

**BREVI NOTE SULLA GESTIONE DELL'IMPRESA NEL CORSO DELLA
COMPOSIZIONE NEGOZIATA E
SULLA CONCLUSIONE DELLE TRATTATIVE PER LA SOLUZIONE DELLA CRISI**

A cura di
Federico Canazza

1. La gestione dell'impresa (artt. 9 e 12) - 2. I rapporti negoziali con i terzi e la rinegoziazione dei contratti (art. 10) – 3. La conclusione delle trattative (art. 11) - 4. (segue) La conclusione delle trattative: il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (artt. 18 e 19)

1. La gestione dell'impresa (artt. 9 e 12)

• **Nel corso delle trattative per la composizione negoziata, l'imprenditore - quale soggetto *in bonis* - conserva l'esercizio dei poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione dell'impresa** (conformemente alle indicazioni più radicali sul c.d. “*debtor in possession*” di cui all'art. 5 Direttiva (UE) 2019/1023: art. 9, comma 1).

Emerge dalla norma uno degli elementi caratterizzanti l'istituto, ossia la sua tendenziale “*estraneità al circuito giudiziale*”¹, che implica, quale effetto, un “*arretramento dell'intervento giurisdizionale*”², a sottolineare una netta volontà del Legislatore di degiurisdizionalizzare le procedure di risanamento³: l'autorità giudiziaria interviene, infatti, - come *infra* precisato - solo accidentalmente⁴.

¹ S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *ilcaso.it*, 3, per il quale - *inter alia* - “[D]a questo punto di vista (e ferme le peculiarità del percorso di cui trattasi), la composizione negoziata va a collocarsi fra l'accordo di ristrutturazione, che postula l'omologazione del tribunale e consente il blocco delle azioni esecutive e cautelari e l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili, e il piano attestato di risanamento, che non contempla la nomina esterna di alcuna figura, bensì la semplice designazione, da parte dello stesso imprenditore, di un professionista indipendente quale attestatore, né la possibilità di alcun intervento giudiziale relativamente ai rapporti con i creditor”.

² F. Cesare, *La nuova composizione negoziata della crisi e il concordato liquidatorio semplificato*, in *ilFallimentarista*, 19 agosto 2021.

³ S. Morri, *La composizione negoziata della crisi di cui al D.L. 118/2021: un rapido quadro e alcune riflessioni critiche*, in *ilFallimentarista*, 24 agosto 2021.

⁴ A differenza di quanto può dirsi avvenire in Olanda, con il *Wet Homologatie Onderhands Akkoord (WHOA)*, in Germania, con il *Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (Unternehmensstabilisierungs- und -restrukturierungsgesetz - StaRUG)*, o in Francia, con la *procédure de traitement de sortie de crise*.

Tale aspetto rimanda alla constatazione che l'istituto non può ritenersi rientrare tra le procedure concorsuali, stante il fatto che non pare connotato dai tre profili che - come recentemente precisato dalla Suprema Corte - costituiscono *“la cifra della moderna concorsualità”*, ossia: *“i) una qualsiasi forma di interlocuzione con l'autorità giudiziaria, con finalità quantomeno “protettive” (nella fase iniziale) e di controllo (nella fase conclusiva); ii) il coinvolgimento formale di tutti i creditori, quantomeno a livello informativo e fosse anche solo per attribuire ad alcuni di essi un ruolo di “estranei”, da cui scaturiscono conseguenze giuridicamente predeterminate; iii) una qualche forma di pubblicità”*⁵.

• **L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente⁶, ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore** (sempre art. 9, comma 1): la previsione si pone in un *continuum* con quella di cui all'art. 2086, comma 2, c.c. per la quale l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale, così come con quella di cui all'art. 2486, comma 1, c.c. per la quale, al verificarsi di una causa di scioglimento, gli amministratori conservano il potere di gestire la società, ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale.

Occorre rammentare che le finalità della composizione negoziata - come precisate dalla Relazione Illustrativa - sono connesse al fatto che con essa *“si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa”*: La *ratio* della composizione è quindi legata al concetto di coltivare un *“prospettiva di sostenibilità economica”* così come individuata nella Direttiva (UE) 2019/1023⁷.

La probabilità della crisi, ossia dello stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa

⁵ Cass., 12 aprile 2018, n. 9087, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, 2018.

⁶ Tale specificazione conferma che la procedura di composizione negoziata si applica a situazioni di “pre-crisi”, crisi e insolvenza reversibile (cfr. altresì art. 6, comma, 4).

