riparto fallimentare¹².

Anche considerata la natura intrinsecamente liquidatoria del piano di concordato semplificato (e a prescindere dal fatto che la liquidazione abbia ad oggetto singoli beni o aggregati, anche aziendali), ci si può attendere dalla giurisprudenza una diffusa richiesta di applicazione dell'art. 2740 c.c., che impedirà al debitore di formulare una proposta "al risparmio", anche se ritengo più acconcia alla dimensione (pur sempre) para-negoziale di una proposta concordataria la possibilità per il debitore di estrarre dalla liquidazione beni che vengano sostituiti da altre utilità (esterne al patrimonio del debitore), sempre nel rispetto della condizione minima del livello di equivalenza della soddisfazione di ogni creditore rispetto all'alternativa fallimentare.

Al fine di verificare il rispetto di questo livello minimo di soddisfacimento che deve essere offerto, a pena di inammissibilità, dalla proposta di concordato semplificato, entreranno in gioco ovviamente anche le utilità che si possono attendere da eventuali azioni revocatorie e di responsabilità esperibili nel corso della procedura fallimentare, che certo concorrono al risultato della liquidazione, e a tale scopo è lecito attendersi che l'ausiliario che sarà nominato ai sensi del comma 3 dell'art. 18 cit. sarà altresì investito di compiti d'indagine in parte qua non dissimili da quelli imposti al commissario giudiziale dall'art. 172 l. fall. nella redazione della sua relazione; con il rischio, quindi, che proposte che "dimentichino" un'adeguata *disclosure* su atti revocabili o di *mala gestio* o comunque non aggiungano risorse esterne in grado di compensare i risultati delle conseguenti azioni esperibili in sede fallimentare potranno arrestarsi alla soglia della

¹² Va peraltro ricordato che la Direttiva Insolvency, all'art. 2.1.6, riconduce il concetto di "migliore soddisfacimento dei creditori" al c.d. best interest test, consistente nella verifica circa il fatto che "nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale".

inammissibilità a causa dell'insufficienza del soddisfacimento offerto ai creditori, "pregiudicati" rispetto all'alternativa fallimentare.

Se è apprezzabile la maggiore precisione della comparazione con la "liquidazione fallimentare", in luogo dell'atipica "alternativa concretamente praticabile" di cui al comma 4 dell'art. 180 l. fall., può comunque sorgere qualche dubbio sull'opportunità della scelta del legislatore, proprio a proposito del concordato semplificato. Già, infatti, si è scritto che l'opzione necessariamente liquidatoria ed il confronto imposto solo con lo scenario fallimentare fa correre il rischio che il risultato veramente migliore che un efficiente governo della crisi possa offrire sfugga alla comparazione, tutte le volte che possa realizzarsi solo all'esito dell'esecuzione di un piano in continuità diretta che, come scritto, non può trovare ingresso in una procedura di fallimento. Poi è davvero singolare che proprio per una procedura alla quale accedono anche imprenditori non fallibili (cfr. art. 2, comma 1, d.l. n. 118/2021) il termine di paragone adottato faccia esclusivo riferimento ad una liquidazione "fallimentare", ma la svista del legislatore potrà essere rimediata, anche alla luce dell'art. 6.1.2. della Direttiva *Insolvency*, comparando se del caso la proposta di concordato semplificato con i risultati attesi da una procedura di liquidazione del patrimonio *ex* L.n. 3/2012 (alla quale, tuttavia, restano estranee le utilità eventualmente ritraibili da azioni revocatorie e di responsabilità).

Il comma 5 dell'art. 18 cit., inoltre, pone un'altra condizione di ammissibilità della proposta nel "rispetto dell'ordine delle cause di prelazione" che, considerato il necessario confronto con i risultati offerti da una liquidazione retta dall'art. 111 l. fall., non potrà che essere un ordine assoluto e non relativo.

A tal proposito, qualche perplessità desta la possibilità, riconosciuta dalla legge di conversione n. 147/2021, che la proposta preveda "la suddivisione di creditori in classi" (art. 18 cit., comma 1). È noto, infatti, che la classificazione dei creditori sia funzionale a riservare loro una disparità di trattamento e a consentire quindi al debitore una deroga al rispetto, necessario anche nel concordato preventivo, dell'ordine delle cause di prelazione. Nel concordato semplificato le classi vengono solo evocate, ma non anche disciplinate. Si tratta di una vera e propria lacuna normativa che ritengo possa essere colmata, quanto alle regole da osservare nella formazione delle classi, dall'applicazione analogica della lettera c) dell'art. 160 comma 1 l. fall., per la quale occorre preservare all'interno di ogni classe caratteristiche di omogeneità, secondo posizione giuridica e interessi economici, dei crediti accolti dalla classe stessa.

Ciò premesso, tuttavia, le perplessità derivanti dalla possibilità di classificare i creditori anche nella proposta di concordato semplificato attengono alle specificità della sua disciplina. Nel concordato preventivo, infatti, al di là delle ipotesi di classi obbligatorie (cfr. art. 182-ter comma 1 l. fall.) o quasi (cfr. art. 163 comma 6

l. fall.), che certo non si applicano nel concordato semplificato (ove sembra abbastanza scontato che non possano trovare ingresso né il trattamento dei crediti tributari e contributivi previsto dall'art. 182-ter l. fall. né l'istituto delle proposte concorrenti), l'inserimento dei crediti in classi separate è funzionale soprattutto a consentire al debitore di acquistare al prezzo "giusto" il voto favorevole dei creditori sulla proposta concordataria: un trattamento necessariamente paritario imporrebbe al debitore di livellare la sua offerta al prezzo richiesto dai creditori più esigenti, anche a beneficio dei creditori meno esigenti. La possibilità di più efficiente allocazione delle limitate risorse della provvista concordataria offerta dalle classi, tuttavia, è compensata dalla più stringente disciplina del voto, dove la formazione di classi di creditori ripristina la doppia maggioranza richiesta dall'art. 177 c. 1° l. fall. (senza dimenticare la più ampia possibilità, offerta ai creditori dissenzienti appartenenti a classe dissenziente dall'art. 180 c. 4° l. fall., di sindacare la convenienza della proposta di concordato nel corso del giudizio di omologazione).

Ebbene, nel concordato semplificato i creditori non votano, e quindi non occorre razionalizzare l'utilizzo della provvista per pagare un prezzo marginale del voto, né è possibile una distribuzione della provvista che alteri l'ordine forte delle cause di prelazione, perché altrimenti, a parità di torta, ci sarebbe necessariamente qualche creditore che otterrebbe una fetta inferiore a quella offerta dalla liquidazione fallimentare, con conseguente inammissibilità della proposta. Poiché, in un concordato ontologicamente senza continuità aziendale diretta, è difficilmente immaginabile che il piano generi qualche forma di "utilità" non monetaria, che potrebbe consentire un diverso trattamento dei crediti che non ne pregiudichi il livello minimo di soddisfacimento, le classi potrebbero tornare utili solo ad un debitore benefattore, che – per ignote ragioni – volesse apportare alla provvista concordataria risorse esterne destinate a soddisfare alcuni creditori più di quanto necessario per porre il loro soddisfacimento ad un livello di equivalenza rispetto all'alternativa fallimentare, senza per questo pregiudicare gli altri creditori. In conclusione, l'istituto delle classi esiste anche nel concordato semplificato ma probabilmente sarà di dubbia utilità.

Infine, e sempre in merito all'ammissibile contenuto della proposta di concordato semplificato, il soddisfacimento offerto ai crediti privilegiati non potrà essere ovviamente inferiore a quello che questi potranno attendersi dall'applicazione dell'art. 111-*quater* l. fall. nell'alternativa fallimentare. Non mi sembra che, al fine di determinare il livello minimo di soddisfacimento di questi creditori s'imponga la presentazione della relazione speciale di attestazione richiesta dal comma 2 dell'art. 160 l. fall. nel concordato preventivo, specie considerato che – come ricordato in premessa – sia l'applicazione analogica di norme del concordato "maggiore" richiede una vera lacuna normativa nel concordato "minore"

(quale sembra non esserci nel caso di specie), sia occorre evitare di indulgere nella tentazione di omogeneizzare il secondo al primo, rischiando di compromettere la “semplificazione” delle regole che costituisce il *proprium* della disciplina posta dall’art. 18 cit.

3. Le condizioni di ammissibilità della domanda

L’indagine del tribunale propedeutica alla pronuncia del decreto di cui al comma 3 dell’art. 18 cit., che dà impulso alla procedura di concordato semplificato, sarà quindi rivolta all’ammissibilità del contenuto della proposta di concordato, nei termini testé riferiti, ma non solo. Nonostante il precedente esperimento della composizione negoziata, che assume una prima ricognizione dei relativi presupposti, oggettivo e soggettivo, da parte della commissione di nomina e da parte dell’esperto stesso, è immaginabile che il tribunale, al fine dell’apertura della procedura, rinnovi la verifica di tali presupposti. Quanto al soggettivo, potrà accedere al concordato semplificato – a differenza di quanto avviene per il concordato preventivo – ogni imprenditore in quanto tale, già titolato per presentare l’istanza di nomina dell’esperto *ex art.* 2 comma 1 d.l. cit., e il comma 1 dell’art. 18 cit., infatti, legittima alla domanda di concordato “l’imprenditore”, senza particolari qualificazioni. Sarà quindi sufficiente che nell’istante si riconoscano le caratteristiche tipologiche previste dall’art. 2082 c.c., senza che ci si debba occupare di dimensioni dell’organizzazione e di natura dell’attività svolta.

Qualche dubbio in più potrebbe sollevarsi in merito al presupposto oggettivo, perché sia si potrebbe qui tornare a fare riferimento alle condizioni di accesso alla composizione negoziata previste dal comma 1 dell’art. 2 cit., ove si evocano le “condizioni di squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza”, sia, ritenuta sussistente una lacuna normativa, si potrebbe invocare per analogia l’applicazione dell’art. 160 comma 1 l. fall., con il suo riferimento ad un atipico stato di crisi¹³. Alla fine, per ragioni già altrove espresse¹⁴, sinché non entrerà in vigore il CCII, con la sua tipica nozione di crisi definita dall’art. 2.a)¹⁵, tra l’una e l’altra delle opzioni interpretative

¹³ Cfr. S. LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs. ordinario*, in *Diritto della Crisi*, 09.11.2021, p. 5.

¹⁴ V., se si vuole, A. ROSSI, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell’imprenditore e risanamento dell’impresa*, nel *Fallimento*, 2021, p. 1501 ss.

¹⁵ La crisi di cui all’art. 2.a) è molto più vicina allo stato d’insolvenza di quanto non debba esserlo il presupposto oggettivo *ex art.* 2 comma 1 d.l. n. 118/2021.

prospettate non dovrebbe cambiare molto, visto che la crisi di cui all'art. 160 cit. sembra in grado di comprendere tutte le situazioni cui si riferisce lo "squilibrio" di cui all'art. 2 cit., che si estendono dalla crisi incipiente ed "intima" sino all'insolvenza vera e propria, anche irreversibile¹⁶. Vero che il tribunale potrà sempre ritenere insussistente lo stato di crisi, pur "confessato" nella domanda di concordato, ma ben difficilmente – come insegna l'esperienza in materia di concordato preventivo – si darà l'effettiva possibilità di negare l'esistenza della crisi rilevante, anche considerato che al concordato semplificato si giunge dopo un inutile esperimento di composizione negoziata.

Ritengo debba invece escludersi, ai fini dell'ammissibilità della domanda di concordato semplificato e a differenza di quanto richiesto per l'apertura della fase delle trattative, che lo stato di crisi si accompagni ad una concreta prospettiva di risanamento dell'impresa, che potrà esserci, se il piano si atteggi alla continuità aziendale indiretta, ma potrà anche tranquillamente non esserci.

L'ammissibilità della domanda di concordato dipenderà altresì dalla sua tempestività, poiché potrà essere presentata, ai sensi del comma 1 dell'art. 18 cit., solo nei 60 giorni successivi alla "comunicazione" da parte dell'esperto della propria relazione finale, da redigere in ogni caso al termine della fase di composizione negoziata. Si ricorda che l'art. 5 comma 8 d.l. n. 118/2021 prevede che l'esperto sia inserisca la sua relazione finale nella piattaforma telematica istituita ex art. 3 d.l. cit., sia comunichi la stessa relazione all'imprenditore che ne ha chiesto la nomina. Considerato quanto prevede l'art. 18 cit., il *dies a quo* rilevante al fine di verificare la tempestività della domanda di concordato semplificato sarà solo quello della "comunicazione" all'imprenditore, a prescindere dal fatto che la stessa preceda o segua all'inserimento in piattaforma telematica.

Nulla esplicita la legge, ma l'interpretazione già ricorrente fa del termine di 60 giorni un termine di decadenza¹⁷, il cui mancato rispetto rende inammissibile la domanda di concordato, ciò che rende plasticamente l'idea di questa nuova procedura concorsuale come un'appendice facoltativa delle trattative condotte dall'esperto, nelle quali deve trovare un antecedente necessario. Poiché si tratta di termine il cui rispetto condiziona l'ammissibilità di un procedimento, sembra trattarsi di un termine "processuale" nel senso di cui all'art. 1 L. n. 742/1969, che potrà fruire quindi della sospensione feriale salvo che, sulla

¹⁶ Nel senso già espresso in A. ROSSI, op. cit., p. 1504 s.

¹⁷ Cfr. G. BOZZA, op. cit., p. 8; G. FICHERA, Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici, in *Diritto della Crisi*, 11 novembre 2021, p. 5.

scia dell'insegnamento della Suprema Corte¹⁸, non sia già pendente un'istanza di fallimento¹⁹.

Come già ritenuto da buona parte della giurisprudenza per il concordato preventivo²⁰, ed oggi esplicitato dall'art. 40 comma 2 CCII, la domanda di concordato, redatta nella forma del ricorso con cui si chiede la sola omologazione del concordato²¹, dovrà essere sottoscritta da difensore abilitato ai sensi dell'art. 82 comma 3 c.p.c. Avrei invece forti dubbi circa la necessità che la domanda debba anche essere corredata dalla determinazione adottata con le modalità previste dall'art. 152 l. fall. Ferma la necessità che il tribunale accerti i poteri di chi ha rilasciato la procura al difensore (e la possibilità di loro integrazione *ex art.* 182 c.p.c.), mi sembra che non sussista in realtà una lacuna legis che imponga la ricerca di una norma preanaloga e che, dunque, non ci sia spazio per invocare l'applicazione al concordato semplificato della disciplina in parte qua dettata per il concordato preventivo²². I formalismi procedurali imposti dall'art. 152 l. fall., d'altra parte, mal si attaglierebbero alle istanze di semplificazione di cui l'art. 18 cit. si fa portatore.

La domanda di omologazione del concordato andrà quindi presentata "al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale", in assonanza con quanto previsto dal comma 1 dell'art. 161 l. fall. per il concordato preventivo. Resta però il dubbio se anche per il concordato semplificato vadano o non sterilizzati, ai fini della competenza territoriale, i trasferimenti della sede intervenuti nell'anno precedente al deposito del ricorso²³. Non dovrebbe invece entrare in gioco, per le imprese attratte, quanto a requisiti dimensionali, dalla disciplina in materia di amministrazione straordinaria, l'art. 350 del d.lgs. n. 14/2019, già in vigore, che prevede la competenza del tribunale sede della sezione specializzata in materia di imprese per l'accertamento dello stato d'insolvenza ma che la Suprema Corte ha recentemente limitato, nel suo ambito di applicazione, solo ai

¹⁸ Cfr. Cass. civ., sez. I, 13 giugno 2018, n. 15435.

¹⁹ In caso di previa pendenza di istanza di fallimento, ritengo che il coordinamento con la domanda di concordato semplificato debba seguire i principi di coordinamento delle istanze e di priorità di trattazione riservata alla soluzione concordataria della crisi già espressi da Cass. civ., sez. unite, 15 maggio 2015, n. 9935.

²⁰ Cfr. M. FERRO, P. BASTIA, G.M. NONNO (a cura di), *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, p. 43 ss.; *contra*, invece, G. BOZZA, *op. cit.*, p. 9.

²¹ Essendo sparito ogni riferimento esplicito all'ammissione del debitore alla procedura di concordato.

²² Cfr. G. BOZZA, *op. cit.*, p. 9; S. LEUZZI, *op. cit.*, p. 10.

²³ A stretto rigore, anche in questo caso non sembra ravvisabile una lacuna normativa; in tal senso, cfr. G. BOZZA, *op. cit.*, p. 9.

procedimenti relativi ad imprese che già si trovino “in” amministrazione straordinaria²⁴, quale non potrebbe mai essere un imprenditore che chieda l’omologazione di un concordato semplificato.

Quella tuttavia più controversa, tra le condizioni di ammissibilità della domanda di concordato semplificato, consiste nella necessità che l’esperto dichiari, nella sua relazione finale, che: (i) le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede; (ii) le trattative non hanno avuto esito positivo; (iii) le soluzioni (negoziali o quasi) individuate ai sensi dell’art. 11, commi 1 e 2, d.l. n. 118/2021 non sono praticabili.

Sull’esito negativo delle trattative, nulla quaestio: si tratta di un dato oggettivo, che dovrebbe corrispondere al fatto che le trattative non sono sfociate in alcuna delle soluzioni della crisi previste dai commi 1 e 2 dell’art. 11 d.l. cit., le soluzioni veramente “finali” (*recte*: non bisognose di altra, consecutiva procedura concorsuale) e che consentono all’esperto di maturare un compenso doppio ai sensi del comma 5 dell’art. 16 d.l. cit.

Dubbi, invece, e consistenti, possono sorgere circa lo svolgimento delle trattative secondo correttezza e buona fede, requisito introdotto nell’art. 18 solo con la legge di conversione.

Innanzitutto, deve ritenersi che il concordato semplificato sia ammissibile solo se le trattative siano state effettivamente avviate dall’esperto, che abbia constatato *ex art. 5 comma 5 d.l. cit.* la concretezza delle prospettive di risanamento (nell’ampia accezione di cui al par. 2 del “Protocollo di conduzione della composizione negoziata”, sezione III del documento recepito dal Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021). Se, quindi, l’esperto proceda immantinente alla richiesta di archiviazione dell’istanza di composizione negoziata, senza dare ingresso alle trattative, non ci sarà spazio per l’imprenditore per procedere poi alla presentazione di una domanda di concordato semplificato.

