

IL GIANO BIFRONTI DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA: LA CIRCOLAZIONE DELL'AZIENDA TRA NUOVO DATO LEGISLATIVO E PROBLEMI IRRISOLTI*

RICCARDO RUSSO

SOMMARIO: 1. Premessa. – SEZIONE PRIMA. 2. L'architettura leggera della composizione negoziata. – 3. Brevi cenni ai presupposti della composizione negoziata. – 4. Un primo intermezzo comparatistico: «squilibrio finanziario ed economico-patrimoniale», «*Drohende Zahlungsunfähigkeit*» e «*insolencia inminente*». – 5. I due grandi assenti all'avvio della composizione negoziata. – 6. Un secondo intermezzo comparatistico: aspetti di originalità della figura del *Président du Tribunal de commerce*. – SEZIONE SECONDA. 7. Il trasferimento d'azienda e i due volti di Giano. – 8. L'inserimento del trasferimento d'azienda in un contesto normativo speciale: le ragioni della scelta del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. – 9. Il decreto di autorizzazione del Giudice può prevedere un piano di riparto delle somme ricavate dal trasferimento? – 10. La selezione del cessionario tra contraddittorio con le parti interessate e principio di competitività. – 11. Il *favor* del Codice per il cessionario: l'esonero di responsabilità per i debiti aziendali annotati nei libri contabili obbligatori. – 12. Una proposta conclusiva: la composizione negoziata come *procedura paraconcorsuale*.

1. Premessa

Prima di esaminare alcune novità salienti introdotte dal d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, sembra utile premettere che sull'introduzione nell'ordinamento della composizione negoziata della crisi ha inciso la

* Editio minor per *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*. Una versione più ampia del presente contributo è stata sottoposta alla Direzione della rivista Diritto fallimentare e delle società commerciali.

convergenza di più fattori¹. Apparsa, pressoché in sordina, in un provvedimento estivo d'urgenza (d.l. 24 agosto 2021, n. 118)², essa è ora più organicamente disciplinata all'interno del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza³: la sua vicenda normativa offre, quindi, una conferma

¹ Tra i numerosi contributi in materia, oltre quelli citati nel prosieguo, si segnalano sin da ora:

S. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il D.lgs. n. 83 /2022. La nozione di crisi, la gestione dell'impresa e il concordato preventivo*, in corso di pubblicazione in *Dir. fall.*, 2022, I e già consultabile su dirittofallimentaresocieta.it; ID., *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del cci, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 901 ss.; ID., *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, su ristrutturazioniazionali.ilcaso.it, 2021; R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, ivi, 2021; P. RIVA, *Ruolo e funzioni dell'esperto "facilitatore"*, ivi, 2021; S. PACCHI, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, ivi, 2022; N. ABRIANI – G. SCOGNAMIGLIO, *Crisi dei gruppi e composizione negoziata*, su dirittodellacrisi.it, 2021; V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, ivi, 2021; ID., *La nuova "composizione negoziata" alla luce della direttiva "Insolvency". Linee evolutive (extracodicistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano*, in *Dir. fall.*, 2022, I, pp. 251 ss.; F. SANTANGELI, *Le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa*, su dirittodellacrisi.it, 2022; I. PAGNI – M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, ivi, 2021.

² Il decreto legge è stato convertito, con modificazioni, in l. 21 ottobre 2021, n. 147. Si vedano, in argomento, S. AMBROSINI, *La Legge n. 147/2021 di conversione del D.L. n. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 1141 ss. e l'opera collettanea *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento. D.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021*, diretto da M. Irrera – S.A. Cerrato, coordinato da F. Pasquariello, Bologna, 2022.

³ L'art. 6 del d.lgs. n. 83/2022 ha interamente riformulato, infatti, il titolo II della parte prima del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sostituendo alla disciplina degli strumenti d'allerta le regole, in parte emendate, dettate dagli artt. 2 ss. del d.l. n. 118/2021 in materia di composizione negoziata. Il d.lgs. n. 83/2022 ha dato altresì attuazione alla Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 (c.d. Direttiva *Insolvency*), la quale rappresenta il primo intervento dell'Unione europea volto espressamente al «ravvicinamento delle legislazioni» degli Stati membri, anziché alla regolazione delle procedure concorsuali che presentassero aspetti transfrontalieri (così L. STANGHELLINI, *Il codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva*, in *Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali*, 2/2022, p. 28). Ancorché l'esegesi della Direttiva esuli dal tema dell'indagine, può ricordarsi che essa si connota per la netta valorizzazione dell'«effettivo salvataggio delle imprese in difficoltà reversibile», in ciò differenziandosi dall'impianto delle misure d'allerta, previste nella versione originaria del Codice, «più concentrate sull'obiettivo dell'emersione tempestiva della crisi come valore in sé»: le citazioni sono tratte da E. DESANA, *Le misure di allerta tra vecchio e nuovo diritto della crisi: la tela di Penelope*, su ristrutturazioniazionali.ilcaso.it, 2022, p. 13; il contributo riprende la relazione pronunciata dall'Autrice in occasione del convegno di studi *La "lunga marcia" del diritto della crisi in Italia. Le "miniriforme" del 2021, la Direttiva UE e il Codice della Crisi*, tenutosi a Torino il 7 aprile 2022 in occasione della

calzante del noto adagio – citato con una punta di amarezza già in alcuni lavori parlamentari di fine Ottocento – secondo cui in Italia «nulla è più definitivo del provvisorio»⁴.

L'istituto ha polarizzato sin da subito l'attenzione dei giuristi, che ne hanno giustamente colto le potenzialità, in larga parte dovute ad una struttura che, se confrontata con le procedure concorsuali, spicca per duttilità⁵. L'*iter* della composizione negoziata e il percorso, ben più accidentato, del Codice si sono intersecati in più occasioni: anzitutto, l'esigenza di offrire agli imprenditori un rimedio agile per fronteggiare le situazioni di difficoltà determinate (o, comunque, acute) dall'emergenza pandemica si è avvertita proprio in coincidenza dei rinvii che hanno interessato l'entrata in vigore del Codice⁶; inoltre, il sentimento di insoddisfazione per gli strumenti di allerta è stato un campo fertile per la composizione negoziata⁷. Con immagine icastica si è detto, infatti, che il

presentazione del volume *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. Si è osservato che nella Direttiva si assiste alla «forte saldatura tra l'incentivazione dei quadri di ristrutturazione preventiva (...) e l'istanza di salvaguardia dei livelli occupazionali» (S. AMBROSINI, *Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la direttiva Insolvency: i creditori e i lavoratori*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 2022, p. 3).

⁴ La celebre frase compare ad esempio nel verbale della seduta del 3 dicembre 1888 della XVI legislatura della Camera dei Deputati del Regno d'Italia, dedicata alla discussione del disegno di legge relativo al processo di unificazione delle Corti penali di Cassazione: v. *Atti del Parlamento italiano. Camera dei Deputati. Sessione 1887-1888 (2ª della XVI Legislatura). Discussioni*, vol. V, Dall'8 novembre al 23 dicembre 1888, Roma, 1888, p. 5706.

⁵ Esso è stato definito, infatti, la «principale novità» del d.l. n. 118/2021: così S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 1; il tratto «eclatante» dell'innovazione è stato enfatizzato anche da F. PASQUARIELLO, *Note generali. La gestione dell'impresa*, in *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento. D.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021*, cit., p. 1.

⁶ La data inizialmente prevista per l'entrata in vigore della maggior parte delle norme del Codice – 15 agosto 2020 – ha subito un considerevole differimento in concomitanza dell'approvazione della legislazione emergenziale emanata, nella primavera 2020, allo scopo di contrastare gli effetti della pandemia da COVID-19; il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 (il c.d. «decreto Liquidità»), convertito con modificazioni in l. 5 giugno 2020, n. 40, ha rinviato tale data al 1º settembre 2021. Successivamente, più articoli del Codice sono stati modificati ad opera del d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (c.d. «decreto correttivo»). Il ricordato d.l. n. 118/2021 è intervenuto anch'esso sulla data di entrata in vigore del Codice, fissandola al 16 maggio 2022; infine, in forza del d.l. 30 aprile 2022, n. 36, convertito in l. 29 giugno 2022, n. 79, il Codice è in vigore dal 15 luglio 2022.

⁷ R. RORDORF, *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, pp. 129 ss.; P. VELLA, *L'allerta nel codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della direttiva (UE) 2019/1023*, su *ilcaso.it*, 2019, p. 26; D. SEGA, *Allerta e prevenzione: nuovi paradigmi della crisi di impresa*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, pp. 1101 ss.

Governo Draghi, nell'emanare il d.l. n. 118/2021, ha assunto le sembianze di una «novella Penelope», andando a disfare «la intricata tela tessuta in materia di allerta»⁸; la composizione negoziata ha avuto il merito, dunque, di contribuire al superamento della procedura d'allerta che, ancor prima di essere sperimentata nella pratica, era stata censurata perché «barocca»⁹, per il suo «alto grado di burocratizzazione»¹⁰ e per la fisionomia «vagamente arcigna, somigliante a quella delle tradizionali procedure concorsuali»¹¹.

Recenti indagini statistiche¹² evidenziano un ricorso ancora limitato all'istituto; può dirsi, con metafora ciclistica, che alla meta della composizione negoziata gli imprenditori non si stiano approssimando *in volata*, quanto piuttosto con l'andatura, senza scatti, del corridore *passista*: alla data del 15 maggio 2022 le composizioni negoziate in corso sono duecentodiciassette, geograficamente concentrate, perlopiù, tra Lombardia (19,82%), Lazio (13,36%) ed Emilia Romagna (10,60%), mentre in quattro aree (Molise, Province autonome di Trento e di Bolzano, Valle d'Aosta) non se ne registrano.

Metodologicamente, il presente contributo non intende illustrare ogni aspetto della composizione negoziata, né offrire dello strumento una trattazione completa: nella prima sezione, si esamineranno alcuni dati normativi dell'istituto, cercando di inserirli nella prospettiva comparatistica; nella seconda parte del lavoro, traendo spunto dal corretto rilievo – formulato dai Giudici di legittimità¹³ e dalla dottrina¹⁴ – secondo cui il nuovo strumento non è una procedura concorsuale in senso stretto, l'attenzione sarà focalizzata sulle vicende circolatorie dell'azienda¹⁵,

⁸ E. DESANA, *Le misure di allerta tra vecchio e nuovo diritto della crisi: la tela di Penelope*, cit., p. 6.

⁹ A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, in *dirittodellacrisi.it*, 2021, p. 6.

¹⁰ F. PASQUARIELLO, *op. cit.*, p. 14.

¹¹ R. RORDORF, *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., pp. 129 ss.

¹² Le evidenze statistiche riportate nel testo sono tratte dal *report UNIONCAMERE, Osservatorio semestrale sulla composizione negoziata della crisi d'impresa. Dati aggiornati al 15 maggio 2022*.

¹³ Cass, SS.UU., 31 dicembre 2021, n. 42093, su *ilfallimentarista.it*, con nota di G. FICHERA, *Le Sezioni Unite stringono i cordoni della borsa sulla prededuzione del professionista nel concordato*.

¹⁴ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., pp. 11 ss.; I. PAGNI – M. FABIANI, *op. cit.*, p. 9.

¹⁵ La ricostruzione delle elaborazioni dottrinali in materia di azienda non rientra nel campo del presente studio; si rinvia, per una puntuale illustrazione delle stesse e per i necessari riferimenti bibliografici, a G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. Galgano, III, *L'azienda e il mercato*,

verificando se esse rechino, nella cornice della composizione negoziata, profili latamente concorsuali.

SEZIONE PRIMA

2. L'architettura leggera della composizione negoziata

L'imprenditore commerciale o agricolo può presentare al segretario della Camera di commercio l'istanza di nomina di un esperto¹⁶, quando versi in «condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario» che «rendono probabile la crisi o l'insolvenza» e risulti «ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa» (art. 12, 1° co., CCII). L'esperto¹⁷, che deve soddisfare requisiti di professionalità (art. 13 CCII) e indipendenza (art. 16 CCII), è designato da una commissione costituita, presso la Camera di commercio, da un magistrato indicato dal presidente della Sezione specializzata in materia d'impresa del Tribunale del capoluogo ove si trova la Camera di commercio che ha ricevuto l'istanza e altri due membri nominati, rispettivamente, dal presidente della stessa Camera di commercio e dal prefetto (art. 13, 6° co., CCII).

L'esperto, la cui sagoma è in parte sovrapponibile con quella del *conciliateur* del diritto concorsuale francese¹⁸, è «terzo rispetto a tutte le

Padova, 1979, p. 63 pp. 1 ss. e, più recentemente, a F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, Milano, 2000, pp. 15 ss., nt. 35.

