

LE NUOVE LEGGI CIVILI

IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

Commento al d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 e successive modifiche

a cura di

FABIO SANTANGELI

 **GIUFFRÈ**
GIUFFRÈ FRANCIS LEFEBVRE

ISBN 9788828809203

Finito di stampare nel luglio 2023 da
Galli Edizioni S.r.l. - Varese

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. Milano - 2023

Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO - www.giuffrefrancislefebvre.it

La traduzione, l'adattamento totale o parziale, la riproduzione con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm, le fotocopie), nonché la memorizzazione elettronica, sono riservati per tutti i paesi.

Sezione III
Principi di carattere processuale

Art. 7	Trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alle procedure di insolvenza (CLAUDIO CECHELLA)	44
Art. 8	Durata massima delle misure protettive (FRANCESCO DE SANTIS)	62
Art. 9	Sospensione feriale dei termini e patrocinio legale (MARCO SPADARO)	64
Art. 10	Comunicazioni telematiche (GIORGIO ROMANO)	68

Sezione IV
Giurisdizione internazionale

Art. 11	Attribuzione della giurisdizione (ALESSANDRO FABBI)	71
---------	---	----

TITOLO II
COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI,
PIATTAFORMA UNICA NAZIONALE, CONCORDATO SEMPLIFICATO
E SEGNALAZIONI PER LA ANTICIPATA EMERSIONE DELLA CRISI

Capo I
COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

Art. 12	Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa (ULISSE COREA)	77
Art. 13	Istituzione della piattaforma telematica nazionale e nomina dell'esperto (MARIA LAURA GUARNIERI)	95
Art. 14	Interoperabilità tra la piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa e altre banche di dati (MARIA LAURA GUARNIERI)	95
Art. 15	Scambio di documentazione e di dati contenuti nella piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa tra l'imprenditore e i creditori (MARIA LAURA GUARNIERI)	95
Art. 16	Requisiti di indipendenza e doveri dell'esperto e delle parti (MARIA LAURA GUARNIERI)	106
Art. 17	Accesso alla composizione negoziata e suo funzionamento (MARIA LAURA GUARNIERI)	106
Art. 18	Misure protettive (FRANCESCO DE SANTIS)	116
Art. 19	Procedimento relativo alle misure protettive e cautelari (FRANCESCO DE SANTIS)	116
Art. 20	Sospensione di obblighi e di cause di scioglimento di cui agli articoli 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter, 2484 e 2545-duodecies del codice civile (FRANCESCO DE SANTIS)	116
Art. 21	Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative (ULISSE COREA)	138
Art. 22	Autorizzazioni del tribunale (SALVATORE NICOLOSI)	143
Art. 23	Conclusione delle trattative (MARCO SPADARO)	147
Art. 24	Conservazione degli effetti (SALVATORE NICOLOSI)	155
Art. 25	Conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese (MATTEO L. VITALI)	158
Art. 25-bis	Misure premiali (FRANCO RANDAZZO)	173
Art. 25-ter	Compenso dell'esperto (MARIA LAURA GUARNIERI)	179
Art. 25-quater	Imprese sotto soglia (MARCO SPADARO)	188
Art. 25-quinquies	Limiti di accesso alla composizione negoziata (ULISSE COREA)	199

Titolo II
**COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI,
PIATTAFORMA UNICA NAZIONALE,
CONCORDATO SEMPLIFICATO E SEGNALAZIONI
PER LA ANTICIPATA EMERSIONE DELLA CRISI**

Capo I
COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

Articolo 12
Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

Commento

di ULISSE COREA

1. La “prima versione” del codice: gli strumenti di allerta e il procedimento di “composizione assistita” della crisi

Al momento della pubblicazione della prima versione del codice della crisi, era opinione generalmente condivisa che i perni della riforma fossero l'introduzione degli strumenti di allerta, volti a far emergere tempestivamente la crisi, e la connessa (ma distinta) previsione del procedimento di composizione assistita della crisi, teso ad agevolare lo svolgimento di trattative tra il debitore e i creditori, nella prospettiva ultima del superamento della crisi e della conservazione dell'impresa¹. Si trattava, in entrambi i casi, di strumenti « di natura non giudiziale e confidenziale » (art. 4, comma 1, legge delega), che segnavano uno stravolgimento del sistema attuale finanche da un punto di vista ideologico, con la definitiva perdita di centralità del fallimento (ricoverito in liquidazione giudiziale) a vantaggio delle altre procedure di regolazione della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il dichiarato obiettivo di intercettare anticipatamente l'emersione della crisi (*early warning*) per consentire la più efficace ripartenza dell'impresa (*fresh start*).

¹ Si era, peraltro, notato come né le procedure di allerta né quelle di composizione della crisi fossero annoverate tra i principi generali della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155: M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fall.*, 2016, 1032.

L'obiettivo del legislatore, coerente rispetto alla disciplina europea, era quello di garantire la possibilità di continuazione dell'impresa che fronteggi una situazione di crisi, purché precocemente intercettata, anche mediante cambiamenti operativi ovvero modifiche nella struttura delle attività o passività; lasciando che le imprese prive di prospettive di sopravvivenza venissero liquidate il più presto possibile, onde scongiurare il rischio di un incremento delle perdite in danno dei creditori e dell'economia nel suo complesso².

Alla base, vi era la consapevolezza del fatto che l'insolvenza non può essere più considerata una situazione isolata e patologica dell'attività d'impresa. Essa costituisce piuttosto una naturale manifestazione del rischio d'impresa, non già da "curare" in funzione della sua espunzione dal mercato, quale sanzione verso l'imprenditore, ma da prevenire e superare prima che giunga al suo stadio di irreversibilità. Ciò, non soltanto nell'interesse dell'imprenditore, ma anche di quello prevalente dei creditori, sul rilievo, supportato da dati statistici della Commissione europea, che la loro tutela si è rivelata maggiore in quegli ordinamenti in cui sono previste procedure finalizzate al risanamento anziché alla liquidazione.

Si scontravano, tuttavia, sul punto due diversi approcci: quello tradizionale e fin qui prevalente, volto a respingere i reiterati tentativi di introdurre un sistema di prevenzione e di allerta; e quello opposto, sposato dal legislatore della riforma, più sensibile all'esigenza di riscrivere le regole attraverso una netta soluzione di continuità con il passato, in ciò sospinto anche dalla disciplina europea³. Se, infatti, non vi era discordia sulla necessità di un tempestivo rilievo della crisi rispetto alla disciplina previgente⁴, l'opportunità di affidarsi a sistemi o procedure di allerta ha

² Si veda in tal senso la direttiva 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio europeo del 20 giugno 2019 in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva" (e altro), considerando (2) e (3), che ha avuto un lungo percorso gestazionale, in parallelo con il codice della crisi. L'obiettivo è scolpito nell'art. 2 della legge delega, alla lett. g), ove si prevede di « dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'ideale soluzione alternativa ».

³ La stessa legge delega invitava il Governo a tenere conto « della normativa dell'Unione europea e in particolare del regolamento (UE) n. 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativo alle procedure di insolvenza, della raccomandazione 2014/135/UE della Commissione, del 12 marzo 2014, nonché dei principi della *model law* elaborati in materia di insolvenza dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL) » (art. 1, comma 2). È poi intervenuta, come noto, la nuova direttiva 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio europeo in materia di quadri di ristrutturazione preventiva, che modifica la direttiva UE 2017/1132, recepita con il d.lgs. n. 83/2022.

