

QUALCHE ULTERIORE CONSIDERAZIONE SUL D.L. 118/2021, E ORA SULLA LEGGE 21 OTTOBRE 2021, N. 147*

ALBERTO JORIO

SOMMARIO. 1. Il presupposto oggettivo della composizione negoziata: un opportuno chiarimento. – 2. Le misure protettive: i poteri del giudice nella composizione negoziata. – 3. I poteri del giudice nel concordato liquidatorio semplificato. – 4. Conclusioni.

1. Il presupposto oggettivo della composizione negoziata: un opportuno chiarimento

Ho già avuto modo di esprimere il mio apprezzamento, con qualche marginale rilievo, sulle linee portanti del decreto 118/2021, confermate dalla legge di conversione¹. I contributi di approfondimento via via pubblicati nelle scorse settimane e soprattutto l'esposizione svolta da due tra i più autorevoli componenti della commissione Pagni² mi inducono a qualche ulteriore considerazione, con l'ovvia avvertenza che si tratterà di osservazioni svolte con un'ottica giuridica, l'unica che d'altronde mi compete, in un campo sempre più permeato da nozioni e prospettive aziendalistiche³.

*Il presente contributo è destinato a costituire l'introduzione a un volume sulla "miniriforma".

¹ JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, saggio dedicato agli studi in onore di Sabino Fortunato, e ora in *Diritto della crisi.it*, 1° ottobre 2021.

² PAGNI – FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Diritto della crisi.it*, 2 novembre 2021

³ Per valutazioni, al tempo stesso critiche, parzialmente consenzienti e comunque propositive, cfr. BASTIA, *Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata della crisi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 4 novembre 2021; sulle quali RANALLI, *Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte*, in *Diritto della crisi.it*, 26 novembre 2021.

Anzitutto una puntualizzazione sul presupposto oggettivo della composizione negoziata. Qui si possono constatare due cose: la prima, peraltro ormai ben nota ed enfatizzata dal Decreto 118, sta nel chiaro intento del novello legislatore di spingere l'imprenditore ad attivarsi sin dai primi accenni di squilibrio in un percorso di composizione e superamento delle difficoltà, percorso che passa attraverso l'assistenza degli *advisors*, non più (vivaddio!) lasciati fuori dalla porta e la presenza "attiva" dell'esperto⁴. Una prospettiva, questa, che presuppone nell'imprenditore e nei suoi controllori costante attenzione agli assetti adeguati, immediata reazione all'accendersi di una qualsiasi luce rossa di pericolo, pronta determinazione ad incamminarsi sui binari tracciati dal decreto dirigenziale per risolvere problemi che per la più parte, stante proprio la tempestività dell'intervento, saranno destinati a trovare positiva soluzione, con indubbio vantaggio per la continuità aziendale e per le attese dei creditori⁵.

⁴ "L'esperto della composizione negoziata non deve essere solo indipendente, anche intellettualmente, ma è chiamato ad operare con imparzialità e indipendenza (co. 2 dell'art. 4). Muovendo dal dettato della norma il protocollo delinea con efficacia al punto 8.2 il significato dell'operare con imparzialità: *l'esperto è terzo a tutte le parti, imprenditore compreso. Non lo assiste, né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare accordi. Coadiuvando le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna.* Estremamente chiare sono anche le parole della Relazione ministeriale: *egli non ha lo scopo e la funzione di sostituire l'imprenditore nel dialogo con i suoi creditori o con altre parti interessate ma serve a dare credibilità alla posizione dell'impresa ed a assicurare i creditori e le altre parti interessate.* L'equidistanza rispetto alle parti è il presupposto necessario per assicurare *l'equilibrio tra i sacrifici richiesti alle singole parti, in modo quanto più possibile proporzionato al grado di esposizione al rischio di ciascuna di esse e alle utilità loro derivanti dalla continuazione aziendale dell'impresa* (punto 9.2 del protocollo)" (così RANALLI, *Il comportamento dell'imprenditore e il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, di prossima pubblicazione su *Il Fallimento*, 2021). E cfr. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Diritto della crisi.it*, 28 settembre 2021, per analogie (e differenze) con il *mandataire ad hoc* francese. Il riferimento a questa figura del diritto francese mi era già apparso opportuno allorché cercavo di indicare il contenuto dell'intervento dell'OCRI: "A mio avviso" – scrivevo – "dovrebbero prevalere le caratteristiche del *mandataire ad hoc* e sarebbe stato preferibile prevedere che l'attività del collegio si arrestasse in ogni caso con la verifica dell'impossibilità di una soluzione stragiudiziale, lasciando alle parti, debitore e creditori, le determinazioni sulle successive iniziative ritenute opportune" (JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 427), soluzione, questa, opportunamente ripresa dal Decreto 118.

⁵ In altri termini, "Nel delineare i presupposti della composizione, il decreto legge ha voluto innanzi tutto valorizzare, nella logica dell'allerta precoce, la rilevanza di un fenomeno molto diffuso e fino ad oggi trascurato, quello della 'pre-crisi', quando cioè i bagliori del profitto lasciano il passo al crepuscolo dell'impresa e, pur in una situazione di apparente normalità dei flussi e dei pagamenti, l'attività si sta avviando su un piano inclinato che richiede, per una inversione di rotta, un cambio di passo e una interlocuzione

Se la mente va indietro di neppur molto tempo a quei lunghi anni nei quali di prevenzione non si voleva neanche sentir parlare ed ove, anzi, i timidi accenni a strumenti di *early warning*⁶ erano visti come fumo negli occhi sia dagli imprenditori sia dagli studiosi c'è veramente di che rallegrarsi, ma anche, per la verità, di restare un po' dubbiosi. Dicono bene Pagni e Fabiani: "Siamo peraltro consapevoli che, soprattutto nei primi tempi, l'imprenditore presenterà più frequentemente l'istanza di nomina dell'esperto quando versi in una situazione di crisi assai prossima all'insolvenza". Quanto siano lunghi questi "primi tempi" non è dato sapere; dipende anche dal nuovo clima che a poco a poco riuscirà (se ci riuscirà) a crearsi attorno e all'interno delle imprese, influenzato anche da una nuova considerazione dei valori che si sia diffusa nella società tutta, ove i principi della serietà, imprenditoriale e non, prevalgano su quelli della furbizia e della disonestà, ove il rispetto delle leggi non sia più considerato un peso, e ove, per dirla con schiettezza, i comportamenti diffusi anche nel ceto imprenditoriale abbiano avvicinato il nostro paese a quelli delle nazioni più virtuose.

con i creditori o altri soggetti coinvolti: ciò ad evitare che l'imprenditore non sappia riorganizzarsi in modo profittevole e la prosecuzione dell'attività sia destinata presto a bruciare ricchezza"(così PAGNI – FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit, 17). Quindi la "probabilità di crisi" consiste in "una fase di indebolimento dell'azienda o pre-crisi, con avvisaglie emergenti lungo la catena del valore dell'impresa e con segnali anche non espressi da grandezze monetarie e da evidenze in bilancio, ma risalenti, nella concatenazione mezzo-fine, a disfunzioni gestionali organizzative interne e a criticità relazionali esterne significative (reclami, resi, perdite di clienti)": così BASTIA, *Prime considerazioni*, cit., con evidente sintonia, almeno sotto questo profilo, tra diritto e scienze aziendalistiche.

⁶Mi si consenta di rinviare ad alcuni miei scritti sull'argomento: *Salvataggio o liquidazione delle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 451 ss., ripreso in *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in IUDICA – ZATTI (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 2000, *Introduzione*; *Le procedure concorsuali tra tutela del credito e salvaguardia dei complessi produttivi*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 492 ss. E v. anche JORIO, *Introduzione a Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio e coordinato da Fabiani, Bologna – Roma, 2006, I, 17 ss., nonché, più recentemente, *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in JORIO e SASSANI (diretto da), *Trattato delle procedure concorsuali*, Vol. I°, Milano, 2014, 95 ss. Il trascorrere degli anni mi rende sentimentalmente ancor più caro il ricordo del primo tentativo di riforma delle procedure concorsuali del quale mi sono occupato, attento alle indicazioni provenienti dalle legislazioni statunitense e francese, e costruito, nell'ambito dei collaboratori della Rivista *Giurisprudenza commerciale*, dal compianto Edoardo Ricci, da Alberto Maffei Alberti e dal sottoscritto. L'elaborato, che si può leggere in *Giur. comm.*, 2000, I, 5 ss., indicava i possibili contenuti di una legge delega di radicale riforma della legge fallimentare del '42, che sarebbero stati poi ripresi dalla riforma del 2005 – 2006, parzialmente rimasti nella riforma varata dalla commissione Rordorf e nei provvedimenti successivi, per poi costituire patrimonio consolidato di ogni moderna configurazione delle procedure concorsuali.

Ma veniamo alla seconda cosa: la composizione negoziata sarà possibile anche per l'imprenditore divenuto insolvente!

Il Decreto 118 e la legge di conversione 147/2021 hanno un atteggiamento ancora timido sul punto, quasi intimorito dal rischio di porsi in contrasto con i precetti della Direttiva dell'Unione. Ed è così che l'art. 2 del decreto 118/2021 menziona quale presupposto per la fruizione delle nuove disposizioni le "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che ne rendono probabile la crisi [quindi *twilight zone*] o l'insolvenza [quindi stato di crisi]". Ma l'art. 9 del Decreto 118, come opportunamente modificato dalla legge di conversione, avverte che "Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente, ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori". Una interpretazione restrittiva delle due disposizioni indurrebbe a ritenere che l'accesso alla composizione negoziata resti concesso soltanto all'imprenditore in crisi o in pre-crisi, e che l'insolvenza eventualmente manifestatasi nel corso del processo già avviato non valga a precludere la conclusione di detto processo. Ma sarebbe, questa, un'interpretazione errata, e giustamente rifiutata dagli interpreti⁷: lo stato di insolvenza non preclude né la prosecuzione né l'avvio della composizione assistita, così come, a mio fermo avviso, non deve (o forse si potrebbe dire "non doveva") precludere il ricorso alla procedura innanzi all'OCRI. Tutto sta nell'intendersi sulla corretta interpretazione del concetto di insolvenza reversibile: l'imprenditore è insolvente allorché non è in grado, con le proprie forze (comprehensive della capacità di ottenere credito in modo corretto), di far fronte alle obbligazioni correnti in modo puntuale e regolare. Se tuttavia sussistono fondate prospettive di un accordo con i