Ma l’apertura delle trattative, pur necessaria, non è certo sufficiente, perché queste dovranno altresì essere state condotte “secondo correttezza e buona fede”. Ci si deve quindi interrogare su quale sia il comportamento esigibile, evidentemente dal solo debitore, affinché possa dirsi che questi, nello svolgimento delle trattative coadiuvate dall’esperto, ha rispettato i canoni della correttezza e della buona fede.

La risposta può essere data su due livelli: il primo piuttosto arretrato ma poco discutibile, il secondo più avanzato ma anche dotato di un maggiore grado di opinabilità.

²⁴ Cfr. Cass. civ., sez. VI, ord. 9 luglio 2021, n. 19618.

Al primo livello, è imprescindibile il rispetto dei principi che, per legge, devono guidare il comportamento dell'imprenditore nel corso della composizione negoziata; in particolare: "L'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio dell'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori" (art. 4 comma 5 d.l. cit.). Quanto alla gestione dell'impresa, ai sensi del comma 1 dell'art. 9 d.l. cit., l'imprenditore dovrà evitare di pregiudicare la "sostenibilità economico – finanziaria dell'attività" nonché, se insolvente, dovrà orientare la gestione al "prevalente interesse dei creditori".

Non è questa la sede per dare maggiore concretezza a tali criteri gestionali, ma sembra imprescindibile che le trattative possano considerarsi condotte correttamente e in buona fede se (e solo se) l'imprenditore impieghi tempo e risorse non a vuoto e brancolando affannosamente tra ipotesi astratte ed irrealistiche di soluzione della crisi ma destinando questi fattori di creazione del valore alla costruzione di una seria proposta da veicolare a beneficio dei creditori o, comunque, di quelle parti la cui adesione sia in sé necessaria – ma anche sufficiente – al buon esito delle trattative (nel senso sopra precisato).

Qualche dubbio può porsi circa la rilevanza del comportamento del debitore anteriore alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto e, quindi, all'avvio delle trattative. Non può escludersi, infatti, che l'imprenditore "astuto" si prepari adeguatamente alla composizione negoziata ponendosi in condizioni tali da presentarsi ai creditori in una situazione già *ex ante* compromessa da atti distrattivi o anche solo "protettivi" (tipicamente: un contratto di affitto d'azienda stipulato a condizioni non eque). In questo caso, a stretto rigore, le trattative potrebbero essere anche condotte secondo buona fede, ma muovendo da posizioni di partenza che sarebbero il frutto di un comportamento malevolo del debitore, e non mi sembra che l'esperto potrebbe omettere di rappresentare nella sua relazione finale gli antefatti (rilevanti) della composizione negoziata e la loro eventuale incidenza sul giudizio di complessiva correttezza da riservare all'imprenditore.

Ma ritengo si possa e si debba andare oltre, nella qualificazione del comportamento del debitore nel corso delle trattative, e qui interviene il secondo livello della risposta al quesito affrontato, la cui analisi presuppone di interrogarsi circa le ragioni che possano avere portato il legislatore a sottrarre ai creditori il diritto di votare sulla proposta di concordato semplificato. Non mi sembra che queste ragioni attengano ad esigenze di semplificazione della procedura: l'adozione di modalità analoghe a quelle previste per il concordato fallimentare (assenza dell'adunanza dei creditori e silenzio – assenso) non avrebbe comportato un appesantimento eccessivo e forse si sarebbe potuta accompagnare alla previsione di qualche condizione legittimante l'opposizione all'omologazione del concordato (e dipendente, ad esempio, dal dissenso dei creditori, che però presuppone il

diritto di voto). Ritengo, invece, che, anche considerata la necessaria propedeuticità di un serio tentativo di composizione negoziata della crisi dell'imprenditore, ai creditori sia negato il voto perché hanno già avuto la possibilità di esercitare il diritto di voce nel corso delle trattative, ma questa possibilità non ha consentito il conseguimento del risultato della soluzione negoziata della crisi. Potrebbe cioè ritenersi che il concordato semplificato presupponga che i creditori abbiano già giocato la loro partita nel corso delle trattative coadiuvate dall'esperto ma l'abbiano giocata male, e questo spiegherebbe perché, chiusa senza esito positivo la fase della composizione negoziata, nel corso della procedura di concordato semplificato l'interlocuzione avvenga esclusivamente tra imprenditore e tribunale, con l'esclusione di una partecipazione attiva dei creditori (salva sempre la facoltà di opposizione all'omologazione spettante ad ogni creditore).

Se così è, però, le trattative possono dirsi condotte secondo buona fede se (e solo se) i creditori abbiano potuto esprimersi effettivamente su una proposta di soddisfacimento dei loro crediti che sia stata presentata dall'imprenditore nel corso delle trattative stesse. Ancor di più: la buona fede dell'imprenditore dipende dal fatto che la proposta avrebbe assicurato ai creditori un livello di soddisfacimento almeno equivalente a quello che gli stessi potrebbero ricevere dalla liquidazione fallimentare (e quindi da un concordato semplificato), sì che il diniego di accettazione della proposta stessa da parte dei creditori sarebbe stato irrazionale.

Sarà altresì rilevante il modo con il quale la proposta sarà veicolata ai creditori, e a ciò fa riferimento il comma 1 dell'art. 18 cit. laddove richiede (anche) che nessuna delle soluzioni negoziali previste dai commi 1 e 2 dell'art. 11 d.l. cit. sia "praticabile". A tal proposito, assume grande rilievo il richiamo, da parte dell'art. 18 cit., anche del comma 2 dell'art. 11 cit., che prevede un "esito positivo" delle trattative anche se queste sono funzionali alla presentazione di una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. La disciplina posta dall'art. 11 comma 2 cit., infatti, esalta ulteriormente il principio maggioritario nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ad efficacia estesa, consentendo la riduzione della maggioranza richiesta per l'estensione degli effetti ai creditori dissenzienti dal 75% al 60%. Ciò significa però che l'imprenditore non può accontentarsi di presentare la proposta "giusta" ai suoi creditori, affinché il suo comportamento nel corso delle trattative sia considerato corretto e secondo buona fede, ma deve altresì utilizzare lo strumento "giusto" per scavalcare eventuali dinieghi opposti da alcuni creditori in maniera irrazionale, quale potrebbe essere per l'appunto l'accordo ad efficacia super-estesa di cui al comma 2 dell'art. 11 cit.

In ultima analisi, nella opzione interpretativa qui esposta, potrà dirsi veramente corretto e conforme a buona fede l'atteggiamento dell'imprenditore nello svolgimento delle trattative solo se sarà sfociato in una proposta: i) effettivamente

te sottoposta ai creditori; ii) recante un soddisfacimento almeno equivalente a quello atteso da un'eventuale liquidazione fallimentare; iii) veicolata attraverso lo strumento giuridico, fra quelli disponibili ai sensi dei commi 1 e 2 dell'art. 11 d.l. cit., più adatto a consentirne l'approvazione.

Tutto questo dovrà essere esplicitato nella relazione finale dell'esperto, affinché questi possa poi concludere riconoscendo all'imprenditore di avere svolto le trattative "secondo correttezza e buona fede" e, qualora si accolga questo secondo livello della risposta che qui si propone al quesito iniziale, la via di accesso al concordato semplificato dovrà ritenersi molto più stretta di quanto non fosse nella versione dell'art. 18 cit. anteriore alla legge di conversione, con una selezione all'ingresso estremamente rigorosa e tale da rendere il nuovo istituto strumento di governo della crisi d'impresa non così generalizzato quale lo si immaginava all'alba del d.l. n. 118/2021.

4. Il decreto di apertura della procedura di concordato semplificato

Il tribunale, salvo quanto infra circa l'acquisizione del parere dell'esperto, apre di fatto la procedura – pur concentrata – con il decreto previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 18 cit. solo una volta "valutata la ritualità della proposta"²⁵. Com'è evidente, dunque, anche in mancanza di un vero e proprio decreto di ammissione dell'imprenditore alla procedura di concordato semplificato²⁶, è inimmaginabile che il tribunale sia tenuto, pur che gli si presenti un ricorso per l'omologazione del concordato semplificato, a disporre le formalità necessarie alla sua eventuale omologazione. Sempre e comunque, già in occasione del decreto di apertura della procedura²⁷, si darà corso ad una valutazione di "ritualità" (*recte*: ammissibilità) non solo della proposta, ma anche della domanda di concordato, sì che il tribunale procederà con l'emissione del decreto solo dopo avere svolto una (pur) sommaria ricognizione delle condizioni di ammissibilità di proposta e domanda ricordate nei paragrafi precedenti: contenuto tipicamente liquidatorio

²⁵ Fermi, ovviamente, gli effetti già prodotti dalla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese ai sensi del comma 2 dell'art. 18 d.l. n. 118/2021.

²⁶ Cfr. R. GUIDOTTI, La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 08.09.2021, p. 21. In mancanza di un decreto di ammissione, non si può a stretto rigore revocare l'ammissione del debitore alla procedura di concordato, ed è per questo che il comma 8 dell'art. 18 d.l. n. 118/2021, ai fini dell'applicazione dell'art. 173 l. fall. richiamato dal comma stesso, equipara il decreto di cui ai commi 3 e 4 dello stesso art. 18 ad un decreto di ammissione.

²⁷ Per tale intendendosi il decreto previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 18 d.l. n. 118/2021.

della proposta, rispetto dell'ordine delle cause di prelazione, corretta formazione della classi di creditori (se mai ce ne saranno), livello minimo di soddisfacimento dei creditori non inferiore a quello atteso dall'alternativa fallimentare²⁸, presupposto soggettivo e oggettivo (per i quali il tribunale non sarà certo vincolato a quanto constatato nella precedente fase di composizione negoziata), forma del ricorso, difesa tecnica, tempestività della domanda, competenza, completezza degli allegati.

Per quanto riguarda il piano di concordato, dal contenuto necessariamente liquidatorio, si ricorda che non è richiesta l'attestazione del professionista indipendente circa la sua fattibilità, la quale dovrà essere accertata dal tribunale, anche da un punto di vista economico, in sede di omologazione²⁹. Non escludo, dunque, che sin dall'apertura della procedura il tribunale possa esprimere un primo, sommario giudizio di manifesta inettitudine del piano al conseguimento dei risultati prefissati, in grado di impedire in limine l'ingresso dell'imprenditore istante nella procedura di concordato semplificato. Parimenti, si giustificherà un decreto di rigetto immediato della domanda di omologazione qualora si constati l'assenza non rimediabile di condizioni di ammissibilità. Qualora, infatti, si rendano necessarie integrazioni o modifiche di proposta, piano, apparato documentale, il tribunale potrà disporre la relativa richiesta, se del caso in applicazione analogica dell'art. 162 comma 1 l. fall. o anche solo ai sensi dell'art. 738 comma 3 c.p.c.

In maniera analoga a quanto accade nel concordato preventivo a proposito della possibilità del tribunale di mettere in dubbio l'attestazione di fattibilità del piano resa *ex art.* 161 comma 3 l. fall. dal professionista indipendente, si proporrà, quanto al concordato semplificato, il dubbio se il tribunale possa mettere in discussione il giudizio espresso dall'esperto nella propria relazione finale circa lo svolgimento delle trattative "secondo correttezza e buona fede". Il dubbio mi sembra rilevante, perché è evidente che il debitore presenterà al tribunale domanda di omologazione del concordato solo se la relazione finale dell'esperto – con ogni probabilità già allegata al ricorso, anche se a stretto rigore non richiesta – esprima un giudizio positivo sul comportamento tenuto dall'imprenditore nel corso del tentativo di composizione negoziata, ma occorre comprendere se e quanto il tribunale sia vincolato al giudizio colà espresso.

²⁸ Quanto meno, nelle promesse del debitore; cfr., infatti, G. BOZZA, op. cit., p. 17: "non vi è motivo per cui il tribunale, in questa fase iniziale, debba svolgere controlli di merito sui presumibili risultati della liquidazione".

²⁹ Cfr. G. BOZZA, op. cit., p. 35: "l'aver previsto esplicitamente che il tribunale omologa il concordato verificata la fattibilità del piano è chiaro indice della volontà di introdurre un controllo sulla fattibilità economica del piano".

Mi sembra di dover escludere le soluzioni interpretative estreme: sia quella per cui il tribunale non possa che assumere a “prova legale” della condizione legittimante la relazione finale dell’esperto, sia quella per cui il tribunale consideri detta relazione finale un orpello necessario ma del tutto insufficiente al fine della qualificazione del comportamento dell’imprenditore istante, che dunque dovrebbe essere rinnovata ab ovo nel corso della procedura di concordato semplificato.

Nel mezzo, si può sostenere che la relazione finale faccia fede circa il comportamento dell’imprenditore nel corso delle trattative se ed in quanto sia completa, razionale (non immune da vizi logici), intrinsecamente coerente, comprensibile³⁰. D’altra parte, il tribunale, quanto meno all’*incipit* della procedura, non dispone di elementi valutativi che gli consentano agevolmente di esprimere un giudizio contrario a quello espresso dall’esperto, visto che l’atteggiamento dell’imprenditore nel corso delle trattative risulterà da verbali e documenti coperti dalla riservatezza richiesta dall’art. 4 d.l. cit. e dal par. 8 del “Protocollo di conduzione della composizione negoziata” e per questo probabilmente neppure caricati nella piattaforma telematica (l’accessibilità alla quale da parte del tribunale non risulta d’altronde scontata).

È evidente che in questo momento valutativo, più che in altri, si giocherà la selezione all’ingresso del concordato semplificato, con il rischio di ricondurre alla mancanza di correttezza e buona fede dell’imprenditore quelle situazioni nelle quali si sarebbe riscontrato un ricorso abusivo allo strumento concordatario. E l’ampiezza delle soluzioni interpretative potrà portare inevitabilmente – e ancora una volta – ad una qualificazione delle fattispecie non omogenea da tribunale a tribunale, con il rischio di un’applicazione della nuova disciplina a geografia variabile.

Superato il preliminare vaglio di ammissibilità (o “ritualità” che dir si voglia) della proposta concordataria e della domanda di omologazione, con il decreto di “apertura” il tribunale dispone quanto necessario per istruire il giudizio di omologazione, in particolare nominando un ausiliario e acquisendo sia un parere dell’esperto che ha condotto le trattative nel corso della composizione negoziata, “con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte”, sia un parere dell’ausiliario ad oggetto indefinito.

Per la nomina dell’ausiliario, in maniera per vero alquanto singolare, l’art. 18 cit., tramite il rinvio a norme poste dal d.lgs. n. 159/2011 a proposito della nomina dell’amministratore giudiziario nei procedimenti previsti dal codice c.d.

³⁰ Cfr. S. LEUZZI, op. cit., p. 12: “Si crea una diga relevantissima in capo all’autorità giudiziaria, chiamata a compiere una valutazione di merito sul contenuto della relazione”; v. anche G. FICHERA, op. cit., p. 8.

antimafia, si preoccupa soprattutto di evitare suoi rapporti con l'autorità giudiziaria nominante, nulla però prevedendo circa la rilevanza di eventuali rapporti con il debitore, né sembrando possibile l'applicazione tout court dell'art. 28 l. fall.³¹

L'ausiliario, nominato con il decreto di apertura, non riveste esattamente gli stessi ruoli del commissario giudiziale nel concordato preventivo, non essendo in particolare richiamato l'art. 165 l. fall. Può quindi dubitarsi se sia o no un pubblico ufficiale, anche se la qualifica potrebbe derivargli non da un'esplicita previsione di legge ma dall'esercizio delle funzioni che la legge (e il tribunale) gli assegna³². Parimenti, non viene richiamato l'art. 171 l. fall., e quindi l'ausiliario non sarà tenuto per legge alla verifica dell'elenco dei creditori (elenco necessariamente depositato dall'imprenditore istante, giusta il richiamo dell'art. 161 comma 2, lett. "b", l. fall., da parte dell'art. 18 comma 1 d.l. n. 118/2021). Probabilmente spettano all'ausiliario compiti di vigilanza sull'operato dell'imprenditore in corso di procedura³³, come risulta implicitamente dal richiamo degli artt. 167 (nel comma 2 dell'art. 18 cit.) e 173 l. fall. (nel comma 8 dell'art. 18 cit.), ma la figura resta circondata da un alone di atipicità che lascia un poco disorientati, restando meglio definiti soltanto i suoi compiti nella fase di esecuzione (anche anticipata rispetto all'omologazione) della proposta concordataria.

Al tribunale, dunque, sarà lasciata carta sostanzialmente bianca nell'individuare poteri e funzioni dell'ausiliario nominato con il decreto di apertura e la selezione del professionista sarà verosimilmente fatta nel rispetto, oltre che delle norme del d.lgs. n. 159/2011 espressamente richiamate, anche di quanto previsto dall'art. 28 l. fall.

Come sono indefiniti poteri e funzioni dell'ausiliario, così resta indeterminato il contenuto del parere che questo sarà tenuto a redigere, mancando in particolare ogni rinvio al contenuto tipico della relazione del commissario giudiziale enucleato dall'art. 172 l. fall.³⁴. Ancora una volta, sarà il tribunale nominante a decidere cosa gli occorra per pronunciarsi motivatamente sull'omologazione del concordato e, in particolare, per decidere sulla sussistenza delle condizioni di legittimità della proposta di concordato e sulla fattibilità del piano. Considerato poi che manca l'attestazione del professionista indipendente sulla veridicità dei dati aziendali ostentati dall'imprenditore, senz'altro necessaria all'espressione del giu-

³¹ Cfr. G. BOZZA, op. cit., p. 23; G. FICHERA, op. cit., pp. 10 s.

³² Cfr. G. BOZZA, op. cit., p. 25, anche per i riferimenti giurisprudenziali.

³³ Cfr. G. BOZZA, op. cit., p. 25.

³⁴ Ma per G. FICHERA, op. cit., p. 12, "il contenuto del citato parere del professionista non potrà che coincidere con quello che ancora oggi deve rendere il commissario giudiziale, ai sensi dell'art. 172, primo comma, l. fall."

dizio sulla fattibilità del piano (che deve necessariamente poggiare su dati veri), non può escludersi che l'ausiliario venga investito anche di questo compito.

Insomma, c'è da attendersi che il compito dell'ausiliario sarà estremamente gravoso e sembra quindi necessario che il termine concessogli ai sensi del comma 3 dell'art. 18 cit. risulti adeguato all'opera richiesta.

