



Numero 1 / 2023

Alessandro Farolfi

**La composizione negoziata nel nuovo codice della
crisi: prime applicazioni**

La composizione negoziata nel nuovo codice della crisi: prime applicazioni

Alessandro Farolfi
Ufficio del Massimario della S.C. di Cassazione

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. L'accesso alla composizione negoziata. - 2.1. Il presupposto oggettivo. - 2.2. Segue: in sede di accesso al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio. - 3. Misure protettive e cautelari. - 4. Autorizzazione al compimento di atti di straordinaria amministrazione.

1. Introduzione.

Come è ormai noto, lo scorso 15 luglio, dopo non pochi rinvii causati anche dalle conseguenze economiche della diffusione pandemica del Covid-19, è entrato in vigore il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza. Il nuovo *corpus* normativo, già approvato con il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, è stato peraltro più volte modificato, prima con uno strumento normativo "correttivo" (il d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147), poi da ultimo con il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, di attuazione della Direttiva UE 20 giugno 2019, n. 1023, relativa ai "quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, (nonché) le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione"¹.

Il Codice introduce nuovi istituti, rinomina la procedura fallimentare in "liquidazione giudiziale", accorpa le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, prima disciplinate dalla legge n. 3/2012 e succ. modd., adotta un procedimento unitario destinato a regolare gli aspetti processuali delle diverse procedure o strumenti di regolazione della crisi, per quanto non specificamente previsto in relazione a ciascuna di esse, e codifica principi generali quali la buona fede del debitore e dei creditori nello svolgimento delle trattative e nel corso delle procedure, o la regola per cui queste ultime vanno trattate in via prioritaria, laddove consentano la ristrutturazione del debito e la prosecuzione dell'attività di impresa, anche in via indiretta, rispetto alla residuale apertura della liquidazione giudiziale.

¹ Per una prima lettura delle nuove disposizioni modificate dal d.lgs. n. 83/2022 consulta, senza pretesa di completezza, AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in www.ilcaso.it; AA.VV., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2022; D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022; LAMANNA, *Il Codice della crisi e dell'insolvenza dopo il secondo correttivo*, Milano, 2022; STANGHELLINI, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, in www.ilcaso.it; ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83 pubblicato in G.U. il 1° luglio 2022*, in www.ildirittodellacrisi.it.

In questo contesto, in attesa che le prime questioni interpretative poste dal nuovo Codice giungano al vaglio della S.C., questo sintetico contributo si propone di analizzare le prime applicazioni che delle nuove disposizioni sono state fornite dalla giurisprudenza di merito, per prima naturalmente chiamata a dare applicazione ai nuovi istituti ed a dipanare gli snodi interpretativi posti dalle norme di nuovo conio.

Il breve tempo trascorso dalla formale entrata in vigore del nuovo *corpus* normativo, in uno con una norma transitoria contenuta nell'art. 390, comma 2, c.c.i. (secondo cui "Le procedure di fallimento e le altre procedure di cui al comma 1, pendenti alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonché le procedure aperte a seguito della definizione dei ricorsi e delle domande di cui al medesimo comma sono definite secondo le disposizioni del r.d. n. 267/1942, nonché dalla l. n. 3/2012"), fanno sì, peraltro, che solo alcuni dei nuovi istituti siano stati sino ad ora affrontati da decisioni edite.

Le novità affrontate per prime dai giudici del merito riguardano, soprattutto, quelle di carattere per così dire prodromico rispetto alla risoluzione della crisi, in tema di composizione negoziata e procedimento unitario, misure protettive e cautelari. Segue pertanto una breve rassegna, necessariamente incompleta, avuto riguardo sia – come detto – al breve periodo di applicazione del Codice – sia alla difficoltà di reperimento delle più recenti decisioni di merito, per le quali ci si è fondamentalmente affidati ai principali portali e siti giuridici in materia (principalmente "*ildirittodellacrisi.it*" e "*il caso.it; ristrutturazioni aziendali?*").

2. L'accesso alla composizione negoziata.

La composizione negoziata, con lievi modifiche rispetto a quanto già previsto nel d.l. 118/21, è stata inserita nel Titolo II del nuovo codice, sostituendo integralmente l'originaria composizione assistita davanti agli OCRI, ponendosi come un percorso negoziato finalizzato a far emergere precocemente le situazioni di crisi e ad affrontarle con i creditori - con l'auspicabile scopo di prevenire più gravi condizioni di insolvenza - sotto l'egida di un esperto nominato fra i soggetti iscritti in appositi albi tenuti dalla Camera di commercio del capoluogo di regione (oltre che delle Province di Trento e Bolzano) in cui l'impresa ha la propria sede legale².

