

La conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal Tribunale

di Marco Greggio, Avvocato in Padova

Cosa rimane a valle della composizione negoziata? Quale salvezza per gli effetti degli atti che l'hanno articolata e contrassegnata? A queste risposte è offerta una puntuale e analitica risposta.

Sommario:

1. L'intervento del tribunale nella composizione negoziata
2. La conservazione degli effetti
3. I finanziamenti prededucibili
4. In particolare: i finanziamenti dei soci e infragruppo
5. La cessione dell'azienda
6. Prededuzione e mancata omologa
7. Esenzione dall'azione revocatoria
8. La responsabilità dell'imprenditore
9. Conclusioni

1. L'intervento del tribunale nella composizione negoziata

Il nuovo istituto della composizione negoziata rappresenta l'epitome del principio di autonomia delle parti nella composizione della crisi.¹ Nel segno dell'emersione anticipata della crisi e della *rescue culture*, con la riforma portata dal d.l. 118/21 è stata così superata l'impronta dirigista che permeava il Codice della crisi (e la legge fallimentare).²

1. Sulla natura ed i caratteri del nuovo istituto, tra i primi interventi, si vedano (in ordine alfabetico): S. Ambrosini, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2021, p. 901 ss.; Id., *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, www.ilcaso.it, 23 agosto 2021; A. Ceccherini, *Nuove esigenze di negoziazione e risoluzione della crisi, in Il fallimentarista*, 9 settembre 2021; M. Ciabattini, *Decreto legge 24 agosto 2021 n. 118: le condizioni di accesso alla composizione negoziata della crisi e il ruolo dell'organo di controllo*, in www.ilcaso.it, 5 ottobre 2021; M. Fabiani, *La proposta della Commissione Pagni all'esame del Governo: valori, obiettivi, strumenti*, in www.dirittofallimentare.it, 2 agosto 2021; A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in www.dirittofallimentare.it, 6 settembre 2021; D. Galletti, *Breve storia di una (control)riforma "annunciata"*, su Ilfallimentarista.it, 1 settembre 2021; A. Lorio, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in www.dirittofallimentare.it, 1 ottobre 2021; F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, su Ilfallimentarista.it, 25 agosto 2021; S. Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, in www.dirittofallimentare.it, 5 agosto 2021; MORRI, *La composizione negoziata della crisi di cui al D.L. 118/2021: un rapido quadro e alcune riflessioni critiche*, su Ilfallimentarista.it, 24 agosto 2021; S. Pacchi, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Riv. Ristrutturazioni Aziendali*, www.ilcaso.it, 9 agosto 2021; L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittofallimentare.it, 25 agosto 2021; F. Santangeli, *Il D.L. 118/2021. Spunti per la conversione*, in www.dirittofallimentare.it, 21 settembre 2021.

2. La filosofia di fondo della riforma è la "*rescue culture*", unitamente ai principi di semplificazione, celerità, economicità e modernizzazione delle discipline e di prevalenza delle soluzioni negoziate, stante il *favor* per la conservazione delle strutture produttive (cfr. Nigro, *I principi generali della nuova riforma "organica" delle procedure concorsuali*, in *Riv. Dir. banca*, 2020, 1, 12 s.). Come ha condivisibilmente osservato Arato, *La scelta dell'istituto più adeguato per superare la crisi d'impresa*, in *Riv. Ristrutturazioni Aziendali* www.ilcaso.it, "è singolare che nei momenti di crisi le norme fallimentari diventino più flessibili (basti pensare alle riforme del 2010 e del 2012 post crisi Lehman, con l'introduzione dell'*automatic stay* italiano rappresentato dal concordato con riserva e al recentissimo D.L. 118/2021), mentre nei momenti di ripresa economica si ritorni alla rigidità (si pensi al D.L. del 2015 che ha segnato l'inizio dell'oscillazione del pendolo verso un inasprimento delle norme in quanto ha introdotto

Il "percorso" della composizione negoziata³ si svolge fuori dalle aule giudiziarie: il tribunale non la dirige e non ha poteri autoritativi nei confronti né dell'esperto né delle altre parti coinvolte⁴. In tale ottica, l'intervento dell'Autorità giudiziaria durante lo svolgimento delle trattative tra le parti è soltanto *eventuale*: oltre che per la conferma e la revoca delle misure protettive e cautelari (art. 7)⁵, senza le quali in molti casi la composizione negoziata non potrà svolgersi, al tribunale compete l'autorizzazione di alcuni atti, il cui compimento deve essere previamente richiesto da parte dell'imprenditore in quanto - in conformità alla Direttiva n. 1023 del 2019⁶ (artt. 2, par. 1, n. 1, e 17) - rivestono rilievo significativo.

Tali atti sono partitamente elencati all'art. 10: (i) i finanziamenti prededucibili (ex art. 111 l.f.) dall'esterno (tipicamente dagli istituti di credito) ovvero effettuati dai soci o, ancora, da parte di una o più società appartenenti ad un gruppo sottoposto alla direzione e coordinamento di una società, ente o di una persona fisica⁷ ai sensi dell'art. 13, comma 9; (ii) il trasferimen-

una percentuale minima di pagamento nel concordato preventivo liquidatorio e il ritorno del silenzio-rifiuto dei creditori per l'approvazione del concordato preventivo). Atteggiamento - quasi una "oscillazione del pendolo" - considerato dall'Autore "irrazionale e non condivisibile".

3. Come definito ripetutamente dalla Relazione illustrativa al d.l. n. 118/21.

4. Il principio su cui si fonda il rapporto tra l'esperto e l'imprenditore è che il primo *non* si sostituisce al secondo, che mantiene la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, con il vincolo che, ove sussista probabilità d'insolvenza, l'imprenditore gestisca l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'attività (art. 9, comma 1). L'imprenditore dovrà dunque agire in un'ottica conservativa, trattandosi quindi dello stesso dovere già vigente in capo all'imprenditore in presenza di una causa di scioglimento della società (artt. 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter, 2484 c.c.). Sul ruolo dell'esperto cfr. Riva, *Ruoli e funzioni dell'esperto facilitatore*, in *Ristrutturazioni Aziendali* www.ilcaso.it, 30 settembre 2021; dello stesso Autore, si v. anche (con riferimento al processo negoziale e alle capacità di conduzione dell'esperto, *La negoziazione*, in *La mediazione civile. Tecniche di gestione dei conflitti*, Quad. n. 37).

5. Si precisa che nel testo laddove sono citati articoli senza indicare gli estremi dei provvedimenti legislativi, ci si riferirà agli articoli del D.L. 24 agosto 2021, n. 118, coordinato con la legge di conversione 21 ottobre 2021, n. 147.

6. Direttiva del Parlamento e del Consiglio, 20 giugno 2019, n. 2019/1023 UE riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva (c.d. "Direttiva insolvency"). Al riguardo: cfr. Minervini, *La "composizione negoziata" nella prospettiva del recepimento della direttiva "insolvency". Prime riflessioni*, in www.ilcaso.it, 17 ottobre 2021; Perrino, *Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva Insolvency: un'agenda per il legislatore*, in www.dirittofallimentare.it, 31 agosto 2021.

7. Ai sensi dell'art. 13, comma 1, costituisce gruppo di imprese l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli articoli 2497 e 2545 *septies* del codice civile, esercitano o sono sottoposti alla direzione e coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica. Sull'argomento si rinvia a Bosticco, *La composizione negoziata: trattative e gruppo di imprese*, in

to, "in qualunque forma", dell'azienda o di uno o più rami d'azienda senza gli effetti di cui all'art. 2560 comma 2 c.c. - e quindi senza il rischio che l'acquirente risponda solidalmente dei debiti sociali insieme all'alienante (ma facendo salve a tutela dei lavoratori le disposizioni di cui all'art. 2112 c.c.); (iii) l'equa rideterminazione del contenuto dei contratti pendenti in cui l'equilibrio sinallagmatico delle prestazioni sia stato alterato dalla pandemia (art. 10 comma 2)⁸.

In relazione a tali atti, l'autorizzazione non è richiesta come condizione di efficacia, ma da essa dipendono gli effetti della prededuzione per i finanziamenti e della liberazione del cessionario dai debiti inerenti all'azienda ceduta, eccezion fatta per i crediti di lavoro per i quali l'accollo è obbligatorio.

