

## QUALCHE RIFLESSIONE, “IN SOLITUDINE”, SULLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI D’IMPRESA

GIUSEPPE FAUCEGLIA

Molto, forse troppo, è stato scritto sul nuovo procedimento di composizione negoziata della crisi, e pure queste brevi riflessioni non si sottraggono dal giudizio circa il “superfluo”, che nel passato aveva attinto gli studi della patristica medioevale. Ciò nonostante, in completa “solitudine”, mi riferisco a quella che caratterizza il formarsi di opinioni “periferiche”, tenterò di offrire della recente normativa una chiave di lettura d’insieme.

Se volessimo tracciare una linea immaginaria lungo la quale si è sviluppata la legislazione sulla crisi d’impresa, potremmo ritenere che il Codice della Crisi e dell’Insolvenza ha chiuso quella stagione che si era aperta nel 2005-2007, accentuando una visione processual-pubblicistica della disciplina, sulla scorta di una giurisprudenza fortemente abrasiva di quei principi che il riformatore della legge fallimentare aveva ritenuto introdurre. L’impostazione del Codice non ha, però, retto all’impatto dall’emergenza pandemica sui sistemi produttivi, che, nel suo concreto manifestarsi legislativo ha significativamente mutato le prospettive di una riforma che i più avevano ritenuto addirittura “epocale”, tanto da meritare l’attributo di “*Codice*”, nella prospettiva evocativa delle mirabili codificazioni napoleoniche<sup>1</sup>. Non si è trattato, allora, come potrebbe semplicemente riconoscersi, del passaggio da un sistema *creditor oriented* ad uno *debtor oriented* (insomma un ritorno alle prospettive abbandonate delle riforme intervenute nel primo decennio del secolo), ma di un vero e

---

<sup>1</sup> Sul tema, senza alcuna pretesa di essere esauriente: I. PAGNI, *Crisi d’impresa e crisi del contratto al tempo dell’emergenza sanitaria, tra autonomia negoziale e intervento del giudice*, in *Le crisi d’impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021. Liber amicorum per Alberto Jorio*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna, 2021, 3 ss; S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *questa Rivista*, 9 agosto 2021; S. AMBROSINI, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, 901 ss.

proprio mutamento di prospettiva, che ha inteso favorire, sulla scorta degli indirizzi della legislazione sovranazionale, la ristrutturazione dell'impresa, in termini di recupero dell'efficienza produttiva e di salvaguardia della continuità (tralascio di considerare gli impropri richiami ad ispirazioni di tipo "solidaristico", pure variamente evocate in materia). Si tratta di una prospettiva nient'affatto nuova: la narrazione che in questi anni abbiamo letto ed ascoltato sul tema ha prodotto una vera e propria moltiplicazione di studi, saggi, note a sentenze, collane editoriali e volumi monografici, che nell'insieme potremmo, per mole, paragonare alla grande biblioteca di Efeso. Vi è, però, che questa narrazione, nella quale – invero – sembra emergere una qualche carenza di quel profilo sistematico e di stabilità (o coerenza intellettuale) che aveva caratterizzato gli studi sulla legge fallimentare, anche negli anni antecedenti alla sua entrata in vigore (sarebbe auspicabile che qualche studioso di "buona volontà" ordinasse e raccogliesse tra le più significative di quelle riflessioni).

Se si osserva il panorama normativo post-Covid (quello che potremmo definire "*diritto concorsuale sanitario*") si nota che le varie (ma disorganiche) disposizioni trovano la propria *ratio* nella necessità di evitare gli effetti dissolutivi propri di ogni crisi "sistemica", in una prospettiva del tutto innovativa rispetto a quella che aveva caratterizzato il dibattito sulla riforma del diritto fallimentare. Gli effetti della pandemia hanno privato quel dibattito del rilievo, come dire, microeconomico, riferito alla singola impresa in crisi (o, meglio, alla singola crisi), aprendo il panorama agli effetti più complessivi ed invasivi, derivanti dalla pandemia. Ciò, però, non ha comportato una riflessione più profonda, in una prospettiva di "lungo termine" (come oggi su usa dire), appuntata sul se le mutazioni che ha conosciuto e conosce il neo capitalismo degli ultimi anni, con le sue connessioni internazionali ed il peso decrescente dell'autorevolezza della legislazione nazionale, impongano scelte più complessive e consapevoli (mi riferisco, ad esempio, alla partecipazione dei lavoratori e al loro ruolo "attivo" anche nei fenomeni di crisi). In questa prospettiva, la stessa normativa in commento ha inteso (prevalentemente) tutelare il "*credito*" da lavoro subordinato (v., ad esempio, l'ultima parte del comma secondo dell'art. 10 oppure l'applicazione dell'art. 2112 c.c. nel caso di trasferimento di azienda, di cui alla lett. d) del comma primo del medesimo art. 10; ed ancora dal terzo comma dell'art. 6, che esclude dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori), pur non omettendo di disciplinare un procedimento di consultazione (in parte innovativo) dei "soggetti sindacali", allorquando nel corso della composizione negoziata sono assunte rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni (art. 4, comma 8).

Invero, dalla L. n. 147/2021 pare emergere un nuovo “*diritto convenzionale (o contrattuale) della crisi*”, che si colloca al di fuori della disciplina del concorso in tutte le sue varie procedure<sup>2</sup>, anche quelle relative alla regolazione negoziale (si fa per dire !!) della crisi, per assumere una “dignità” propria, che, con l’impianto normativo già consolidato e vigente, presenta legami di mera eventualità o, addirittura, di occasionalità. In tal senso, è sufficiente pensare al presupposto (che potremmo definire, per mera comodità, “oggettivo”) richiesto per l’accesso al procedimento in oggetto, “*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza*”, che non trova riscontro né nella legge fallimentare, in cui l’art. 161 fa corrispondere la nozione di crisi con quella di insolvenza, né con la nozione che della crisi offre l’art. 2, lett. a) o l’art. 13 del Codice della Crisi, che, nella sua stessa definizione, pare collocarsi, non solo nel dato temporale, ma pure “qualitativo”, in prossimità della stessa insolvenza. Come ben evidenziato in dottrina, si tratta di una situazione di pre-crisi o di crisi interna non manifestata, sì che l’impianto normativo sembra, anche per questo, collocarsi su un terreno che presenta pochi elementi di omogeneità con le “situazioni” indicate nella disciplina concorsuale.

Non si tratta, allora, solo di un complesso normativo che trova (unica) giustificazione nella emergenza sanitaria, che al più è valsa a motivare la decretazione di urgenza, ciò emergendo dalle premesse al D.L. 118/2021, “*ritenuta la straordinaria necessità e urgenza di introdurre misure di supporto alle imprese per consentire loro di contenere e superare gli effetti negativi che l’emergenza epidemiologica ha prodotto e sta producendo*”, ma di una prospettiva nuova ovvero di un nuovo diritto della crisi.

L’attributo “nuovo” si riferisce ad una disciplina, quella della composizione negoziata, che non solo non aveva precedenti, ma che trova la propria ragione nella predicata “*esigenza di introdurre nuovi strumenti che incentivino le imprese ad individuare le alternative percorribili per la ristrutturazione o il risanamento aziendale*”. Questa lettura resta avvalorata da altra considerazione, relativa ai presupposti “soggettivi”, lo strumento è utilizzabile da tutte le imprese, agricole e commerciali, a prescindere dalle caratteristiche qualitative e dimensionali dell’impresa stessa, con riferimento anche a quelle che possono accedere all’amministrazione straordinaria e alla liquidazione coatta amministrativa (mi pare, però, che dalla predicata “universalità” restano estranee quelle imprese, come ad esempio, quelle bancarie che conoscono discipline speciali in tema di crisi), sì che anche in relazione alle imprese sotto soglia si prevedono solo peculiari “aggiustamenti” procedurali, con l’intervento significativo

---

<sup>2</sup> Così S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in questa Rivista, 23 agosto 2021.

dell'Organismo di composizione della crisi, non mutando la struttura negoziale e le relative fasi (v. art. 17).

Quello in oggetto non resta neppure un procedimento “*effimero*”, che sarebbe destinato ad avere breve vita sino al 31.12.2023, posto che è la stessa Relazione al D.L. e, poi, la stessa complessiva valutazione offerta dagli interpreti, a prevedere la (molto probabile) sostituzione di quell'ircocervo procedimentale di composizione della crisi innanzi all'OCRI, affetto da evidente burocratizzazione ed attinto da eccessivi tratti “amministrativi”<sup>3</sup>, con il nuovo strumento, sì che il conseguente rinvio dell'entrata in vigore del primo è dato “*per poter sperimentare l'efficienza e l'efficacia della composizione negoziata*” (una specie di sperimentazione “a futura memoria”).