¹⁶ Dal combinato disposto degli artt. 13 e 17 CCII si ricava che l'iscrizione nel Registro delle imprese è requisito per l'avvio della composizione negoziata; l'istanza è depositata, infatti, tramite una piattaforma telematica nazionale, gestita, sotto la vigilanza dei Ministeri della Giustizia e dello Sviluppo economico, dal sistema delle Camere di commercio, tramite Unioncamere, e accessibile alle sole imprese registrate. In tema, si segnala il recente contributo di M. SPIOTTA, *Check-list e Test pratico di risanabilità: presupposti teorici e implicazioni sistematiche*, in corso di pubblicazione su *Il nuovo diritto delle società*.

¹⁷ In ordine alle competenze della figura, si veda il recente volume *Il ruolo dell'Esperto nella Composizione Negoziata per la soluzione della Crisi d'Impresa*, a cura di R. Guidotti – S. Bonfatti, Torino, 2022.

¹⁸ Nel contesto della *procédure de conciliation* è prevista, infatti, la designazione ad opera dell'Autorità giudiziaria di un *conciliateur* che affianchi l'imprenditore che non eserciti attività agricola nella ricerca di rimedi a condizioni di «difficoltà giuridiche, economiche o finanziarie, effettive o prevedibili», con l'obiettivo di «favorire» il raggiungimento di un accordo con i debitori (art. L611-7 *code de commerce*); è presupposto di accesso alla procedura che l'imprenditore non abbia cessato i pagamenti da più di quarantacinque giorni (art. L611-4 *code de commerce*). Si rinvia, in argomento, ad A. TOH, *La prévention des difficultés des entreprises. Étude comparée de droit français*

parti» (art. 16, 2° co., CCII) e ha il compito di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, concorrendo all'individuazione di una soluzione volta al superamento delle condizioni di squilibrio (art. 12, 2° co., CCII). Se l'imprenditore deve «rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente» (art. 16, 4° co., CCII), compete comunque all'esperto valutare la «coerenza complessiva» dei dati informativi e assumerne ulteriori (art. 16, 2° co., CCII); accettata la nomina, l'esperto procede «senza indugio» alla convocazione dell'imprenditore, al fine di valutare se sussistano prospettive di risanamento: in caso affermativo, seguiranno incontri a «cadenza periodica ravvicinata» con le parti interessate al risanamento, nei quali egli prospetterà le «possibili strategie di intervento»; se la verifica è negativa, l'esperto informerà l'imprenditore e il segretario della Camera di commercio perché provveda all'archiviazione (art. 17, 5° co., CCII). Nel corso delle trattative, l'imprenditore può beneficiare di misure protettive del patrimonio (art. 18 CCII)¹⁹, che operano dal momento dell'iscrizione nel Registro delle imprese dell'istanza di applicazione e sono sottoposte, *ex post*, allo scrutinio del Giudice che, ai sensi dell'art. 19 CCII, potrà confermarne il contenuto, modificarle o disporne la revoca.

Gli scenari che si delineano allo spirare dell'incarico dell'esperto, la cui durata massima è – come si ricava dall'art. 17, 7° co., CCII – di trecentosessanta giorni²⁰, sono suddivisi in due macro-aree: i) ai sensi dell'art. 23, 1° co., CCII, se è stata individuata una soluzione allo squilibrio dell'impresa, l'imprenditore può concludere un contratto, sia pure con un creditore soltanto, che produca gli effetti di cui all'art. 25 *bis*, 1° co., CCII,

et de droit OHADA, Issy-les-Molineaux, 2017, pp. 139 ss., ove sono presenti ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹⁹ G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. n. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, I, pp. 282 ss.; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, su *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 2022; F. PLATANIA, *Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.*, in *ilfallimentarista.it*, 2021; F. DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2021, pp. 1536 ss.; R. D'ALONZO, *La composizione negoziata della crisi e l'interferenza delle misure protettive nelle procedure esecutive individuali*, in *Riv. es. forz.*, 2021, p. 874 ss.; L. BACCAGLINI – F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, su *dirittodellacrisi.it*, 2021.

²⁰ Si è osservato, da parte di P.F. CENSONI, che i tempi della composizione negoziata sono caratterizzati da una «ristrettezza» che appare «confliggente in molti casi con la laboriosità delle trattative con taluni creditori, come gli istituti bancari di dimensioni maggiori (...) o come gli interlocutori del personale dipendente, ovviamente interessati alla salvaguardia di tutti i rapporti di lavoro in corso» (*Il concordato «semplificato»: un istituto giuridico enigmatico*, su *Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali*, 1/2022, p. 91).

a condizione che esso sia, secondo l'esperto, «idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni», concludere la convenzione di moratoria *ex art.* 62 CCII o un accordo che, sottoscritto dai creditori e dall'esperto, produca gli effetti *ex art.* 166, 3° co., lett. d, e 324 CCII, fermo restando che l'esperto deve, in tale circostanza, dare atto che il piano «appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza»; *ii*) in alternativa, in base all'art. 23, 2° co., CCII, l'imprenditore può predisporre un piano di risanamento *ex art.* 56 CCII, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex artt.* 57, 60 e 61 CCII, proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25 *sexies* CCII, accedere ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza disciplinato dal Codice, dalla c.d. «legge Prodi *bis*»²¹ o dal c.d. «decreto Marzano»²².

La composizione negoziata non determina lo spossessamento dell'imprenditore²³: individuate legislativamente le (non molte) operazioni che possono essere realizzate soltanto a seguito dell'autorizzazione giudiziale (art. 22)²⁴, gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti che non siano «coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di

²¹ D.lgs. 8 luglio 1999, n. 270.

²² D.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, in l. 18 febbraio 2004, n. 39.

²³ Il Codice contempla, comunque, una distinzione, prevedendo che la gestione dell'impresa in crisi debba svolgersi «in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività», quella dell'impresa insolvente «nel prevalente interesse dei creditori» (art. 21, 1° co., CCII). In argomento: S. BONFATTI, *Profili della Composizione negoziata della crisi d'impresa - Gestione dell'impresa; rinegoziazione dei contratti e cessione dell'azienda; composizione negoziata della crisi "di gruppo"*, su *dirittodellacrisi.it*; S. FORTUNATO, *Crisi d'impresa e assetti adeguati nella riforma Cartabia (partendo dal percorso culturale di Alberto Jorio)*, su *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 2022; P. BASTIA, *Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata della crisi*, *ivi*, 2021; C. CINCOTTI, *Gli assetti organizzativi, amministrativi e contabili nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa (anche a proposito del "Decreto Dirigenziale")*, in *Dir. fall.*, 2022, I, pp. 567 ss.

²⁴ Il Giudice può autorizzare, *ex art.* 22 CCII, finanziamenti prededucibili e il trasferimento dell'azienda allorché il cedente, come meglio si vedrà nella seconda sezione del presente scritto, intenda liberare il cessionario dalla responsabilità solidale per i debiti registrati nelle scritture contabili obbligatorie. Si vedano, almeno, L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, su *dirittodellacrisi.it*, 2022; A. NASTRI, *Le autorizzazioni del Tribunale nella composizione negoziata della crisi*, *ivi*, 2022; L. DE SIMONE, *Le autorizzazioni giudiziali*, *ivi*, 2021. In generale, in tema di finanziamenti effettuati dai soci e disciplina del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si segnala, tra i contributi più recenti, O. CAGNASSO, *Il rimborso dei finanziamenti anomali*, in *Giur. it.*, 2021, pp. 1400 ss., ove, alla nota 1, sono riportati ulteriori riferimenti bibliografici ai quali si rinvia.

risanamento» sono sottoposti, ai sensi dell'art. 21 CCII, ad un particolare regime di *disclosure*; l'imprenditore deve, in particolare, informare – prima del loro compimento – l'esperto, il quale si rivolgerà all'imprenditore stesso ove ravvisi in tali atti elementi pregiudizievoli per il ceto creditorio, per le trattative e per le stesse prospettive di risanamento²⁵. Qualora, nonostante la segnalazione, l'imprenditore dia ugualmente corso alle operazioni, l'esperto iscriverà il proprio «dissenso» nel Registro delle imprese e domanderà al Giudice, *ex art.* 19, 6° co., CCII, di revocare o abbreviare la durata delle misure protettive.

3. Brevi cenni ai presupposti della composizione negoziata

Quanto al presupposto soggettivo della composizione negoziata, si è anticipato che essa è rivolta ad ogni «imprenditore commerciale o agricolo» (art. 12, 1° co., CCII). La previsione va accolta con favore per due motivi: se su un versante consente al nuovo strumento, almeno potenzialmente, di correggere il maggior numero di condizioni di squilibrio esistenti, sull'altro versante essa coglie appieno la giusta intuizione di chi, recentemente, ha rilevato come i rimedi per comporre il dissesto ben possano risultare «appetibili» per tutti gli imprenditori²⁶, recuperando così quella sollecitazione, più lontana nel tempo, ad assimilare, almeno ai fini concorsuali, le attività agricole e commerciali²⁷.

Ai fini dell'attivazione dell'istituto, è irrilevante che lo squilibrio dell'impresa sia stato o meno causato dalla contingenza pandemica²⁸; è sufficiente, come si è detto, che lo squilibrio patrimoniale o economico-finanziario renda probabile la crisi o l'insolvenza, in un contesto nel quale risulti «ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa»²⁹. Vero

²⁵ Come efficacemente notato da M. SPIOTTA, nella composizione negoziata «la stessa libertà di pagare non è totale» (*È necessaria o inutile una definizione di procedura concorsuale (o di procedura di regolazione della crisi o di quadro di ristrutturazione)? Quando le categorie generali possono conservare funzionalità*, su *dirittodellacrisi.it*, 2022, p. 10).

²⁶ E. DESANA, *L'impresa tra tradizione e innovazione*, Torino, 2018, p. 78.

²⁷ Sollecitazione che trovò uno dei suoi epigoni in Cesare Vivante, che suggerì, già nella vigenza del codice di commercio del 1882, di estendere la disciplina fallimentare a coloro che svolgessero attività agricola, anche allo scopo di meglio proteggere le ragioni del ceto creditorio (C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, I, Milano, 1911, p. 470).

²⁸ Come osservato da F. PASQUARIELLO, *op. cit.*, p. 5, la composizione negoziata è tra gli «strumenti che non nascono come temporanei o contingenti, ma si candidano a restare (fino a nuovo ordine...) definitivi; e comunque non discriminano, quanto al proprio campo di applicazione, tra imprese entrate in crisi a causa del covid e crisi preesistenti o indipendenti da esso».

²⁹ L'espressione non sembra particolarmente innovativa, richiamando semanticamente le «concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività

è che l'art. 2, lett. a, CCII collega la definizione di «crisi» al riscontro, in un arco di tempo contenuto, di un parametro obiettivo, e cioè l'«inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi» che rende «probabile l'insolvenza»³⁰; vi è, quindi, un'assonanza con la determinazione del presupposto oggettivo della composizione negoziata, ove è presente il rimando all'insolvenza «probabile»³¹.

Si può concludere rilevando che alcune delle espressioni utilizzate dal Codice – «squilibrio», «probabile», «ragionevolmente» – non brillano, forse, per tecnicismo, ma confermano la vocazione, improntata alla massima flessibilità, della composizione negoziata; si offre così una *tavola di salvataggio* all'imprenditore che, *se non affiancato da un esperto*, potrebbe assecondare, ad esempio, la pericolosa tentazione di compiere operazioni che, al pari delle vendite sottocosto e delle cessioni di *assets* aziendali a prezzo vile, procurerebbero in tempi ravvicinati liquidità ma decurtarebbero, in misura sensibile, le prospettive di pagamento dei creditori³².

imprenditoriali» già menzionate all'art. 27 della ricordata «legge Prodi *bis*»; cfr., sul punto, R. GUIDOTTI, *op. cit.*, p. 4, nt. 9. La risanabilità è stata definita, comunque, il «vero fulcro logico della nuova composizione negoziata» da V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, cit., p. 7.

³⁰ P. MONTALENTI evidenzia che «la probabilità indica uno stadio avanzato di difficoltà che posticipa la rilevazione, rispetto alla “possibilità” (anziché “probabilità”) di insolvenza, da uno stato di *early warning* alla fase della c.d. *twilight zone*» (*Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, in *Giur. comm.*, 2020, I, pp. 829 ss.). In uno scritto precedente, l'Autore ha sottolineato che la *twilight zone* si sostanzia in una condizione di «pre-crisi», «diversa dall'insolvenza» e «caratterizzata dalla possibile reversibilità» (*Diritto dell'impresa in crisi, diritto societario concorsuale, diritto societario della crisi: appunti*, ivi, 2018, I, pp. 62 ss.).

³¹ Vedi, sul punto, S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 7, secondo cui «non pare che dal perimetro applicativo della nuova disposizione possano venire escluse le imprese già in crisi o insolventi», fermo restando che l'istituto è «idealmente diretto anzitutto a imprese che ancora non versano in situazioni di crisi e tantomeno di insolvenza». Nello stesso senso si pone A. JORIO, il quale evidenzia che «lo stato di insolvenza non preclude né la prosecuzione né l'avvio» della composizione negoziata (*Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021, n. 147*, in *Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali*, 1/2022, p. 122). Cfr. la relazione di accompagnamento al disegno di legge di conversione del d.l. n. 118/2021, nella quale si legge, infatti, che l'accesso all'istituto presuppone un'insolvenza «reversibile».

