

Al Presidente della Commissione Giustizia
del Senato
Senatore Andrea Ostellari
Al Presidente della Commissione Industria
del Senato
Senatore Gianni Pietro Girotto

A seguito della nostra richiesta di audizione, in rappresentanza del CESPEC (associazione che raccoglie circa duecento magistrati che si occupano della materia della crisi d'impresa e delle procedure esecutive), abbiamo ritenuto che possa essere utile per il lavoro della Commissione inviare una nota scritta contenente le modifiche al dl 24 agosto 2021, n. 118 recante "Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale", "Ulteriori misure urgenti in materia di giustizia" e "Disposizioni transitorie" che a nostro avviso sono necessarie per le ragioni succintamente illustrate in relazione a ciascuna proposta.

1)

Il dl 24 agosto 2021, n. 118 ha prorogato a maggio 2022 l'entrata in vigore del Codice ed al 31/12/2023 l'allerta, rinvio "compensato" dall'introduzione di un nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà: la composizione negoziale della crisi. Istituto che dovrebbe sostituire, di fatto, le procedure di allerta e composizione della crisi ritenute non adeguate perché le norme non consentirebbero quella necessaria gradualità nella gestione della crisi che è richiesta dalla situazione determinata dalla pandemia e rischierebbero di creare incertezze e dubbi applicativi in un momento in cui si invoca, da più parti, la massima stabilità nella individuazione delle regole. Gradualità nell'estensione e certezza nell'applicazione della regola giuridica che costituiscono obiettivi sicuramente condivisibili, ma che rischiano di essere vanificati a fronte della norma sui requisiti oggettivi d'accesso alla procedura contenuto nell'art. 2 comma 1. Il richiamo alle "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza", evidenzia la volontà di introdurre una procedura "omnicomprensiva" che abbracci tutte le possibili tipologie della crisi, da quella appena iniziale all'insolvenza conclamata, sia pur potenzialmente reversibile. Opzione che presenta numerosi profili problematici. Il decreto legge fa riferimento non soltanto allo squilibrio economico-finanziario, ma anche a quello patrimoniale, una sorta di probabilità di crisi, riferimento che rischia di innescare un numero assai elevato di segnalazioni ex art. 15 del d.l. Invero è facile prevedere che alla scelta "anticipatrice" del legislatore si sommerà un atteggiamento oltremodo prudente degli organi di controllo, posto che la tempestiva segnalazione può essere valutata ai fini dell'esonero o dell'attenuazione di responsabilità ex art. 2407 c.c. Il che determinerà a cascata un numero considerevole di accessi alla procedura, proprio quello che si voleva evitare con la messa da parte della procedura di allerta del Codice. Non minori perplessità suscita la possibilità di accesso alla procedura dell'imprenditore insolvente. Nel corso della procedura

l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (art. 9 c. 1) essendo tenuto, soltanto in caso di probabilità d'insolvenza, a gestire l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Formula che implica dei limiti assai "light" all'agire dell'imprenditore, ben lontani anche solo dalla gestione conservativa prevista dall'art.2486 cc prevista al verificarsi di una causa di scioglimento. Gestione che prescinde dalla tutela degli interessi dei creditori, che in caso d'insolvenza dovrebbero invece essere massimamente tutelati. Tutela assai flebile dato che, ad esempio, a fronte di un meccanismo di concessione di misure protettive semi automatico, il debitore rimane libero di effettuare i pagamenti con l'unica necessità di rapportarsi all'esperto per quanto concerne il compimento di atti di straordinaria amministrazione. Limiti ed obblighi ben diversi da quelli collegati al deposito della domanda ex art. 161 c. 6 l.fall. (obblighi informativi, vigilanza del commissario giudiziale, rilevanza degli atti di frode....). Senza tralasciare la considerazione che un massivo accesso alla composizione di imprenditori decotti, destinati al fallimento, getterebbe un'ombra negativa sulla procedura e quindi sull'intero intervento riformatore le cui sorti sono in gran parte affidate al buon esito della composizione negoziale della crisi. Un numero significativo di insuccessi, soprattutto nei primi mesi di applicazione, avrebbe inevitabilmente l'effetto di scoraggiare l'accesso all'istituto da parte degli imprenditori in crisi, non insolventi, già storicamente poco inclini a ricorrere autonomamente ad una procedura giudiziale o stragiudiziale che sia. In definitiva parrebbe necessario precisare e limitare il requisito d'accesso: la direttiva 1023/2019 rinvia alla legislazione degli Stati membri (art. 2,par. 2) per la definizione sia dello stato d'insolvenza che della "probabilità d'insolvenza". Probabilità d'insolvenza che coincide, in linea di massima, con la nozione di crisi offerta dal Codice (art. 2) che parrebbe essere la miglior soluzione per una corretta individuazione del requisito d'accesso alla procedura.

