

Roma, 2 novembre 2021

n. 23/2021

IL DECRETO-LEGGE 24 AGOSTO 2021, N. 118 - MISURE URGENTI IN MATERIA DI CRISI DI IMPRESA E DI RISANAMENTO AZIENDALE, NONCHÉ ULTERIORI MISURE URGENTI IN MATERIA DI GIUSTIZIA

1. Il D.L. 118 e l'attuale contesto normativo.

Il Decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, *"Misure urgenti in materia di crisi di impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia"* è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 24 agosto 2021, n. 202, con entrata in vigore dal 25 agosto 2021.

Il testo è quello approvato dal CdM del 5 agosto 2021, a sua volta corrispondente al testo consegnato il 1° giugno 2021 dalla "Commissione Pagni", insediatasi il 22 aprile 2021 con l'incarico di: *i)* adeguare all'occorrenza il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza alle indicazioni contenute nella Direttiva UE Insolvency n. 1023/2019 (riguardante le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione); *ii)* apportare eventuali modifiche migliorative al Codice della Crisi e dell'Insolvenza (il c.d. "CCI"); *iii)* sondare l'opportunità di varare altre misure a sostegno delle imprese in crisi (necessità derivante dalla crisi pandemica).

Quanto al primo punto, ed in generale, come già accaduto in tempi recenti, il legislatore ha ritenuto inopportuno, o

quantomeno prematuro, far entrare in vigore il CCI nell'attuale contesto di crisi economica causata dalla pandemia o, meglio, la parte (per la verità l'unica veramente innovativa e quindi caratterizzante della riforma) sulle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi; mentre ha anticipato l'entrata in vigore di alcune parti (o le ha comunque mutate) dello stesso Codice.

Il decreto è stato convertito dalla Legge n. 147 del 21 ottobre 2021, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale del 23 ottobre 2021, con emendamenti che però non snaturano il provvedimento, risolvendosi più in piccoli ritocchi e precisazioni.

In estrema sintesi, il risultato finale che ne è emerso è il seguente:

- l'entrata in vigore del Codice della Crisi (o di quel che ne resta) è stata rinviata dal 1° settembre 2021 al 16 maggio 2022;
- l'entrata in vigore del Titolo II, Parte I, del CCI (quello relativo alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi) è stata rinviata al 31 dicembre 2023 (che peraltro cade di domenica; ma probabilmente il legislatore non ha avuto il coraggio di dichiarare che se ne riparlerà - forse - nel 2024). Peraltro, il Codice e, ancora più in particolare, il sistema delle misure di allerta, rispondevano all'obbligo

di introduzione di sistemi di precoce rilevamento delle crisi d'impresa dettato dalle Direttive comunitarie (prima con la Direttiva n. 1132/2017 e poi con la Direttiva UE Insolvency n. 1023/2019, da attuare entro il nuovo termine - già differito di un anno - del 17 luglio 2022).

Come noto, il nuovo Codice sarebbe dovuto entrare in vigore già ad agosto 2020; tuttavia, l'insorgere dell'emergenza Covid aveva spinto il legislatore a differire l'entrata in vigore al settembre 2021.

Probabilmente è stato ritenuto troppo "invasivo" (ed il pensiero va in particolare ai sistemi d'allerta) ovvero complesso il nuovo sistema concorsuale, rispetto al moltiplicarsi di imprese e soggetti che sono venuti a trovarsi in uno stato di crisi. D'altro canto, però, lo stesso legislatore aveva ritenuto di anticipare l'entrata in vigore di alcune parti del codice (in particolare sulle procedure di sovraindebitamento), proprio per fronteggiare meglio la crisi economica generata dal Covid.

Ciò che emerge, quindi, è l'apparente assenza di un chiaro disegno relativamente al sistema delle procedure concorsuali; d'altronde, da un unico Codice completo, si passa all'ennesima novellazione della legge fallimentare del 1942 e ad uno "spezzatino", ad entrate in vigore frazionate e differite, dello stesso Codice, la cui genesi risale all'ormai lontano 2017.

Per la verità non è neanche chiaro se il D.L. 118 intenda rispondere direttamente agli effetti economici negativi del Covid, non essendo prevista alcuna distinzione al riguardo, né in base alle dimensioni

dell'impresa, né in base alle cause della crisi, e perché l'intervento legislativo non è definito chiaramente come temporalmente delimitato.

Resta il fatto che, come spiegato dalla relazione illustrativa al decreto legge, si è ritenuto che molte imprese, una volta venuti meno gli interventi di sostegno da parte dello Stato, non avranno mezzi idonei volti ad analizzare e comprendere la reale situazione in cui si trovano, né hanno a disposizione gli strumenti volti ad evitare che la crisi degeneri in un dissesto, così da rendere necessario intervenire in via d'urgenza con una disciplina che rinvii temporaneamente l'entrata in vigore del Codice della crisi e sia in grado di fornire agli imprenditori in difficoltà ulteriori strumenti efficaci e meno onerosi per il risanamento delle imprese.

* * * *

2. La composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa.

Oltre al rinvio dell'entrata in vigore del Codice, il D.L. 118 ha previsto la "**composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa**", una nuova procedura (anche se la relazione illustrativa la definisce più come un "percorso") di mediazione assistita, di tipo volontario, di aiuto alle imprese in difficoltà, che sarà operativa dal 15 novembre 2021, a cui possono accedere tutti gli imprenditori commerciali e agricoli - senza limiti dimensionali - che si trovano in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza.

L'istituto riprende in parte la composizione della crisi già prevista dall'art. 19 del CCI, con l'obiettivo di armonizzarla con la Direttiva 1023/2019 che, all'art. 3, ha appunto previsto che i debitori debbano accedere all'allerta precocemente con meccanismi chiari e trasparenti per individuare i rischi di insolvenza, così che il debitore possa agire senza indugio, contemplando altresì la possibilità di avvalersi di tecnologie informatiche per accedere agli strumenti messi a disposizione dal legislatore.

È anche previsto che l'organo di controllo, laddove esistente, segnali all'organo amministrativo l'esistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata, avendone in cambio un possibile esonero o attenuazione di responsabilità ex art. 2407 c.c.; è stato quindi eliminato il connotato pubblicistico dell'allerta disegnata dal CCI, nonché qualunque segnalazione esterna da parte dei creditori qualificati.