⁴ Costituisce opinione comune, suffragata dai dati dell'esperienza, che le procedure concorsuali di tipo volontaristico, come i concordati preventivi e gli accordi di ristrutturazione, non abbiano dato i frutti sperati, essendo relativamente modesti gli esempi di utilizzo virtuoso di tali strumenti, sovente intrapresi quando ormai la situazione di insolvenza era conclamata e nessuna possibilità di risanamento risultava praticabile: cfr. M. FERRO, A. RUGGIERO, A. DI CARLO, *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Torino, 2012. Diversi i fattori che hanno

suscitato da sempre una non celata diffidenza, quando non una aperta e motivata contrarietà. Questo diverso approccio, spesso tacciato di essere retrogrado ⁵, rifletteva, tuttavia, non soltanto il timore diffuso che l'emersione all'esterno di una situazione di difficoltà dell'impresa (a dispetto delle declamate esigenze di riservatezza e confidenzialità) possa rischiare di acuire la crisi, trascinandola in una spirale negativa ben più grave, ma anche una diversa concezione della funzione delle procedure concorsuali, nella misura in cui si riteneva che ampliare l'area della coazione dell'imprenditore non ancora insolvente, sotto l'impulso di altri soggetti, finisse per snaturarne gli scopi ⁶. Non risultavano alieni a tali posizioni dubbi di legittimità costituzionale: il sospetto dell'illegittimità si addensava attorno all'idea di un intervento di tipo pubblicistico in grado di condizionare l'attività e le scelte dell'imprenditore in un momento in cui questi non avesse ancora raggiunto la soglia dell'irreversibile insolvenza (anche con precipuo riferimento alla scelta delle modalità con cui fronteggiare la crisi) e, dunque, l'interesse dei creditori non fosse ancora tale da prevalere su quello del debitore, giustificandone l'esproprio « delle prerogative e dei diritti » ⁷. D'altra parte, i valori costituzionali venivano branditi pure da chi, all'opposto, sosteneva che l'attività imprenditoriale trovi un limite nell'utilità sociale, che giustificerebbe interventi volti a tutelare l'interesse collettivo a fronte di una gestione non "etica" della stessa ⁸.

Successivamente all'approvazione del codice da parte del d.lgs. n. 14/2019, piuttosto che su una base ideologica, il dibattito si sarebbe correttamente orientato sul merito delle soluzioni individuate. Alla base dei vari rinvii dell'entrata in vigore degli strumenti di allerta originariamente introdotti vi era, infatti, la constatazione per cui quel sistema era stato pensato in relazione a un quadro economico stabile e con oscillazioni fisiologiche, mentre nella sopravvenuta situazione di crisi globale, gli stessi indicatori su cui si basava l'allerta "prima maniera" non avrebbero potuto

determinato questo "fallimento", non ultimo la tendenziale coincidenza nelle imprese italiane tra la proprietà e la gestione, che rende restio l'imprenditore a riconoscere l'insolvenza e a ricorrere a una procedura concorsuale (spesso attivata quando ormai è troppo tardi). D'altra parte, all'introduzione dei sistemi di allerta fa da *pendant* nel nuovo codice il ridimensionamento del concordato e una netta limitazione dell'autonomia delle parti nella regolazione della crisi, estesa alla fase di prevenzione: cfr. A. JORIO, *Orizzonti prevedibili e orizzonti improbabili del diritto concorsuale*, in S. AMBROSINI (diretta da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, 28 ss.

⁵ G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future*, in *Fall.*, 2016, 386.

⁶ M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 1100 ss.; ID., *Sub art. 160*, in A. NIGRO, M. SANDULLI (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, 981 ss. Vi è, peraltro, anche la convinzione che sistemi di allerta esterna, in chiave pubblicistica, non siano necessari né opportuni, potendo supplire una più efficace dialettica tra organi di controllo e di gestione con un rafforzamento dei poteri dei primi nel caso in cui i rimedi attivati dagli amministratori non appaiano adeguati: in tal senso, anche A. ZOPPINI, *Emersione della crisi e interesse sociale (spunti dalla teoria dell'emerging insolvency)*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, cit., 113.

⁷ F. D'ALESSANDRO, *La crisi dell'impresa tra diagnosi precoci e accanimenti terapeutici*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 416.

⁸ S. DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, 756 ss.

svolgere alcun ruolo selettivo ed anzi avrebbero finito per provocare effetti perniciosi.

Vi era, di certo, come vi è, la necessità di coniugare l'interesse sociale (o quello del debitore, quale che sia la forma con cui esercita l'attività imprenditoriale) con quello dei creditori, esercizio tutt'altro che agevole — non solo per la difficoltà di individuare con precisione gli indici sintomatici della crisi, che giustificano l'attivazione delle misure di prevenzione interferendo con l'autonoma gestione degli amministratori, quanto anche per il problematico inquadramento della *business judgment rule*, allorquando si sia prossimi a una situazione di insolvenza⁹. Il tema, che la dottrina mostra di avere ben presente, è quello della stretta connessione tra misure di allerta, doveri fiduciari degli amministratori e funzione ultima delle procedure concorsuali, non più limitate alla disciplina del concorso dei creditori dell'impresa insolvente, ma tese ad instaurare un anticipato e più penetrante controllo sull'autonomia dell'impresa¹⁰.

I sistemi di allerta, infatti, producono non soltanto l'emersione della crisi quanto anche l'insorgere in capo agli amministratori di doveri fiduciari verso i creditori (non più soltanto nei confronti dei soci), doveri che devono dunque guidare le scelte dei primi orientandole verso decisioni che tengano nel giusto conto anche i possibili pregiudizi (e correlativamente le possibili utilità) che il ceto creditorio possa ricevere¹¹. È pertanto su questo piano, quello del corretto assetto organizzativo dell'impresa e della messa a fuoco dei doveri degli organi gestori, in un quadro di generale accresciuta cooperazione, che la riforma ha inteso giocare la sua carta più importante, probabilmente la più difficile per la necessità di far fronte a un profondo cambiamento culturale¹².

Nella sua prima versione, il codice aveva dunque costruito un sistema fondato sui seguenti pilastri: a) l'obbligo dell'imprenditore collettivo di dotarsi di adeguati assetti organizzativi, funzionali anche al tempestivo rilievo della crisi (art. 2086 c.c.,

⁹ Altro tema è quello dell'applicazione della *business judgment rule* nella valutazione dell'adeguatezza degli assetti organizzativi: si v. in senso diverso, Trib. Milano 18 dicembre 2019, in *Giur. it.*, 2020, 365, con nota di O. CAGNASSO e Trib. Roma 8 aprile 2020, in *giurisprudenzadelleimprese.it*, in dottrina: P. MONTALENTI, *op. cit.*, 829 ss.

¹⁰ V. DE SENSI, *Evoluzione della concorsualità, emerging insolvency e fiduciary duties*, in *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, cit., 117 ss.; A. ZOPPINI, *op. cit.*, 105 ss.; G. TERRANOVA, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013, 18.

¹¹ Tale è l'impatto di questa visione della gestione della crisi d'impresa sulle regole del diritto societario che si è ipotizzata la nascita di una categoria "diritto societario della crisi" (U. TOMBARI, *Principi e problemi di "diritto societario della crisi"*, in *Diritto societario e crisi d'impresa*, Torino, 2014, 5 ss.), categoria di cui si è posta in dubbio l'utilità e l'opportunità (R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *NLCC*, 2018, 1280).

¹² Discorreva del passaggio a una "concorsualità preventiva" come di una svolta "culturalmente epocale", M. FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall.*, 2019, 419; analogamente, di riforma "epocale" parlava S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in S. SANZO, D. BURRONI (a cura di), *Il nuovo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 43.

come modificato dall'art. 375 c.c.i.); *b*) gli obblighi di segnalazione degli indizi della crisi in capo a soggetti interni ed esterni alla società, che sostanziano la fase della allerta; *c*) la creazione degli Organismi di composizione della crisi d'impresa (OCRI) presso le Camere di commercio, incaricati di gestire la fase di allerta e di assistere l'imprenditore nel procedimento (eventuale) di composizione assistita della crisi¹³; *d*) una serie di misure premiali e protettive volte a promuovere e agevolare la soluzione della crisi, su cui il legislatore fonda le sue aspettative di successo della riforma.

La filosofia di fondo della riforma risiedeva nel superamento, nella fase anticipata di rilievo dello stato di crisi, degli strumenti puramente negoziali, sostituiti da una complessa trama normativa che incanalava la gestione della crisi su binari rigidi e opzioni predeterminate, che sembravano lasciare poco spazio di manovra all'impresa¹⁴. A ciò si aggiungeva l'allontanamento dalla giurisdizione, con l'affidamento della gestione della crisi agli organismi di composizione, i quali avrebbero dovuto accompagnare il debitore verso una soluzione positiva e garantire (almeno sulla carta) riservatezza e confidenzialità delle informazioni¹⁵.