Oltre al parere dell'ausiliario, il decreto di apertura del concordato semplificato richiederà altresì un nuovo intervento dell'esperto, chiamato a redigere un secondo parere circoscritto ai “presumibili risultati della liquidazione [svolta in esecuzione del concordato, n.d.r.] e alle garanzie offerte”, se mai, ovviamente, la proposta concordataria preveda il rilascio di garanzie di adempimento delle obbligazioni concordatarie.

L'intervento dell'esperto nella procedura di concordato semplificato è abbastanza anomalo, per una ragione di fondo: l'esperto non è un altro “ausiliario” del tribunale, visto che non è da questo scelto e nominato, né l'esperto deve rinnovare la sua accettazione dell'incarico. Con ogni probabilità, l'esperto non riceverà neppure alcun compenso per questo supplemento di attività³⁵, che tutto può dirsi tranne che di semplice attuazione, dovendo sostanzialmente l'esperto esprimere un giudizio valutativo che concerne l'intero piano di concordato.

In tutto ciò, occorre altresì considerare che l'esperto, ai sensi del comma 8 dell'art. 5 d.l. cit., ha terminato l'incarico che aveva accettato, e per il quale ha maturato il diritto al compenso previsto dall'art. 16 d.l. cit., già al momento del caricamento in piattaforma telematica della sua relazione finale³⁶. Insomma, occorre immaginare che, a sua insaputa e a seguito dell'iniziativa del debitore che deposita la domanda di concordato, l'esperto debba tornare in servizio per rendere in tempi stringenti un'onerosa attività per la quale non avrà diritto ad alcun compenso! Si tratta senz'altro di un potente incentivo a valutare con estremo rigore correttezza e buona fede dell'imprenditore nel corso delle trattative (il giudizio negativo, come visto, impedisce la proposizione del concordato semplificato), ma sembra che il sistema traballi un poco. Già non è semplice capire quale rapporto intercorra tra esperto e debitore³⁷,

³⁵ Ai sensi dell'art. 52 disp. att. c.p.c., la liquidazione del compenso dell'ausiliario è fatta dal giudice nominante, che nel caso dell'esperto manca del tutto.

³⁶ Cfr. G. BOZZA, op. cit., pp. 17 ss.

³⁷ Dovrebbe trattarsi di un rapporto di prestazione di un servizio professionale, in cui l'imprenditore in crisi riveste il ruolo di committente, anche se non spetta a lui la scelta del professionista. Il d.l. n. 118/2021, peraltro, non esplicita mai che è il debitore a dover sostenere il costo della composizione negoziata e, quindi, a dover assumere l'obbligo di pagamento del compenso dell'esperto: il comma 9 dell'art. 16 fa riferimento, con il consueto ermetismo, ad un “accordo tra le parti”, senza precisare se le parti siano solo l'esperto ed il debitore o l'accordo debba coinvolgere anche

ma ancor meno agevole risulta l'individuazione della natura del rapporto tra esperto e tribunale e, soprattutto, la comprensione dei poteri di coercizione che l'ufficio giudiziario abbia per pretendere dall'esperto, negli stretti tempi richiesti dalle esigenze di concentrazione della procedura, la redazione del parere previsto dal comma 3 dell'art. 18 cit.³⁸.

Né l'art. 18 cit. chiarisce quali siano le modalità di acquisizione del parere dell'esperto da parte del tribunale³⁹. Se, infatti, il comma 3 dell'art. 18 cit. prevede che il decreto di apertura della procedura stabilisca un termine all'ausiliario per la redazione del suo parere, termine analogo non sembra debba essere concesso all'esperto. Ritengo si tratti di una lacuna che possa essere agevolmente rimediata dal tribunale, con l'assegnazione dello stesso (o di diverso) termine anche all'esperto ovvero con l'acquisizione del parere di quest'ultimo mediante l'atipico provvedimento istruttorio previsto, per i procedimenti in camera di consiglio, dall'art. 738 comma 3 c.p.c.

Resta poi qualche dubbio sulla necessità (o anche solo la possibilità) che il decreto di apertura provveda alla nomina di un giudice delegato alla procedura. Vero che questa dovrebbe avere breve durata⁴⁰, ma il richiamo dell'art. 167 l. fall. potrebbe implicitamente richiedere la nomina di quest'organo⁴¹. Nulla, ancora, si dice a proposito della possibilità di imporre al debitore il deposito delle spese di giustizia previsto dall'art. 163 comma 2, n. 4), l. fall., norma che fatico a ritenere applicabile per analogia al concordato semplificato, sia per l'assenza di una vera *lacuna legis*, sia per le caratteristiche di semplificazione dell'istituto in esame⁴². Né mi sembra che il richiamo dell'art. 173 l. fall. da parte del comma 8 dell'art.

i creditori o altri soggetti ancora. L'unico indizio utile a ritenere che l'imprenditore in crisi sia effettivamente il soggetto obbligato a pagare il compenso dell'esperto risulta dal comma 11 dell'art. 16 d.l. n. 118/2021, ove si attribuisce al credito dell'esperto il carattere delle prededucibilità, ciò che implicitamente evoca la crisi del soggetto tenuto al pagamento.

³⁸ Né è così scontata l'applicabilità all'esperto renitente dell'art. 366 c.p., visto che non è nominato dal tribunale né può essergli attribuita la qualifica di "testimone" (specie alla luce di quanto previsto dall'art. 4 comma 3 d.l. n. 118/2021).

³⁹ G. BOZZA, op. cit., p. 18, assume che "dovrà essere il debitore, all'atto o prima ancora di richieder l'omologa del concordato, a comunicare all'esperto il piano liquidatorio in modo che questi possa rilasciare il suo parere in ordine ai presumibili risultati della liquidazione".

⁴⁰ Qualche mese sarà comunque da mettere nel conto, considerato il tempo necessario alla redazione dei pareri dell'ausiliario e dell'esperto ed il termine dilatorio di 30 giorni a beneficio dei creditori previsto dal comma 4 dell'art. 18 cit. Cfr., ancora, G. BOZZA, op. cit., pp. 20 s.

⁴¹ In senso contrario, sembra, cfr. G. BOZZA, op. cit., p. 16.

⁴² Cfr. G. FICHERA, op. cit., p. 8: "Manca poi qualsiasi riferimento al fondo spese della procedura, ex art. 163 l. fall., che dunque non dovrà più essere depositato".

18 cit. porti altresì con sé un rinvio al comma 3 dell'art. 163 cit. e da qui al n. 4) del comma 2 dell'art. ult. cit.

Infine, sempre con il decreto di "apertura" si predispone il giudizio di omologazione e quindi la chiusura della procedura, sia con le disposizioni attinenti agli obblighi informativi che il debitore deve assolvere nei confronti dei creditori (comunicazione di proposta concordataria, relazione finale dell'esperto, parere dell'ausiliario, parere dell'esperto), sia con la fissazione dell'udienza di omologazione, che dovrà seguire di almeno 30 giorni le comunicazioni imposte al debitore ai sensi del comma 4 d.l. cit. Il consenso informato dei creditori, privati del diritto di voto nel concordato semplificato, dovrà infatti risultare quanto meno nel corso del giudizio di omologazione ove, in mancanza di dissenzienti, l'opposizione sarà aperta ad ogni creditore.

Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

SOMMARIO: 1. Finalità e presupposti. – 2. Ritualità della proposta e semplificazione. – 3. Il controllo giurisdizionale.

1. Finalità e presupposti

La finalità sostanziale e principale del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, nuova procedura concorsuale introdotta dagli articoli 18 e 19 del decreto legge 24 agosto 2021 n. 118, convertito dalla legge 21 ottobre 2021 n. 147, è quella di consentire una rapida cessione dell'azienda in esercizio, specie quando già vi sia un soggetto interessato all'acquisto, nella prospettiva ultima della conservazione dell'attività d'impresa, anche nei casi in cui l'imprenditore gravato dai debiti non abbia risolto la sua situazione con la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa.

Il concordato semplificato dovrebbe avere, auspicabilmente, nell'ambito della composizione negoziata, anche l'effetto indiretto di incentivare i creditori ad accettare la proposta del debitore, qualora quest'ultima fosse impernata su un piano che preveda la cessione dell'azienda per un determinato prezzo ad un soggetto già individuato, stante la consapevolezza, dei creditori, che il debitore possa ricorrere al concordato semplificato per ottenere il medesimo effetto traslativo e, presumibilmente, un soddisfacimento della massa creditoria ulteriormente ridotto, a causa delle spese connesse all'apertura e allo svolgimento della procedura concorsuale.

Per queste ragioni l'istituto non integra affatto un'alternativa al concordato preventivo ordinario.

Lo dimostra il fatto che il concordato semplificato abbia presupposti, sostanziali e formali, del tutto peculiari, il più qualificante dei quali è l'esito negativo delle trattative svolte nell'ambito della composizione negoziata.

L'esito va certificato dalla relazione finale dell'esperto in merito alla non praticabilità delle soluzioni negoziali individuate dall'art. 11 commi 1 e 2 del d.l. 118/21 (una soluzione stragiudiziale sfociata nella conclusione di un contratto assistito da determinate misure premiali; un accordo di ristrutturazione ordinario, ad efficacia estesa o agevolato; una convenzione di moratoria; un accordo raggiunto sulla base di un piano di risanamento non attestato).

Ulteriore condizione di ammissibilità della domanda è che le trattative si siano svolte secondo correttezza e buona fede, da riferire evidentemente nel caso di specie soprattutto al debitore che, nel corso delle trattative, ha il dovere di illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, di assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura, di gestire patrimonio e impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 4, comma 5, d.l. n. 118/21).

Nella sostanza, il mancato raggiungimento della soluzione negoziale deve essere imputabile ai creditori e non al debitore, e di ciò l'esperto deve dare assicurazione nella sua relazione finale.

L'accesso al concordato semplificato non è quindi possibile in tutti i casi, ontologicamente diversi, in cui la procedura viene archiviata per la carenza di ragionevoli possibilità di risanamento del debitore.

V'è inoltre un rigido presupposto di natura temporale, dal momento che la domanda deve necessariamente intervenire entro sessanta giorni dall'inserimento della relazione finale dell'esperto sulla piattaforma telematica nazionale.

2. Ritualità della proposta e semplificazione

Tutte le anzidette condizioni di ammissibilità devono costituire oggetto della valutazione di ritualità della proposta che condiziona la fissazione da parte del tribunale dell'udienza per l'omologazione del concordato.

La locuzione "*valutata la ritualità della proposta*", di cui al comma tre dell'art. 18 del d.l. n. 118/21, importata direttamente dall'art. 125, comma 2, della legge fallimentare autorizza, se non altro per ragioni di economia processuale, che l'indagine del tribunale si estenda anche ad altri profili del concordato semplificato.

Il tribunale deve ritenersi legittimato a verificare l'esistenza del presupposto soggettivo (qualifica di imprenditore commerciale o agricolo sopra e sottosoglia) e del presupposto oggettivo (pre-crisi, crisi, o insolvenza reversibile) della procedura concorsuale, la competenza territoriale del tribunale adito, la coerenza della proposta rispetto alla causa (funzione economica) del concordato, così come chiarita dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Cassazione, infine il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione.

Nell'ipotesi in cui il concordato dovesse prevedere la divisione dei creditori in distinte classi, il controllo deve sin da subito estendersi alla correttezza dei criteri di formazione delle stesse.

In generale, il nuovo istituto va considerato come caratterizzato da due elementi fondamentali: la semplificazione ed una maggior intensità del controllo giurisdizionale nella fase dell'omologazione.

Il secondo elemento funge da contrappeso del primo.

La semplificazione della procedura si realizza con l'eliminazione del decreto di ammissione, con la mancata previsione dell'obbligo, da parte del debitore, di depositare una somma a copertura delle spese della procedura, con l'eliminazione della figura del commissario giudiziale, sostituita non impeccabilmente con quella dell'ausiliario del giudice, con la mancanza della fase dell'approvazione (il che ovviamente esclude la necessità che l'ausiliario del tribunale debba elaborare una relazione equivalente a quella prevista dall'art. 172 l. fall., che si celebri un'adunanza e che venga espresso il voto da parte dei creditori).

È certamente la mancanza di approvazione da parte del ceto creditorio ad integrare l'elemento qualificante della semplificazione processuale.

Non si tratta di una novità assoluta. L'ordinamento prevede già delle ipotesi di cd. concordato coattivo, o cd. concordato-non concordato, nell'ambito della procedura dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi e della liquidazione coatta amministrativa.

Anche la procedura concorsuale riservata al consumatore sfocia nella omologazione di una proposta di piano che viene comunicata ai creditori non per l'approvazione, ma soltanto perché questi ultimi possano opporsi alla sua omologazione.

Peraltro, la mancata previsione del voto dei creditori pare perfettamente giustificata dal fatto che alla proposta di concordato semplificato si debba necessariamente arrivare all'esito delle trattative svolte nell'ambito della composizione negoziata, il che presuppone un'approfondita conoscenza dei creditori quanto alla situazione economico finanziaria del debitore.

Ulteriore espressione della semplificazione sono la mancata previsione dell'attestazione di veridicità dei dati e della fattibilità del piano, nonché la mancata previsione delle soglie che nel codice della crisi condizionano l'ammissibilità della proposta di concordato quando quest'ultima sia di natura liquidatoria: il soddisfacimento dei creditori chirografari nella percentuale minima del venti per cento e la sussistenza di risorse aggiuntive rispetto a quelle derivanti dal patrimonio del debitore idonee ad accrescere di almeno il dieci per cento il livello di soddisfacimento dei creditori medesimi.

L'eliminazione delle soglie è perfettamente in linea con la considerazione che l'istituto, come già s'è detto, è stato pensato soprattutto considerando la fattispecie in cui del patrimonio oggetto di liquidazione faccia parte un'azienda o un ramo d'azienda ancora suscettibili di restare sul mercato, con ciò assicurando la conservazione dell'impresa, dei livelli occupazionali e dei livelli della riscossione tributaria connessi alla prosecuzione dell'attività economica (ipotesi in tutto sovrapponibile alla cd. continuità indiretta di cui all'art. 84 del CCII, per la quale le dette soglie non sono previste).

Un elemento di semplificazione caratterizza anche la fase successiva all'omologazione, per il resto disciplinata con un ampio rinvio alle norme che regolano il concordato per cessione dei beni.

Si allude alla possibilità che il liquidatore giudiziale, o l'ausiliario nella fase che precede l'omologazione, possano dare esecuzione ad un'offerta d'acquisto dell'azienda preesistente, e sulla quale il piano di concordato fosse stato fondato, sol verificando l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con ciò conferendosi agli organi della procedura una maggiore elasticità, rispetto agli obblighi imposti dall'art. 163-*bis* l. fall. e dall'art. 91 CCII) nell'adempimento del loro dovere di assicurare che l'offerta d'acquisto sia rispondente all'interesse dei creditori al loro miglior soddisfacimento.

3. Il controllo giurisdizionale

Venendo al contrappeso del controllo giurisdizionale officioso maggiormente penetrante, certamente in sede di omologazione del concordato ma, in generale, nel corso di tutta la procedura, va anzitutto evidenziato come la domanda vada comunicata immediatamente al pubblico ministero, perché questi possa seguire la procedura ed eventualmente interloquire con il tribunale nel corso del giudizio di omologazione, previo intervento *ex art.* 70, ultimo comma, c.p.c.

S'è già detto che già in sede di valutazione della ritualità della proposta il tribunale abbia il dovere di effettuare alcune verifiche sostanziali, che sono tuttavia vieppiù ineludibili nel giudizio di omologazione, specie considerando che il giudizio verte su un piano, ed una conseguente proposta di soddisfacimento dei creditori, sui quali questi ultimi non si sono espressi con un voto.

Ciò giustifica che l'indagine del tribunale non sia condizionata dalla presentazione di opposizioni da parte dei creditori.

Si tratta quindi di un controllo prettamente officioso – e solo eventualmente indotto da una o più opposizioni – i cui contenuti vanno ritenuti estremamente lati.

Nella norma il controllo giurisdizionale viene espressamente riferito alla regolarità del procedimento, alla fattibilità del piano di liquidazione, alla mancanza di pregiudizio dei creditori rispetto all'alternativa della liquidazione in sede fallimentare, al rispetto delle cause di prelazione, alla previsione del riconoscimento di un'utilità economica a tutti i creditori (art. 18, comma 5).

A prescindere da ciò, deve ritenersi certo che il controllo giurisdizionale debba necessariamente estendersi anche ad altri profili che condizionano l'omologazione quali, primi tra tutti, il rispetto, da parte della proposta, del principio per cui il debitore risponde dei suoi debiti con l'intero suo patrimonio (art. 2740 c.c.).

Va evidenziato il mancato richiamo all'importante disposizione di cui all'art. 160, comma 2 l. fall.

Manca quindi una disciplina della degradazione dei creditori privilegiati da incapacienza del bene o dei beni sui quali il privilegio insiste.

Poiché la regola è generale, alla lacuna dovrà rimediarsi con un'applicazione dell'irrinunciabile principio, intendendosi sostituita, alla relazione giurata di stima del valore dei beni del professionista indipendente, la stima effettuata dall'ausiliario del tribunale, che potrà giovare a tal fine della stima già effettuata, verosimilmente, dall'esperto nell'ambito della composizione negoziata (l'art. 13 del decreto dirigenziale "accompagnatorio" del d.l. n. 118/21 prevede che l'esperto debba stimare il valore del patrimonio del debitore in ogni caso in cui di ciò vi fosse necessità).

È ovviamente presto per capire se la nuova procedura potrà avere un'effettiva e fruttuosa applicazione. Molto dipenderà dal successo della composizione negoziata, e dal fatto che quest'ultima sia riservata davvero alle imprese che abbiano una concreta possibilità di risanamento, se pure realizzabile attraverso la reversione di un'insolvenza già conclamata.

Quel che va rimarcato è che, per quanto la disciplina del concordato semplificato non sia esplicitamente riservata alle ipotesi in cui del patrimonio da liquidare faccia parte, anche o soltanto, un'azienda ancora in esercizio o suscettibile di immediata riattivazione, è esclusivamente in questi casi che il ricorso all'istituto si giustifica, e si giustificano le sue semplificazioni.

Nell'ipotesi in cui si tratti semplicemente di effettuare una liquidazione atomizzata dei beni, senza conservazione dei valori aziendali, la mancata previsione delle soglie di accesso alla liquidazione che l'art. 84 del CCII prevede per il concordato preventivo liquidatorio avrebbe poche giustificazioni, se non quella imperniata sulla considerazione del fatto che la procedura sia scaturita dall'esito negativo di trattative svolte, con correttezza e buona fede, da parte del debitore.