La procedura, difatti, prende avvio su iniziativa del debitore, il quale può preliminarmente verificare su una piattaforma informatica, messa a disposizione dalle camere di commercio, inserendo i propri dati contabili, la sussistenza della condizione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario, che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e che rappresenta il presupposto di accesso alla composizione negoziata. La stessa piattaforma, inoltre, comprende una lista di controllo analitica, che contiene indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento dell'impresa e un test pratico per la

verifica della sua ragionevole perseguibilità. Da questo punto di vista, l'intento è chiaramente quello di venire incontro alle imprese di minori dimensioni e meno strutturate organizzativamente.

La stessa Direttiva 1023/2019, difatti, parte dal presupposto di fatto che la maggioranza delle imprese europee ha natura di PMI (e in Italia, se possibile, il fenomeno come sappiamo è ancora più accentuato); tuttavia, proprio muovendo da questo presupposto, la Direttiva propende sempre per l'obiettivo della continuità (diretta), muovendo dalla constatazione per cui il soggetto economico dell'impresa, in un tessuto economico di PMI, è normalmente indissolubile dal compendio aziendale, ai fini della sua migliore valorizzazione. La natura di PMI, quindi, è caratterizzata da un avviamento quasi sempre prevalentemente soggettivo, tale da far preferire la continuità aziendale. Di tale secondo intento della Direttiva, nel D.L. 118 si rinvencono tracce alterne.

* * * *

Verificati i presupposti, il debitore (che dovrà aver allegato un piano finanziario per i successivi sei mesi con indicazione delle iniziative industriali che intende adottare) chiede al segretario generale della camera di commercio territorialmente competente la nomina dell'esperto, che è il soggetto a cui è delegata tutta la parte di mediazione della procedura di composizione negoziata.

Il compito di reagire all'*early warning* viene quindi affidato all'**esperto**, un unico "facilitatore" (e non più i tre membri

dell'OCRI previsto dal CCI, a conferma di un impianto che punta alla privatizzazione e ad una minore burocrazia), fermo restando che debitore e creditori potranno partecipare a mezzo di professionisti di propria fiducia, che verosimilmente saranno i veri motori del processo di ristrutturazione.

Questo "esperto" (o, almeno normativamente, presunto tale) viene selezionato da un elenco formato presso le camere di commercio tra gli iscritti, con idonea anzianità e qualificazione, agli albi dei dottori commercialisti, avvocati e consulenti del lavoro. Vi possono accedere anche figure dirigenziali con esperienza nella ristrutturazione di impresa. Tutti questi soggetti dovranno dimostrare di aver conseguito una specifica formazione, da definirsi ad opera di un decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, per garantire l'uniformità a livello nazionale della formazione stessa, da emanarsi entro 30 giorni dall'entrata in vigore del Decreto (resta il dubbio sui tempi di questa formazione, visto che la procedura di composizione negoziata entrerà in vigore il 15 novembre 2021).

Va registrato che, con grande puntualità, il Ministero ha emanato in data 28 settembre 2021, un decreto dirigenziale, cui è allegato un documento che esamina e spiega analiticamente tutte le fasi del percorso. Il decreto, infatti, inizia con l'analisi del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento (disponibile online), per poi passare al protocollo di conduzione della composizione negoziata, alla formazione degli esperti, all'analisi della piattaforma

ed infine comprende anche delle indicazioni per la formulazione delle proposte alle parti interessate, ad uso dell'imprenditore per la formulazione di proposte a tutti gli *stakeholders*. La completezza e analiticità del decreto è la conferma delle serie intenzioni del Governo nel puntare su questo nuovo modello di regolazione della crisi, con la contemporanea responsabilizzazione di tutte le parti (debitore e creditori) ed il grande supporto pratico pensato soprattutto per le imprese medio-piccole.

L'esperto è nominato da una commissione di tre membri, soggetta a turnazione biennale di cui fa parte un magistrato nominato dal presidente del tribunale delle imprese, un membro designato dal presidente della camera di commercio e un membro designato dal Prefetto. L'esperto è indipendente, non può assumere più di due incarichi contemporaneamente e deve osservare il segreto professionale sulle informazioni che ha il diritto di acquisire dall'imprenditore e dai suoi creditori. Con la legge di conversione, a rafforzamento della terzietà e indipendenza dell'esperto, è stato introdotto il divieto di intrattenere successivi rapporti professionali con l'imprenditore nei due anni che seguono all'archiviazione della composizione negoziata

Come detto, già al momento del deposito dell'istanza di nomina, l'imprenditore deve allegare una serie di documenti che, sostanzialmente, forniscono un quadro generale della situazione contabile e debitoria dell'impresa. Si tratta di documentazione utile anche alla

commissione che procede alla nomina dell'esperto, affinché la nomina sia il più possibile 'mirata' sulle specificità dell'impresa in crisi. Il segretario generale della camera di commercio competente per territorio, difatti, ricevuta l'istanza, la comunica il giorno stesso alla commissione unitamente a una nota sintetica contenente il volume d'affari, il numero dei dipendenti e il settore in cui opera l'impresa istante. La nota, unita alla documentazione fornita dall'imprenditore, dovrebbe consentire alla commissione, entro soli cinque giorni lavorativi, di nominare l'esperto nel campo della ristrutturazione più idoneo al risanamento della specifica impresa istante, e ciò tenuto conto in particolare delle competenze specifiche del nominando esperto. Questo aspetto, tuttavia, confligge parzialmente con la dedotta necessità, prevista dal D.L., che la nomina dell'esperto debba attenersi a criteri di rotazione e trasparenza, che lascerebbe intendere quindi una turnazione che dovrebbe essere automatica o quasi.

* * * *

L'intervento dell'esperto, più che essere volto a sostituire l'imprenditore nell'individuare e adottare il percorso di uscita dalla crisi, sarà diretto, come (ottimisticamente) spiegato nella relazione illustrativa, a "dare forza e credibilità alla posizione dell'impresa ed a rassicurare i creditori e le altre parti interessate. La figura terza ed indipendente dell'esperto, chiamato a verificare costantemente la funzionalità e utilità delle trattative rispetto al risanamento e l'assenza di atti pregiudizievoli per i creditori,

conferisce alle trattative un elevato livello di sicurezza ed elimina il dubbio sull'esistenza di possibili atteggiamenti dilatori o poco trasparenti tenuti dalle parti coinvolte. La competenza nelle tecniche di facilitazione richiesta all'esperto agevolerà lo svolgimento di tali funzioni".

