

LE MISURE PROTETTIVE NELLA COMPOSIZIONE ASSISTITA

di MASSIMO MASTROGIACOMO

SOMMARIO : 1. *L'ALLERTA E COMPOSIZIONE ASSISTITA: SINTESI DEGLI INTERESSI DA PROTEGGERE.*- 2. *LE MISURE PROTETTIVE TIPICHE.* - 3. *LE MISURE SULLA CONTINUITA' AZIENDALE.* - 4. *REVOCA DELLE MISURE. PERIMETRO DELLE TRATTATIVE IN CORSO*

1. L'ALLERTA E COMPOSIZIONE ASSISTITA: SINTESI DEGLI INTERESSI DA PROTEGGERE.

Con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza è iniziato il conto alla rovescia per l'entrata in vigore di una delle riforme più attese nel mondo economico e finanziario in ragione della sua potenziale capacità di incidere nei processi di recupero delle imprese e del credito deteriorato, nella quale fa ingresso un nuovo procedimento di tipo amministrativo, articolato nelle fasi dell'allerta e della composizione assistita, pensato per accompagnare l'imprenditore a prendere coscienza della propria situazione di crisi, magari anche anticipandola, e assumere, di conseguenza, le decisioni opportune nell'interesse dei creditori. La parola chiave di questo nuovo spazio nel quale si accede per diversi canali di allarme è, al di sopra di ogni altra definizione, sicuramente "tempestività"¹, concetto che richiama l'idea di decisioni prese in modo rapido e accelerato in una prospettiva di efficienza. La scommessa del

¹La fase precoce dei Considerando nn 16 e 17 della proposta di direttiva UE del novembre 2016 .

salvataggio dell'impresa in crisi, ossia della sua ricollocazione sul mercato senza l'ampliamento del danno economico generalizzato che conseguirebbe all'insolvenza, corre veloce su un percorso dove assumono un ruolo essenziale le figure professionali sempre più esperte in materia di crisi d'impresa.

Il punto centrale e il vero snodo di questa nuova disciplina è quello di conciliare la complessità che domina i meccanismi di rilevazione della crisi, soprattutto per il modo nel quale risultano articolati dalle stesse norme del codice, con un'appropriata percezione dei rischi ai quali vanno incontro ciascuno dei soggetti coinvolti, ossia l'imprenditore, i suoi creditori e i professionisti che a vario titolo assumono un ruolo in questa delicata fase. Da una parte si collocano, infatti, le fragilità percettive degli indicatori di squilibri economici, patrimoniali e finanziari che serviranno a mettere in moto lo strumento dell'allerta e dall'altro si schierano le modalità di costituzione di un organismo professionale di valutazione, necessariamente collettivo, non certo scevro da un certo grado di farraginosità².

Di fronte a questo scenario, se l'imprenditore corre il rischio di vedere compromessa la propria affidabilità in conseguenza alla percezione precoce delle sue difficoltà, tale da allarmare fornitori e finanziatori e seminare ingiustificate paure nel mercato fino a provocare, anziché scongiurare, un aggravamento della crisi, i creditori, d'altro canto, dovranno temere, in via del tutto speculare, il peggioramento della possibilità del recupero dei loro diritti per effetto dello sviluppo sterile e infruttuoso della procedura, passando così l'impresa da uno stato di crisi a una situazione d'insolvenza. Nel mezzo si collocano i professionisti, sia quali componenti dell'organismo di controllo societario interno, in quanto chiamati a persuadere

² M. Fabiani, RIFORMA ORGANICA DELLE DISCIPLINE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA - DI UN ORDINATO MA TIMIDO DISEGNO DI LEGGE DELEGA SULLA CRISI D'IMPRESA in *Fallimento*, 2016, 3, 254

l'imprenditore ad attivarsi per tempo, sia perché assumono la carica di membri dell'OCRI. In ragione della complessità nella lettura degli indici di cui all'art. 13 e più in generale nell'ipotizzare scenari prossimi, essi potrebbero facilmente esprimere valutazioni errate, improprie o incomplete.

Ed è la legge delega, nella lettera e) dell'art. 4, che, in prima battuta, si cura di tener conto di tali rischi seguendo due specifiche direttive : tempestività nell'agire e obbligo di riservatezza e confidenzialità³. Una volta ricevute le segnalazioni l'organismo va convocato con immediatezza e la soluzione va trovata nel più breve tempo possibile. Ciò significa, secondo il decreto legislativo : sollecita adozione delle misure più idonee alla composizione della crisi (art. 12), procedere senza indugio alla nomina del collegio OCRI (art. 17), convocare entro 15 giorni il debitore dinnanzi al collegio e fissargli un termine per riferire in merito alle misure individuate per porvi rimedio (art. 18) ed infine assegnare un termine di tre mesi prorogabili di ulteriori tre mesi per la soluzione concordata.