TESTO ATTUALE

Art. 19

Composizione della crisi

Art. 2.

Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

1. L'imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economicofinanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 3, commi 6, 7 e 8.

PROPOSTA DI MODIFICA

Art. 2.

Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

1. L'imprenditore commerciale e agricolo che si trova **in uno stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate;**

può chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa la nomina di un esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 3, commi 6, 7 e 8.

2)

Ai sensi dell'art. 5 comma 7 decorsi 180 giorni dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, se non è stata individuata una soluzione l'incarico si considera concluso. Soltanto se tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, l'incarico può continuare. Per tale ipotesi non è stato previsto un termine finale.

La disposizione rischia di creare incertezze interpretative in relazione all'individuazione delle parti il cui dissenso è ostativo alla prosecuzione dell'incarico dell'esperto. Appare opportuno precisare che si tratta dei creditori fattivamente interessati, quelli che hanno partecipato alla trattativa. E' altrettanto opportuno prevedere un termine finale che può essere fissato

TESTO ATTUALE

Art. 5.

Accesso alla composizione negoziata

e suo funzionamento

7. L'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1. L'incarico può proseguire quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli articoli 7 e 10. In caso di sostituzione dell'esperto o nell'ipotesi di cui all'articolo 13, comma 8, il termine di cui al primo periodo decorre dall'accettazione del primo esperto nominato.

PROPOSTA DI MODIFICA

7. L'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1. L'incarico può proseguire **per ulteriori centottanta giorni** quando **tutti i creditori che hanno partecipato alle trattative** lo richiedono e l'esperto vi acconsente, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli articoli 7 e 10. In caso di sostituzione dell'esperto o nell'ipotesi di cui all'articolo 13, comma 8, il termine di cui al primo periodo decorre dall'accettazione del primo esperto nominato.

3)

L'articolo 10 comma 1 lett. d) prevede la possibilità che il tribunale autorizzi l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560. L'effetto purgativo dei debiti, con l'eccezione dei diritti dei lavoratori di cui all'art. 2112 c.c., appare in stridente contrasto con la natura del procedimento, che pacificamente non apre il concorso dei creditori. L'effetto purgativo è proprio di una vendita coattiva giudiziale ed è infatti espressamente previsto dall'art. 105 l.fall. nell'ambito della liquidazione fallimentare. Inoltre nel caso in cui sui beni trasferiti vi siano diritti di prelazione, ovvero trascrizioni di pignoramenti o sequestri conservativi ovvero i beni fossero assoggettati ad ogni altro vincolo, non sarebbe possibile la loro "liberazione" non essendo ipotizzabile una qualche forma di decreto purgativo che preveda la cancellazione delle iscrizioni e/o trascrizioni pregiudizievoli.

TESTO ATTUALE

Art. 10.

Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti

d) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile; resta fermo l'articolo 2112 del codice civile.

PROPOSTA DI MODIFICA

d) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami

4)

La composizione negoziata può avere diversi sbocchi, enunciati dall'articolo 11.