Secondo il D.L., il successo della composizione negoziata è affidato al ruolo centrale svolto dall'esperto indipendente, definito come il soggetto che "agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di cui al comma 1, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa". Il ruolo chiave di questo mediatore sembra mutuato (come già era avvenuto per le misure di allerta del CCI) dal diritto concorsuale francese; l'esperto, secondo la norma, deve agire in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente.

La figura dell'esperto, quindi, non si sostituisce all'imprenditore ma lo affianca fornendogli la professionalità e le competenze necessarie per la ricerca di una soluzione della situazione di difficoltà dell'impresa e facilitando il dialogo con tutte le parti coinvolte nel processo di risanamento della stessa.

Da sottolineare come, nel sistema delineato dal D.L., e differentemente da quanto avviene in quasi tutti gli altri sistemi europei, l'esperto non abbia alcun obbligo di "riferire" ad alcuna Autorità (nemmeno quella che lo ha nominato), a rimarcare quindi ancor di più il carattere interamente privatistico di questa nuova

procedura, in radicale antitesi con i connotati del CCI.

A chiusura del sistema, prudenzialmente (se non realisticamente), il legislatore ha altresì previsto che l'esperto possa avvalersi (a proprie spese) di un revisore legale (qualifica che non è invece richiesta per lo stesso esperto) oltre che di "soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore"; non resta che sperare nell'umiltà degli esperti.

Il suo compito è valutare, da subito, confrontandosi con l'imprenditore se "le prospettive di risanamento sono concrete". In tal caso, fissa incontri in tempi celeri con le parti - imprenditore e creditori -interessate al processo di ristrutturazione e "prospetta possibili strategie di intervento". L'esperto deve concludere il suo incarico, con una relazione finale, entro 180 giorni, con possibilità di proroga solo in presenza di accordo tra le parti, compreso lo stesso esperto, o per ritardi dovuti ai tempi del tribunale in alcune fasi della procedura.

La procedura prevede che l'imprenditore conservi la piena gestione dell'impresa, potendo compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione e pagamenti a creditori, di cui assume la responsabilità. Unica accortezza, al riguardo, è prevista dal D.L. quando "sussiste probabilità di insolvenza", ipotesi nella quale l'imprenditore deve agire in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa. La legge di conversione ha ulteriormente specificato che quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma

esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori, ferme restando le sue responsabilità.

Inoltre, quando l'imprenditore intende compiere atti di gestione straordinaria e pagamenti che non siano coerenti con le trattative e le prospettive di risanamento, deve informarne preventivamente l'esperto il quale, se ritiene che l'atto sia pregiudizievole, lo segnala all'imprenditore e all'organo di controllo (se presente). L'imprenditore può compiere comunque l'atto contestato ma si sottopone alla conseguenza dell'iscrizione, obbligatoria o volontaria a seconda che l'atto pregiudichi o meno i creditori, del dissenso dell'esperto nel registro delle imprese e quindi alla pubblicizzazione della procedura, cui segue l'informativa al Tribunale che attiva il procedimento per l'eventuale revoca delle misure cautelari o protettive già disposte.

Il legislatore ritiene quindi che la *disclosure* sulla crisi dell'impresa e sugli atti compiuti rappresenti un sufficiente deterrente verso comportamenti lesivi dei creditori.

Naturalmente, al di là della fiducia nelle capacità dell'esperto, è ben possibile che, nel tempo concesso, non possa giungere a conclusione positiva la ristrutturazione. In questi casi resta salva la facoltà, prevista dal D.L., che l'esperto possa mediare per favorire il trasferimento dell'azienda o di suoi rami a terzi. Non a caso, difatti, l'esperto può interloquire non solo con i creditori, ma anche con tutti coloro che

possono essere “interessati” alla soluzione della crisi.

È quindi previsto che, su richiesta dell'imprenditore, il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, possa autorizzare il trasferimento dell'azienda (o di uno o più dei suoi rami), escludendo necessariamente gli effetti della solidarietà passiva sui debiti di cui all' articolo 2560, secondo comma, del codice civile (ma non dell'articolo 2112 del codice civile, relativo ai debiti di lavoro).

Questa soluzione rappresenta pertanto una via liquidatoria alla continuità indiretta, a conferma delle diverse “anime” che il D.L. ha ritenuto di dover rappresentare.

Il compenso dell'esperto, determinato dalle tabelle contenute nel D.L., che tengono conto dell'attivo dell'impresa in crisi, costituisce comunque un incentivo al successo della procedura, in quanto in caso di avvenuto risanamento dell'impresa i compensi vengono sensibilmente aumentati.

Il compenso andrà concordato (ma appunto seguendo i criteri indicati dal D.L.) con l'imprenditore, al quale resta a carico; solo in mancanza di accordo tra le parti, il compenso è liquidato dalla commissione che nomina gli esperti.

In ogni caso, il compenso dell'esperto è qualificato prededucibile ai sensi dell'art. 111, comma 2, l. fall., a tutela dello stesso anche nei casi di (successivo) insuccesso della procedura.

* * * *

Il D.L. ha inoltre sentito la necessità di specificare che **le banche e gli intermediari finanziari**, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti, sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato, e non possono, per il solo fatto dell'accesso alla composizione negoziata della crisi, revocare all'imprenditore gli affidamenti bancari già in essere. Sul punto, la relazione illustrativa spiega che l'obbligo di partecipazione attiva alla negoziazione è stato esplicitato per gli istituti bancari e per gli intermediari finanziari in ragione del ruolo che normalmente essi ricoprono per il buon esito della negoziazione e proprio al fine di evitare che il risanamento dell'impresa sia messo a rischio da comportamenti inerti o da una partecipazione poco sollecita alle trattative. È infatti noto che in una situazione di crisi o di difficoltà patrimoniale e finanziaria, la rapidità con la quale si interviene rappresenta la principale chiave per garantire il successo del tentativo di risanamento dell'impresa. Al di là delle dichiarazioni di principio, tuttavia, appare evidente il messaggio che il legislatore ha inteso mandare ai creditori finanziari (dovendosi intendere per tali, vista la portata della procedura, i suoi presupposti ed i suoi destinatari, sia i titolari di NPL che quelli di UTP), ovvero che in caso di loro inerzia o di un loro atteggiamento ostile ed egoistico verso la soluzione negoziata, la loro sorte potrebbe essere la stessa recentemente e gradualmente occorsa al Fisco nell'ambito dei concordati e degli accordi di ristrutturazione; prima la mancata espressione di voto e poi anche il voto

negativo possono essere superati dall'autorità giudiziaria nell'interesse della migliore soluzione della crisi e di tutto il ceto creditorio.