Sotto la lente della confidenzialità ricadono da una parte i creditori, in quanto tenuti a collaborare lealmente nelle procedure di allerta e composizione assistita della crisi e di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite (art. 4). Dall'altra i componenti degli organismi e collegi preposti alla procedura di allerta e composizione assistita, dovranno agire avendo cura di non diffondere le notizie sulla crisi, acquisite nell'esercizio delle loro funzioni (art.5), per non arrecare pregiudizio al debitore e alla buona riuscita delle misure idonee a porvi rimedio e a prevenire il suo aggravarsi.

³ M. Ferro, MISURE DI ALLERTA E COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLE CRISI in *Fallimento*, 2016, 10, p. 1032; A. Rossi, LA LEGGE DELEGA PER LA RIFORMA DELLE DISCIPLINE DELLA CRISI D'IMPRESA: UNA PRIMA LETTURA *Società*, 2017, 12, 137; M. Perrino *Crisi D'Impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *I Papers dell'OCI*, ottobre 2018.

A supporto di una strategia che vuole dare efficacia al procedimento e tutelare gli interessi primari astrattamente messi a rischio dalla crisi, la successiva lettera g) dell'art. 4 della legge delega ha inteso consentire al debitore di chiedere l'adozione delle misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative.

Il decreto legislativo, cogliendone la centralità in un sistema che vede i protagonisti della crisi confrontarsi alla ricerca di una via d'uscita e applicando la previsione di cui all'art. 14 lett. d) della legge delega, ne amplia la portata e giunge a disciplinare nell'art. 20 due diverse tipologie di misure protettive, che si differenziano sia nell'oggetto che vanno a tutelare, sia, almeno in parte, nei presupposti necessari per avanzare la domanda nonché nelle modalità attuative.

2. MISURE PROTETTIVE TIPICHE

Nella prima parte dell'articolo 20 del decreto legislativo, la misura oggetto dell'intervento potrebbe definirsi tipica ed attiene al mantenimento della consistenza patrimoniale del debitore, il quale, una volta aperta la fase della composizione assistita, che dovrebbe svilupparsi nella ricerca di un accordo, vede attenuarsi la saldezza del criterio di confidenzialità e riservatezza che aveva pervaso la fase dell'allerta, esponendosi maggiormente al rischio di subire le azioni singole dei creditori, pronti ad agire per la tutela del proprio diritto⁴. Per fronteggiare tale evenienza il debitore può chiedere al tribunale delle imprese l'adozione di provvedimenti genericamente individuati in misure protettive. La norma, infatti, non ne descrive il contenuto specifico, lasciando apparentemente spazio ad un'interpretazione senza un perimetro determinato, salvo il limite dell'essere necessarie per condurre a termine le trattative in corso, enunciato nelle stesso comma 1°. A ben vedere, tuttavia,

⁴ M. Ferro, *Codice della crisi d'impresa: le misure protettive e premiali nelle istituzioni di prevenzione della crisi*, in *Quotidiano giuridico*, pubblicazione del 15/01/2019.

non vi è ragione di discostarsi dalla definizione generale data dall'articolo 2, lettera p),⁵ del decreto legislativo che tipicizza le misure protettive del codice della crisi e dell'insolvenza in quelle temporanee disposte dal giudice ad evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la loro regolazione. Le azioni dei creditori alle quali si fa riferimento nel testo trovano, poi, una puntuale specificazione nell'articolo 54, comma 2, del decreto, laddove esso dispone che gli stessi non possono, sotto pena di nullità, iniziare e proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore. Nell'ambito di questa descrizione vanno evidentemente calate le specifiche misure che il debitore può richiedere nel corso delle trattative durante la composizione assistita.

Si tratta, quindi, di mettere in sicurezza il patrimonio, o meglio i singoli beni facenti parte del patrimonio del debitore, contro le autonome azioni dei creditori muniti di particolari titoli esecutivi. È in questa fase, infatti, che si può aprire un conflitto che può vedere da una parte il debitore e alcuni creditori che cercano una soluzione concordata della crisi, e dall'altra altri singoli creditori, magari più strutturati, pronti ad agire e intervenire prima degli altri a tutelare il proprio diritto. Va ricordato che le misure protettive di tipo patrimoniale hanno la caratteristica di essere poste a garanzia dell'integrità del patrimonio del debitore in previsione dell'applicazione della regola del concorso. Ne consegue che il beneficio dell'insensibilità alle aggressioni singole si trasferisce, ovviamente, a favore della massa dei creditori. In altre parole, l'interesse del debitore a tutelare il proprio patrimonio coincide, in linea di massima, con quello dei creditori che aspirano ad una soddisfazione conseguente ad una possibile ristrutturazione e, quindi, considerati come unica categoria accomunata dallo stesso interesse, sebbene la misura, al contempo, contragga il diritto di ciascuno di essi.

⁵ M.Ferro, Codice delle crisi d'impresa, cit

Il procedimento per ottenere le misure protettive di tipo patrimoniale ha natura giurisdizionale. Del resto non poteva essere altrimenti visto che, come appena accennato, si tratta di disporre dei diritti, anche se potenziali, dei creditori che, peraltro, sempre in via astratta, in questa fase assumono la veste di contraddittori del debitore. La domanda va rivolta alle sezioni specializzate in materia di impresa a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, N. 168.