⁷ Il D.L. n. 118/2021 pare aver recepito gli *input* dell'UE, dando priorità all'esigenza di far emergere anticipatamente la crisi e di giungere ad una fase di ristrutturazione “precoce” che possa favorire soluzioni negoziate che consentano la conservazione delle strutture produttive: cfr. A. Nigro, *I principi generali della nuova riforma “organica” delle procedure concorsuali*, in *Riv. dir. banca*, 2020.

prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate, è qualcosa di diverso dall'“insolvenza”, che è costituita dallo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni [cfr. art. 2, comma 1, lett. a) e b), CCII].

Il primo comma dell'art. 9 rappresenta un'applicazione della *business judgment rule* - la quale sancisce il principio di insindacabilità nel merito delle scelte di gestione assunte dagli amministratori nell'espletamento del loro incarico - in forma “attenuata”⁸, considerato il dovere ad evitare pregiudizi alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, che fa da *pendant* all'obbligo di non pregiudicare gli interessi dei creditori⁹.

• **L'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento** (art. 9, comma 2).

Ai fini della definizione di quali debbano considerarsi atti di straordinaria amministrazione pare possa richiamarsi la giurisprudenza della Suprema Corte, per la quale - dopo la presentazione di una domanda di concordato con riserva (*ex art. 161, comma 7, l.fall.*) - *“l'imprenditore può compiere senza necessità di autorizzazione del tribunale gli atti di gestione dell'impresa finalizzati alla conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio, secondo il medesimo criterio previsto dall'art. 167 l.fall.; sicché la distinzione tra atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione resta incentrata sulla sua idoneità a pregiudicare i valori dell'attivo compromettendone la capacità di soddisfare le ragioni dei creditori, tenuto conto esclusivamente dell'interesse di questi ultimi e non dell'imprenditore insolvente, essendo quindi possibile che atti astrattamente qualificabili di ordinaria amministrazione se compiuti nel normale esercizio dell'impresa possano, invece, assumere un diverso connotato nell'ambito di una procedura concorsuale”*¹⁰.

Nella prassi, potrebbe essere utile ipotizzare forme di “visto” dell'esperto.

• **L'esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo** (art. 9 comma 3).

• **Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso**

⁸ L. Panzani, *Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Diritto della Crisi*, 25 agosto 2021, 21.

⁹ L.A. Bottai, *La composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021: svolgimento e conclusione delle trattative*, in *ilFallimentarista*, 4 ottobre 2021.

¹⁰ Cass., 29 maggio 2019, n. 14713, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, 2019.

nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria (art. 9, comma 4).

- **Quando sono state concesse misure protettive o cautelari l'esperto, iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, procede alla segnalazione di cui all'art. 7, comma 6, ossia informa il tribunale ai fini della possibile revoca (art. 9, comma 5).**

I commi 3 e 4 costituiscono un sistema di “*check and balance*” che, in via principale, consente all'imprenditore di proseguire nella propria attività imprenditoriale nei limiti in cui la stessa appaia coerente con ragionevoli prospettive di continuità aziendale, e, in via residuale, riconosce all'esperto la possibilità di intervenire - rispetto a condotte pregiudizievoli -, segnalando la propria contrarietà¹¹. Essendo l'esperto un “facilitatore” nell'ambito delle trattative, il potere di controllare l'attività dell'imprenditore e di (eventualmente) ingerirsi - seppure formalmente dall'esterno - nella gestione dell'impresa è limitato alle ipotesi più gravi, ossia quelle nelle quali - in dispregio dei principi di correttezza e buona fede - le scelte dell'imprenditore appaiono in contrasto con la tutela dei creditori, l'andamento delle trattative o le prospettive di risanamento.

Nel caso in cui l'esperto ometta la segnalazione di cui al comma 3, ovvero l'iscrizione di cui al comma 4, deve ritenersi essere intervenuto il tacito assenso da parte dell'esperto medesimo¹², mentre, qualora intervenga l'annotazione sul registro delle imprese, ciò implicherà ragionevolmente la perdita di credibilità nei confronti dei creditori ed il fallimento delle trattative in corso: ne discende che, nella sostanza, anche se non formalmente, il compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte dell'imprenditore rimane fortemente condizionato dalle valutazioni dell'esperto.

La norma non prevede alcuna forma di impugnazione del dissenso manifestato dall'esperto da parte dell'imprenditore.

Sotto differente profilo, l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese ha come effetto quello di rendere pubblica la procedura, che - di per sé - è caratterizzata da riservatezza¹³.

A fronte della disciplina e dei vincoli contenuti nell'art. 9, il successivo art. 12 - **ferma la responsabilità dell'imprenditore** - precisa che:

- non sono soggetti all'azione revocatoria di cui all'art. 67, comma 2, l.fall., gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative

¹¹ A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse “a prima lettura”*, in *Diritto della Crisi*, 6 settembre 2021, 6.

¹² R. Marinoni, *Crisi d'impresa. Le novità in tema di ristrutturazione e risanamento aziendale di cui al D.L. 118/2021*, in *ilFallimentarista*, 22 settembre 2021.