Inoltre, l'eventuale violazione di tali obblighi da parte dei creditori può assumere rilievo nell'ambito di possibili azioni risarcitorie che potrebbero essere avviate dal curatore della successiva procedura fallimentare, nel caso in cui il dissesto dell'impresa derivi da comportamenti omissivi ingiustificati o non corretti delle parti coinvolte nelle trattative.

In altre parole, se l'impresa non riuscisse a perseguire il risanamento e venisse dichiarata fallita per la mancata collaborazione delle parti chiamate al tavolo delle trattative o, peggio ancora, per comportamenti ostruzionistici, le conseguenti responsabilità potrebbero essere oggetto di accertamento giudiziale.

La reale portata della disposizione dedicata ai creditori finanziari, pertanto, rende quanto mai importante una loro partecipazione attiva e qualificata, verosimilmente avvalendosi di consulenti (veramente) esperti della materia, al fine di non divenire il facile capro espiatorio degli insuccessi della procedura di composizione negoziata ed il bersaglio delle azioni dei curatori prima e dei nuovi interventi legislativi poi.

* * * *

La novità più evidente della procedura, comunque, resta la sua vocazione alla **privatizzazione** ed alla **degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi**, come detto in chiara antitesi con i principi del CCI.

Il segno di questo indirizzo si vede marcatamente nelle (ridotte) ipotesi in cui il D.L. prevede l'intervento del tribunale, la maggior parte delle quali configurano tale intervento solo come successivo od eventuale.

In particolare, la semplice istanza del debitore iscritta nella piattaforma della camera di commercio produce già da sola gli effetti dell'*automatic stay*, ovvero dell'**inibizione delle azioni esecutive e cautelari**, non solo sul patrimonio del debitore ma anche sui beni con i quali viene esercitata l'attività di impresa, oltre che il divieto di costituzione di cause di prelazione (eccetto che per i crediti di lavoro) e della procedibilità della dichiarazione di fallimento.

In questo modo, le misure protettive possono essere richieste dall'imprenditore sia nell'istanza di composizione negoziata che successivamente ad essa, nel corso della procedura e possono essere ottenute immediatamente e automaticamente, al (solo) "prezzo" della *disclosure* della crisi, vista la pubblicità dell'istanza nel registro delle imprese.

I creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o dichiararli risolti per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti anteriori, a tutela quindi della continuità aziendale.

Contestualmente alla propria istanza pubblicata nel registro delle imprese, il debitore, per ottenere la conferma (o l'eventuale modifica) delle misure protettive deve depositare un ricorso al tribunale e pubblicare (entro 30 giorni) sul

registro delle imprese il numero di ruolo del procedimento.

Al ricorso vanno allegati gli ultimi tre bilanci, una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a 60 giorni, l'elenco dei creditori, un piano finanziario per i successivi 6 mesi, un prospetto delle iniziative di carattere industriale in adozione, una dichiarazione con valore di autocertificazione attestante che l'impresa può essere risanata e il nome dell'esperto.

Il procedimento si svolge nelle forme del rito cautelare (artt. 669 bis e ss. c.p.c.) e con formalità minime, salvo il contraddittorio. Difatti, se le misure protettive o i provvedimenti cautelari richiesti incidono sui diritti dei terzi, questi devono essere sentiti.

Il Tribunale, che può anche nominare un ausiliario ex art. 68 c.p.c., può confermare le misure protettive o concedere misure cautelari per un periodo compreso fra trenta e centoventi giorni, eventualmente prorogabili (sino a un massimo di duecentoquaranta giorni).

Le misure possono anche essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

Il provvedimento di concessione delle misure protettive può essere revocato su istanza dei creditori o su segnalazione dell'esperto, oppure può esserne abbreviata la durata se si ritenga che le misure non soddisfino l'obiettivo di preservare il buon esito delle trattative oppure appiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori.

* * * *

Un'altra ipotesi di intervento (eventuale) del tribunale, come detto, si presenta nei casi in cui l'imprenditore ritenga di effettuare pagamenti incoerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento; in questo caso gli stessi devono essere comunicati all'esperto, il quale può segnalare all'organo di controllo e all'imprenditore che l'atto è foriero di danno ai creditori. Se l'imprenditore intende compiere ugualmente l'atto, nonostante il dissenso, l'esperto può iscrivere il suo parere negativo nel registro delle imprese e informare il tribunale che attiva il procedimento per l'eventuale revoca delle misure cautelari o protettive già disposte.

Sul punto occorre rilevare come risulti blando (e forse anche troppo ottimistico) l'obbligo imposto all'imprenditore di comunicare la sua intenzione di compiere pagamenti ed atti di straordinaria amministrazione, considerando che tale obbligo sussiste solo se e quando lo stesso debitore ritenga che tali atti e pagamenti non siano coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.

* * * *

Il Tribunale è chiamato in causa anche per l'assunzione di finanziamenti prededucibili (e sono considerati tali, dal D.L., quelli ricevuti da terzi, da soci e dal gruppo) e, come già detto, per il trasferimento dell'azienda o di alcuni suoi rami escludendo l'accollo dei debiti altrimenti previsto dall'art. 2560 c.c. (rimane salva invece in ogni caso la solidarietà ex art. 2112 c.c. per quelli di lavoro).

Il D.L. prevede inoltre che l'esperto possa 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 Covid. 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.

Il tribunale, in caso di accoglimento della domanda, per assicurare l'equilibrio tra le prestazioni, può anche stabilire la corresponsione di un indennizzo. Sono in ogni caso esclusi dal novero dei contratti suscettibili di rinegoziazione i rapporti di lavoro dipendente.