Questo istituto rappresenta certamente una delle principali novità del Codice, con lo scopo di offrire alle imprese in crisi nuovi strumenti per il superamento di tale condizione, auspicabilmente prima che la stessa degradi ulteriormente giungendo ad uno stato di insolvenza irreversibile. La ratio, volta a favore l'emersione precoce dell'impresa ed a consentire una immediata trattative con i principali creditori, ma anche con gli stessi dipendenti, è evidente. Il ruolo dell'esperto nominato da una commissione istituita presso la Camera di commercio avente sede nel capoluogo di ciascun distretto è certamente centrale, in quanto molto della "scommessa" del nuovo istituto si basa sull'autorevolezza e la professionalità di questa figura professionale.

Come si è detto, l'introduzione della composizione negoziata è in realtà avvenuta già con il d.l. n. 118 del 2021, sì che proprio in questi giorni è uscito un Rapporto di

² Oltre alla bibliografia già citata, sulla composizione negoziata vds. BONFATTI, Profili della composizione negoziata della crisi di impresa, in *www.ildirittodellacrisi.it*; PAGNI-FABIANI, Introduzione alla composizione negoziata, in *Fallimento*, 2021, 1477; ROSSI, I presupposti della composizione negoziata della crisi, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa, in *www.ildirittodellacrisi*.

Unioncamere³, che contiene numeri interessanti atti a misurare il primo impatto della nuove disposizioni ad un anno, circa, dall'introduzione di questo percorso volto a ristrutturare il debito e conservare valore alle imprese che ancora siano in grado di mantenersi in attività ed a individuare prospettive concrete di risanamento.

Nel rapporto si ricorda che il 15 novembre 2021 è stato il primo giorno in cui è stata resa possibile la presentazione delle istanze di composizione negoziata presso la piattaforma nazionale www.composizionenegoziata.camcom.it, gestita dal sistema delle Camere di commercio, e come – dopo un periodo iniziale di scarso ricorso all'istituto, gli operatori economici stiano facendo un crescente ricorso a questa nuova possibilità.

In particolare, le domande di accesso presentate alla data del 15 novembre 2022 hanno raggiunto le 475 unità, con una prevalente concentrazione territoriale nelle regioni di Lombardia, Lazio ed Emilia Romagna (pur se anche altre regioni hanno oramai una quota non trascurabile di richieste). Solo Val d'Aosta e Provincia autonoma di Bolzano non avevano ancora nessuna richiesta a tale data.

Caratteristiche	Numero	Percentuale
Totale	475	
Mis. Protettive	326	68,63%
Mis. Sospensive	238	50,11%
Test pratico	158	33,26%
Risorse finanziarie	121	25,47%
Sottosoglia	38	8,00%
Gruppi imprese	45	9,47%

Nella tabella precedente sono riportate indicazioni più specifiche, volte ad evidenziare sul totale, quante domande di accesso si sono accompagnate a richieste all'autorità giudiziaria di conferma di misure protettive o sospensive (da atti aggressivi dei creditori, in particolare esecuzioni individuali o richieste di apertura della liquidazione giudiziale che, come noto, ha sostituito il fallimento), nonché quante fossero corredate dal test pratico volto a misurare in termini empirici il grado di sostenibilità del debito (con valori che, crescendo, segnalano l'accentuarsi della gravità del debito rispetto alle risorse disponibili per la sua ristrutturazione: sul punto vds. il Decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, 28 settembre 2021). La tabella mostra, altresì, come fino ad ora il fenomeno abbia interessato le imprese di maggiori dimensioni e, soltanto per un 8% complessivo, le imprese c.d. "sotto soglia" (ossia con valori di ricavi annui nei tre esercizi precedenti inferiori ad Euro 200.000, di attivo patrimoniale inferiori ad Euro 300.000 e per debito inferiore a 500.000 Euro, come da limiti minimali previsti dall'art. 2 lett. d) del Codice che riprende, sul punto, le stesse soglie dimensionali già contenute nell'art. 1 della l.fall.).

