



GIUSEPPE MICCOLIS

La collocazione della composizione negoziata tra gli strumenti di soluzione negoziale della crisi di impresa alla luce del d.l. 118/2021

1. Premessa.

Il d.l. 24 agosto 2021, n. 118 conv. in l. 21 ottobre 2021, n. 147 ha introdotto un inedito strumento operativo per la soluzione negoziale della crisi di impresa denominato “composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa”. L’intervento normativo, inoltre, ha, vuoi direttamente, vuoi per il tramite della modifica della legge fallimentare attualmente vigente, inciso sugli strumenti esistenti, creandone anche dei nuovi, soprattutto quale esito premiale della composizione negoziata. Ciò non solo per rendere più appetibile l’accesso a questa, ma anche per anticipare il “vento nuovo” della riforma allorché entrerà (prossimamente) in vigore il codice della crisi di impresa e dell’insolvenza (CCII), approvato con d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Infatti, molte modifiche, soprattutto quelle introdotte con l’art. 20, sono delle vere e proprie anticipazioni della disciplina contenuta nel CCII.

Appare, quindi, legittimo domandarsi se, nell’imminenza dell’entrata in vigore del nuovo codice delle crisi di impresa e dell’insolvenza, si sentiva il bisogno e soprattutto l’urgenza, considerati, peraltro, gli sviluppi in questo settore compiuti negli ultimi anni dalla legge fallimentare, del nuovo strumento della composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa e delle modifiche alla legge fallimentare. Occorre, quindi, preliminarmente comprendere quale siano le particolarità di questo nuovo strumento rispetto a quelli esistenti e che si preannunciano con l’entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell’insolvenza.

Sino alla riforma del triennio 2005/2007, oltre al concordato preventivo, finalizzato, come è noto, alla soluzione della crisi di impresa, per il tramite di un piano approvato dalla maggioranza dei creditori, e al fallimento, finalizzato alla soluzione giudiziale/liquidatoria dell’impresa insolvente¹, vi era la soluzione *soft* dell’amministrazione controllata. Essa consisteva sostanzialmente nella concessione, all’imprenditore meritevole, di una semplice moratoria dei pagamenti per una durata massima di due anni, assoggetta all’approvazione della maggioranza dei creditori, sotto il controllo dell’autorità giudiziaria, tramite il commissario nominato dal tribunale. Se poi l’impresa, come quasi sempre accadeva, al termine del biennio di moratoria, non riusciva a risanarsi, le soluzioni erano sempre le prime due (concordato preventivo o fallimento, semmai prima uno e poi l’altro).

Il legislatore, con il d.l. 14 marzo 2005 n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, ha avviato la riforma del diritto fallimentare, introducendo anche una legge delega, concretatasi con i dd.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5 e 12 settembre 2007 n. 169. Con essa, il legislatore ha, da un lato, abrogato l’amministrazione controllata (art. 147 d.lgs. n. 5 del 2006), dall’altro, iniziato ad introdurre nella legge fallimentare alcuni strumenti per la soluzione concordata della crisi di impresa, che, però, a differenza del concordato preventivo, non hanno una efficacia vincolante nei confronti dei creditori dissenzienti, se non per una temporanea moratoria prevista in caso di accordo di ristrutturazione omologato.

Nel corso degli anni questi strumenti hanno subito varie integrazioni e modifiche, tanto da perdere in alcune varianti la caratteristica fondamentale di costituire uno strumento di soluzione negoziale della crisi non vincolante per i creditori non aderenti all’accordo, avvicinandosi, così, al concordato preventivo.

¹ Sulla distinzione tra “stato di crisi” e “stato di insolvenza” delle aziende sono stati “gettati fiumi di inchiostro”. Senza entrare nello specifico, considerando le novità introdotte dal CCII in tema di fallimento e concordato liquidatorio / liquidazione giudiziale, la macro-distinzione dovrebbe essere quella che nel primo caso l’azienda, con gli strumenti previsti dalla normativa, potrebbe risanarsi e riprendere il cammino, nel secondo caso non vi è alcuna alternativa rispetto alla liquidazione e chiusura dell’attività. Infatti, prima del CCII questa logica ed elementare macro-distinzione non riusciva a giustificare la distinzione tra concordato liquidatorio e fallimento.



2. Cenni sugli strumenti di soluzione negoziata della crisi diversi dal concordato preventivo. A) Prima del d.l. 118/2021.

a) Il piano attestato. Il d.l. 14 marzo 2005 n. 35 ha riscritto l'art. 67, il cui comma 3, lett. *d*) ha introdotto il piano di risanamento corredato dalla relazione di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. In realtà la legge fallimentare non colloca questo tra gli strumenti di soluzione negoziata della crisi, ma lo prevede al solo fine di affrancare dall'azione revocatoria gli atti in esecuzione di tale piano, in caso di successivo fallimento dell'imprenditore. Ciononostante, l'accordo con i creditori, o quanto meno con alcuni di essi, costituisce quasi sempre (se non sempre) il presupposto della fattibilità del piano attestato di risanamento della crisi.

Tanto è vero che il legislatore, valorizzando, anche per l'esperienza acquisita in questi anni, la "potenzialità" del "piano attestato" di costituire anche (e soprattutto) uno strumento negoziale (ossia concordato con i creditori più rilevanti) di soluzione stragiudiziale della crisi di impresa, nel CCII lo ha razionalmente collocato nella sezione intitolata "strumenti negoziali stragiudiziali", il cui art. 56 è appunto intitolato "accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento", mentre con l'art. 166, comma 3, lett. *d*), all'interno della sezione intitolata "effetti della liquidazione giudiziale sugli atti pregiudizievoli ai creditori", equivalente dell'attuale art. 67, comma 3, lett. *d*) l.f., ha previsto che siano irrevocabili, espressamente anche con riferimento all'azione revocatoria ordinaria, «*gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato di cui all'art. 56 ... e in esso indicati*»,

Sulla stessa linea tracciata dal CCII si colloca la variante introdotta, come si vedrà, con l'art. 11, comma 1, lett. *c*) d.l. 118/2021, quale esito fruttuoso della composizione negoziata.

In realtà, il "piano attestato", pur in assenza di qualsiasi accordo con i creditori, potrebbe avere la sua utilità nell'ipotesi in cui esso costituisca, non già uno strumento per la soluzione della crisi di impresa, bensì una sorta di certificazione in ordine alla insussistenza del rischio *default* che l'imprenditore, semmai *border line*, rilascia al suo interlocutore (acquirente, creditore, ecc.) a garanzia della stabilità dell'operazione da realizzare (vendita di un cespite, pagamento di un credito, acquisizione di una garanzia reale, ecc.). In tale prospettiva, la legge fallimentare colloca correttamente la disciplina del "piano attestato" (solo) nella sezione dedicata agli "effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori".

b) L'accordo di ristrutturazione. Sempre il d.l. n. 35/2005 ha introdotto l'art. 182 *bis* che disciplina l'accordo di ristrutturazione, assoggettato ad omologazione del tribunale, previa relazione del professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la attuabilità dell'accordo, soprattutto con riferimento all'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo medesimo. Tale strumento ha una limitatissima efficacia nei confronti dei creditori non aderenti all'accordo, consistente nella moratoria di 120 gg. dalla omologazione dell'accordo o dalla scadenza del termine per il pagamento, se questa è successiva alla omologazione.