Il primo presupposto indefettibile per avanzare l'istanza è che il debitore abbia avuto un confronto sulla sua situazione di crisi con un organismo terzo, che nello specifico è l'OCRI. La norma esordisce, infatti, con "*dopo l'audizione di cui all'articolo 18*", ossia dopo essere stato convocato dall'OCRI, il debitore è legittimato alla richiesta di protezione. Peraltro va ricordato che la chiamata a relazionarsi con il collegio dei professionisti non dipende solo dall'avvio dell'allerta, sia interna che esterna, ma anche da una propria iniziativa dell'imprenditore, messo alle strette dai conti del suo bilancio.

Il secondo evento che deve precedere la domanda del debitore al Tribunale delle Imprese è che egli abbia presentato anche istanza di composizione assistita instaurando il procedimento disciplinato dall'art. 19 che, come detto, si svolge innanzi ad un organismo di tipo amministrativo⁶.

Non è quindi sufficiente la sola e tempestiva domanda di composizione assistita, ma è necessario che la stessa avvenga dopo che sia comparso il procedimento di allerta, anche solo su iniziativa del debitore. La ragione di questo passaggio sta probabilmente nella considerazione per la quale solo dopo l'audizione del debitore possono dirsi effettivamente verificate quelle condizioni di crisi per le quali appare utile intervenire con l'adozione di misure protettive. Il legislatore, in altre parole, sembra voler evitare che l'imprenditore si possa rivolgere alle sezioni specializzate per ottenere provvedimenti sui diritti dei creditori a suo favore senza un passaggio che

⁶ M.Ferro, Codice delle Crisi, op cit

ne testimoni la fondatezza, lasciando altrimenti l'iniziativa al suo arbitrio. Altra ragione sembra risiedere nel fatto che con l'audizione si incardina il collegio OCRI che, come si vedrà a breve, potrebbe risultare l'unico interlocutore al quale il tribunale si rivolge per ottenere i chiarimenti necessari ad un procedimento giurisdizionale che, sebbene in astratto abbia natura contenziosa, si sviluppa con modalità libere e con forme che non sono indispensabili al fine del decidere.

Il terzo presupposto che viene enunciato dall'articolo 20 è la sussistenza di trattative in corso, alle quali le misure protettive si mostrino funzionali per portarle a termine. Da notare che la disposizione non fa esplicito riferimento ai creditori quali controparti nelle suddette trattative. Vedremo più avanti quale significato attribuire a questa apparente lacuna.

Riguardo alla struttura del procedimento, la norma rinvia, con la formula della compatibilità, agli articoli 54 e 55 del decreto legislativo. Al di là dei termini e dell'organizzazione, un primo tema, dai risvolti sostanziali sul decidere, riguarda la presenza di soggetti idonei che possano confermare l'illustrazione che il debitore avrà cura di sottoporre all'attenzione del tribunale delle imprese, tenuto conto che i creditori, in quanto astrattamente parti in contraddittorio, oltre che sulla salvaguardia del loro diritto, non saranno certamente in grado di esprimersi se non sulla sola sussistenza delle trattative in corso che li riguardano.

Pertanto, pur in assenza di una specifica disposizione, e salvo rinvenirne il dato normativo dalla compatibilità con l'art. 54, il debitore non potrà sottrarsi al deposito di un elenco dei creditori, altrimenti il procedimento giurisdizionale mancherebbe nell'individuazione, anche se solo potenziale, di una delle parti.

Sul punto occorre rilevare che dal secondo comma dell'art. 54 si ricava che, in generale, i provvedimenti protettivi non saranno più conseguenti all'apertura di uno dei procedimenti di regolazione delle crisi e dell'insolvenza, ma sarà necessario che la domanda di accesso sia

accompagnata da un'esplicita richiesta di limitare il diritto dei creditori, *uti singuli*, di procedere all'aggressione autonoma sui beni dell'imprenditore in crisi⁷.

L'art. 54 in esame, sebbene si proponga di regolare in generale l'accesso alle misure protettive, detta una disciplina specifica relativamente al caso, attualmente previsto dal comma 7 dell'art. 182 bis, dell'imprenditore che ne richieda l'applicazione durante la fase preliminare che può precedere un accordo di ristrutturazione con alcuni creditori. Si tratta anche qui di intervenire anticipatamente a tutelare il patrimonio del debitore in crisi per impedirne l'aggressione durante una fase, astrattamente delicata, in cui si tenta di raggiungere una soluzione concordata, ancora in allestimento. Dall'esame di tale comma si possono trarre alcuni utili elementi per comprendere la compatibilità con l'ipotesi di composizione assistita.