* * * *

Risulta quindi evidente come il legislatore abbia **escluso qualsiasi forma di spossessamento del debitore**, recependo così uno dei possibili indirizzi dettati dalla Direttiva Insolvency sul "*debtor in possession*", ma non quello alternativo, più "moderato", di un controllo solo parziale, a conferma di un *favor* per il debitore, pur in assenza di requisiti sulla sua meritevolezza o forme di compensazione per i creditori verosimilmente lesi.

Stupisce, in ogni caso, che non sia stato previsto alcun prolungamento del periodo di revocabilità degli atti, neanche a fronte della sospensione delle istanze di fallimento che può intervenire durante il tentativo di composizione negoziata

(inizialmente a semplice richiesta dell'imprenditore).

Nell'ambito della composizione negoziata non è stata prevista l'applicabilità della transazione fiscale ex art. 182 *ter* l. fall; sono però state previste delle **misure premiali in ambito tributario**.

Innanzitutto, durante la procedura gli interessi sui debiti tributari sono limitati alla misura legale. In secondo luogo, per i debiti la cui scadenza intervenga durante la procedura, le sanzioni sono ridotte alla misura minima.

Per i debiti sorti prima del deposito dell'istanza e oggetto di composizione negoziata, le sanzioni sono ridotte a metà nelle ipotesi di esito favorevole della procedura.

È infine prevista, in caso di pubblicazione nel registro delle imprese degli accordi che danno luogo alla continuità aziendale all'esito della composizione, la rateizzazione fino a un massimo di 72 rate delle somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate e imposta sul valore aggiunto e non ancora iscritte a ruolo e relativi interessi e sanzioni.

* * * *

I possibili **esiti della procedura** variano a seconda della fruttuosa percorribilità o meno del risanamento.

L'esperto può difatti disporre immediatamente l'archiviazione, se le prospettive di risanamento appaiono fin da subito irrealizzabili. In questo caso informa l'imprenditore e la camera di commercio, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata;

non sono previste altre conseguenze, a differenza che nel procedimento di allerta esterna del CCI e pertanto non deve essere segnalata l'insolvenza, anche qualora fosse manifesta, al pubblico ministero.

In ogni caso, una volta redatta la relazione finale, l'esperto la invia anche al giudice che ha eventualmente adottato misure cautelari o protettive, che cessano quindi da quel momento.

* * * *

Le soluzioni "positive" della procedura, invece, portano a uno degli strumenti (vecchi o nuovi) del sistema concorsuale.

In particolare, la composizione può sfociare in una convenzione di moratoria (nella nuova versione di cui all'art. 182 *octies* l. fall.); in un accordo tra imprenditore e creditori, controfirmato dall'esperto, che produce gli effetti dell'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall. (ma senza l'attestazione); o, infine, in un contratto, con uno o più creditori, che dà diritto a beneficiare delle misure premiali relative ai debiti tributari laddove, secondo la relazione conclusiva dell'esperto, risulti idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.

È anche previsto che l'imprenditore possa, all'esito delle trattative, chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 *bis* l. fall., anche nelle nuove forme di accordi ad efficacia estesa o di accordi agevolati (ripresi dal CCI ed inseriti dai nuovi artt. 182 *septies* e 182 *novies* l. fall.). Difatti, negli accordi ad efficacia estesa (che il nuovo art. 182 *septies* estende non solo alle banche ma anche ai creditori

comuni), la percentuale da raggiungersi all'interno di una categoria per forzare i non aderenti scende dal 75% al 60% se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto. È una misura premiale, che mira quindi a incentivare il ricorso alla composizione negoziata quando la sua conclusione si identifichi con la procedura giudiziale di cui all'art. 182 *bis* l. fall.

Infine, è anche previsto che l'imprenditore possa predisporre un piano di risanamento attestato ex art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., o accedere a una delle procedure di cui alla legge fallimentare (compresa l'istanza di fallimento in proprio), o al nuovo concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

La legge di conversione ha inoltre previsto che in caso di archiviazione di una procedura di composizione negoziata, l'imprenditore non possa presentare una nuova istanza prima di un anno dall'archiviazione stessa della precedente.

* * * *

3. Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

In evidente controtendenza con le recenti iniziative legislative, che vedevano tutte in primo piano le figure di concordato in continuità (diretta o indiretta che fosse), il D.L. introduce una nuova procedura, un "concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio".

La nuova procedura ha come primo presupposto l'insuccesso della composizione negoziata, che deve risultare dalla relazione finale dell'esperto

con cui si dichiara che le trattative non hanno avuto esito positivo e che non siano neanche praticabili le soluzioni alternative di accesso alle altre procedure concorsuali di ristrutturazione o risanamento.

Non può quindi escludersi (ed anzi, può auspicarsi) che si possa assistere a procedure di composizione negoziata rapidissime, con esito da subito negativo, realmente finalizzate a consentire l'accesso a questa nuova procedura liquidatoria.

* * * *

Il debitore, entro 60 giorni dalla comunicazione della relazione finale dell'esperto, può presentare 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. (ovvero: una situazione contabile aggiornata, uno stato analitico ed estimativo delle attività, l'elenco nominativo dei creditori e dei titolari dei diritti reali o personali, il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili). Manca, quindi, il richiamo alla lett. e) della norma, che fa riferimento al piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, a conferma dell'intento di semplificazione.

Il deposito del ricorso (o meglio la sua pubblicazione) comporta gli effetti tipici del concordato preventivo, dall'*automatic stay* allo spossessamento attenuato, con il conseguente regime autorizzatorio degli atti di cui all'art. 167 l. fall., al generarsi di crediti prededucibili.

Il tribunale valuta la ritualità della proposta, la relazione finale dell'esperto

(compreso un suo ulteriore parere sui presumibili risultati della liquidazione e sulle garanzie offerte), nominando un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., assimilabile alla figura del commissario giudiziale.

L'ausiliario dovrà confermare la fattibilità del piano sulla base della relazione finale dell'esperto e vigilare sull'imprenditore, rimanendo titolare del potere di richiedere la revoca della procedura ex art. 173 l. fall.. Il decreto che ammette l'imprenditore alla procedura e nomina l'ausiliario, deve già fissare da subito la data dell'udienza di omologazione, a conferma dell'obiettivo di rapidità della procedura (specificazione non casuale in questo caso, visti i tempi medi di omologa dei concordati preventivi tradizionali).

La proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione dell'esperto, andrà comunicata ai creditori, i quali non avranno diritto di voto ma potranno eventualmente proporre opposizione all'omologazione, costituendosi almeno 10 giorni prima dell'udienza fissata.