Con l'art. 4 della legge delega, il legislatore prendeva in tal modo le distanze tanto dai disegni di legge elaborati dalle Commissioni Trevisano¹⁶ che dal progetto di legge delega n. 3671-*bis*, approvato alla Camera il 1° febbraio 2017 su proposta del Governo dell'11 marzo 2016¹⁷. La scelta avrebbe aperto le porte a una

¹³ Va evidenziato come il d.lgs. n. 14/2019 parlasse di "strumenti" di allerta (Capo I) e di "procedimento" di composizione assistita della crisi (Capo III), a sottolineare come queste due fasi fossero diverse e autonome, potendosi risolvere le difficoltà in base alle misure poste in atto dal debitore allertato o potendo quest'ultimo instaurare il procedimento di composizione assistita senza necessariamente dover passare dalla fase di allerta vera e propria (cfr. art. 12, comma 2).

¹⁴ Ed è noto come l'imprenditore sia molto restìo a intraprendere percorsi procedurali macchinosi e rigidi, in luogo di soluzioni alternative più immediate e gestibili con maggiore autonomia (e minore pubblicità): così G. LO CASCIO, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza: considerazioni a prima lettura*, in *Fall.*, 2019, 264; l'eccesso di burocratizzazione della procedura di allerta è stato da più parti stigmatizzato: M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *ilcaso.it*, 3; A. JORIO, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, 3, 265.

¹⁵ Si veda il considerando 29 della direttiva 1023/2019, secondo cui « fatta eccezione per i casi in cui la presente direttiva preveda la partecipazione obbligatoria delle autorità giudiziarie o amministrative, gli Stati membri dovrebbero poter limitare la partecipazione di tali autorità alle situazioni in cui essa sia necessaria e proporzionata, tenendo pur sempre conto, tra l'altro, dell'obiettivo di tutelare i diritti e gli interessi dei debitori e delle parti interessate così come dell'obiettivo di ridurre i ritardi e i costi delle procedure ».

¹⁶ Istituite una prima volta con d.m. 28 novembre 2001, a cui seguì una seconda commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004, i cui testi sono consultabili su *Dir. fall.*, 2004, I, 2064. Lo schema di legge delega prevedeva la possibilità che il destinatario della segnalazione fosse il tribunale.

¹⁷ Quest'ultimo, modificando l'originario progetto della Commissione Rordorf, aveva infatti accentuato il carattere giudiziale della procedura aggiungendo ai criteri e principi direttivi per il legislatore delegato che l'organismo di composizione della crisi dovesse dare comunicazione al presidente della sezione specializzata in materia di impresa del fatto che l'imprenditore non si fosse presentato senza giustificato motivo davanti all'organismo o non avesse posto in essere le misure ritenute idonee a porre rimedio alla crisi (cfr. lett. *b* e *i*, successivamente modificate dalla legge delega

sorta di appendice giudiziaria dell'allerta, con la facoltà del presidente della sezione specializzata di convocare immediatamente l'imprenditore e, all'occorrenza, di affidare a un professionista dotato dei requisiti dell'art. 67, comma 2, lett. d), l. fall., l'incarico di verificare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa e di stendere una relazione che, in mancanza di adozione delle misure richieste all'imprenditore, era destinata a essere pubblicata nel registro delle imprese.

In esecuzione della delega, il decreto legislativo dedicava un autonomo "capo" agli "strumenti di allerta", individuati negli obblighi di segnalazione, posti a carico dei soggetti interni ed esterni all'impresa, e negli obblighi organizzativi, posti a carico dell'imprenditore dal codice civile; entrambi presidi finalizzati « alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione »¹⁸.

Alla segnalazione ad opera degli organi di controllo potevano far seguito due distinte fasi, una ancora "interna" alla società¹⁹, l'altra "esterna"²⁰. In particolare, agli OCRI veniva affidato il duplice compito di ricevere le segnalazioni dei soggetti interni ed esterni all'impresa, gestendo il conseguente "procedimento di allerta"; e di assistere l'imprenditore "su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita della crisi", facendo da intermediari tra il debitore e i creditori²¹.

Nell'ambito di questo procedimento (non necessariamente collegato con la fase di allerta, potendo essere attivato anche ad istanza del debitore), il ruolo del collegio degli esperti non poteva dirsi però chiaramente definito. La sua attività oscillava tra un generico riferimento all'incarico "di seguire le trattative" conferito al relatore ed un non meglio specificato ruolo proattivo, "se ciò sia utile per favorire l'accordo con l'autorevolezza che gli deriva dal ruolo"²². L'esito positivo del procedimento, poi, non era soggetto ad alcuna omologazione giurisdizionale (come previsto invece per gli a.d.r. e il concordato preventivo), né veniva richiesta al collegio alcuna attestazione indipendente in merito alla sua effettiva idoneità al superamento della crisi

19 ottobre 2017, n. 155). Parla di uno stravolgimento del progetto originario, P. VELLA, *La riforma organica delle procedure concorsuali: un nuovo approccio in linea con le indicazioni dell'UE*, in *Società*, 2016, 737.

¹⁸ Si trattava, secondo la relazione, di misure di riorganizzazione dell'attività imprenditoriale, adottate dal debitore senza il coinvolgimento dei creditori, a differenza del procedimento di composizione assistita, che si basava invece sulla ristrutturazione del debito mediante una trattativa con i creditori, favorita dai neo-costituiti organismi di composizione della crisi.

¹⁹ Caratterizzata da un dialogo tra organo di controllo e organo gestorio. In caso di omessa o inadeguata risposta alla segnalazione dell'organo di controllo, questo era tenuto a informare l'OCRI con apertura della fase "esterna" dell'allerta.

²⁰ In tal senso, si esprime la relazione illustrativa all'art. 14.

²¹ Rapportandosi al primo in modo amichevole e costruttivo, approccio in qualche modo garantito dalle modalità di nomina del collegio degli esperti, uno dei quali individuato, dopo aver sentito il debitore, tra soggetti appartenenti all'associazione rappresentativa del settore di riferimento.

²² Cfr. ancora la relazione illustrativa: forse un eccesso di fiducia nella capacità del collegio di influenzare i creditori, specie se ben strutturati come le banche o fornitori strategici.

(come per i piani attestati), pur essendo ricondotti all'accordo gli stessi benefici del piano attestato. Per converso, il punto più controverso della vecchia disciplina consisteva negli scenari previsti dal legislatore in ipotesi di esito negativo della procedura di composizione assistita. Infatti, il collegio avrebbe dovuto invitare il debitore a perseguire la strada giurisdizionale o a presentare una domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi previste dal codice della crisi d'impresa, oltre a dover comunicare l'esito negativo ai soggetti tenuti alla segnalazione che non avessero partecipato al procedimento, risorgendo in capo ad essi gli obblighi di segnalazione. Ma soprattutto, l'art. 22 prevedeva l'obbligo del collegio di procedere alla segnalazione al referente dell'OCRI per la successiva notizia al pubblico ministero, in tutta una serie di fattispecie connotate dalla mancata collaborazione del debitore e dalla constatazione di uno stato non più soltanto di crisi ma di insolvenza "evidente". Aveva in tal modo prevalso l'approccio volto ad imporre una "coda" giurisdizionale alle procedure di allerta e di composizione, in contrasto con l'originario intento della commissione Rordorf, in cui si rimarcava all'opposto l'autonomia delle ridette procedure, le quali non dovevano essere né risultare percepite come l'anticamera della liquidazione giudiziale²³. Un approccio e, soprattutto, una prospettiva estremamente pericolosi.

Per questa e altre ragioni, insomma, il sistema dell'allerta nella sua primigenia versione era parso ingessato e macchinoso, potenzialmente rischioso là dove sembrava a volte idoneo a provocare (più che a risolvere) lo stato di crisi in presenza di segnalazione di "falsi positivi". Il tutto, sulla scorta di passaggi obbligatori e scanditi, ben delineati nelle norme di cui agli abrogati artt. 13-22, ai quali il debitore che si trovasse a essere oggetto di segnalazione sembrava non poter in alcun modo sfuggire.