Il tribunale concede l'autorizzazione soltanto una volta verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori.⁹ Il procedimento di autorizzazione, come per le misure protettive¹⁰ e al pari di quello relativo all'eventuale rideterminazione dei contratti, segue - per ragioni di celerità¹¹ - le regole dei procedimenti camerali, in quanto compatibili, ossia gli artt. 737 e ss. c.p.c.. Tuttavia il riferimento all'art. 9 l. fall. per l'individuazione della competenza indica che si verte in materia "concorsuale" e, quindi, la sezione cui demandare la decisione sarà quella c.d. fallimentare, ove esistente¹².

Il tribunale, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, decide in composizione monocratica. Nell'ambito del procedimento, vengono sentite le parti interessate ed assunte le informazioni necessarie (art. 10 comma 3) ed il decreto è reclamabile al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento (si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 ss del c.p.c.).

Nella fase autorizzativa innanzi il tribunale l'esperto ha un ruolo importante. Ancorché infatti non sia previsto espressamente un dovere da parte del tribunale di sentire l'esperto, tale circostanza è espressamente prevista nel "Protocollo di conduzione della composizione negoziata" (nel prosieguo: il "Protocollo") contenuto nella Sezione III del Decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 (il "Decreto dirigenziale"), norma secondaria che dettaglia il comportamento delle parti nel corso della composizione negoziata. Pertanto si ritiene che tale *audizione dell'esperto* sia, di fatto, necessaria o comunque quanto meno opportuna.

Ilfallimentarista.it, 13 settembre 2021.

8. A seguito di invito in tal senso rivolto dall'esperto alle parti, al quale non abbia fatto riscontro un accordo delle parti stesse sul punto, il Tribunale, su istanza dell'imprenditore, può rideterminare equamente le condizioni dei contratti ad esecuzione continuata o periodica, ovvero i contratti ad esecuzione differita, se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2, per il periodo strettamente necessario ad assicurare la continuità aziendale e prevedendo, qualora l'equilibrio tra le parti lo renda necessario, il pagamento di un indennizzo. Non è ammessa la rideterminazione delle prestazioni dei contratti di lavoro dipendente.

9. Va notato che questo è l'unico caso, insieme alla cessione d'azienda, in cui il d.l. vincola la destinazione di un atto di gestione al "miglior soddisfacimento dei creditori", oltre che al perseguimento della continuità aziendale: la norma riprende un principio già presente nella legge fallimentare (e fondamentale per i concordati in continuità di cui all'art. 186-bis l.f.), tralasciando la più generica espressione "interesse dei creditori" altrove utilizzata nell'articolato (per es. al comma 4 dell'art. 9).

10. È il c.d. *automatic stay* dell'ordinamento concorsuale statunitense (v. U.S. Bankruptcy Code, Section 362 del noto Chapter 11). Sulle tematiche create dalle misure protettive, disciplinate in maniera simile dal Codice della Crisi, si rinvia a Bozza, *Le misure protettive e cautelari nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Ristrutturazioni Aziendali* *www.ilcaso.it*, 18 luglio 2021.

11. Come chiarito dalla Relazione illustrativa al d.l. 118/21.

12. E non il tribunale delle imprese o le sezioni ordinarie del tribunale civile: cfr. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit., per il quale vi sarà di conseguenza una certa continuità tra gli orientamenti sinora seguiti dalle sezioni fallimentari e quelli che verranno assunti con riguardo ai nuovi istituti.

2. La conservazione degli effetti

Gli atti autorizzati dal tribunale durante il percorso della composizione negoziata conservano i propri effetti *anche* in caso di *esito negativo* delle trattative e quindi di conseguente accesso ad una delle procedure regolate dalla legge fallimentare (art. 12, comma 1): (a) un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato; (b) un concordato preventivo omologato; (c) il fallimento; (d) la liquidazione coatta amministrativa; (e) l'amministrazione straordinaria; (f) il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio previsto e disciplinato nell'ambito del percorso di composizione negoziata (art. 18)¹³.

Esito negativo delle trattative che potrà avere tre cause: (i) l'inesistenza di concrete prospettive di risanamento, tanto iniziale quanto sopravvenuta (art. 5, co. 5); (ii) il compimento da parte dell'imprenditore di atti o pagamenti "non coerenti" con le negoziazioni o con le prospettive risanatorie, eseguiti in modo occulto ovvero malgrado il dissenso dell'esperto (art. 9); (iii) il decorso di 180 giorni dall'accettazione della nomina dell'esperto (termine prorogabile con il consenso di tutte le parti) senza che le parti coinvolte abbiano raggiunto accordi sulle soluzioni proposte per il superamento degli squilibri di cui all'art. 2, co. 1, del D.L.¹⁴

La conservazione degli effetti degli atti autorizzati è, quindi, uno degli *incentivi* volti a favorire l'utilizzo del nuovo istituto previsti nell'art. 12, unitamente all'esenzione da revocatoria per gli atti e i pagamenti coerenti con le trattative e le prospettive di risanamento (commi 2 e 3), nonché all'esonero da responsabilità penale per i fatti di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice di cui agli artt. 216, comma 3 e 217 l.f. degli atti e pagamenti "coerenti" e di quelli autorizzati dal giudice (comma 5).

Gli altri "incentivi" si trovano disseminati nell'articolato: oltre alle misure premiali (di cui all'art. 14), v'è la sospensione, rimessa alla volontà del debitore, degli obblighi di ricapitalizzazione per perdite rilevanti e della connessa causa di scioglimento, dalla pubblicazione nel Registro delle imprese dell'istanza di misure protettive e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata (art. 8); la possibilità di conferire all'eventuale accordo di ristrutturazione sottoscritto anche dall'esperto gli effetti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.f. senza necessità dell'attestazione (art. 11); la possibilità di presentare il concordato semplificato di liquidazione se l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative hanno avuto esito positivo¹⁵.

Gli effetti conservati ai sensi dell'art. 12 comma 1 sono il "beneficio" della: (i) collocazione in prededuzione nel passivo della successiva procedura i crediti per finanziamenti autorizzati¹⁶; (ii) deroga alla responsabilità solidale dell'acquirente ex art. 2560 c.c. in caso di cessioni di aziende o di rami d'azienda; (iii) rideterminazione delle condizioni contrattuali dei contratti divenuti eccessivamente onerosi per il debitore proponente a causa del Covid.

Il regime di conservazione degli effetti trova la propria *ratio* nell'ottica di garanzia nei confronti dei terzi (o dei soci) erogatori del finanziamento - o cessionari dell'azienda o del ramo di essa. Regime di garanzia che viene ricollegato al necessario intervento autorizzativo del tribunale, che deve operare una valutazione di *funzionalità* (rispetto alla continuità azienda-

13. Sul tema cfr. S. Ambrosini, *Il concordato semplificato: primi appunti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, Ilcaso.it, 23 settembre 2021; R. Guidotti, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Riv. Ristrutturazioni Aziendali*, *www.ilcaso.it*, 8 settembre 2021.

14. Con l'archiviazione dell'istanza - o, in caso di inerzia degli organi a ciò obbligati, con la conclusione negativa delle trattative - riprendono vigore i diritti dei creditori, i quali possono proseguire l'eventuale procedura prefallimentare avviata prima della composizione negoziata e si potrà pervenire alla pronuncia della sentenza di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza a termini dell'art. 6, comma 4.

15. Per un'acuta analisi della "bacheca degli incentivi" cfr. Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, 28 settembre 2021.

16. Per un'indagine completa sulla sistematica delle prededuzioni nel diritto concorsuale v. S. Leuzzi *Dalla crisi all'emergenza: la prededuzione al tempo del Covid-19*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 18 marzo 2021.

le ed alla migliore soddisfazione dei creditori), nonché al parere positivo dell'esperto - ove sentito dal tribunale - che deve essere orientato dai principi sopra esposti.

In una fase critica per l'impresa, in cui la stessa si sia trovata in una condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, non fornire - per mezzo del regime di conservazione - adeguate garanzie di affidamento significherebbe di fatto limitare la possibilità stessa per l'azienda di uscire dallo stato di crisi/squilibrio. L'art. 12, comma 1, mira così a tutelare la certezza dei rapporti giuridici, in linea con l'intento legislativo di favorire la possibilità per l'imprenditore di evitare la situazione di crisi od insolvenza irreversibile per mezzo del percorso della composizione negoziata.