³² Si è osservato che la disciplina della composizione negoziata si rivolge a chi stia «ancora valutando coi propri professionisti se e come accostarsi all'universo delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza»: così I. PAGNI – M. FABIANI, *op. cit.*, p. 5.

4. Un primo intermezzo comparatistico: «squilibrio finanziario ed economico-patrimoniale», «*Drohende Zahlungsunfähigkeit*» e «*insolvenzia imminente*»

Vi sono ordinamenti europei che, codificato il concetto di «insolvenza imminente», consentono all'imprenditore di arrestare la propria attività e aprire il concorso tra i creditori in un frangente in cui egli, per quanto in difficoltà, sia ancora in grado di adempiere alle obbligazioni scadute. Nell'archetipo tedesco³³ l'accertamento di una situazione di «insolvenza imminente» («*Drohende Zahlungsunfähigkeit*»: § 18, *InsO*) legittima il debitore ad accedere alla procedura unitaria di insolvenza; la condizione ricorre quando «è prevedibile che il debitore non sarà in grado di adempiere alla scadenza le obbligazioni esistenti»³⁴.

È stato rimarcato in tempi recenti dalla *Oberlandesgericht* di Amburgo che la richiesta di apertura del concorso in presenza di una condizione di insolvenza imminente costituisce una facoltà, e non un obbligo, della parte debitrice³⁵. Non può essere trascurato che l'incapacità di adempiere del debitore deve essere accertata a prescindere dalla circostanza che il creditore abbia richiesto l'adempimento³⁶, con la conseguenza che l'inerzia del ceto creditorio – come ricordato dalla *Oberlandesgericht* di Düsseldorf – non assume valore risolvante ai fini dell'esclusione dello stato di insolvenza imminente³⁷; di qui il convincimento, espresso dalla *Oberlandesgericht* di Monaco, che debba essere scrutinata la posizione

³³ Si vedano, almeno, M. SCHULZ – O. WASMEIER, *The law of Business Organizations. A Concise Overview of German Corporate Law*, Berlin-Heidelberg, 2012; M. OBERMULLER, *Esperienze di riforma in Germania*, in *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto, Atti del Convegno (Lanciano, 23-24 gennaio 2004)*, a cura di S. Bonfatti – G. Falcone, Milano, 2004, pp. 163 ss.; L. GUGLIELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 152 ss.; ID., *La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 504 ss.; A. JORIO, *Per una riforma della legge fallimentare: soluzioni normative ed esperienze negli Usa, in Germania e in Francia*, in *Studi in onore di Giuseppe Ragusa Maggiore*, I, Padova, 1997, pp. 609 ss.; P. KINDLER, *La procedura concorsuale unitaria (Insolvenzverfahren) nel diritto tedesco*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli – F.P. Luiso – E. Gabrielli, V, Torino, 2014, pp. 195 ss.

³⁴ La fattispecie si colloca, quindi, in posizione mediana rispetto ad altre due situazioni legislativamente previste dall'ordinamento: quando il patrimonio non sia sufficiente a coprire le obbligazioni assunte, le persone giuridiche e le società prive di personalità giuridica versano in una condizione di mero «sovraindebitamento» («*Überschuldung*»: § 19, *InsO*), mentre l'«insolvenza» in senso proprio («*Zahlungsunfähigkeit*»: (§ 17, *InsO*)) coincide con l'incapacità attuale della società di adempiere.

³⁵ OLG Hamburg, 30 März 2022, su *openjur.de*.

³⁶ BGH, 22 November 2012 – IX ZR 62/10, su *gesetze-bayern.de*.

³⁷ OLG Düsseldorf, 16 Mai 2019 – 12 U 47/18, su *opendejur.de*.

finanziaria della società nel suo complesso³⁸. Atteso che la disciplina dell'«insolvenza imminente» è diretta a garantire il miglior soddisfacimento del ceto creditorio³⁹, può suscitare perplessità che la legge tedesca non consenta ai creditori di promuovere l'accertamento giudiziale di tale condizione⁴⁰; è da obiettarsi, però, che la Germania è tra i «sistemi di disciplina dell'insolvenza che possono definirsi *'debtor orientated'*, e quindi più comprensivi verso le ragioni del debitore»⁴¹: circoscrivendo la legittimazione a presentare la domanda di accertamento alla sola impresa si assicura che i creditori non operino ingerenze rispetto ad una scelta – l'apertura del concorso in una fase in cui non vi è una situazione di conclamata insolvenza – che attiene alla gestione⁴².

Altrettanto forte è la protezione accordata all'impresa debitrice nel sistema spagnolo⁴³, nel cui ambito la *Ley Concursal*, recentemente novellata dal *real decreto legislativo* 1/2020 del 5 maggio 2020, prevede che sia in stato di «*insolencia actual*» la società che «non può adempiere regolarmente alle obbligazioni esigibili» e che l'«*insolencia inminente*» sussiste ove la società provi di non essere in grado, più in generale, di soddisfare «regolarmente e puntualmente le proprie obbligazioni» (art. 2, 3° co.). L'obbligo di richiedere l'apertura della procedura di insolvenza, come ribadito in più occasioni dai *Juzgados de lo Mercantil*, non grava sull'imprenditore in stato di «insolvenza imminente», bensì unicamente sul debitore attualmente insolvente (art. 5, 1° co., *Ley Concursal*⁴⁴).

³⁸ OLG München, 20 Juni 2018 – 7 U 1079/18, su *gesetze-bayern.de*.

³⁹ M. SCHULZ – O. WASMEIER, *op. cit.*, p. 32

⁴⁰ Secondo parte della dottrina tedesca l'attribuzione alla sola società della facoltà di domandare l'apertura della procedura di insolvenza, tuttavia, «non è di grande rilevanza pratica» (P. KINDLER, *op. cit.*, p. 199).

⁴¹ A. JORIO, *Per una riforma della legge fallimentare: soluzioni normative ed esperienze negli Usa, in Germania e in Francia*, cit., p. 612.

⁴² L. GUGLELMUCCI, *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, cit., p. 157, nt. 17.

⁴³ A. EMPARANZA, *Deberes de los administradores frente a los acreedores en sociedades con dificultades económicas*, in *Crisi dell'impresa e ruolo dell'informazione*, Atti VIII Incontro italo-spagnolo di diritto commerciale, Napoli, 25 settembre 2015, a cura di A. Paciello – G. Guizzi, Milano, 2016, pp. 21 ss.; J.M. EMBID IRUJO, *¿Huida del derecho concursal?*, *ivi*, pp. 233 ss.; J. PULGAR EZQUERRA, *I fattori di successo della ristrutturazione stragiudiziale amichevole (appunti sul modello spagnolo)*, in *Dir. fall.*, 2014, I, pp. 98 ss.; F.J. ALONSO ESPINOSA, *La declaración del concurso en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal: estudio preliminar*, in *Estudios sobre la Ley Concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, Madrid – Barcelona, 2005, pp. 917 ss.

⁴⁴ Si vedano, sul punto, J.M. Gijón, 28 febrero 2020, n. 58 e J.M. Oviedo, 23 diciembre 2016, n. 134, entrambe pubblicate su *poderjudicial.es*.

L'insolvenza presuppone, come nel sistema concorsuale italiano, l'irregolarità dell'adempimento; in particolare non adempierà regolarmente, e sarà quindi suscettibile di essere dichiarata insolvente, la società che, in ragione delle concrete modalità della condotta soddisfacente, finisca col causare una decurtazione eccessiva dell'attivo oppure un incremento del passivo⁴⁵. Più provvedimenti di merito concordano su un'interpretazione aperta della locuzione «*insolencia*», escludendo che essa coincida in via ineluttabile con l'impotenza patrimoniale definitiva; la fattispecie si identifica – piuttosto – in quella condizione di incapacità, prossima o già in atto, di adempiere in modo regolare⁴⁶. Secondo un recente arresto del *Juzgado de lo Mercantil* di Valladolid, versa, ad esempio, in una situazione di insolvenza l'impresa che, in ragione dell'ammontare delle attività disponibili, non sia in grado di adempiere agli obblighi fiscali⁴⁷. È invece elemento tipizzante dell'«*insolencia inminente*» il carattere futuro e inattuale dell'inadempimento: si tratta, dunque, di una situazione prognostica⁴⁸. L'Autorità giudiziaria dovrà, quindi, accertare se sia prevedibile che la società divenga insolvente⁴⁹; per l'effetto, in presenza di un inadempimento che si sia ormai verificato e che sia stato ormai provato, l'impresa sarà dichiarata insolvente⁵⁰.

5. I due grandi assenti all'avvio della composizione negoziata

L'accesso alla composizione negoziata si connota per l'elevato livello di snellezza organizzativa⁵¹ e segna l'abbandono dell'approccio «rigido» e «macchinoso» della procedura d'allerta⁵². A lato di tale valutazione positiva dell'istituto, non può passare inosservata l'assenza, ai *blocchi di*

⁴⁵ J.M. Oviedo, 20 ottobre 2016, su *poderjudicial.es*; J.M. Madrid, 21 marzo 2012, *ivi*; J.M. Madrid, 8 settembre 2008, *ivi*.

⁴⁶ A.P. Saragoza, 2 settembre 2016, n. 437, su *poderjudicial.es*; A.P. Saragoza, 4 febbraio 2016, n. 46, *ivi*; A.P. Barcellona, 7 ottobre 2015, n. 231, *ivi*; A.P. Barcellona, 22 mayo 2013, n. 211, *ivi*. Nello stesso senso si pone l'*Exposición de motivos* della *Ley Concursal*, consultabile su *boe.es*.

⁴⁷ J.M. Valladolid, 12 aprile 2022, su *poderjudicial.es*.

⁴⁸ A.P. Barcellona, 16 marzo 2011, n. 34, su *poderjudicial.es*.

⁴⁹ J.M. Pontevedra, 21 febbraio 2020, n. 23, su *poderjudicial.es*.

⁵⁰ J.M. Cadice, 13 abril 2007, su *poderjudicial.es*.

⁵¹ E. DESANA, *Le misure di allerta tra vecchio e nuovo diritto della crisi: la tela di Penelope*, cit., p. 6.

⁵² S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit. p. 4. L'Autore, in un altro scritto, ha sottolineato che il testo vigente del codice ha adottato, nei confronti dell'«annoso problema della tardiva emersione della crisi», un approccio «meno invasivo» rispetto alla sua versione originaria: v. *Il codice della crisi dopo il D.lgs. n. 83 /2022. La nozione di crisi, la gestione dell'impresa e il concordato preventivo*, cit.

partenza della composizione negoziata, del ceto creditorio e del Tribunale; ci si può – allora – chiedere se sia stata opportuna la mancata previsione di un controllo giudiziale sull’effettiva sussistenza dei presupposti di attivazione della composizione negoziata e se il non aver consentito ai creditori di attivare lo strumento costituisca un limite della sua disciplina.

In uno dei primi commenti alla nuova disciplina si legge che «sarebbe stato preferibile che l’intervento del giudice avesse riguardato anche l’accesso alla stessa composizione negoziata e la nomina dell’esperto»⁵³; l’assunto sembra da condividersi per più motivi. Eliminate – correttamente – quelle «involuzioni strutturali e cadenze burocratiche» tipiche della procedura d’allerta⁵⁴, vi sarebbe stato spazio per l’esame giudiziale dei presupposti di avvio di uno strumento che, per quanto stragiudiziale, è destinato ad incidere in misura anche significativa sulle ragioni dei creditori e su alcuni, circoscritti, profili gestori⁵⁵. In questo senso, sarebbe stata astrattamente percorribile la diversa strada seguita dal legislatore francese, il quale prevede che il debitore, nel richiedere l’apertura della *procédure de conciliation*, possa proporre al *Président du Tribunal* la nomina del soggetto – il *conciliateur* – che lo affiancherà nell’individuazione di una soluzione alle difficoltà dell’impresa; la designazione dell’esperto ricade, tuttavia, nella competenza del *Président du Tribunal*, il quale – a differenza del Giudice italiano – è altresì chiamato ad esaminare la «situazione economica, finanziaria, sociale e patrimoniale», le «esigenze di finanziamento» dell’imprenditore e «i mezzi per soddisfarle» (art. L611-6 *code de commerce*). Ciò che si intende dire è che il connotato privatistico della composizione negoziata di per sé non sarebbe stato incompatibile con una (più) puntuale determinazione delle sue modalità di instaurazione; in ogni caso, l’omesso coinvolgimento del Tribunale avrebbe probabilmente richiesto un bilanciamento: coerente con la composizione negoziata sarebbe stata la previsione di un aggravio procedimentale che, sulla falsariga dell’art. 265 CCII, facesse precedere al deposito dell’istanza di nomina dell’esperto una formale deliberazione dei soci, nelle società personali, o degli amministratori, nelle società di capitali⁵⁶. Così, si sarebbe

⁵³ A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma!*, cit., p. 11.