¹³ S. Morri, *La composizione negoziata della crisi di cui al D.L. 118/2021: un rapido quadro e alcune riflessioni critiche*, in *ilFallimentarista*, 24 agosto 2021.

e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti. Si tratta di un aspetto assai delicato in quanto il pagamento di un debito scaduto è atto dovuto, salvo riconoscersi che la regola della *par condicio* può trovare applicazione anche al di fuori dei casi di apertura del concorso¹⁴;

- **gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono soggetti alle azioni di cui agli artt. 66 e 67 l.fall., se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 9, comma 4, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'art. 10.** Al riguardo è bene evidenziare come non sia stato previsto alcun prolungamento del periodo di revocabilità pur dinanzi alla sospensione delle istanze di fallimento che può intervenire durante il tentativo di composizione negoziata¹⁵.

Il Legislatore (art. 12, comma 5) prevede anche un **esonero da responsabilità penale per quanto concerne la bancarotta fraudolenta preferenziale (art. 216, comma 3, l.fall.) e la bancarotta semplice (art. 217 l.fall.) per quanto concerne i pagamenti e le operazioni compiuti nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché coerenti con l'andamento delle trattative e con le prospettive di risanamento**¹⁶.

2. I rapporti negoziali con i terzi e la rinegoziazione dei contratti (art. 10)

• Il regime di libertà nella gestione riguarda anche i finanziamenti prededucibili *ex art. 111 l.fall.* e la cessione d'azienda, i quali, essendo atti riconducibili alla straordinaria amministrazione, possono - *in primis* - incontrare il dissenso dell'esperto nei termini previsti dall'art. 9; oltre il perimetro applicativo di tale norma, il Legislatore ha ulteriormente previsto che **l'imprenditore possa richiedere al tribunale, che, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori:**

(i) autorizzi l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili. Il principio in materia - come noto - è che, in caso di erogazione del credito che il giudice di merito reputi abusiva, perché effettuata con dolo o colpa ad un'impresa che risulti in una situazione di difficoltà economico

¹⁴ Cass., 12 giugno 2020, n. 11304, in *Fallimento*, 2020, e Cass., 15 gennaio 2020, n. 521, in *Società*, 2020, le quali riconoscono la responsabilità del liquidatore nei confronti dei creditori sociali rimasti insoddisfatti dopo la cancellazione della società, qualora sia dimostrato che la gestione operata dal liquidatore evidenzia l'esecuzione di pagamenti in spregio del principio della *par condicio creditorum*, in violazione delle cause legittime di prelazione *ex art. 2471, comma 2, c.c.*

¹⁵ 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 d'allerta*, in *ilFallimentarista*, 25 agosto 2021.

¹⁶ D. Virgillito, *Crisi d'impresa, nuova composizione negoziata: dall'istanza alla conclusione delle trattative*, in *IPSOA Quotidiano Giuridico*, 26 agosto 2021.

finanziaria tale da escludere una prospettiva di superamento della crisi, la condotta del finanziatore costituisce illecito, per violazione dei doveri di prudente gestione, con responsabilità risarcitoria se da essa sia conseguito un aggravamento del dissesto, alimentato dalla continuazione artificiale dell'attività economica così permessa, e, pertanto, l'ipotesi prevista dalla norma pare costituire una scriminata, in quanto - in conformità con i principi sanciti dalla Corte di Cassazione - l'illecito deve ritenersi escluso ove il finanziatore (anche al di fuori degli istituti tipici apprestati per agevolare la ristrutturazione preventiva del debito o comunque la risoluzione della crisi) abbia operato allo scopo, ragionevolmente verificabile in una prognosi *ex ante* della sua condotta, orientato all'assunzione di un rischio non irragionevole, perché relativo ad un'impresa che possa realisticamente utilizzare la finanza in buona fede e per detto scopo di continuità aziendale o risanamento¹⁷;

(ii) autorizzi l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili dai soci;

(iii) autorizzi una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese a contrarre finanziamenti prededucibili;

(iv) autorizzi l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'art. 2560, comma 2, c.c. - ossia senza che l'acquirente risponda dei debiti risultanti dai libri contabili obbligatori -, dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti; resta fermo l'art. 2112 c.c. (art. 10, comma 1).

Pur non contemplando il ricorso obbligatorio alla procedura autorizzativa, la norma (soprattutto qualora letta unitamente all'art. 12, comma 1, il quale prevede che gli atti autorizzati dal tribunale conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio) appare come un'applicazione dell'art. 17 della Direttiva (UE) 2019/1023, il quale stabilisce che gli Stati membri debbano provvedere affinché i nuovi finanziamenti e i finanziamenti temporanei siano adeguatamente tutelati, il che - in via minimale - implica che, in caso di successiva insolvenza del debitore, tali finanziamenti non possano essere dichiarati nulli, annullabili o inopponibili, e che i concessionari di detti finanziamenti non possano essere ritenuti civilmente, amministrativamente o penalmente responsabili.

La previsione - in relazione ai contenuti delle lett. b) e c) -, pur ponendosi in antitesi con l'originaria sanzione della postergazione che connota i finanziamenti "domestici"¹⁸, richiama l'art. 182-*quater* l.fall., laddove prevede che i crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato - così come i crediti derivanti

¹⁷ Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *Fallimento*, 2021.

¹⁸ 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 d'allerta*, in *ilFallimentarista*, 25 agosto 2021.

da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione al concordato preventivo ovvero l'accordo sia omologato - sono prededucibili.

Il Legislatore vincola l'autorizzazione alla funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, il che rappresenta un *quid pluris* rispetto ai requisiti su cui si fonda la valutazione dell'esperto nel contesto applicativo dell'art. 9, ossia l'andamento delle trattative, le prospettive di risanamento ed il possibile pregiudizio dei creditori.

In assenza di precisazioni in merito, è preferibile considerare i finanziamenti rilevanti ai sensi della norma non solo come quelli erogati in relazione alla gestione interinale in pendenza della composizione negoziata, ma - considerato il riferimento della norma alla "continuità aziendale" - altresì come quelli concernenti la futura gestione all'esito delle trattative.

L'autorizzazione del tribunale può avere ad oggetto la cessione d'azienda: anche in questo caso la cessione non richiede l'autorizzazione del tribunale per essere valida ed efficace, ma consente - fermo il disposto dell'art. 2112 c.c. - di derogare al disposto dell'art. 2560, comma 2, c.c. (in forza del quale l'acquirente risponde dei debiti dell'azienda ceduta che risultano dai libri contabili obbligatori).

Con riferimento ai debiti tributari, pare non possa trovare applicazione la deroga prevista dal comma 5-*bis* dell'art. 14, d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, il quale prevede che la disposizione concernente la responsabilità solidale del cessionario non trovi applicazione qualora la cessione avvenga nell'ambito di una procedura concorsuale, di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-*bis* l.fall., di un piano attestato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lettera d), l.fall. o di un procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento o di liquidazione del patrimonio.

Poiché la cessione d'azienda deve essere funzionale alla continuità aziendale ed alla migliore soddisfazione dei creditori, essa dovrà avvenire in ipotesi di continuità indiretta e, quindi, di prosecuzione dell'impresa in capo all'acquirente ed implicherà un controllo delle condizioni di vendita da parte dell'esperto (e del tribunale, se chiamato a pronunciarsi).

Non è previsto il ricorso a procedure competitive.

• L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-CoV-2. In mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, può rideterminare equamente le condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale. Se accoglie la domanda, il tribunale assicura l'equilibrio tra le

prestazioni anche stabilendo la corresponsione di un indennizzo. Le disposizioni di cui al presente comma non si applicano alle prestazioni oggetto di contratti di lavoro dipendente (art. 10, comma 2).

L'art. 10 introduce nel nostro ordinamento, per la prima volta, l'istituto della rinegoziazione dei contratti quando la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da SARS-COV-2, ma non prende posizione sul generale problema dell'ammissibilità di una revisione per ordine del giudice della disciplina negoziale in rapporto alle conseguenze della pandemia, perché limita la possibilità d'intervento al solo caso che sia in gioco la continuità aziendale.

Seppur non sia espressamente previsto, pare opportuno, se non necessario, che il tribunale - nell'effettuare le proprie valutazioni - tenga altresì in considerazione le prospettive del piano di risanamento.

Qualora il piano comporti l'accesso ad una procedura che, come il concordato preventivo, consente all'imprenditore di sciogliersi dai contratti pendenti, la revisione della disciplina contrattuale non sarà indispensabile tutte le volte in cui il contratto non sia strategico per la prosecuzione dell'attività e l'imprenditore possa quindi sciogliersene con il consenso degli organi della procedura (art. 169-*bis* l.fall.).

L'indennizzo non implica il ristoro totale della minor prestazione ricevuta e, nella sua determinazione, il tribunale dovrà anche considerare che - rilevando la continuità aziendale - esso non deve rappresentare un ostacolo per il ripristino dell'equilibrio economico-finanziario dell'impresa, che potrà essere ottenuto anche differendo nel tempo la prestazione indennitaria.

L'imprenditore, i suoi professionisti e l'esperto dovranno operare in perfetta sintonia tra di loro: non si tratta di una procedura la cui operatività è delegata a terzi, ma di una procedura ove l'impresa e l'imprenditore sono i soggetti principali e un soggetto terzo istituzionale svolge le funzioni di coordinatore e di facilitatore tra le varie parti per raggiungere l'obiettivo¹⁹.