⁷ PAGNI – FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, cit., 18: "La composizione negoziata, come chiarisce anche la modifica dell'art. 9 che menziona l'insolvenza reversibile, non impedisce l'accesso all'imprenditore insolvente, ma, come si spiega bene nel decreto dirigenziale, si regge sull'idea che la sua funzione sia quella di verificare la perseguibilità del risanamento attraverso le trattative". E cfr. anche AMBROSINI, *La legge n.147/2021 di conversione del D. L. N. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 26 ottobre 2021: "Ne deriva che resta invariato il presupposto oggettivo della composizione negoziata, consistente – secondo l'opinione affacciata da subito sulle colonne di questa Rivista e successivamente anche altrove – nello stato di crisi, in quello di insolvenza reversibile o nella probabilità del loro imminente inverarsi. E l'opzione "conservativa" adottata in sede di conversione va accolta, ad avviso di chi scrive, con favore, in quanto risulta coerente con l'intenzione di dotare il nuovo istituto di uno spettro applicativo ampio". Analogamente, per l'ammissibilità del ricorso al nuovo strumento anche in caso di insolvenza, GUIDOTTI, *Presupposti "interni" ed "esterni" della composizione negoziata della crisi d'impresa ed avvio del procedimento*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2021, 1623.

creditori che valga a consentire il pagamento dei debiti nella misura ridotta e con i tempi concordati, l'insolvenza può ritenersi reversibile⁸.

Il recupero della continuità aziendale può essere uno degli obiettivi e, al tempo stesso, un mezzo per superare lo stato di insolvenza, ma l'uscita da una condizione di insolvenza potrebbe intervenire anche attraverso una liquidazione controllata o il trasferimento dell'azienda a terzi⁹. In altri termini: se è vero che la composizione negoziata è stata costruita essenzialmente per offrire un percorso agile verso il superamento degli squilibri, gravi o meno gravi, nei quali è caduta l'impresa, non è men vero che l'accordo possa comportare l'adozione di un piano condiviso per la liquidazione del patrimonio aziendale, con l'ovvio abbandono della continuità aziendale.

2. Le misure protettive: i poteri giudiziali nella composizione negoziata.

L'accesso alla composizione negoziata dipende esclusivamente dalla determinazione dell'imprenditore. È comprensibile che sia così, una volta preso atto che il sistema dell'allerta è impostato sull'attribuzione della particolare attenzione alla *twilight zone*, ma non si può tacere che se il

⁸ “Come chiaramente traspare dalla Relazione illustrativa, non è uno stato di insolvenza a rendere impraticabile l'impiego della composizione negoziata ma la sua reversibilità nell'ottica del risanamento dell'impresa. Vi è però un momento in cui l'insolvenza assume carattere di irreversibilità ed è il momento in cui viene constatato che le risorse occorrenti per rendere sostenibile il debito, comprese quelle messe a disposizione dai creditori attraverso il riconoscimento di stralci o di conversione in *equity*, non possano conseguire un ritorno adeguato che tenga conto del costo del rischio che si assume colui che le mette a disposizione (il c.d. ‘premio per il rischio’): così RANALLI, *Il comportamento dell'imprenditore*, cit.

La diffusa convinzione che il concetto di insolvenza reversibile sia utilizzabile per definire il presupposto della procedura di amministrazione straordinaria è evidente frutto di un errore concettuale: non si può ritenere reversibile un'insolvenza che trovi la sua soluzione nella cessione dell'attivo a qualsiasi prezzo purché compatibile con la prospettiva del recupero della continuità aziendale per la parte del complesso produttivo ceduta e nella totale pretermissione delle attese dei creditori, impediti per di più dalla possibilità di esprimere in alcun modo la loro volontà. Sul tema v., per tutti, MEO, *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, 2013, *passim*. Giustamente avverte ancora Ranalli, *op. cit.*: “sono assai remote le probabilità che l'insolvenza sia reversibile, indipendentemente dalle scelte dei creditori, se si sia in presenza: (i) di una continuità aziendale che distrugge risorse, (ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse, (iii) dell'assenza di valore del compendio aziendale”. Ma in tal caso, se l'imprenditore è una società, la delibera di scioglimento e di messa in liquidazione consentirà l'utilizzo del tempo necessario per la liquidazione del patrimonio, purché con tempi ragionevoli, per il pagamento integrale dei debiti”.

⁹ Mi sia consentito di rinviare alle osservazioni svolte in *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Dir. fall.*, 2019, 290.

Decreto 118 dovesse restare l'unica disciplina dell'allerta si creerebbe un punto di debolezza per le opportunità di una efficace attivazione della prevenzione, con una sorta di pericolosa eterogenesi dei fini: la volontà del legislatore di favorire la prevenzione costruendo uno strumento affidato all'esclusiva iniziativa dell'imprenditore rischierebbe di mantenere i cancelli aperti a comportamenti non virtuosi, non più contrastati né dall'allerta esterna all'impresa né dall'autonoma iniziativa dei controllori interni. La funzione di monitoraggio e di stimolo dei controllori, sindaci e revisore, verso l'imprenditore per attivarsi tempestivamente resterà essenziale, ma a mio avviso non sufficiente. Qui sta, e non posso che ripetermi, una criticità di questo nuovo percorso agevolato, stemperata in modo, a mio avviso, insufficiente dalle misure premiali previste dal secondo comma dell'art. 15 del Decreto 118 a favore dei controllori dell'impresa che abbiano segnalato ai gestori la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'art. 2. Non è poi dato sapere quale sarà il risultato, nel 2024, di un eventuale assemblaggio dei due percorsi: quello del CCII e quello del Decreto 118, salvo assumere sin d'ora che, seppure non ammesso esplicitamente, la regolazione dell'allerta attraverso l'OCRI debba considerarsi ormai definitivamente, e senza rimpianti, eliminata¹⁰.