⁵⁴ S. LEUZZI, *Una rapida lettura dello schema di d.l. recante misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale*, in *dirittodellacrisi.it*, 2021, p. 2.

⁵⁵ A titolo d’esempio, si ricordino la previsione delle misure protettive (art. 19 CCII), la sottoposizione degli atti di straordinaria amministrazione all’obbligo di *disclosure* verso l’esperto (art. 21 CCII), la possibile deroga all’art. 2560, 2° co., c.c. in caso di trasferimento d’azienda (art. 22, lett. d, CCII).

⁵⁶ R. GUIDOTTI, *op. cit.*, p. 9 ritiene, anche in assenza di un’apposita specificazione legislativa, «opportuno» un voto del consiglio di amministrazione in materia di avvio della composizione negoziata.

assicurata un'interlocuzione sull'effettiva proporzionalità della composizione negoziata rispetto allo squilibrio in atto e la presa in considerazione, in alternativa, di procedure concorsuali o di rimedi più incisivi della composizione negoziata stessa.

Più apprezzabile è, invece, l'attribuzione al solo imprenditore della scelta se avviare o meno la composizione negoziata⁵⁷; non permettendo ai creditori di presentare essi stessi l'istanza di nomina dell'esperto⁵⁸, il legislatore ha introdotto un istituto «duttile con forte accentuazione privatistica»⁵⁹, in asse sia con le riforme in materia fallimentare che, accavallatesi a partire dal 2005, hanno dismesso «insidiose concezioni pubblicistiche a favore di un rafforzamento dell'autonomia privata»⁶⁰ sia con la tendenziale ritrosia italiana a riconoscere un ruolo ai creditori nell'avvio di procedure alternative al fallimento (ora liquidazione giudiziale). Da questa prospettiva visuale, lontani dall'esperienza giuridica italiana appaiono tanto l'ordinamento portoghese⁶¹ quanto quello sloveno⁶²: nel primo, il concorso tra i creditori può essere aperto anche

⁵⁷ L'opzione è stata recentemente definita «lodevole»: v. F. SANTANGELI, *op. cit.*, p. 4. Va ricordato che, ai sensi dell'art. 25 *octies*, 1° co., CCII, nelle società dotate di un organo di controllo, esso è tenuto a segnalare per iscritto all'organo di amministrazione la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto; entro il termine indicato nella segnalazione, non superiore a trenta giorni, l'organo di amministrazione deve riferire «in ordine alle iniziative intraprese»; la tempestività della segnalazione e la vigilanza, in caso di avvio della composizione negoziata, sulle trattative sono valutate – precisa l'art. 25 *octies*, 2° co., CCII – ai fini della responsabilità ex art. 2407 c.c. dei componenti dell'organo di controllo. In argomento si vedano C. BAUCO, *Il ruolo dell'organo di controllo nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, su dirittodellacrisi.it, 2022, e F. SUDIERO, *L'allerta interna di cui all'art. 15 del decreto legge n. 118/2021: un nuovo potere «proattivo» dell'organo di controllo ed un confronto con l'art. 14 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento. D.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021*, cit., pp. 87 ss..

⁵⁸ È da sottolineare che i creditori pubblici qualificati (INPS, INAIL, Agenzia delle entrate, Agenzia delle entrate-riscossione) devono, in caso di ritardi nei pagamenti, individuati dal Codice nel loro ammontare, inviare una segnalazione all'imprenditore e, ove previsto, all'organo di controllo, unitamente all'invito, «se ne ricorrono i presupposti», alla presentazione dell'istanza per la designazione dell'esperto (art. 25 *novies* CCII); sul punto, v. ASSONIME, *Composizione negoziata della crisi: segnalazioni dei creditori pubblici qualificati e altre misure*, circolare n. 8/2022.

⁵⁹ F. SANTANGELI, *op. cit.*, p. 12, nt. 25.

⁶⁰ E. DESANA, *L'impresa tra tradizione e innovazione*, cit., p. 277.

⁶¹ M. PESTANA DE VASCONCELOS, *Il risanamento pre-insolvenziale del debitore nel diritto portoghese: la (nuova) procedura speciale di rivitalizzazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, pp. 714 ss.; C. SERRA, *O Processo Especial de Revitalização na Jurisprudência*, Coimbra, 2016; ID., *O regime português da insolvência*, Coimbra, 2012.

⁶² M. BRUCKMÜLLER – L. STRUC, *Slovenia*, in *Insolvency and Restructuring Law in Central & Eastern Europe. An Introduction for Practitioners*, a cura di C. Hoening – C.

laddove l'impresa versi in una situazione di «*insolvência meramente iminente*», a condizione però che almeno un creditore presenti, congiuntamente ad essa, la relativa domanda al Tribunale (art. 17-C, n. 1, *Código da Insolvência e Recuperação de Empresas* – CIRE); nel secondo, similmente, è delineata una procedura di ristrutturazione preventiva, correlata alla probabilità che la parte debitrice entro un anno diventi insolvente, che può essere aperta su domanda dell'impresa o di tanti creditori che siano unitariamente titolari di più del venti per cento dei crediti finanziari (art. 44 f, *Zakon o finančnem poslovanju, postopkih zaradi insolventnosti in prisilnem prenehanju* – ZFPPIPP).

6. Un secondo intermezzo comparatistico: aspetti di originalità della figura del *Président du Tribunal de commerce*

Nella composizione negoziata, come è stato osservato, non vi è «alcuna “chiusura del cerchio” in sede giudiziale»⁶³. L'art. 23 CCII, nel regolare la conclusione delle trattative con i creditori, non collega appendici di tipo giurisdizionale all'evenienza in cui esse abbiano avuto un esito infausto; né l'esperto deve trasmettere segnalazioni al pubblico ministero. Ci si è discostati, in tal modo, dallo schema dell'allerta inizialmente delineato dal Codice, nel quale il collegio degli esperti, rilevati «elementi» che rendessero «evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore», avrebbe informato il referente che, a sua volta, avrebbe segnalato la circostanza al pubblico ministero⁶⁴. Il pubblico ministero, ricevuta la segnalazione, si sarebbe allora rivolto al Tribunale perché accertasse lo stato di insolvenza: un risultato che avrebbe tramutato la procedura

Hammerl, Wien, 2014, pp. 468 ss.; R. BATTAGLIA, *Ordinamento sloveno: crisi d'impresa, prassi “pre-insolvenza” e ristrutturazione finanziaria preventiva*, in *Fallimento*, 2015, pp. 1123 ss.

⁶³ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 11. Il Consiglio di Stato, nel parere reso, all'esito dell'adunanza della Commissione speciale del 1° aprile 2022, sullo Schema di decreto legislativo recante modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, ha definito la composizione negoziata come «strumento extragiudiziario» (si rinvia, più precisamente, alla p. 10 del parere).

⁶⁴ Si veda, in proposito, l'art. 22 CCII nella formulazione anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 83/2022. Tra le criticità del sistema dell'allerta era stata, infatti evidenziata, l'«effettività del carattere *confidenziale* della procedura», senz'altro suscettibile di essere compromessa proprio dalla previsione del coinvolgimento, ancorché eventuale, del pubblico ministero: P. MONTALENTI, *Il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza: assetti organizzativi adeguati, rilevazione della crisi, procedure di allerta nel quadro generale della riforma*, cit., pp. 829 ss. V. altresì G. BONFANTE, *Le misure d'allerta*, in *Giur. it.*, 2019, pp. 1943 ss.

d'allerta, almeno nella sua variante patologica, nel prologo della liquidazione giudiziale⁶⁵.

Espunto – ed è stato un bene – l'intervento del pubblico ministero⁶⁶, si nota come il Giudice reciti, nella composizione negoziata, la parte mozartiana del *convitato di pietra*, la cui presenza, sempre incombente sullo svolgimento delle trattative, è destinata a palesarsi in momenti ben definiti e, di regola, su iniziativa dell'imprenditore. Assume aspetti quasi paradossali l'osservazione che, nelle pieghe del Codice, si annida una sorta di *editio minor* della composizione negoziata, nella quale astrattamente l'imprenditore potrebbe non avere occasioni di interfacciarsi col Giudice: è il caso, scolastico ma non da escludere a priori, in cui il debitore non richieda l'applicazione di misure protettive, né ponga in essere alcuno degli atti – la contrazione di finanziamenti prededucibili, il trasferimento dell'azienda commerciale assistito dalla deroga all'art. 2560, 2° co., c.c. – che richiedano la preventiva autorizzazione giudiziale.

Il dato porta a misurarsi, in ottica comparatistica, col modello transalpino, ove il *Président du Tribunal de commerce*, più che esercitare poteri autorizzativi, assume funzioni di assistenza e consulenza in senso lato alle imprese in difficoltà. Egli può, infatti, avviare la *procédure d'alerte*⁶⁷; prerogativa, questa, riconosciuta anche ai soci delle società di capitali che detengano almeno il cinque per cento del capitale sociale, al *comité social et économique*, al *commissaires aux comptes* e ai *groupements de prévention agréés*. Più nel dettaglio, il *Président du*

⁶⁵ Secondo S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, cit., p. 10, con l'avvento del nuovo istituto, si è passati dal metodo del «bastone e la carota» al metodo della «sola carota e per giunta servita su un vassoio allestito senza 'inquietanti contorni finali'».

⁶⁶ Ha osservato E. DESANA che la segnalazione al pubblico ministero, tipica degli strumenti di allerta mai entrati in vigore, costituiva il «frutto di una visione un po' dirigista» (*Le misure di allerta tra vecchio e nuovo diritto della crisi: la tela di Penelope*, cit., p. 12).

⁶⁷ Le procedure d'allerta sono state innestate nell'ordinamento concorsuale transalpino dalla l. 1° marzo 1984 n. 84-148, che ha rappresentato il primo testo di respiro generale sulla prevenzione dell'insolvenza. La riforma fu preceduta dai lavori della Commissione Sudreau che, il 7 febbraio 1975, consegnò un *Rapport* ancor oggi ricordato per aver proposto di prevedere una procedura speciale allorché fossero emersi elementi «concordanti e seri» che lasciassero presagire situazioni di difficoltà. In argomento si vedano, almeno, J.M. VERDIER, *Le Rapport Sudreau*, *Rev. intern. dr. comp.*, 1976, pp. 771 ss.; J. GUYENOT, *L'adaptation du droit des sociétés aux réalités de l'entreprise selon le rapport Sudreau*, in *Riv. dir. comm.*, 1975, I, pp. 238 ss.. Tra gli Autori italiani si segnalano P. MONTALENTI, *Democrazia industriale e diritto dell'impresa*, 1981, pp. 127 ss.; G.E. COLOMBO, *Il rapporto Sudreau sulla riforma dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1975, pp. 311 ss.; G. ZANGARI, *Partecipazione e conflitto nell'impresa (nel diritto italiano e comparato)*, in *Dir. lav.*, 1975, I, pp. 317 ss.

Tribunal de commerce, rilevate «difficoltà che possono compromettere la continuità aziendale», che siano emerse da «qualsiasi atto, documento o procedura», dispone la convocazione dei dirigenti della società (art. L611-2 *code de commerce*) allo scopo di individuare una via di uscita alla crisi.

Il *Président du Tribunal de Commerce* svolge dunque un «ruolo essenziale» nell'attività di prevenzione dell'insolvenza⁶⁸. La convocazione è funzionale, perciò, a far sì che la società assuma iniziative idonee a porre rimedio allo squilibrio dell'impresa, restando però escluse ingerenze giudiziali nella gestione; il Presidente è, più semplicemente, l'«interlocutore privilegiato» degli organi sociali poiché egli è nelle condizioni di conoscere il tessuto economico e la situazione della società, anche grazie alla partecipazione agli osservatori sulle imprese in difficoltà, nel corso dei quali rappresentanti degli organismi fiscali e della *Banque de France* condividono le informazioni di cui siano al corrente⁶⁹. Va aggiunto, sul versante procedimentale, che, se l'invito a comparire non è accolto, il *Président*, anche in forza della propria autorità personale⁷⁰, può richiedere ai *commissaires aux comptes*, ai membri e ai rappresentanti del personale, alle pubbliche amministrazioni o agli organismi di previdenza sociale una comunicazione che riporti l'«esatta informazione sulla situazione economica e finanziaria» dell'impresa (art. L611-2 *code de commerce*).

Un'ultima annotazione. Il *Tribunal de Commerce* è un elemento tipizzante dell'ordinamento francese, il cui carattere eccezionale è un dato pacifico⁷¹: non si tratta di una magistratura togata costituita da giudici selezionati con un concorso pubblico, atteso che i suoi componenti sono imprenditori o dirigenti che nei cinque anni precedenti abbiano avuto responsabilità di direzione in una società commerciale o in un'impresa pubblica, scelti da loro pari (art. L723-4 *code de commerce*).