• I procedimenti di cui ai commi 1 e 2 si svolgono innanzi al tribunale competente ai sensi dell'art. 9 l.fall., che, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'art. 68 c.p.c., decide in composizione monocratica. Si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 737 e ss. c.p.c. Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento (art. 10, comma 3).

L'autorizzazione è di competenza del tribunale del luogo in cui ha sede l'impresa.

Il procedimento di autorizzazione del tribunale segue le forme del rito camerale.

¹⁹ E. Ceccherini, *Nuove esigenze di negoziazione e risoluzione della crisi*, in *ilFallimentarista*, 9 settembre 2021.

Nonostante il silenzio dell'art. 10 sulla questione, pare ragionevole affermare che il tribunale debba sentire l'esperto, il quale, a sua volta, dovrà essere necessariamente informato preventivamente dall'imprenditore trattandosi - come già osservato - di atti di straordinaria amministrazione.

3. La conclusione delle trattative (art. 11)

La conclusione delle trattative avviene decorsi 180 giorni dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, che può proseguire per non oltre ulteriori 180 giorni quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, o quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria a seguito di accesso alle misure protettive, cautelari, o in caso di richieste autorizzative avanzate al tribunale, o, ancora, nell'ipotesi di sostituzione dell'esperto (art. 5, comma 7).

Il Legislatore ha previsto tre "gruppi" di soluzioni possibili, che, solo in alcuni casi, riguardano sbocchi "classici", riconducibili alla legge fallimentare²⁰.

• **Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza, le parti possono, alternativamente:**

(a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'art. 14 (ossia la riduzione degli interessi che maturano sui debiti tributari e la riduzione delle sanzioni tributarie) **se, secondo la relazione conclusiva dell'esperto di cui all'articolo 5, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.** In questo caso l'imprenditore beneficia delle misure premiali previste dall'art. 14 non soltanto nel periodo in cui è in atto la composizione negoziata, ma anche successivamente e l'idoneità ad assicurare la continuità aziendale deve essere certificata dall'esperto nella relazione conclusiva; diversamente l'imprenditore non potrà beneficiare delle misure premiali, ma il contratto produrrà comunque effetti negoziali vincolanti tra le parti che l'hanno sottoscritto;

(b) concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 182-octies l.fall. di cui al successivo art. 20 (che richiama lo strumento di cui all'art. 62 CCII), la quale, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente ad oggetto la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito, in deroga agli artt. 1372 e 1411 c.c., è efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, condizionatamente al fatto che: (i) tutti i creditori appartenenti alla categoria siano stati informati dell'avvio delle trattative o siano stati messi in

²⁰ I.L. Nocera, *In G.U. il nuovo D.L. in materia di crisi d'impresa e risanamento aziendale*, in *IPSOA Quotidiano Giuridico*, 26 agosto 2021.

condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore nonché sulla convenzione e i suoi effetti; (ii) i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria, fermo restando che un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria; (iii) i creditori della medesima categoria non aderenti, cui vengono estesi gli effetti della convenzione, subiscano un pregiudizio proporzionato e coerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza in concreto perseguite; e (iv) un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lettera d), l.fall. abbia attestato la veridicità dei dati aziendali, l'idoneità della convenzione a disciplinare provvisoriamente gli effetti della crisi, e la ricorrenza delle condizioni di cui al punto (iii) che precede;

(c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall. (ossia la mancanza di assoggettamento a revocatoria di atti, pagamenti e garanzie concesse su beni del debitore), **in tal caso non occorre l'attestazione ivi prevista** (art. 11, comma 3). L'esperto (i) procede alla sottoscrizione in ragione della sua funzione di negoziatore, attestando che l'intesa raggiunta è idonea a porre rimedio alla crisi o all'insolvenza e (ii) esercita la sua funzione di garanzia nello svolgimento delle trattative, imponendo il rispetto dei doveri di correttezza e buona fede che gravano su tutte le parti, degli obblighi dell'imprenditore per quanto concerne gli atti di straordinaria amministrazione ed i pagamenti, degli obblighi delle altre parti per quanto concerne il dovere di riservatezza. La sottoscrizione dell'esperto appare assai rilevante, in quanto si sostituisce all'attestazione di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., e "valida" quindi la fattibilità degli impegni. Vien, quindi, da chiedersi se da essa derivi in capo all'esperto un'obbligazione e/o una garanzia circa l'esecuzione dell'accordo e, conseguentemente, se la stessa possa esse fonte di responsabilità qualora gli impegni contenuti nell'accordo non risultassero fattibili od attuabili nel momento in cui l'accordo è stato concluso, fermo il fatto che a tale adempimento non sembra possano invece ricollegarsi le responsabilità penali di cui all'art. 236-*bis* l.fall., stante tipicità e tassatività della fattispecie penale²¹.