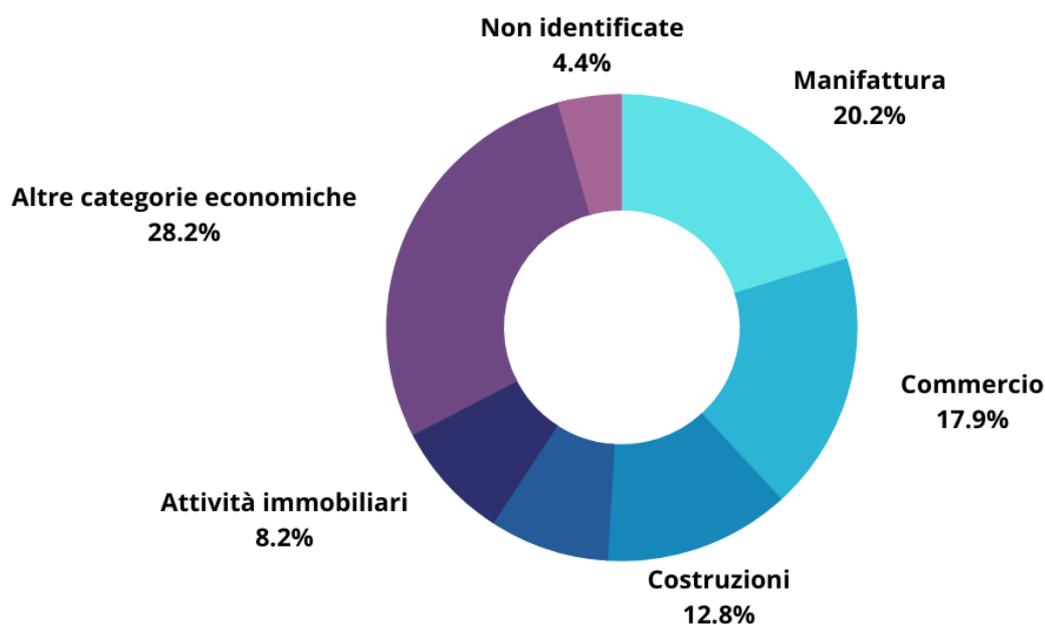
³ Si tratta del rapporto "*La composizione negoziata della crisi d'impresa ad un anno dall'avvio*", realizzato dall'Area servizi per la finanza ed il sostegno alle imprese di Unioncamere, su dati aggiornati al 15 novembre 2022, consultabile al seguente link: <https://www.unioncamere.gov.it/comunicazione/primo-piano/crisi-dimpresa-un-anno-di-composizione-negoziata-presentato-il-rapporto-unioncamere>.

Di queste domande, complessivamente circa un terzo sono state chiuse, pur se in oltre la metà dei casi il completamento del procedimento è avvenuto per mancanza delle condizioni di risanabilità dell'impresa o altri eventi negativi.

La seguente tabella, invece, mostra il numero di addetti al servizio delle imprese che hanno presentato domanda di accesso a questo istituto:

Addetti	Numero	Percentuale
Non dichiarato	9	1,89%
0 - 9	294	61,89%
10 - 49	121	25,47%
50 - 249	43	9,05%
> 250	8	1,68%
Totale	475	100%

Altra interessante indicazione riguarda la rilevazione del settore merceologico di operatività delle imprese che hanno presentato domanda di composizione negoziata:



Infine, si deve ricordare che il numero complessivo dei professionisti iscritti agli albi degli esperti ammonta a 3560 unità, prevalentemente collocati in Lombardia, Toscana, Emilia Romagna, Veneto e Lazio, in maggioranza (circa l'81%) commercialisti.

Da ricordare che la composizione negoziata prevede la possibilità di avvalersi di un procedimento di informazione e consultazione sindacale, disciplinato dall'art. 4, comma 3, del Codice, con funzione sussidiaria rispetto alle procedure eventualmente già applicabili alla singola impresa e che le eventuali misure protettive, sospensive o cautelari richieste dall'imprenditore non possono andare a detrimento dei crediti dei lavoratori (questo *favor*,

per il vero, si evince anche dalle norme del concordato preventivo in continuità e dai limiti alla moratoria ivi prevista, secondo una indicazione che era già contenuta nella Direttiva n. 1023/2019).

Al momento non vi sono dati circa il ricorso a queste forme di consultazione sindacale nell'ambito della composizione negoziata. Probabilmente un incentivo ulteriore all'utilizzo dell'istituto potrà derivare dall'entrata "a regime" del sistema di segnalazioni circa inadempimenti sintomatici da parte dei c.d. creditori pubblici qualificati (essenzialmente Agenzia delle Entrate, Inps ed Inail).

2.1. Il presupposto oggettivo.

Il presupposto oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata va da uno stato di pre-crisi fino ad una situazione prossima o addirittura di insolvenza, purché ancora reversibile. Esso rappresenta certamente uno degli aspetti più interessanti e, al tempo stesso, critici, dei nuovi istituti della composizione negoziata e del concordato semplificato, che della prima può costituire un possibile approdo.

Il presupposto soggettivo è, invece, costituito dalla qualità di imprenditore, di piccole o anche rilevanti dimensioni, anche se non commerciale (sono quindi compresi gli imprenditori agricoli ma anche le *start up* innovative), purché iscritto nel registro delle imprese, ed escluse le figure dei professionisti e dei consumatori, per i quali restano percorribili esclusivamente gli istituti del sovraindebitamento.