Ci si chiede se si tratti di un presupposto sufficiente a giustificare i noti vantaggi che il concordato, se omologato, riconosce al debitore, rispetto all'alternativa della procedura di liquidazione giudiziale.

PARTE IV

L'adeguamento delle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza alla Direttiva 1023/2019 tra difficoltà tecniche e nuove opportunità

SOMMARIO: 1. Il rinvio del codice della crisi. – 2. Gli obiettivi della Direttiva 1023/2019. – 3. La nozione di ristrutturazione. – 4. I “nodi” da sciogliere per l'adeguamento della disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione.

1. Il rinvio del codice della crisi

Nel suo stimolante Editoriale pubblicato sul n. 2/2020 della Rivista Francesco De Santis s'interrogava su che cosa restasse, dopo il ciclone pandemico, delle “magnifiche sorti e progressive” del codice della crisi. Oggi il quadro si fa più chiaro. Il legislatore ha confermato la sua volontà di far entrare in vigore il codice. Molte delle innovazioni contenute nell'impianto originale sono già state anticipate nella legge fallimentare, tuttora in vigore. Esse saranno verosimilmente confermate. Mancherà invece, in parte, la riforma più significativa contenuta del codice, ovvero il sistema dell'allerta, rinviato al 31 dicembre 2023 e probabilmente sostituito dal nuovo procedimento di composizione negoziata introdotto dal recentissimo d.l. 24 agosto 2021, n. 118.

Abbiamo detto che l'allerta è rinviata soltanto in parte, perché l'obbligo di introdurre assetti adeguati nell'organizzazione dell'impresa, idonei a segnalare tempestivamente le situazioni di difficoltà e di porvi rimedio in modo da salvaguardare la continuità aziendale è già in vigore, contenuto nell'art. 2086 c.c., una delle poche norme la cui vigenza non è stata oggetto della originaria lunga *vacatio legis* di un anno. Il codice deve però fare i conti con la Direttiva 1023/2019 della U.E., nel frattempo entrata in vigore, sì che il suo impianto deve essere, anche qui soltanto in parte, rivisto. E deve inoltre fare i conti, come segnalava già Francesco De Santis, con la legislazione d'emergenza emanata a causa ed in occasione del Covid-19, soprattutto con i nuovi istituti previsti dal d.l. 118, recante “misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia”.

Il rinvio del codice, secondo le intenzioni dichiarate dal legislatore, non prelude ad una sua abrogazione o accantonamento. Se il codice, infatti, non entra ancora in vigore¹, numerose disposizioni sono state “recuperate” inserendole nel testo della vigente legge fallimentare. Così è avvenuto per quanto concerne parte della disciplina del sovraindebitamento, in particolare per gli istituti dell’esdebitazione anticipata e delle procedure familiari². La l. 27 novembre 2020, n. 159 che ha convertito il d.l. 125/2020, ha modificato gli artt. 180, 182-*bis* e 182-*ter* l.fall. in materia di concordato preventivo e di accordi di ristrutturazione dei debiti, relativamente al trattamento dei debiti tributari e contributivi. Lo stesso decreto legge 118/2021 con gli artt. 182 *septies*, *octies*, *novies* inserisce nella ancora vigente legge fallimentare gli accordi di ristrutturazione agevolati e modifica gli accordi ad efficacia estesa, oltre che la convenzione di moratoria, istituti che già erano contenuti nell’attuale testo della legge fallimentare, ma che erano stati rielaborati nel codice della crisi e per i quali il legislatore ha ora provveduto ad una ulteriore messa a punto. Il nuovo art. 182 *decies* regola le sorti dell’accordo di ristrutturazione per quanto concerne i soci illimitatamente responsabili ed i coobbligati solidali.

Lo scalino normativo tra la legge fallimentare ed il codice si va pertanto riducendo, anche se permangono profonde differenze tra le due discipline, prima tra tutte la nozione di prevalenza della continuità aziendale dettata dall’art. 84 CCII ed i maggiori limiti al ricorso al concordato preventivo liquidatorio.

Se l’intera disciplina dell’allerta è rinviata di due anni per poter, come si esprime la Relazione illustrativa del decreto legge, *sperimentare l’efficienza e l’efficacia della composizione negoziata istituita con il ... decreto legge 118/2021, rivedere i meccanismi di allerta contenuti nel Codice della crisi d’impresa e per allineare l’entrata in vigore dell’allerta esterna ai tempi di rinvio disposti con la modifica dell’articolo 15 dello stesso Codice disposta con il citato decreto-legge*

¹ L’art. 5, comma 1, del d.l. 8 aprile 2020, n. 23, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 giugno 2020 n. 40, aveva già rinviato l’entrata in vigore del codice di un anno nella consapevolezza che il complesso sistema dell’allerta esterna e interna e degli OCRI presso le Camere di Commercio non sarebbe stato in grado di reggere l’impatto delle troppe segnalazioni ingenerate dalla situazione di generale difficoltà delle nostre imprese provocata dal Covid – 19. L’art. 5, comma 14, d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito in legge 21 maggio 2021, n. 69 aveva poi disposto il rinvio al 2023 degli obblighi di segnalazione al debitore gravanti in capo all’Agenzia delle Entrate. La legge di conversione ha esteso il rinvio agli obblighi di segnalazione al debitore gravanti su INPS e agente della riscossione, modificando l’ultimo comma dell’art. 15 CCII.

² Questi istituti sono stati introdotti, insieme ad altre modifiche, dal decreto-legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, che ha modificato la legge 3/2012.

n. 41/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 69/2021, il rinvio della restante disciplina del codice è molto più contenuto perché è legato “soltanto” alla necessità di adeguare il codice alla Direttiva, cui il legislatore deve necessariamente procedere in tempi brevi.

L'Italia, come la maggioranza³ dei 27 Paesi dell'Unione Europea, si è avvalsa della facoltà di rinviare l'entrata in vigore della Direttiva, ai sensi dell'art. 34, par. 2 della Direttiva stessa, di un anno. Il termine per il recepimento scade pertanto il 17 luglio 2022. Il combinato disposto della legge di delegazione europea 22 aprile 2021, n. 53, e dell'art. 31 della legge 24 dicembre 2012, n. 234, comporta che il decreto legislativo di recepimento dovrà intervenire almeno quattro mesi prima della scadenza del termine indicato nella Direttiva e quindi prima che scada la proroga dell'entrata in vigore del codice.

Il rinvio permetterà di adeguare il testo alla Direttiva e di rivalutare le disposizioni contenute nel decreto legge 118/2021 alla luce del quadro normativo complessivo che deriverà dall'entrata in vigore del codice, dall'abrogazione della legge fallimentare e dalla stessa disciplina del decreto legge relativa alla composizione negoziata ed al concordato liquidatorio semplificato.

Una difficoltà nella redazione del testo definitivo del codice della crisi, già ritoccato con il decreto correttivo 26 ottobre 2020, n. 147, sarà rappresentata dal fatto che la legge di delegazione europea, come purtroppo è già avvenuto in passato per altre materie, non detta specifici criteri di delega. In molti punti la Direttiva lascia agli Stati membri opzioni alternative, come ad esempio seguire la soluzione di default ed introdurre nel nostro ordinamento la regola dell'*alternative priority rule*⁴ ovvero mantenere il diverso criterio dell'*absolute priority rule*, cui si rifanno gli artt. 2740 e 2741 c.c.

Il Governo dovrà valutare se, in difetto di criteri di delega, il testo attuale del codice possa essere modificato soltanto dove è in contrasto con norme cogenti della Direttiva o se invece il silenzio del legislatore delegante possa consentire di attuare le opzioni alternative che essa offre. Occorrerà anche considerare che ai sensi dell'art. 4, par. 5, della Direttiva, i quadri di ristrutturazione preventiva conformi alla Direttiva stessa⁵, possono “*consistere in una o più procedure, mi-*

³ Ad oggi sono intervenuti Germania, Olanda, Francia, Grecia, cui è ragionevole prevedere che si aggiungerà l'Italia prima della scadenza di luglio 2022. La Spagna, che aveva recentemente aggiornato la sua legislazione, non può ritenersi sostanzialmente inadempiente. Può ritenersi dubbio che tutti i 27 Stati membri rispettino il termine del luglio 2022.

⁴ Su cui infra.

⁵ La previsione dell'art. 4, par. 5, che come osservato nel testo, lascia ampia elasticità al legislatore nazionale riguarda soltanto i quadri di ristrutturazione preventiva. Non si riferisce invece agli early

sure o disposizioni, alcune delle quali possono realizzarsi in sede extragiudiziale, fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale". In altri termini l'ordinamento nazionale può prevedere una o più procedure di ristrutturazione. Ciò che conta è che vi sia almeno un'opzione conforme alla disciplina unionale.

La Direttiva prevede l'obbligo per gli Stati membri di assicurare un regime diretto a facilitare la ristrutturazione preventiva dell'impresa ove vi sia probabilità d'insolvenza (*insolvency likelihood*). Per raggiungere tale risultato essa non richiede una disciplina completa della procedura di ristrutturazione, ma ne regola soltanto alcuni aspetti: la previsione di *early warning tools*, la possibilità di concessione e revoca della sospensione delle azioni esecutive, il contenuto e la disciplina del piano di ristrutturazione, il regime di formazione, per alcuni versi obbligatoria, delle classi, ivi compresi gli *equity holders*, gli interventi, per un verso limitati e per l'altro obbligatori, del giudice e dell'Autorità amministrativa che in taluni ordinamenti ne esercita le funzioni (in Italia il Ministero dello Sviluppo economico nel caso dell'amministrazione straordinaria).

Il legislatore europeo ha lasciato flessibilità agli ordinamenti nazionali, prevedendo che gli Stati membri siano tenuti ad applicare principi comuni nel rispetto dei sistemi giuridici nazionali (Considerando 16). Si tratta quindi di *"andare al di là della cooperazione giudiziaria e stabilire norme sostanziali minime per le procedure di ristrutturazione preventiva come anche per le procedure che portano all'esdebitazione dai debiti contratti dagli imprenditori"* (Considerando 12).

La Direttiva introduce l'obbligo per gli Stati membri di assicurare un regime, definito come quadri di ristrutturazione preventiva (*preventive restructuring frameworks*) diretto a facilitare la ristrutturazione dell'impresa ove vi sia probabilità d'insolvenza. Questo regime in linea di principio è riservato ai debitori in difficoltà finanziarie. Quando la situazione di crisi derivi da altre cause, il Considerando 28 richiede che sussista *"una reale e grave minaccia per la capacità effettiva o futura del debitore di pagare i suoi debiti in scadenza"*.

Si indicano le finalità della nuova disciplina – impedire l'insolvenza e garantire la sostenibilità economica del debitore (art. 1, par. 1, lett. a), ma non viene definita la struttura, limitandosi l'art. 4 a precisare che essa deve consentire al debitore di ristrutturare i suoi debiti o la sua attività, ripristinare l'operatività dell'azienda ed evitare l'insolvenza. Il legislatore europeo non ci dice in che cosa in concreto possa consistere questa disciplina preventiva. Come abbiamo già ricordato, essa può tradursi in una o più procedure od anche soltanto in

warning tools, alla disciplina dell'incapacità e dell'esdebitazione dell'imprenditore che sia stato assoggettato a procedura liquidatoria ed alle restanti parti della Direttiva.

idonee misure o disposizioni. Non ha carattere esclusivo perché gli Stati membri possono prevedere altre disposizioni volte ad evitare l'insolvenza ed inoltre, ai sensi del par. 5 dell'art. 4, sono fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale.

In dottrina⁶ si è argomentato, con specifico riferimento ai quadri di ristrutturazione preventiva disciplinati dal titolo II della Direttiva, dall'art. 4, par. 5 e dal Considerando 29 che precisa che “Qualora la presente direttiva sia applicata attraverso più di una procedura nell'ambito di un quadro di ristrutturazione, il debitore dovrebbe avere accesso a tutti i diritti e le garanzie previsti dalla presente direttiva al fine di conseguire una ristrutturazione efficace”. Si è quindi rilevato che il nostro ordinamento è caratterizzato da una panoplia di strumenti di regolarizzazione preventiva della crisi e dell'insolvenza, giudiziali e stragiudiziali, che spaziano dagli accordi di ristrutturazione al concordato preventivo in continuità e che considerano anche il piano attestato rafforzato, recentemente introdotto dall'art. 9, comma 5-*bis*, d.l. 23/2020 convertito in legge 5 giugno 2020, n. 40, strumenti tutti tra i quali si è venuta ad instaurare, per il tramite dell'istituto della domanda con riserva, una sorta di circolarità. Si può muovere da una domanda iniziale per “virare” dall'una all'altra procedura, realizzando proprio la flessibilità suggerita dalla disciplina unionale. Di qui la conclusione che, salvo qualche aggiustamento, il codice della crisi rispetti le regole stabilite dalla Direttiva, purché la verifica di conformità sia effettuata in modo diffuso ed olistico.

A legislazione invariata le regole della Direttiva si attagliano ora all'uno ora all'altro dei vari strumenti nazionali, posto che essa non considera presupposti indefettibili dei quadri di ristrutturazione preventiva il coinvolgimento di tutti i creditori (art. 8, lett. e), la presenza del giudice che è limitata ai soli casi in cui è necessaria e proporzionata (art. 4, par. 6) e comunque facoltativa ove i diritti delle parti interessate siano altrimenti garantiti, la nomina giudiziale di un professionista, in Italia il commissario giudiziale (art. 5), l'apertura formale di una procedura (art. 29, par. 1 e 2), l'omologazione (art. 10, par. 1), peraltro necessaria quando il piano incida sui crediti o sugli interessi delle parti dissenzienti, quando vi sia finanza nuova perché essa rischia comunque di incidere su tali crediti o interessi, quando sia prevista la perdita di almeno il 25% della forza lavoro.

Non occorre che ognuna delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza previste dal codice sia pienamente compatibile con le regole in materia di ristrutturazione dettate dalla Direttiva. È sufficiente che si possa individuare un percorso che consente all'imprenditore di beneficiare delle possibilità da essa ga-

⁶ P. VELLA, I quadri di ristrutturazione preventiva nella Direttiva UE 1023/2019, in *Fallimento*, 2020, 1034.

rantite. Non vi sarà infrazione se alcuni dei rami di questo percorso non seguono le regole unionali, a condizione che vi sia stata per l'imprenditore l'opportunità di imboccare un diverso ramo che tali regole rispettino. Così, ad esempio, se è vero che l'attuale disciplina del voto nel concordato preventivo non è in linea con le previsioni della Direttiva, tale contrasto non implica infrazione se l'imprenditore, anche attraverso la domanda con riserva, è in condizioni di optare per la presentazione di domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dove il meccanismo di formazione del consenso dei creditori è invece compatibile. L'art. 9, par. 7, della Direttiva prevede infatti che la votazione formale per l'adozione del piano di ristrutturazione possa essere sostituita da un accordo con la maggioranza richiesta.

È anche possibile che il legislatore si orienti per l'inserimento nel codice della crisi di una nuova procedura di ristrutturazione, che si affianchi al concordato preventivo e agli accordi di ristrutturazione e recepisca le indicazioni della Direttiva.

Va aggiunto che non solo la Direttiva non si riferisce ai soggetti non imprenditori⁷, ma che l'art. 1, par. 4, secondo cpv. consente agli Stati membri, ma non li obbliga, di limitare l'applicazione dei quadri di ristrutturazione preventiva alle persone giuridiche, non estendendola quindi alle società di persone, anche se pare improbabile che nel nostro ordinamento si possa immaginare una disciplina concorsuale che distingue tra società di persone e società di capitali se non per quelle che sono le differenze peculiari proprie di ogni tipo societario.

La Direttiva è il frutto di un compromesso tra le diverse tradizioni giuridiche e gli orientamenti degli Stati membri. Il nucleo inderogabile delle disposizioni è limitato. È indubbio che la disciplina della ristrutturazione dell'impresa in crisi contenuta nel codice, fondata su un piano proposto dal debitore e caratterizzato dal requisito della fattibilità, approvato dalla maggioranza dei creditori e confermato dal giudice⁸, piano che prevede ad un tempo la ristrutturazione dell'impresa e l'abbattimento del debito, corrisponde non soltanto alle linee generali dei quadri di ristrutturazione preventiva previsti dalla Direttiva, ma alle caratteristiche tipiche del moderno diritto della crisi, secondo gli standard accolti dalla legislazione dei principali Paesi e dalle istituzioni internazionali.

⁷ Va ricordato che per diritto unionale i professionisti rientrano nell'ambito degli imprenditori e che quindi le regole concorsuali che ad essi si riferiscono, in pratica la disciplina del sovraindebitamento, debbono rispettare i principi affermati dalla Direttiva, così come avviene anche per gli imprenditori agricoli e gli imprenditori commerciali sotto-soglia.

⁸ Già si è osservato che la Direttiva consente di derogare al requisito dell'omologazione giudiziale. Come si vedrà, tuttavia, in concreto la deroga è molto limitata.

Nello stesso tempo la Direttiva offre anche la possibilità di adeguare la nostra legislazione a standard europei, favorendo la competitività del nostro ordinamento.

Se si ragiona del suo recepimento soltanto in termini di adeguamento alle disposizioni inderogabili, si rischia di trascurare le opportunità che essa offre di introdurre una disciplina omogenea tra gli Stati membri e di evitare il forum shopping, prevedendo regole che rendano più facile la conservazione dell'impresa in crisi e la prosecuzione dell'attività, abbandonando ad esempio il requisito della prevalenza del ricavato della continuità aziendale ai fini del soddisfacimento dei creditori⁹.

Alcuni Paesi hanno provveduto ad emanare leggi organiche di recepimento della Direttiva. La Germania ha approvato la legge per un “Quadro di ristrutturazione fuori da una procedura d'insolvenza” (*Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz*) – StaRUG) approvata dal Parlamento il 17 dicembre 2020 e in vigore dal 1° gennaio 2021¹⁰. L'Olanda ha adottato la legge sull'omologa dei piani di ristrutturazione extragiudiziali, (*Wet Homologatie Onderhands Akkoord* (WHOA), in vigore anch'essa dal 1° gennaio 2021¹¹. La Francia ha approvato l'*Ordonnance* del 15 settembre 2021¹². Va peraltro detto che i Paesi che, come l'Italia, si sono avvalsi della facoltà di proroga di un anno accordata dall'art. 34, par. 2, della Direttiva sono numerosi.