Questa impostazione resta, però, in qualche modo contraddetta dalla possibilità, non esclusa, per l'imprenditore nei cui confronti già pende una procedura per la dichiarazione di fallimento o per la dichiarazione di insolvenza, di accedere alla composizione assistita (ciò determinando solo un maggiore rigore valutativo da parte dell'esperto nella fase preliminare nel riscontro della concreta prospettiva di risanamento, art. 5, comma 5). Vi è, ancora, che la legge di conversione ha previsto la preclusione all'accesso al procedimento in oggetto (art. 33, comma 2), laddove l'imprenditore già si sia avvalso dell'istanza per accedere ad un concordato preventivo (anche) prenotativo e all'omologazione di un accordo di ristrutturazione e/o alle previste misure di tutela del patrimonio: qui viene data prevalenza allo strumento di tipo processuale instato per il superamento della crisi, rispetto a quello contrattuale. Ancora una volta, questa opzione vale a confortare la peculiare caratteristica del procedimento negoziale in oggetto, individuando tratti di assoluta ed innovativa peculiarità, pur rilevando che sarebbe rimasta più coerente con l'intero impianto della disciplina, l'esclusione dell'imprenditore già attinto da una domanda per la dichiarazione di insolvenza o di fallimento. In tal caso, pur presentandosi l'opzione non sintonica rispetto ad alcune indicazioni provenienti dalla Direttiva UE 2019/2023, il legislatore nazionale avrebbe potuto meglio valorizzare la funzione anticipatrice della composizione negoziale in oggetto, dando così completa attuazione al considerando n. 24 della predetta Direttiva, a mente del quale “*è opportuno che i debitori, comprese le persone giuridiche e, ove previsto dal diritto nazionale, le persone fisiche e i gruppi di imprese, possano disporre di un quadro di ristrutturazione che consenta loro di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, quando sembra probabile che l'insolvenza*”

---

<sup>3</sup> Sulle criticità dell'istituto previsto dal CCII: N. ROCCO DI TORREPADULA, *La composizione stragiudiziale (assistita o negoziata) della crisi*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore*, cit., 108 ss.

*possa essere evitata e la sostenibilità dell'attività assicurata*". Questa scelta avrebbe non solo reso più coerente l'impianto sistematico della composizione negoziata (in sintonia con il *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, come specificato nel Decreto del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021), ma avrebbe impedito il (sempre) possibile ricorso abusivo e strumentale al procedimento da parte di imprese già in evidente stato di crisi, se non di vera e propria insolvenza (come sono quelle in cui il rilevante inadempimento delle obbligazioni già vale a configurare lo "stato" di cui all'art. 5 l. fall.). Proprio per questo, deve ritenersi rilevante quella fase preliminare in cui l'esperto, valutata la documentazione prodotta dall'imprenditore ed acquisite le ulteriori informazioni assunte anche dall'organo di controllo e dal revisore, ove in carica, è chiamato a rendere un giudizio sull'esistenza di una "*concreta prospettiva*" (e già il termine utilizzato manifesta la distanza dalla mera "possibilità") di risanamento dell'impresa.

Qui si manifesta un'ulteriore consapevolezza del legislatore: la natura contrattuale, riservata e stragiudiziale del percorso che conduce alla composizione in oggetto è imposta dalla riconosciuta insufficienza degli istituti del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione, quasi una presa d'atto, *per relationem*, della mancanza di concreta utilizzabilità che sembra caratterizzare gli istituti nel Codice della Crisi, laddove è stata smarrita quella pur debole prospettiva "liberale" che aveva caratterizzato le riforme del 2005-2007. In sostanza, viene certificato che gli strumenti tradizionali non sono idonei all'emersione anticipata della crisi, e, anzi, scoraggiano l'imprenditore dal far ricorso a procedure aventi natura prevalentemente giudiziaria. Si conferma, in tal modo, un diritto negoziale della crisi (affidato all'autonomia privata "assistita", con l'intervento dell'esperto) che si contrappone ideologicamente al diritto processualizzato della crisi, perché tale mi sembra essere quello previsto dal Codice e dal decreto correttivo 147/2020, se si pensa alla lenta e progressiva assimilazione del piano di risanamento all'accordo di ristrutturazione dei debiti, e, poi, di quest'ultimo al concordato preventivo, in ciò avvalorato anche da una giurisprudenza "interventista" sull'accordo di ristrutturazione dei debiti <sup>4</sup>.

Se queste sono le intrinseche novità dell'istituto resta evidente che lo stesso non può essere analizzato con gli "*occhiali*" utilizzati dagli interpreti per i più consolidati istituti presenti nella legge fallimentare. Anche il paventato possibile utilizzo abusivo del procedimento contrattuale in oggetto non può essere scrutinato, pure in sede giudiziaria in relazione alla conferma e/o concessione delle misure protettive del patrimonio

---

<sup>4</sup> Profili esaminati da L. PANZANI, *I limiti all'autonomia negoziale nella disciplina della crisi*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore*, a cura di S. AMBROSINI, *cit.*, 201 ss.