Prendiamo comunque atto che almeno nel prossimo futuro, e sino al 2024, l'iniziativa sarà esclusivamente nelle mani dell'imprenditore, e vediamo quali ne siano le conseguenze.

Emerge immediatamente – ed è un bene - una differenza notevole rispetto al percorso tracciato dal CCII: l'imprenditore deve esporre subito, con l'inserimento della domanda sulla piattaforma, una serie cospicua di dati riguardanti lo stato dell'impresa e il presumibile fondamento delle prospettive raggiungibili, che indicano un atteggiamento proattivo dell'imprenditore verso la positiva conclusione della strada iniziata, favorito dall'assistenza dei suoi professionisti. Un atteggiamento e un impegno assai meno delineati dal CCII nell'approccio all'OCRI.

¹⁰ Per AMBROSINI, *Doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del Codice della Crisi e della "miniriforma" del 2021*, novembre 2021, in *Dirittobancario.it*, 11 novembre 2021, "sembra arduo immaginare che l'introduzione della composizione negoziata sia compatibile con il mantenimento dello status quo normativo in tema di misure di allerta anche alla luce delle criticità che tale istituto presenta in relazione al controllo giudiziario. Tuttavia, la definitiva archiviazione di queste ultime potrebbe forse risultare di dubbia opportunità, anche se parrebbe necessaria, in prospettiva, una loro profonda "riconfigurazione", a partire dal presupposto stesso dell'istituto: non più, in ipotesi, strumento per far emergere tempestivamente lo stato di crisi (obiettivo, questo, affidato nel nuovo assetto a strumenti più soft), bensì per impedire l'aggravamento della condizione di conclamata insolvenza dell'impresa".

Ipotizziamo di essere nella *twilight zone*: in questa fase di crisi incipiente è presumibile che l'impresa non abbia necessità delle misure protettive, la cui pubblicità potrebbe anzi determinare effetti addirittura controproducenti per l'impresa. Ma anche, ed anzi ancor maggiormente, nell'ipotesi in cui l'iniziativa per l'accesso alla composizione negoziata avvenga in situazioni di crisi o addirittura di insolvenza reversibile ed ove, quindi, il processo di composizione debba avvenire sotto l'ombrello protettivo del giudice, chiamato a confermare o a modificare *l'automatic stay*¹¹, il Decreto 118 prescrive che l'imprenditore esponga nel ricorso al giudice, tra gli altri documenti, una approfondita e convincente rappresentazione della propria situazione patrimoniale e finanziaria, un piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare, oltre ad una dichiarazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata. Ricorso e documentazione devono essere depositati per la pubblicazione nel registro delle imprese entro trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive, in un tempo, quindi, che dovrà aver già consentito all'esperto che si sia attivato velocemente di valutare la situazione e di essere in grado di apportare il suo contributo costruttivo. Tutto ciò sta a significare che l'imprenditore, adeguatamente assistito dai suoi *advisors*, deve presentarsi al giudice con un bagaglio di approfondimento sulle prospettive di superamento delle difficoltà ben delineato, e in gran parte già costruito al momento dell'istanza di nomina dell'esperto qualora necessiti che l'ombrello protettivo, apertosi immediatamente, continui a proteggerlo.

Ma significa anche che il giudice non vede affatto diminuiti i propri poteri di indagine e di valutazione della serietà della richiesta, e quindi del fondamento delle prospettive di superamento delle difficoltà dell'impresa, si tratti vuoi di crisi vuoi di insolvenza reversibile. Poteri che possono essere esercitati anche, ove occorra, con la nomina di un ausiliario e che

¹¹ Sulla funzione delle misure protettive non si può che condividere quanto illustrato da PAGNI e FABIANI, *La transizione del codice della crisi*, cit., 10: "La protezione del patrimonio [...] è finalizzata unicamente a cristallizzare la situazione esistente al momento in cui le trattative vengono avviate, evitando la corsa alla costituzione di posizioni privilegiate, senza impedire invece i pagamenti spontanei che – purché coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento – consentono di evitare pregiudizi a cascata per i creditori.

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

consentono al tribunale in ogni momento, seppure non di ufficio, di revocare le misure protettive o di abbreviarne la durata quando le stesse non soddisfino, o non soddisfino più, l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori. E se si riflette sul fatto che, almeno nei prossimi anni a venire, le misure protettive saranno destinate a costituire una componente indispensabile della gran parte dei procedimenti di composizione negoziata, richiesti dall'imprenditore già in piena crisi o addirittura in stato di insolvenza ancorché ritenuta reversibile, si arguisce facilmente il peso determinante della decisione del tribunale. E qui merita ribadirlo: l'arma delle misure protettive (più rilevante di quella riguardante le misure cautelari¹²) non deve affatto trasformarsi in un'arma ...spuntata. Le chances di successo delle composizioni negoziate sono rimesse nell'uso adeguato di uno strumento del quale i giudici potranno e dovranno fare buon uso. Ma è impressionante l'intensità del potere rimesso nelle mani del giudice se si pensa alla previsione che il solo astenersi, da parte del tribunale, dalla fissazione dell'udienza di cui al terzo comma dell'art. 7 comporti la caducazione delle misure protettive. Ed ugualmente dicasi con riferimento alle autorizzazioni previste dall'art. 10: il tribunale verifica la funzionalità degli atti per i quali è richiesta l'autorizzazione "rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori": una verifica che presuppone la piena conoscenza delle condizioni patrimoniali, economiche e finanziarie dell'impresa.

Un' ulteriore occasione nella quale il potere di intervento giudiziale si rivela determinante al fine di ricondurre a più comprensibili dimensioni l'autonomia dell'imprenditore nella gestione ordinaria e straordinaria ricorre allorché venga segnalato dall'esperto al tribunale il compimento da parte dell'imprenditore di un atto recante pregiudizio ai creditori e sul quale l'esperto abbia manifestato il proprio dissenso: in tal caso il tribunale, rimasto eventualmente estraneo alla vita dell'impresa sin dal momento nel quale si è pronunciato sulle misure protettive (e cautelari), può intervenire a togliere, o a limitare l'ombrello protettivo, provocando le intuibili conseguenze presso almeno una parte del ceto creditorio, sufficiente quanto meno a distendere uno spesso velo di incertezza sulle sorti dell'intera composizione negoziata, se non addirittura a comprometterne la continuazione a causa delle iniziative autonome dei creditori estranei alla trattativa.

Insomma: le premesse per la partecipazione del giudice, assunta come determinante negli snodi centrali del procedimento, ci sono tutte. Si tratterà

¹² Sulle quali v. GUERRERA, *Le misure cautelari in fase di accesso della società alle procedure di crisi o d'insolvenza: profili critici di diritto societario e processuale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2021, I, 251 ss.

di vedere come l'importante funzione verrà interpretata e applicata "sul campo"! E qui si annida un forte rischio: che i giudici, o almeno una parte consistente e con motivazioni diverse, riguardanti vuoi un presunto declassamento vuoi un presunto prevalere degli aspetti aziendalistici, rinuncino a svolgere appieno il loro ruolo e interpretino la conferma delle misure protettive come una sorta di atto dovuto, indispensabile per consentire lo sviluppo della trattativa avviata tra debitore e creditori, con la riserva di valutare al termine le considerazioni dell'esperto, da essi non nominato. Si riprodurrebbe, in sostanza, lo schema vigente per il concordato preventivo. Questo rischio potrebbe essere attutito con la specializzazione dei giudici, obiettivo, peraltro, sempre auspicato e purtroppo mai raggiunto.

Qualche perplessità dovrebbe invece suscitare l'eventualità, ritenuta peraltro pacificamente possibile¹³, che nonostante l'*iter* avviato per la composizione negoziata ed in ogni momento possa iniziare e possa svolgersi sino alle soglie della pronuncia giudiziale il procedimento per la dichiarazione di fallimento (o di liquidazione giudiziale). È questo, come è noto, un tema che si è posto anche in relazione alla procedura innanzi all'OCRI, con una risposta che, seppur ancor più comprensibile in ragione della struttura volontaria e stragiudiziale della composizione negoziata, è destinata a creare non poco inconveniente nella svolgimento di una buona parte delle procedure negoziate, quelle, appunto, destinate a svolgersi in presenza di grave crisi o di insolvenza. A mio avviso sarebbe stato opportuno proteggere maggiormente il percorso negoziale dalle influenze negative di un procedimento giudiziale di tale portata, destinato a svolgersi addirittura davanti allo stesso giudice¹⁴.

¹³ Ed anzi, avvertono PAGNI e FABIANI, *op. cit.*, 10, "Alle iniziative dei creditori, si può accompagnare, quando l'imprenditore versi in stato di insolvenza, la trasmissione della *notitia decoctionis* dal tribunale al pubblico ministero ai sensi dell'art. 7 l.fall., recuperandosi così anche l'iniziativa pubblica. Anche se si deve auspicare che, a regime, ciò accada in casi marginali se il percorso verrà avviato, in futuro, come si spera, da imprenditori non ancora insolventi".

¹⁴ L'art. 22, c. 2°, del CCII dispone(va) che "Il pubblico ministero, quando ritiene fondata la notizia dell'insolvenza, esercita tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, l'iniziativa di cui all'art. 38, comma 1". Questa seconda disposizione a sua volta dispone(va) che "Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza". Nel mio *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, cit. 421, scrivevo: "È ben vero che, in presenza dell'insolvenza, il pubblico ministero potrebbe promuovere la richiesta di apertura della procedura di liquidazione giudiziale, contrastabile allo stato e anche secondo il futuro Codice della crisi e dell'insolvenza, dalla richiesta di accesso ad una soluzione di accordo omologato (concordato preventivo o accordo di ristrutturazione dei debiti), ma nulla impedirebbe di prevedere che l'iniziativa del PM sia preclusa anche dal positivo avvio di una soluzione stragiudiziale". Ora l'art. 6, comma 4, del Decreto 118 dispone che "Dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui

I momenti nei quali emerge la rilevanza dell'intervento giudiziale sono poi descritti dall'art. 10 del Decreto 118: l'autorizzazione del tribunale è necessaria affinché l'imprenditore, che pur è legittimato agli atti di straordinario amministrazione, possa contrarre finanziamenti prededucibili, anche da parte dei soci, possa trasferire l'azienda senza gli effetti di cui all'art. 2560, 2° comma, cod. civ.¹⁵, ed ancor più emerge la sua funzione proattiva per il buon esito della composizione negoziata nell'equa rideterminazione delle condizioni dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ove la prestazione sia divenuta (per l'imprenditore in crisi) eccessivamente onerosa per effetto della pandemia¹⁶.