2. Addio alla "composizione assistita", il codice sceglie la "composizione negoziata"

È per rispondere a queste preoccupazioni che nella versione ultima approvata la riforma si è orientata nella diversa direzione della composizione negoziata, introdotta e già testata nelle sue prime applicazioni per effetto del d.l. n. 118/2021, convertito in l. n. 147 del 2021, sulla spinta dell'ondata pandemica e della nuova crisi economica globale²⁴. Cosa rimane del vecchio impianto? Certamente gli obblighi organizzativi dell'imprenditore e le "segnalazioni" per l'anticipata emer-

²³ Cfr. relazione di accompagnamento allo schema di legge delega, 13 ss.; il contrasto è evidenziato anche da M. PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *Corr. giur.*, 2019, 5, 667.

²⁴ L'istituto veniva illustrato nei suoi tratti essenziali da M. FABIANI, I. PAGNI, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fall.*, 2021, 1477 ss.; per S. LEUZZI, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in *Diritto della crisi*, 28 settembre 2021, « la pandemia ha mandato per aria i numeri dell'allerta procedimentalizzata consegnandola ad un'obsolescenza rapida e ineluttabile », rilevando come il cardine dell'allerta non può riposare su un piano solo coercitivo.

sione della crisi, ma nella versione assai più tenue prevista dagli artt. 25-*octies* e seguenti, finalizzata essenzialmente al risanamento dell'impresa. Scompaiono, invece, gli OCRI e tutte le norme dedicate alla regolazione delle procedure di allerta e del procedimento di composizione assistita, con l'indubbio risultato di una maggiore snellezza dell'istituto. Alla composizione negoziata, infatti, si accede solo su base volontaria, ad istanza dell'imprenditore²⁵.

Si assiste, poi, a un capovolgimento dell'ordine delle disposizioni rispetto alla prima versione del codice. Questa, infatti, esordiva con la disciplina, al Capo I del Titolo II, degli strumenti di allerta, per poi passare a regolare il procedimento di composizione della crisi al Capo III. Nell'attuale versione, invece, gli strumenti di allerta sono relegati in coda al Titolo II, ovvero nell'odierno Capo III, mentre la composizione negoziata è disciplinata nel Capo I, nonostante le segnalazioni di allerta precludano, quantomeno laddove lo stato di crisi non sia stato già intercettato dall'imprenditore, alla presentazione dell'istanza di composizione negoziata, contenendo un espresso invito in tal senso rivolto all'imprenditore e all'organo di controllo (art. 25-*novies*, comma 3). Il che, probabilmente, si spiega con l'enfasi che la riforma ha voluto dare ai doveri dell'imprenditore di dotarsi di assetti tali da assicurare la rilevazione tempestiva della crisi in presenza di segnali particolarmente tenui (art. 3), alle informazioni sugli strumenti di anticipata emersione della crisi che gli imprenditori possono acquisire sui siti internet del Ministero della Giustizia e del Ministero dello Sviluppo economico (art. 5-*bis*), nonché al ruolo della piattaforma telematica nazionale (art. 13) al quale egli è tenuto ad accedere per testare la ragionevole perseguibilità del risanamento e intraprendere le iniziative idonee alla sua realizzazione tra cui figura, per l'appunto, la composizione negoziata della crisi²⁶.

L'inversione di tendenza è dunque l'effetto del diverso approccio del legislatore che ha inteso individuare nella composizione negoziata su istanza del solo imprenditore, e nella sua responsabilizzazione, lo strumento principe per impedire l'insorgere o l'aggravarsi della crisi²⁷.

²⁵ E.R. DESANA, *Le misure di allerta tra vecchio e nuovo diritto della crisi: la tela di Penelope*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 3 maggio 2022, 1 ss.

²⁶ Entrambe le disposizioni da ultimo menzionate trovano la base giuridica di riferimento nella direttiva *insolvency* (cfr. in particolare gli artt. 3 e 8). Non può ricondursi invece alla direttiva l'istituto in sé della composizione negoziata, non rientrando tra gli strumenti di regolazione della crisi con cui il diritto concorsuale italiano si è dovuto adeguare a quello europeo (conf. I. PAGNI, *L'entrata in vigore del Codice della crisi*, cit., 627). Ciò nondimeno, esso appare perfettamente in linea con le indicazioni provenienti dalla direttiva, in punto di flessibilità degli strumenti di ristrutturazione, di precoce emersione della crisi, di responsabilizzazione dell'imprenditore: in tema, cfr. P. VELLA, *op. cit.*, 1492 ss.

²⁷ In senso critico verso questo approccio, che sacrificerebbe le controparti non inadempienti alla "primazia" del progetto ristrutturativo del debitore, M. FERRO, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il d.l. n. 118/2021*, in *Fall.*, 2021, 1573 ss., ove si prospetta un "effetto confusionario" delle nuove categorie, dalla probabilità della crisi alla risanabilità dell'impresa, e si contesta l'approccio ideologico privatistico e "l'estraneazione del controllo giurisdizionale dalla crisi d'impresa precoce", ancor più con riferimento alla scelta di

li artt. 25-*octies* e
Scompaiono, in-
procedure di allerta
risultato di una
atti, si accede solo

izioni rispetto alla
ina, al Capo I del
procedimento di
e, gli strumenti di
po III, mentre la
le segnalazioni di
to già intercettato
negoziata, conte-
e e all'organo di
ga con l'enfasi che
di assetti tali da
li particolarmente
one della crisi che
ella Giustizia e del
della piattaforma
ere per testare la
ziative idonee alla
e negoziata della

ccio del legislatore
a del solo impren-
r impedire l'insor-

la tela di Penelope, in
lica di riferimento nella
e alla direttiva l'istituto
zione della crisi con cui
PAGNI, *L'entrata in vigore*
linea con le indicazioni
naturazione, di precoce
P. VELLA, *op. cit.*, 1492 ss.
eroparti non inadempienti
composizione negoziata e il
118/2021, in *Fall.*, 2021,
della probabilità della crisi
e l'estraneezza del
mento alla scelta di

Già nel nuovo art. 12 sono netti i segni di tale inversione, non limitata all'istituto in esame, ma caratterizzante l'intero impianto dell'ultima e, per ora, definitiva versione del codice, in senso più liberale e "privatistico"²⁸.

Nel nuovo assetto che si delinea, la composizione della crisi non è più "assistita", nel senso che "l'esperto", che si sostituisce al collegio di esperti nominato dall'OCRI, non assiste l'imprenditore nella trattativa, non è un suo "consulente" pur dotato di requisiti di indipendenza, ma una figura terza e indipendente, chiamata a operare in modo imparziale ed equidistante per "agevolare" le trattative, senza le ambiguità che caratterizzavano la precedente figura,²⁹ e a cui vengono affidati compiti più chiari con modalità di azione più nitide³⁰. Le stesse misure protettive di cui all'art. 18 scattano automaticamente a far data dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione che può accompagnare la domanda di nomina dell'esperto, salva la necessità che l'imprenditore ne chieda subito dopo la conferma al tribunale competente, ciò a sottolineare il *favor* del legislatore verso tale istituto.

Viene meno anche il diritto del debitore di essere sentito nella fase di nomina (di uno dei tre componenti l'abrogato collegio di esperti), che serviva a far percepire come "amichevole" l'intervento dell'organo compositore, quasi ad attutire i timori dell'imprenditore per i possibili esiti negativi del procedimento con le relative segnalazioni al pubblico ministero. All'opposto, l'ultimo comma dell'art. 12 precisa da subito che « alla composizione negoziata non si applica l'articolo 38 », scongiurandosi in tal modo la riproposizione di quel "piano inclinato" che sembrava

includere l'insolvenza tra le situazioni che consentono l'accesso allo strumento, di affidare al solo debitore lo strumento riorganizzativo del suo squilibrio e di interferire in modo eccessivo e squilibrato con le successive procedure concorsuali; ancora in senso critico, D. GALLETTI, *Breve storia di una (contro) riforma "annunciata"*, in *IUS - Crisi d'impresa (ius.giuffre.it)*.