Per rispondere al quesito concernete la sussistenza di una responsabilità, o meno, in capo all'esperto, occorre considerare che le ipotesi previste dall'art. 10, comma 1, hanno quale minimo comune denominatore il presupposto che sia individuata una soluzione idonea al superamento della situazione che ha determinato il ricorso alla composizione negoziata, cioè la probabilità di crisi o di insolvenza: è, quindi, solo ed esclusivamente entro tali limiti, relativi alla verifica dell'idoneità della soluzione - da condursi secondo prudenza e diligenza -, che l'esperto può risultare responsabile, non certo in ordine all'adempimento da parte dell'imprenditore e delle altre parti delle obbligazioni assunte.

²¹ A. Farolfi, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *Diritto della Crisi*, 6 settembre 2021, 8.

Infine, in relazione alle ipotesi di cui alle lett. a) e c), la genericità dell'espressione "risanamento" di cui all'art. 2, comma 1, sembra autorizzare a ricomprendervi l'ipotesi della c.d. "continuità indiretta", vale a dire il trasferimento a terzi del compendio aziendale o di parte di esso, se del caso previo affitto²².

• **L'imprenditore può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 182-bis, 182-septies (accordo ad efficacia estesa previsto dall'art. 61 CCII, inserito dall'art. 20 nella legge fallimentare) e 182-novies l.fall.** [accordo agevolato anch'esso introdotto nel corpo della legge fallimentare dall'art. 20 sulla scorta del testo dell'art. 60 CCII: in tale ipotesi, la percentuale di cui all'art. 182-bis, comma 1, lett. a) e b) l.fall. è ridotta della metà quando il debitore (i) abbia rinunciato alla moratoria ivi prevista, (ii) non abbia presentato il ricorso previsto dall'art. 161, comma 6, l.fall., e (iii) non abbia richiesto la sospensione prevista dall'art. 182-bis, comma 6, l.fall.]. **La percentuale di cui all'art. 182-septies, comma 2, lett. c), l.fall. è ridotta al 60% se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto (art. 11, comma 2).**

L'esperto non partecipa alla redazione e stipulazione della parte negoziale dell'accordo di ristrutturazione, ma, qualora si tratti di accordo ad efficacia estesa e l'esperto dia atto nella relazione finale del raggiungimento dell'accordo, la percentuale di consensi che permette di rendere l'accordo vincolante anche per i creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria si riduce al 60%.

• **L'imprenditore può, in alternativa** (qualora le trattative non siano andate a buon fine e che tuttavia rimangano margini per la composizione della crisi):

- (a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall.;**
- (b) all'esito delle trattative, proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 18;**
- (c) accedere ad una delle procedure disciplinate dalla l.fall., dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), o dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza), convertito, con modificazioni, dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39 (art. 11, comma 3), e, per le imprese agricole, alle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni disciplinate dagli artt. 7 e 14-ter, l. 27 gennaio 2012, n. 3.**

²² S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *ilCaso*, 11.

La valutazione compiuta dall'esperto nella relazione finale redatta al termine dell'incarico può costituire la premessa ed il fondamento per le nuove proposte del debitore, ovvero l'elemento che condurrà ad una soluzione liquidatoria.

4. (Segue) La conclusione delle trattative: il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (artt. 18 e 19)

• **Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'art. 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei 60 giorni successivi alla comunicazione di cui all'art. 5, comma 8 (i.e. della relazione finale dell'esperto), una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'art. 161, comma 2, lett. a), b), c) e d), l.fall. (art. 18, comma 1), ossia (a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; (b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; (c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; (d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili (ma non un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta). **La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi.****

Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio costituisce un'innovazione rilevante, determinata dalla particolare situazione conseguente alla crisi pandemica, ma anche dalla volontà di prevedere uno strumento che consenta una rapida liquidazione²³.

La relazione dell'esperto deve contenere: la verifica della veridicità dei dati, la relazione illustrativa dell'andamento dell'impresa, la verifica dei fatti gestionali (azioni revocatorie e/o risarcitorie) e, infine, le prospettive di "fattibilità" del piano liquidatorio (con evidenza di profili di rischio), ma non un giudizio sulla convenienza per creditori, nonché la dichiarazione - in conformità alla previsione di cui al comma 5 - che:

- (i) la composizione negoziata si sia conclusa senza che sia stato raggiunto un accordo con i creditori e senza che il debitore abbia potuto proporre un accordo di ristrutturazione;
- (ii) la proposta di concordato rispetti l'ordine delle cause di prelazione e che il piano di concordato sia fattibile;

²³ D. Galletti, *Breve storia di una (contro) riforma "annunciata"*, in *ilFallimentarista*, 1° settembre 2021, parla di "concordatino".