Al riguardo, v'è un parallelismo con i crediti dei terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.fall.¹⁷, in relazione alla loro prededucibilità, che non viene condizionata all'effettivo deposito della proposta di concordato preventivo entro il termine assegnato (poiché, in tale ipotesi, una condotta omissiva del debitore inciderebbe negativamente - ed in modo retroattivo - sui terzi che incolpevolmente avevano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalla legge ai loro crediti)¹⁸.

Il combinato disposto dell'art. 12, comma 1 con l'art. 10, ivi richiamato, rende chiaro che la prededucibilità dei finanziamenti autorizzati ai sensi di tale ultima disposizione non riguarda il solo eventuale fallimento che dovesse seguire le trattative negoziate, come potrebbe indurre (erroneamente) a pensare il richiamo - operato dall'art. 10 comma 1 - alla disposizione (in ambito fallimentare) di cui all'art. 111 l.fall.¹⁹. Infatti l'art. 12, comma 1 amplia (rispetto al solo fallimento) il novero delle procedure in cui i finanziamenti autorizzati conservano i propri effetti (la prededuzione, appunto).

3. I finanziamenti prededucibili

Tra gli atti che conservano i loro effetti dopo il termine del percorso della composizione negoziata vi sono i finanziamenti autorizzati dal tribunale, al fine di garantire al creditore erogante il beneficio della prededuzione (art. 10, comma 1, lett. a-b-c). La legge, come anticipato, prevede tre ipotesi di finanziamenti: quelli prededucibili in generale, quelli erogati dai soci e, infine, i finanziamenti contratti da una o più società appartenenti ad un gruppo, che acceda alla composizione negoziata di gruppo.

Di fatto il sostegno finanziario alle imprese in crisi è normalmente affidato all'intervento del credito bancario²⁰ (e - anche se più raramente - al credito commerciale attraverso dilazioni da parte dei fornitori) o all'intervento finanziario dei soci. Tuttavia sia l'accesso al credito bancario che commerciale, nonché la disponibilità dei soci a finanziare l'impresa

divengono spesso difficoltosi nel momento di emersione della situazione di crisi o di insolvenza dell'impresa. Per tale motivo risulta poco probabile che l'imprenditore possa ottenere finanziamenti non assistiti dalla prededuzione. D'altro canto, posto che si tratta di finanziamenti che consentono la prosecuzione dell'attività e migliori prospettive di soddisfacimento per tutti i creditori, la disposizione non risulta dannosa per i creditori titolari di diritti maturati in epoca anteriore e muniti di una causa legittima di prelazione, ed in particolare per i creditori pubblici: il risanamento dell'impresa, che garantisce il ripristino delle sue capacità solutorie ed è verificato dal tribunale, dovrebbe rappresentare per tutti i creditori la migliore soluzione rispetto alle alternative concorsuali²¹.

Il legislatore non precisa se i finanziamenti vanno erogati in relazione alla gestione interinale in pendenza della composizione negoziata o se possono riguardare anche la futura gestione all'esito delle trattative. Si ritiene tuttavia preferibile la soluzione più ampia, in quanto l'esito delle trattative sarà condizionato non soltanto dalla finanza interinale, ma dalle possibilità di esecuzione del piano di risanamento²².

Con la previsione dei finanziamenti prededucibili nell'ambito della composizione negoziata viene così introdotta la possibilità di finanziare l'impresa in un momento anteriore alla crisi o all'insolvenza irreversibili: più esattamente quando l'impresa si trovi in una condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono solo probabile la crisi (art. 2).

In tal modo il quadro normativo si arricchisce di un ulteriore tassello, a seconda della fase, avanzata o meno, dello "stato di crisi" in cui si trova l'impresa debitrice: ai fini della individuazione della disciplina applicabile ai finanziamenti alle imprese in crisi, sarà quindi necessario distinguere a seconda che gli stessi vengano contratti *prima* o *durante* le procedure, rientrando oggi nella prima categoria (e quindi in uno stato di pre-crisi/crisi reversibile) i finanziamenti ex art. 10 e quelli ex art. 182-quater, secondo e terzo comma, l. fall. e nella seconda categoria tutti gli altri, ossia i finanziamenti concessi nel quadro di una procedura fallimentare²³ o di un piano di risanamento attestato ex art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall., o ancora di accordi di ristrutturazione dei debiti o di concordato preventivo.

In tale ultime ipotesi, a seconda della fase della procedura (scandita dai tre fondamentali passaggi: deposito della domanda, anche ai sensi del sesto comma dell'art. 161 l. fall., l'apertura e la chiusura) è possibile distinguere i finanziamenti a seconda che vengano erogati: (i) *in funzione* della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui al secondo e terzo comma dell'art. 182-quater l. fall.²⁴;

17. La norma prevede infatti che dopo il deposito del ricorso (contenente la domanda di concordato) e fino al decreto di cui all'articolo 163 (con cui il tribunale dichiara aperta la procedura) il debitore possa compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale. Nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione ed i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111 l.f.

18. Questo comporterebbe pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici ed il depotenziamento della fiducia nel modello del pre-concordato: ex *plurimis* cfr. Trib. Terzi, 17 gennaio 2014, in www.ilcaso.it.

19. Sotto questo profilo, la disposizione riecheggia la questione sollevata dal rinvio all'art. 111 l.fall. contenuto nell'art. 182-quater l. fall. discussa con particolare riferimento ai finanziamenti in funzione della presentazione di una domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo ovvero quella di delimitare l'esatto ambito di operatività della prededucibilità ex artt. 111 e 182-quater l.fall. e dunque se la stessa debba intendersi limitata al solo successivo fallimento o anche riferita alla stessa procedura di concordato preventivo. A tale riguardo cfr. F. Censoni, *Concordato preventivo e nuova finanza*, in *Fall.*, 2014, p. 377 ss. e p. 380; L. Stanghellini, *Finanziamenti-ponte e finanziamenti alla ristrutturazione*, in *Fall.*, 2010, p. 1346 e ss.; A. Dentamaro, *Il trattamento concorsuale dei finanziatori di società di capitali*, in *Quaderni della Rivista di diritto dell'impresa*, Napoli, 2015, p. 146 ss.

20. Sui rapporti con il ceto bancario nell'ambito del nuovo istituto cfr. P. Rinaldi, *La composizione negoziata della crisi e i rapporti con gli intermediari creditizi*, in *Riv. Ristrutturazioni Aziendali*, www.ilcaso.it, 9 settembre 2021.

21. Cfr. L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, in www.dirittoedacrisi.it, 25 agosto 2021.

22. Così L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit. Sulla predisposizione metodologica del piano di risanamento e sulle sue condizioni di efficacia, strategiche e organizzative, si veda Bastia, *Crisi aziendali e piani di risanamento*, Giappichelli, Torino, 2019.

23. Ci si riferisce in particolare all'art. 104 l. fall., ove il finanziamento venga canalizzato verso l'impresa in esercizio provvisorio, e all'art. 105, ottavo comma, l. fall., ove il prestito sia rivolto all'impresa conferita in una società di nuova costituzione.

24. Cfr. R. D'Amora, a) *La prededuzione fra presente e futuro* b) *La prededuzione dopo l'art. 182-quater l.f.* c) *Le mobili frontiere della prededuzione: l'art. 182-quater l.f.*, 2014, su www.oci.org. Per un quadro della disciplina dei finanziamenti assistiti dal beneficio della prededuzione cfr. F. Bonato, *Concessione e perdita della prededuzione tra legge fallimentare e Codice della crisi - Un'analisi diacronica*, in www.ilcaso.it, 17 aprile 2019.

(ii) *in occasione* della procedura²⁵; (iii) *durante* la procedura²⁶; (iv) *in esecuzione* della procedura²⁷.

Con l'art. 10 risulta pertanto una significativa dilatazione della gamma dei finanziamenti prededucibili contratti nella fase che precede l'avvio delle procedure, con una probabile sovrapposizione dei rispettivi ambiti applicativi delle citate disposizioni. Ciò in ragione non solo dell'ampia latitudine dei finanziamenti prededucibili previsti ex art. 10, comma 1, ma anche dell'ampio novero di procedure nel corso delle quali la prededucibilità conserva la propria efficacia: concordati preventivi e accordi di ristrutturazione, ma anche tutte le procedure di cui al primo comma dell'art. 12²⁸.