b₁ L'art. 182 *bis*, comma 3, introdotto dal d.lgs. n. 169/2007, prevede il divieto per i creditori di promuovere o proseguire azioni cautelari o esecutive (*automatic stay*)² dal momento in cui l'accordo è pubblicato nel registro delle imprese. Il d.l. 31 maggio 2010, n. 78 (conv. l. 30 luglio 2010, n. 122) ha introdotto (art. 48, comma 2) i commi 6, 7 e 8 all'art. 182 *bis*, in virtù dei quali tale divieto può decorrere sin dalla fase delle trattative con i creditori. In virtù di questa disciplina l'imprenditore deve fare richiesta al tribunale delle misure protettive, depositando la proposta di accordo corredata dalla dichiarazione dell'imprenditore avente valore di autocertificazione che pendono trattative con almeno il sessanta per cento dei creditori e dalla dichiarazione del professionista indipendente in ordine alla idoneità della proposta, in caso di accettazione, ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori non aderenti, ossia con i quali non sono in corso trattative o che hanno negato la propria disponibilità a trattare. Le misure protettive decorrono dalla pubblicazione nel registro delle

² Su tale istituto dai molteplici aspetti che oggi spaziano dal divieto automatico e per tutta la durata della procedura, al divieto automatico, ma soggetto a conferma da parte del tribunale, sino al divieto solo se preventivamente autorizzato dal tribunale, fatta salva la eventuale successiva revoca del provvedimento autorizzativo, v. la monografia di V. BARONCINI, *Inibitorie delle azioni dei creditori e automatic stay*, Torino, 2017, 3 ss.



imprese della suddetta richiesta, ma vengono disposte dal tribunale, con decreto reclamabile, previa instaurazione del contraddittorio con i creditori e verifica della documentazione prodotta.

b₂ Anche per il concordato preventivo il legislatore ha previsto l'anticipazione delle misure protettive. Il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. l. 7 agosto 2012, n. 134, ha introdotto all'art. 161 i commi 6, 7, 8, 9 e 10. In virtù di queste disposizioni, l'imprenditore può depositare, unitamente ai documenti indicati dal comma 6, una domanda, anzi una prenotazione, di concordato preventivo (detto "in bianco" o "con riserva" o "prenotativo"), avente ad oggetto la richiesta di un termine per il deposito del piano, della proposta ai creditori corredata con gli altri documenti previsti dai commi 2 e 3, tra i quali la relazione del professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali nonché la fattibilità del piano. A differenza della istanza di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l'istanza *ex art.* 161, comma 6, non necessita della relazione attestata del professionista indipendente; inoltre con quest'ultimo strumento, applicandosi l'art. 168 l.f., a differenza di quello disciplinato dall'art. 182 *bis*, commi 6, 7 e 8, le misure protettive, efficaci automaticamente dalla pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, anche al fine di neutralizzare l'eventuale procedura prefallimentare pendente, non devono essere immediatamente dopo "confermate" dal tribunale. Considerato, poi, che l'istanza *ex art.* 161, comma 6, offre all'imprenditore la doppia possibilità (ossia depositare entro la scadenza del termine il piano e la proposta concordataria o accordo di ristrutturazione), è facile intuire che questo strumento ha reso pressoché inutilizzato quello disciplinato dall'art. 182 *bis*, commi 6, 7 e 8.

b₃ L'art. 9, comma 5 *bis*, d.l. 8 aprile 2020, n. 23, conv. l. 5 giugno 2020 n. 40, nell'ambito della legislazione emergenziale per la crisi sanitaria in atto, ha previsto sino al 31.12.2021, prorogato al 31.12.2022 dal d.l. 118/2021 (art. 21), la facoltà di convertire il concordato preventivo "con riserva", ai sensi dell'art. 161, comma 6, o la domanda per l'ottenimento delle misure di protezione prodromiche all'accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis*, commi 6 e 7, in piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *d*)³. In realtà, più che una "conversione", la disciplina prevede espressamente che il tribunale dichiari l'improcedibilità della domanda di concordato con riserva o di accordo di ristrutturazione *in itinere*, previa istanza di rinuncia del debitore e pubblicazione nel registro delle imprese del piano di risanamento con tutta la documentazione di corredo ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *d*), senza alcun prolungamento delle misure di protezione nella fase successiva.

Questa disposizione ha la funzione di offrire all'imprenditore l'opportunità di predisporre un piano attestato di risanamento della crisi di impresa con l'accordo stragiudiziale dei creditori (o di alcuni di essi), beneficiando delle misure protettive nella fase *in itinere*, durante le trattative.

Essa conferma, comunque, l'orientamento consolidato⁴, che consente, senza alcun pregiudizio, se non, appunto, quello del venire meno delle misure di protezione e del congelamento, nel solo caso del ricorso *ex art.* 161, sesto comma, della eventuale procedura prefallimentare, all'imprenditore di rinunciare alla domanda di concordato preventivo in bianco e a quella di accordo di ristrutturazione *in itinere*. In quest'ultima ipotesi, anche prescindendo dall'art. 9, comma 5 *bis*, d.l. 23/2020, nulla esclude che l'imprenditore prima, contestualmente o dopo la dichiarazione di improcedibilità da parte del tribunale della domanda di concordato con riserva o *ex art.* 182 *bis*, comma 6, depositi nel registro delle imprese un piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3 lett. *d*), l.f.

c) L'art. 9, comma 1, d.l. n. 27 giugno 2015 n. 83, convertito in l. 6 agosto 2015 n. 132, ha introdotto l'art. 182 *septies*, la cui prima parte disciplina l'inedito accordo di ristrutturazione con banche e altri intermediari finanziari

³ La norma dispone che «Il debitore che, entro la data del 31 dicembre 2021, ha ottenuto la concessione dei termini di cui all'articolo 161, sesto comma, o all'articolo 182-bis, settimo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, può, entro i suddetti termini, depositare un atto di rinuncia alla procedura, dichiarando di avere predisposto un piano di risanamento ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, pubblicato nel registro delle imprese, e depositando la documentazione relativa alla pubblicazione medesima. Il tribunale, verificate la completezza e la regolarità della documentazione, dichiara l'improcedibilità del ricorso presentato ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, o dell'articolo 182-bis, settimo comma, del citato regio decreto n. 267 del 1942».

⁴ Ribadita da Cass., 10 ottobre 2019, n. 25479.



con efficacia *ultra partes*. In virtù di questa disciplina, qualora i crediti di banche o di altri intermediari finanziari siano superiori al 50% dell'indebitamento complessivo, l'accordo di ristrutturazione, approvato dai creditori di tale categoria che rappresentano almeno il 75% dei crediti, si estende, previ gli adempimenti e la sussistenza dei presupposti indicati dalla norma, ai creditori dissenzienti della medesima omogenea categoria.

d) La seconda parte dell'art. 182 *septies* disciplina l'accordo di moratoria con banche e altri intermediari finanziari ad efficacia *ultra partes*. In virtù di questa disposizione, la «convenzione diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi attraverso una moratoria dei crediti nei confronti di una o più banche o intermediari finanziari» che rappresentano complessivamente almeno il 75% dei crediti della categoria, si estende anche alle banche o altri intermediari finanziari dissenzienti o comunque esterni all'accordo di moratoria appartenenti alla medesima categoria, sempre che il professionista indipendente indicato dall'art. 67, comma 3, lett. *d*), l.f. ne attesti l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici. Questo strumento ricorda lontanamente l'amministrazione controllata abrogata, come detto, nel 2006.