Si affiancano alle soluzioni di tipo negoziale tutti gli strumenti disciplinati dalla legge fallimentare, compresi quelli introdotti dalle disposizioni contenute negli articoli da 20 a 23 che, intervenendo sulla stessa legge fallimentare, anticipano alcuni istituti disciplinati dal Codice della crisi d'impresa con alcune modifiche mirate ad agevolare e incentivare l'utilizzo dello strumento di composizione negoziata.

L'imprenditore entro sessanta giorni dalla ricezione, da parte dell'imprenditore, della relazione finale redatta dall'esperto indipendente può altresì accedere ad una nuova tipologia di concordato preventivo, denominato "concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio".

Si tratta di una procedura utilizzabile dal solo imprenditore che ha seguito il percorso sin qui descritto senza che le trattative abbiano portato ad una soluzione di tipo negoziale. In tal caso, presa consapevolezza del fatto che l'unica ipotesi percorribile è quella liquidatoria, può essere adito il tribunale con ricorso in cui si chiede l'omologazione di un concordato con cessione dei beni. Il procedimento è semplificato in quanto non prevede la nomina del commissario giudiziale per il controllo sulla veridicità dei dati contabili e, in generale, per tutte le verifiche prodromiche al giudizio di ammissibilità ed alla relazione di cui all'articolo 172 della legge fallimentare, non prevede la votazione dei creditori né una percentuale minima di soddisfacimento. Si tratta di un istituto fortemente premiale per il debitore, volto a scoraggiare atteggiamenti attendistici o peggio ostruzionistici dei creditori, che dovrebbe prevedere un presupposto d'accesso strettamente collegato all'accertamento da parte dell'esperto di un accordo praticabile e conveniente. La formulazione dell'articolo 11 non sembra prevedere presupposti, dato che la norma del primo comma sembra riferita alle sole parti, mentre il secondo comma prevede semplicemente che "L'imprenditore può in alternativa ed il primo comma dell'art. 18 prevede come presupposto semplicemente il fatto che l'esperto dichiarare che "le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili". Andrebbe quindi rimodulato il presupposto d'accesso, oggi limitato alla sola circostanza rappresentata dal fallimento delle trattative, precisando che il fallimento non è addebitabile al comportamento del debitore e che esisteva una concreta prospettiva di superamento della crisi, fattibile e conveniente per i creditori rispetto all'alternativa liquidatoria. L'eventuale immotivato rifiuto dei creditori a sottoscrivere un accordo conveniente giustifica poi la possibilità del ricorso ad un istituto premiale come il concordato semplificato dove è semplicemente richiesto che, ai fini dell'omologa, che la proposta non arrechi pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicuri un'utilità a ciascun creditore (art. 18 comma 5).

TESTO ATTUALE

Art. 18.

Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

1. Quando l'esperto nella relazione finale dichiara

che le trattative non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 5, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 161, secondo comma, lettere a) , b) , c) , d) , del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

PROPOSTA DI MODIFICA

Art. 18.

Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

1. Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che è stata individuata una soluzione **fattibile**, idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 2, comma 1, **conveniente per i creditori rispetto all'alternativa liquidatoria**, che le trattative non hanno avuto esito positivo, **che il debitore durante le trattative si comportato secondo buona fede e correttezza** e che le soluzioni di cui all'articolo 11, commi 1 e 2, non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 5, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 161, secondo comma, lettere a) , b) , c) , d) , del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267.

5)

Art. 18 – c. 4 – L'incipit “Con il medesimo decreto il tribunale ordina ...” sembrerebbe indicare che si tratti dello stesso decreto di cui al comma precedente e quindi quello di nomina dell'ausiliario, visto che non ce ne sono altri espressamente previsti. Non è però evidentemente possibile perché il decreto del comma 4 dispone la comunicazione ai creditori anche del parere dell'esperto che ovviamente viene dopo la nomina e l'accettazione.

Quindi “Il medesimo decreto” non può che essere quello con cui si fissa l'udienza di cui invece non c'è traccia nell'articolo.

E' allora necessario prevedere all'inizio del comma 4 una disposizione che preveda un decreto di fissazione dell'udienza di omologa. E' necessario prevedere la fissazione dell'udienza al comma 4 in quanto il comma 8 dispone che “Ai fini di cui all'articolo 173, primo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, il decreto di cui al comma 4 equivale all'ammissione al concordato” e un simile valore non pare poter avere il mero decreto di nomina dell'ausiliario anche se viene emesso dopo la valutazione della ritualità di cui al c. 3.

TESTO ATTUALE

Art. 18.

Concordato semplificato per la liquidazione del Patrimonio

4. Con il medesimo decreto il tribunale ordina che

la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c) , ove possibile a mezzo posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e fissa la data dell'udienza per l'omologazione. Tra il giorno della comunicazione del provvedimento e quello dell'udienza di omologazione devono decorrere non meno di trenta giorni. I creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata.

PROPOSTA DI MODIFICA

Art. 18.

Concordato semplificato per la liquidazione del Patrimonio

4. Il tribunale fissa con decreto l'udienza di omologazione.

Con il medesimo decreto il tribunale ordina che la proposta, unitamente al parere dell'ausiliario e alla relazione finale dell'esperto, venga comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'articolo 5, comma 3, lettera c) , ove possibile a mezzo posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione e fissa la data dell'udienza per l'omologazione. Tra il giorno della comunicazione del provvedimento e quello dell'udienza di omologazione devono decorrere non meno di trenta giorni. I creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata

6)

Il dl 24 agosto 2021, n. 118 contiene anche alcune modifiche all'attuale legge fallimentare, modifiche che, a differenza della gran parte del restante corpo dell'intervento legislativo, sono già in vigore dal 25 agosto. Si tratta per lo più di anticipazioni di istituti del codice della crisi, di norme ritenute urgenti in ragione della pandemia e dei suoi effetti sull'economia. L'articolo 20 lettera e) sostituisce l'articolo 182-septies l.fall., anticipando la disciplina degli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa prevista dal codice della crisi di impresa. E' stato precisato che gli effetti dell'accordo possono essere estesi ai non aderenti soltanto ove essi risultino soddisfatti in misura superiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Formula generica che ha sostituito il

preciso riferimento alla liquidazione giudiziale contenuto nella norma del Codice. Modifica che appare poco opportuna sia per le inevitabili incertezze interpretative che potrà determinare, sia perché pone una incomprensibile differenziazione con l'accordo di ristrutturazione coattivo con l'amministrazione finanziaria che prevede una valutazione di convenienza rispetto "all'alternativa liquidatoria".

TESTO ATTUALE

Art. 20.

*Modifiche urgenti al regio decreto
16 marzo 1942, n. 267*

e) l'articolo 182 -*septies* è sostituito dal seguente:

d) i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili;

PROPOSTA DI MODIFICA

Art. 20.

*Modifiche urgenti al regio decreto
16 marzo 1942, n. 267*

e) l'articolo 182 -*septies* è sostituito dal seguente:

d) i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto **all'alternativa liquidatoria**.

7)

Da ultimo va sottolineato come non sia stata riprodotta la norma di cui al comma 3 dell'art. 182-*septies* che prevedeva la possibilità di non tener conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche nei novanta giorni precedenti la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. Norma che riprendeva, in sostanza, quanto previsto dall'art. 168 comma 3 l.fall. per il concordato preventivo, la cui eliminazione appare ben poco comprensibile in un quadro volto alla valorizzazione ed all'estensione degli ambiti applicativi dell'istituto. Si propone quindi di introdurre un ultimo comma all'art. 182 *septies*, così come modificato dall'art. 20 lett. e) del d.l. 118/2021

TESTO ATTUALE

PROPOSTA DI MODIFICA

Ai fini dell'accordo non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

Sperando di aver offerto un utile contributo porgiamo distinti saluti

Milano, 20-9-2021

Roberto Fontana

Giovanni B. Nardecchia

(Sost. Procuratore della Repubblica di Milano) (Sost. Procuratore Generale presso la Corte
Di Cassazione)

