

I rapporti tra l'allerta e le sopravvenute procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Giovanni Di Giorgio

1. La conclusione dell'allerta e della composizione assistita della crisi

Nel disciplinare i rapporti tra la fase di allerta e le successive procedure concorsuali, il legislatore della riforma ha previsto, all'art. 21 CCII, le diverse ipotesi di conclusione del procedimento di composizione della crisi, stabilendo, in caso di esito negativo e di permanenza dello stato di crisi, l'invito al debitore a presentare domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza. Ad esse devono aggiungersi i casi di comunicazione al PM che si verificano allorquando, sussistendo l'insolvenza, il debitore non compaia nella fase di allerta davanti al collegio, non depositi l'istanza di cui all'art. 19 o non avvii la procedura di regolazione della crisi come previsto dall'art. 21.

Vi è infine l'ipotesi in cui, pendendo una procedura di allerta o di composizione della crisi, sopravvenga la domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza. In tal caso soccorre il disposto dell'ultimo comma dell'art. 12 CCII, in virtù del quale la pendenza di una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza non solo determina la cessazione degli obblighi di segnalazione in capo agli organi di controllo societari (art. 14) e ai creditori pubblici qualificati (art. 15), ma comporta anche la chiusura del procedimento di allerta e di composizione assistita della crisi.

In altre parole l'art. 12 ult. co. CCII, vera e propria norma di chiusura del sistema dell'allerta congegnato dal legislatore della riforma, sancisce il principio di prevalenza delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, facendo, queste ultime, venir meno le misure di allerta ed eventuali procedimenti di composizione già pendenti.

2. L'ambito applicativo dell'art. 12 co. 9 CCII

Il primo problema che tale ultima fattispecie pone all'interprete attiene al significato da attribuire al sintagma "procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza", e se esso possa ad esempio considerarsi sinonimo di procedura concorsuale (nozione, quest'ultima, comunque non abbandonata del tutto dal legislatore della riforma).

A ben vedere il pur ampio catalogo definitorio dell'art. 2 del codice non precisa il contenuto e la portata di tale locuzione, e quindi occorre verificare se essa ricomprenda ad esempio la liquidazione giudiziale o se invece la escluda. In tal senso può forse soccorrere l'art. 40 del codice, che adottando

un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi e dell'insolvenza, il cd. procedimento unitario, consente di ritenere ricomprese, nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, tutte quelle cui si può accedere mediante la presentazione della domanda *ex art. 40*, e pertanto il concordato preventivo, gli accordi di ristrutturazione e la liquidazione giudiziale.

Dal perimetro così delineato resta però esclusa l'amministrazione straordinaria, effettivamente non ricompresa nella formulazione dell'art. 12 ult. co. CCII. Tale difetto di coordinamento, all'apparenza marginale, può in realtà assumere particolare rilevanza nell'ipotesi di grande impresa assoggettabile sia all'amministrazione straordinaria che alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Tale evenienza, sebbene l'art. 12 co. 4 escluda espressamente l'applicabilità degli strumenti di allerta alle grandi imprese, è in realtà resa possibile dalla scelta del legislatore di non far coincidere la definizione di grande impresa assoggettabile all'amministrazione straordinaria di cui al d.lgs. 270/1999 da quella contenuta nel codice della crisi (art. 2 co.1 lett. g). Se pertanto da un lato la mancanza di un espresso richiamo normativo che sancisca la cessazione delle procedure di allerta con il sopravvenire dell'amministrazione straordinaria rischia di creare dubbi e problemi interpretativi, dall'altro le finalità proprie dell'allerta di emersione anticipata della crisi possono considerarsi inattuali e superate con l'intervento dell'amministrazione straordinaria, e comunque tali da non giustificare la loro utile prosecuzione.

3. La sopravvenuta pendenza del concordato preventivo...

Ciò premesso sul piano definitorio, pochi dubbi sembrano porsi per le ipotesi di sopravvenienza del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione alle procedure di allerta, in quanto queste due procedure costituiscono un approdo fisiologico dei meccanismi stragiudiziali di emersione anticipata della crisi. A tale scopo è senz'altro coerente che l'elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure di allerta, comprensivo delle domande dagli stessi presentate per la composizione assistita della crisi o per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 15 co. 6), sia tenuto presso la Camera di commercio, sì che l'OCRI, e segnatamente il referente, possa avere immediata conoscenza della pendenza di una procedura concorsuale onde evitare un inutile e dispendioso prosieguo dell'allerta o della composizione assistita della crisi.

L'eventuale pendenza di misure protettive concesse ai sensi dell'art. 20 non viene scalfita dall'eventuale sopravvenienza di una procedura di concordato preventivo, potendo queste proseguire anche in tale successiva procedura, pur nel rispetto del limite massimo di cui all'art. 8. Non sembrano ostative in tal senso le pur sussistenti differenze tra le misure protettive concesse nelle due ipotesi di procedimento di composizione assistita della crisi e di concordato preventivo. Anzi, a differenza

delle misure protettive che intervengono nel concordato e nel procedimento uniforme, quelle concesse ai sensi dell'art. 20 sono prive di automatismi e presuppongono un vaglio giudiziale e un relativo provvedimento concessorio (costituendo, tra l'altro, la più incisiva forma di intervento della giurisdizione in un ambito in cui ne è strutturalmente ai margini).

Un problema, sottolineato dalla più attenta dottrina, può però porsi nel caso in cui, concesse le misure protettive durante la composizione assistita della crisi e proseguite nell'accesso al concordato, non si sia addivenuti all'omologazione nel termine massimo di 12 mesi previsto dall'art. 8 del codice. L'inderogabilità di tale ultimo termine può comportare il concreto rischio di una caduta degli effetti protettivi nel corso della procedura concordataria e prima della sua conclusione, con possibilità per i creditori individuali di agire in via esecutiva e cautelare proprio in prossimità dell'omologazione e quindi con evidenti effetti pregiudizievoli per il buon esito della regolazione della crisi.

Per rimediare a tale evenienza, è stata prospettata in dottrina la possibilità di far seguire alle misure protettive scadute, senza soluzione di continuità, eventuali misure cautelari volte a salvaguardare i beni dell'impresa, non essendo queste ultime soggette a termini di scadenza.

Tale soluzione in realtà, se ha il pregio di tutelare in concreto il buon esito della regolazione della crisi, dall'altro rischia di deformare le diverse finalità dei due rimedi, cagionando alle ragioni dei creditori un pregiudizio forse eccessivo perché temporalmente indefinito. Sarebbe stato assai più auspicabile, invece, che il legislatore avesse previsto la possibilità di adattare il termine massimo delle misure protettive alla durata delle procedure o comunque all'omologazione dei piani di risanamento proposti dall'imprenditore (ipotesi, tra l'altro, consentita dall'art. 6, comma 8 della proposta di direttiva UE del 17.12.2018).

4.... e della liquidazione giudiziale

Diversa è la questione in caso di liquidazione giudiziale, atteso che il disposto dell'art. 12 co. 9 fa riferimento all'ipotesi di "pendenza" della procedura, ponendo il problema in relazione alla domanda per l'apertura della liquidazione giudiziale e agli effetti che derivano dalla sua proposizione sul procedimento di allerta.

Il ricorso all'interpretazione letterale porta ragionevolmente ad escludere che il legislatore abbia voluto ricomprendere anche la fase regolata dal procedimento unitario, prevista dall'art. 41, tra i casi che comportano la chiusura delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

Appare contraddittorio però ritenere che un'eventuale mancata segnalazione nel corso dell'istruttoria per l'apertura della liquidazione giudiziale possa comportare gli effetti negativi di cui all'art. 15 CCII, e cioè perché lo scopo delle segnalazioni, funzionali alla emersione precoce della crisi e alla responsabilizzazione dell'imprenditore, è evidentemente superato quando già è stata proposta e pende

la domanda per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Pertanto, come sottolineato da alcuni, occorre valutarne la compatibilità, perché se da un lato nulla impedisce all'imprenditore, in caso in cui la domanda non approdi all'apertura della liquidazione giudiziale, la prosecuzione della composizione assistita della crisi *ex art. 19* qualora ne abbia interesse, dall'altro se nel corso del procedimento *ex art. 41* si producono effetti funzionali al concorso, con misure protettive o cautelari, la ratio della segnalazione è assorbita e quindi la compatibilità appare contraddittoria.