Seppur la collocazione temporale dei finanziamenti ex art. 10 li rende assai prossimi ai finanziamenti in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti²⁹, va rilevato come per i terzi finanziatori apparirà meno pericoloso, ove si intenda finanziare un'impresa in crisi, procedere ex art. 10 (con certa prededucibilità) piuttosto che ex art. 182-quater, secondo e terzo comma, l. fall. (con incerta prededucibilità).

Per altro verso, l'imprenditore avrà una possibilità in più di ottenere più agevolmente dei finanziamenti in una situazione di pre-crisi/crisi reversibile, purché si passi per le trattative negoziate di cui alla composizione negoziata: un ulteriore incentivo all'applicazione di tale istituto.

4. In particolare: i finanziamenti dei soci e infragruppo

Riguardo ai finanziamenti dei soci nell'ambito della composizione negoziata va distinta l'ipotesi di quelli contratti con l'autorizzazione del tribunale e quelli contratti senza.

All'autorizzazione, come visto, segue la *prededucibilità* ai sensi dell'art. 111 l. fall.: collocazione in prededuzione che avrà un senso, tuttavia, soltanto nelle future eventuali procedure di cui al primo comma dell'art. 12 e non anche pendenti le trattative negoziate, considerato che in tale ultimo caso da un lato l'imprenditore rimane *in bonis*, dall'altro con tutta

probabilità può attivare lo strumento delle misure protettive (ex artt. 6 e 7) onde proteggere il proprio patrimonio dall'eventuale azione esecutiva del finanziatore (azione a seguito della quale acquisterebbe un significato la prededuzione nell'ambito della graduazione dei crediti).³⁰

Senza autorizzazione, invece, i finanziamenti dei *soci* alla s.r.l., quand'anche contratti con segnalazione e senza dissenso dell'esperto ai sensi dell'art. 9, restano postergati ove ricorrano i presupposti applicativi di cui all'art. 2467 c.c., non introducendo il d.l. alcuna deroga alla disciplina codicistica³¹.

Con riguardo ai finanziamenti *infragruppo*, invece, il d.l. 118/2021 introduce una evidente deroga alla normativa codicistica: il comma 9 dell'art. 13 *esclude* dalla postergazione (ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c.) i finanziamenti - in qualsiasi forma pattuiti - eseguiti *dopo* la presentazione dell'istanza compositiva in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, a condizione che (i) l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto ai sensi dell'art. 9, comma 2, e che (ii) quest'ultimo - pur segnalando il fatto ai creditori - non iscriva il proprio dissenso nel registro imprese. Trattasi all'evidenza di questione *diversa* dalla prededuzione, la quale dev'essere autorizzata dal tribunale ex art. 10, co. 1, pur attenendo ai medesimi finanziamenti.

Di conseguenza sulla base di questa disposizione potremmo essere in presenza di tre ipotesi di finanziamento infragruppo: a) quelli *non postergati* - per effetto del non dissenso dell'esperto indipendente - in quanto esclusi dall'ambito applicativo degli artt. 2467 e 2497 - quinquies c.c.; b) quelli *postergati* in presenza dei presupposti applicativi della normativa codicistica; c) quelli autorizzati e quindi *prededucibili* ex art. 10.

Peralto astrattamente l'impresa nell'ambito della composizione negoziata potrebbe *contemporaneamente* da un lato informare (ex art. 9, comma 2, e art. 13, comma 9) l'esperto del finanziamento, al fine di escluderlo dalla postergazione (in mancanza di iscrizione del dissenso nel registro delle imprese da parte dell'esperto), dall'altro procedere ai sensi dell'art. 10 onde ottenere la prededucibilità del medesimo finanziamento³². Tuttavia, mentre per l'esperto chiamato ad esprimere il proprio assenso ex art. 13, comma 9, il finanziamento non deve arrecare "pregiudizio ai creditori"³³, per il tribunale che autorizza la contrazione di un finanziamento prededucibile lo stesso deve risultare funzionale - oltre che alla continuità aziendale - alla "migliore soddisfazione dei creditori". Laddove si attribuisca un diverso significato alle due espressioni, un finanziamento escluso dalla postergazione ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., in quanto valutato dall'esperto non pregiudizievole per i creditori, potrebbe essere non autorizzato dal tribunale, in quanto valutato non funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. D'altro canto, laddove l'esperto valuti l'atto come pregiudizievole per i creditori, non sembra che lo stesso possa esimersi dall'obbligo di iscrivere tale dissenso, dopo averlo comunicato all'imprenditore, nel registro delle imprese.

L'esperto, d'altronde, riveste un ruolo importante ai fini di cui all'art. 10: il Decreto dirigenziale prevede che qualora sia sentito dal tribunale in occasione della richiesta del debitore di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare nel corso della composizione negoziata,

25. Concessi ai sensi del settimo comma dell'art. 161 l. fall., del primo comma dell'art. 182-quinquies l. fall. e (fino allo scadere del termine concesso ex art. 161, sesto comma, l. fall. e, per gli accordi di ristrutturazione, sostanzialmente fino all'omologazione), del terzo comma dell'art. 182-quinquies l. fall. Un aspetto interessante è il mantenimento di linee di credito autoliquidanti in essere al momento del deposito della domanda, sul portato dei quali gli interpreti si sono divisi, tra chi ha predicato la natura sostanzialmente ultronea della disposizione in oggetto (Trib. Ancona, 11 dicembre 2016, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Como, 3 ottobre 2016, in [www.ilcaso.it](#); Trib. Rovigo, 26 novembre 2015, in [www.ilcaso.it](#); in dottrina cfr. F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la miniriforma del D.L. n. 83/2015*, 2015, p. 58; A. Farolfi, *La "nuova finanza" nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, in [www.ilcaso.it](#), 16 novembre 2015, p. 18), e chi ha ritenuto che, in assenza di una apposita autorizzazione ex art. 182-quinquies, comma 3, l. fall. si verificherebbe un automatico scioglimento delle linee di credito autoliquidanti (Trib. Bolzano, 5 aprile 2016, in [www.ilcaso.it](#); in dottrina cfr. M. Fabiani, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, 1, p. 57; L. Bottai, *Speciale decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: i finanziamenti interinali*, in [Ilfallimentarista.it](#), 27 luglio 2015).

26. Ai sensi del secondo comma dell'art. 167 l. fall. e/o ancora il primo comma dell'art. 182-quinquies l. fall.

27. Di cui al primo e terzo comma dell'art. 182-quater l. fall. o di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall.: al riguardo cfr. A. Dentamaro, *Il trattamento concorsuale dei finanziatori di società di capitali*, cit., p. 146 ss.

28. In questo senso cfr. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex D.L. 118/2021*, 12 ottobre 2021, in [www.dirittodellacrisi.it](#).

29. Nonché, dal 16 maggio 2021, ai finanziamenti in funzione ex art. 99, quinto comma, Codice della Crisi. È al riguardo interessante notare come nella disciplina dedicata nel Codice ai finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell'omologazione del concordato preventivo ovvero dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, pur essendo stato loro confermato il beneficio della prededucibilità, sia scomparso il rinvio all'art. 111 l. fall.

30. Di tale avviso anche Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit. e A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit., secondo cui "... pendenti le trattative negoziate, sebbene il punto meriti un maggiore approfondimento, questi finanziamenti potrebbero ritenersi chirografari pendenti le trattative".

31. Cfr. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit.

32. Nota A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit., che "in caso di esito positivo di entrambe le procedure, si tratterebbe di una ulteriore ipotesi di finanziamento infragruppo ovvero un finanziamento escluso dalla postergazione ex art. 13, nono comma, d.l. 118/2021 e prededucibile ex art. 10 d.l. 118/2021 (la qual cosa potrebbe, certo, assumere rilievo ove si riscontrino un diverso ambito di operatività della prededucibilità e della non postergazione)".