Il punto nodale è la presenza di un giudizio imparziale che attesti non solo la praticabilità dell'accordo sul versante della reciprocità delle prestazioni, ma anche sulla sua capacità a definire positivamente la crisi e rigenerare la condizione di normalità dell'imprenditore sul fronte dell'adempimento delle obbligazioni correnti e prossime, in quanto correlate all'attuazione del piano di salvataggio. Nell'accordo di ristrutturazione *in fieri*, la norma prevede che la domanda di misura protettiva sia legittima se accompagnata da un'attestazione che vada in questa direzione, poiché deve garantire, sul piano delle ipotesi, che l'accordo in corso sia idoneo ad assicurare il pagamento integrale dei creditori estranei alle trattative in corso, che ovviamente attiene ad un giudizio complessivo sulla tenuta del negozio ristrutturatorio e sulla sua capacità di superare definitivamente la crisi⁸.

⁷ Tale previsione è stata introdotta tenendo conto di quanto dispone, sul punto, la Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, al punto B), numeri 10 e 13 e l'art. 6 par 5. della proposta di direttive UE del novembre 2016.

⁸ F. De Santis, I CONTROLLI DEL GIUDICE NEL PIANO ATTESTATO E NELL'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI in *Fallimento*, 2014, 10, 1043

Nel caso della composizione assistita, ragionevolmente, non sembra possibile estendere la previsione, poiché la compatibilità deve tener conto della diversa struttura del procedimento e dell'ambito in cui viene avanzata una domanda di protezione. Il comma primo, come già visto, infatti, prevede che il Tribunale delle imprese si possa avvalere del giudizio professionale o del soggetto segnalatore, che ovviamente ha un senso se ci si riferisce al caso di allerta interna, o del presidente del collegio OCRI. Appare evidente che tale disposizione si concilia solo se si esclude la presenza di un attestatore vero e proprio, come dispone l'art. 54 comma terzo. Altra differenza sostanziale è che il tribunale è chiamato ad accertare l'idoneità della misura domandata a portare avanti le trattative in corso, il che sembra assumere un significato ridotto, meno inclusivo dell'attestazione circa la capacità di superare la crisi. Peraltro, nel caso di allerta esterna, va anche ricordato che, in astratto, il presidente del collegio OCRI, non avendo accesso diretto agli strumenti di informazione contabile, pur potendo esprimere un giudizio positivo sull'andamento delle consultazioni con i creditori potenzialmente interessati ad un accordo, potrebbe non avere una completa cognizione sull'efficacia definitiva dell'accordo.

Il divario con la previsione dell'art. 54 diviene più evidente dalla lettura del comma 3 dell'art. 20 che disciplina l'ipotesi di richiesta di proroga della misura protettiva. Qui si prevede che al tribunale chiamato a prolungare la protezione venga sottoposta un'attestazione specifica da parte del collegio OCRI, che tuttavia non sembra estendersi all'idoneità dell'accordo a superare la crisi. Il contenuto del giudizio professionale deve essere in linea con l'avanzamento, dopo l'accesso alla prima fase, delle trattative, così da far ragionevolmente presumere la loro conclusione positiva. Insomma, si tratta di confermare la probabilità del raggiungimento di un contratto di ristrutturazione con alcuni creditori, ma non sembra sia richiesto di esprimersi sulla capacità che quell'accordo abbia di far uscire definitivamente l'imprenditore dalla crisi.

Va detto che questo divario consegue dalla snellezza procedimentale in cui si dovrebbe sviluppare la composizione assistita, proiettata verso una rapida conclusione e pensata perché possa, senza indugio, sfociare, se del caso, in una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza. Al di là del formalismo, è facile prevedere che la discussione innanzi ai giudici non tralascerà di affrontare le tematiche sostanziali circa la soluzione complessiva, tenuto anche conto delle adeguate professionalità dei soggetti che intervengono, non ultime le sezioni specializzate delle imprese.

Altro tema da sviluppare è se sia ostensibile il provvedimento protettivo rilasciato dal Tribunale delle Imprese, che è trattato specificatamente dal comma 4 dell'art. 54. Il debitore che ha presentato l'istanza di composizione assistita e vuole ottenere la protezione avrà la facoltà di chiedere la pubblicazione della propria domanda al registro delle imprese. Il punto non chiaro è se l'istanza per la pubblicazione possa essere inoltrata direttamente dal debitore al conservatore o se debba essere prima deliberata dal tribunale, nel qual caso, all'invio dovrebbe provvedere la cancelleria alla stregua dell'art. 40, comma 3 del codice.

Riguardo alla pubblicazione del provvedimento del tribunale che dispone le misure protettive, dovrebbe trovare applicazione il terzo comma del successivo art. 55⁹ che prevede, appunto, che il decreto vada trasmesso, a cura della cancelleria, al registro imprese. Questa disposizione si pone in apparente conflitto con il principio di riservatezza che pervade il procedimento di composizione assistita. Al contempo va detto che non avrebbe senso reclamare una misura di natura giurisdizionale senza che la stessa sortisca gli effetti desiderati, ossia che sia resa applicabile, quindi conoscibile, a tutti i destinatari, ovvero i creditori.