3. I poteri del giudice nel concordato liquidatorio semplificato

L'art. 18 del Decreto 118, parzialmente riformato dalla legge di conversione¹⁷, condiziona l'accesso al concordato semplificato al rilascio

al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata". Se ne desume che "la composizione negoziata della crisi è protetta anche dalle istanze di fallimento" (così DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel D.L.118/2021*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 17 novembre 2021). Il che è solo parzialmente vero, perché se finalmente si riconosce allo svolgimento del procedimento di composizione negoziata valenza preclusiva di una dichiarazione di fallimento, non viene esclusa la procedibilità dell'istruttoria per la dichiarazione di fallimento, con i rischi di interferenze sopra paventati.

¹⁵ Sull'inserimento introdotto nell'art. 10, c.1, lett. d) del decreto 118/2021 dalla legge di conversione, che consente al tribunale di "dettare le misure opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate [ulteriori, quindi rispetto a quella dei creditori] al fine di tutelare gli interessi coinvolti", e sulla considerazione che questo allargamento di prospettiva riguardi non soltanto il migliore interesse dei creditori, realizzabile attraverso percorsi competitivi, ma anche le attese dei soggetti coinvolti dalla crisi dell'impresa, e in particolare quelle dei lavoratori, in sintonia con le sollecitazioni della Direttiva *Insolvency*, v. ora D'ATTORRE, *Il trasferimento dell'azienda nella composizione negoziata*, in *Diritto della crisi.it*, 5 novembre 2021, 9 ss.

¹⁶ E quindi, "Il giudice è certamente estraneo alla composizione negoziata perché non la dirige e non ha poteri autoritativi nei confronti né dell'esperto né delle altre parti coinvolte. Non è evidentemente un osservatore, cui spettino compiti di monitoraggio e vigilanza. Gli sono invece attribuiti specifici poteri di garanzia, che senza incidere direttamente sulla composizione negoziata, consentono e impediscono di fatto che possano essere utilmente compiuti gli atti chiave: l'accesso ai finanziamenti per i quali la prededuzione è vitale, la cessione di azienda, la rinegoziazione dei contratti pendenti" (PANZANI, *Il ruolo del giudice nella fase negoziata della crisi*, in *La crisi d'impresa*, a cura di M. POLLIO, in *Italia Oggi, Guida giuridica*, 25 ottobre 2021, 129).

¹⁷ Sulle modifiche apportate dalla legge di conversione al Decreto 118 sul concordato semplificato cfr. AMBROSINI, *La legge n.147/2021 di conversione del D. L. N. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, cit.; BOZZA, *Le modifiche apportate dalla legge di conversione del d.l.n.118/2021 al concordato semplificato*, in *Diritto della crisi.it*, 4

di una dichiarazione, da parte dell'esperto, che le trattative si siano svolte con correttezza e buona fede. Ciò significa che a) il concordato liquidatorio semplificato è disponibile esclusivamente da parte dell'imprenditore che abbia iniziato e percorso virtuosamente la via segnata dal procedimento di composizione negoziata; b) l'esperto abbia valutato inizialmente l'esistenza di una crisi più o meno grave, avente possibilità di essere superata con un accordo tra debitore e creditori, c) l'accordo non sia stato raggiunto a causa di divergenze non superate tra le posizioni dell'imprenditore e quelle dei creditori¹⁸; d) la soluzione concordataria non sia deteriore per i creditori rispetto a quella della liquidazione fallimentare. Quindi, presumibilmente, il concordato semplificato è destinato a costituire la soluzione residuale, per l'imprenditore insolvente, rispetto alle altre soluzioni previste dalla legge fallimentare e dal CCII: il trasferimento dell'azienda a terzi è consentito dall'art.13 anche in presenza di un'offerta ai creditori che non rispetti le condizioni minime del concordato liquidatorio previste dalla legge fallimentare e dal CCII; le attese dei creditori sono tenute in conto nella misura in cui non si intravedano sul mercato soluzioni migliori; la procedura liquidatoria coinvolge tutto il patrimonio del debitore e si presuppone che avvenga in termini più rapidi e semplici di quelli previsti da un fallimento; il comportamento del debitore non deve aver dato luogo all'applicazione dell'art. 173 l. fall. ¹⁹.

novembre 2021, ove notazioni critiche su dette novità (superfluità della lett. b dell'art. 11, comma 3; estraneità delle aggiunte introdotte nell'art. 19), ma anche con alcuni apprezzamenti (sui commi primo, terzo e quartodell'art.18).

¹⁸ E non perché l'esperto avesse rilevato, ad un certo punto, l'insussistenza delle condizioni minime, perché in tal caso si sarebbe dovuta escludere la sussistenza della correttezza e della buona fede nella rappresentazione delle condizioni reali dell'impresa da parte dell'imprenditore.

¹⁹ È facile pronosticare – almeno nella stragrande maggioranza dei casi – una proposta che prospetti quale sarà la percentuale di soddisfacimento dei creditori e la relativa tempistica, atteso che l'art. 186 l.fall. – espressamente applicabile anche al semplificato – stabilisce ancora oggi che il concordato può essere risolto per inadempimento di non scarsa importanza: e allora, bisogna convenire che perché una proposta si possa definire tale, ci vuole un'offerta, che indichi tempi e modalità di adempimento al ceto creditorio, ovviamente senza necessità che si tratti di denaro sonante, essendo possibile offrire qualsiasi "utilità" (FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, in *Diritto della crisi.it*, 11 novembre 2021, 7, per il quale "Il pendolo della percentuale di soddisfacimento dei chirografari nell'anno 2021 è quindi sottoposto ad una nuova oscillazione: si è partiti nel '42' con la percentuale del 40%, per azzerare qualsiasi soglia nel 2005 con il d.l. n. 35 del 2005 e, poi, con il d.l. n. 83 del 2015 elevare la soglia al 20%, per tutti i concordati che non fossero in continuità aziendale; infine, dopo il tentativo – per ora rimasto sulla carta – del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, di imporre al debitore non solo il pagamento del 20% dei chirografari, ma anche di apportare risorse aggiuntive nella misura del 10% [16], ecco che oggi assistiamo di nuovo alla cancellazione di qualsivoglia soglia legale minima di gratificazione per i creditori".