33. Sul principio di assenza di pregiudizio per i creditori (il c.d. *No creditor worse off*, già in vigore nella disciplina delle crisi bancarie e ribadito anche nella Direttiva Insolvency) cfr. il d.lgs. 180/2015, art. 52, di recepimento della direttiva BRRD; in dottrina cfr. I. Donati, *Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio*, in *Riv. Soc.*, 2020, 164 ss.; L. Stanghellini, *Verso uno statuto dei diritti dei soci di società in crisi*, in *RDS*, 2020, 304).

l'esperto – nella valutazione dell'utilità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile alla continuità aziendale – potrà tener conto delle seguenti circostanze: (i) se i finanziamenti siano funzionali al ciclo degli approvvigionamenti; (ii) se occorrono per ristabilire la regolarità del pagamento delle imposte e quella del documento unico di regolarità contributiva (DURC) al fine di evitare la sospensione del titolo abilitativo o l'impedimento della partecipazione a gare e la stipula dei relativi contratti³⁴.

5. La cessione dell'azienda

Anche la cessione d'azienda o di uno o più rami d'azienda nel corso delle trattative, purché debitamente autorizzata dal tribunale ex art. 10, comma 1, lett. d), conserva i suoi effetti allorché successivamente intervenga una procedura concorsuale (compreso l'accordo ex art. 182-bis l.fall., nella recente interpretazione della Suprema Corte)³⁵. Effetti che sono, come anticipato, la disapplicazione del vincolo di solidarietà tra cedente e cessionario per i debiti sociali inerenti l'azienda (salve le norme a tutela dei lavoratori).

La cessione, dovendo essere funzionale alla continuità aziendale ed alla migliore soddisfazione dei creditori, dovrà avvenire in ipotesi di *continuità indiretta* – e quindi di prosecuzione dell'impresa in capo al terzo acquirente – salvo il caso di cessione di rami d'azienda di valore marginale. Per altro verso, la cessione dell'azienda o di suoi rami sarà, probabilmente, lo sbocco più comune dalla composizione non riuscita, ancor più con l'appendice dell'accesso al concordato semplificato di liquidazione, che avrà il medesimo fine di cessione dell'azienda o di suoi rami o di specifici beni ad un soggetto individuato – magari nelle more divenuto anche affittuario –, purché sia “verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato” (art. 19, comma 2)³⁶.

D'altro canto, la verifica del presupposto del “miglior soddisfacimento dei creditori” imporrà il controllo delle condizioni di vendita per accertare che essa avvenga al meglio. Ancorché la legge non abbia previsto il ricorso alla gara, previa adeguata pubblicità, evidenziando soltanto la snellezza del procedimento, vi rimedia il Protocollo contenuto nel Decreto dirigenziale: viene “consigliato” espressamente per la cessione dell'azienda o di suoi rami, in quanto “utile e opportuno”, il ricorso a procedure competitive per la selezione dell'acquirente (o in ogni caso prima di escludere possibilità diverse), in modo da sgombrare il campo dal timore di scelte in danno ai creditori³⁷.

In particolare il Protocollo contiene una serie di precetti che, sostanzialmente, descrivono quanto già previsto per le offerte concorrenti di cui al subprocedimento ex art. 163-bis l.fall., onde pubblicizzare le operazioni di vendita sui siti specializzati e/o sugli organi di informazione a diffusione locale o nazionale a seconda del mercato di riferimento.

Nel corso dell'iter autorizzativo, pertanto, ordinariamente il giudice disporrà la ricerca di offerte alternative e concorrenti prima di autorizzare

cessioni di rami aziendali. Qualora sussistano più potenziali acquirenti, essi si potranno palesare all'esperto indipendente e dovranno essere messi in competizione. In tale ottica, precisa il Protocollo, all'esperto potrà essere richiesto di: individuare il perimetro dell'azienda o di rami di essa ritenuto idoneo per il miglior realizzo; fornire indicazioni all'imprenditore per organizzare data room informativa da utilizzare la raccolta delle manifestazioni di interesse (e a tal fine potrà essere utilizzata la Piattaforma telematica nazionale di cui all'art. 3); dare corso, o far dare corso, alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati, anche attraverso procedure competitive, raccogliendo le relative manifestazioni di interesse e le eventuali offerte vincolanti (a tal fine potrà essere utilizzata la Piattaforma); se richiesto, esprimere il proprio parere sulle manifestazioni di interesse e le offerte ricevute³⁸. Sarà finanche opportuno – evidenzia il Protocollo – procedere alle stime dell'azienda e, in generale, “delle risorse derivanti dalla liquidazione dell'intero patrimonio o di parti di esso o, ove siano richieste competenze diverse dalle proprie, che proponga alle parti la nomina congiunta di un soggetto di fiducia di tutte, che proceda alle valutazioni necessarie, con costi ripartite tra di esse”³⁹.

6. Prededuzione e mancata omologa

Riguardo le procedure elencate dall'art. 12, comma 1, nell'ambito delle quali conservano i loro effetti gli atti autorizzati nel corso della composizione negoziata, sono necessarie alcune precisazioni.

Anzitutto il concetto di prededucibilità riferito all'accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l.f., richiamato dalla norma, è parso ad alcuni “improprio”, in considerazione della circostanza che in questa procedura lo spartiacque è dato dall'*adesione*, che discrimina «i creditori aderenti (da soddisfare con le modalità e nei tempi concordati) e quelli non aderenti (da pagare integralmente, sia pure con la possibilità di moratoria oggi prevista dall'art. 182-bis, comma 1, l.fall.)»⁴⁰.

Per altro verso, non facendo la norma distinzione alcuna in ordine alla tipologia di accordo, l'efficacia della prededucibilità dei finanziamenti autorizzati resterebbe ferma finanche nei successivi accordi di ristrutturazione ad *efficacia estesa* ex art. 182-septies l.fall.⁴¹.

Il problema applicativo maggiore, tuttavia, sembra essere quello relativo all'“omologazione” dell'accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero del concordato preventivo quale *condicio sine qua non* per la conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'articolo 10 nell'ambito della (precedente) composizione negoziata: presupposto espressamente richiamato dall'art. 12 comma 1.

V'è da chiedersi, quindi, qual è il regime giuridico degli atti autorizzati dal tribunale allorché successivamente *non* sopraggiunga l'omologa-

34. L'esperto – a mente del Protocollo – dovrà tenere conto del fatto: a) che ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, nel corso della composizione negoziata; b) oppure, in presenza di margine operativo lordo negativo, che esso sia compensato dai vantaggi derivanti ai creditori nel corso della composizione negoziata dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei suoi beni). In aggiunta, laddove sia stata richiesta l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare in esecuzione di quanto previsto dalle soluzioni di cui all'articolo 11, comma 1 e 2, l'esperto, quando sentito dal tribunale, potrà tenere anche conto delle utilità derivanti ai creditori dalla soluzione individuata rispetto a quelle che si avrebbero nell'alternativa concretamente praticabile in assenza dei finanziamenti in questione.

35. Cass., sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182.

36. Cfr. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *Ilfallimentarista.it*, 4 ottobre 2021.

37. Sul tema delle procedure competitive interessante lo scritto di P. Liccardo, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Ilfallimentarista.it*, 2021.

38. Il Protocollo inoltre precisa che “l'esperto avrà cura di ricordare all'imprenditore l'opportunità che le offerte siano quanto più possibile a contenuto determinato, vincolanti, sottoscritte ed accompagnate da garanzie. Se sentito dal tribunale nel procedimento autorizzativo ai fini della deroga dell'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, potrà essere chiamato ad esprimersi sulle modalità con cui si è arrivati all'individuazione dell'acquirente, sulla congruità del prezzo e su ogni altro elemento ritenuto utile dal tribunale. Egli è chiamato ad informare il tribunale se l'acquirente dell'azienda o di rami di essa sia una parte correlata dell'imprenditore e a riferire sulle predette attività”.

39. La stima – precisa il Protocollo – “servirà anche a consentire alle parti, con le quali sono in essere le trattative, di valutare le utilità che deriverebbero dalla liquidazione, nel rispetto dell'ordine delle prelazioni, sulla base dell'elenco dei creditori depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c).” Per di più le stime, potendo le stime potranno occorrere ai fini del parere previsto in caso di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

40. Cfr. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit., che evidenzia come non sembrano riproponibili discussioni analoghe a quelle già sollevate in dottrina sulla prededucibilità dei finanziamenti in funzione ex art. 182-quater l.fall. nel concordato preventivo, sembrando la disciplina ora introdotta confermare quanto – da una parte pur minoritaria della dottrina – ipotizzato in ordine alla prededucibilità di questi finanziamenti altresì negli accordi di ristrutturazione.