(iii) la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare;

(iv) sia assicurata un'utilità, non necessariamente in denaro, a ciascun creditore.

• **L'imprenditore chiede l'omologazione del concordato con ricorso presentato al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la propria sede principale. Il ricorso è comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria. Dalla data della pubblicazione del ricorso si producono gli effetti di cui agli artt. 111, 167, 168 e 169 l.fall. (con riferimento alla graduazione dei crediti ed alla disciplina della prededuzione, allo spossessamento attenuato dell'imprenditore, alla sospensione delle azioni esecutive, alla cristallizzazione della massa passiva, all'inopponibilità delle formalità non iscritte: art. 18, comma 2).**

• **Il tribunale, valutata la ritualità della proposta, acquisiti la relazione finale di cui al comma 1 e il parere dell'esperto con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte, nomina un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., assegnando allo stesso un termine per il deposito del parere di cui al comma 4. L'ausiliario fa pervenire l'accettazione dell'incarico entro 3 giorni dalla comunicazione. All'ausiliario si applicano le disposizioni di cui agli artt. 35, comma 4-bis, e 35.1 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159; si osservano altresì le disposizioni di cui all'art. 35.2 del predetto decreto (art. 18, comma 3).**

La valutazione in merito alla "ritualità della proposta" lascia intendere che il tribunale debba procedere ad un controllo meramente formale, rifiutando la nomina dell'ausiliario e, di conseguenza, la fissazione dell'udienza, solo qualora, oltre al riscontro di una irregolarità procedurale, rilevi la sussistenza di una manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi che poi dovranno essere oggetto del giudizio di omologa²⁴.

Il procedimento non prevede la pronuncia di un decreto di apertura della procedura in quanto è assente la fase di ammissione.

L'ausiliario si sostituisce sostanzialmente al commissario giudiziale previsto nel concordato preventivo, pur non dovendo né predisporre un inventario né effettuare verifiche in ordine alle cause del dissesto.

• **Con il medesimo decreto il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale e al parere dell'esperto, venga comunicata a cura del**

²⁴ G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Diritto della Crisi*, 5 ottobre 2021, 17.

debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'art. 5, comma 3, lettera c), ove possibile a mezzo posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e fissa l'udienza per l'omologazione. Tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario ai sensi del comma 3 e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di 30 giorni. I creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di 10 giorni prima dell'udienza fissata (art. 18, comma 4).

Il decreto che dispone la comunicazione della proposta ai creditori tiene luogo del decreto di apertura.

• **Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare (e non se è più conveniente) e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore** (art. 18, comma 5).

L'assenza di pregiudizio per i creditori consente *in thesi* il sacrificio del diritto di voto: privare i creditori della possibilità di votare sulla proposta - ferma la facoltà di proporre opposizione all'omologazione - rappresenta una rottura con una tradizione consolidata.

La scelta del Legislatore si pone in contrapposizione con le scelte operate negli ultimi anni, caratterizzate da un approccio di sfavore rispetto al ricorso al concordato liquidatorio per *cessio bonorum*²⁵, tanto che, a differenza di quanto disposto dall'art. 160, ultimo comma, l.fall., l'art. 18 non prevede che i creditori chirografari siano soddisfatti almeno nella misura del 20% e neppure - come indicato dall'art. 84, ultimo comma, CCII - che la proposta debba loro garantire un soddisfacimento maggiore di quello che sarebbe possibile in caso di liquidazione concorsuale, almeno nella misura del 10%.

La scelta di non far votare i creditori ed il fatto che l'accesso al concordato liquidatorio sia possibile soltanto in caso di esito negativo delle trattative instaurate in sede di composizione negoziata attribuisce all'imprenditore una posizione di maggior forza in sede negoziale: i creditori, infatti, sono consapevoli che, all'esito negativo, l'imprenditore potrà liberarsi delle sue obbligazioni con un concordato liquidatorio che deve rispettare soltanto le cause di prelazione e che non lo vincola a riconoscere ai creditori più di quanto essi potrebbero ottenere in caso di fallimento.

²⁵ 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 d'allerta*, in *ilFallimentarista*, 25 agosto 2021.

Il concordato senza voto dei creditori è figura non nuova nel nostro ordinamento, che lo prevede in materia bancaria (art. 93 t.u.b.) ed assicurativa (art. 262 codice assicurazioni), nella liquidazione coatta amministrativa (art. 214 l.fall.), nell'amministrazione straordinaria (art. 78, l. n. 270/1999) e nel caso del piano del consumatore in tema di sovraindebitamento (art. 12-*bis* l. n. 3/2012): prescindendo dall'ultima ipotesi considerata, si tratta dei c.d. "concordati coatti", per i quali deve escludersi il carattere negoziale, in ragione della natura degli interessi pubblicistici perseguiti.