²⁸ Evidenzia le oscillazioni della disciplina delle procedure concorsuali, a far data dal 2005, tra riforme connotate da restrizioni di ordine pubblicistico e da una prospettiva più giurisdizionale, ed altre marcate da un distacco dalla giurisdizione e maggiore apertura all'autonomia privata, S. SANZO, *Principi generali. Allerta e composizione negoziata*, in *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 17 giugno 2022*, n. 83, Bologna, 2022, 13; la filosofia di fondo della riforma, nel segno della "privatizzazione" delle procedure di gestione è sottolineata anche da F. MACARIO, *La composizione negoziata della crisi e dell'insolvenza del debitore*, in *Contratti*, 2022, 5.

²⁹ Si legge nel decreto dirigenziale 28 settembre 2021 che l'esperto è « terzo rispetto a tutte le parti, imprenditore compreso. Non lo assiste, né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi ». Rimane negletto però il ruolo dei professionisti che assistono l'imprenditore, i cui crediti non sono annoverati tra quelli prededucibili, nonostante i rilievi critici che tale esclusione ha sollevato sin dalla prima versione del codice. E ciò, nonostante i costi per l'imprenditore possano ridursi grazie alla sostituzione del singolo esperto al collegio dell'OCRI.

³⁰ Ulteriormente specificate dal decreto dirigenziale che contiene un protocollo sulla conduzione della composizione negoziata; cfr. in tema M. FABIANI, I. PAGNI, *op. cit.*, 1480, secondo cui « il terzo coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna »; per F. MACARIO, *op. cit.*, 7, il rapporto con l'esperto sarebbe qualificabile alla stregua di un mandato.

segnare il destino dell'imprenditore uscito dalla composizione assistita senza un accordo ³¹. Di qui, la maggiore attrattività del nuovo istituto, ulteriormente supportata dalle misure premiali previste dall'art. 25-bis con modalità tali da potere talora resistere anche ad esiti negativi della procedura (art. 25-bis, comma 3, e 23, comma 2).

Ma il tratto essenziale del nuovo istituto è nella sua capacità, affidata solo alle parti interessate, non solo di contrastare una crisi in atto ma finanche di precedere una crisi solo "probabile" e di evitarla. Ciò in maniera coerente con la rimodulazione dell'allerta interna — che deve attivarsi proprio quando l'organo di controllo riscontri la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata (art. 25-*octies*), ovvero anche una crisi solo probabile — e con l'abbassamento delle soglie dell'allerta esterna, pure inteso a far emergere precocemente una situazione di crisi potenziale. In tal modo, si è recuperato il senso complessivo degli strumenti di allerta e di composizione stragiudiziale della crisi, non solo in linea con la legge delega e la direttiva UE 1023/2019, ma anche coerentemente con lo spirito primigenio della raccomandata 135/2014, di forgiare degli strumenti che fossero di ausilio all'imprenditore nella precoce intercettazione della crisi e nell'evitare il fallimento ³². E in questo quadro, è evidente il rilievo che assumono, per un verso, le informazioni rese disponibili all'imprenditore sui siti ministeriali e, per altro verso, la piattaforma telematica di cui all'art. 13. Quest'ultima gioca un ruolo chiave anche nel corso della composizione negoziata, essendo consentito l'accesso anche ai creditori e ai terzi eventualmente interessati ad acquistare rami d'azienda in esito a procedure di selezione.

Ciò non toglie che siano previsti incisivi interventi dell'autorità giurisdizionale in relazione a specifici momenti della composizione negoziata, dalla possibilità di disporre misure protettive o cautelari (artt. 18-19) a quella di autorizzare determinati atti di straordinaria amministrazione (art. 22). Né può dirsi che il ceto creditorio possa risultare penalizzato dalla mancanza di un organo di controllo: non solo il ruolo dell'esperto può essere molto incisivo sulla stessa gestione dell'impresa nelle more delle trattative (basti pensare alle segnalazioni di atti pregiudizievoli o incoerenti rispetto alle trattative, di cui all'art. 21), quanto anche le misure protettive e cautelari possono essere revocate dal giudice su impulso degli stessi creditori nei casi previsti dal codice; mentre per determinate categorie di atti è richiesta l'autorizzazione del tribunale (art. 22).

Venendo alla natura dell'istituto in esame, giova evidenziare come si debba escludere che lo stesso possa annoverarsi tra gli strumenti di regolazione della crisi,

³¹ Naturalmente, nulla vieta che l'autorità giurisdizionale, nei momenti in cui è chiamata a intervenire nel corso del procedimento (artt. 19 e 22, richiamati dall'art. 12) ovvero in ogni altra situazione in cui ravvisi l'insolvenza, possa riferire al pubblico ministero perché eserciti la sua legittimazione a innescare il procedimento di liquidazione (art. 38, commi 1 e 2).

³² Così anche P. VELLA, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII*, in *Fall.*, 2021, 1489 ss.; cfr. pure A. GUIOTTO, *La nuova "allerta" nella declinazione degli assetti organizzativi*, in *Fall.*, 2022, 1185 ss.

così come definiti dall'art. 2, lett. *m*-bis), ove si legge che tali strumenti « possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi »³³. D'altra parte, non si tratta di una procedura concorsuale (come già si era affermato per la vecchia composizione assistita), in mancanza di quegli elementi che sono soliti contraddistinguere tali strumenti: l'esistenza stessa di un procedimento, di un giudice o di organi di gestione o controllo nominati dall'autorità giurisdizionale, la previsione di regole sulla distribuzione, l'universalità del patrimonio oggetto di concorso, lo spossessamento dell'imprenditore — che qui è anzi escluso espressamente, rimanendo ferma in capo a esso la gestione dell'impresa, semmai con un rafforzamento delle responsabilità dell'amministratore³⁴. È piuttosto uno strumento che si colloca in un momento temporale anteriore all'espletamento di tali procedure, in cui viene veicolata quella fase di “trattativa” con i creditori che normalmente le precede e che può però mostrarsi risolutiva nel garantire la continuità dell'impresa³⁵.

3. Le condizioni di accesso alla composizione negoziata

Come si è detto, la legittimazione a presentare l'istanza di composizione negoziata risiede esclusivamente in capo all'imprenditore.

Dal punto di vista soggettivo, la platea dei soggetti legittimati è vastissima, essendosi di molto ampliata quella prevista per l'abrogata composizione assistita³⁶:

³³ Conf. I. PAGNI, *L'entrata in vigore del Codice della crisi: le nuove regole di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Riv. esec. forz.*, 2022, 627; più dubbioso, a quanto sembra, S. SANZO, *op. cit.*, 14 (nota 6), pur ricavando ulteriore argomento testuale dalla menzione della composizione accanto agli strumenti di regolazione nell'art. 4.

³⁴ Sulla confusione che regna oggi in merito alla definizione di “procedura concorsuale” (non menzionata nelle “definizioni” del codice, ma richiamata in diverse disposizioni), cfr. M. FABIANI, *Introduzione ai principi generali*, cit., 1176 ss.; in tema, v. A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2021, 41 ss.; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2021, 5 ss.; Id., *La concorsualità “liquida” nella composizione negoziata*, in *Fall.*, 2022, 301 ss.; Cass. 12 aprile 2018, n. 9087, parla in proposito di “cerchi concentrici” nei quali si collocano le varie procedure. Per la distinzione tra “procedure” e “regole” concorsuali, Cass., sez. un., 31 dicembre 2021, n. 42093, rilevando l'applicabilità delle seconde anche al di fuori della sfera delle prime.

³⁵ Cfr. I. PAGNI, *op. ult. cit.*, 627, che osserva come il momento delle trattative fosse in precedenza « nella sostanza non regolato ».