Qui emerge di nuovo l'ampio potere del Tribunale²⁰, il quale dovrà anzitutto valutare, fruendo eventualmente anche di indagine affidata all'ausiliario, se effettivamente le trattative in sede di composizione negoziata siano state condotte con correttezza e buona fede, non essendo condivisibile un'interpretazione riduttiva dell'art. 18 che limiti la funzione giudiziale al mero recepimento della dichiarazione dell'esperto sul corretto svolgimento delle trattative. E si appalesano con tutta evidenza sia la distinzione di "poteri" tra ceto creditorio e autorità giudiziaria sia la funzione tipica di questo particolare concordato. Sul primo aspetto, l'assenza del voto per i creditori e la sola possibilità di proporre opposizione all'omologazione certificano la posizione subalterna del ceto creditorio. Sul secondo aspetto, risulta chiaro che la soluzione concordataria è tenuta in conto ed ammessa dal giudice nella misura in cui si prospetti meno costosa e più rapida della liquidazione fallimentare, e sempre che l'imprenditore, dopo aver effettuato con modalità "virtuose" il percorso della composizione negoziata, rispetti le condizioni essenziali della soluzione concordataria (trattamento dei creditori privilegiati, soddisfacimento, ancorché minimo, dei creditori chirografari, assenza di comportamenti idonei all'applicazione dell'art. 173 l.f.) . Il che spiega anche l'assenza, in questo concordato, dell'attestazione del professionista indipendente, resa superflua dalla relazione del perito, dall'indagine dell'ausiliario e dalla valutazione del giudice. Ove manchino le condizioni minime per l'accesso al concordato liquidatorio semplificato non resterebbe, per l'imprenditore insolvente, che il tentativo di accesso ad una procedura normale di concordato, ma si tratta di un'ipotesi pressoché teorica. E' quindi pienamente condivisibile l'affermazione che "il d.l. n. 118 del 2021, nel momento in cui ha segnato una fortissima riduzione del ruolo del ceto creditorio – privato del potere di voto e costretto a subire offerte di soddisfacimento senza alcuna soglia minima – ha consegnato al tribunale un potere "di vita o di morte" su qualunque proposta di concordato, spettando in definitiva all'organo giurisdizionale il compito di sostituirsi ai creditori nella valutazione di convenienza – *rectius* mancanza di pregiudizio – della procedura concordataria rispetto al fallimento"²¹. Il

²⁰ Sull'incremento di tali poteri cfr., all'indomani del decreto-legge, AMBROSINI, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 settembre 2021, il quale parla di "un rafforzamento delle prerogative giudiziali: il che pare giustificato dalle esigenze di celerità e semplificazione dichiaratamente perseguite dal legislatore".

²¹ FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato*, cit, 14, per il quale "Assistiamo quindi ad un curioso ritorno alla legge del '42, dove era il giudice che decideva se omologare o meno il concordato, valutando letteralmente – ai sensi del soppresso art. 181, n. 1), l.fall. – «la convenienza economica del concordato per i creditori», apparendo arduo tracciare la differenza tra le due ridette formule legislative, visto che in entrambe l'organo

tutto con una finalità ben precisa: liberare dalle dispendiose perdite di ulteriore tempo la liquidazione dei beni e la distribuzione ai creditori delle spoglie di una vicenda imprenditoriale meritevole di scomparire: l'assenza del giudizio di ammissione, del voto dei creditori, della formazione del passivo, consentono di ridurre i tempi della liquidazione e di evitare, nel contempo, che l'assenza di una soluzione concordata conduca necessariamente al fallimento il debitore che non abbia violato le leggi²².

4. Conclusioni

Composizione negoziata e concordato liquidatorio semplificato costituiscono due momenti della vicenda imprenditoriale che hanno un'intima correlazione. Se si esce dall'illusione (e qui accetto di buon grado l'accusa di inveterato pessimista!) che "al minimo stormir di fronde", e cioè alle prime manifestazioni di disagio, quindi nella cosiddetta *twilight zone*, l'imprenditore esca allo scoperto, denunciando le proprie difficoltà e chieda di sottoporsi all' "aiuto" di un esperto, correndo così il rischio di appalesare le proprie debolezze ai creditori e soprattutto alla clientela, ma se si parte dalla premessa che più probabilmente a questo passo egli si determinerà, almeno in un primo tempo, non si sa quanto lungo, in una situazione di pre-insolvenza o addirittura di insolvenza (e cioè, lo ripeto, in una situazione nella quale egli non è più in grado di rispettare le scadenze delle proprie obbligazioni e necessita di una trattativa con i creditori che gli consenta di procedere all'ancor possibile ristrutturazione aziendale e a far fronte a un passivo "alleggerito" in ammontari e tempi di adempimento sostenibili), e se si assume che il nostro imprenditore, non avendo commesso atti in frode o revocabili, percorra con diligenza la strada segnata dalla composizione negoziata, le soluzioni possibili saranno due sole: un accordo con i creditori, destinato a tradursi in diverse modalità esecutive, oppure un concordato liquidatorio. Il debitore "onesto ma sfortunato", per richiamare una formula recepita anche dalla Direttiva *Insolvency*, eviterà così il fallimento o la liquidazione giudiziale, con vantaggio per tutti gli interessi coinvolti. Qui sta la positività delle soluzioni indicate dal Decreto 118.