Il ruolo dell'esperto in questo percorso di composizione negoziata è certamente centrale, posto che allo stesso compete, fra l'altro, di incontrare senza indugio l'imprenditore e, come dispone l'art. 17, comma 5, c.c.i. "se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo [...] ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata". A sua volta l'esperto è definito all'art. 2, comma 1, lett. o bis) come "il soggetto terzo e indipendente, iscritto nell'elenco di cui all'articolo 13, comma 3 e nominato dalla commissione di cui al comma 6 del medesimo articolo 13, che facilita le trattative nell'ambito della composizione negoziata".

Come anticipato, il presupposto oggettivo costituisce, certamente, uno degli aspetti più innovativi e, come si vedrà, subito controversi del nuovo istituto. Infatti, seppure l'intervento del tribunale nella composizione negoziata è in astratto previsto come di tipo eventuale ed intermittente, di fatto chiamato in causa dallo stesso debitore che avanzi richiesta di misure protettive o cautelari o di particolari autorizzazioni, in realtà le prime applicazioni evidenziano come l'istituto sia stato affrontato da molte imprese già in una situazione di crisi evidente, se non di insolvenza, così necessitando dell' "ombrello protettivo" delle misure (confermate o meno) dall'organo giudiziario per poter ingaggiare delle serie trattative con i creditori. Ed in tale sede, l'orientamento forse prevalente ha ammesso un vaglio incidentale sul presupposto oggettivo di accesso, formandosi alcuni indirizzi diversificati in ordine alla possibilità di utilizzo della composizione negoziata per l'impresa che non si trovi semplicemente in crisi, ma sia già in una situazione di vera e propria insolvenza, purché ancora "reversibile".

Si può ricordare, ad esempio, Trib. Modena, 3 dicembre 2022, secondo cui le misure protettive intanto possono trovare conferma giudiziale laddove le stesse siano strumentalmente idonee a salvaguardare trattative effettivamente in corso, nell'ottica del

raggiungimento di un risanamento che non appaia obiettivo “manifestamente implausibile”, in ragione della “palese inettitudine” del progetto di piano di risanamento imbastito dalla impresa. Aggiunge la decisione modenese che in astratto, elementi estrinseci indicativi, o quantomeno sintomatici, di tale idoneità, sono rappresentati da: i) la espressa manifestazione di disponibilità alle trattative da parte di una platea di creditori ampiamente rappresentativa dell'intero ceto; ii) l'attestato di fiducia dell'Esperto; iii) la mancanza di iniziative esecutive o liquidatorie in essere; invece, sempre in astratto ma su un piano intrinseco, meritano apprezzamento: i) la chiarezza della strategia di risanamento; ii) la ragionevolezza e la solidità delle assunzioni del progetto di piano di risanamento; iii) il fatto che la continuità non distrugga risorse, di modo da indurre a ritenere con un buon grado di tranquillità che l'eventuale stay non possa verosimilmente pregiudicare i creditori; iv) il fatto che la prospettiva liquidatoria possa immaginarsi esiziale per la gran parte dei creditori.

Ciò posto, secondo l'indirizzo che si va affermando, una situazione di insolvenza non è di ostacolo all'accesso alla composizione negoziata, purché appaia comunque percorribile una strategia di intervento e di soluzione dell'eccessivo indebitamento mediante un plausibile accordo con i creditori.

Così, ad es. Trib. Bologna, 30 novembre 2022, ha ritenuto che sia meritevole di accoglimento l'istanza di proroga delle misure protettive e cautelari formulata dal debitore in circostanze tali da configurare il provvedimento come necessario al perfezionamento delle trattative con i creditori; a tale conclusione, in particolare, non si oppone lo stato di insolvenza in cui possa trovarsi l'impresa in quanto l'interesse dei creditori trova tutela sia nel dovere di gestione dell'impresa nel loro prevalente interesse sia nel dovere di vigilanza e di segnalazione in capo all'esperto in caso di compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore. In precedenza, sempre Trib. Bologna, 8 novembre 2022, aveva espressamente ritenuto che l'insolvenza non può pregiudicare l'accesso alla composizione negoziata per la soluzione della crisi né tanto meno precludere l'applicazione o la conferma delle misure protettive e cautelari richiesta dall'imprenditore, a condizione che tale condizione risulti coerente alle finalità recuperatorie dell'istituto e quindi reversibile mediante interventi di risanamento utili al ripristino della solvibilità.