3. Segue. B) dopo il d.l. 118/2021. La funzione del d.l. 118/2021 è quella di agevolare la soluzione negoziale della crisi di impresa. Il *core business*, come è noto, è costituito dalla procedura di composizione negoziata.

Ciononostante, il d.l. ha anche inciso direttamente sugli strumenti di soluzione negoziale della crisi di impresa modificandoli, integrandoli e, addirittura, creandone dei nuovi.

In tale contesto, il d.l. 118/2021 ha, con l'art. 20, anticipato l'entrata in vigore di alcune novità contenute nel d.lgs. n. 14/2019, con particolare riferimento agli accordi di ristrutturazione e alle convenzioni di moratoria. Sennonché, tale operazione è avvenuta, non già mediante una mera anticipazione del termine di entrata in vigore (o meglio, mediante il mancato rinvio previsto dall'art. 1 d.l. 118/2021) della Parte prima, Titolo IV, Capo I, Sezione II del CCII, bensì modificando e integrando la legge fallimentare attualmente in vigore, affinché le disposizioni abbiano, appunto, il medesimo contenuto degli artt. 57 ss. CCII (in particolare degli artt. 59, 60, 61 e 62).

Ma non solo. L'art. 11 disciplina le attività all'esito della composizione negoziata. I commi 1 e 2 prevedono l'ipotesi che la composizione negoziata abbia esito positivo, ossia l'imprenditore acceda ad uno degli strumenti di soluzione negoziale della crisi in precedenza indicati, semmai con le varianti premiali proprio per avere intrapreso tale percorso con esito positivo, ovvero ad uno strumento inedito introdotto dallo stesso d.l. Il comma 3 prevede, invece, l'ipotesi che la composizione negoziata non dia esito fruttuoso. Anche in questo caso, però, il d.l. prevede una inedita premialità alternativa al fallimento/liquidazione giudiziale per l'imprenditore meritevole.

Le novità introdotte dall'art. 20 che rilevano in questa sede sono, in rapida rassegna, le seguenti.

a) Dall'art. 182 *septies* (art. 61 CCII) è stata espunta la seconda parte relativa alla convenzione di moratoria. Per quanto riguarda la prima parte, quanto previsto in tema di accordo di ristrutturazione con le banche o altri intermediari finanziari (l'estensione dell'efficacia dell'accordo approvato da almeno il 75% dei creditori di questa categoria anche ai creditori dissenzienti appartenenti alla medesima categoria) è stato esteso, nel solo caso di continuità aziendale diretta o indiretta, ai creditori di tutte le categorie.

Nel caso in cui la categoria sia quella delle banche e degli altri intermediari finanziari, sempre che i crediti non siano inferiori al 50% dei complessivi, questa disciplina si applica anche in caso di accordo di ristrutturazione con liquidazione del patrimonio.

b) La parte relativa alla convenzione di moratoria con le banche o altri intermediari finanziari espunta, come detto, dall'art. 182 *septies*, è stata appostata nel nuovo art. 182 *octies* (art. 62 CCII) ed estesa a tutti i creditori, nel senso che essa si applica anche ai creditori non bancari, né intermediari finanziari non aderenti all'accordo di moratoria, purché appartenenti alla medesima categoria dei creditori aderenti per il 75% dei crediti.

c) È stato introdotto l'art. 182 *novies* (art. 60 CCII) che prevede l'accordo di ristrutturazione agevolato, in virtù del quale l'imprenditore, che rinunci alla moratoria prevista dall'art. 182 *bis*, comma 1, lett. *a*) e *b*) nei confronti dei creditori dissenzienti, non abbia proposto domanda di concordato "con riserva" (161, comma 6, l.f.), né



abbia richiesto l'anticipazione delle misure di protezione sulla base della proposta di accordo di ristrutturazione *in itinere* (182 *bis*, comma 6, l.f.), può chiedere l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione con l'adesione dei creditori che rappresentano soltanto il 30% dei crediti complessivi. L'accordo di ristrutturazione agevolato può, invece, essere omologato qualora sia l'esito fruttuoso della composizione negoziata, come previsto dall'art. 11, comma 2, d.l. 118/2021.

d) Un particolare rilievo merita anche la precisazione contenuta nell'art. 182 *decies* l.f. (art. 59 CCII), introdotto sempre dall'art. 20 d.l. 118/2021, in virtù del quale gli effetti dell'accordo di ristrutturazione (ossia l'eventuale esdebitazione prevista dall'accordo medesimo) si estende anche ai garanti e fideiussori ai sensi dell'art. 1239 (e 1301, comma 1) c.c.

Le varianti premiali e gli strumenti inediti introdotti dal d.l. 118/2021 sono, in rapida rassegna, i seguenti.

e) L'art. 11, comma 1, lett. *a)* prevede la possibilità di concludere un contratto con uno o più creditori che abbia gli effetti premiali previsti dall'art. 14, purché dalla relazione dell'esperto prevista dall'art. 5 risulti che tale accordo sia idoneo ad assicurare la continuità aziendale per almeno due anni.

f) L'art. 11, comma 1, lett. *c)* prevede che la composizione negoziata possa concludersi con un accordo stragiudiziale sottoscritto dal debitore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d)* l.f. La premialità per avere portato a termine efficacemente il percorso tracciato dalla composizione negoziata, che, appunto, differenzia questo inedito strumento dal piano attestato di cui all'art. 67, comma 3, lett. *d)* l.f. o, ancora meglio, dall'accordo in esecuzione del piano attestato di risanamento di cui all'art. 56 CCII, consiste nel fatto che la sottoscrizione dell'esperto è sostitutiva della relazione del professionista indipendente che attesta la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità economica del piano.

Il legislatore ha, però, previsto, con l'art. 11, comma 3, lett. *a)*, d.l. 118/2021, anche l'ipotesi in cui l'imprenditore predisponga un piano attestato di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *d)*. Questa, stante appunto la soluzione tracciata dal comma 1, lett. *c)* prima indicata, presuppone un piano attestato di risanamento senza accordo con i creditori (o, quanto meno, con alcuni di essi). Appare inverosimile che l'imprenditore, in una situazione di crisi tale da indurlo ad avviare un percorso di composizione negoziata con i creditori, all'esito infruttuoso di questa, ripieghi per un semplice piano attestato di risanamento senza accordo con i creditori o alcuni di essi, salvo che, nel corso del procedimento si sia verificato "un miracolo" che abbia consentito il risanamento dell'azienda, anche senza l'accordo con i creditori.

g) Come si è visto alla precedente lett. *a)*, in virtù dell'art. 182 *septies* l.f., modificato, dall'art. 20 d.l. 118/2021, l'accordo di ristrutturazione in funzione della continuità aziendale, se approvato dai creditori che rappresentano almeno il 75% dei crediti, ha efficacia anche nei confronti dei creditori che non hanno aderito all'accordo, purché appartenenti alla medesima categoria di quelli che l'hanno approvato con tale maggioranza; per i creditori della categoria banche e altri intermediari finanziari, qualora i crediti appartenenti a tale categoria complessivamente superino il 50% dei crediti complessivi, tale efficacia *ultra partes* nei confronti dei creditori dissenzienti opera anche in caso di accordo per la liquidazione del patrimonio.