Non è evidentemente possibile anticipare quali saranno le linee di modifica del codice per adeguarlo alla Direttiva. La pluralità di opzioni e scelte a disposizione del legislatore lo impedisce.

Va tuttavia ricordato che la legge di delegazione all'art. 1 fa obbligo al Governo di tener conto “delle eccezionali conseguenze economiche e sociali derivanti dalla pandemia di COVID-19”, sì che i ritocchi al codice oltre che ai principi dettati dalla Direttiva, potranno ispirarsi in qualche misura alla legislazione speciale in materia di crisi ed insolvenza emanata a far tempo dal marzo 2020, ivi compresi i nuovi istituti introdotti dal d.l. 118/2021.

Per le parti del codice non suscettibili di modifica in base alla legge di delegazione, il Governo potrà anche tener conto della delega conferita con legge 8 mar-

⁹ P. VELLA, op.ult.cit., 1034.

¹⁰ C.G. PAULUS, The new German preventive restructuring framework, in *Orizzonti del Diritto commerciale*, 2021, 1, 9 e ss.

¹¹ R. VAN GALEN, The Act On The Confirmation Of Out-Of-Court Restructuring Plans [Wet Homologatie Onderhands Akkoord], in *Ondernemingsrecht*, nrs. 2020/39 and 2020/129.

¹² *Ordonnance* no 2021-1193 du 15 septembre 2021 portant modification du livre VI du code de commerce.

zo 2019, n. 20, per adottare disposizioni integrative e correttive. La delega infatti è prevista per due anni dall'entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi con cui è stata attuata la riforma Rordorf. La proroga dell'entrata in vigore del codice ha determinato anche la proroga della facoltà di emanare disposizioni correttive.

2. Gli obiettivi della Direttiva 1023/2019

Se il complesso gioco di fonti normative che il Governo dovrà coordinare in vista della revisione e della successiva entrata in vigore del codice rende arduo fare previsioni sulle future scelte del legislatore, è tuttavia possibile valutare almeno in parte le concordanze e le dissonanze dell'applicazione della Direttiva con il nostro sistema concorsuale, fermo restando che spetterà al futuro legislatore confermare le prime e scongiurare le seconde.

La Direttiva intende rafforzare in Europa attraverso regole simili nelle legislazioni nazionali la cultura del recupero dell'impresa in crisi e quindi la "prevenzione". Come si esprime il Considerando 1, da un lato si intende assicurare *"alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare"*. Dall'altro si vuole che *"gli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati" beneficino "di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione dopo un ragionevole periodo di tempo"*.

Il disegno complessivo vuole far sì che le possibilità di ristrutturazione delle imprese in difficoltà, ma fondamentalmente "sane", vengano incrementate con regole uniformi in tutti gli Stati membri. Per i casi in cui la ristrutturazione non è possibile o in ragione di uno stato d'insolvenza ormai conclamato o per le imprese di modeste dimensioni che mal si prestano alla ristrutturazione (Considerando 17), si vuole che venga assicurata la possibilità della ripartenza, del *fresh start*, vale a dire del ritorno a nuove iniziative imprenditoriali, senza che il precedente insuccesso, fisiologicamente collegato al rischio d'impresa, possa essere di ostacolo.

Una finalità aggiuntiva dell'agevolazione dell'*early restructuring* è evitare condizioni di disparità di accesso al credito e tassi di recupero non uniformi (Considerando 8). Si vuole inoltre in questo modo contribuire a ridurre l'accumulo di crediti deteriorati (NPL ed UTP), come espressamente precisa il Considerando 3.

La Direttiva si pone ancora alcuni obiettivi, strumentali rispetto a quelli sin qui considerati: garantire l'efficienza dei tribunali e delle autorità amministrative che si occupano delle procedure di ristrutturazione ed insolvenza, anche attraverso un'adeguata formazione dei loro componenti, favorendone la specializza-

zione. Garantire inoltre la formazione e specializzazione dei professionisti nominati dall'autorità giudiziaria o amministrativa nel campo della ristrutturazione, dell'insolvenza e dell'esdebitazione.

Possiamo subito osservare che i maggiori problemi di adeguamento della nostra legislazione riguardano la disciplina della ristrutturazione.

Le regole dettate dal codice della crisi per l'esdebitazione dell'imprenditore insolvente e del debitore sovraindebitato corrispondono sostanzialmente ai principi affermati dalla Direttiva. Non può dirsi altrettanto per quanto concerne l'ancora vigente legge fallimentare, dove, come si è accennato, alcune delle norme della disciplina del codice sono state anticipate, ma non tutte. Qui si registrano delle difformità rispetto alla Direttiva, soprattutto per quanto concerne il diritto riconosciuto al debitore di ottenere l'esdebitazione, salvo casi particolari, decorsi tre anni dall'apertura della procedura liquidatoria. Si tratta però di difformità che verranno meno con l'entrata in vigore del codice e che quindi non destano preoccupazione.

Per quanto concerne invece la disciplina dell'allerta l'art. 3, par. 1, della Direttiva, richiede che in ogni Stato membro i debitori *“abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio”*. Il secondo paragrafo aggiunge che *“Gli strumenti di allerta precoce possono includere quanto segue: a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi”*. Infine, il quinto paragrafo aggiunge che *“Gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore”*.

In conclusione, il decreto legge 118 ha rinviato l'entrata in vigore della disciplina dell'allerta al 31 dicembre 2023, in attesa di una sua rimediazione, ma la Direttiva richiede comunque che l'Italia si doti di un adeguato sistema di *early warning tools*.

La Direttiva, tuttavia, non impone vincoli rigidi. Gli Stati membri hanno ampia discrezionalità nel prevedere il contenuto degli strumenti di allerta precoce, che possono, ma non debbono necessariamente, includere obblighi di informazione a carico di soggetti pubblici o privati nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamenti; meccanismi che incentivino soggetti terzi che siano in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, tra cui i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, perché segnalino a quest'ultimo, gli andamenti negativi della sua attività, ed infine servizi di consulenza. Le informazioni

possono provenire da soggetti interni all'impresa (come ad esempio i contabili, espressione che può comprendere le funzioni di controllo affidate ai sindaci e ai revisori) o da soggetti esterni. La Direttiva non prevede segnalazioni a soggetti diversi dall'imprenditore. Non regola le conseguenze della mancata attivazione dell'imprenditore dopo la segnalazione e non prevede nulla che corrisponda al ruolo dell'OCRI secondo la disciplina prevista dal codice della crisi.

Si tratta di regole a maglie larghe, limitate ad obblighi di informazione, che non escludono le soluzioni più ampie e rigorose adottate dal legislatore italiano con il sistema dell'allerta interna ed esterna¹³. Proprio in ragione di questi vincoli ridotti previsti dalla legislazione unionale la nuova legge tedesca, la StaRUG, all'art. 1, intitolato "Rilevazione precoce della crisi e sua gestione nelle imprese a responsabilità limitata" impone soltanto agli amministratori di società l'obbligo di monitorare continuamente gli eventi che potrebbero compromettere la continuità aziendale. Nel caso che tali eventi vengano individuati gli amministratori debbono riferire senza indugio agli organi di controllo e prendere le opportune contromisure. Anche la nuova legge olandese non contiene norme applicative relative agli *early warning tools* previsti dalla Direttiva¹⁴.

Va ricordato che se l'allerta, interna ed esterna, regolata dal titolo II del codice della crisi è stata rinviata, tale rinvio non ha interessato la disciplina degli assetti adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi, introdotta dall'art. 2086 c.c. norma che fa parte della riforma dettata dal codice della crisi, ma che è già in vigore. In base all'art. 2086 l'imprenditore costituito in forma societaria o collettiva deve non soltanto rilevare tempestivamente i sintomi della crisi, ma deve anche adottare prontamente strumenti d'intervento idonei a porvi rimedio. Tra i doveri dell'organo di controllo in sede societaria rientra la vigilanza sul rispetto di tali obblighi da parte degli amministratori con la possibilità, ritenuta in alcuni casi dalla giurisprudenza, di denuncia al tribunale delle gravi irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c.¹⁵

¹³ P. VELLA, L'impatto della Direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno, cit., 755.

¹⁴ R. VAN GALEN, The Act On The Confirmation Of Out-Of-Court Restructuring Plans [Wet Homologatie Onderhands Akkoord], cit., 3.

¹⁵ La norma italiana è stata ripresa dalla Francia nell'art. 3 dell'Ordonnance no 2021-1193 del 15 settembre recante modificazioni del libro VI del codice di commercio: "Après l'article L. 611-2-1, il est inséré un article L. 611-2-2 ainsi rédigé : « Art. L. 611-2-2. – Lorsqu'il lui apparaît que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates et que le dirigeant s'y refuse ou fait savoir qu'il envisage des mesures que le commissaire aux comptes estime insuffisantes, ce dernier peut en informer le président du tribunal compétent dès la première information faite, en application des articles L. 234-1, L. 234-2, L. 251-15 et L. 612-3, au président du conseil d'administration ou de surveillance ou au dirigeant. « Dans ce cas, le commissaire aux comptes informe par tout moyen

L'art. 15 del decreto legge 118/21 ha integrato questa normativa. L'organo di controllo societario segnala, per iscritto, all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto e, quindi, per l'accesso alla composizione negoziata. La segnalazione è motivata e contiene la fissazione di un congruo termine di non oltre trenta giorni entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. In pendenza delle trattative rimane fermo il dovere di vigilanza dell'organo di controllo, ma tempestiva segnalazione e vigilanza debbono essere valutate ai fini dell'esonero o dell'attenuazione delle responsabilità dei componenti di tale organo ai sensi dell'art. 2407 c.c.

L'obbligatorietà degli assetti adeguati alla rilevazione tempestiva della crisi riguarda tutti gli imprenditori costituiti in forma societaria e collettiva. Tra di essi per quelli muniti di organo di controllo sono previste forme di vigilanza che incentivano gli amministratori a seguire la strada della composizione negoziata tutte le volte in cui si delinea una situazione di pericolo di crisi o di insolvenza.

Non può pertanto affermarsi che il nostro ordinamento sia privo di strumenti di allerta perché l'obbligatorietà degli assetti adeguati, la cui omissione può rilevare in sede di valutazione della responsabilità civile e penale degli amministratori, costituisce già un rimedio in tale direzione. A ciò si aggiunge la possibilità che si attivi l'organo di controllo dove è presente.

Va tuttavia sottolineato che gli strumenti di allerta precoce previsti dalla Direttiva vanno applicati a tutte le imprese. Il Considerando 22 precisa, infatti, che *“Gli Stati membri dovrebbero essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione delle dimensioni dell'impresa e stabilire specifiche disposizioni in materia di strumenti di allerta precoce per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità”*. Su questo punto la nostra legislazione al momento tace¹⁶, anche se il decreto legge 118 prevede norme specifiche per la composizione negoziata di gruppo. Senza che qui il tema possa essere adeguatamente approfondito, gli interpreti sembrano condividere l'opinione che gli assetti adeguati di gruppo debbano essere articolati sia a livello

et sans délai le président du tribunal de ses constats et démarches. Il peut lui adresser la copie de tous les documents utiles à cette information et lui expose les raisons qui l'ont conduit à constater l'insuffisance des décisions prises. « Le commissaire aux comptes peut, à son initiative ou à la demande du président du tribunal, transmettre à ce dernier tout renseignement complémentaire de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière de l'entreprise. «Le commissaire aux comptes peut également, à tout moment, demander à être entendu, avec les dirigeants, par le président du tribunal».

¹⁶ A dire il vero anche l'art. 12 CCII ha escluso dalla disciplina dell'allerta le grandi imprese ed i gruppi di rilevante dimensione insieme alle società quotate in mercati regolamentati.

della capogruppo che delle imprese del gruppo, trovando la loro *sedes materiae* nel regolamento di gruppo¹⁷.

Non pare quindi in conclusione che il rinvio della disciplina dell'allerta, in attesa di una sua più compiuta rimeditazione e del venir meno degli effetti della pandemia, possa porre problemi di contrasto della disciplina esistente con il sistema degli *early warning tools* previsti dalla Direttiva, se non per qualche profilo particolare.

3. La nozione di ristrutturazione

La parte della Direttiva che pone maggiori problemi di adeguamento della nostra legislazione riguarda certamente la ristrutturazione dell'impresa in crisi. La Commissione UE si sta occupando di una possibile armonizzazione della disciplina della liquidazione (ad esempio in tema di azioni revocatorie o di graduazione dei crediti, non senza resistenze da alcuni degli Stati membri), ma in questo momento non esiste un testo normativo vincolante su questi profili. La nozione di ristrutturazione è intesa in senso ampio e comprende *“la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi”* (art. 2 lett. a della Direttiva). Occorre inoltre che sussista una probabilità d'insolvenza (art. 4, par. 1).

Da queste premesse deriva che le procedure liquidatorie sono al di fuori dell'ambito di applicazione della Direttiva e che del pari lo sono le procedure che hanno come presupposto oggettivo lo stato d'insolvenza del debitore. Perciò l'amministrazione straordinaria che punta alla ristrutturazione ed al ripristino dell'equilibrio economico finanziario dell'impresa non rientra nella previsione della Direttiva perché ha come presupposto l'insolvenza e non la probabilità d'insolvenza. Va ricordato che, dopo molte incertezze durante la fase dei lavori preparatori, l'art. 2, par. 2, della Direttiva lascia le definizioni di insolvenza e probabilità di insolvenza al diritto nazionale degli Stati membri. Procedure come il concordato preventivo, che possono avere come obiettivo la ristrutturazione, ma anche la liquidazione dell'impresa, si debbono confrontare con la disciplina della Direttiva soltanto quando è questione della prima finalità.

¹⁷ Cfr. M. CALLEGARI, Gli assetti societari ed i gruppi, in *Assetti adeguati e modelli organizzativi nella corporate governance delle società di capitali*, a cura di M.Irrera, Bologna, 2016, 585 e ss.

Com'è noto, la continuità indiretta derivante dalla vendita dell'impresa a terzi può essere il risultato di una procedura conservativa, ma anche di una procedura liquidatoria come ad esempio nel fallimento. L'art. 1, par. 1, n. 1 della Direttiva comprende nell'ambito della "ristrutturazione", cui si applicano gli artt. 4 e seguenti sui quadri di ristrutturazione preventiva, anche "la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale". Tuttavia non tutti i casi di cessione dell'azienda in regime di continuità indiretta sono regolati dalla Direttiva sia perché occorre che si tratti di impresa in condizioni di pericolo di insolvenza e dunque in stato di crisi sia perché, come abbiamo visto, non tutte le procedure nazionali debbono obbligatoriamente rispettare le condizioni stabilite dalla Direttiva, essendo sufficiente che almeno una delle procedure di ristrutturazione previste dal diritto nazionale sia conforme. Ne deriva che il concordato preventivo liquidatorio semplificato previsto dagli artt. 18 e 19 del d.l. 118/21, nel quale è escluso il diritto di voto dei creditori, in contrasto con l'art. 9, par. 2, della Direttiva, potrà essere mantenuto purché, complessivamente, il nostro sistema concorsuale preveda almeno una procedura o complesso di procedure conformi alle previsioni europee.

4. I "nodi" da sciogliere per l'adeguamento della disciplina del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione

La Direttiva è un testo complesso, frutto di compromessi tra le visioni diverse dei 27 Paesi dell'Unione, che derivano anche da tradizioni giuridiche differenti.

Proviamo ad elencare, in sintesi, i problemi che il legislatore italiano deve affrontare per adeguare l'attuale disciplina del codice della crisi.

a) il ruolo del commissario giudiziale.

La nomina secondo il codice è oggi atto dovuto da parte del tribunale nel caso del concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione quando sia pendente un'istanza di fallimento (*rectius* di liquidazione giudiziale), mentre la Direttiva richiede che essa avvenga "caso per caso in funzione delle circostanze o delle esigenze specifiche del debitore" (art. 5, par.2). La Direttiva prevede eccezioni, tra cui quando vi sia la sospensione generale delle azioni esecutive individuali, ma deve essere l'autorità che decide sulla sospensione a stabilire che tale professionista è necessario per tutelare gli interessi delle parti (art. 5, par. 3). Occorre cioè un provvedimento graduato sulla situazione specifica oggetto di giudizio.

Va poi aggiunto che il ruolo del professionista nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa che sovrintende il quadro di ristrutturazione, nel lin-

guaggio italiano il commissario giudiziale, può assumere non soltanto le caratteristiche della vigilanza e controllo dell'attività del debitore per poi riferirne all'autorità giudiziaria o amministrativa, ma anche della assistenza del debitore e dei creditori nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione (Direttiva, art. 2, n. 12). Invece che un controllore, il professionista può essere un mediatore e può quindi aiutare a raggiungere un piano soddisfacente. Si noti che tale ruolo viene nella sostanza svolto dall'esperto nella composizione negoziata.

Si tratta dunque di un modello significativamente differente da quello cui sino ad oggi si è ispirato il legislatore.

b) la disciplina del voto dei creditori.

La formazione delle classi è obbligatoria, anche se poi ci si può limitare a distinguere i creditori privilegiati dai creditori chirografari e poco di più. La Francia ha deciso di limitare le classi alle imprese medie e grandi con delle soglie: 250 dipendenti e 20 milioni di euro di fatturato ovvero 40 milioni di euro di fatturato o ancora le società capogruppo quando il gruppo raggiunge questi limiti.

Vanno ammessi al voto tutti i creditori pregiudicati dal piano, anche se privilegiati, ed eventualmente i soci (art. 2, par. 1, n. 2). Se in ogni classe è raggiunta la maggioranza calcolata sull'ammontare dei crediti ed interessi, non occorre l'omologazione del giudice. La votazione formale può essere sostituita da un accordo con la maggioranza richiesta dei creditori, ipotesi questa compatibile con il nostro accordo di ristrutturazione. L'omologazione è comunque richiesta se: a) vi sono parti interessate dissenzienti (creditori ed azionisti) sui cui diritti incide il piano; b) il piano prevede nuovi finanziamenti perché il nuovo debito grava sull'attivo dell'impresa in ristrutturazione; c) il piano prevede la perdita di oltre il 25% della forza lavoro.

Quando è previsto l'intervento del giudice (o dell'Autorità amministrativa là dove essa opera in luogo del giudice) la Direttiva richiede che questi verifichi almeno: a) il rispetto delle regole sul voto e sul calcolo delle maggioranze; b) la parità di trattamento per i creditori con sufficiente comunanza di interessi all'interno delle classi; c) l'avvenuta notifica del piano a tutte le parti interessate; d) il rispetto della regola del miglior soddisfacimento dei creditori, vale a dire la verifica su istanza della parte dissenziente che nessuno risulti percepire, applicando le cause legittime di prelazione, un trattamento peggiore rispetto a quello previsto in caso di liquidazione o nel miglior scenario alternativo praticabile; e) che ogni nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 10, par. 2).