3. MISURE PROTETTIVE SULLA CONTINUITÀ

⁹ M. Ferro, Codice delle crisi, op cit.

La seconda parte dell'articolo 20 amplia la definizione di misure protettive che, come abbiamo visto, secondo l'art. 2 lett. g) del decreto legislativo includerebbero solo quelle di tipo patrimoniale. Così come, è lo stesso l'art. 54 comma 4, a confermare tale tipicizzazione attraverso il richiamo al comma 2 che ne descrive il contenuto. Superando quindi il perimetro disegnato dalle citate norme, il comma 4° dell'art. 20 include tra le misure protettive che il debitore può sottoporre al vaglio giurisdizionale anche il differimento degli obblighi previsti dagli articoli 2446, 2447, 2482 bis e 2482 ter e la non operatività della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, primo comma n. 4) 2545 duodecies del c.c.. La disposizione, com'è noto, ha una doppia valenza. Essa, infatti, esonera i soci delle società di capitali dall'onere di immettere nel circuito patrimoniale della società nuove risorse per ripristinare il capitale sociale ormai eroso, quale alternativa allo scioglimento della società. Per altro verso, la stessa interviene proprio sull'obbligo di procedere allo scioglimento a cui è legato l'ulteriore obbligo di gestire la società, una volta appurata la perdita del capitale, con un criterio meramente conservativo, in attesa di approdare alla fase della vera e propria messa in liquidazione. Nelle intenzioni del legislatore la perdita del capitale sociale, non deve rappresentare, durante la composizione assistita, un vincolo alla gestione economica.

Il periodo di sospensione di tali obblighi, che gravano in particolare sugli amministratori, dovrebbe coincidere con quello necessario per concludere le trattative in corso, promosse per trovare una soluzione alla crisi, e ha lo scopo, in estrema sintesi, di proteggere la continuità aziendale¹⁰, sul presupposto che l'interruzione repentina del ciclo economico potrebbe mortificare l'interesse degli stessi creditori. In questo quadro, occorre tuttavia ricordare che le misure protettive sulla continuità aziendale si propongono di salvaguardare un'aspettativa piuttosto che un bene concreto.

¹⁰ M. Ferro, Codice delle Crisi, op cit.

Mantenere in atto il circuito produttivo e commerciale dell'impresa in crisi nel corso di una fase nella quale si tenta un approccio negoziale per il suo salvataggio, non offre di per sé alcuna assicurazione che il bene, in astratto tutelato, sia effettivamente utile alla causa dei creditori in ragione delle incertezze implicite alla prosecuzione di un'attività d'impresa, per la quale non si può escludere a priori che essa non comporti un aggravamento delle condizioni patrimoniali e finanziarie dell'imprenditore, già entrato nel tunnel della crisi.

Il superamento a tempo della regola "ricapitalizza o liquida" imposta dal codice civile nel caso di perdite del capitale delle società, è divenuta la regola anche nel periodo interinale delle procedure concorsuali, per effetto delle modifiche alla legge fallimentare apportate dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, che ha introdotto l'art. 182 sexies. Pur salutando con favore una disposizione che consentiva il mantenimento dell'attività d'impresa delle società in crisi mentre si ricercava una soluzione concordata, la dottrina¹¹ aveva sin da subito segnalato che essa portava con sé il rischio di scaricare pressoché esclusivamente sui creditori sociali i risultati dell'attività con l'effetto che se il risultato fosse stato in utile sarebbero incrementate le aspettative di soddisfacimento dei creditori, stesse aspettative che si sarebbero ridotte in diretta proporzione in caso di conseguimento della perdita.

¹¹ A. Rossi, LA GOVERNANCE DELL'IMPRESA IN FASE DI RISTRUTTURAZIONE in *Fallimento*, 2015, 3, 253; M. Miola, RIDUZIONE E PERDITA DEL CAPITALE DI SOCIETÀ IN CRISI: L'ART. 182 SEXIES L. FALL. In *Riv. Dir. Civ.*, 2014, 1, 10171 secondo il quale persino qualora i poteri di vigilanza dovessero risultare inadeguati, come nel caso degli accordi di ristrutturazione o del concordato " con riserva ", che non potrà configurarsi in via automatica una responsabilità degli amministratori ex art. 2486 c.c., destinata ad operare nel successivo fallimento, qualora sino alla cessazione della procedura la gestione, pure se condotta con criteri non conservativi, sia stata svolta correttamente in conformità dei contenuti del piano; A. Vadalà, SOSPENSIONE DEGLI OBBLIGHI DI RICAPITALIZZAZIONE DI SOCIETÀ IN CRISI (EX ART. 182- SEXIES LEGGE FALLIM.) E CONCORDATO "IN BIANCO", nota a sentenza in *Dir. Fall.*, 2015, 6, 20676