Anche Trib. Roma, 10 ottobre 2022, sembra ammettere alla composizione negoziata l'impresa insolvente, purché tale condizione appaia in concreto “reversibile” ed idonea a mantenere la continuità dell'impresa: in materia di composizione negoziata, la conferma delle misure protettive e cautelari è subordinata, tra le altre cose, ad una valutazione delle possibilità di risanamento dell'impresa; a tal fine, la domanda di conferma delle misure protettive deve essere accompagnata da un piano che permetta al Giudice di effettuare una valutazione prognostica, o quantomeno realistica, circa la possibilità di un reale superamento della crisi finanziaria ed industriale che consenta di mantenere la continuità aziendale, non giustificandosi, in caso di soluzioni che comportino la liquidazione dell'impresa, l'adozione di siffatti strumenti fortemente incisivi dei diritti dei terzi e dei creditori.

Ha invece ritenuto che lo stato di insolvenza sia preclusivo dell'accesso alla composizione negoziata Trib. Siracusa, 14 settembre 2022, affermando che lo stato di insolvenza conclamata e risalente dell'impresa preclude l'accesso alla composizione negoziata della crisi, e le misure protettive vanno conseguentemente revocate, le esigenze dell'allerta precoce potendo essere appagate solo da una interpretazione dei presupposti di accesso volta a stimolare la tempestiva individuazione della situazione di crisi. Secondo il tribunale siculo l'apparente dicotomia tra le condizioni di accesso declamate dall'art. 2 (ora

12) – la probabilità di crisi o di insolvenza – e i riferimenti alle imprese in stato di insolvenza (seppur reversibile) sparsi nelle norme di legge (art. 9 D.L., ora 21 CCII), nel decreto dirigenziale e nella relazione illustrativa va risolta alla luce della distinzione tra condizioni di accesso alla composizione negoziata e presupposti per la prosecuzione delle trattative, nel senso che lo stato di insolvenza sussistente al momento dell’istanza di nomina dell’esperto e rilevato ex ante dall’imprenditore preclude l’accesso alla composizione negoziata mentre lo stato di insolvenza che sopravvenga e venga rilevato dall’esperto nel corso delle trattative, non preclude la prosecuzione del procedimento, laddove sussistano concrete prospettive di risanamento. In precedenza, in questo senso, anche Trib. Ferrara, 21 marzo 2022, (nel caso di specie si è dato particolare rilievo allo stato di liquidazione ed all’assenza di indicazioni, nel ricorso, circa i tempi e le modalità di revoca della causa di scioglimento).

2.2. Segue: in sede di accesso al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

Una novità rilevante contenuta nel codice (per il vero già anticipata dal d.l. n. 118/2021) attiene alla possibilità di fare accesso, attraverso la composizione negoziata ed in caso di fallimento della stessa, ad un nuovo concordato semplificato per la liquidazione dei beni, caratterizzato dall’assenza di votazione dei creditori, ma comunque sottoposto ad un penetrante vaglio giudiziale in sede di omologazione della relativa proposta, detta semplificata anche perché priva di condizioni minime di soddisfacimento dei creditori. Tale proposta, peraltro, deve essere connotata dal necessario rispetto dell’ordine delle cause legittime di prelazione e, in sede giudiziale, può essere sottoposta alla valutazione di un semplice ausiliario, se dal caso nominato dal giudice, piuttosto che di un vero e proprio commissario giudiziale.

Al di là delle diverse ricostruzioni dottrinali che sono state date a questa forma di concordato, cui in questa sede appare ultroneo far riferimento, ciò che per primo ha interessato la giurisprudenza di merito, nelle applicazioni reperite, riguarda lo snodo del collegamento fra tale istituto e la necessaria precedente fase di composizione negoziata. L’art. 25 sexies c.c.i. prevede infatti che “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. 23, commi 1 e 2, lett. b) non sono praticabili, l’imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all’art. 17, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell’art. 39”.

Al riguardo si è notato da parte di Trib. Firenze, 31 agosto 2022, che in tema di concordato semplificato, il requisito dello svolgimento in buona fede delle trattative postula, innanzitutto, che vi stata una effettiva e completa interlocuzione con i creditori interessati dal piano di risanamento, i quali devono aver ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’imprenditore e sulle misure per il risanamento proposte, e aver potuto esprimersi su di esse; inoltre, comporta che le trattative si siano sviluppate con la sottoposizione ai creditori di una (o più) proposte con le forme previste dall’art. 23, comma 1, CCII; infine, implica che sia stata fornita ai creditori una comparazione del soddisfacimento loro assicurato dalle predette soluzioni con quello che potrebbero ottenere dalla liquidazione giudiziale. Mentre Trib. Bergamo, 23 settembre 2022, ha ritenuto che è inammissibile il ricorso al concordato semplificato,

