

Società 21 Dicembre 2021

# Gli atti autorizzati dal Tribunale nella composizione negoziata, finanziamenti e cessione d'azienda

di Marco Greggio\*

## In breve

Nella prima parte dello Speciale abbiamo illustrato le autorizzazioni giudiziarie, il procedimento di autorizzazione e la conservazione degli effetti. In questa seconda parte si parlerà di finanziamenti e cessione d'azienda

### ► I finanziamenti

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**:

- A) quelli **prededucibili** in generale,
- B) quelli **erogati dai soci** e, infine,
- C) i finanziamenti **contratti da una o più società appartenenti ad un gruppo**, che acceda alla composizione negoziata di gruppo.

**A)** Di fatto il sostegno finanziario alle imprese in crisi è normalmente affidato all'intervento del **credito bancario** [1] (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 concorsuali.

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*).

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 debiti, 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.

**B)** 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).[2]

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 codicistica.

**C)** 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*.

Peraltro 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 finanziamento.

Tuttavia, mentre per l'esperto chiamato ad esprimere il proprio assenso *ex art. 13*, comma 9, il finanziamento non deve arrecare "*pregiudizio ai creditori*", [3] 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.

## ◆ La cessione dell'azienda

Anche la cessione d'azienda o di uno o più rami d'azienda nel corso delle trattative, purchè 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) [4]. 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)[5].

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 del 28 settembre 2021** : 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 creditori.[6]

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.

## Conclusioni.

L'istituto della composizione negoziata è espressione del **principio di autonomia negoziale** nella risoluzione della crisi. Tuttavia è proprio con l'intervento del tribunale, in punto di conferma/revoca/modifica delle misure protettive ex art. 7 e delle autorizzazioni giudiziali ex art. 10, che si è cercato il **punto di equilibrio tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale**. [7]

Sarà compito di tutti i soggetti coinvolti- imprenditori/debitori, professionisti/esperti e creditori - dimostrare che il *favor* dimostrato dal legislatore per la soluzione negoziata della crisi d'impresa abbia colto nel segno.

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**.

Probabilmente il coinvolgimento dei creditori in trattative volte a comporre la crisi in una fase precoce e a salvare l'azienda potrà avere esiti migliori per i creditori rispetto ad 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.

---

\* Lo Speciale è curato per Norme & Tributi Plus Diritto da Marco Greggio, Partner 24 ORE Avvocati

-----

[1] 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](http://www.ilcaso.it), 9 settembre 2021.

[2] Di tale avviso anche Panzani, Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid, cit. e 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".

[3] 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. Donati, Crisi d'impresa e diritto di proprietà. Dalla responsabilità patrimoniale all'assenza di pregiudizio, in Riv. Soc., 2020, 164 ss.; Stanghellini, Verso uno statuto dei diritti dei soci di società in crisi, in RDS, 2020, 304).

[4] Cass. civile, sez. I, 18 gennaio 2018, n. 1182.

[5] Cfr. Bottai, La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative, in [Ifallimentarista.it](http://Ifallimentarista.it), 4 ottobre 2021.

[6] Sul tema delle procedure competitive cfr. Liccardo, Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole, in [Ifallimentarista.it](http://Ifallimentarista.it), 2021.

[7] Così Pagni-Fabiani, La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa), in Le nuove misure di regolazione della crisi d'impresa, speciale novembre 2021 della rivista Diritto della Crisi, a cura di De Simone-Fabiani-Leuzzi. Al riguardo cfr. Di Marzio, Il diritto negoziale della crisi d'impresa, Milano, 2011, 20 ss..

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati