

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 |

Articolo 21

Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative

Commento

di ULISSE COREA

1. I principi che governano l'azione dell'imprenditore nel corso delle trattative

A completamento della disciplina dei rapporti tra l'imprenditore e l'esperto, l'art. 21 declina le regole e i principi ai quali deve attenersi l'imprenditore nella gestione dell'azienda dopo aver formulato istanza di nomina dell'esperto. Specularmente la disposizione in commento detta all'esperto le azioni da intraprendere per l'ipotesi in cui l'imprenditore adotti iniziative che contrastano con le regole e i principi posti a presidio dell'efficace svolgimento delle trattative.

La funzionalità della norma si regge sul presupposto che la composizione negoziata della crisi, non configurando una procedura concorsuale, non provoca lo spossessamento dell'azienda e l'imprenditore che ha accesso al percorso conserva la titolarità della gestione, potendo egli compiere tutti gli atti che ineriscono all'esercizio dell'impresa, senza limitazioni. Come è stato evidenziato in dottrina, non realizzandosi neppure un semi-spossessamento (tipico del concordato preventivo), l'esperto non ha poteri di controllo né il potere di ingerirsi nelle scelte organizzative autorizzando o negando il compimento di atti di gestione¹. Trattandosi, tuttavia, di un itinerario che può innestarsi già su uno stato di pre-crisi, diventa fondamentale canalizzare il governo dell'attività aziendale entro un binario che sia allo stesso tempo conforme alla prospettiva del risanamento e alla tutela dei creditori sui quali gli atti gestori inevitabilmente si ripercuotono².

In quest'ottica il comma 1 dell'art. 21 individua tre principi ai quali le scelte organizzative dell'imprenditore devono essere orientate, a seconda della peculiare situazione (di crisi, o di reversibile insolvenza) in cui l'impresa si trovi: la sostenibilità economico finanziaria dell'attività intrapresa, la prevalenza dell'interesse dei creditori, la responsabilità dell'imprenditore.

Il primo principio dovrebbe suggerire all'imprenditore di evitare il compimento di atti che potrebbero incrinare l'equilibrio economico-finanziario dell'azienda, aggravando lo stato di crisi in cui l'impresa già versa (o risulti avviata). In queste situazioni, non si tratta di compiere atti solo conservativi o che non arrechino pregiudizio ai creditori; essendoci continuità aziendale in corso di trattative, si tratta

¹ S. SANZO, *Il codice della crisi dopo il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83*, Bologna, 2022, 42, evidenzia l'assoluta novità per il nostro sistema di una gestione "libera" da parte dell'imprenditore in crisi.

² L'assonanza della disposizione in commento rispetto ai principi declinati nella direttiva UE 2019/1023, è sottolineata da P. VELLA, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII*, in *Fall.*, 2021, 1498.

di compiere atti che siano finalizzati a garantire il mantenimento della continuità³. Il decreto dirigenziale 28 settembre 2021 seleziona in proposito alcune attività che si pongono in linea con l'obiettivo del risanamento e che non alterano la sostenibilità economico-finanziaria dell'azienda. Si tratta delle attività dalle quali ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o delle attività che pur caratterizzate da un margine operativo lordo negativo, sono compensate da adeguati vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale. Configurano situazioni di vantaggio per i creditori, per esempio, il miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono.

L'esigenza di non arrecare pregiudizio ai creditori entra in gioco quando nel corso delle trattative risulta che l'imprenditore sia insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento. Poiché l'insolvenza presuppone l'incapacità patrimoniale di onorare regolarmente le obbligazioni contratte, la gestione dell'impresa in questa fase, dovrebbe essere organizzata in modo da consentire quanto più possibile il soddisfacimento delle pretese dei creditori⁴. Non vi è pregiudizio, per esempio, in caso di finanziamenti eseguiti in favore di società controllate, quando i finanziamenti siano necessari ad assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia in grado di rimborsare i finanziamenti attraverso i soli flussi derivanti dalla continuità stessa. Vi è viceversa pregiudizio, per esempio, quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento⁵.