L'art. 11, comma 2, d.l. 118/2021, prevede che, in tali ipotesi, qualora il raggiungimento dell'accordo sia l'esito della composizione negoziata della crisi, come attestato dalla relazione dell'esperto, la percentuale del 75% è ridotta al 60%.

Questa costituisce una evidente misura premiale per l'imprenditore che affronta la crisi dell'impresa con la composizione negoziata.

h) Nel caso in cui la composizione negoziata dia esito negativo, nel senso che non si riesca a chiudere con una delle soluzioni indicate dall'art. 11, commi 1 e 2, d.l. 118/2021, l'alternativa liquidatoria alle soluzioni di cui al comma 3 lett. *c)* dell'art. 11, ossia al concordato preventivo liquidatorio o al fallimento (o equivalente quali liquidazione coatta o amministrazione straordinaria) o, dopo l'entrata in vigore del CCII, alla liquidazione giudiziale (o equivalente), è quella indicata dall'art. 11, comma 3, lett. *b)* dell'inedito concordato preventivo semplificato con cessione dei beni ai creditori, introdotto dall'art. 18 d.l. 118/2021. Questo è un concordato preventivo liquidatorio *sui generis* in quanto prescinde del tutto dal voto dei creditori e ne assoggetta



l'ammissibilità solo a determinati presupposti, tra i quali il preventivo accesso alla composizione negoziata, l'esito negativo di questa certificato dall'esperto e la meritevolezza del debitore.

4. Rimodulazione della tradizionale classificazione tra accordo di ristrutturazione, concordato preventivo e fallimento. Sino a ieri, gli strumenti negoziali di soluzione della crisi di impresa si distinguevano rispetto allo strumento del concordato preventivo, non per l'elemento negoziale, che, invece, caratterizza tutti questi strumenti, compreso il concordato preventivo, differenziandoli dal fallimento, ma per l'efficacia dello strumento negoziale nei confronti dei creditori terzi o dissenzienti. Infatti, come è a tutti noto, il concordato preventivo, approvato dalla maggioranza dei creditori e omologato dal tribunale, ai sensi dell'art. 184 l.f., è obbligatorio anche nei confronti dei creditori dissenzienti; l'accordo di ristrutturazione, il "piano attestato" ai sensi dell'art. 67, comma 3 lett. d), l.f. e, domani, l'accordo in esecuzione di piano attestato di risanamento di cui all'art. 56 CCII, la variante dell'accordo stragiudiziale in esecuzione del piano di risanamento previsto dall'art. 11, comma 1, lett. c), d.l. 118/2021, hanno efficacia solo nei confronti dei partecipanti all'accordo medesimo. Solo per l'accordo di ristrutturazione, questo, nei confronti dei creditori al medesimo estranei, ha il limitatissimo effetto della moratoria di quattro mesi dalla omologazione o, se a questa successiva, dalla scadenza del termine per il pagamento.

Come si è visto, dal 2015 in poi, invece, alcuni accordi di ristrutturazione omologati e le convenzioni di moratoria, in presenza di determinati presupposti, possono vincolare anche i creditori dissenzienti. Questi strumenti con effetti *ultra partes*, prescindendo dalla struttura, nella sostanza appaiono più vicini al concordato preventivo, ancorché con maggioranze ben diverse, per l'approvazione dei creditori.

Nella stessa direzione è indirizzata la variante di concordato preventivo, definito "semplificato", con cessione dei beni ai creditori, introdotta dall'art. 18 d.l. 118/2021, quale epilogo liquidatorio del patrimonio del debitore in caso di infruttuosa composizione negoziata della crisi, in alternativa al fallimento/liquidazione giudiziale. Questa variante di concordato preventivo, infatti, non ha natura negoziale. Nonostante il nome, esso è uno strumento molto più simile al fallimento di quanto lo sia all'odierno concordato preventivo liquidatorio.

Il concordato preventivo semplificato (ma in realtà coattivo) per la liquidazione del patrimonio del debitore prescinde del tutto dall'approvazione da parte della maggioranza dei creditori del piano e della proposta concordataria. Se omologato, il piano di liquidazione è comunque efficace nei confronti di tutti i creditori. L'opposizione a cui questi sono legittimati, fondata per fare valere la non sussistenza dei presupposti di ammissibilità (tra i quali vi è la convenienza rispetto al fallimento, oltre alla meritevolezza del debitore), non può certamente essere considerata un sostitutivo del voto nel concordato preventivo tradizionale. Del resto, anche se tutti i creditori si opponessero (o almeno la maggioranza di essi) non sarebbe escluso che il concordato preventivo semplificato sia ugualmente omologato dal tribunale sussistendone i presupposti.

5. Cenni sulla disciplina delle misure protettive negli strumenti di soluzione negoziale della crisi di impresa. Un criterio distintivo rilevante tra le varie fattispecie di soluzione negoziale della crisi di impresa è determinato dalla disciplina delle misure di protezione, ossia dalla disciplina che prevede l'inibitoria delle iniziative (esecutive o cautelari), a tutela della garanzia patrimoniale, dei creditori o la sospensione dei procedimenti già avviati.

Giova considerare che le misure protettive sono una caratteristica essenziale delle procedure concorsuali a garanzia della *par condicio* dei creditori. Infatti, queste le troviamo innanzi tutto nelle procedure concorsuali liquidatorie (concordato preventivo liquidatorio/fallimento/liquidazione giudiziale). In queste, le misure sono previste esclusivamente a tutela della massa dei creditori ed operano automaticamente all'apertura della procedura (art. 51, comma 1, l.f. e 150 CCII).

Le misure protettive a garanzia della *par condicio* dei creditori sono previste anche nelle procedure concorsuali negoziali avviate dal debitore. Sennonché in queste procedure, il rischio che le misure protettive costituiscano l'unica ragione per la quale il debitore avvia la procedura concorsuale, al fine di prolungare l'"agonia", ha indotto il legislatore, ad introdurre alcuni limiti all'automatismo dettato dalla disciplina, sostanzialmente identica a quella



prevista per il fallimento dall'art. 51 l.f.⁵, posta dall'art. 168 l.f., applicabile non solo al concordato preventivo liquidatorio, ma anche al concordato preventivo in continuità aziendale e, soprattutto, al concordato c.d. "con riserva" o "in bianco" promosso ai sensi dell'art. 161, comma, 6, l.f.

Sicché il legislatore ha iniziato a subordinare le misure protettive, oltre che alla istanza del debitore, al controllo del tribunale, che interviene o per autorizzarle o per confermarle, con potere anche di revoca, nonché a limitarle nel tempo.

(i) Piano attestato. Nel caso in cui l'imprenditore affidi il risanamento ad un piano attestato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lettera *d*), l.f., la disciplina non prevede alcuna misura di protezione. Ne consegue che i creditori di questo sono liberi di avviare tutte le iniziative a tutela della garanzia patrimoniale. Ecco perché il preventivo accordo con essi (o quanto meno con quelli più aggressivi) costituisce un presupposto ineludibile della fattibilità del piano medesimo.

Nella variante prevista dall'art. 11, comma 3, lett. *a*), d.l. 118/2021, poiché il presupposto è sempre l'esito fruttuoso della composizione negoziata, l'imprenditore beneficia, durante le trattative, delle misure protettive previste dagli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021, mentre successivamente all'accordo, da quanto ivi opportunamente pattuito.

(ii) Convenzione di moratoria. Anche nella convenzione di moratoria, di cui all'art. 182 *octies* l.f., la misura protettiva, ossia la sospensione delle azioni esecutive e cautelari, si muove esclusivamente sul piano negoziale; anzi essa è proprio l'oggetto della convenzione, che, come si è visto, se approvata da almeno il 75% dei creditori di una medesima categoria, qualora ne sussistano i presupposti, estende i propri effetti anche ai creditori non partecipanti alla convenzione appartenenti alla medesima categoria.

(iii) Accordo di ristrutturazione. L'art 182 *bis*, comma 3, l.f. prevede l'*automatic stay*, ossia, a decorrere dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese e per sessanta giorni, l'automatica inibizione ai creditori per titolo e causa anteriori all'accordo a promuovere o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore.

La misura di protezione esplica i suoi effetti nei confronti dei creditori non partecipanti all'accordo, giacché per quelli partecipanti dovrebbe operare, appunto, l'accordo, con le prescrizioni ivi contenute, tra le quali vi deve necessariamente essere la moratoria per le azioni esecutive e cautelari. Le misure di protezione hanno durata sessanta giorni dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese. Ne consegue che l'accordo di ristrutturazione deve essere omologato entro tale termine; dopo l'omologazione, la moratoria nei confronti dei creditori dissenzienti o comunque non partecipanti all'accordo è prevista non più dal comma 3, bensì dal comma 1, lett. *a*) e *b*), per la durata di quattro mesi dalla omologazione o, se successiva ad essa, dalla scadenza del termine per il pagamento.

Dalla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese è, altresì, inibito ai creditori acquisire titoli di prelazione se non concordati, mentre, pur essendo richiamata la disciplina dettata dal comma 2 dell'art. 168 l.f., non è richiamata quella prevista dal comma 3, in virtù della quale, per il concordato preventivo, sono inefficaci nei confronti dei creditori anteriori al concordato le ipoteche iscritte nei novanta giorni antecedenti la pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

Nessuna tutela del debitore è prevista in caso di contemporanea pendenza di una procedura prefallimentare.

(iv) Accordo di ristrutturazione in itinere. Ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 6, durante le trattative e prima dell'accordo, l'imprenditore può chiedere al tribunale l'anticipazione dell'applicazione delle misure di cui al comma 3, in precedenza indicate, sin dalla pubblicazione della istanza di sospensione nel registro delle imprese. In tale caso, il tribunale, in contraddittorio con i creditori (comma 7), verificata la sussistenza dei presupposti per tale anticipazione e la regolarità della documentazione prodotta dispone, ma in realtà conferma, con

⁵ Anzi il divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive, mentre per il fallimento è derogato in caso di espropriazione immobiliare per credito fondiario, per il concordato preventivo non ha deroghe. Infatti, l'art. 41, comma 2, T.U.B., non estensibile al concordato preventivo, stante l'eccezionalità della deroga, dispone che «l'azione esecutiva sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari può essere iniziata o seguita dalla banca anche dopo la dichiarazione di fallimento».



ordinanza le misure di protezione già operanti dalla pubblicazione dell'istanza nel registro delle imprese, con termine di sessanta giorni per depositare l'accordo di ristrutturazione, dalla cui pubblicazione nel registro delle imprese decorrono le misure di protezione previste dal comma 3.

(v) Concordato preventivo. Nel concordato preventivo la disciplina è dettata, come detto, dall'art. 168 l.f., in virtù del quale l'applicazione delle misure protettive, che inibiscono al creditore di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelari, operano automaticamente con la pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di concordato preventivo, sino alla definitività del provvedimento di omologazione del medesimo; le ipoteche iscritte nei novanta giorni antecedenti alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci nei confronti dei creditori del concordato.

Nel caso di concomitanza tra la procedura concordataria e la procedura prefallimentare, pur non essendoci alcuna espressa disposizione (giacché l'art. 168 pone il divieto delle sole azioni cautelari e esecutive), la Cassazione a sezioni unite⁶ ha statuito che dal contesto sistematico della legge fallimentare si evince che la procedura prefallimentare deve lasciare il passo alla procedura concordataria e riavviarsi se e quando quest'ultima si chiude senza omologazione del concordato preventivo anche con provvedimento di primo grado non passato in giudicato⁷.

La disciplina dettata dall'art. 168 l.f., nonché l'interpretazione delle sezioni unite della Cassazione in tema di rapporti tra procedura prefallimentare e procedura concordataria si applicano anche al concordato preventivo c.d. "con riserva", di cui all'art. 161, comma 6, l.f. La automaticità e il mancato immediato controllo del tribunale (se non attraverso il drastico provvedimento di inammissibilità per abuso del processo), se possono essere ritenuti accettabili per la domanda di concordato preventivo, anche in continuità aziendale, corredata dal piano concordatario e dalla relazione del professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, appare fin troppo benevola verso il debitore che deposita la domanda di semplice "prenotazione" della procedura per la soluzione della crisi di impresa (concordato preventivo o accordo di ristrutturazione). Infatti, con tale domanda il debitore, senza alcun impegno serio per la soluzione della crisi di impresa, può unilateralmente ritardare anche per un anno la tutela della garanzia patrimoniale dei creditori. Basti soltanto sommare (i) il tempo concesso dal tribunale al debitore per il deposito del piano, della proposta ai creditori, della relazione del professionista indipendente e della ulteriore documentazione (sino a sei mesi), (ii) il tempo necessario al tribunale per dichiarare l'improcedibilità della domanda di concordato per scadenza del termine senza alcun deposito, (iii) il tempo necessario per riavviare la procedura esecutiva, che, semmai, era stata sospesa nell'imminenza della vendita in forza dell'art. 168 l.f.

L'art. 168 l.f. si applica anche al concordato preventivo semplificato introdotto dall'art. 18 d.l. 118/2021.

(vi) Il procedimento unitario disciplinato dal CCII. Il CCII, come è noto, ha introdotto il procedimento unitario per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza (artt. 40 ss.). L'unitarietà del procedimento per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione e per l'omologazione del concordato preventivo implica anche l'unitarietà della disciplina delle misure di protezione. Ciò con riferimento vuoi alle procedure dirette, ossia alla domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione già raggiunto o alla domanda di concordato preventivo, corredata dal piano, dalla proposta concordataria, dall'attestazione del professionista indipendente e da tutti gli altri documenti previsti, vuoi alle procedure preliminari, ossia alla domanda di misure protettive per accordo di ristrutturazione *in itinere* (art. 54, comma 3) o alla domanda di concordato preventivo c.d. "in bianco", riprodotta nell'art. 44, comma 1, lett. a) CCII.

La disciplina delle misure protettive nel procedimento unitario è contenuta negli artt. 54 e 55. In virtù di queste disposizioni, l'inibizione ad iniziare o proseguire le azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore deve essere richiesta da quest'ultimo con la domanda introduttiva della procedura proposta ai sensi dell'art. 40, anche se contenente la sola richiesta del termine di cui all'art. 44, comma 1, lett. a). Le misure protettive sono, poi,

⁶ Cass. ss. uu. 15 maggio 2015, nn. 9935 e 9936.

⁷ Cass. ss. uu. n. 4496/2022 ha sancito che dopo l'omologazione nella fase di esecuzione può essere dichiarato il fallimento del debitore insolvente al pagamento dei debiti concordatari anche senza la preventiva risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186 l.f.



espressamente richieste dall'imprenditore nell'ipotesi disciplinata dall'art. 54, comma 3, CCII che corrisponde all'attuale art. 182 *bis*, comma 6, l.f., per l'accordo di ristrutturazione *in itinere*, ossia nel caso in cui tale richiesta costituisce proprio l'oggetto della domanda.

In tale caso, le misure protettive operano dalla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda; il tribunale entro trenta giorni dalla pubblicazione del registro delle imprese conferma o revoca le misure protettive, che non possono superare i quattro mesi (art. 55, comma 3).

In realtà, tale limite temporale di quattro mesi, introdotto dal d.lgs. 26 ottobre 2020 n. 147, correttivo del d.lgs. n.14/2019, è assolutamente insufficiente per le misure protettive di cui all'art. 54, comma 2, delle procedure di accordo di ristrutturazione e di concordato preventivo, che possono essere promosse, (come sempre sono promosse) con la domanda ai sensi dell'art. 44, comma 1, lett. a) (corrispondente all'art. 161, comma 6, l.f.). Basti considerare che in quest'ultima ipotesi il termine di quattro mesi di durata delle misure protettive coincide, grossomodo, in assenza di domanda di apertura di liquidazione giudiziale, con il termine per il deposito del piano e proposta concordataria o, in alternativa, dell'accordo di ristrutturazione. Mentre il termine di quattro mesi ben si giustificerebbe per le misure protettive previste dall'art. 54, comma 3 (corrispondente all'art. 182 *bis*, comma 6, l.f.). Vieppiù che vuoi l'art. 54, comma 3, che, appunto, prevede le misure protettive per l'accordo di ristrutturazione *in itinere*, vuoi l'art. 55, comma 2, che, richiamando l'art. 54, comma 3, disciplina il procedimento di conferma (equivalente dell'art. 182 *bis*, comma 7, l.f.), non prevedono alcun termine di durata delle misure protettive, né prevedono un termine per il deposito dell'accordo di ristrutturazione, come, invece, l'art. 182 *bis*, comma 7, l.f., che prevede, per quest'ultima incombenza, il termine massimo di sessanta giorni.

D'altro canto il limite temporale dei quattro mesi appare quanto meno "anomalo" rispetto vuoi alla norma generale, evidentemente pensata per le misure protettive delle procedure più rilevanti, posta dall'art. 8 CCII, in virtù del quale la durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, vuoi all'art. 54, comma 4, che, nell'affidare al giudice l'indicazione della durata delle medesime, non pone alcun limite, stante quello generale dell'art. 8, giacché il limite temporale ivi richiamato (art. 20, comma 3) non può che riferirsi alle sole misure protettive in sede di procedimento di composizione assistita della crisi.

È, dunque, probabile che la disciplina sia frutto di un "infortunio" del legislatore delegato, giacché forse ha invertito il comma 2 con il comma 3 dell'art. 54, nei richiami contenuti nei commi 2 e 3 dell'art. 55.

Ad ogni modo, prescindendo dalla durata, la soluzione dettata da questa disciplina (ossia misura protettiva automatica su istanza di parte decorrente dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese e successivo immediato controllo del tribunale) da un lato mantiene inalterata la funzione dell'istituto, dall'altro consente al giudice di revocarla prontamente nel caso in cui si possa fondatamente ritenere che il debitore abbia perpetrato l'abuso del processo, per avere avviato la procedura al solo fine di ritardare l'"agonia" dell'azienda. Oggi, invece, vigente l'art. 168 l.f., l'unico rimedio per arginare l'abuso del ricorso alla procedura di concordato preventivo, soprattutto, se avviata con la domanda *ex art.* 161, comma 6, l.f., al solo fine di accedere alle misure protettive, è quello drastico della dichiarazione di inammissibilità della domanda, tracciato dalle sezioni unite della Cassazione con le citate sentenze⁸.

La disciplina in esame si applica, ai sensi dell'art. 20, commi 1, 2 e 3, CCII, anche al procedimento di composizione assistita della crisi a seguito dell'*alert*, per il tramite dell'OCRI, di cui all'art. 19 CCII.

Per l'ipotesi di concomitanza tra procedura di regolazione concordata della crisi o dell'insolvenza (accordo di ristrutturazione o concordato preventivo) avviata dal debitore e la procedura per la liquidazione giudiziale promossa dal creditore o dal pubblico ministero, il CCII detta chiaramente la regola della precedenza della prima sulla seconda. Ciò lo si evince chiaramente dagli artt. 7, comma 2, 44, comma 2 e 49, commi 1 e 2, CCII. Considerato l'attuale orientamento in tema di rapporti tra procedura di concordato preventivo, anche nella fase c.d. "in bianco", e procedura prefallimentare dettato dalle sezioni unite della Cassazione in precedenza

⁸ *Supra* nota 6.



esplicitato, la vera novità è determinata dalla applicazione di questa disciplina anche all'accordo di ristrutturazione, oggi escluso dalla predetta interpretazione del giudice di legittimità.

Tale disciplina non è, invece, richiamata dall'art. 20, per il procedimento di composizione assistita della crisi⁹.

6. Segue. La protezione dagli obblighi dettati dalle regole di bilancio di esercizio. Una caratteristica comune per le soluzioni negoziali della crisi di impresa è quella della sospensione delle regole di bilancio di esercizio imposte dalla legge in conseguenza delle perdite che, il più delle volte, sono proprio la causa della crisi (o dell'insolvenza). L'art. 182 *sexies* l.f. prevede, dalla domanda di concordato preventivo, anche ai sensi del comma 6 dell'art. 161, nonché dalla domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione o dalla domanda di misura protettiva nell'accordo di ristrutturazione *in itinere* ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 6, l.f., sino alla omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione, la sospensione delle regole previste dal codice civile in caso di perdite tali da rendere necessari la riduzione del capitale sociale e, in mancanza di altri interventi, lo scioglimento e la liquidazione della società.

Tale protezione non opera in caso di piano attestato, ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. *d*), l.f. che, se fattibile, deve essere in grado di superare la crisi e, conseguentemente, anche le questioni poste dagli artt. 2446, 2447, 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c. (in tema di riduzione del capitale per perdite).

Il CCII colloca la disciplina dell'art. 182 *sexies* l.f. nell'art. 64 per l'accordo di ristrutturazione e nell'art. 89 per il concordato preventivo, mentre nulla prevede, al pari della legge fallimentare, in caso di accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento di cui all'art. 56. Per il procedimento di composizione assistita della crisi, la disciplina è collocata nell'art. 20, comma 4. In quest'ultima disposizione la sospensione delle regole di bilancio di esercizio non è automatica, ma è subordinata alla domanda del debitore ed è comunque assoggettata, come le misure protettive, al potere di revoca da parte del tribunale.

7. Le misure protettive previste in caso di accesso alla composizione negoziata della crisi di impresa. La procedura introdotta dal d.l. 118/2021 dedica alla disciplina delle misure protettive gli artt. 6 e 7¹⁰. Esse devono essere espressamente richieste dal debitore con la istanza, inoltrata tramite la piattaforma telematica gestita dalla CCIAA, per la nomina dell'esperto o con altra apposita istanza inoltrata sempre con le medesime modalità previste per l'istanza di nomina dell'esperto. Una volta accettato l'incarico da quest'ultimo, la richiesta (anche autonoma) delle misure protettive e l'accettazione dell'esperto devono essere pubblicate nel registro delle imprese. Dal giorno di tale pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con il debitore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari (art. 6, comma 1). Sino alla conclusione delle trattative o alla archiviazione della istanza di composizione negoziata, la sentenza di dichiarazione di fallimento o di accertamento dell'insolvenza non può essere pronunciata (comma 4).