⁶⁸ G. JAZOTTES, *La juridiction commerciale, d'un juge du commerce à un juge de l'économie (approche comparatiste)*, in *Qu'en est-il du Code de Commerce 200 ans après? État des lieux et protections, Actes du colloque des 27 et 28 octobre 2007*, cit., p. 330.

⁶⁹ J. VALLANSAN, *Le rôle du juge dans les procédures préventives*, *Rev. proc. coll.*, 2014, 1, p. 77.

⁷⁰ P. PETEL, *Procédures collectives*, Paris, 2014, §31.

⁷¹ C. BOILLOT, *Les Tribunaux de commerce et le code de commerce: heurts et malheurs de la codification*, in *D'un Code à l'autre: le droit commercial en mouvement*, sous la direction de P. Le Cannu, Paris, 2008, p. 140; D. HOUTCIEFF, *Droit commercial, Actes de commerce, Commerçants, Fonds de commerce, Instruments de paiement et de crédit*, Paris, 2005, p. 23.

SEZIONE SECONDA

7. Il trasferimento d'azienda e i *due volti* di Giano

Il legislatore indica all'imprenditore in composizione negoziata due itinerari alternativi per giungere all'alienazione del complesso aziendale o di un suo ramo; scartata la soluzione di stampo francese che attribuisce al *conciliateur* il potere, su istanza del debitore o dei creditori, di «organizzare» la cessione dell'azienda (art. L611-7 *code de commerce*), il Codice assicura margini di autonomia all'imprenditore nell'articolazione dell'operazione: ampi nell'ipotesi di trasferimento (implicitamente) regolata all'art. 21 CCII; angusti nel diverso scenario contemplato all'art. 22 CCII.

I tratti differenziali tra le due fattispecie di trasferimento richiamano, dunque, alla mente il capo di Giano, la divinità romana che era raffigurata bifronte: senza indugiare in particolari – che emergeranno dall'esame dei diversi aspetti normativi – si può sin da subito notare che il trasferimento assume fisionomie distinte nei contesti disciplinati agli artt. 21 e 22 del Codice.

Benché, infatti, il trasferimento dell'azienda sia menzionato in modo espresso all'art. 22, lett. d, CCII, l'operazione ricade, senza eccessivi sforzi ermeneutici, anche nell'alveo di applicazione dell'art. 21 CCII, disposizione in materia di atti di straordinaria amministrazione: le vicende circolatorie dell'azienda eccedono, d'altronde, l'ordinaria amministrazione, anche in considerazione del rilievo che il trasferimento non si limita a realizzare l'effetto giuridico direttamente corrispondente all'intento delle parti del negozio (la traslazione dei beni organizzati dal cedente al cessionario), ma incide sulla sfera giuridica dei creditori; costoro subiranno, nel senso che non potranno opporvisi, il mutamento quantitativo e qualitativo del patrimonio del debitore per l'avvicendamento tra il complesso aziendale e una somma di denaro, come tale, per sua natura, più agevole da occultare agli occhi, anche più attenti, dei creditori⁷².

⁷² In G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 63 si ricorda che il codice civile ha inteso proteggere proprio l'interesse «dei creditori aziendali a non vedersi sottratta l'azienda come garanzia generica dei loro crediti», aggiungendo che «tra i molti strumenti adottabili a tal fine il nostro ordinamento ha optato per quello consistente nell'affiancare, alla permanente responsabilità dell'alienante per tutti i debiti aziendali, la responsabilità dell'acquirente per i debiti risultanti dalle scritture obbligatorie». Più recentemente, G. COTTINO ha osservato che la «duplice» *ratio* dell'art. 2560 c.c. è «di tutelare per un verso le ragioni dei creditori dell'imprenditore cedente, di salvaguardare per l'altro l'interesse dell'acquirente ad avere un quadro di riferimento debitorio, e di correlative responsabilità, quanto possibile certo e affidabile, quale è quello rappresentato dalle scritture contabili obbligatorie» (*Divagazioni su cessione di ramo di azienda, debiti e "eternità" del processo*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2125 ss.).

Ai sensi dell'art. 21 CCII, l'imprenditore che intenda, nella pendenza della composizione negoziata, procedere al trasferimento (o ad altro atto di straordinaria amministrazione)⁷³ deve informarne l'esperto; si tratta di un obbligo di *disclosure* strettamente propedeutico al successivo vaglio, rimesso dal Codice all'esperto, sull'eventuale pregiudizio che dall'atto in questione possano trarre le trattative, i creditori o le stesse prospettive di risanamento dell'impresa. La dottrina ha opportunamente evidenziato che l'esperto ha il «compito esclusivo di favorire un accordo con i creditori»⁷⁴ e di «accompagnare» l'imprenditore e le altre parti interessate «verso l'acquisizione e l'incremento della consapevolezza circa la situazione reale dell'impresa e il perseguimento dei possibili obiettivi di risanamento»⁷⁵; in relazione a tali attività sarebbe stata eccentrica l'attribuzione all'esperto di un potere di veto rispetto al compimento degli atti di straordinaria amministrazione⁷⁶. Condivisibile è, quindi, la previsione che l'esperto debba evidenziare per iscritto all'imprenditore i profili di criticità insiti nell'operazione e, ove l'imprenditore intenda comunque darvi corso, iscriverne il proprio dissenso al compimento dell'operazione nel Registro delle imprese (art. 21, 4° co., CCII) e trasmettere la segnalazione al Tribunale affinché le misure protettive siano revocate o ridotte nella loro estensione temporale (art. 21, 5° co., CCII). La cessione dell'azienda e, più in generale, gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione, se compiuti nonostante il parere contrario dell'esperto, avviano, quindi, un'*escalation* che può culminare con la perdita, per l'imprenditore, dello scudo protettivo che sino ad allora ha riparato il patrimonio dell'impresa dalle iniziative

⁷³ Ampliando l'orizzonte dell'indagine, è da ricordare che la ricerca di un canone discrezionale tra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione si è rivelata particolarmente complessa nell'ambito del concordato preventivo, procedura che – in ciò distinguendosi dalla composizione negoziata – spossa, seppure in via attenuata, l'imprenditore; l'art. 94, 2° co., CCII, riprendendo pressoché testualmente l'art. 167, 2° co., l. fall., elenca in modo non tassativo gli «atti eccedenti l'ordinaria amministrazione». Si vedano, almeno, P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio – B. Sassani, IV, Milano, 2016, p. 209; V. ZANICHELLI, *Pagamenti e atti non autorizzati; questi e quelli per la Cassazione pari sono*, in *Fallimento*, 2020, pp. 375 ss.; M. FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, II, *Il concordato preventivo*, in *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, p. 400.D. SPAGNUOLO, *Commento sub art. 167 l. fall.*, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Commento per articoli*, a cura di A. Nigro – M. Sandulli – V. Santoro, Torino, 2014, p. 167.

⁷⁴ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 7.

⁷⁵ S. PACCHI, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, cit., p. 5.

⁷⁶ Anzi, come evidenziato da R. GUIDOTTI, «l'atto di gestione rimane pur sempre a tutti gli effetti in capo all'imprenditore» con la conseguenza che l'esperto «non ha un potere di opposizione in senso stretto» (*op. cit.*, p. 18).

esecutive e cautelari dei creditori; il che, a ben guardare, contribuisce a rafforzare la *moral suasion* dell'esperto, favorendo forme di concertazione preventiva con l'imprenditore ed evitando *strappi* che possano ledere il percorso di risanamento.

Invece, in caso di trasferimento autorizzato dal Giudice *ex art. 22 CCII*, il cessionario beneficerà della liberazione dei debiti pregressi registrati nei libri contabili obbligatori, che resteranno quindi in capo al cedente⁷⁷. Ma non solo: il provvedimento del Giudice stabilizzerà altresì gli effetti del trasferimento, i quali non saranno suscettibili di essere revocati ove, chiusa la composizione negoziata, siano omologati un accordo di ristrutturazione dei debiti, un concordato preventivo, un concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio o un piano di ristrutturazione *ex art. 64 bis CCII*, oppure intervengano la liquidazione giudiziale, la liquidazione coatta amministrativa o l'amministrazione straordinaria (art. 24, 1° co., CCII).

Il decreto del Giudice, che implica lo scrutinio sulla funzionalità del trasferimento alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, è emanato all'esito di un procedimento nel quale sono seguite, nei limiti della compatibilità, le regole tipiche dei procedimenti in camera di consiglio *ex artt. 737 ss. c.p.c.*; la decisione, suscettibile di reclamo al Collegio, è assunta dal Giudice monocratico successivamente all'audizione delle «parti interessate» e all'assunzione delle «informazioni necessarie». È stabilito che il Giudice, che può farsi assistere da ausiliari *ex art. 68 c.p.c.*, verifichi altresì «il rispetto del principio di competitività nella selezione dell'acquirente» e detti le «misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti» (art. 22, lett. d, CCII).

8. L'inserimento del trasferimento d'azienda in un contesto normativo speciale: le ragioni della scelta del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Il motivo per cui il Codice e, prima ancora, il d.l. n. 118/2021 hanno avvertito la necessità di apprestare regole speciali per il trasferimento d'azienda nella composizione negoziata, per quanto probabilmente intuitivo, merita di essere qui ribadito: è proprio nel corso delle trattative con i creditori che l'imprenditore può individuare nell'alienazione dell'azienda o, più limitatamente, di una o più sue articolazioni il rimedio

⁷⁷ Come precisato dall'art. 22, lett. d, CCII, nell'ambito di tale peculiare ipotesi di trasferimento d'azienda continua ad operare l'art. 2112 c.c., con la conseguenza che non sarà intaccata la solidarietà tra cedente e cessionario a prescindere dalla circostanza che i crediti dei lavoratori dipendenti siano o meno registrati nelle scritture contabili.

che meglio si attaglia alla condizione di squilibrio dell'impresa⁷⁸. Consentendo all'imprenditore di procedere al trasferimento nella pendenza della composizione negoziata si mitiga il rischio che il semplice trascorrere del tempo incida negativamente sul valore degli *assets* aziendali e renda, così, maggiormente gravosa la ricerca di soggetti potenzialmente interessati; il Codice assicura, inoltre, che il trasferimento dell'azienda – operazione in sé destinata a mutare la consistenza patrimoniale dell'impresa e la garanzia dei creditori – sia preceduta da un'accurata ponderazione da parte dell'imprenditore. Questi, infatti, non potrà sottrarsi ad una rigida alternativa: o il trasferimento sarà autorizzato dal Giudice (art. 22 CCII) oppure sarà oggetto di una preventiva informativa all'esperto (art. 21 CCII).

Il termine «trasferimento» ha ricevuto, con riferimento agli artt. 2556 e seguenti del codice civile, un'interpretazione per lo più restrittiva; si è detto, infatti, che non configurano una cessione d'azienda né «la vendita separata dei beni che la compongono» né la «vendita congiunta destinata a un fine differente» dall'esercizio dell'attività d'impresa, quale il «loro progressivo smantellamento»⁷⁹. Tale impostazione è vieppiù avvalorata dall'osservazione che il codice civile – all'art. 2556 – si riferisce esplicitamente ai «contratti che hanno ad oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'*azienda*», quasi a voler chiarire sin da subito che le regole speciali dettate in ordine al divieto di concorrenza (art. 2557 c.c.) e alla successione nei contratti (art. 2558 c.c.), nei crediti (art. 2559 c.c.) e nei debiti (art. 2560 c.c.) non possono trovare applicazione allorché l'imprenditore ceda singoli cespiti che non siano tali da consentire al cessionario di esercitare, a mezzo di essi, l'attività d'impresa. Del lemma in questione è stata proposta, nel quadro della composizione negoziata, una lettura ancor meno ampia, diretta ad escludere dal suo valore semantico l'affitto⁸⁰; su un piano generale, va ricordato che l'affitto d'azienda «collega la funzione contrattuale della locazione (in base alla quale “una parte si obbliga a far godere all'altra parte una cosa mobile o immobile per un dato tempo verso un determinato corrispettivo”, ai sensi dell'art. 1571 c.c.), con la destinazione economica e produttiva propria del particolare bene locato, vale a dire l'azienda», con la conseguenza che «gli elementi essenziali rimangono l'affitto, vale a dire il diritto di godimento su una

⁷⁸ Si è sottolineato, infatti, che la cessione dell'azienda può palesarsi, durante le trattative, come «unica o comunque preferibile soluzione alla crisi» (G. D'ATTORRE, *Il trasferimento d'azienda nella composizione negoziata*, cit., p. 2).

⁷⁹ M. SPIOTTA, *L'organizzazione dell'attività*, in *Lineamenti di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, Bologna, 2020, p. 87.

⁸⁰ Così G. D'ATTORRE, *Il trasferimento d'azienda nella composizione negoziata*, cit., p. 3.

propria cosa attribuito all'altra parte, la natura della *res* (quindi, di complesso organizzato di beni e rapporti organizzato dall'imprenditore per l'esercizio dell'attività economica), la durata temporanea ed il canone dovuto a titolo di corrispettivo»⁸¹.

In tempi recenti, si è sostenuto che l'argomento che «orienta in senso negativo» rispetto all'assoggettamento dell'affitto al procedimento *ex art.* 22 CCII sia «rappresentato dall'effetto principale dell'autorizzazione del Tribunale, costituito dalla deroga all'art. 2560, comma 2, c.c., che, in relazione all'affitto, viene a perdere di significato, atteso che già sulla base della disciplina di diritto comune, l'art. 2560 c.c. non trova applicazione all'affitto d'azienda»⁸². Che l'affittante e l'affittuario dell'azienda non siano tenuti all'osservanza dell'art. 2560 c.c. è un approdo ormai consolidato tanto in dottrina⁸³ quanto in giurisprudenza⁸⁴: l'affittuario non risponde di quei debiti aziendali che, per quanto registrati nelle scritture contabili obbligatorie, siano sorti prima della costituzione dell'affitto⁸⁵. Ed è importante ricordare che, con riferimento alla retrocessione dell'azienda all'affittante, si è evidenziato opportunamente che i rapporti tra le parti non sono regolati dall'art. 2560, 2° co., c.c., perché, altrimenti, «l'affittante

⁸¹ F. FIMMANÒ, *Affitto di azienda, concordato in continuità e fallimento del locatore*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 2057 ss., nt. 5.

⁸² G. D'ATTORE, *op. loc. ult. cit.*

⁸³ In F. FIMMANÒ, *Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, cit., p. 134 si legge che l'art. 2560, 2° co., c.c. è «norma eccezionale e come tale inapplicabile a ipotesi non espressamente previste»; si segnala, del medesimo Autore, *Retrocessione dell'azienda affittata e responsabilità del concedente per i debiti dell'affittuario*, in *Fallimento*, 2018, pp. 26 ss.. V. altresì M. CIAN, *Il trasferimento dell'azienda*, in *Manuale di diritto commerciale*, a cura di M. Cian, Torino, 2021, p. 81; P.G. CASALI, *Il passaggio dei debiti nella cessione d'azienda tra art. 2558 c.c. e art. 2560 c.c.*, su *ilcaso.it*, 2020; G.F. CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2015, p. 72; F. PADOVINI, *L'affitto*, in *I contratti per l'impresa. I. Produzione, circolazione, gestione, garanzia*, a cura di G. Gitti – M. Maugeri – M. Notari, Bologna, 2012, p. 254.

⁸⁴ Tra le pronunce più recenti, si segnalano App. Arezzo, 29 giugno 2020, in *dejure.it*; Trib. Vercelli, 13 marzo 2018, *ivi*. La soluzione è attestata anche in decisioni più lontane nel tempo, tra le quali si evidenziano Cass., 8 maggio 1981, in *Giust. civ. Mass.*, 1981; Cass., 3 luglio 1958, n. 2386, in *Giur. it.*, 1959, I, 1, p. 332. *Contra*, Cass., 9 ottobre 2017, n. 23581, in *Fallimento*, 2018, pp. 26 ss., con nota di F. FIMMANÒ, *Retrocessione dell'azienda affittata e responsabilità del concedente per i debiti dell'affittuario*.

⁸⁵ «Il silenzio del legislatore sull'affitto nell'art. 2559, comma 2°, rimane inspiegabile»: così G.E. COLOMBO, *Usufrutto ed affitto dell'azienda*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, cit., p. 290. Tale silenzio risulta, tuttavia, giustificato accedendo ad altra impostazione interpretativa: «nell'affitto volontario – è stato rimarcato, infatti, da F. FIMMANÒ – l'azienda, come in tutti i casi di trasferimento in godimento, resta a far parte dei beni che costituiscono la garanzia patrimoniale del cedente e quindi l'affittuario è esposto all'azione espropriativa da parte dei creditori del locatore» (*Fallimento e circolazione dell'azienda socialmente rilevante*, cit., p. 134).

sarebbe esposto a tutte le obbligazioni contratte dall'affittuario, eliminando ogni *efficacia segregativa*» tipica dell'affitto d'azienda⁸⁶.

Tornando alla composizione negoziata, la tesi che preclude *tout court* all'imprenditore di attivare il procedimento autorizzativo in caso di affitto d'azienda attribuisce un peso eccessivo ad uno soltanto degli effetti tipici del decreto di autorizzazione, e cioè alla deroga, in caso di alienazione dell'azienda commerciale, all'art. 2560, 2° co., CCII; tuttavia, come si è anticipato, il decreto stabilizza altresì il negozio traslativo allorché alla composizione negoziata consegua, ad esempio, una procedura concorsuale (art. 24, 1° co., CCII). A ciò potrebbe replicarsi che nulla osterebbe a che l'imprenditore, pur non potendo sottoporre al Giudice l'istanza di autorizzazione all'affitto dell'azienda, configurasse l'operazione come mero atto di straordinaria amministrazione, informandone, ai sensi dell'art. 21 CCII, l'esperto perché ne valuti il carattere eventualmente pregiudizievole; si potrebbe altresì proseguire, argomentando *a contrariis* dall'art. 24, 3° co., CCII, che, ove l'esperto non iscrivesse il proprio dissenso nel Registro delle imprese, l'atto non sarebbe comunque soggetto alle azioni revocatorie ex artt. 165 e 166 CCII. L'obiezione non coglierebbe, tuttavia, nel segno: essa condurrebbe, infatti, ad un risultato pratico non del tutto soddisfacente, finendo col sottrarre in radice all'Autorità giudiziaria il duplice controllo sia sulla funzionalità dell'affitto dell'azienda rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori (art. 22, 1° co., CCII) sia sul rispetto, nella selezione della parte affittuaria, del principio di competitività, (art. 22, lett. d, CCII).

9. Il decreto di autorizzazione del Giudice può prevedere un piano di riparto delle somme ricavate dal trasferimento?

Coerentemente con l'impalcatura privatistica della composizione negoziata, il procedimento di autorizzazione non si conclude con l'emissione di un decreto di trasferimento; lo stesso termine «autorizzazione» rischia anzi di ingenerare un (evitabile) equivoco: non si tratta di un decreto diretto a rimuovere un limite, legalmente previsto, al potere dell'imprenditore di procedere alla stipulazione del contratto⁸⁷. E, a

⁸⁶ Così F. FIMMANÒ, *Retrocessione dell'azienda affittata e responsabilità del concedente per i debiti dell'affittuario*, cit., pp. 26 ss.; in particolare, nello scritto l'Autore ha evidenziato le perplessità suscitate da una decisione della Suprema Corte (Cass., 9 ottobre 2017, n. 23581) che aveva sostenuto l'applicabilità dell'art. 2560 c.c. alla retrocessione, seppure in una circostanza peculiare: più nel dettaglio, nel caso sottoposto allo scrutinio dei Giudici di legittimità, fallita la parte affittuaria, il curatore fallimentare della parte affittante aveva esercitato il diritto di recesso ex art. 79 l. fall., ottenendo la conseguente restituzione del complesso aziendale.

⁸⁷ In L. PANZANI, *La composizione negoziata alla luce della direttiva Insolvency*, in *ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, p. 12 si nota che l'autorizzazione, nel contesto della

conferma di ciò, va ripetuto ancora una volta che il trasferimento – ove il cedente non intenda liberare il cessionario dei debiti registrati – sarà, più semplicemente, oggetto di un’informativa all’esperto.

Se appare pacifico che il Giudice non possa, in assenza di un’espressa previsione normativa, ordinare la cancellazione dei diritti di prelazione e delle trascrizioni che insistono sui beni aziendali dei quali ha autorizzato il trasferimento⁸⁸, è più delicato stabilire se il decreto possa prevedere un ordine di distribuzione delle somme ricavate dal cedente. L’argomento favorevole si sintetizza nel rilievo che i creditori anteriori al trasferimento non possono, in deroga all’art. 2560, 2° co., CCII, rivolgersi al cessionario per ottenere il pagamento dei crediti registrati nelle scritture contabili obbligatorie e devono ricevere, quindi, una tutela rafforzata. Si è ipotizzato, a livello teorico, che la previsione di un piano di riparto rientri tra le «misure ritenute opportune» che, ai sensi dell’art. 22 lett. d, CCII, possono essere dettate dal Giudice⁸⁹.

Alla tesi ora esposta possono muoversi, a parere di chi scrive, tre rilievi di segno contrario: *i*) la stessa previsione da parte del Giudice di un piano di riparto determinerebbe una disparità di trattamento rispetto al caso in cui l’azienda sia trasferita secondo le modalità di cui all’art. 21 CCII, atteso che in tale circostanza l’esperto, informato della volontà dell’imprenditore di cedere l’azienda, potrebbe al più esprimere il proprio dissenso e rivolgersi al Giudice affinché revochi le misure di protezione, non avendo però il potere di impartire indicazioni cogenti in ordine alla distribuzione del ricavato; *ii*) si prospetterebbe un ulteriore, benché più sottile, aspetto di disparità, dal momento che l’obbligo di redigere un piano di riparto non può assurgere a regola generale, anche pensando all’evenienza in cui il trasferimento si sostanzia in un conferimento dell’azienda in altra società, in

composizione negoziata, non è richiesta al fine di rendere efficace l’atto di volta in volta sottoposto al vaglio del Giudice, quanto piuttosto per collegare all’atto stesso determinati effetti, quali, ad esempio, la deroga all’art. 2560, 2° co., c.c. in occasione del trasferimento dell’azienda commerciale.

⁸⁸ T. NIGRO, *La corretta qualificazione del principio di competitività nelle vicende circolatorie dell’azienda operate nell’ambito della composizione negoziata*, su *dirittodellacrisi.it*, 2022, p. 12. Si è osservato, in proposito, che è «ragionevole ritenere che l’acquirente, se sussistono garanzie reali, presumibilmente ridurrà l’importo offerto di un importo corrispondente a quello necessario per procedere successivamente alla liberazione del bene»: così G. D’ATTORRE, *La concorsualità “liquida” nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, pp. 301 ss.

⁸⁹ R. BROGI, *Le autorizzazioni e la rideterminazione delle condizioni contrattuali*, in *Fallimento*, 2021, pp. 1548 ss.; G. D’ATTORRE, *op. loc. ult. cit.*. La soluzione non è di agevole traduzione pratica, tantoché anche gli Autori che l’hanno formulata hanno giustamente riconosciuto che il piano di riparto sarebbe privo di effetti reali, non disponendo i creditori di un’azione nei confronti del cedente che non lo eseguisse spontaneamente.

quanto, in tale frangente, l'imprenditore conferente diverrebbe sì titolare della quota di partecipazione nella società conferitaria, ma non disporrebbe per ciò solo di liquidità aggiuntiva da distribuire tra i creditori⁹⁰; *iii*) infine, va messo in risalto che il piano di riparto mal si concilierebbe con l'assenza, nella disciplina della composizione negoziata, di un modulo procedimentale assimilabile, se non al procedimento di formazione dello stato passivo tipico della liquidazione giudiziale, quantomeno alla verifica amministrativa dei crediti che caratterizza il concordato preventivo⁹¹.

10. La selezione del cessionario tra contraddittorio con le parti interessate e principio di competitività

Colmata la lacuna segnalata dalla dottrina⁹² ed innovando rispetto all'art. 10, lett. d, d.l. n. 118/2021, l'art. 22 CCII prescrive ora che il Giudice, chiamato a pronunciarsi sull'istanza di autorizzazione al trasferimento dell'azienda, debba «verificare» il rispetto del «principio di competitività» nella selezione del cessionario. Nel periodo intercorrente tra l'emanazione del d.l. n. 118/2021 e l'entrata in vigore del Codice era intervenuto, tuttavia, il *Documento allegato* al decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021, che, indicando un modello «virtuoso» di trasferimento⁹³, aveva già sollecitato l'adozione di alcuni accorgimenti che, nel solco della competitività, tendevano a ridurre la discrezionalità del cedente nella scelta della controparte contrattuale⁹⁴.

Il riferimento espresso al «principio di competitività» porta con sé un quesito: la cessione dell'azienda, nella cornice della composizione

⁹⁰ Nel conferimento d'azienda si assiste ad una «singolarità» nella misura in cui il conferente, «piuttosto che rimanere del tutto estraneo alle vicende dell'azienda successive al trasferimento, vi partecipa mediante l'esercizio dei poteri connessi alla sua partecipazione sociale»: così G. AGRUSTI, *Il contratto di cessione di azienda*, in *I contratti di impresa*, a cura di A. Di Amato, Milano, 2020, p. 1286.

⁹¹ Nella procedura concordataria non è contemplato, infatti, un procedimento volto alla formazione dello stato passivo; il termine «verifica amministrativa dei crediti», riportato in alcuni precedenti di merito (Trib. Padova, 18 maggio 2016, su *fallimentiesocietà.it*, e Trib. Ravenna, 22 maggio 2014, su *ilcaso.it*.) mette in luce come il provvedimento di omologazione non faccia calare il giudicato sull'esistenza, sul *quantum* e sul rango dei crediti (Cass., 11 marzo 2022, n. 8007, in *dejure.it*). Anzi, il creditore ha la facoltà di promuovere nei confronti della società debitrice, anche anteriormente all'omologazione della proposta di concordato, un giudizio di accertamento (Cass., 25 settembre 2014, n. 20298, in *CED Cassazione*, 2014; Trib. Spoleto, 1° marzo 2022, in *dejure.it*).