qualora in esito al relativo percorso si palesi praticabile il ricorso all'accordo di ristrutturazione dei debiti (ADR), anche con transazione fiscale, essendo l'istituto ex art. 25 sexies CCII utilizzabile solo in via residuale ove risulti impraticabile la soluzione di cui all'art.23, comma 2 lett.b), CCII (con decisione che, di fatto, accogliendo la tesi peraltro prevalente, ritiene che il concordato semplificato non sia compatibile con situazioni di forte indebitamento erariale, per la mancata previsione in esso della c.d. transazione fiscale, disciplinata dagli artt. 63 e 88 c.c.i., rispettivamente nell'ADR e nel concordato preventivo "ordinario").

3. Misure protettive e cautelari.

L'importanza delle misure protettive e cautelari emerge con evidenza se si considera che, a differenza del regime previgente, non è stata accolta dal Codice – se non in modo molto più limitato - l'idea di un concordato "prenotativo" o "in bianco", ossia un ricorso dal quale derivava la concessione – senza particolari valutazioni discrezionali del giudice – di un termine fino a 120 gg., ulteriormente prorogabile sino a 60 gg. in caso di giustificati motivi, durante il quale il debitore era, per così dire, al riparo da iniziative aggressive dei creditori e poteva, perciò predisporre con maggiore tranquillità ed efficienza complessiva una proposta di risoluzione della crisi, non necessariamente liquidatoria. Le misure protettive, quindi, finiscono per svolgere un ruolo insostituibile evitando, appunto, che le spinte "individuali" dei creditori possano minare in radice soluzioni concorsuali tali da consentire una prosecuzione dell'attività di impresa, in forma diretta o indiretta (vds. anche art. 84 c.c.i. per tale distinzione).

Le misure protettive possono essere confermate e poi prorogate già nel corso della composizione negoziata (artt. 18 e 19 c.c.i.), ma è nella fase della predisposizione di una soluzione concorsuale vera e propria e nel corso della relativa procedura che le stesse possono nuovamente giocare un ruolo di primo piano (vds. artt. 44, 54 e 55 c.c.i.). In ogni caso, sommate fra loro, queste misure non possono superare la durata massima complessiva di un anno (vds. art. 8).

Tra le più recenti pronunce al riguardo, si segnala Trib. Macerata, 2 dicembre 2022, secondo cui in tema di accesso "con riserva" ad uno strumento di regolazione della crisi, qualora venga prospettata *ab initio* la presentazione di una domanda completa di omologa di un accordo di ristrutturazione (ADR) e il debitore faccia contestuale richiesta di misure protettive, ai fini della conferma di queste ultime non occorre, ai sensi degli art. 55, comma 3, e art. 54, comma 2, primo e secondo periodo, CCII, (diversamente da quanto disposto dall'art. 19 CCI in ambito di composizione negoziata), né la fissazione di un'udienza, né che la domanda venga portata a conoscenza dei controinteressati. Nella medesima linea di pensiero, anche Trib. Lucca, 8 settembre 2022, ha stabilito che in caso di domanda di concordato con contestuale richiesta di misure protettive ex art. 54, comma 2, CCII, l'adozione del provvedimento di cui all'art. 55, comma 3, CCII non richiede la previa convocazione delle controparti. Il modello del c.d. *automatic stay* di cui all'art. 168 L. fall. appare sostituito da un modello in cui gli effetti protettivi continuano a prodursi dal momento della pubblicazione della domanda ex art. 40 CCII nel Registro delle Imprese, salva la necessaria conferma da parte dell'autorità giudiziaria, la quale svolge valutazioni nell'interesse della massa indistinta dei creditori.

Anche Trib. Modena, 1 dicembre 2022, ha ritenuto che la domanda di proroga delle misure protettive – diversamente da quanto avviene per il caso di conferma, di abbreviazione o di revoca – non impone, ai fini della decisione, di sentire i creditori. Ciò in forza del dato normativo, atteso che il comma 5 dell'art. 19 CCII diverge, in parte qua, dai commi 4 e 6. La mancata celebrazione della udienza, inoltre, consente di addivenire ad una decisione più snella e, per contro, il “sacrificio” dei creditori è da ritenersi de facto insussistente, dato che essi sono stati sentiti in sede di conferma, e che sono sempre ed in ogni momento legittimati a chiedere la abbreviazione o la revoca.