41. Sugli accordi di ristrutturazione ad *efficacia estesa* v. Abriani, *Gli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa*, su *www.dirittoellacrisi.it*.

zione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l.f., per esempio per la mancata adesione della maggioranza dei creditori.

Stando all'interpretazione letterale (art. 12 delle preleggi), la soluzione sembra chiara: se gli accordi ex art. 182-bis l.f. e i concordati successivi alla composizione negoziale non vengono omologati, l'efficacia degli atti autorizzati ex art. 10 viene meno. Ma ciò che è semplice rischia di essere troppo semplicistico, creando un'evidente distonia nell'impianto normativo, oltre che una chiara disparità tra i soggetti finanziatori e gli acquirenti di aziende in dipendenza di un evento, futuro (in una procedura diversa e posteriore), incerto oltre che indipendente (perché non ricollegabile al loro operato). Evidente distonia in considerazione della circostanza che, in dipendenza del "caso", da un lato vi sarebbero atti già autorizzati ex art. 10, vagliati dall'autorità giudiziale prima del loro compimento – e considerati essenziali per il risanamento dell'impresa (in quanto funzionali alla continuità aziendale e al miglior soddisfacimento dei creditori sociali) – che godono del "beneficio" della conservazione degli effetti (perché la successiva procedura è stata omologata), dall'altro altri atti, anch'essa autorizzati dal tribunale, successivamente divenuti sprovvisti di tale beneficio (per la mancata omologazione)⁴².

D'altro canto tale rischio in capo ai terzi (finanziatori e acquirenti dell'azienda), riconducibile ad una specie di "lancio della monetina", potrebbe indurre i possibili interessati ad astenersi dal compiere l'operazione, essendo poco tutelate le loro ragioni e, strategicamente, potendo attendere per intervenire l'apertura di una procedura concorsuale, con le conseguenti maggiori garanzie offerte dalla legge. In particolare, riguardo la cessione di azienda, qualora la procedura successiva non venga omologata senza che segua il fallimento, far rivivere la solidarietà *ex post* pare davvero irragionevole e lesivo dell'affidamento ingenerato nell'acquirente⁴³.

Tale distonia potrebbe essere superata, in via interpretativa, per vari motivi di ordine logico e sistematico. Anzitutto, per analogia con la soluzione (opposta) adottata dal legislatore nell'art. 161, comma 7, che conferisce la qualifica di prededucibilità ai "crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore" durante il concordato in bianco, ancorché non seguito da omologazione. Inoltre, per il diverso trattamento riservato agli atti, pagamenti e garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto (purché "coerenti"): atti e pagamenti che rimangono esenti dalla revocatoria fallimentare ex art. 12, comma 2⁴⁴. Va anche considerato che, laddove al primo tentativo di omologazione non riuscito faccia seguito un secondo accesso alla stessa o ad una differente procedura concorsuale, con esito positivo, l'interpretazione *secundum rationem legis* imporrebbe di ritenere che siano conservati gli effetti dell'autorizzazione ex art. 10 D.L.⁴⁵.

Si è tuttavia autorevolmente osservato che, nella pratica, il problema rischia di essere di poco momento, atteso che la norma così formulata non risulterebbe lesiva degli interessi dei creditori, in quanto nel caso non intervenga l'omologazione seguirà – verosimilmente – una procedura liquidatoria dove la prededuzione potrà essere riconosciuta.⁴⁶ Invero, avendo rilievo la prededucibilità soltanto in caso di apertura del concorso, avrebbe ben poco significato in pendenza della composizione negoziata, sia perché l'imprenditore è *in bonis* sia perché potrà richiedere le misu-

re protettive onde impedire al finanziatore di agire esecutivamente sul proprio patrimonio: pertanto in caso di mancata omologazione della successiva procedura l'impresa dovrebbe fallire; in alternativa, il finanziatore sarebbe libero di aggredire il patrimonio della società rimasta *in bonis*.

7. Esenzione dall'azione revocatoria

L'art. 12, comma 2, prevede un'ulteriore norma volta ad incentivare l'accesso all'istituto della composizione negoziata: non sono soggetti all'azione *revocatoria fallimentare* (di cui all'art. 67, comma 2, l.f.) – che è l'altra faccia della medaglia della prededuzione – gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché – come visto – "coerenti" con le trattative e le *prospettive di risanamento* (art. 12, comma 2)⁴⁷. Prospettive di risanamento che d'altronde l'esperto è tenuto a valutare fin dalla prima audizione dell'imprenditore (art. 5, comma 5): solo se tali prospettive risultino "concrete" (con un'assonanza alla terminologia dell'art. 27, D. lgs. n. 270/1999 per l'apertura dell'amministrazione straordinaria) il percorso della composizione potrà iniziare/proseguire e l'istanza deve essere archiviata *de plano* laddove un tale risultato non sia ragionevolmente ottenibile⁴⁸.

Viceversa, ai sensi del comma 3 dell'art. 12, gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono "in ogni caso" soggetti alle azioni revocatorie (artt. 66 e 67 l.f.) se, in relazione ad essi, (i) l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese (ex art. 9, comma 4), o se (ii) il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione (di cui all'art. 10).

Tale ultima previsione tuttavia rischia di essere un'arma spuntata, atteso che le azioni revocatorie fallimentari dopo lo spirare della composizione negoziata⁴⁹ saranno – in taluni casi – difficilmente ipotizzabili in assenza di una norma – analoga all'art. 69-bis l.f. – che faccia decorrere i termini almeno dalla pubblicazione della domanda di applicazione di misure protettive nel registro delle imprese, se il fallimento sia stato dichiarato entro un breve lasso di tempo e come effetto della medesima crisi⁵⁰. Discrasia ancor più evidente considerando da un lato che la composizione negoziata è un "percorso" stragiudiziale e non una procedura e, quindi, non v'è alcuna consecutio di procedure (minore/maggiore), dall'altro che non è stato previsto alcun prolungamento del periodo di revocabilità pur dinanzi alla sospensione delle istanze di fallimento ex art. 6, comma 1⁵¹.

Un'ulteriore riflessione merita il coordinamento della previsione della revocatoria ex art. 12, comma 3, con l'autorizzazione del tribunale ex art. 10 e l'assenso dell'esperto ex art. 9. Tale ultima norma, al comma 2, dispone che l'imprenditore debba informare preventivamente l'esperto del compimento di atti di straordinaria amministrazione⁵², nonché dell'esecuzione di

42. Dello stesso avviso v. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, cit.

43. In tema di cessione d'azienda è stato correttamente osservato che il problema non è relativo all'opponibilità della cessione nelle procedure che seguiranno a carico dell'imprenditore cedente, quanto piuttosto all'opponibilità dell'effetto purgativo della vendita ai creditori del cedente che intendano agire nei confronti del cessionario (Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.).

44. Cfr. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, cit.

45. Mentre – osserva L. Bottai, *ivi* – "in caso di sopravvenuta risoluzione del contratto di finanziamento o di trasferimento d'azienda non sembra dubbio che gli effetti suddetti vengano meno definitivamente (così anche la responsabilità solidale del cessionario)".

46. Così L. Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, cit.

47. L'esenzione rievoca quella prevista in caso di eventuale successivo fallimento dell'impresa per gli atti, pagamenti e garanzie posti in essere per la presentazione ed esecuzione di un piano di risanamento, di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione.

48. Cfr. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi*, cit., il quale propende per il criterio causale del "più probabile che non". Sul concetto di risanabilità cfr. V. Minervini, *Disciplina delle crisi e diritto della concorrenza*, in *Riv. dir. comm.*, 2019, I, p. 299 ss.; Id., *Le procedure concorsuali dopo il "lockdown": dal concetto di "insolvenza" a quello di "risanabilità"*, in *Crisi d'impresa ed emergenza sanitaria*, a cura di S. Ambrosini e S. Pacchi, Bologna, 2020, p. 595 ss.; G. Fauceglia, *La legislazione in tempo di pandemia e la metamorfosi del diritto della crisi*, in *Giur. Comm.*, 2021, p. 431 ss., per il quale prima del Decreto non sembrava possibile "pervenire ad un giudizio di "risanabilità" dell'impresa.