⁹² Tra gli altri, si veda T. NIGRO, *op. cit.*, p. 5.

⁹³ R. D'ALONZO, *I compiti dell'esperto nella composizione negoziata, tra adempimenti e scadenze*, su *dirittodellacrisi.it*, 2022, pp. 18 ss.

⁹⁴ Si rinvia, in particolare, ai punti 12.1, 12.2 e 12.3 del decreto.

negoziata, deve essere preceduta dall'esperimento di procedimenti formali di selezione del cessionario?

Una prima risposta negativa all'interrogativo potrebbe basarsi sul noto brocardo *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*: all'art. 22, lett. d, CCII non si rinvencono espressioni – tecnicamente più precise – quali «procedure competitive», «stima» e «adeguata pubblicità» che compaiono, invece, all'art. 94, 5° co., CCII in tema di concordato preventivo; né si prevede che il Giudice investito della domanda di autorizzazione, in presenza di più offerte, inviti gli offerenti ad una «gara sull'offerta più alta», come stabilito, per contro, nell'ambito del processo di esecuzione, per le vendite immobiliari senza incanto (art. 573 c.p.c.). Nello stesso senso milita un rilievo sistematico; la durata contenuta dell'incarico dell'esperto e, più in generale, le esigenze di celerità sottese alla composizione negoziata ostano all'instaurazione di procedure competitive in senso stretto⁹⁵.

Preme, tuttavia, mettere in guardia da un possibile fraintendimento. Sostenere che il principio di competitività, nell'ambito della composizione negoziata, possa ricevere una declinazione deformalizzata e improntata alla flessibilità organizzativa non significa certamente affermare che il Giudice debba limitarsi all'acritica recezione dell'individuazione del cessionario effettuata dal cedente. In primo luogo, l'emanazione del decreto di autorizzazione presuppone che l'Autorità giudiziaria abbia verificato la funzionalità dell'operazione rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, parametri che – in quanto separati sul piano testuale da una «e» coordinante – sono posti in rapporto di reciproca interdipendenza⁹⁶; inoltre, lo stesso valore di realizzo indicato dall'imprenditore⁹⁷ sarà suscettibile di essere comparato con le risultanze dell'elaborato peritale dell'esperto nominato, ai sensi dell'art. 68 c.p.c., dal Giudice⁹⁸. A ciò può aggiungersi che tra le «misure ritenute opportune»

⁹⁵ Osserva in modo opportuno T. NIGRO, *op. cit.*, p. 12 che il legislatore ha inteso delineare un «sistema di aggiudicazione permeato da una certa dose di discrezionalità».

⁹⁶ Come giustamente evidenziato da G. D'ATTORRE, *Il trasferimento d'azienda nella composizione negoziata*, su *dirittodellacrisi.it*, 2021, p. 6, mancano, in ordine ai due parametri che il Giudice deve porre alla base della decisione sul trasferimento, una «scala valoriale netta» e un «chiaro indice gerarchico».

⁹⁷ In dottrina si è proposto, benché nel silenzio del legislatore, che alla selezione del cessionario si pervenga anche per mezzo dell'applicazione di criteri alternativi a quello del prezzo più vantaggioso, quali gli impegni dei soggetti offerenti ad adeguare, ad esempio, la produzione industriale a *standard* ambientali, a mantenere la sede operativa nel territorio nazionale per un periodo di tempo definito, alla conservazione dei livelli occupazionali: v., in questo senso, G. D'ATTORRE, *Il trasferimento d'azienda nella composizione negoziata*, cit., p. 9.

⁹⁸ L'ipotesi che il Giudice designi un perito estimatore è ammessa anche da R. BROGI, *op. loc. ult. cit.*, p. e da A. NASTRI, *op. cit.*, p. 14.

(art. 22, lett. d, CCII) rientra certamente l'ordine di sollecitare la presentazione di manifestazioni di interesse sulla stampa locale o su portali specializzati⁹⁹.

Se non appare controverso che il Giudice possa assumere le «informazioni necessarie» dall'esperto e dal perito designato ex art. 68 c.p.c., meno agevole è circoscrivere l'esatta portata di altre prescrizioni presenti all'art. 22: alla lettera d si demanda all'Autorità giudiziaria di tener «conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti», mentre al secondo comma si ribadisce che devono essere «sentite le parti interessate» e si rinvia, nei limiti della compatibilità, alle regole che – agli artt. 737 ss. c.p.c. – presiedono allo svolgimento dei procedimenti in camera di consiglio. Unitariamente considerate, tali previsioni convergono nell'assegnare al Giudice ampi *spazi di manovra* nell'articolazione del contraddittorio tra l'imprenditore cedente e quanti, a vario titolo, subirebbero gli effetti del provvedimento di autorizzazione¹⁰⁰. Il pensiero corre, anzitutto, ai creditori dell'imprenditore commerciale che, per via della ricordata deroga all'art. 2560, 2° co., c.c. non potranno agire nei confronti del cessionario ancorché i loro crediti siano registrati nelle scritture contabili obbligatorie; apprezzabile è l'opzione – attestata in uno dei primi provvedimenti resi sulla materia – di limitare numericamente, anche in ragione dell'ammontare dell'esposizione verso il cedente, i creditori con i quali interloquire¹⁰¹. Non volendo ipotizzare che il Giudice sia tenuto ad una convocazione plenaria del ceto creditorio, di ardua traduzione operativa in presenza di una platea vasta di creditori, è possibile ritenere che debbano essere sentiti almeno quanti, tra i creditori, abbiano accolto l'invito dell'esperto a partecipare a quegli «incontri con cadenza periodica ravvicinata» previsti all'art. 17, 5° co., CCII.

11. Il *favor* del Codice per il cessionario: l'esonero di responsabilità per i debiti aziendali annotati nei libri contabili obbligatori

Gli effetti del contratto di trasferimento dell'azienda – se autorizzato ex art. 22, lett. d, CCII – non sono revocabili ove, chiusa la composizione negoziata, si verifichi uno degli scenari contemplati al ricordato art. 24 CCII¹⁰². Scenari che, proprio perché futuri ed eventuali, presuppongono il

⁹⁹ Altrove si è proposto, invece, di riconoscere al Giudice la facoltà di disporre una «adeguata indagine di mercato per verificare la possibilità della presentazione di offerte più convenienti per l'imprenditore e per i suoi creditori»: v. A NASTRI, *op. cit.*, p. 12.

¹⁰⁰ A. NASTRI, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰¹ Trib. Treviso, 22 dicembre 2021, su *ilcaso.it*.

¹⁰² Al di fuori dei confini della composizione negoziata, nel senso dell'assoggettabilità del contratto di affitto di azienda alle azioni revocatorie si vedano F. FIMMANÒ, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla*

deterioramento drastico delle condizioni dell'imprenditore sul medio e lungo periodo; ma, nel breve periodo, è l'altra conseguenza del decreto di autorizzazione a rendere particolarmente conveniente per il cessionario il negozio traslativo: la liberazione dai debiti aziendali registrati. In dottrina si è osservato, innanzitutto, come il meccanismo sotteso all'art. 2560, 2° co., c.c. risenta di una «anomalia»¹⁰³: il cessionario è esposto alla responsabilità per passività che, sebbene riferite all'azienda di cui è divenuto titolare, trovano il proprio momento genetico in operazioni cronologicamente anteriori alla cessione e poste in essere dal cedente.

Il carattere eccezionale della norma ha, soprattutto in passato, suscitato l'interesse degli interpreti; la norma è stata, ad esempio, giustificata sull'osservazione che, addossando al compratore i debiti aziendali, il legislatore avrebbe valorizzato il fatto che essi germinano da contratti «già eseguiti» dalla controparte contrattuale del cedente, con la conseguenza che il cessionario trova «già acquisiti all'azienda i relativi vantaggi»¹⁰⁴. Vi è, in questa citazione, uno spunto che non può essere trascurato: i «debiti» ai quali si riferisce l'art. 2560, 2° co., c.c., e che sono accollati al cessionario perché registrati nella contabilità obbligatoria, sorgono da posizioni contrattuali ormai definite, nel senso che implicano che la parte creditrice abbia già adempiuto alla propria obbligazione; di contro, i debiti collegati a posizioni contrattuali pendenti seguono la sorte chiaramente individuata all'art. 2558 c.c. e passano in via automatica al cessionario¹⁰⁵; l'assunto, se calato nella composizione negoziata, porta ad escludere che il decreto di

newco-start up, *auto-fallimento e concordato "programmati"*, in *Riv. notariato*, 2020, p. 200; R. VIGO, *Effetti del fallimento del locatore sull'affitto di azienda*, in *Giur. comm.*, 1998, I, pp. 79 ss.. Per la giurisprudenza si rinvia, per quanto risalenti, a Cass., 17 gennaio 2001, n. 571, in *Fallimento*, 2001, pp. 100 ss., con nota di A. RUSINENTI, secondo cui «il contratto di affitto di azienda, incidendo negativamente sul valore del bene cui inerisce, rientra nel novero degli atti idonei, di per sé, ad alterare "in peius" la garanzia patrimoniale del debitore, ed è, pertanto, soggetto all'azione revocatoria, in caso di successivo fallimento del locatore», e a Cass., 31 agosto 2005, n. 17590, in *Fallimento*, 2006, pp. 538 ss., con nota di C. TRENTINI, *Revocabilità ed inefficacia della cessione di crediti futuri*. Si veda, in generale, C. COSTA, *Le principali novità in materia di revocatoria fallimentare nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2021, I, pp. 1272 ss.

¹⁰³ M. SPIOTTA, *L'organizzazione dell'attività*, cit., p. 92.

¹⁰⁴ D. RUBINO, *La compravendita*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, diretto da A. Cicu – F. Messineo, Milano, 1962, p. 161.

¹⁰⁵ Nel rilevare che l'art. 2560 c.c. regola soltanto i debiti aziendali «puri», si è evidenziato che «alla diversa regola dell'art. 2558 c.c. sono soggetti i debiti sinallagmaticamente collegati a crediti»: così G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 137, nt. 258; nello stesso senso si vedano, più recentemente, G. AGRUSTI, *op. cit.*, p. 1279 e, per la giurisprudenza, tra le altre, Cass., 6 aprile 2018, n. 8539, in *Giust. civ. Mass.*, 2018.

autorizzazione possa impedire la traslazione dal cedente al cessionario dei debiti riferiti alle posizioni contrattuali in corso di esecuzione¹⁰⁶.

La previsione fu giustificata, a ridosso dell'entrata in vigore del codice civile, anche sostenendo che i debiti aziendali condividessero, delle obbligazioni *propter rem*, il connotato ambulatorio; accedendo a questa impostazione, la titolarità passiva del rapporto obbligatorio avrebbe seguito necessariamente la titolarità del diritto di proprietà sul complesso aziendale¹⁰⁷. Tesi, a sua volta, recisamente contestata sul rilievo che, «nonostante il trasferimento della *res*, l'alienante rimane obbligato (a differenza di quanto accade di solito per le obbligazioni *propter rem*)»¹⁰⁸. Ed è interessante notare che è proprio facendo leva su quest'ultima osservazione che, in tempi più recenti, i Giudici di legittimità hanno ravvisato nell'art. 2560, 2° co., c.c. la fonte di una «solidarietà *sui generis*», anche in considerazione del fatto che, soddisfatto il creditore aziendale successivamente all'alienazione, il cedente non potrà agire in regresso nei confronti del cessionario¹⁰⁹; soluzione, questa, avvalorata dall'osservazione che il legislatore ha sì attribuito al creditore la facoltà di rivolgersi, indifferentemente, ad entrambe le parti del contratto di cessione dell'azienda, ma non si è pronunciato sui rapporti interni tra il cedente e il cessionario¹¹⁰.

Certamente calzante è l'annotazione che il cessionario risponde dei soli debiti «ufficiali»¹¹¹, con ciò intendendosi che dei debiti pregressi – se *non* collegati a posizioni contrattuali pendenti e se *non* registrati nelle scritture contabili obbligatorie – egli non potrà essere chiamato a rispondere. Da questa posizione visuale, l'art. 2560, 2° co., c.c. è norma di per sé favorevole al cessionario¹¹²; tale convincimento è destinato peraltro ad

¹⁰⁶ Cfr., con specifico riferimento alla composizione negoziata, G. D'ATTORRE, *Il trasferimento d'azienda nella composizione negoziata*, cit., p. 11.

¹⁰⁷ F. FERRARA, *La teoria giuridica dell'azienda*, Firenze, 1945, p. 357.

¹⁰⁸ G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 142.

¹⁰⁹ Cass., 9 ottobre 2017, n. 23581, in *Riv. not.*, 2018, II, p. 111.