Non è una novità che le linee evolutive del diritto concorsuale, anche a livello europeo¹², guardino verso una direzione che privilegia la continuità d'impresa e il salvataggio dei cicli economici, mirando a proteggere i valori intrinseci aziendali, comprensivi di tutti i suoi componenti, soprattutto intangibili. Del resto, l'esperienza sulle dinamiche osservate nel mercato secondario dei beni strumentali e materiali dimostra che, una volta aperta, nei confronti del debitore insolvente, la procedura concorsuale di tipo liquidatorio, si assiste ad un fenomeno di drastica riduzione, in capo ai creditori, delle aspettative di soddisfazione rispetto al valore netto contabile dei beni tangibili, che, durante la gestione ordinaria, contribuivano alla formazione del capitale sociale. Quando i beni escono dal ciclo economico perdono con estrema frequenza il loro valore residuale. Tanto vale allora mirare a salvaguardare anche solo segmenti dell'azienda, separandoli, attraverso un'operazione pianificata, dalle pastoie della crisi, con lo scopo di favorire la conclusione di accordi di ristrutturazione che soddisfino le parti e consentano di proseguire l'attività con una prospettiva che guardi alla tutela dei creditori.

Ciò significa, tuttavia, che vi è uno spazio temporale caratterizzato dallo studio e dall'avvio delle trattative che va tutelato per portare a conclusione gli accordi, ma durante il quale non si può escludere il rischio di un peggioramento, che in astratto si presenta più elevato rispetto alle misure protettive di tipo patrimoniale, destinate a preservare un valore statico. Non vi è dubbio, poi, che la percezione della salvaguardia degli intangibili appare più complessa, meno evidente, e richiede anche particolari

¹² Considerando 17 della proposta di direttive Ue novembre 2016; M. Spinotta UE E DISCIPLINA DELL'INSOLVENZA (I PARTE) - LA CONTINUITÀ AZIENDALE: UNA NUOVA "STELLA POLARE" PER IL LEGISLATORE in *Giur. It.*, 2018, 1, 222; L. Boggio UE E DISCIPLINA DELL'INSOLVENZA (I PARTE) - CONFINI ED IMPLICAZIONI DELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE NUOVE REGOLE UE in *Giur. It.*, 2018, 1, 222

competenze. Non si deve, peraltro, tralasciare di considerare che durante la composizione assistita, anche in ragione di una scansione temporale molto ristretta e del fatto che ci si potrebbe trovare di fronte a un soggetto imprenditoriale poco strutturato e sprovvisto di una pianificazione aziendale, il debitore potrebbe non fornire elementi rigorosi per far convergere le valutazioni sulla utilità di una sua prosecuzione, anche solo parziale e momentanea.

Sul piano generale occorre segnalare che il Codice della Crisi ripropone la formula dell'automaticità (*automatic stay*) della protezione sulla continuità, prevista nell'attuale art. 185 sexies l.f., per ogni ipotesi di ingresso in una procedura concorsuale, compresa la fase preliminare che caratterizza non solo il concordato preventivo, ma anche gli accordi di ristrutturazione. Il primo infatti, com'è noto, può essere introdotto senza la compiutezza del piano e della proposta, il secondo, ai sensi del sesto comma dell'art. 182 bis, può partire, sul piano degli effetti protettivi, anche prima della conclusione definitiva di un accordo di ristrutturazione, qualora sia attestata dall'imprenditore la proposta di accordo e da un esperto l'idoneità di tale accordo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei.

Sono ora gli articoli 64 e 89 del Codice della Crisi a disciplinare rispettivamente gli effetti degli accordi di ristrutturazione sulla disciplina societaria e la riduzione o perdita del capitale delle società in crisi che accedono al concordato preventivo. La logica, come già anticipato, è sempre quella di una protezione automatica, ossia senza il vaglio del giudice, sulla continuità aziendale.

La norma qui in esame sembra strutturata in modo tale da risultare del tutto sganciata dalla disciplina prevista per le cosiddette misure protettive tipiche o patrimoniali. Presupposto, secondo il comma quattro, è che sia stato avviato il solo procedimento di composizione assistita di cui all'19. Appare quindi non indispensabile, come per le misure tipiche, il passaggio dell'audizione del debitore prevista dall'articolo 18. È assente, inoltre, uno

specifico richiamo all'articolo 54 per disciplinare la concreta applicazione e per l'organizzazione del procedimento anche solo in applicazione della clausola della compatibilità. Allo stesso tempo la norma non sembra introdurre il criterio di automaticità previsto per le procedure di regolazione, dovendosi pertanto concludere che per superare la clausola "ricapitalizza o sciogli" non sarà sufficiente una mera domanda ma dovranno essere fornite illustrazioni sul tema.