49. Termine di 180 giorni, prorogabili di ulteriori 180 giorni con l'accordo di tutte le parti (art. 5, comma 7).

50. Cfr. L. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, cit.

51. Così F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "de profundis" per il sistema dell'allerta*, in *Infallimentarista.it*, 25 agosto 2021.

52. Gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che necessitano di preventiva comunicazione sono elencati, ancorché in via soltanto esemplificativa, nel Decreto dirigenziale (articolo 7.3). In generale, la giurisprudenza ha precisato che sono gli atti idonei ad incidere *negativamente* sul patrimonio del debitore, *pregiudicandone* la

pagamenti che non siano “coerenti”⁵³.

L'esperto dovrà quindi segnalare per iscritto – e attraverso la Piattaforma Telematica (meglio descritta nella Sezione 5 del Decreto dirigenziale) – all'imprenditore e all'organo di controllo (se nominato) l'atto che ritiene possa arrecare pregiudizio (i) ai creditori, (ii) alle trattative o (iii) alle prospettive di risanamento⁵⁴. L'imprenditore può fornire chiarimenti in proposito (art. 7.9 del Decreto dirigenziale) e allorché ritenga ugualmente di compiere l'atto, nonostante la predetta segnalazione, l'esperto può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese nei successivi dieci giorni⁵⁵. Tale facoltà diviene invece un preciso dovere allorché l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori: al riguardo il Decreto dirigenziale evidenzia (articolo 7.6) che l'esperto, nel valutare il pregiudizio ai creditori, tiene anche conto della sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa e dei vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale⁵⁶.

Nel concreto, si potrebbero così verificare le seguenti ipotesi⁵⁷: (a) il finanziamento è stato rimborsato senza segnalazione all'esperto; (b) il rimborso del finanziamento è stato segnalato all'esperto e questo non ha dissentito; (c) il rimborso del finanziamento è stato segnalato all'esperto e questo ha dissentito, con successiva iscrizione nel registro delle imprese; (d) il rimborso del finanziamento è stato segnalato all'esperto e questo, pur dissentendo, non ha iscritto il suo dissenso nel registro delle imprese, non pregiudicando l'atto compiuto gli interessi dei creditori (ma, per esempio, pregiudicando le sole trattative ovvero le prospettive di risanamento).

V'è da chiedersi, quindi, cosa accadrebbe nel caso di successivo fallimento dell'impresa per tali atti. Invero potrebbero essere ragionevolmen-

consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determinano la riduzione ovvero lo gravano di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi (Cass., 20 ottobre 2005, n. 20291; Trib. Treviso, 28 giugno 2017; Trib. Padova, 21 febbraio 2014; Trib. Pinerolo, 9 gennaio 2013; Trib. Terni, 28 dicembre 2012, tutte in www.ilcaso.it). Costituiscono invece atti di ordinaria gestione dell'azienda quelli strettamente aderenti alle finalità e alle dimensioni del suo patrimonio, che – ancorché comportanti una spesa elevata – lo migliorino o anche solo lo conservino, nonché quelli relativi alla prosecuzione dei rapporti negoziali pendenti, ove inerenti alla gestione caratteristica dell'impresa e non incidenti in modo innovativo sul suo patrimonio (ex multis cfr. Cass., 21 ottobre 2011, n. 2194; nel merito cfr. Trib. Milano, 11 dicembre 2012 e Trib. Prato, 14 giugno 2012, entrambe in www.ilcaso.it; Trib. Terni, 12 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.org).

53. Riguardo i pagamenti la loro “non coerenza” andrà valutata rispetto «al momento in cui sono stati compiuti» gli atti, caso per caso, in relazione sia allo stato delle negoziazioni in essere con i creditori, sia alle concrete possibilità di risanamento dell'impresa e quindi di uscita dallo stato di crisi della stessa. Cercando di risolvere a monte i problemi, il Decreto dirigenziale – con uno sforzo apprezzabile e di non poco momento – suggerisce (articolo 7.4) “di fare particolare attenzione ai pagamenti diversi dai seguenti: il pagamento di retribuzioni a dipendenti; il pagamento di provvigioni ad agenti e di compensi a collaboratori coordinati e continuativi; il pagamento di debiti fiscali e contributivi; il pagamento di debiti commerciali, nei confronti di coloro che non siano parti correlate, e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi; il pagamento di rate di mutuo e canoni di leasing alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti; tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione.” I pagamenti non ricompresi in tale elenco, quindi, potenzialmente possono essere non coerenti – in virtù di una specie di presunzione legale – e devono valutati con particolare attenzione dall'imprenditore e, quindi, anche dall'esperto.

54. A tal fine il Decreto dirigenziale precisa (articolo 7.2) il comportamento opportuno per l'esperto nel corso del primo incontro (notificare l'imprenditore del dovere di informazione previsto dalla legge).

55. L'iscrizione facoltativa produce tuttavia i medesimi effetti della iscrizione obbligatoria (art. 12, comma 3).

56. Non vi è pregiudizio, ad esempio, quando i finanziamenti richiesti siano necessari ad assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia in grado di rimborsare i finanziamenti attraverso i soli flussi derivanti dalla continuità stessa. Vi è viceversa pregiudizio, ad esempio, quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento (art. 7.9 del Decreto dirigenziale).

57. Le evidenze A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit.

te revocabili (ex comma 3 dell'art. 12) gli atti di cui *sub* lettere (a) e (c), mentre sarebbero esenti da revocatoria (ex comma 2 dell'art. 12) gli atti *sub* lettere (b) e (d) in presenza del presupposto temporale (posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto) e laddove “coerenti”⁵⁸.

In generale, si è comunque osservato che la sottoposizione a revocatoria degli atti e pagamenti effettuati, così come formulata, risulta assai generica e vaga da risultare uno scarso deterrente, anche considerato che tali misure sanzionatorie potranno scattare solo in caso di successivo fallimento⁵⁹.

8. La responsabilità dell'imprenditore

In ogni caso, per gli atti compiuti dall'imprenditore rimane ferma la sua responsabilità, in coerenza con la permanenza dei poteri di gestione in capo allo stesso e in applicazione del principio generale contenuto nell'articolo 2086 del codice civile, sia in ipotesi di conservazione degli effetti degli stessi, che in quelli soggetti ad azioni revocatorie.

Trattasi, a mente dell'art. 12, comma 4 (che richiama le ipotesi di cui ai commi 1, 2 e 3 del medesimo articolo) degli atti: (i) autorizzati dal tribunale ai sensi dell'art. 10, laddove la composizione negoziata abbia esito negativo e ad essa consegua una procedura; (ii) non soggetti all'azione revocatoria di cui al comma 2 dell'art. 67; (iii) di straordinaria amministrazione e dei pagamenti effettuati nel corso del percorso della composizione, in relazione ai quali l'esperto abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ovvero non autorizzati dal tribunale ai sensi dell'art. 10.

Pertanto i profili di responsabilità dell'imprenditore sono da porsi in relazione agli atti per cui sussiste un preciso dovere di informazione, sia in quanto oggetto di necessaria autorizzazione (per gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 10, comma 1, e 12, comma 1), sia in quanto rientranti nel perimetro di cui al comma 2 dell'art. 9, riguardante gli atti di straordinaria amministrazione ed i pagamenti (non coerenti)⁶⁰.

L'ipotesi più semplice si ha laddove a seguito di tale informazione sia intervenuta l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese da parte dell'esperto: in tal caso la responsabilità dell'imprenditore che, nonostante l'iscrizione compie l'atto, risulta triplice: a) per danni, b) per la revocabilità delle operazioni e c) penale, ai sensi dell'art. 12, commi 3 e 5⁶¹.