A pena di inefficacia delle misure di protezione¹¹, lo stesso giorno della pubblicazione nel registro delle imprese della richiesta delle misure di protezione e dell'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, il debitore deve presentare il ricorso al tribunale per la conferma o la modifica delle misure protettive; entro trenta giorni, a pena di cancellazione delle misure protettive dal registro delle imprese, il debitore deve chiedere la pubblicazione nel registro delle imprese del numero del ruolo generale del procedimento instaurato. Il tribunale entro dieci giorni,

⁹ Per i debitori assoggettati alla disciplina del "sovraindebitamento" di cui all'art. 2, comma 1, lett. *d*) CCII, le misure di protezione sono disciplinate per il consumatore dall' art. 70, commi 4 e 5 e, nel concordato minore, per tutti gli altri, dall'art. 78, comma 2, lett. *d*), equivalenti, rispettivamente, degli attuali 12 *bis*, comma 2 e 10, comma 3, l. 3/2012. Le misure di protezione sono disposte dal giudice con il decreto di ammissibilità della domanda, prima della convocazione dei creditori. La differenza rispetto alla disciplina attualmente vigente è che nel CCII le misure di protezione sono subordinate alla domanda del debitore; inoltre con riferimento alla disciplina del consumatore, il CCII prevede la possibilità che il giudice revochi la misura di protezione in caso di atti in frode compiute dal debitore.

¹⁰ V. G. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Il fallimento*, 2022, 153 ss.

¹¹ V. Trib. Brescia, ordinanza, 2 dicembre 2021, n. 17142.



a pena di cessazione degli effetti delle misure di protezione, deve fissare l'udienza ove, in contraddittorio con le parti e sentito l'esperto, conferma, modifica o revoca le misure protettive.

Questa disciplina è grossomodo in linea con quella prevista dal CCII: le misure di protezione, anche con riferimento alla sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dell'insolvenza (in caso di liquidazione coatta o di amministrazione straordinaria)¹², sono subordinate alla domanda di parte, operano automaticamente con la iscrizione nel registro delle imprese, il tribunale, immediatamente coinvolto dall'imprenditore, può, confermare, modificare o revocare le misure protettive.

Anche con questa disciplina il legislatore, da un lato, cerca di arginare l'abuso del processo, allorché l'imprenditore ricorre allo strumento non già per risolvere seriamente la crisi, ma al solo fine di beneficiare delle misure di protezione per ritardare il più possibile la sua "agonia"; dall'altro, conserva inalterata la funzione dell'istituto di offrire all'imprenditore meritevole la possibilità di regolare la crisi di impresa rispettando la ineludibile *par condicio* dei creditori, senza dissipare le risorse a beneficio solo dei creditori più intraprendenti¹³.

La composizione negoziata prevede anche la misura protettiva della sospensione delle regole di bilancio di esercizio in caso di riduzione del capitale per perdite. Questa, disposta dall'art. 8 d.l. 118/2021, è subordinata, al pari della misura prevista dall'art. 20, comma 4, CCII, alla espressa dichiarazione dell'imprenditore di volersi avvalere di tale disciplina, contenuta nella istanza di nomina dell'esperto o successivamente presentata con le medesime modalità previste per l'istanza di nomina dell'esperto, da pubblicarsi nel registro delle imprese. Sennonché questa, a differenza di quanto previsto per le misure di protezione di cui agli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021 e alla disciplina prevista dall'art. 20, comma 4, CCII per la composizione assistita, non sembrerebbe soggetta a revoca da parte del tribunale¹⁴.

È facile desumere che la richiesta delle misure di protezione e la dichiarazione di avvalersi della sospensione delle regole di bilancio di esercizio sono destinate a costituire clausole di stile contenute in ogni istanza per la nomina dell'esperto con la quale l'imprenditore, ai sensi dell'art. 5 d.l. 118/2021, accede alla composizione negoziata.

Come disposto dall'art. 67, comma 3, lett. e), l.f., per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di concordato preventivo o accordo di ristrutturazione omologato, anche l'art. 12 d.l. 118/2021 apre, nella composizione negoziata della crisi, "l'ombrello di protezione" sulla efficacia degli atti, pagamenti, garanzie posti in essere dopo l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, purché autorizzati dal tribunale o comunque coerenti con lo strumento adottato, rispetto alle successive procedure o comunque con riferimento alle azioni revocatorie. L'art. 12 estende espressamente "l'ombrello di protezione" anche rispetto ai reati fallimentari previsti dagli artt. 216 e 217 l.f. (comma 5), ma, a differenza dell'art. 166, comma 3, lett. e), CCII non contiene l'espressa estensione anche all'azione revocatoria ordinaria.

8. Il nuovo strumento introdotto dal d.l. 118/2021 e l'analogia con gli altri strumenti di soluzione negoziale della crisi di impresa. La complessa procedura introdotta dal d.l. 118/2021 denominata "composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa" costituisce, più che uno strumento per la soluzione concordata della crisi di impresa, un percorso finalizzato ad agevolare, per il tramite dell'esperto, l'adozione di uno degli strumenti per la soluzione concordata della crisi di impresa in precedenza passati in

¹² V. ampiamente M. MONTANARI, *I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali*, in *Diritto della crisi*, 2021, www.dirittodellacrisi.it, 3 ss.

¹³ V. ampiamente L. BACCAGLINI – F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *Diritto della crisi*, 2021, www.dirittodellacrisi.it.

¹⁴ V. P. LICCARDO, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *Giustizia insieme*, 2021, www.giustiziainsieme.it, par. 3.



rapida rassegna¹⁵. Tanto è vero che l'art. 11 indica gli strumenti da adottare all'esito fruttuoso (commi 1 e 2) o infruttuoso (comma 3) della composizione negoziata medesima.

Questo istituto è un "involucro" entro il quale deve prendere corpo, sempre con l'ausilio dell'esperto, lo strumento per la soluzione negoziale della crisi; esattamente come il "procedimento di mediazione" costituisce l'"involucro"/il percorso entro il quale prende corpo, con l'ausilio del mediatore, l'accordo conciliativo per la soluzione della controversia.

Per cui tale "involucro" sembrerebbe avere maggiore affinità con il "concordato preventivo con riserva", introdotto dall'art. 161, commi 6, 7 e 8, l.f.

Ciò non toglie che le differenze tra la composizione negoziata e la procedura *ex art.* 161, comma 6, l.f. siano abissali. Basti soltanto considerare che la funzione dell'esperto è totalmente differente da quella del commissario giudiziale. L'esperto, oltre ad avere, al pari del commissario giudiziale, una funzione di controllo sull'attività del debitore, ha anche una funzione analoga a quella del mediatore tra il debitore e il ceto dei creditori, finalizzata alla ricerca della migliore soluzione negoziale della crisi di impresa (artt. 2, comma 2 e 4 d.l. 118/2021).