Il mancato passaggio dell'audizione di cui all'art. 18, tuttavia, potrebbe rappresentare un difetto nella struttura del procedimento perché potrebbe significare sottrarre al Tribunale le figure d'interlocuzione attraverso le quali assumere le opportune informazioni per decidere. Se infatti è solo la proposizione dell'istanza di composizione assistita il presupposto per domandare la protezione sulla continuità, si deve ricordare che questa potrebbe essere inoltrata direttamente dal debitore prima di ogni allerta o convocazione presso l'OCRI. Egli avrebbe facili argomentazioni, quale appunto la sola presenza del procedimento in funzione della crisi, per ottenere l'aspirata esenzione dalla clausola di scioglimento. In questa direzione sembra, del resto, andare l'ultimo periodo del comma 4 dell'art. 20 in esame, che lascia alla facoltà del debitore la pubblicazione del provvedimento che concede la misura, con l'effetto di rendere del tutto inconsapevoli circa le condizioni patrimoniali i creditori o i soggetti che nel frattempo intrattengono normali rapporti commerciali. Viste tali premesse ci si può anche chiedere se, medio termine, il debitore possa rinviare non solo l'adempimento degli obblighi societari richiamati dall'art. 20, ma anche l'approvazione del bilancio d'esercizio che espone l'erosione del capitale o la sua pubblicazione.

Su tali criticità è opportuno ricordare le specificità della misura in esame. In primo luogo a differenza di quelle tipiche, la decisione del Tribunale non attiene ai diritti dei creditori ma incide sugli obblighi del debitore. Il discrimine, inoltre, va trovato nell'obiettivo primario del procedimento di

composizione assistita che, si ripete, imbecca una direzione che si propone di proteggere, senza tralasciare l'interesse dei creditori, l'impresa in sè, caduta in uno stato di crisi. Ma per ottenere tale risultato è necessario dare un tempo al debitore, che, non da solo ma con la condivisione, pur se astratta, dei creditori, intenda seriamente affrontare le soluzioni che il caso richiede.

È così forte tale obiettivo che il legislatore eleva la possibilità di un aggravamento delle condizioni a rischio di sistema, mettendo sullo stesso piano le fasi interinali delle procedure di regolazione delle crisi e dell'insolvenza con il procedimento di composizione assistita.

4. REVOCA DELLE MISURE. PERIMETRO DELLE TRATTATIVE IN CORSO

L'ultimo comma dell'articolo 20 è dedicato alla revoca delle misure protettive concesse e vuole essere, in primo luogo, un argine contro l'azione fraudolenta del debitore nei confronti dei creditori. Il giudice competente potrà quindi annullare in ogni momento anche d'ufficio il provvedimento di concessione, qualora risulti siano stati commessi atti in frode contrari agli interessi del ceto creditorio. Meno agevole appare l'interpretazione della seconda parte del comma in esame, laddove dispone che la revoca può essere concessa anche nei casi in cui il collegio OCRI segnali l'impossibilità di addivenire ad una soluzione concordataria della crisi o che non vi siano significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superarla. A prima vista tale norma sembra attribuire all'organismo di composizione il potere-dovere di riferire al Tribunale delle Imprese alcune circostanze emerse durante lo svolgimento delle trattativa che, tuttavia, sembrerebbero essere limitate alla sola impossibilità che si possa raggiungere un accordo, rimanendo così escluse quelle condizioni che, come abbiamo visto in precedenza, possono rappresentare un rischio per i creditori. Il collegio, ad esempio, non sembrerebbe tenuto a segnalare che la prosecuzione

dell'attività sulla quale, magari, è stata ottenuta una misura protettiva, si riveli dannosa per i creditori senza che per questa circostanza risulti accertato il presupposto della frode. Il caso può essere quello del debitore che richiede, durante la composizione assistita, la protezione sulla continuità sottovalutando l'idoneità della stessa gestione, in questo arco temporale, a sostenere le ragioni dei creditori. La puntualizzazione per la quale solo l'impossibilità di raggiungere un accordo con i creditori legittimi la segnalazione, sembrerebbe tener fuori questa ipotesi. A supporto, invece, di una soluzione contraria potrebbe venire incontro l'ultima parte del comma in esame laddove dispone che la segnalazione possa riguardare anche i casi in cui non vi siano progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi, che all'evidenza è una valutazione diversa dall'impossibilità di raggiungere un accordo. In altre parole si potrebbe recuperare il potere-dovere del collegio, durante la fase di composizione assistita, di verificare e, quindi, di riferire che la continuità non produce quelle utilità attese e, anzi, riduca le speranze dei creditori. **Nella stessa direzione sembra andare anche il comma 4° dell'art. 55 del CCI che detta una regola all'apparenza generale, ma che in realtà è specifica per la procedura nella quale si incardinano le misure in esame. Il tribunale, infatti, potrà revocare le misure protettive anche se l'attività intrapresa dal debitore non è idonea a pervenire alla composizione assistita.** Il collegio OCRI, che, è bene sottolineare, è chiamato a seguire le trattative per la ricerca di una soluzione concordata della crisi, avrebbe, **quindi**, un ruolo simile a quello dell'attuale commissario giudiziale che, anche nella fase interinale del concordato in continuità, deve vigilare affinché non si verifichino le condizioni di cui all'ultimo comma dell'art. 186 bis, ossia una prosecuzione dell'impresa dannosa per i creditori. Per sostenere tale tesi, tuttavia, bisognerebbe investire il collegio anche dei poteri di verifica contabile, assegnati al commissario giudiziale ai sensi dell'art. 161, settimo comma,

quarto periodo, che, tuttavia, non sembrano ricavarsi dalla disciplina sulla composizione assistita.