Quando è previsto l'intervento del giudice è sufficiente l'approvazione della maggioranza delle classi interessate, purché almeno una sia una classe di cre-

ditori garantiti o abbia rango superiore alla classe di creditori garantiti. (art. 11, par. 1, lett. b. i).

In alternativa il piano deve essere stato approvato “da almeno una delle classi di voto di parti interessate o, se previsto dal diritto nazionale, di parti che subiscono un pregiudizio” (art. 11, par. 1, lett. b, ii) purché non si tratti di classi di creditori o portatori di strumenti di capitale che non riceverebbero nessun pagamento o manterrebbero alcun interesse, se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale in base a una valutazione del debitore in regime di continuità aziendale. È questa la ristrutturazione trasversale dei debiti o *cross class cram down*. L’art. 112 del codice della crisi non prevede il *cross class cram down*, quale metodo di approvazione del piano, ma il *cram down* semplice, vale a dire il potere del giudice di omologare il concordato in caso di opposizione di un creditore appartenente ad una classe dissenziente (o dei creditori dissenzienti che rappresentino il 20% dei crediti ammessi) che contesti la convenienza della proposta quando ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale.

Si può valutare positivamente o meno il sistema previsto dalla Direttiva (si sono tralasciati alcuni profili per brevità), ma è evidente che esso è molto diverso da quello attuale. La sua attuazione favorirà l’approvazione della proposta perché il *cross class cram down sterilizza* il voto delle classi incapienti.

c) il diverso regime riconosciuto a favore dei lavoratori.

I lavoratori hanno diritto di essere soddisfatti per i crediti pregressi anche in pendenza di procedura. Non è consentita la sospensione delle azioni esecutive individuali da essi promosse.

Più in generale la Direttiva (art. 13) prevede che i diritti sindacali dei lavoratori non siano pregiudicati dal piano in conformità alle Direttive in materia ed aggiunge che misure suscettibili di comportare cambiamenti nell’organizzazione del lavoro e nelle relazioni contrattuali con i lavoratori debbono essere approvate da questi ultimi se il diritto nazionale e i contratti collettivi lo prevedono.

d) Absolute priority rule o relative priority rule.

In deroga al principio seguito ordinariamente dell’*absolute priority rule* per cui non è possibile effettuare pagamenti in favore dei creditori di rango inferiore nell’ambito delle cause di prelazione fino a quando i creditori di rango superiore non sono stati interamente soddisfatti, è prevista come soluzione alternativa, rimessa alla scelta discrezionale degli Stati membri, la *relative priority rule*. L’art. 11, par. 1, lett. c) prevede infatti che il piano in caso di *cross class cram down* per

essere approvato dal giudice debba assicurare che le classi di voto dissenzienti di creditori interessati ricevano un trattamento almeno tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori. In alternativa il par. 2 dispone che in deroga al paragrafo 1, lettera c), gli Stati membri possono prevedere che i diritti dei creditori interessati di una classe di voto dissenziente siano pienamente, e quindi integralmente, soddisfatti con mezzi uguali o equivalenti se è previsto che una classe inferiore riceva pagamenti o mantenga interessi in base al piano di ristrutturazione.

Il dibattito sull'opportunità di inserire la *relative priority rule* è vivace¹⁸. La legge tedesca recentemente approvata ha optato (art. 27) per il rispetto della *absolute priority rule* sia pure temperata. Quanto alla legge olandese anch'essa applica l'*absolute priority rule* con qualche temperamento: il giudice può approvare il piano anche se una classe di creditori ne risulta svantaggiata a condizione che la deroga sia ragionevole e che gli interessi della relativa classe di creditori o azionisti non siano danneggiati¹⁹.

A favore della *relative priority rule* si osserva che essa consente di predisporre piani con maggior flessibilità, che possono lasciare spazio ad una parziale tutela degli interessi degli azionisti o di talune categorie di creditori strategici altrimenti destinati a nulla ricevere, come possono essere certi fornitori (cfr. Considerando 56). Sarebbe quindi più facile raggiungere un accordo ed anche convincere i soci di riferimento ad investire ulteriormente nella società oggetto della ristrutturazione o mantenere fornitori strategici. In senso contrario si obietta che questi vantaggi sono compensati dal fatto che la regola dell'*absolute priority rule* permette di evitare un numero eccessivo di controversie legate alla valutazione del valore degli asset, cui è legata la previsione di soddisfacimento dei creditori. Quando i creditori della classe inferiore non possono ricevere soddisfacimento fino al pagamento integrale della classe senior, l'interesse a sollevare questo tipo di contestazioni è minore. Ne derivano tempi di definizione delle procedure più rapidi e maggiore certezza nei rapporti giuridici. Ove si mantenga la disciplina attuale si sarà optato per l'*absolute priority rule*, oggi stabilita dagli artt. 160 l.fall.

¹⁸ Rinviamo sul tema per quanto concerne le implicazioni per diritto italiano a G. D'ATTORRE, La distribuzione del patrimonio del debitore tra *absolute priority rule* e *relative priority rule*, in Fallimento, 2020, 1072 e ss. Attualmente dottrina e giurisprudenza italiane ritengono quasi all'unanimità che la regola della *absolute priority rule* non possa subire eccezioni, neanche nell'ambito del concordato. Per una efficace sintesi delle ragioni a favore e contro l'adozione della *relative priority rule* si vedano C. PAULUS R. DAMMANN, European Preventive Restucturing – Article by Article Commentary, cit., sub art. 11, 185 e ss.

¹⁹ T. RICHTER, A. THERY, Claims, Classes, Voting, Confirmation and the Cross-Class Cram-Down (April 14, 2020), INSOL Europe, 2020, in SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3575511>. 33 e ss.

e 85 CCII secondo i quali in nessun caso il trattamento previsto per le classi può alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione. Come si è già osservato, la legge di delegazione europea non ha dettato criteri di delega e ciò può rendere più complessa la decisione.

e) Misure protettive.

Le misure protettive previste dal codice della crisi consistono sempre nella sospensione delle azioni esecutive individuali, ma non del diritto del creditore di chiedere l'apertura della liquidazione giudiziale, hanno carattere generale, cioè si riferiscono all'intero ceto creditorio, riguardano anche la maturazione della prescrizione e della decadenza. La disciplina che per la sospensione delle azioni esecutive prevede la Direttiva è diversa.

Secondo l'art. 6 della Direttiva la sospensione riguarda le azioni esecutive individuali, ma ai sensi dell'art. 7, par. 2, essa impedisce, per la durata della sospensione, l'apertura, su richiesta di uno o più creditori, di una procedura di insolvenza che potrebbe concludersi con la liquidazione delle attività del debitore. Tale ultimo precetto, peraltro, è derogabile. L'art. 6, comma 4, del d.l. 118/21 ne ha fatto applicazione alle misure protettive che possono essere disposte in caso di composizione negoziata. Va notato che secondo il d.l. il divieto non riguarda la proposizione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, che di per sé pertanto non è improcedibile, ma la pronuncia della sentenza.

Secondo la Direttiva la sospensione delle azioni esecutive individuali può riguardare tutti i tipi di crediti, compresi quelli garantiti e privilegiati (art. 6, par. 2), ma a seconda delle scelte operate dagli Stati membri può riferirsi a tutti i creditori o può essere limitata ad alcuni di essi o a determinate categorie (art. 6, par. 3). In tal caso essa riguarda soltanto i creditori che sono stati informati delle trattative sul piano di ristrutturazione o della richiesta di sospensione. Inoltre è facoltà degli Stati membri escludere alcune categorie di crediti o determinati crediti dalla sospensione, qualora tale esclusione sia debitamente giustificata e l'azione esecutiva non sia suscettibile di compromettere la ristrutturazione dell'impresa ovvero la sospensione comporti un ingiusto pregiudizio ai creditori. Questo tipo di limitazione della portata della sospensione non era previsto dal nostro ordinamento, ma è stato introdotto dal d.l. 118/21 con riguardo alla composizione negoziata, ma su istanza del debitore.

La Direttiva stabilisce ancora che la sospensione non si applica ai diritti dei lavoratori, salvo che e nella misura in cui, lo Stato membro assicuri che il pagamento di tali diritti sia garantito nell'ambito di un quadro di ristrutturazione preventiva con un livello di tutela analogo (art. 6, par. 5). Il che comporta o che i crediti di lavoro vengano soddisfatti in pendenza di procedura o che venga

assicurato un regime sostitutivo, ad esempio la NASpI. L'art. 100 del codice della crisi consente, nel caso di domanda di concordato preventivo, l'autorizzazione del giudice al pagamento delle mensilità pregresse. Tuttavia tale autorizzazione non riguarda tutto il credito di lavoro, ma soltanto la mensilità antecedente il deposito della domanda di concordato ed è soltanto eventuale. Non vi è alcuna valutazione della deroga al momento in cui si autorizza la sospensione. L'art. 20, comma 1, lett. d) del d.l. ha ora modificato l'art. 182 quinquies, disponendo che "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". Non si tratta ancora dell'attuazione della Direttiva che, non consentendo la sospensione delle azioni esecutive per quanto concerne le retribuzioni dei lavoratori, rende in ogni caso legittimo tale pagamento senza necessità di autorizzazioni da parte del tribunale.

La Direttiva prevede che le misure protettive possano essere revocate. La revoca è prevista anche dal codice della crisi, ma il confronto tra l'art. 6 della Direttiva e gli artt. 55 del codice e 7, c. 6 del d.l. 118 mostra che le ipotesi considerate non sono totalmente coincidenti.

La durata massima di dodici mesi delle misure protettive prevista dall'art. 8 del codice e dall'art. 6, par. 8 della Direttiva, cui il codice per questa parte si è già adeguato, è stata ritenuta da molti incompatibile con il tempo necessario all'ordinario svolgimento della procedura di concordato dalla presentazione della domanda sino all'omologazione o dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione, specialmente quando tali procedure siano state precedute dalla composizione assistita della crisi e in tale fase il debitore avesse già beneficiato della sospensione delle azioni esecutive ai sensi dell'art. 20 CCII, che può arrivare a sei mesi. Per quanto concerne la composizione negoziata l'art. 7 del d.l. 118 dice che le misure protettive debbono avere durata compresa tra i 30 ed i 120 giorni e possono essere prorogate sino a 240 giorni, termine che non può essere superato.

Il termine dei dodici mesi rappresenta dunque un limite invalicabile? In proposito si può osservare da un lato che se le trattative nel corso dei lavori preparatori della Direttiva hanno visto un cambiamento profondo di molte norme, il termine massimo di quattro mesi, prorogabile sino ad un massimo di dodici mesi, è rimasto immutato, nonostante gli sforzi della delegazione italiana. Se ne deve concludere che, se la maggioranza degli Stati membri non ha avuto nulla da obiettare, sono gli operatori italiani, in primis il sistema bancario, che debbono abituarsi a tempi di negoziazione più ridotti. Invero secondo la già citata legge olandese lo *stay* può essere concesso per un periodo di 4 mesi prorogabile, ma che complessivamente non può superare gli otto mesi. Gli stessi termini sono previsti dalla legge tedesca.

Va d'altra parte osservato che il legislatore europeo ha chiaramente indicato che la previsione di tempi massimi vincolanti di durata della sospensione delle azioni esecutive non ha soltanto la funzione di favorire una disciplina armonizzata negli Stati membri a fini di certezza del diritto come osserva il Considerando 35, ma anche di evitare il forum shopping a favore di Paesi che prevedano un regime più favorevole al debitore.

Vi è il rischio concreto che le misure protettive, prorogate o nuovamente disposte nel passaggio dalla procedura di composizione assistita al concordato, siano ormai vicine alla durata massima prevista dall'art. 8 del codice della crisi.

Per tale ipotesi può soccorrere l'inciso contenuto nel Considerando 35 della Direttiva secondo il quale "*Gli Stati membri dovrebbero poter decidere se una breve sospensione temporanea in attesa di una decisione dell'autorità giudiziaria o amministrativa sull'accesso al quadro di ristrutturazione preventiva sia soggetta ai termini temporali previsti dalla presente direttiva*". De iure condendo tale inciso potrebbe consentire di non considerare ai fini della durata delle misure protettive il termine previsto per la presentazione della domanda di concordato nell'ipotesi di concordato con riserva. È peraltro evidente che la Direttiva fa riferimento allo *spatium deliberationis* a disposizione del giudice dopo che la domanda di avvio di un quadro di ristrutturazione è stata presentata, mentre nella procedura con riserva è necessaria la presentazione del piano perché il giudice possa pronunciare. L'interpretazione estensiva suggerita costituirebbe quindi una forzatura del dettato normativo. La sospensione dovrebbe comunque essere "breve" e dunque di durata limitata, certamente inferiore al termine previsto per la proroga.

Traendo le conclusioni da quanto siamo venuti osservando il sistema della sospensione delle azioni esecutive previsto dal codice della crisi si differenzia da quanto previsto dalla Direttiva sotto molteplici profili: per il fatto che la sospensione dovrebbe essere sempre disposta caso per caso dal giudice o dall'autorità amministrativa, quando non sia stabilita per legge (art. 2, n. 4), per il fatto che può non avere carattere generale (ma si tratta di scelta facoltativa devoluta agli Stati membri), per il fatto che non riguarda i crediti di lavoro, per un diverso regime delle proroghe e delle revoche. Le innovazioni portate dalla disciplina della composizione negoziata indicano che il legislatore si è mostrato sensibile alle indicazioni della Direttiva. Si tratta ora di mettere a punto ed aggiornare il sistema.

f) il divieto delle clausole ipso facto.

L'art. 7, par. 4, della Direttiva stabilisce che gli Stati membri prevedono norme che impediscono ai creditori cui si applica la sospensione di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti essenziali, o di risolverli, anticiparne la scadenza o

modificarli in altro modo a danno del debitore, in relazione ai debiti sorti prima della sospensione, per la sola ragione di non essere stati pagati dal debitore. I contratti pendenti essenziali devono essere intesi come i contratti pendenti necessari per la continuazione della gestione corrente dell'impresa, inclusi i contratti relativi alle forniture la cui interruzione comporterebbe la paralisi dell'attività del debitore. Il principio affermato dalla Direttiva è più ristretto della più generale regola dettata dall'art. 97 CCII secondo la quale i contratti ancora non eseguiti o non compiutamente eseguiti proseguono durante il concordato. La norma italiana, a differenza della Direttiva, non distingue tra l'ipotesi in cui il contraente in bonis sia un creditore, in forza dello stesso titolo contrattuale o per altra causa, ovvero non lo sia ed ha portata generale. Tuttavia l'art. 7, par. 4, della Direttiva vieta ai creditori titolari dei contratti essenziali di rifiutare l'adempimento o di risolverli per la sola ragione di non essere stati pagati. Ne deriva che, a differenza della disciplina italiana, alla sospensione delle azioni esecutive segue l'improponibilità dell'eccezione d'inadempimento *ex art. 1460 c.c.* e dell'azione di risoluzione.

Va poi sottolineato che l'art. 7, par. 5 della Direttiva vieta anche le c.d. clausole ipso facto che comportano la risoluzione anticipata, lo scioglimento, il rifiuto della prestazione o altro tipo di modifica contrattuale in ragione della richiesta di apertura della procedura di ristrutturazione preventiva o della sospensione delle azioni esecutive o della disposta apertura della procedura o della sospensione. Il principio è previsto anche dall'art. 186-*bis*, par. 3, l.fall. per il concordato con continuità ed è stato riprodotto nell'art. 97 CCII nel testo modificato dal decreto correttivo 147/2020.

In materia di allerta l'art. 12, par. 2, CCII, oggi rinviato, dispone che l'attivazione della procedura di allerta interna od esterna nonché la presentazione da parte del debitore della domanda di accesso alla procedura di composizione assistita della crisi non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari. Da questo punto di vista, pertanto, la disciplina italiana è conforme alla Direttiva. Manca invece una norma che preveda che l'attivazione della procedura di composizione assistita della crisi impedisca al creditore in caso di inadempimento di invocare l'eccezione d'inadempimento.

In tema di composizione negoziata l'art. 6, c. 5, del decreto legge, dando attuazione ad uno dei principi della Direttiva (art. 7, par. 4), vieta ora ai creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, o di anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori. Il legislatore si è chiaramente mosso nella direzione indicata dalla Direttiva. Il sistema va ora coordinato e razionalizzato.

Alcuni profili della Direttiva, se recepiti in tutto o in parte dal legislatore italiano, potrebbero rendere il nostro sistema concorsuale più efficiente nel favorire la ristrutturazione dell'impresa in crisi. Non sempre, tuttavia, si tratta di scelte facili, anche dal punto di vista tecnico. Di alcune si è dato conto già nelle pagine che precedono. Li indichiamo qui sommariamente come spunto per un futuro dibattito:

- gli Stati membri possono prevedere che il quadro di ristrutturazione sia disponibile anche su iniziativa dei creditori o dei rappresentanti dei lavoratori (Direttiva, art. 5, par. 8) con il consenso del debitore. Tale consenso può essere limitato ai casi in cui il debitore è una PMI. Per le imprese di maggiori dimensioni ciò potrebbe aprire a procedure di ristrutturazione “ostili” rispetto all'attuale proprietà dell'impresa e potrebbe pertanto incentivare interventi tempestivi diretti ad evitare il rischio della perdita del controllo.
- la presentazione della domanda di accesso ad un quadro di ristrutturazione o il consenso alla proposta di un creditore o del rappresentante dei lavoratori può essere espresso dagli amministratori di una società o dagli azionisti (Considerando 53). Scegliere la prima opzione conferisce maggior autonomia al management rispetto agli interessi della proprietà, come già prevede per il concordato preventivo il richiamo dell'art. 265 CCII da parte dell'art. 44, ult. comma.
- come si è già accennato, il ruolo del professionista nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa che sovrintende il quadro di ristrutturazione, nel linguaggio italiano il commissario giudiziale, può assumere non soltanto le caratteristiche della vigilanza e controllo dell'attività del debitore per poi riferirne all'autorità giudiziaria o amministrativa, ma anche della assistenza del debitore e dei creditori nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione (Direttiva, art. 2, n. 12). Invece che un controllore, il professionista può essere un mediatore e può quindi aiutare a raggiungere un piano soddisfacente. Si noti che tale ruolo viene nella sostanza svolto dall'esperto nella composizione negoziata.
- il legislatore europeo ha optato, quale soluzione di default, per l'adozione della *relative priority rule* (Direttiva, art. 11, par. 1, lett. b, ii) nel ranking dei crediti, ivi compresi quelli postergati (ad esempio soci ed azionisti). In base a questo principio i creditori appartenenti ad una classe superiore debbono ricevere di più dei creditori appartenenti ad una classe inferiore, ma non occorre che siano integralmente soddisfatti prima che i crediti sottordinati possano ricevere un parziale pagamento. In forza dello stesso principio è possibile che parte dell'attivo possa essere distribuito agli azionisti anche senza che i creditori siano stati interamente pagati.