Dal punto di vista procedimentale, Trib. Verona, 25 novembre 2022, ha invece osservato che lo scorretto avvio del procedimento di composizione negoziata della crisi, in esito ad un errore sul requisito soggettivo dell'impresa debitrice, giustifica la revoca de plano delle misure protettive medio tempore richieste (fattispecie nella quale l'impresa debitrice, oggettivamente “sopra soglia”, aveva fatto domanda di accesso alla composizione negoziata mediante lo speciale procedimento riservato alle imprese “sottosoglia”, instando per la nomina dell'esperto, non alla commissione di cui all'art. 13, comma 6 CCII, bensì direttamente al segretario della competente Camera di commercio territoriale).

Sulla finalità delle misure protettive rispetto alla composizione negoziata, cfr. Trib. Roma, 21 novembre 2022, secondo cui vanno confermate le misure protettive, domandate con l'istanza di accesso alla composizione negoziata, che perseguono l'obiettivo di mettere la continuazione dell'attività d'impresa e le trattative fra il debitore e i suoi creditori al riparo da iniziative pregiudizievoli di alcuni di questi, bilanciando gli interessi del ceto creditorio e di quelli ordinamentali alla conservazione del valore e delle potenzialità reddituali dell'impresa in crisi (nel caso di specie, il Tribunale ha confermato le misure miranti, fra l'altro, a sospendere il rilascio forzato dei locali aziendali soltanto per il tempo concesso al debitore da un terzo per confermare l'acquisto di un nuovo plesso aziendale per la prosecuzione dell'attività).

Quanto agli effetti delle misure protettive rispetto alle eventuali esecuzioni individuali pendenti, Trib. Milano, 26 gennaio 2022, ha chiarito che la conferma giudiziale delle misure protettive richieste dal debitore con riferimento ad una esecuzione pendente (nel caso di specie, espropriazione presso terzi in precedenza promossa in suo danno, avente ad oggetto le somme dovute da una serie di istituti di credito) si deve ritenere che il relativo pignoramento non possa essere dichiarato inefficace, con conseguente liberazione dei conti correnti bloccati al fine di mettere a disposizione del nominato esperto i fondi necessari per soddisfare equamente tutti i creditori, ma che il procedimento esecutivo possa essere solo sospeso dal tribunale al fine di consentire che le trattative volte al superamento della crisi si possano svolgere proficuamente, ed entri, pertanto, in una fase di mera quiescenza, con il conseguente blocco dell'attività liquidatoria.

Da richiamare, per la sua rilevanza, anche Trib. Milano, 16 settembre 2022, che ha ritenuto applicabili le misure protettive anche al concordato semplificato. In precedenza, lo stesso Trib. Milano, 21 luglio 2022, ha rilevato che quanto alle misure protettive richieste nell'ambito di una procedura di composizione negoziata della crisi come confermate dal giudice monocratico, si deve ritenere ammissibile il reclamo proposto da un creditore, ai sensi dell'art. 7, ult. comma, d.l. n. 118/2021 (oggi vds. art. 19, comma 7, del c.c.i.), avverso l'ordinanza emessa da quel giudice anche laddove non abbia in precedenza fatto valere le sue difese in quella sede. Secondo la stessa decisione, con principio che può ritenersi ancora attuale rispetto alla norma codicistica indicata, il reclamo previsto dall'art. 7, settimo comma del d.l. 118/2021, convertito con L. 147/2021, come proponibile ai sensi dell'articolo 669

terdecies del codice di procedura civile avverso l'ordinanza del giudice monocratico emessa, nell'ambito di una procedura di composizione negoziata, in sede di decisione del ricorso per la modifica o conferma delle misure protettive, costituisce un rimedio avente carattere interamente devolutivo e sostitutivo, tanto che devono essere fatti valere in quella sede anche le circostanze e i motivi sopravvenuti ed il giudice può sempre assumere informazione ed acquisire nuovi documenti; ciò ovviamente deve avvenire nel rispetto del principio del contraddittorio.

Quanto alle misure cautelari si è recentemente osservato che le stesse devono consistere in provvedimenti ad effetti confermabili con il provvedimento che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale o che omologa il concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, ovvero che si ricollegano al susseguente procedimento concorsuale, così richiedendone una stratta strumentalità (Trib. Barcellona Pozzo di Gotto, 10 ottobre 2022). In termini restrittivi anche Trib. Catania, 25 luglio 2022, secondo cui l'equo temperamento degli interessi impone che con la misura cautelare l'imprenditore non possa ottenere risultati ulteriori e diversi rispetto alla propria ristrutturazione. Conseguentemente, sarà possibile imporre alla controparte delle trattative un *pacti legato* a un provvedimento giurisdizionale di sospensione dei pagamenti delle rateizzazioni in corso che gli precluda, in via provvisoria, l'afflusso finanziario derivante dall'esecuzione del contratto sospeso, ma non un *facere*. (Nel caso di specie, sulla base dei suddetti principi, il giudice ha dichiarato l'inammissibilità della misura avente ad oggetto l'inibitoria alla decadenza dal beneficio della rateizzazione in caso di mancato pagamento delle rate in scadenza, nonché della richiesta di ordinare all'INPS il rilascio del DURC).