In questo contesto, quale ruolo è riservato al giudice? Un ruolo, a me sembra, estremamente importante. Come è stato ben detto, egli non dirige, ma è presente nei momenti topici del percorso: detiene, con le misure

giurisdizionale è chiamato a valutare, in sostanza, se i creditori siano stati trattati in seno alla proposta in modo peggiore rispetto all'alternativa fallimentare".

²² "Ne esce ribaltato il paradigma che ha informato il CCII, secondo il quale, in assenza di consenso a una soluzione negoziale della crisi, l'unica alternativa sarebbe stata costituita dalla liquidazione giudiziale dei suoi beni, ossia dal fallimento, così rinominato in ossequio all'imperante moda del *politically correct* e del *cancel culture*" (così LA CROCE, *Dalla negoziazione assistita al concordato semplificato*, in *La crisi d'impresa*, cit., 262).

protettive e cautelari, con le autorizzazioni e il potere di riequilibrio tra le prestazioni contrattuali, le chiavi per la fattibilità della composizione concordata; decide sulla convenienza del concordato liquidatorio per i creditori; stabilisce, con l'art.173 l.fall., se l'imprenditore sia meritevole di evitare il fallimento, verifica che la proposta non sia deteriore rispetto all'alternativa fallimentare, accerta che essa comporti una qualche utilità per ogni creditore. Di più e di meglio non si sarebbe potuto ragionevolmente pensare. Mi viene in mente l'uovo di Colombo!

Resta indubbiamente la compressione dei diritti dei creditori, e ci si chiede quale sia *“il motivo per cui è stata prevista - alla fine del percorso non riuscito della composizione negoziata, quando il debitore può accedere alle varie forme di procedure di regolamentazione della crisi offerte dal nostro ordinamento- una nuova procedura liquidatoria, che produce esattamente gli stessi effetti del concordato preventivo ordinario con cessione dei beni, ma non richiede una valutazione di ammissibilità, lascia al debitore una grande libertà di organizzare la proposta, ed ora anche la possibilità di dividere i creditori in classi, non è soggetta alla votazione dei creditori ed il controllo del giudice interviene solo al momento dell'omologa ed è inquadrato in un perimetro legislativamente delineato”*²³. La risposta a questo interrogativo, offerta dalla Relazione, è *“che si è voluto offrire uno strumento agile e snello per definire la situazione di crisi ormai già trattata e nota ai creditori”*, ma non convince, e giustamente, il nostro Autore. In realtà la risposta, non detta, dovrebbe a mio avviso essere la seguente: il lavoro di profonda revisione del CCII non è terminato; sotto esame sarà prossimamente proprio il concordato preventivo uscito dal Codice della crisi e dell'insolvenza con una fisionomia talmente dirigista da risultare impraticabile, sia nella sua

²³ BOZZA, *Le modifiche*, cit., 14. Lo stesso A. si esprime in termini critici in *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n.118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, ivi, 9 novembre 2021: *“La creazione di una procedura, così incongruamente asimmetrica in favore del debitore e sfacciatamente lesiva dei diritti dei creditori, che peraltro segue ad una fase in cui hanno già subito notevoli limitazione all'esercizio dei loro diritti di credito, non può che avere la funzione di operare, nel corso delle trattative per la composizione negoziata, una pressione per vincere eventuali perplessità o vischiosità decisionali dei creditori. [...] E, a mio avviso, non è etico che lo Stato offra al debitore, che già tanti danni ha procurato ai suoi creditori a causa della sua crisi o insolvenza, una ulteriore arma per “costringere” costoro ad accettare le sue proposte; evidentemente il legislatore sovrano la pensa diversamente e non ci resta che prenderne atto”*. Ma il fatto è che in seno alla commissione Pagni, autrice del testo recepito dal Decreto 118, è prevalsa una sorta di scommessa sul successo della composizione concordata, condotta con equità alla presenza e con il contributo fattivo ma imparziale dell'esperto e con il riconoscimento di ampi poteri all'autorità giudiziaria nel passaggio cruciale: la concessione delle misure protettive. Il tutto secondo un nuovo schema dei ruoli attribuiti *“in commedia”*, che presuppone a sua volta serietà e trasparenza: ciò che non è affatto scontato e che andrà verificato *“sul campo”*.

formulazione di concordato liquidatorio sia in quella di concordato in continuità²⁴. Il pendolo della ragionevole sistemazione dei rapporti tra debitore, creditori e autorità giudiziaria è ancora in movimento²⁵. Sarà molto interessante constatare dove, e se, si fermerà.

²⁴ Per alcune considerazioni sul tema mi sia consentito rinviare a JORIO, *Note finali con qualche riflessione personale*, in *La riforma delle procedure concorsuali, Atti del convegno. In ricordo di Vincenzo Buonocore*, a cura di Alberto Jorio e Roberto Rosapepe, *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2020, 391 ss.

²⁵ E v. infatti AMBROSINI, *Autonomia privata ed eterotutela dei creditori nelle soluzioni negoziate della crisi: il pendolo riprende a oscillare*, in *Le crisi d'impresa e del consumatore. Liber amicorum per Alberto Jorio*, a cura di Stefano Ambrosini, Bologna, 2021, 20 ss.