La *relative priority rule* rende più agevole la ristrutturazione e la conservazione dell'impresa, facilitando la redazione del piano, anche perché permette di coinvolgere nella ristrutturazione gli azionisti che in questo modo conservano un interesse al recupero della continuità aziendale. La Direttiva consente agli Stati membri di optare per la *absolute priority rule*, che è la scelta tradizionale della disciplina concorsuale, attualmente adottata dal codice della crisi, sulla scorta dei principi sanciti dagli artt. 2740 e 2741 c.c.

- L'art. 10, comma 3, della Direttiva nel caso in cui il piano di ristrutturazione deve essere approvato dall'autorità giudiziaria o amministrativa prevede che questa abbia facoltà di rifiutare l'omologazione del piano "privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa". Tale criterio è più ampio della nozione di fattibilità adottata dal legislatore italiano ai sensi dell'art. 48 del codice della crisi²⁰, che sembra riferirsi ad un giudizio in termini di certezza, e sembra oggi meglio rispondere alle difficoltà di redazione del piano che derivano dalle incertezze derivanti dall'impatto della crisi pandemica.

²⁰ Va però osservato che non è questa la posizione della Suprema Corte che ovviamente si è pronunciata sulla disciplina dettata dalla legge fallimentare vigente, soprattutto con riferimento alla fase di apertura della procedura, la quale ha affermato in più occasioni che l'art. 161, comma 2, lett. e), l.fall., prescrivendo la presentazione di un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, impone al debitore di esplicitare i passaggi per mezzo dei quali la prestazione può diventare concretamente fattibile ed i modi con cui egli intende raggiungere concretamente il risultato che la proposta consegna ai creditori, onde quest'ultima deve considerarsi sempre sindacabile dal tribunale ove risulti implausibile ovvero manifestamente priva di una ragionevole "chance" di successo (corsivo nostro). Cfr. da ultimo Cass. 23 luglio 2021, n. 21190, (ord.). Negli stessi termini Cass. 28 aprile 2021, n. 11216 (ord.); Cass. 15 giugno 2020, n. 11522.

La composizione negoziata nel quadro dell'attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 – *Insolvency*

SOMMARIO: 1. Il contesto di riferimento – 2. Le indicazioni della Relazione illustrativa al decreto legge – 3. – Il profilo oggettivo: crisi e insolvenza – 4. Il profilo soggettivo – 5. La sospensione della regola del c.d. “ricapitalizza o liquida” – 6. Il concordato semplificato (cenni).

1. Il contesto di riferimento

Ponendosi dal punto di vista del diritto nazionale si può dire che l'art. 1 della l. delega 19 ottobre 2017, n. 155, dava mandato al legislatore di tener conto della normativa dell'Unione Europea ed in particolare della raccomandazione n. 2014/135/UE, del regolamento Ue 2015/848¹, nonché dei principi della *model law* elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (Uncitral).

Già il *Considerando* n. 1) della raccomandazione sopra citata indicava tra le finalità quella della ristrutturazione preventiva delle imprese sane per consentire loro di rimanere in attività e tutelare i posti di lavoro, consentendo al contempo ai creditori di recuperare il più possibile dal loro investimento; testualmente, si diceva, che obiettivo della raccomandazione «è garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale»².

¹ E v. il Regolamento (UE) 2021/2260 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 dicembre 2021 recante modifica del regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza.

² E v. in argomento R. GUIDOTTI, Il tempo nella risoluzione della crisi d'impresa, in M.A. Lupoi (a cura di), Il tempo nel diritto, il diritto nel tempo, Bologna, 2020, p. 363 ss., ivi alla p. 369 ss. ove anche la considerazione che nel nostro diritto fallimentare interno vi sono già alcune disposizioni che depongono nel senso del valore dell'anticipazione dell'emersione della crisi; in senso parzialmente contrario nella Relazione Illustrativa al d.l. 118/2021 si legge – a p. 2 – della inidoneità del nostro ordinamento concorsuale attuale a facilitare l'emersione tempestiva della crisi: «[l]a legge fallimentare contiene

La direttiva vuole a sua volta – *Considerando* n. 1) – garantire alle imprese ed agli imprenditori sani, 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.

La direttiva è altrettanto esplicita dove afferma, nel *Considerando* n. 22), che «[q]uanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione».

Non sembrano però rilevare solo le difficoltà finanziarie perché successivamente, nel *Considerando* n. 28), il riferimento è anche a difficoltà dell'impresa di tipo diverso (industriale e patrimoniale, ad esempio) «purché tali difficoltà comportino una reale grave minaccia per la capacità effettiva o futura del debitore di pagare i debiti in scadenza».

È già stato osservato correttamente che gli obiettivi della raccomandazione erano, nella sostanza, quelli che poi saranno anche della direttiva (UE) 2019/1023, del 20 giugno 2019 (*Insolvency*), con la quale in questa sede è messa in relazione la disciplina della composizione negoziata della crisi d'impresa introdotta nel nostro ordinamento dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118³.

La direttiva sui quadri di ristrutturazione preventiva vuole rafforzare la prevenzione del recupero dell'impresa in crisi⁴, non è dubbio quindi che il d.l.

infatti 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».

³ E v., in argomento, M. IRRERA, S. CERRATO e F. PASQUARIELLO (a cura di), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Bologna, 2022, nonché S. BONFATTI e R. GUIDOTTI (a cura di), *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata della crisi d'impresa*, Torino, 2022.

⁴ L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *Diritto bancario*, Ottobre 2019, p. 1 ss.; L. STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, in *Fallimento*, 2017, p. 873 ss.; S. PACCHI, *La Direttiva (UE) 1023/2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva e il regolamento 858/2015 sull'insolvenza transfrontaliera*, in S. Pacchi e S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, p. 25 ss.; P. VELLA, *L'impatto della Direttiva (UE) 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale interno*, in *Fall.*, 2019, 747; V. MINERVINI, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "Insolvency"*. Prime riflessioni, in *Ristr. aziendali*, 17 ottobre 2021.

118/2021, e poi la legge di conversione, siano concettualmente in perfetta armonia con gli scopi della direttiva stessa.

Non pare però corretto impostare il ragionamento del confronto tra la direttiva e la disciplina della composizione negoziata in termini di eventuali contrasti tra la normativa nazionale e quella dell'unione, e tanto quantomeno per due ragioni.

La prima, e più banale, è che per il nostro Paese le disposizioni della direttiva *Insolvency* devono essere recepite entro il termine del 17 luglio 2022, prorogato su richiesta inoltrata alla Commissione europea ai sensi dell'art. 34, § 2, della medesima direttiva, come previsto dalla l. 22 aprile 2021, n. 53 (legge di delegazione europea 2019/202).

La seconda è che va condivisa l'opinione secondo la quale la direttiva non impone che tutti gli istituti con i quali i diritti nazionali vogliono risolvere la crisi siano conformi al suo contenuto, ma solo che alcuni degli strumenti nazionali, a valle, lo siano; in altre parole, è sufficiente che si possa identificare un itinerario che permetta all'imprenditore di beneficiare del contenuto della direttiva⁵.

Ammesso, e non concesso, che ci siano dei punti di contrasto, il 17 luglio 2022, questo non esporrebbe necessariamente il nostro Paese ad una procedura di infrazione ai sensi dell'art. 258 del Trattato dell'Unione Europea.

Per capire realmente se la nostra disciplina nazionale è allineata con quella dell'Unione bisogna quindi immaginare una sorta di partita a scacchi tra le due discipline e vedere se, a fronte di una "mossa" della direttiva, il diritto nazionale sia in grado, o meno, di prevedere una "contromossa", oppure entri in una situazione di stallo (che non permetta una "via di fuga" che rispetti i principi della direttiva); solo in quest'ultimo caso si verificherebbe una situazione di infrazione.

Il tutto con riferimento, tra l'altro, al concetto di ristrutturazione così come definito dalla direttiva stessa: «la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi»: art. 2, lett. *a*).

⁵ In questo senso, da ultimo, anche L. PANZANI, L'adeguamento delle procedure di composizione della crisi e dell'insolvenza alla direttiva 1023/2019 tra difficoltà tecniche e nuove opportunità, Riv. esec. forzata, 2021, p. 851 ss.; nonché R. GUIDOTTI, La composizione negoziata e la direttiva *Insolvency*: prime note, in *Ildirittodellacrisi.it*, 2 febbraio 2022, p. 3.

La direttiva distingue tra gli *early warning tools*⁶ e i *preventive restructuring frameworks*⁷: ai sensi dell'art. 4 della direttiva stessa questi ultimi sono quei “quadri” ai quali il debitore ha accesso e che gli devono consentire la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza, così da poter tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale: il *Considerando* n. 1) precisa che si dovrebbe «impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale per i creditori, rispetto a quanto avrebbero ricevuto in caso di liquidazione degli attivi della società o nel caso del migliore scenario alternativo possibile in mancanza di un piano, così come per i proprietari e per l'economia nel suo complesso».

Opportuno qui precisare che la composizione negoziata non deve essere tecnicamente ascritta tra i quadri di struttura preventiva: anche nella bozza di *Relazione* illustrativa allo schema di decreto legislativo – approvato dal Consiglio dei Ministri il 17 marzo 2022 – che dovrebbe recepire la direttiva, si legge espressamente che tale estraneità è coerente «con la natura e la funzione della composizione stessa, che rappresenta non una procedura ma un percorso di negoziazione, di tipo stragiudiziale, all'esito del quale il debitore può perseguire il risanamento dell'attività anche facendo ricorso ad uno dei quadri di ristrutturazione» che saranno previsti nel nuovo codice⁸.

2. Le indicazioni della Relazione illustrativa al decreto legge

È forse opportuno, prima di ogni altra cosa, ripercorrere quanto la Commissione “Pagni”⁹ indica in merito al rapporto tra il decreto in esame e la direttiva.

Innanzitutto, in detto documento, si dice espressamente che «[i]n ossequio alle indicazioni provenienti dalla direttiva (UE) 2019/1023, è prevista una procedura di informazione e consultazione sindacale, che si aggiunge a quelle già previste e disciplinate dall'ordinamento, da attivare ogni qual volta l'imprenditore intenda adottare determinazioni rilevanti che incidono sui rapporti di lavoro di

⁶ Quegli strumenti di allerta in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio.

⁷ Il tema è approfondito da L. PANZANI su questo stesso Quaderno.

⁸ Dello schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva Insolvency non si terrà conto nel seguito di questo lavoro per non essere lo stesso ancora conosciuto nella sua versione definitiva nel momento in cui vengono consegnate all'editore le bozze di questo capitolo.

⁹ E v. in tema I. PAGNI e M. FABIANI, La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa), in *Ildiritto della crisi*.it, 2 novembre 2021; precedentemente M. FABIANI, La proposta della Commissione Pagni all'esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti, *ivi*, 2 agosto 2021.

una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni».

La conformità con la direttiva è da individuare, tra l'altro, con i *Considerando* n. 60) ss. e con l'art. 13. Da notare che l'art. 6, comma 3, d.l. 118/2021, stabilisce che sono esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori, così come vuole appunto l'art. 6, § 5, della direttiva stessa.

Ancora, nella Relazione si fa espresso riferimento al contenuto della direttiva in relazione alle misure protettive e cautelari¹⁰ quando si afferma che con il ricorso l'imprenditore può chiedere la conferma delle misure protettive e la loro modifica, potendo dette misure essere circoscritte a determinate azioni oppure a specifici creditori, ma anche l'adozione dei provvedimenti cautelari, anche limitandone nel tempo l'efficacia, che ritiene necessari per il buon esito delle trattative: la «loro caratteristica principale è quella della celerità (...) posto che si tratta di procedimenti che si inseriscono, condizionandolo, all'interno di un percorso negoziale della durata massima di centottanta giorni».

Le misure protettive e cautelari, per come concepite e disciplinate, sono conformi alle prescrizioni contenute nella direttiva: sia perché non possono riguardare i diritti dei lavoratori, di cui si è detto sopra; sia per la durata, minima e massima, entro la quale possono essere efficaci; sia per il costante collegamento che deve esserci tra la singola misura e lo stato delle trattative, la perseguibilità del risanamento e gli interessi dei creditori; sia, infine, rispetto alla disciplina dettata per le fasi di proroga, modifica e revoca; sia perché hanno effetto anche sulle istanze di fallimento (che possono essere presentate durante il percorso, ma che non possono condurre alla dichiarazione di fallimento).

Si noti con riferimento a quest'ultimo profilo che le misure protettive comprendono il divieto di pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza, nei casi in cui la legge prevede tale pronuncia in alternativa al fallimento, come, ad esempio, nel caso dell'amministrazione straordinaria. Il divieto non riguarda tanto la proposizione del ricorso per la dichiarazione di fallimento, che di per sé, pertanto, non è improcedibile, ma

¹⁰ E v. in argomento: R. GUIDOTTI e A. PALUCHOWSKI, Descrizione dei procedimenti previsti dal d.l. (cautelare e camerale), in S. Bonfatti e R. Guidotti (a cura di), *Il ruolo dell'esperto*, cit., p. 43 ss.; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, in *Ristr. aziendali*, 24 dicembre 2021; A. TEDOLDI, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata dalla crisi*, in M. Irrera, S. Cerrato e F. Pasquariello (a cura di), *La crisi d'impresa*, cit., p. 360 ss.; sulle autorizzazioni v., invece, L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, in *Ildirittodellacrisi*, it, 9 dicembre 2021.

la pronuncia della sentenza. Nel dettare il nuovo divieto il legislatore si è rifatto all'art. 7, § 2, della dir. n. 1023/2019¹¹.

La scelta del decreto appare coerente con il fatto che come «in ogni procedimento di ricerca veloce della soluzione migliore per soddisfare interessi contrapposti, durante la trattativa per giungere alla composizione, il non essere oggetto da parte del proponente di azioni di disturbo, sotto forma di iniziative esecutive o cautelari dei suoi creditori è estremamente utile, se non indispensabile»¹².

Così come l'impianto è coerente alla disposizione della direttiva dove – art. 4, § 6, – afferma che «[g]li stati membri possono prevedere disposizioni che limitino la partecipazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa ad un quadro di ristrutturazione preventiva ai casi in cui è necessaria e proporzionata, garantendo nel contempo la salvaguardia dei diritti delle parti interessate e dei pertinenti portatori di interessi».

Quindi non v'è nessun contrasto con la direttiva sotto questo profilo, ma soprattutto non c'è nessun ridimensionamento del ruolo dell'autorità giudiziaria, che viene chiamata ad operare quando ve ne è realmente necessità.

E, quanto meno, nella prima fase dell'utilizzo della “nuova cassetta degli attrezzi” nazionale è difficile immaginare che delle misure protettive e cautelari si possa fare a meno¹³; per molte imprese siamo di fronte ad una crisi già

¹¹ E v. F. PIPICELLI, Il ruolo dell'esperto nel giudizio sulle misure protettive e cautelari, in S. Bonfatti e R. Guidotti (a cura di), Il ruolo dell'esperto, cit., p. 192. Tornando alle misure protettive in generale la Relazione prosegue statuendo che: «[i]l procedimento si conclude con ordinanza, con la quale il tribunale stabilisce la durata, non inferiore a trenta giorni e non superiore a centoventi giorni (termine, quest'ultimo, sostanzialmente analogo a quello di quattro mesi, previsto dall'art. 6, paragrafo 6 della direttiva (UE) 2019/1023), delle misure protettive e, ove 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». È conforme al contenuto della direttiva anche il fatto che: «il tribunale possa, 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; l'individuazione di tali presupposti della revoca è conforme al disposto dell'articolo 6, paragrafo 9 della direttiva (UE) 2019/1023».

¹² Così A. PALUCHOWSKI, Il contenuto delle misure cautelari e protettive, in S. Bonfatti e R. Guidotti (a cura di), Il ruolo dell'esperto, cit., p. 39.

¹³ E v. A. MAFFEI ALBERTI, Crisi d'impresa e continuazione dell'attività, in Ristr. aziendali, 29 gennaio 2022, p. 6, secondo il quale, in ogni caso, la composizione negoziata per avere concrete possibilità di successo, richiede l'intervento del tribunale posto che sembra arduo immaginare che la notizia della crisi non circoli e «quindi 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».

in atto e quindi in un contesto completamente diverso da quello nel quale si era pensata, lo si dice a titolo di esempio, l'allerta, e anche in un contesto diverso a quello si può pensare si troverà ad operare composizione negoziata in futuro¹⁴.

3. Il profilo oggettivo: crisi e insolvenza

Non v'è dubbio che la composizione negoziata tenda ad anticipare temporalmente le soluzioni di risanamento, e se le stesse non sono possibili in forma diretta, prevede anche la possibilità di alienazione dell'azienda funzionante, cioè in continuità, ben prima di quanto fosse previsto all'interno delle procedure concorsuali tradizionali di cui non fa parte, ma solo quando siano presenti prospettive concrete di risanamento¹⁵.

La direttiva distingue fra imprese risanabili, non solo per difficoltà finanziarie, che possono accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva e quelle non risanabili che, invece, debbono essere, celermente anch'esse, avviate a procedura liquidatoria concorsuale.

Sotto questo profilo non sembrano esservi disallineamenti tra le due discipline che però possono rinvenirsi ove si guardi l'argomento sotto un diverso profilo, ovvero quel momento di accesso al percorso.