L'utilità, anche diversa dal denaro, potrebbe anche essere rappresentata dalla prosecuzione dei rapporti negoziali in corso (cfr. art. 84 CCII), ipotesi questa improbabile quando la liquidazione non si traduca nella cessione dell'impresa a terzi con conseguente mantenimento della continuità aziendale in via indiretta: a differenza dall'art. 84, comma 3, CCII e dall'art. 161, comma 2, lett. e), l.fall., il Legislatore non ha richiesto che l'utilità sia specificamente individuata ed economicamente valutabile.

- **Il tribunale provvede con decreto motivato, immediatamente esecutivo, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio. Il decreto, pubblicato a norma dell'art. 17 l.fall., è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi 30 giorni, possono proporre reclamo alla corte di appello ai sensi dell'art. 183 l.fall. (art. 18, comma 6).**

- **Il decreto della corte d'appello è ricorribile per cassazione entro 30 giorni dalla comunicazione (art. 18, comma 7).**

- **Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli artt. 173 (revoca per atti in frode ai creditori), 184 (effetti del concordato per i creditori), 185 (esecuzione del concordato), 186 (risoluzione ed annullamento), 217-*bis* (in materia di esenzione dai reati di bancarotta) e 236 l.fall. (in tema di responsabilità penale dell'imprenditore), sostituita la figura del commissario giudiziale con quella dell'ausiliario. Ai fini di cui all'art. 173 l.fall., il decreto di cui al comma 4 equivale all'ammissione al concordato (art. 18, comma 8).**

Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio pare violare la previsione contenuta nell'art. 9, comma 2, Direttiva (UE) 2019/1023, il quale dispone che gli Stati membri debbano provvedere affinché le parti interessate abbiano diritto di voto sull'adozione di un piano di ristrutturazione: si sarebbe potuto prendere ispirazione dallo *Small Company Administrative Rescue Process* britannico, ossia - in sostanza - un concordato stragiudiziale in continuità, il quale - *inter alia* - prevede che il piano di ristrutturazione venga sottoposto al voto dei creditori.

- **Il tribunale nomina, con il decreto di omologazione, un liquidatore. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'art. 182 l.fall. (art. 19, comma 1).**

In tema di concordato preventivo, il decreto con il quale il tribunale in sede di omologazione provvede alla nomina di un liquidatore giudiziale diverso da quello indicato nella proposta approvata, è impugnabile per cassazione a norma dell'art. 111, comma 7, Cost., restando il potere di nomina del tribunale vincolato alla designazione fatta dal debitore, a condizione che essa sia rispettosa dei requisiti - di professionalità ed indipendenza - previsti dall'art. 28 l.fall.²⁶.

- **Quando il piano di liquidazione di cui all'art. 18 comprende un'offerta da parte di un soggetto individuato avente ad oggetto il trasferimento in suo favore, anche prima dell'omologazione, dell'azienda o di uno o più rami d'azienda o di specifici beni, il liquidatore giudiziale, verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato (ad esempio mediante l'esplorazione di offerte conseguenti ad inviti ad offrire appositamente divulgati e senza, comunque, che sia contemplato il ricorso a procedimenti competitivi²⁷), dà esecuzione all'offerta e alla vendita si applicano gli artt. da 2919 a 2929 c.c. (art. 19, comma 2).**

- **Quando il piano di liquidazione prevede che l'offerta di cui al comma 2 debba essere accettata prima della omologazione, all'offerta dà esecuzione l'ausiliario (e non il liquidatore), verificata l'assenza di soluzioni migliori sul mercato, con le modalità di cui al comma 2, previa autorizzazione del tribunale (art. 19, comma 3).**

È sufficiente confrontare queste norme con la disciplina delle offerte concorrenti dettata dall'art. 163-*bis* l.fall. e dall'art. 91 CCII per rendersi conto che la soluzione oggi scelta dal legislatore è molto più snella e può essere più rapida, non prevedendo il ricorso a procedure competitive.

La norma lascia adito ad una serie di dubbi, quali la necessità, o meno, di nominare il comitato dei creditori, di effettuare la pubblicità prevista dall'art. 490, comma 1, c.p.c., di adottare gli artt. 28, 29, 37, 38, 39 e 116 l.fall. in relazione alla figura del liquidatore, o, ancora, di applicare gli artt. 105 e ss. l.fall. alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato o in esecuzione di questo.

²⁶ Cass., 29 luglio 2021, n. 21815, in *One LEGALE* <https://onelegale.wolterskluwer.it/>, 2021.

²⁷ F. Cesare, *La nuova composizione negoziata della crisi e il concordato liquidatorio semplificato*, in *ilFallimentarista*, 19 agosto 2021.