³⁶ La composizione assistita era accessibile « ai debitori che esercitano attività imprenditoriale », in qualunque forma ciò avvenga, anche se agricole e minori, ma compatibilmente in questo caso con la loro struttura organizzativa (comma 7), e alle imprese in l.c.a., ma qui con significative integrazioni della disciplina ai sensi dell'art. 316, comma 1, lett. *a*) e *b*) (comma 8). Nutrita la lista delle esclusioni: anzitutto, « le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal regolamento della Commissione nazionale per le società e la borsa — Consob concernente la disciplina degli emittenti » (comma 4). Vi si aggiungevano i soggetti previsti dal comma 5: banche, intermediari finanziari ex 106 TUB, istituti di moneta elettronica e di pagamento, società di intermediazione mobiliare, società di gestione del risparmio, sicav, istituti di pagamento e di moneta elettronica, i fondi comuni di investimento, le fondazioni bancarie, la Cassa depositi e prestiti, i fondi pensione, le imprese di assicurazione, le società fiduciarie ex art. 199 TUF ecc.

l'art. 12 infatti menziona «l'imprenditore commerciale e agricolo» (quest'ultimo senza le limitazioni previste dal vecchio testo, che rischiavano di comportare contrasti e trattamenti differenti rispetto a casi simili, data la genericità della clausola di "compatibilità" con la "struttura organizzativa") a prescindere dalle sue dimensioni³⁷. Infatti, per gli imprenditori "sotto soglia", non assoggettabili a liquidazione giudiziale, l'art. 25-*quater* detta una disciplina *ad hoc* di composizione negoziata, a conferma del fatto che tale istituto è considerato utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali (così già la relazione illustrativa al d.l. n. 118/2021)³⁸.

Semmai, un limite deriva dal fatto che per poter accedere l'imprenditore deve essere iscritto al registro delle imprese, non potendo in mancanza far uso della piattaforma telematica³⁹.

Un divieto espresso di accedere è, invece, dettato dall'art. 25-*quinquies*, per quegli imprenditori che abbiano depositato un ricorso *ex art.* 40 per l'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi o alla procedura di liquidazione o se vi abbia rinunciato nei quattro mesi precedenti l'istanza di composizione, dei quali si dirà oltre.

Peculiare è la situazione dell'imprenditore cessato o defunto. Nel primo caso, salvo che si sia cancellato dal registro, la possibilità astratta di presentare l'istanza pare preclusa in concreto dalla verosimile carenza del requisito oggettivo della risanabilità dell'impresa o, prima ancora, dal venir meno della sua stessa qualifica di imprenditore. Diverso il caso dell'imprenditore defunto, posto che l'impresa può essere continuata dagli eredi, anche nella forma della società di fatto: ma è chiaro che qui a presentare l'istanza sarebbero per l'appunto gli eredi, quali nuovi imprenditori che hanno deciso di continuare l'attività. Da ultimo, la composizione pare accessibile anche all'impresa in fase di liquidazione, purché ovviamente si intraveda la risanabilità dell'impresa che può attuarsi vuoi grazie alla possibile revoca dello stato di liquidazione vuoi anche nella forma liquidatoria della cessione dell'azienda⁴⁰.

Venendo ai requisiti oggettivi, la composizione negoziata è accessibile quando l'impresa «si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa». Si tratta, dunque, di un duplice requisito⁴¹: la

³⁷ In tema, C. TRENTINI, *Presupposto soggettivo*, in M. IRRERA, S.A. CERRATO, *La crisi di impresa e le nuove misure di risanamento*, Bologna, 2022, 60 ss. Rimangono esclusi professionisti e consumatori, soggetti alle norme in tema di sovraindebitamento: F. MACARIO, *op. cit.*, 7.

³⁸ Tra queste, le *start up* innovative di cui alla lett. c) dell'art. 2.

³⁹ Il problema può porsi anche per quei soggetti "fallibili" che non sono iscritti al registro, come enti ospedalieri, associazioni o fondazioni che esercitano attività di impresa: il rilievo è di S. SANZO, *Principi generali*, cit., 29 (nota 37).

⁴⁰ Conf. S. SANZO, *op. cit.*, 34.

⁴¹ In dottrina si parla invece di "condizione" con riguardo alla necessità che, per tutta la durata del percorso, il risanamento dell'impresa sia ragionevolmente perseguibile (M. SPADARO, *La composizione negoziata della crisi delle imprese sotto soglia*, in *Fall.*, 2022, 3, 314). Sul valore di requisiti di

olo » (quest'ultimo no di comportare ricità della clausola e dalle sue dimenabili a liquidazione izzazione negoziata, a da tutte le realtà 21) ³⁸.

imprenditore deve anza far uso della

25-*quinquies*, per per l'accesso a uno quidazione o se vi sizione, dei quali si

o. Nel primo caso, presentare l'istanza to oggettivo della a stessa qualifica di che l'impresa può fatto: ma è chiaro eredi, quali nuovi o, la composizione hé ovviamente si grazie alla possibile toria della cessione

accessibile quando omico-finanziario volmente perseguibile requisito ⁴¹: la

ATO, *La crisi di impresa* professionisti e consuma-

sono iscritti al registro, impresa: il rilievo è di S.

ata che, per tutta la durata M. SORDANO, *La composi-* dal valore di requisiti di

condizione di squilibrio, da un lato, la ragionevole perseguibilità del risanamento dall'altro.

Il primo di essi investe, anzitutto, il concetto di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario e quello di crisi o insolvenza.

Se l'obiettivo del codice è stato sin da principio la precoce intercettazione dello stato di crisi dell'impresa, al fine di adottare sollecitamente le misure più idonee alla sua composizione (art. 12, comma 1), determinante risulta individuare esattamente in cosa consista la "crisi", posto che lo stato di insolvenza è rimasto, nella sua definizione, inalterato ⁴². Di tale compito si è incaricato il legislatore delegato che, nell'art. 2, dedicato alle definizioni, aveva individuato la crisi dapprima nello « stato di difficoltà economico-finanziaria 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 » ⁴³. Con il decreto correttivo, la definizione è mutata sostituendosi lo stato di difficoltà con il più rigoroso « stato di squilibrio economico-finanziario », in quanto « più corretta secondo i parametri della scienza aziendalistica » (così la relazione illustrativa al correttivo). Nella sua ultima versione, sparisce il riferimento allo squilibrio (« lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza ») e si specifica che all'esterno esso si manifesta con l'inadeguatezza prospettica dei flussi di cassa a far fronte alle obbligazioni (assunte e da assumere) « nei successivi dodici mesi » ⁴⁴.

Abbiamo, dunque, per la prima volta nel nostro ordinamento una nozione positiva di crisi, dettata altresì in termini positivi, nel senso che non si ricava *a contrario* e genericamente da uno stato di difficoltà diverso dall'insolvenza, ma

accesso si v. pure V. A. ROSSI, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Fall.*, 2021, 1501.

⁴² La nozione di crisi viene introdotta nella legge fallimentare nel 2005, ma senza che ne fosse data una precisa definizione. Nell'art. 160, comma 3, l. fall., si stabiliva ai fini della proposta di concordato preventivo che per stato di crisi si intendeva "anche lo stato di insolvenza". In tema, tra le innumerevoli voci, si v. G. TERRANOVA, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013, 75 ss.; A.M. AZZARO, *Appunti sulla nozione giuridica di "crisi" d'impresa come stato di non insolvenza (irreversibile)*, in S. AMBROSINI (diretto da), *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, 136 ss., 147, ove si mostra critico verso la definizione di crisi fornita dal legislatore in quanto inidonea a rappresentare il presupposto comune per l'accesso alle varie procedure regolatorie finalizzate alla conservazione dell'impresa. Bolla come inutile e dannosa la scelta di dare una definizione di crisi, A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della twilight zone*, in *Fall.*, 2019, 293 ss. Per la necessità di una delimitazione della nozione di crisi « se dalla sua esistenza si fanno derivare effetti giuridici » v. però, condivisibilmente, già M. SANDULLI, *I controlli delle società come strumenti di tempestiva rilevazione della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2009, 1104.

⁴³ Già la legge delega all'art. 2, comma 1, lett. c), stabiliva tra i criteri e principi direttivi quello di fornire una definizione di crisi come « probabilità di futura insolvenza ».