È da ritenere infatti che alla composizione negoziata possano accedere anche le imprese in conclamato stato di insolvenza. Il fatto che lo strumento della composizione negoziata della crisi sia utilizzabile anche per i casi di insolvenza non è reso solo evidente dalla norma (art. 6, comma 4) dove dispone gli effetti sospensivi sulla dichiarazione di fallimento (che ovviamente l'insolvenza presuppone logicamente), ma anche dall' art. 9, comma 1, che dispone in merito alla gestione dell'impresa nel momento in cui ci si rende conto che l'imprenditore è

¹⁴ In argomento A. FAROLFI, Le novità del d.l. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura", in *Ildirittodellacrisi.it*, 6 settembre 2021; L. PANZANI, Il d.l. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid, *ivi*, 25 agosto 2021, pp. 14 ss.; R. GUIDOTTI, La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato, in *Ristr. aziendali*, 8 settembre 2021; S. AMBROSINI, La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 901 ss.

¹⁵ Così quasi testualmente A. PALUCHOWSKI, op. loc. cit., p. 38. In argomento anche R. GUIDOTTI, Presupposti "interni" ed "esterni" della composizione negoziata della crisi d'impresa ed avvio del procedimento, in *Nuovo dir. società*, 2021, p. 1620 ss.

insolvente, senza prevedere che l'insolvenza debba verificarsi “strada facendo”, ma potendo ovviamente pre-esistere all'accesso al percorso¹⁶.

È però sempre necessaria una «concreta prospettiva di risanamento»¹⁷. Si dovrà trattare di una insolvenza reversibile perché temporanea (si pensi, ad esempio, alla chiusura dell'attività a seguito di normativa emergenziale). In alternativa, in caso di insolvenza sarà necessario un apporto esterno, di cui si dovrà verificare l'adeguatezza, durante la composizione negoziata, al fine di evitare la dichiarazione di fallimento, o le altre soluzioni previste per le imprese sotto-soglia o per le imprese agricole, e quindi l'utilità per il percorso di risanamento¹⁸.

Si può invece pensare che il perimetro di applicazione della direttiva si fermi prima nel senso che la stessa sembra volersi occupare dell'obbligo per gli Stati membri di assicurare un regime rivolto a facilitare la ristrutturazione preventiva dell'impresa, ove vi sia probabilità d'insolvenza (*insolvency likelihood*).

Se è vero che la direttiva non adotta formule omnicomprensive come quella di stato di crisi, né perimetra con esattezza la situazione di difficoltà finanziaria sembra essere escluso «in radice che l'intervento possa avvenire sia quando manchi qualunque elemento premonitore, sia ci sia insolvenza in atto o già aggravata in dissesto»¹⁹.

¹⁶ A quanto sopra esposto si può aggiungere che lo stesso Ministero della Giustizia nel decreto del 28 settembre 2021, nella sezione III, § 2, dedicato al test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, al punto 2.4, dispone espressamente che se l'esperto ravvisa, anche a seguito dei primi confronti, la presenza di uno stato di insolvenza, «questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata».

¹⁷ L'espressione ricorda l'art. 27, comma 1, 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».

¹⁸ Sempre in caso di insolvenza sembra poi potersi sostenere che l'accesso al percorso possa essere 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. Sotto diverso profilo si è recentemente affermato come il ricorso alla composizione negoziata anche da parte di imprese in uno stato di vera e propria insolvenza possa portare al sistema nel suo complesso l'ulteriore vantaggio di anticipare ad una fase preliminare e fuori dal tribunale la valutazione di tutte le possibili soluzioni percorribili dall'impresa «anche nell'ottica di un eventuale ricorso all'istituto del concordato fallimentare o di un concordato nell'ambito della procedura di amministrazione straordinaria»: così ASSONIME, Circolare n. 34, 7 dicembre 2021, Le misure del decreto crisi per il risanamento dell'impresa, p. 16. Si anticipa così, sotto questo profilo, anche l'esame dell'uscita dell'impresa dal mercato.

¹⁹ S. PACCHI, La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2019/1023, in *Dir. fall.*, 2019, I, p. 1259 ss. ivi alla p. 1269.

Va osservato però che l'art. 2, § 2, della direttiva lascia le definizioni di insolvenza e probabilità di insolvenza ai diritti nazionali e si potrebbe ulteriormente ipotizzare, sotto diverso profilo, che la composizione negoziata che può avere come obiettivo sia la ristrutturazione, sia – in caso di insuccesso – la liquidazione dell'impresa, si debba confrontare con direttiva soltanto per la parte relativa alla ristrutturazione; il ragionare così complica, però, moltissimo l'argomentare e la ricerca delle soluzioni.

4. Il profilo soggettivo

L'istanza di nomina dell'esperto non apre il concorso dei creditori e non determina alcuno spossessamento, si deve ritenere che anche per queste caratteristiche, espressamente indicate dalla *Relazione* al decreto, la composizione negoziata non sia, in linea di principio, una procedura concorsuale in senso tecnico²⁰.

Con efficace sintesi si è osservato che, in termini negativi, si può affermare che sono esclusi dalla legittimazione ad avvalersi della composizione negoziata esclusivamente i non – imprenditori²¹, oltre alle società di fatto e irregolari.

Rientrano quindi nel perimetro soggettivo della composizione negoziata anche:

- a) le imprese bancarie (che sono sottratte alle “procedure concorsuali” diverse da quelle disciplinate nel d.lgs. n. 385/1993 – Testo Unico Bancario: art. 80, comma 6° –; ma non sono sottratte alla composizione negoziata perché la stessa non ha la natura giuridica di “procedura concorsuale”;
- b) gli intermediari finanziari non bancari, che sono anch'essi sottratti alle “procedure concorsuali” diverse da quelle disciplinate dal d.lgs. n. 58/1998 – Testo Unico della Finanza: art. 56, comma 3° –, ma possono avvalersi di un istituto che, come detto, tale non è;
- c) le imprese di assicurazione, pure esse assoggettabili esclusivamente alle “procedure concorsuali” disciplinate dal Codice delle Assicurazioni: art. 238, ma ammesse quindi alla composizione negoziata²².

Il che ovviamente non è armonico con quanto afferma l'art. 1, § 2 della direttiva che, tra gli altri, esclude questi enti dal suo perimetro soggettivo.

²⁰ Questa pare ad oggi essere l'opinione prevalente. In altra sede si è ipotizzato che la composizione negoziata possa avere una “doppia personalità”: in questo senso R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi*, cit., p. 14. Il tema merita ancora una attenta riflessione e andrà analizzato anche alla luce delle pronunce giurisprudenziali.

²¹ S. BONFATTI, *La flessibilità dello strumento (della “composizione negoziata”)*, in S. Bonfatti e R. Guidotti (a cura di), *Il ruolo dell'esperto*, cit., p. 6.

²² Così quasi testualmente ancora S. BONFATTI, *op. loc. cit.*, p. 5 s.

5. La sospensione della regola del c.d. “ricapitalizza o liquida”

Nell'art. 8 del provvedimento si dispone che con l'istanza di nomina dell'esperto o con dichiarazione successivamente presentata con le modalità di cui all'art. 5, comma 1, il debitore possa chiedere la sospensione delle norme sulla ricapitalizzazione²³: la norma²⁴, così come emendata in sede di conversione del decreto, prevede, che l'imprenditore possa dichiarare che, sino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, non si applichino nei suoi confronti gli artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482 *bis*, commi 4, 5 e 6, e l'art. 2482-*ter* c.c.; è poi prevista la possibilità di sospendere la relativa causa di scioglimento²⁵.

L'istanza di nomina dell'esperto, con la dichiarazione di volersi avvalere del beneficio della sospensione, o la dichiarazione successiva contenente solo quest'ultima dichiarazione sono «pubblicate nel registro delle imprese» e i loro effetti decorrono dalla data di pubblicazione in detto registro²⁶.

²³ Sulla normativa emergenziale che ha permesso la sospensione della regola del c.d. “ricapitalizza o liquida” si possono consultare: N. ABRIANI e F. BUTTIGNON, Legge di bilancio 2021 e patrimonio netto di bilancio nelle società di capitali in Italia: spunti per il superamento di un paradigma, in *Ilsocietario.it*, 17 febbraio 2021; A. BUSANI, Il quinquennio di grazia per le perdite emerse nel 2020, in *Società*, 2021, 208 ss.; G. Ferri jr., La sospensione dell'obbligo di riduzione del capitale per perdite tra passato prossimo e futuro remoto, in *Riv. not.*, 2021, 3 ss.; R. GUIDOTTI, Le società con azioni quotate – Alcune regole di funzionamento, Milano, 2021, p. xvii ss. ove ulteriori riferimenti, nonché ASSONIME, Il Caso 6/2021, Il regime speciale di perdite Covid: rilevanza delle perdite inferiori ad un terzo, e – precedentemente – Id., Circolare 3/2021, Legge di bilancio 2021: la nuova disciplina sulla sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in caso di perdite significative.

²⁴ Sulla quale diffusamente R. GUIDOTTI, La sospensione degli obblighi relativi al capitale e della causa di scioglimento collegata, in M. Irrera, S. Cerrato, e F. Pasquariello (a cura di), *La crisi d'impresa*, cit., p. 155 ss.

²⁵ L'esistenza di questa disposizione sembra essere l'ulteriore indiretta conferma che al percorso della composizione negoziata possa accedere anche l'imprenditore già insolvente. Se è ovvio infatti che tra l'applicazione delle norme sulla riduzione obbligatoria del capitale e la nozione di insolvenza non v'è coincidenza tecnica, è altrettanto vero che nella realtà la necessità di ricorrere alla sospensione normalmente riguarda situazioni di difficoltà avanzata (la perdita del capitale è la principale spia dei problemi patrimoniali; in questo senso depongono anche gli indici elaborati ex art. 13, commi 2°, dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti in relazione all'allerta).

²⁶ È da chiedersi 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 sul capitale e quindi, forse anche per ragioni di natura reputazionale, l'imprenditore non voglia dichiarare di volersi avvalere del beneficio. Dalla lettura della norma sembra che la sospensione venga poi meno solo a seguito dell'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata o della conclusione delle trattative. Sarà ovviamente necessaria anche la pubblicazione nel registro delle imprese dell'avvenimento (della chiusura del percorso). È ipotizzabile che l'imprenditore sia onerato anche di far

Va ricordato che non viene meno l'obbligo degli amministratori di convocare senza indugio l'assemblea nelle situazioni di perdita del capitale superiore al terzo perché la norma di nuovo conio nulla dice sul punto e quindi sulla necessità di rendere edotta l'assemblea di quanto sta accadendo.

Va osservato ulteriormente come non sia precluso in ogni caso all'assemblea, se lo ritiene, di porre in essere operazioni sul capitale sia per il tramite di una ricapitalizzazione, sia di una riduzione per perdite²⁷.

Una dottrina ha sottolineato l'inopportunità – senza spingersi, a dire il vero, ad affermare il contrasto con la direttiva – del mutamento di approccio sul tema della regola del c.d. “ricapitalizza o liquida” rispetto al Codice della Crisi, nel quale la sospensione della regola (art. 20 C.C.I.) è inquadrata come vera e propria misura protettiva nella composizione assistita, e proprio per questo, non è nella libera disponibilità del debitore, ma deve essere autorizzata dal tribunale²⁸.

In senso contrario si può osservare che la *ratio* del *Considerando* n. 96) pare proprio essere quella di permettere la deroga della disciplina societaria che si ponga in contrasto con le norme relative alla ristrutturazione.

Oltre alla motivazione del *Considerando* appena citato, dall'art. 32 della direttiva *Insolvency* si ricava espressamente la possibilità di disapplicare l'art. 58, §

pubblicare quindi una “contro-dichiarazione” nella quale dà atto espressamente del venir meno degli effetti della dichiarazione di sospensione. Il venir meno degli effetti non è però legato, correttamente, alla pubblicizzazione nel registro delle imprese, ma a fatti storici antecedenti ad essa.

²⁷ Non sembra neppure preclusa la possibilità di mettere la società in liquidazione, perché non pare che lo stato di liquidazione sia in ogni caso preclusivo alla prosecuzione delle trattative, funzionali, però, in questo caso – se non ci si inganna – solo alla cessione dell'azienda; ovvio che la liquidazione volontaria comporterebbe il mutamento del contesto di base relativo alle regole di comportamento da adottare anche per l'organo gestorio. L'art. 8 del provvedimento rimette alla decisione dell'imprenditore il dichiarare, o meno, con l'istanza di nomina dell'esperto, o con comunicazione successiva presentata con le modalità di cui all'art. 5, di volersi anche avvalere e della disapplicazione della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, primo comma, n. 4) e dell'art. 2545 duodecies c.c.

²⁸ E v. P. LICCARDO, Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole, in Giustiziansieme.it, 7 settembre 2021, p. 4; alla critica di questo a. alla riforma nel suo complesso ha replicato A. JORIO, Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestra soffia sulla riforma, in Ildirittoellacrisi.it, 1° ottobre 2021; si possono leggere le critiche alla riforma di D. GALLETI, È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare, ne ilfallimentarista.it, 27 luglio 2021, e la replica di M. FABIANI, La proposta della commissione Pagni all'esame del governo, cit., che peraltro non pare aver fatto mutare opinione all'a.: e v. ancora D. GALLETI, Breve storia di una (contro)riforma annunciata, in Ilfallimentarista.it, 1° settembre 2021.

1, della dir. 2017/1132 in materia societaria²⁹. È proprio la direttiva *Insolvency*, art. 32, che integra l'art. 84 della direttiva in materia societaria sopra citata.

Dal combinato disposto dell'art. 32 (*Insolvency*), e dell'art. 84 della direttiva societaria si ricava quindi la possibilità per gli stati membri di disapplicazione dell'art. 58, § 1, della medesima direttiva societaria che, com'è noto, dispone che «*[i]n the case of a serious loss of the subscribed capital, a general meeting of shareholders shall be called within the period laid down by the laws of the Member States, to consider whether the company should be wound up or any other measures taken*».

L'art. 32 della direttiva *Insolvency* deve essere letto ovviamente in relazione al *Considerando* n. 96)³⁰ e dal loro combinato disposto si deve trarre che non v'è contrasto tra la norma in esame sul principio del c.d. “ricapitalizza o liquida” e quella unionale.

La scelta del diritto nazionale sotto il profilo sistematico, però, non è banale perché attribuisce al debitore il potere, senza alcun controllo da parte dell'autorità giudiziaria, di disattivare meccanismi posti a presidio del capitale.

Si apre quindi la possibilità per la società di continuare ad operare nonostante il patrimonio netto negativo; tanto è nel disegno del legislatore bilanciato però dal fatto che gli amministratori non vengono sottratti al sistema delle regole sulla loro responsabilità, integrato dalle disposizioni speciali del decreto, che impone loro, tra le altre cose, di non recare danno ai creditori in caso di insolvenza; danno che ovviamente ha maggiore probabilità di verificarsi quando si operi con il patrimonio netto negativo.

Si noti che, invece, se non si è verificata una situazione di insolvenza, gli amministratori devono gestire solo nell'ottica di evitare pregiudizio alla sostenibilità economico – finanziaria della società.

È da chiedersi come questi due concetti si relazionino con la gestione prettamente conservativa di cui all'art. 2486 c.c.³¹.

²⁹ E v. la descrizione del provvedimento: E. STABILE, Brevissime note sulla direttiva 2017/1132/UE nella codificazione del diritto societario europeo, in Riv. dir. soc., 2017, p. 1291 ss.; e in V. BELLANDO, Directive 2017-1132, in Dir. ec. impresa, 2021, p. 932 ss.

³⁰ In questo senso espressamente anche C. PAULUS e R. DAMMANN, European Preventive Restructuring – Article by Article Commentary, Monaco, 2021, sub art. 32, p. 294 ove si legge che: «*[t]he purpose of this article is, pursuant to Recital 96, to align company law and the adoption ad implementation of a preventive restructuring plan of the present Directive*».

³¹ In argomento v. 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 Ristr. aziendali, 23 novembre 2021.

6. Il concordato semplificato (cenni)

Se all'esito del percorso della composizione negoziata ci si rivolge alla disciplina del concordato semplificato³² è possibile immaginare un contrasto con le disposizioni della direttiva, perché la disciplina del concordato semplificato non prevede la fase del voto.

La direttiva vuole invece che gli Stati membri si adoperino affinché le parti interessate abbiano diritto di voto sull'adozione di un piano di ristrutturazione (art. 9, § 2).

Anche in questo caso, pare però non sia necessaria una modifica del d.l. 118/2021 ove si consideri che nulla impedisce di "uscire" dalla composizione negoziata in modo diverso e, tra le altre possibilità, depositare una domanda di concordato preventivo ordinario dove invece il voto è ovviamente previsto.

³² Sul quale G. BOZZA, Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, in *Ildirittodella-crisi.it*, 5 ottobre 2021; M. ARATO, La soddisfazione dei creditori privilegiati nel concordato preventivo, anche alla luce del d.l. 24 agosto 2021, n. 118, in *Ristr. aziendali*, 14 ottobre 2021; S. LEUZZI, Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario, in *Ildirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021; M. SPOTTA, Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, in M. Irrera, S. Cerrato e F. Pasquariello (a cura di), *La crisi d'impresa*, cit., p. 409 ss.

I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 1 – Bioetica e biodiritto

Quaderno 2 – Raccolta delle fonti e delle principali delibere della Scuola superiore della magistratura

Quaderno 3 – Comunione e condominio

Quaderno 4 – Diritti e obblighi del lavoratore all'epoca COVID

Quaderno 5 – Il trattamento dei dati personali in ambito giudiziario

Quaderno 6 – Storia della magistratura

Quaderno 7 – I metodi di risoluzione alternativa delle controversie:
Focus su mediazione, negoziazione assistita e conciliazione
giudiziale

Quaderno 8 – Il procedimento disciplinare dei magistrati

Quaderno 9 – L'ordinamento giudiziario

Quaderno 10 – L'evoluzione della responsabilità civile

Quaderno 11 – I diritti fondamentali fra Carte e Costituzioni europee

Quaderno 12 – Dieci anni di Scuola superiore della magistratura (2011-2021)

Quaderno 13 – Il diritto dei contratti e l'emergenza sanitaria

Quaderno 14 – Il diritto tributario nella prospettiva penale e civile

Quaderno 15 – Giustizia digitale



I QUADERNI DELLA SSM

nella stessa collana

Quaderno 16 – Il nuovo diritto di famiglia

Quaderno 17 – L'etica giudiziaria

Quaderno 18 – Gli assetti organizzativi dell'impresa

Quaderno 19 – Intercettazioni di comunicazioni e tabulati

Quaderno 20 – Il giudizio civile di cassazione

Quaderno 21 – Scienza e diritto penale

Quaderno 22 – Il diritto dell'immigrazione



Finito di stampare nel mese di marzo 2023
a cura dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S.p.A.