¹¹⁰ G. COTTINO, *Restituzione dell'azienda al locatore, nuova concessione in affitto e responsabilità per debiti da lavoro*, in *Riv. dir. lav.*, 1961, II, p. 270; G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 137.

¹¹¹ L'espressione è tratta da M. SPIOTTA, *op. loc. ult. cit.*; l'Autrice nota in modo condivisibile che può presumersi che il cessionario, assumendo «contezza» dei debiti «in sede di esame della contabilità, ne abbia tenuto conto nella determinazione del corrispettivo».

¹¹² Vero è che le Sezioni unite della Corte di Cassazione, nel 2017, hanno valorizzato, con riferimento all'art. 2560, 2° co., c.c., l'effettiva alterazione soggettiva nella titolarità dell'azienda oggetto di trasferimento; in questo senso si è stabilito che la norma non può essere invocata per limitare la responsabilità del cessionario ai soli debiti registrati allorché il cedente conferisca l'azienda ad un'impresa individuale della quale egli sia titolare,

accrescersi se si recuperano quelle soluzioni, più penalizzanti per il cessionario, affacciatesi alla vigilia dell'emanazione del codice civile: gli artt. 55, 2° co., e 66 del progetto preliminare del codice di commercio del 1940, ad esempio, equiparavano, ai fini della responsabilità solidale, la registrazione dei debiti alla mera conoscenza delle passività in capo al cessionario. Poste idealmente su due piatti di una stessa bilancia la protezione dell'acquirente e la tutela del ceto creditorio, è la prima ad aver avuto, quindi, il maggior peso al momento della formulazione dell'art. 2560, 2° co., c.c.. La liberazione dai debiti registrati, nella composizione negoziata, si pone dunque lungo una linea di continuità rispetto alla soluzione accolta nel codice civile, proteggendo in misura ancor più pregnante il cessionario; da un sistema nel quale la registrazione è «elemento costitutivo»¹¹³ della responsabilità del cessionario si perviene ad un modello di circolazione dell'azienda in cui il cessionario riceve dal dato legislativo la (confortevole) certezza che i creditori aziendali non potranno agire in nessun caso nei suoi confronti per i debiti pregressi che risultano dalle scritture contabili obbligatorie.

12. Una proposta conclusiva: la composizione negoziata come procedura paraconcorsuale

Colpisce, sfogliando la relazione di accompagnamento al d.l. n. 118/2021, che alla composizione negoziata ci si riferisca, per ben diciassette volte, con un termine alquanto generico: «percorso». Se nei primi commenti la locuzione è stata definita «diplomatica»¹¹⁴ e «laica»¹¹⁵, può aggiungersi, meno eufemisticamente, che essa rende complesso il rapporto dell'istituto con le procedure concorsuali.

Come si è anticipato, sul finire del 2021, la Suprema Corte ha osservato, seppur incidentalmente, che la composizione negoziata «pacificamente non integra una procedura concorsuale»¹¹⁶, facendo proprio un rilievo che,

fattispecie in cui «è ravvisabile una perdurante identità soggettiva – sostanziale, se non formale – significativa di una conoscenza diretta dei rapporti giuridici *in fieri*, estranea alla *ratio* protettiva del successore a titolo particolare nell'azienda, sottesa all'art. 2560 c.c.» (Cass., SS.UU., 27 febbraio 2017, n. 5054, in *Giur. it.*, 2017, con nota di L. BOGGIO, «Sostanza» vs. «forma»: *sopravvenienze passive aziendali e responsabilità ex lege*). Tuttavia, per una riaffermazione netta della necessità della registrazione dei debiti aziendali ai fini del loro passaggio in capo al cessionario si veda, più recentemente, Cass., 7 ottobre 2020, n. 21561, in *CED Cassazione*, 2020.

¹¹³ G.E. COLOMBO, *L'azienda e il suo trasferimento*, cit., p. 147.

¹¹⁴ V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, cit., p. 11.

¹¹⁵ R. GUIDOTTI, *op. cit.*, p. 14.

¹¹⁶ Cass, SS.UU., 31 dicembre 2021, n. 42093, cit.

all'indomani dell'emanazione del d.l. n. 118/2021, era stato già formulato con chiarezza a livello interpretativo¹¹⁷; si è opportunamente notato che le procedure concorsuali postulano l'accertamento, da parte di un'autorità giudiziaria o amministrativa, dello stato di crisi o insolvenza e la designazione di organi di gestione o controllo sull'amministrazione, a seconda del grado di spossessamento¹¹⁸. Così impostata la questione, a fronte del mantenimento della gestione da parte dell'imprenditore e delle modalità extragiudiziali della nomina dell'esperto, è senz'altro corretto escludere la composizione negoziata dal novero delle procedure concorsuali.

Appare stimolante, tuttavia, andare alla ricerca, nella sua disciplina, di eventuali profili *procedurali e latamente concorsuali*, anche tenendo a mente che tre sono i «presupposti minimali» delle procedure concorsuali circoscritti dai Giudici di legittimità: la presenza di una «qualsivoglia forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno “protettive” (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva)»; il «coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e fosse anche solo per attribuire ad alcuni di essi un ruolo di “estranei”, da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate» e la previsione di «una qualche forma di pubblicità»¹¹⁹.

Il primo e l'ultimo di tali «presupposti minimali» parrebbero palesarsi nello strumento: benché privo del potere di nominare l'esperto, il Giudice può interfacciarsi in più frangenti col debitore¹²⁰, assumendo un ruolo

¹¹⁷ S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., pp. 11 ss.

¹¹⁸ S. PACCHI – S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, pp. 49 ss.; gli Autori evidenziano che nella c.d. «Direttiva *Insolvency*» sono «marcati» tanto l'arretramento del controllo pubblico nella gestione della crisi quanto la «ricerca di soluzioni che prescindano dallo spossessamento del debitore». Infatti, all'art. 5 della Direttiva compaiono sia il lemma «*procedure di ristrutturazione preventiva*» sia la previsione per cui gli Stati membri provvedono a che l'imprenditore «mantenga il controllo totale o almeno parziale dei suoi attivi e della gestione corrente dell'impresa»; il considerando n. 29, peraltro, nel raccomandare la previsione di «*procedure flessibili*», invita gli Stati membri a limitare la presenza delle autorità giudiziarie e amministrative ai soli casi in cui essa sia – in ragione della tutela del debitore e delle altre parti interessate alla ristrutturazione – «necessaria e proporzionata».

¹¹⁹ Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, pp. 984 ss., con nota di C. TRENTINI, *Gli accordi di ristrutturazione sono una procedura concorsuale; la Cassazione completa il percorso* e in *Dir. fall.*, 2019, II, pp. 444 ss. con nota di M. DEL LINZ, *La Cassazione fissa un punto fermo sulla vexata quaestio della natura giuridica degli accordi di ristrutturazione dei debiti*.

¹²⁰ Come messo in luce da A. JORIO, il Giudice, nell'ambito della composizione negoziata, «non dirige, ma è presente nei momenti topici del percorso», detenendo – anche grazie, ad esempio, al potere di autorizzare i finanziamenti prededucibili e la deroga, in caso di cessione dell'azienda, all'art. 2560, 2° co., c.c. – «le chiavi per la fattibilità» della

cruciale nei procedimenti relativi alle misure protettive e alle autorizzazioni¹²¹; quanto al profilo della pubblicità, per quanto le trattative si svolgano in un ambiente riservato, l'accettazione della nomina dell'esperto e l'istanza di applicazione delle misure protettive sono iscritte nel Registro delle imprese. Assente è, invece, il secondo presupposto: nella composizione negoziata non si rinvencono istituti assimilabili né all'avviso trasmesso ai creditori dal curatore nella liquidazione giudiziale (art. 200 CCII) né alla comunicazione, nel concordato preventivo, del commissario giudiziale (104 CCII); rimedi, questi, diretti ad assicurare il «coinvolgimento formale di tutti i creditori» e a garantire l'universalità soggettiva. Ad un più attento esame, nella composizione negoziata, proprio perché essa non apre il «concorso» tra i creditori¹²², a difettare è anche l'universalità oggettiva¹²³: la conservazione delle prerogative gestorie in capo all'imprenditore trova un contrappunto nell'assenza dell'apposizione di un vincolo di destinazione sul patrimonio del debitore.

Nella composizione negoziata, a parere di chi scrive, può ravvisarsi – al più – una sorta di *procedura paraconcorsuale*. Scomponendo i due termini, può notarsi che l'istituto, al netto del compromesso linguistico della Relazione di accompagnamento al d.l. n. 118/2021, più che a un «percorso» rassomiglia ad una sequenza ordinata di fasi esattamente definite anche sotto il profilo temporale: il che equivale ad ammettere che la composizione sia una *procedura*. La sussistenza di due soli tra i tre «presupposti» minimali fissati dalla Corte di Cassazione, se è sufficiente ad escludere che la composizione negoziata sia una procedura concorsuale classica, non osta a valorizzarne quei tratti, perlopiù concentrati nella disciplina del trasferimento d'azienda autorizzato (art. 22 CCII), che hanno un'essenza

composizione negoziata (*Qualche ulteriore considerazione sul d.l. 118/2021, e ora sulla legge 21 ottobre 2021*, n. 147, cit., pp. 13 ss.).

¹²¹ In proposito, R. GUIDOTTI si è domandato se la composizione negoziata sia dotata di una «doppia personalità», rilevando che essa non può essere «inquadrata nelle procedure concorsuali ove nella fattispecie concreta non venga coinvolta l'autorità giudiziaria» e non escludendo, a priori, che assuma la natura di procedura concorsuale «ove vengano chieste misure protettive e/o cautelari o si chiedano autorizzazioni al tribunale o il suo intervento per la rinegoziazione dei contratti»; in proposito, l'Autore ha aggiunto che «è difficile immaginare che l'autorità giudiziaria possa emettere provvedimenti senza aver precedentemente quantomeno verificato la correttezza del percorso che ha portato alla nomina dell'esperto e delle sue attività successive» (*op. cit.*, p. 14).

¹²² Il lemma «concorso» richiama l'idea di un «certo antagonismo» tra i creditori stessi: v. M. SPIOTTA, *È necessaria o inutile una definizione di procedura concorsuale (o di procedura di regolazione della crisi o di quadro di ristrutturazione)? Quando le categorie generali possono conservare funzionalità*, cit., p. 4.

¹²³ Cfr., sulla distinzione tra «universalità oggettiva» e «universalità soggettiva», S. PACCHI – S. AMBROSINI, *op. cit.*, p. 51.

paraconcorsuale, data la loro affinità con caratteristiche tipiche delle procedure concorsuali.

Il riferimento è, in primo luogo, alla previsione che, nell'autorizzare la cessione, il Giudice verifichi l'osservanza del «principio di competitività»; ancorché si sia tentato di dimostrare, nel corso del lavoro, che il principio possa ricevere, nella composizione negoziale, una declinazione flessibile e sciolta dall'osservanza di rigide formalità, ci si trova – comunque – al cospetto di un inserto di matrice concorsuale. L'attuazione del principio di competitività può transitare dall'invito, rivolto dall'imprenditore ai terzi sulla stampa locale o su *internet*, a formulare eventuali manifestazioni di interesse all'acquisto del compendio aziendale; e non è agevole ipotizzare che il Giudice, cui compete lo scrutinio sulla funzionalità del negozio traslativo alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, emani il decreto di autorizzazione ove l'offerta ricevuta dall'imprenditore abbia un contenuto economico significativamente inferiore a quello individuato dal perito nominato ai sensi dell'art. 68 del codice di procedura civile. Elementi di concorsualità si specchiano, in secondo luogo, nella deroga al capoverso dell'art. 2560 c.c., all'evidenza mutuata dall'art. 212, 6° co., CCII che – con una previsione probabilmente sovrabbondante¹²⁴ – ha espressamente previsto, per il caso della retrocessione dell'azienda a seguito dell'apertura della liquidazione giudiziale, che la procedura non risponda per i debiti maturati sino alla retrocessione.

Si profila, in conclusione, un interrogativo: preso il largo dal porto delle procedure concorsuali, quale direzione assume la composizione negoziata?

Al quesito può risponderci notando, anzitutto, che il codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sulla scia del d.l. 118/2021, ha dato ingresso nell'ordinamento ad una peculiare figura di trasferimento d'azienda che si discosta, in più punti, dall'archetipo delineato dal codice civile; il rinvio al principio di competitività e la liberazione del cessionario dai debiti registrati nei libri contabili obbligatori, pur non elevando l'istituto al rango di procedura concorsuale, contribuiscono in misura significativa ad intrecciare nella sua trama fili dalla chiara tinta concorsuale.

¹²⁴ La deroga all'art. 2560 c.c. era contemplata anche all'art. 106 *bis* l. fall., nella cui vigenza si era dubitato del suo effettivo rilievo pratico, atteso che «l'art. 2560, c.c., è già inapplicabile all'affitto»: così F. FIMMANÒ, *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da coronavirus mediante affitto d'azienda alla newco-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, cit., p. 191.