Il riferimento alle misure adottate per superare la crisi, quale circostanza distinta dalla soluzione concordata della crisi, potrebbe però avere un altro significato. Non è certo un mistero che per affrontare la crisi d'impresa nel tentativo di superarla non vi siano soltanto le trattative con i creditori, attraverso le quali provare a ristrutturare in via diretta il debito, ossia le voci a contenuto patrimoniale che compongono la struttura dell'impresa. Vi possono, infatti, essere trattative con soggetti che non sono specificatamente dei creditori ma che rappresentano delle controparti dell'impresa su temi che possono avere lo scopo di ristrutturare, in prima battuta, le sue componenti di natura prettamente economica. Si può tentare di superare la crisi riducendo, in prospettiva, taluni costi e per ottenere questo risultato l'imprenditore può intavolare una trattativa diretta a questo particolare fine. L'incapacità di generare risorse per incidere sul debito potrebbe dipendere, infatti, da un'articolazione inefficiente dei costi fissi e proprio l'assenza di una loro ristrutturazione potrebbe impedire l'ottenimento dei risultati che servono a tornare a generare nuove utilità. Agire, in prospettiva, sul costo del lavoro, attraverso operazioni concordate con i sindacati per la riduzione del personale dipendente eccedentario, piuttosto che incidere sulle voci correlate o sull'orario di lavoro, può significare uscire dall'inefficienza economica e garantire, in un futuro prossimo, la soddisfazione dei creditori. Così come potrebbe portare a risultati positivi, da mettere al servizio del debito, un intervento sui costi che generano elevati ammortamenti o surplus di spese per manutenzione/sostituzione d'impianti, magari andando alla ricerca, attraverso una trattativa, di siti produttivi più efficienti. Anche intervenire sulla componente positiva reddituale può significare intavolare una trattativa. È il caso in cui, ad esempio, l'impresa opera in un mercato ristretto e ha un solo cliente con il quale è possibile negoziare un

miglioramento dei prezzi per ottenere maggiori ricavi da mettere al servizio del debito.

In tutte queste ipotesi si assiste ad una fase di interlocuzione che potrebbe portare a risultati positivi se accompagnata da misure protettive, soprattutto con riferimento a quelle sulla continuità, dove si chiede di sospendere la formale messa in liquidazione della società alla quale conseguirebbe un'indesiderata interruzione del ciclo economico. Va da sé che incidere sui flussi economici di un'azienda in crisi significa migliorare la capacità di ridurre, in una prospettive pianificata, il peso della struttura del passivo e incrementare l'attivo patrimoniale¹³.

A favore si pone un dato normativo comune sia all'art. 20 che all'art. 19: in entrambi i casi non vengono indicati i creditori come soggetti controparte nelle trattative, mentre essi sono citati nell'ultimo comma dell'art. 19 ma soltanto perché l'accordo raggiunto possa sortire gli effetti dei piani di risanamento ossia l'esenzione dalla revocatoria dei pagamenti conseguenti.

La definizione "accordo con i creditori" compare, invece, nell'art. 21 che disciplina la conclusione del procedimento di composizione assistita per disporre che il collegio OCRI è tenuto a invitare il debitore a presentare domanda di accesso ad un procedura di regolazione delle crisi o dell'insolvenza nel caso di mancato accordo con quelli coinvolti e di permanenza delle crisi. Il richiamo, tuttavia, potrebbe non significare che le trattative da tutelare con le misure protettive siano solo quelle con i creditori, ma avere una portata meramente descrittiva del dovere posto a carico dei componenti del collegio di cui all'art. 17 per il caso di naufragio del negoziato che, per le circostanze date, non potrebbe che avere come

¹³ Lo stesso termine "ristrutturazione" trova nella proposta di direttiva UE del novembre 2016 una definizione all'apparenza ampia, che sembra andare oltre il perimetro dell'accordo con i creditori. Viene, infatti, descritta (art. 2 punto 2) come *la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, tra cui il capitale azionario, o una combinazione di questi elementi, compresa la vendita di attività o parti dell'impresa, con l'obiettivo di consentire la continuazione, in tutto o in parte, dell'impresa.*

conseguenza la presentazione di una domanda di accesso ad un concordato preventivo.

E' vero, poi, che il soggetto nei confronti del quale le norme in esame si riferiscono non è l'imprenditore in crisi ma il "debitore", termine che lo pone in contrapposizione con le sue naturali controparti, ossia i creditori, ma è altrettanto vero che è l'intera disciplina a rivolgersi verso la tutela degli interessi dei creditori.

Massimo Mastrogiacomo.

www.osservatorio-oci.org