⁴⁴ Sparisce altresì l'avverbio "regolarmente", ma non pare che la definizione muti nella sostanza, pur potendosi ammettere che il testo finale sembra abbracciare una nozione meno rigorosa: così L. PANZANI, *La composizione della crisi dopo lo schema di decreto legislativo del C.d.M. del 17 marzo 2022*, in *dirittodellacrisi.it*, il quale nota come anche l'omesso riferimento allo stato di squilibrio non toglie che esso sia implicito nel fatto che l'impresa abbia flussi di cassa inadeguati.

consiste in quella particolare situazione che rende probabile l'insolvenza sulla scorta di una valutazione prospettica dell'adeguatezza dei propri flussi di cassa in rapporto alle obbligazioni pianificate. Si tratta, in ogni modo, di una definizione che continua a rapportarsi con la consolidata nozione di insolvenza⁴⁵, rappresentando una situazione di difficoltà che la precede e che in essa può sfociare in quanto è già prevedibile che in un vicino futuro l'imprenditore non sarà più in grado di far fronte alle proprie obbligazioni⁴⁶.

Si deve comunque evidenziare come, inizialmente, il legislatore avesse avvertito la necessità di ancorare la valutazione prognostica di inadeguatezza dei flussi di cassa rispetto alle obbligazioni assunte a elementi di carattere obiettivo, onde scongiurare arbitrii e valutazioni errate, che potevano risultare assai perniciose nel precedente (e mai entrato in vigore) sistema di allerta⁴⁷. Solo in tal modo, si riteneva, con un concetto di crisi "oggettivamente misurabile"⁴⁸, si sarebbe potuto giustificare il riconoscimento all'imprenditore in crisi di un regime di favore con misure premiali e protettive, e d'altro canto, che quello stesso imprenditore potesse essere assoggettato ad allerta e indotto ad attuare misure volte al superamento della crisi o a negoziare con i creditori una sua composizione, con quel che ne consegue in termini di condizionamento delle sue scelte gestionali⁴⁹. Sul punto, peraltro, la legge delega non conteneva criteri precisi, limitandosi a prevedere che l'obbligo degli organi di controllo di avvisare l'organo amministrativo insorgesse con riferimento all'esistenza di "fondati indizi della crisi", nozione a sua volta incerta e

⁴⁵ Definita, all'art. 2, comma 1, lett. b), c.c.i., come « lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni ».

⁴⁶ A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fall.*, 2019, 412; S. SANZO, *I principi generali e le disposizioni di immediata attuazione*, in *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, 11, che rimarca la differenza della crisi dall'insolvenza: « non già l'inadeguatezza dei flussi di cassa integra crisi, ma la pianificazione complessiva mostra una tendenza che (in una situazione in cui l'imprenditore riesce ancora a pagare regolarmente le proprie obbligazioni) legittima a ritenere che per il futuro tale regolarità non è garantita ».

⁴⁷ Non va dimenticato che già la raccomandazione n. 2014/135/UE aveva cura di precisare (16° considerando) che la possibilità di ristrutturare precocemente l'impresa in crisi deve « evitare potenziali rischi di abuso della procedura », rendendosi a tal fine « necessario che le difficoltà finanziarie del debitore comportino *con tutta probabilità* l'insolvenza del debitore e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la redditività dell'impresa » (corsivo nostro). Mentre per la nuova direttiva 2019/1023 l'accesso a procedure di « allerta precoce » è previsto in situazioni in cui è « probabile » l'insolvenza, al fine di « segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio ».

⁴⁸ Cfr. ancora A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fall.*, 2019, 420.

⁴⁹ È infatti proprio con riferimento al momento dal quale si ritiene insorgano i doveri degli amministratori verso i creditori (oltre che verso i soci), che incidono sensibilmente sul loro operato alla guida dell'impresa, che una più precisa definizione di crisi può rivelare la sua ragione più profonda.

venza sulla scorta
cassa in rapporto
one che continua
presentando una
e in quanto è già
grado di far fronte

e avesse avvertito
ezza dei flussi di
obiettivo, onde
sai perniciose nel
in tal modo, si
si sarebbe potuto
me di favore con
renditore potesse
uperamento della
che ne consegue
unto, peraltro, la
ere che l'obbligo
orgesse con riferi-
a volta incerta e

e che si manifesta con
in grado di soddisfare

in *Fall.*, 2019, 412; S.
ovo *Codice della crisi*
a crisi dall'insolvenza:
omplessiva mostra una
egolarmente le proprie
ita ».

aveva cura di precisare
in crisi deve « evitare
ssario che le difficoltà
bitore e che il piano di
dell'impresa » (corsivo
erta precoce » è previsto
ore la necessità di agire

o della crisi, in *Fall.*, 2019,

ne assorgano i doveri degli
onente sul loro operato alla
la sua ragione più profonda.

sconosciuta⁵⁰. Nell'attuazione della delega con l'originaria versione del codice, la necessità di affidarsi a parametri oggettivi per la determinazione dei "fondati indizi della crisi" era stata quindi soddisfatta mediante lo strumento degli "indicatori", a loro volta identificabili e rilevabili attraverso apposti "indici", le cui soglie erano state ritenute particolarmente elevate.

Con l'attuazione della direttiva *insolvency*, i meccanismi automatici dell'allerta "prima versione" vengono meno e il concetto di crisi torna dunque ad essere più elastico. Per l'effetto, l'accesso alla composizione negoziata, possibile, anzi auspicabile, anche quando la crisi appaia solo probabile (c.d. *twilight zone*), viene reso più duttile e ricollegato alla contemporanea sussistenza del secondo requisito oggettivo, quello della risanabilità dell'impresa. In questa prospettiva, finanche lo stato di insolvenza consente l'accesso alla composizione, purché naturalmente non risulti irreversibile, tale cioè da precludere il risanamento dell'impresa. Ne è conferma l'art. 21 dove, al comma 1, è espressamente previsto che nel corso della composizione negoziata l'imprenditore deve gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori laddove risulti che egli sia "insolvente"⁵¹.

Il primo momento in cui è possibile verificare la ricorrenza di tale elemento è, per l'imprenditore, l'esecuzione del *test* pratico con le modalità previste dal decreto

⁵⁰ Da delimitarsi soltanto mediante l'utilizzo di « parametri corrispondenti a quelli rilevanti ai fini del riconoscimento delle misure premiali di cui alla lett. b) » (cfr. art. 4, comma 1, lett. c). Quest'ultima disposizione prevedeva, poi, che tali misure premiali, ovvero le cause di non punibilità per alcuni tipici reati fallimentari o le attenuanti e il riconoscimento di una congrua riduzione di interessi e sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa, fossero condizionate alla presentazione di una domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o di composizione assistita della stessa entro il termine di sei mesi dal verificarsi di « determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità ». Da subito si è fatto notare come, nonostante la legge delega facesse riferimento, ai fini della definizione dello stato di crisi, alle "elaborazioni della scienza aziendalistica" (art. 2, comma 1, lett. c), a nessuno dei parametri indicati alla lett. b) dell'art. 4 della legge delega « la scienza aziendalistica ha mai attribuito la capacità di segnalare in modo incontrovertibile o anche solo probabile una situazione di insolvenza prospettica ». Il che avrebbe potuto creare un vero allarme per il rischio di un elevato numero di c.d. falsi positivi, ovvero di soggetti che pur risultando positivi agli indicatori non versino affatto in uno stato di crisi (R. RANALLI, *Gli indicatori di allerta nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare approvato dalla camera; esame critico; rischi per il sistema delle imprese*, in *ilcaso.it*, 14 febbraio 2017, 2).

⁵¹ In favore di questa prospettiva si era espresso A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in AA.VV., *Crisi e insolvenza. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 419. In senso critico, invece, M. FERRO, *La composizione negoziata*, cit., 1588, che paventa la possibilità che il giudice revochi le protezioni concesse laddove la situazione dell'imprenditore sia di insolvenza e non di mera crisi, ritenendo inappropriato il ricorso alla composizione invece che a una procedura concorsuale. Sulla base di analoghi rilievi, si veda la posizione assunta dal Trib. Siracusa nell'ordinanza del 14 settembre 2022, in *ilcaso.it*, e già fonte di contrasti, secondo cui lo stato di insolvenza al quale fa riferimento il codice nell'art. 21 riguarda i soli casi in cui l'imprenditore risulti insolvente *nel corso delle trattative*, rimanendo per converso escluso che detta situazione di insolvenza possa sussistere già al momento del deposito della domanda di nomina dell'esperto per la composizione negoziata della crisi.

dirigenziale del 28 settembre 2021. Da qui egli potrà ricavare le informazioni di base per poter redigere il progetto di piano di risanamento e il piano finanziario che costituiscono il corredo essenziale alla domanda di nomina dell'esperto prevista dall'articolo in commento e, in modo più articolato, dal successivo art. 17 (cui si rinvia) ⁵².