Il tribunale procederà all'omologa se, verificata la regolarità del procedimento e del contraddittorio, il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileverà che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto alla alternativa della liquidazione fallimentare (e non più se è conveniente rispetto ad essa) e comunque assicuri una utilità a ciascun creditore (anche non necessariamente un pagamento quindi).

La liquidazione procederà con un liquidatore, nominato con il decreto di

omologazione. Se il piano di liquidazione comprende già un'offerta da parte di un terzo relativa al trasferimento dell'azienda (o di suoi rami) o di specifici beni, anche prima dell'omologazione, il liquidatore, può accettare tale offerta previa una verifica circa l'assenza di soluzioni migliori sul mercato.

Alla vendita si applicano le norme sulla vendita forzata (artt. da 2919 a 2929 c.c.) e, se la vendita dovesse intervenire prima dell'omologazione, sarà lo stesso ausiliario a darvi corso, esperite le stesse verifiche circa l'assenza di migliori soluzioni alternative previste per il liquidatore giudiziale.

A prima vista risaltano subito le differenze (o meglio, le mancanze) rispetto alla procedura concordataria come finora l'avevamo conosciuta, ovvero: l'adunanza dei creditori per il voto, l'attestazione del piano (sostituita dalla relazione finale dell'esperto), la percentuale minima di pagamento per i creditori chirografari (attualmente al 20% nei concordati liquidatori) e un sistema di vendite competitive nelle ipotesi di cessione di azienda. È stata invece (re)introdotta, dalla legge di conversione, la possibilità di suddividere i creditori in classi.

La nuova procedura di concordato rappresenta quindi uno strumento alternativo rispetto a quelli già disciplinati dalla legge fallimentare e, non a caso, l'istituto non viene definito quale "concordato preventivo" ma come "concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio"; d'altronde la finalità del D.L. è proprio quella di

introdurre nuovi strumenti, efficaci e meno onerosi rispetto a quelli già esistenti, che incentivino le imprese, colpite dagli effetti negativi prodotti dalla pandemia, ad individuare alternative percorribili per il risanamento aziendale.

Sul punto, può osservarsi come la Direttiva Insolvency propenda soprattutto per la continuità diretta, sul presupposto già ricordato per cui l'imprenditore, in un tessuto economico predominato dalle PMI, è normalmente indissolubile dal compendio aziendale, ai fini della sua migliore valorizzazione, mentre le ipotesi di continuità indiretta sono solo residuali. Sotto questo aspetto, l'accesso al concordato semplificato, reso possibile solo dopo la (mancata) composizione negoziale, sembra rispettare i principi dettati dalla UE.

Resta evidente, piuttosto, l'anomalia della **mancata previsione di un sistema di voto**, che appare anche essere in violazione dell'art. 9, comma 2, della Direttiva Insolvency, secondo il quale "*Gli Stati membri provvedono affinché le parti interessate abbiano diritto di voto sull'adozione di un piano di ristrutturazione*", anche se si potrebbe dubitare che una liquidazione totale, senza continuità aziendale, rappresenti una vera "ristrutturazione".

A voler pensar male, inoltre, anche alla luce dei 16 anni di esperienza dell'attuale concordato preventivo, resta il dubbio che la cessione dell'azienda con modalità così poco formali e vigilate e soprattutto non vincolate al requisito della competitività, possa dar adito a condotte poco virtuose

di imprenditori che rientrano (ovviamente non direttamente, ma attraverso soggetti solo formalmente terzi) sostanzialmente in possesso del proprio complesso aziendale, ripulito dai debiti.

Sarà comunque interessante seguire le evoluzioni di questa nuova procedura, che potrebbe costituire una forma di soluzione *pre-packaged* alla crisi, già nota in altri sistemi concorsuali, primo fra tutti quello statunitense, dal quale nel recente passato il nostro legislatore ha certamente preso ispirazione.

* * * *

4. Le modifiche alla legge fallimentare con entrata in vigore immediata.

Il D.L. 118 è infine intervenuto direttamente sull'attuale legge fallimentare, modificando alcuni articoli ed introducendone altri, in materia di concordati preventivi e accordi di ristrutturazione dei debiti, con entrata in vigore immediata dal 25 agosto 2021.

Innanzitutto, all'**art. 180, quarto comma, 1. fall.** si prevede che il tribunale possa omologare il concordato preventivo non solo in mancanza di voto da parte dell'Erario e dell'INPS, ma anche in caso di loro voto negativo, sempre che la loro soddisfazione venga ritenuta migliore dell'alternativa liquidatoria.

Giunge così a conclusione e pieno compimento il percorso iniziato alla fine del 2020 (decreto-legge 7 ottobre 2020, n. 125, convertito, con modificazioni, dalla legge 27 novembre 2020, n. 259), allorché il legislatore aveva rilevato come nella prassi l'inerzia e quindi la mancata espressione del voto nell'ambito

della transazione fiscale comportasse spesso - e immotivatamente - il naufragio dei piani per il mancato raggiungimento delle maggioranze.

Analoga modifica è intervenuta all'**art. 182 bis, quarto comma**, il quale prevede ora che l'eventuale adesione dell'Erario debba intervenire entro novanta giorni dal deposito della proposta di soddisfacimento.

Si tratta di un sistema che ha, di fatto, anticipato quanto già previsto nel CCI, proprio al fine di favorire le soluzioni concordate della crisi mantenendo in primo piano l'interesse dell'intero ceto creditorio.

Per conferire una maggiore elasticità ai piani di ristrutturazione (adeguandoli quindi maggiormente alla realtà), è stato altresì prevista all'**art. 182 bis, ottavo comma**, che laddove intervengano modifiche sostanziali del piano prima dell'omologazione, verrà rinnovata l'attestazione e il debitore dovrà chiedere il rinnovo delle manifestazioni di consenso ai creditori partecipanti agli accordi. L'attestazione deve essere rinnovata anche in caso di modifiche sostanziali degli accordi.