Peraltro, il procedimento *ex art.* 161, comma 6, è funzionale alla predisposizione del piano e della proposta di concordato preventivo o al raggiungimento dell'accordo di ristrutturazione; come detto, sino al 31.12.2023, questo è funzionale anche alla predisposizione del piano attestato *ex art.* 67, comma 3, lett. d).

Il procedimento previsto dal d.l. 118/2021 è, invece, funzionale, non solo a tutti gli strumenti di soluzione concordata della crisi di impresa (art. 11, commi 1 e 2), in precedenza passati in rapida rassegna, con la premialità per averli raggiunti tramite il percorso dal medesimo tracciato, ma anche ad uno strumento non negoziale, ma premiale per l'imprenditore meritevole per avere cercato la soluzione tramite la composizione negoziata, quale è il concordato preventivo semplificato, alternativo al fallimento/liquidazione giudiziale, in caso di mancato raggiungimento della soluzione negoziale.

Il percorso della composizione negoziata dettato dal d.l. 118/2021 è molto articolato e complesso. Come si è visto, sono previste le misure protettive (artt. 6 e 7), anche con riferimento al divieto di pronuncia della sentenza dichiarativa del fallimento o di accertamento dell'insolvenza (art. 6, comma 4), disciplinate secondo quello che oramai costituisce l'orientamento del legislatore per evitare, come detto, l'abuso del ricorso al concordato preventivo "con riserva" promosso al solo fine di "inibire/ritardare automaticamente azioni esecutive e sentenza dichiarativa di fallimento. È prevista (art. 8) la sospensione delle regole di bilancio imposte dalla legge a seguito delle perdite (situazione ricorrente in chi accede a tali procedure), ossia riduzione del capitale sociale e tutto ciò che ne consegue. È disciplinata la rinegoziazione dei contratti autorizzata dal tribunale (art. 10). È prevista la stabilità degli atti posti in essere durante la procedura di composizione negoziata (art. 12).

È, dunque, legittimo domandarsi quale sia oggi la funzione dello strumento del "concordato preventivo con riserva" di cui all'art. 161, comma 6, l.f., se non quella di permettere all'imprenditore di beneficiare, a buon mercato, senza alcuna interferenza del giudice, se non tramite la drastica dichiarazione di inammissibilità della domanda, di un blocco immediato delle azioni esecutive e prefallimentari per circa un anno.

9. Considerazioni conclusive. La composizione negoziata è, nelle intenzioni del legislatore, destinata a diventare l'unica via di accesso agli strumenti di soluzione della crisi di impresa per quelle aziende che hanno ancora "carburante nel motore"; e se poi questo "carburante" risulta insufficiente per la soluzione negoziale della crisi di impresa, c'è sempre la possibilità, per l'imprenditore meritevole, di evitare il fallimento/liquidazione giudiziale e accedere al concordato preventivo semplificato con cessione dei beni ai creditori.

Giova comunque sottolineare che il d.l. 118/2021, a pochi mesi dalla entrata in vigore del CCII, ha introdotto direttamente o mediante la modifica della attuale legge fallimentare, molte novità nella disciplina della crisi di impresa, gran parte delle quali le ritroviamo nel CCII. Basti soltanto considerare che tutta la disciplina della

¹⁵ Così I. PAGNI – M. FABIANI, *La composizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Diritto della crisi*, 2021, www.dirittodellacrisi.it, 10 s.



composizione negoziata introdotta dal d.l. 118/2021 è alternativa alla composizione assistita della crisi per il tramite dell'OCRI disciplinata dagli artt. 12 ss. CCII. Sennonché, il “percorso” introdotto dal d.l. 118/2021 è ben più *soft* e meno invasivo¹⁶, senza la necessaria partecipazione del pm¹⁷, della procedura disciplinata dal CCII, comunque arricchita con l'art. 30 *sexies* l. n. 233/2021 di conversione del d.l. 152/2021¹⁸.

Ed allora tutto sommato la riforma epocale con il passaggio dalla “disciplina fallimentare” alla “disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza” ha percorso oltre metà strada, già prima dell'entrata in vigore del CCII.

Semmai si potrebbe compiere qualche altra iniezione nella “legge fallimentare” mutuata dal CCII. Si potrebbe prevedere (i) una nuova disciplina delle misure protettive anche mutuando quella già previste per la composizione negoziata della crisi di impresa o quella dettata dagli artt. 54 e 55 CCII, semmai con le opportune correzioni in precedenza segnalate; (ii) l'abrogazione del concordato preventivo liquidatorio, di modo che avremmo, per gli imprenditori meritevoli, il concordato preventivo semplificato (la cui proposta ai creditori può anche prevedere l'apporto di terzi), mentre per gli imprenditori non meritevoli resterà l'“infamia” del fallimento; (iii) l'abrogazione dei commi 6 e seguenti dell'art. 161 l.f. (unitamente all'abrogazione dei comma 6 e seguenti dell'art. 182 *bis* l.f.), dimodoché la composizione negoziata, anche per il tramite della “spinta gentile” prevista dall'art. 15 d.l. 118/2021, diventerebbe l'unico percorso preliminare alle soluzioni negoziali della crisi di impresa. Anzi, a quest'ultimo proposito, non è da escludere che la sopravvivenza dello strumento di cui all'art. 161, comma 6, l.f., con l'*automatic stay* immediato sin dal momento della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, senza alcun controllo successivo del tribunale, faccia perdere *appeal* alla composizione negoziata, nonostante le premialità di questa e la migliore predisposizione dei creditori, in presenza dell'esperto, al raggiungimento dell'accordo con il debitore.

Se si operasse in tale senso, dunque, con qualche ulteriore “ritocco” al r.d. 16 marzo 1942, n. 267 e, perché no, qualche correzione al d.l. 118/2021, soprattutto con riferimento all'estrema rigidità del procedimento del tribunale di conferma delle misure di protezione¹⁹, il d.lgs. n. 14/2019 potrebbe andare in pensione prima della sua assunzione.

¹⁶ V. PAGNI – FABIANI, op. loc. cit., che definiscono l'invito dell'organo di controllo ai sensi dell'art. 15 una sorta di “spinta gentile”, per differenziarlo dall'omologo invito previsto per le procedure di *allert* nel CCII.

¹⁷ Cfr. A. JORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, in *Diritto della crisi*, 2021, www.dirittodellacrisi.it.

¹⁸ Sull'esigenza di coordinare il d.l. 118/2021 con il CCII F. SANTANGELI, *Le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi di impresa*, in *Diritto della crisi*, 2021, www.dirittodellacrisi.it, par. 4.

¹⁹ La disposizione contenuta nell'art. 7, comma 3, in virtù della quale se il tribunale non fissa l'udienza entro 10 gg. dal deposito della istanza, gli effetti protettivi cessano, sembrerebbe incostituzionale: come potrebbe ricadere sull'istante il ritardo dell'ufficio giudiziario! Anche il termine, previsto dal comma 1 a pena di inefficacia delle misure protettive, per il deposito al tribunale della richiesta di conferma (lo stesso giorno della pubblicazione nel registro delle imprese della richiesta e dell'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto) appare estremamente rigido, anche considerando una certa criticità in ordine alla pubblicazione nel registro delle imprese affidata dalla legge fallimentare e dal CCII al cancelliere. Cfr. G. RANA, *Questioni pratiche sul procedimento relativo alle misure protettive nel D.L. 118/2021*, in *Diritto della crisi*, 2022, www.dirittodellacrisi.it.