Una riflessione conclusiva riguarda proprio il concetto di risanamento dell'impresa, che risulta alquanto esteso. È lo stesso art. 12, comma 2, infatti, a stabilire che tale risultato possa essere perseguito, in ultima analisi, con il trasferimento dell'azienda o di un suo ramo, in modo da preservare la continuità della stessa e il portato di valori che le appartengono ⁵³. Questa soluzione può concorrere con il mantenimento in capo all'imprenditore di una parte delle sue attività, limitandosi il trasferimento solo a un ramo, di modo che i proventi possano essere utilizzati per negoziare con i creditori o reinvestiti nei settori più produttivi; o può rappresentare la soluzione residuale nel caso in cui la continuità possa essere garantita solo in via indiretta, attraverso la cessione dell'intera azienda, dopo aver verificato la disponibilità dei creditori ad accettare (e in che misura) la falcidia dei loro crediti.

Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che la generica dizione "trasferimento" pare sufficientemente ampia per ricomprendere non solo l'alienazione dell'azienda o di suoi rami, o il conferimento in altre società, quanto anche l'affitto e quindi il solo godimento ⁵⁴. Peraltro, considerando che il trasferimento rientra comunque tra gli atti di straordinaria amministrazione, laddove lo stesso sia posto in essere nel corso della composizione negoziata l'imprenditore, che pur mantiene la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, è comunque tenuto a informare l'esperto ai fini delle segnalazioni della natura pregiudizievole di tale iniziativa o dell'eventuale iscrizione del dissenso nel registro delle imprese (art. 21). Non è peraltro richiesto che la cessione debba essere preceduta da una verifica competitiva sul mercato, mantenendo l'imprenditore la piena gestione dell'attività con i temperamenti pur previsti dall'art. 21 (al cui commento si rinvia) e ferma la sua "responsabilità" (art. 24) ⁵⁵.

Qualora, poi, si volesse conseguire il risultato di escludere la responsabilità in solido del cessionario (in tal caso, solo dell'acquirente, ovvero di colui che diventa

⁵² L'anticipazione alla situazione di pre-crisi del momento per l'applicazione di istituti previsti per legge per il risanamento ha, come contraltare, una corrispondente anticipazione dell'insorgere dei doveri in capo agli organi sociali (artt. 25-*octies* e 2086 c.c.).

⁵³ Nel decreto dirigenziale si legge, infatti, che « se la continuità aziendale può essere perseguita solo in via indiretta, occorre stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità del risanamento ». M. FABIANI, I. PAGNI, *Introduzione alla composizione negoziata*, cit., 1484, evidenziano come tale soluzione potrà adottarsi « a condizione che il ricavato consenta all'imprenditore di gestire l'indebitamento con accordi col ceto creditorio ».

⁵⁴ In tema, G. D'ATTORRE, *La concursualità "liquida" nella composizione negoziata*, in *Fall.*, 2022, 303.

⁵⁵ È peraltro da escludersi qualsiasi effetto purgativo a seguito del trasferimento, finanche se autorizzato ai sensi dell'art. 22: cfr. ancora G. D'ATTORRE, *op. cit.*, 310.

ormazioni di base
o finanziario che
l'esperto prevista
ivo art. 17 (cui si

namamento dell'im-
ntti, a stabilire che
sferimento dell'a-
stessa e il portato
e con il manteni-
tà, limitandosi il
sere utilizzati per
uò rappresentare
rantita solo in via
ificata la disponi-
ro crediti.

e "trasferimento"
zione dell'azienda
affitto e quindi il
tra comunque tra
osto in essere nel
ntiene la gestione
mare l'esperto ai
a o dell'eventuale
peraltro richiesto
tiva sul mercato,
emperamenti pur
ponsabilità" (art.

responsabilità in
colui che diventa

ione di istituti previsti
ione dell'insorgere dei

può essere perseguita
dell'azienda o di rami
re la praticabilità del
cit., 1484, evidenziano
imprenditore di gestire

negozziata, in Fall., 2022,
trasferimento, finanche se

il nuovo proprietario dell'azienda), prevista in linea generale dell'art. 2560, comma 2, c.c., occorre che l'imprenditore faccia istanza al tribunale ai sensi dell'art. 22. Quest'ultima disposizione prevede, infatti, alla lettera *d*), che il tribunale conceda tale autorizzazione «dettando le misure ritenute opportune» per la tutela dei diversi "interessi coinvolti" e verificandone il rispetto.

4. Composizione negoziata e richiesta di fallimento del PM

Come si è visto, lo strumento in esame si inquadra, di base, su un binario di tipo stragiudiziale che, per un verso, mette l'imprenditore al riparo da iniziative del pubblico ministero e, per altro verso, non contempla il coinvolgimento dell'autorità giudiziaria, consentendo all'imprenditore di conservare la gestione dell'azienda nel corso della procedura.

Sotto il primo profilo assume rilevanza il comma 3 della norma in commento che esclude l'applicazione dell'art. 38, fatta eccezione per i procedimenti di cui agli artt. 19 e 22.

L'art. 38, al cui commento si rinvia, conferisce al pubblico ministero il potere di presentare ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale ove abbia notizia dell'insolvenza, e all'autorità giudiziaria di segnalare al PM lo stato d'insolvenza qualora lo rilevi nel corso di un procedimento. La disapplicazione della norma nel corso della composizione negoziata permette all'imprenditore di continuare ad adoperarsi al fianco dell'esperto per il risanamento, anche qualora nel corso della procedura si manifesti uno stato di insolvenza, senza timore di vedersi esposto alla liquidazione giudiziale su iniziativa (non solo dei creditori, per quanto previsto dal citato art. 18, comma 4, ma anche) del PM, completando così il quadro protettivo configurato dal legislatore a tutela dell'imprenditore⁵⁶. Nella neutralizzazione dell'art. 38 risiede, in definitiva, l'esigenza di evitare elementi di perturbazione del meccanismo della composizione negoziata, quand'anche provenienti dall'autorità giudiziaria, per rendere ancor più appetibile per l'imprenditore l'accesso alla composizione negoziata.

L'art. 38 dispiega invece pienamente la propria efficacia nei procedimenti, questa volta a carattere giurisdizionale, avviati a norma degli artt. 19 e 22 e, precisamente, quando l'autorità giudiziaria sia investita dell'istanza per la conferma delle misure protettive e per l'adozione delle misure cautelari necessarie per portare a termine le trattative, nonché quando il tribunale sia investito del ricorso per il rilascio delle autorizzazioni necessarie a contrarre finanziamenti o a trasferire l'azienda. In altre parole, quando si passa al binario giurisdizionale, ritorna operativo l'art. 38, sicché laddove il PM abbia notizia dello stato di insolvenza egli potrà assumere l'iniziativa per l'apertura della liquidazione giudiziale e, per altro verso,

⁵⁶ In tema, F. DE SANTIS, *Le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2021, 12, 1536 ss.; G. RANA, *Il non facile coordinamento tra composizione negoziata, regolazione concorsuale della crisi e iniziative cautelari*, in *Fall.*, 2022, 2, 254.

riemerge l'obbligo di segnalazione previsto dal comma 2 della norma in capo al tribunale adito con le istanze di cui agli artt. 19 e 22.

Ciò non toglie che anche l'iniziativa del PM debba sottostare alla previsione contenuta nell'art. 18, comma 4, circa la preclusione alla pronuncia della sentenza di liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza⁵⁷. D'altra parte, nulla impedisce al tribunale che sia già stato investito del ricorso per la dichiarazione giudiziale, di respingere l'istanza ove riscontri l'assenza dei presupposti per l'accesso alla procedura di liquidazione.

⁵⁷ Preclusione che viene meno già quando l'esperto chiuda con la relazione finale la composizione negoziale: M. FERRO, *La composizione negoziata il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D.L. n. 118/2021*, in *Fall.*, 2021, 12, 1581.