Inoltre, qualora anche dopo l'omologazione si rendano necessarie modifiche sostanziali al piano, l'imprenditore vi apporgerà le modifiche idonee ad assicurare l'esecuzione degli accordi, richiedendo al professionista incaricato il rinnovo dell'attestazione. In questo caso, il piano modificato e l'attestazione sono pubblicati nel registro delle imprese e della pubblicazione viene dato avviso ai creditori i quali, entro trenta

giorni dalla ricezione dell'avviso possono proporre opposizione con ricorso al tribunale. Viene così ripreso e anticipato il contenuto dell'articolo 58 del CCI.

In un'ottica di favore verso i lavoratori, e ritenendo che la disposizione non sia di fatto lesiva della *par condicio*, atteso che i crediti di lavoro godono del massimo privilegio mobiliare, all'articolo 182 *quinquies* è stato previsto che il tribunale possa autorizzare il pagamento delle retribuzioni dovute per le mensilità antecedenti al deposito del ricorso ai lavoratori addetti all'attività della quale sia prevista la continuazione. Inoltre, sempre quando venga prevista la continuazione dell'attività aziendale, è possibile pagare le rate in scadenza dei mutui ipotecari, garantiti da beni strumentali all'esercizio dell'impresa, purché l'attestatore dichiari e dimostri che il cespite cauzionale sia capiente rispetto al credito garantito e che, quindi, il rimborso delle rate a scadere non risulti lesivo dei diritti degli altri creditori.

* * * *

L'art. 182 *septies* viene interamente riformulato, anticipando la disciplina degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa prevista dal CCI.

La principale novità rispetto alla precedente versione, che prevedeva la possibilità di estendere gli effetti dell'accordo solo agli intermediari finanziari, è che ora questa possibilità viene ampliata a tutte le categorie di creditori, fermo restando il requisito che la soddisfazione derivante dall'accordo non sia inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Unica condizione richiesta per tale ampliamento è che i creditori non aderenti appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici.

L'accordo deve inoltre prevedere la prosecuzione dell'attività d'impresa (in via diretta o indiretta) e che i crediti dei creditori aderenti appartenenti alla categoria rappresentino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria (un creditore può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria).

Infine, è previsto che se l'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore al 50% dell'indebitamento complessivo, l'accordo di ristrutturazione dei debiti può individuare una o più categorie tra tali tipologie di creditori che abbiano fra loro posizione giuridica ed interessi economici omogenei. In tal caso il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria, anche in assenza della prosecuzione dell'attività di impresa.

Viene introdotto un nuovo articolo, il 182 *octies*, disciplinante la convenzione di moratoria, ripresa dalla precedente versione dell'art. 182 *septies*, non più riservata agli intermediari finanziari rappresentanti la metà dell'indebitamento complessivo, bensì estesa ai crediti di qualsiasi natura.

In questo modo il legislatore ha inteso introdurre una misura ritenuta necessaria per contrastare l'attuale stato di sofferenza economica delle imprese, consentendo, in

via provvisoria, che un imprenditore (anche non commerciale) possa accordarsi con i suoi creditori per una dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito e prevedendo che tale moratoria sia efficace anche nei confronti dei creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria, che comunque dovranno essere stati informati dell'avvio della procedura.

Ai creditori della medesima categoria non aderenti possono essere estesi gli effetti della convenzione, purché si ritenga che subiscano un pregiudizio proporzionato e coerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza in concreto perseguite.

* * * *

Altra novità è rappresentata dall'**art. 182 novies**, disciplinante gli accordi di ristrutturazione agevolati, nei quali la percentuale di cui all'articolo 182 bis (60%) può essere ridotta della metà (30%) quando il debitore: *i*) abbia rinunciato alla moratoria di cui all'articolo 182 *bis*, primo comma, lettere a) e b) (pagamento dei non aderenti nei 120 giorni); *ii*) non abbia presentato "domanda in bianco" ex 161, sesto comma, l. fall.; *iii*) non abbia richiesto la sospensione delle azioni esecutive ex art. 182 *bis*, sesto comma, l. fall.

In questo modo il legislatore ha inteso facilitare, alle condizioni specificate, il ricorso a tale istituto, sul presupposto della necessità, nell'attuale stato di crisi, di favorire quelle procedure che consentono di affrontare le sofferenze debitorie

imprenditoriali con mezzi alternativi alla liquidazione giudiziale.

* * * *

Ultima novità, sul fronte della novellazione in senso stretto, è rappresentata dall'introduzione dell'**art. 182 decies**, che prevede che ai creditori che hanno concluso gli accordi di ristrutturazione si applichi l'articolo 1239 del codice civile, con conseguente liberazione dei fideiussori.

Tuttavia, nel caso in cui l'efficacia degli accordi sia estesa ai creditori non aderenti, costoro conservano impregiudicati i diritti contro i coobbligati, i fideiussori e gli obbligati in via di regresso.

Salvo patto contrario, infine, gli accordi di ristrutturazione della società hanno efficacia anche nei confronti dei soci illimitatamente responsabili, sempre che non siano anche garanti, continuando in quel caso a rispondere per tale diverso titolo (salve diverse pattuizioni).

* * * *

Altri "ritocchi" sono intervenuti all'articolo **186 bis**, prevedendo l'allungamento della moratoria per il pagamento dei privilegiati da uno a due anni nel concordato in continuità aziendale; all'articolo 236, che sostanzialmente estende le disposizioni penali anche ai nuovi istituti introdotti dal D.L.; all'art. 161, decimo comma, prevedendo che, limitatamente al periodo emergenziale collegato alla pandemia in corso, possa essere concesso il termine massimo di 120 giorni - prorogabile di ulteriori 60 - anche ai concordati in bianco presentati in pendenza di istanza di fallimento.

Ancora, viene prevista l'improcedibilità, fino al 31 dicembre 2021, dei ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo e per la dichiarazione di fallimento dipendente da procedure di concordato omologato, per i soli concordati in continuità, ex art. 186 bis, omologati in data successiva al 1° gennaio 2019.

Tale disposizione, secondo quanto chiarito dalla relazione illustrativa, risponde all'esigenza di tenere conto dell'impatto dell'attuale pandemia sui concordati omologati dopo il 1° gennaio 2019, per i quali si presume che la difficoltà, per gli imprenditori, di mantenere gli impegni assunti, sia conseguenza della crisi economica conseguente alla pandemia stessa.