Più difficile è il tema degli atti che l'imprenditore compie senza aver previamente informato l'esperto. In tal caso la legge nulla dice: l'art. 9 infatti disciplina le conseguenze degli atti compiuti dall'imprenditore nonostante il dissenso dell'esperto (previamente notiziato degli atti stessi), ma nulla prevede in caso di mancata informazione da parte dell'imprenditore

58. A. Dentamaro, *La nuova finanza nella composizione negoziata*, cit., precisa che andrebbero “approfondite le ragioni della distinzione ex art. 9, terzo e quarto comma, tra iscrizione del dissenso nel registro delle imprese obbligatoria (perché l'atto è pregiudizievole per i creditori) e iscrizione del dissenso nel registro delle imprese facoltativa (perché l'atto può arrecare pregiudizio alle trattative o alle prospettive di risanamento), posto che ove dissenso dell'esperto vi sia stato, la revocabilità dell'atto, certa nel primo caso, sarebbe ragionevole anche nel secondo caso (pur subordinandola ad una ulteriore verifica in sede fallimentare)”.

59. Così F. Lamanna, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il “de profundis” per il sistema dell'allerta*, in *Il fallimentarista*, 25 agosto 2021, per il quale al di fuori del fallimento “... non sembrano previste serie misure di contrasto degli abusi che può compiere il debitore, di tal genere non potendo considerarsi l'obbligo di informare l'esperto, incombente sul debitore, in ordine alla sua intenzione di compiere pagamenti ed atti di straordinaria amministrazione (art. 9), tenuto conto che tale obbligo sussiste solo quando lo stesso debitore (improbabilmente) ritenga che tali atti e pagamenti siano non coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento”.

60. Ciò che potrà accadere ogni qualvolta il debitore provveda a contrarre obbligazioni superflue o eccessivamente gravanti sul ciclo produttivo, privando l'azienda di risorse determinanti, ovvero a soddisfare crediti non strategici nonostante la concessione di misure protettive, etc.

61. Sull'esperto, peraltro, pende una corrispondente responsabilità per la vigilanza stretta e attenta sulle condotte del debitore, specialmente quelle non dichiarate e comunicate.

(scientemente ovvero per negligenza, imprudenza o ancora imperizia) degli atti che ricadono nell'ambito del comma 2⁶².

Ebbene, al pari dell'esecuzione di quegli atti compiti nonostante l'iscrizione del dissenso, ovvero non coerenti, è ragionevolmente ritenere che l'omessa informativa comporti una precisa responsabilità per l'imprenditore.

Responsabilità di natura civile, per violazione dei doveri di informazione imposti dall'art. 9 ma anche dei più generali doveri di comportarsi secondo buona fede e correttezza (art. 4, comma 4) e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 4, comma 5), laddove il danno causato da tale omissione sarà commisurato al pregiudizio causato agli interessi dei creditori. Ma anche responsabilità di natura *penale*, ricavabile *a contrario* dall'ultimo comma dell'art. 12, laddove si prevede l'inapplicabilità dei reati di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice per i pagamenti e le operazioni compiute nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto purché "coerenti", nonché per gli atti autorizzati dal tribunale a norma dell'art. 10. Trattasi, quindi, di bancarotta nel caso in cui sopraggiunga il fallimento per atti compiuti durante la fase delle trattative "non coerenti" oppure non autorizzati.

9. Conclusioni

Alcune riflessioni conclusive.

La conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal tribunale è uno degli incentivi offerti dal legislatore per accedere al percorso della composizione negoziata. Percorso sul quale il legislatore, ispirato all'esperienza francese del *conciliateur judiciaire*⁶³ (che sta dando buoni frutti), confida molto per traghettare fuori dalla "palude" della crisi le imprese che hanno prospettive di essere risanate. Imprese in crisi che, purtroppo, per effetto della pandemia da Covid-19 ci si aspetta essere assai numerose allorché termineranno le misure di sostegno alle imprese introdotte con i decreti emergenziali.

L'istituto, come visto, è espressione del principio di *autonomia negoziale* nella composizione della crisi. È compito ora degli operatori – imprenditori/debitori, professionisti/esperti e creditori – dimostrare che tale *favor* del legislatore per la soluzione negoziata della crisi d'impresa sia stata una scelta felice. Ciò, evidentemente, imporrà un cambio culturale notevole per tutti i soggetti coinvolti nel percorso della composizione negoziata.

Si è detto, da più parti, che è un istituto *debtor-friendly*: certo, ma se applicato correttamente e nella fase precoce della crisi per consentire l'emersione tempestiva e un pronto risanamento dell'impresa, potrà dimostrarsi anche *creditor-friendly*. Facile supporre, invero, che coinvolgere i creditori in trattative volte a comporre la crisi in una fase precoce e a salvare l'azienda possa avere esiti più soddisfatti (per i creditori) di una procedura concorsuale che interviene in un momento patologico avanzato.

Nel solco della direttiva comunitaria 2019/1023, le nuove norme sono destinate a rivoluzionare il diritto della crisi, con una (da più parti auspicata) riduzione delle tradizionali procedure concorsuali e con l'attribuzione ai giudici del solo compito di dirimere le controversie e decidere sugli atti

più rilevanti: procedure concorsuali che, nell'intenzione del legislatore, diventeranno – unitamente all'accesso ai tribunali – residuali. In tale ottica, è da accogliere con favore l'inserimento del *percorso* della composizione assistita al di fuori della legge fallimentare, onde favorire finanche l'accesso degli operatori stranieri al "mercato" delle aziende in crisi, oggi spesso precluso per la mancanza di uno strumento di risanamento che si colloca al di fuori delle procedure.

Il "percorso" della composizione non è una "procedura concorsuale", anche se leggendo l'impianto normativo in più parti si ravvisano una serie di tutele e di effetti tipici proprio delle procedure concorsuali: tra questi, la prededuzione per i finanziamenti dei soci, la rimodulazione ad equità dei contratti, la possibilità di cessione aziendale senza la solidarietà passiva di cui all'art. 2560, comma 2, c.c. e l'esclusione dell'obbligo di postergazione rispetto ai finanziamenti *infra gruppo*.

La conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal tribunale ex art. 12 comma 1 rischia, quindi, di minare la convinzione, sopra affermata, circa la natura non concorsuale del nuovo istituto. E i dubbi potrebbero sorgere considerando finanche l'inibitoria dalle azioni esecutive e la necessità di accedere alla composizione negoziata per poi, all'esito negativo della stessa, presentare un concordato semplificato ex art. 18, comma 1, e accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa.

Pertanto, si avverte anche la necessità di coordinamento con alcuni principi consolidati nelle procedure concorsuali, quali la *consecutio* e il conseguente periodo di retrodatazione per l'esercizio delle azioni revocatorie, onde rendere più efficace l'arma di cui all'art. 12, comma 3. V'è da chiedersi quindi se tale istituto non vada definito, utilizzando l'interpretazione sistematica, un istituto di diritto concorsuale al pari degli accordi di ristrutturazione dei debiti.⁶⁴

Un antico insegnamento di Lucio Giavoleno Prisco, tuttavia, ci ricorda che "*omnis definitio in iure civili periculosa est: parum est enim, ut non subverti possit*"⁶⁵.

62. Di converso, i doveri dell'esperto indicati dall'art. 9 sono invero collegati e, in qualche modo, subordinati, al preciso dovere di informazione che ha l'imprenditore: informazione all'esperto *ex ante* rispetto all'atto che vuole compiere ovvero *ex post* laddove, nonostante la segnalazione dell'esperto, l'imprenditore abbia ritenuto ugualmente di compiere l'atto.

63. Di cui all'art. 611-4 Code de Commerce: il *conciliateur* è stato introdotto in Francia da un decennio e modificato il 15.9.2021 con Ordonnance 2021/1193; tuttavia in Francia non è ammesso per le imprese che siano insolventi (in *cessation des paiements*) da più di 45 giorni e il tribunale commerciale che nomina il professionista indipendente, non è composto da magistrati togati, bensì da giudici eletti tra i commercianti o i dirigenti di società commerciali (sul tema cfr. Carmellino, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fall*, 2015, 1057). Peraltro va ricordato che già gli artt. 825 e 827 del Codice di Commercio del 1882 disciplinavano l'accordo amichevole durante la moratoria prefallimentare, da stipularsi con la maggioranza dei creditori che rappresentasse almeno il 75% del passivo: procedura stragiudiziale che non aveva un contenuto predeterminato e con salvezza dei diritti dei dissenzienti.

64. Seguendo la recente accezione della Suprema Corte (cfr. Cass, sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182).

65. lav. 11 epist. D. 50, 17, 202.