5. L'utilizzabilità degli atti

Resta infine il problema dell'utilizzabilità degli atti formati durante la fase di allerta e composizione nella successiva procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

La regola generale sullo sfondo è il principio di riservatezza che pervade tutta la fase dell'allerta, declinato all'art. 4 co. 3 per i creditori e all'art. 5 per i componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Il comma 4 dell'art. 5 prevede che tali ultimi soggetti non possano essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità, con applicazione delle disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e le garanzie previste per il difensore.

È d'altronde la stessa legge delega a esplicitare tale diffidenza verso l'ingresso nell'area della giurisdizione, escludendo l'automatica utilizzabilità di atti e documenti formati nella fase dell'allerta nell'eventuale fase giudiziale. In applicazione di tale principio, il legislatore delegato ha stabilito, all'art. 21 co. 4 del codice, che documenti e atti potranno essere utilizzati soltanto nella liquidazione giudiziale o nel procedimento penale.

Occorre però precisare due aspetti. Da un lato il richiamo alla liquidazione giudiziale effettuato dall'art. 21 co. 4 è anche in questo caso da intendersi riferibile alla sola fase successiva all'apertura della liquidazione, senza che possa esservi ricompresa la fase in cui è pendente la domanda per la sua apertura: conseguentemente, nel procedimento di cui all'art. 41 CCII tali atti non saranno in alcun modo utilizzabili. Dall'altra parte è chiaro che, una volta dichiarata l'apertura della liquidazione giudiziale, gli atti e i documenti in questione non potranno automaticamente trasmigrare d'ufficio nel fascicolo della procedura concorsuale, ma dovranno essere acquisiti tramite un provvedimento autorizzatorio del giudice ove sollecitato da specifica istanza.

A questo punto è legittimo chiedersi se le limitazioni all'utilizzo di tali atti si applichino anche per quelli a favore dell'imprenditore.

Se la ratio del divieto risiede nell'incentivo alla conservazione della confidenzialità e nell'evitare remore per il debitore nell'illustrare al collegio la reale situazione dell'impresa, allora dovrebbe ritenersi ammissibile per il debitore utilizzare gli atti e i documenti a sé favorevoli anche nell'istruttoria del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale. La questione può ad esempio ben porsi per l'attestazione dell'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie per cui i creditori pubblici qualificati sono tenuti alla segnalazione prevista dall'art. 18 co.3. La norma richiamata precisa che l'attestazione ed i documenti allegati sono utilizzabili solo nel procedimento dinanzi all'OCRI, ma tale divieto appare più che altro funzionale ad evitare la precostituzione di titoli autonomi da spendere contro la pubblica amministrazione e non ad impedire all'imprenditore di utilizzare tale documento a suo beneficio nell'ambito dell'accertamento del suo stato di crisi o di insolvenza.

Pochi dubbi infine possono porsi con riguardo alla relazione del collegio di esperti redatta ai sensi dell'art. 19 co. 2 e all'eventuale attestazione della veridicità dei dati aziendali predisposta dal collegio su richiesta del debitore nel caso dell'art. 19 co.3: è evidente che la realizzazione di tale documentazione è specificamente funzionale al suo utilizzo nelle successive procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza. D'altronde il comma 2 dell'art. 21 CCII espressamente prevede tale facoltà: è vero che l'utilizzo di tali documenti nell'eventuale successiva procedura concorsuale giudiziale resta sempre una facoltà interamente rimessa al debitore, ma il senso è quello di non vanificare l'attività comunque già compiuta dal collegio, e ciò anche nel rispetto della non taciuta finalità di contenimento dei costi e dei tempi di accesso posta dalla legge delega.