In attesa della pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione sulla questione concernente l'ammissibilità dell'istanza di fallimento nei confronti di impresa già ammessa al concordato preventivo poi omologato, a prescindere dell'intervenuta risoluzione del concordato, ed al fine di evitare che, nonostante l'improcedibilità dei ricorsi per la risoluzione del concordato, possa essere ugualmente dichiarato il fallimento, è stata altresì prevista, in relazione alle stesse imprese, l'improcedibilità dei ricorsi per la dichiarazione di fallimento pendenti.

* * * *

Il D.L. dispone anche, al fine di evitare l'utilizzo strumentale della composizione negoziata, che l'istanza di accesso a tale procedura non possa essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di

ristrutturazione o con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche in bianco.

Infine, sempre con il fine di incentivare la soluzione negoziata delle crisi (con particolare riferimento alle crisi presumibilmente innescate dalla pandemia in corso), viene esteso al 31.12.2022 il termine, già introdotto dalla normativa emergenziale causata dal Covid, entro il quale è consentito all'imprenditore in crisi di uscire dalla fase introdotta con il ricorso in bianco ex art. 161, sesto comma, l. fall., ricorrendo ad un piano attestato ex art. 67, comma 3, lettera d), l. fall..

* * * *

In sostanza, come specificato dalla relazione illustrativa, tutti gli interventi ad entrata in vigore immediata rappresentano misure atte ad agevolare la soluzione concordata della crisi, mirando ad ampliare le possibilità di accesso alle procedure e, più in generale, a tutti gli strumenti alternativi al fallimento, nella prospettiva della ristrutturazione aziendale. Per questo motivo le maglie di accesso agli accordi di ristrutturazione vengono allargate con l'anticipazione dell'entrata in vigore degli istituti, già previsti nel CCI, degli accordi ad efficacia estesa e degli accordi agevolati.

* * * *

5. Conclusioni

Ovviamente è presto per trarre delle vere e proprie conclusioni sulle novità introdotte dal D.L., che peraltro saranno soggette a possibili modifiche nella prassi operativa e/o ad opera di altri correttivi o novelle.

Quello che si può constatare, con certezza, è un ritorno ad un impianto prettamente privatistico nella gestione della crisi di impresa, che è lo stesso che aveva animato le prime riforme del 2005, ma che non era mai giunto a compimento per le spinte contrarie pubblicistiche, dettate dalla poca fiducia nelle parti (sfiducia, per la verità, a volte anche meritata), mosse dai tribunali prima e dal legislatore poi (esemplari, sul punto, i cambi di prospettiva sul sindacato di fattibilità del concordato o l'introduzione della figura dell'abuso dello stesso strumento concordatario).

In ogni caso, al di là degli "schieramenti ideologici", è indubbio che ognuno dei due approcci, privatistico e pubblicistico, abbia i suoi pro e contro e che stia quindi agli operatori valorizzare i primi e minimizzare i secondi; mentre - ciò che più conta - è che il legislatore scelga definitivamente un indirizzo chiaro ed univoco, così da poter orientare gli interpreti in ogni possibile situazione.

Può comunque guardarsi con favore all'intento di sviluppare una cultura dell'intervento precoce, senza quelli che sono parsi forse degli eccessi contenuti nelle misure di allerta previste dal CCI.

Da questo punto di vista, il D.L. rappresenta un'occasione, *in primis* per gli imprenditori, ma per tutti gli operatori del settore, per un approccio sereno e consapevole alla crisi e per lo sviluppo di apposite figure professionali specializzate nella gestione di tutti gli aspetti e tutte le fasi della stessa crisi.

Il legislatore, già con l'istituzione della piattaforma informatica di accesso, ha dimostrato di esser pronto a fare la sua

parte per venire incontro alle reali esigenze delle imprese, soprattutto quelle più piccole e meno strutturate, costituendo un incentivo per diffondere una responsabilizzazione dell'imprenditore in crisi e configurando anche un'ulteriore *way out*, rappresentata dal concordato semplificato.

Va dato atto, al riguardo, di come il decreto emanato dal Ministero della Giustizia il 28 settembre 2021 rappresenti un'assoluta novità positiva, per la quantità e qualità di contenuti.

A conferma di ciò, basti pensare che viene prevista la figura del CRO (*chief restructuring officer*), quale soggetto che può esser nominato, su proposta dell'esperto e con l'accordo di tutte le parti (che ne sopportano i costi) per favorire la negoziazione.

Si tratta di un soggetto indipendente, dotato di adeguata competenza, responsabile del processo di risanamento in fase di esecuzione, con il ruolo di monitorare l'attuazione del piano di risanamento ed il rispetto degli accordi raggiunti. La nomina del CRO appare opportuna, in particolare, quando siano previsti, a fronte dei sacrifici ai creditori, ristori agli stessi condizionati da raggiungimento di risultati reddituali o finanziari prefissati (*earn-out*), o quando siano assegnati ai creditori strumenti finanziari partecipativi (SFP) di cui all'articolo 2346 del codice civile.

L'introduzione della figura del CRO, che in Italia finora non era ancora stata espressamente codificata, è l'ennesima conferma del cambio di mentalità auspicato ed agevolato dal legislatore.

L'occasione di fare un salto di qualità nella gestione della crisi potrà essere colta se tutti gli operatori del diritto concorsuale saranno in grado di recepire le scelte del legislatore e di cambiare mentalità rispetto a quella tradizionale formatasi nel vigore dell'attuale sistema fallimentare, che (già dal nome) risulta rappresentare il passato rispetto ai numerosi strumenti alternativi ora messi in campo.

D'altronde, se è vero che nella principale novità introdotta (la composizione negoziata) sembra esser stata posta un'eccessiva fiducia nella figura dell'esperto, ciò non toglie che se le parti si presenteranno ai tavoli negoziali pronte e assistite da validi professionisti, una soluzione soddisfacente per tutte le parti potrà sempre esser raggiunta; non resta che accettare la sfida e farsi trovare preparati al meglio.

Avv. Andrea D'Ambrosio

Partner MFLaw

Responsabile Dipartimento

Special Situation - Insolvency - Restructuring

MFLaw - Mannocchi & Fioretti

Studio Legale Associato

Sede di Roma

Il presente documento non costituisce un parere ed è stato redatto ai soli fini informativi dei clienti di MFLaw Studio Legale Associato e dei lettori di MFLaw Magazine. È proprietà di MFLaw Studio Legale Associato e non può essere divulgato a soggetti differenti dal destinatario, senza una preventiva autorizzazione scritta.