dell'impresa e degli altri provvedimenti cautelari, con il "metro" utilizzato dalla giurisprudenza in tema di concordato preventivo; né è possibile ricorrere a qualsiasi "filtro", preliminare ed ammissivo, delineato sulla (questa sì) tanto abusata "*causa concreta*" del concordato preventivo. Se una valutazione causale è possibile essa può appuntarsi solo ed esclusivamente sul possibile risultato finale, ovvero con riferimento al contratto privo di effetti nei confronti dei terzi idoneo ad assicurare la continuità aziendale (art. 17, comma 4, lett. a), ovvero sulla sua "tenuta" laddove venga introdotta una domanda finalizzata alla dichiarazione di insolvenza o di fallimento (liquidazione giudiziale). Pure in questo caso, però, la valutazione del Tribunale resterebbe fortemente incisa dall'esito del procedimento di composizione negoziata: si tratterebbe di valutare non già la probabile e dedotta insolvenza in sé, quanto la rilevanza che il contratto così raggiunto conserva sull'utile proseguimento dell'attività di impresa ("continuità aziendale"). In questa ipotesi, il contratto parrebbe sottratto a qualsiasi valutazione, posto che sicuramente il Giudice non può intervenire sul merito dell'accordo, e qui la stessa idoneità della "causa" sarebbe dipendente dal procedimento negoziata assistito che ha consentito di perseguire e raggiungere gli obiettivi voluti dal legislatore. Il legame tra lo svolgimento del procedimento negoziata e le misure protettive richieste al Tribunale (art. 6) non può caratterizzarsi in termini di dipendenza del primo dalla mancata concessione delle misure richieste: in sostanza, la valutazione negativa che il Tribunale offre delle istanze cautelari e protettive del patrimonio non conserva un automatico effetto elidente per la continuazione delle "trattative assistite" tra il debitore e i creditori (ciò restando rilevante solo allorquando la negazione delle misure potrebbe incidere, in modo determinante, sull'esito stesso del procedimento negoziata, ma ciò resta affidato alla sola valutazione dell'esperto). Non credo, inoltre, che il Tribunale, laddove interessato da una domanda per la dichiarazione di fallimento e di insolvenza, possa procedere, in via preliminare, ad una valutazione sull'ammissibilità dell'istanza di accesso alla composizione assistita né sulle sue concrete possibilità di sviluppo (ancora una volta si tratta di materia completamente affidata all'esperto). Sul tema soccorre il chiaro disposto del comma 4° dell'art. 6, a mente del quale: "*Dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o l'accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata*". Ciò consente di ripetere – in una prima valutazione – le indicazioni offerte dalla giurisprudenza in tema di contemporanea pendenza di una domanda di concordato preventivo e di istanza per la dichiarazione di fallimento (pur rappresentando, nuovamente, che nel caso di specie resta ancora più

accentuata la diversità ontologica tra il procedimento in oggetto e qualsiasi iniziativa di superamento della crisi sottoposta a controllo giudiziario).

Si è già detto che la finalità del nuovo istituto resta quello di salvaguardare la continuazione dell'attività dell'impresa, e ciò anche nella forma definita "indiretta". E' stato detto che se è vero che la composizione negoziata è stata introdotta essenzialmente per offrire un percorso agile per il superamento degli squilibri nei quali è incorsa l'impresa, non è meno vero che l'accordo possa comportare l'adozione di un piano condiviso per la liquidazione del patrimonio aziendale, con l'ovvio abbandono della continuità<sup>5</sup>. Ora, a parte ogni valutazione sul concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (art. 18), che rappresenta l'ultima "spiaggia", quella prevista laddove tutti i tentativi, variamente articolati nella legge, siano risultati inutili, è vero che lo stesso art. 2, comma 2, prevede che le trattative possano condurre ad una qualsiasi soluzione per il superamento delle condizioni previste dal primo comma dello stesso articolo, "*anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa*". Vi è, però, che pure tale trasferimento, che tra l'altro deve essere autorizzato dal tribunale (art. 10, comma 1, lett. d)) il quale è chiamato – non a caso – a dettare le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti, impone la preventiva verifica della funzionalità dell'atto rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori (sempre art. 10, comma 1). Orbene, il dato imprescindibile della continuità aziendale costituisce un indubbio criterio ispiratore della disciplina in commento, non solo per la prosecuzione delle trattative, ma pure in vista del risultato finale al quale le stesse devono pervenire (ivi compresa la cessione dell'azienda o di rami della stessa).

A conclusione di queste frammentarie considerazioni, deve ripetersi quanto già ritenuto nel dibattito dottrinale: si tratta di maturare una concezione ed una funzione (assolutamente preventiva) della composizione negoziata della crisi, non solo da parte degli interpreti – sperando di non trovarsi di fronte ad un orientamento della giurisprudenza sostanzialmente abrasivo delle importanti novità legislative – ma soprattutto degli imprenditori. Cui è offerto un utile strumento, che non "guarda" al passato di esperienze ritenute non efficienti o sufficienti a risolvere o prevenire le crisi, ma al futuro.

---

<sup>5</sup> Così: A. JORIO, *Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, in *questa Rivista*, 1° dicembre 2021.