Correttamente, Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, ha ritenuto che nel novero delle misure protettive e cautelari ex art. 6 e art. 7 D.L. n. 118/2021 (oggi art. 18 c.c.i.) non rientra quella mirata a constatare l'inefficacia dell'ipoteca giudiziale iscritta nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese; si è infatti ritenuto che il riferimento alla sola impossibilità per i creditori di acquistare diritti di prelazione non concordati con l'imprenditore dal giorno della pubblicazione dell'istanza di misure e fino alla conclusione delle trattative e non prevede l'inefficacia di garanzie anteriormente iscritte, escluda il ricorso in via analogica alle previsioni di cui all'art. 168 l.fall., tenuto conto che in questo caso sussiste già una procedura concorsuale (sia pur in chiave prenotativa) e nell'altro – quello in sede di composizione negoziata – non vi è ancora alcuna procedura concorsuale per stessa scelta dell'istante.

4. Autorizzazioni al compimento di atti di straordinaria amministrazione.

Il tema è stato affrontato nella seconda parte del 2022 da poche decisioni di merito, probabilmente anche per la diffidenza degli operatori rispetto al compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore, che potrebbero potenzialmente ridurre o annullare la garanzia patrimoniale da questi offerta, in un momento quale quello delle trattative per la composizione negoziata, durante il quale l'imprenditore è sottratto a penetranti controlli da parte di organi di una procedura che, in quel momento, non può ancora dirsi sussistente.

Trib. Bologna, 8 novembre 2022, ha così ritenuto di rigettare di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili proposta nell'ambito della composizione negoziata della crisi, qualora alla luce della complessiva operazione risulti il concreto pericolo di

pregiudicare per il futuro la fattibilità della continuità aziendale tramite la procedura di concordato preventivo ovvero, in ragione dei meccanismi di segregazione patrimoniale previsti a garanzia del finanziatore, il rischio di una destinazione a suo esclusivo vantaggio di risorse altrimenti utilizzabili a beneficio dei creditori in linea con il canone di par condicio nello scenario della liquidazione giudiziale. Più recentemente, peraltro, lo stesso Trib. Bologna, 9 gennaio 2023, risulta aver concesso, nella stessa procedura, l'autorizzazione al rilascio di finanziamenti, espressamente qualificati come prededucibili, sotto forma di linee di factoring per la monetizzazione di crediti commerciali, di una linea di firma per la liquidazione del credito IVA, e di nuova finanza a medio-lungo termine, sulla scorta di un giudizio prognostico sul buon esito delle trattative in corso e la funzionalità rispetto al mantenimento della continuità.

Trib. Parma, 4 novembre 2022, ha invece autorizzato la cessione di rami d'azienda, ma circondando l'operazione di apprezzabili cautele per i creditori: in primo luogo è stata posta la preliminare condizione che sia stato previsto od ipotizzato l'espletamento di una procedura competitiva oltre a pubblicità ed informative da rendere a potenziali interessati, che sia curata la salvaguardia dei rapporti con i principali partners commerciali ed il mantenimento dei livelli occupazionali; quindi si è affermato che il tribunale può autorizzare la cessione dell'azienda o di suoi rami nel corso della composizione negoziata a condizione che la stessa risponda, in prima analisi, all'interesse del ceto creditorio attraverso un raffronto con la presumibile soddisfazione dei medesimi creditori avuto riguardo allo scenario liquidatorio di matrice concorsuale, all'esito di un giudizio di non inferiorità della provvista generata dalla cessione dell'azienda in continuità in fase di composizione negoziata con il risultato astrattamente atteso dalla vendita endofallimentare dell'azienda in esercizio; oltre al suddetto giudizio prognostico, incentrato sulla comparazione tra due scenari connotati dal compimento o dal mancato compimento dell'atto da autorizzare, si è ritenuta necessaria la possibilità di verificare anche le stesse modalità di soddisfazione dei creditori con riguardo al progetto o al percorso di risanamento che il debitore intende intraprendere, che deve pertanto essere delineato nelle concrete modalità operative (con indicazione dello stato di avanzamento delle trattative in atto, delle modalità della ristrutturazione dell'esposizione debitoria e del grado di consenso dei creditori su quest'ultima) e che la cessione dell'azienda o del ramo d'azienda risulti coerente con il piano di risanamento delineato o prospettato per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'imprenditore e con gli strumenti di cui questi intenda avvalersi all'esito delle trattative.