Si è rilevato come per questa ipotesi la legge non preveda sanzioni o inibizioni in caso di condotte pregiudizievoli, ma lasci intatta la responsabilità penale, oltre che civile, del debitore. E così che entra in campo il terzo principio di cui al comma 1, vigente quale che sia la situazione in cui versa l'impresa. La norma non cambia la prospettiva del sistema della garanzia patrimoniale, i principi che la sorreggono sono sufficienti ad orientare il comportamento dell'imprenditore, non essendo libero di tenere condotte pregiudizievoli per i creditori⁶. È per questo che rimane ferma la responsabilità per gli atti compiuti (v. anche l'art. 24, comma 4). Il canone sotteso ad ogni attività organizzativa compiuta dall'imprenditore, viene richiamato dal legislatore nell'art. 21 per sensibilizzarlo al compimento di scelte sempre coerenti con la prospettiva del risanamento, anche quando si tratti di atti di

³ M. FABIANI, I. PAGNI, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fall.*, 2021, 1484.

⁴ A. ILLUMINATI, *Art. 21, Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative*, in F. DI MARZIO (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Milano, Giuffrè Francis Lefebvre, 2022, 80, sottolinea come la disposizione sia coerente con l'art. 2086, comma 2, ma anche con la regola stabilita all'art. 2486 c.c., secondo cui al verificarsi di una causa di scioglimento l'imprenditore deve gestire la società ai soli fini della conservazione della integrità e del valore del patrimonio.

⁵ Si v. sul punto il decreto dirigenziale al par. 7.9 della sezione III.

⁶ M. FABIANI, I. PAGNI, *Introduzione*, cit., 1484.

ative

o delle trattative

litore e l'esperto,
prenditore nella
l'esperto. Specu-
da intraprendere
con le regole e i

la composizione
e, non provoca lo
corso conserva la
neriscono all'eser-
in dottrina, non
rdato preventivo),
celte organizzative
andosi, tuttavia, di
enta fondamentale
che sia allo stesso
creditori sui quali

si ai quali le scelte
da della peculiare
si trovi: la sosteni-
a dell'interesse dei

si evitare il compi-
o-finanziario dell'a-
o risulti avviata). In
o che non arrechino
di trattative, si tratta

logna, 2022, 42, evidenzia
l'imprenditore in crisi.
declinati nella direttiva UE
negoziata e la struttura del

amministrazione ordinaria, ciò nell'ottica di plasmare una gestione virtuosa in pendenza delle trattative.

2. Il regime degli atti di straordinaria amministrazione

Ferma restando l'assenza di poteri di ingerenza e controllo da parte dell'esperto nella gestione dell'impresa, e a temperamento di tale regime di "libertà" gestoria, il comma 2 detta all'esperto le regole cui attenersi qualora l'azione del creditore fuoriesca dal canale della gestione virtuosa tracciato dal comma 1. Si tratta a ben vedere di disposizioni che trovano applicazione esclusivamente agli atti di straordinaria amministrazione, ovvero agli atti potenzialmente in grado di incidere negativamente sulla consistenza del patrimonio compromettendo la capacità di soddisfare le pretese dei creditori, nonché ai pagamenti che non risultino coerenti con gli obiettivi dello strumento negoziale in esame ⁷.

Il decreto dirigenziale sopra citato elenca, in via esemplificativa, una serie di atti di straordinaria amministrazione e di pagamenti suscettibili di compromettere la riuscita delle trattative ed il percorso di risanamento. Tra gli atti vi rientrano: le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda; la concessione di garanzie; i pagamenti anticipati delle forniture; la cessione *pro soluto* di crediti; l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate; la rinuncia alle liti e le transazioni; le ricognizioni di diritti di terzi; il consenso alla cancellazione di ipoteche e la restituzione di pegni; l'effettuazione di significativi investimenti; i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate; la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale. In definitiva, si tratta di atti in grado di provocare una contrazione della garanzia patrimoniale, che aggravano i beni di pesi o vincoli, senza che a ciò corrisponda un'utilità prevalente. Tra i pagamenti pregiudizievoli, invece, il decreto dirigenziale « suggerisce di fare particolare attenzione » a quelli diversi dai seguenti: il pagamento di retribuzioni a dipendenti; il pagamento di provvigioni ad agenti e di compensi a collaboratori coordinati e continuativi; il pagamento di debiti fiscali e contributivi; il pagamento di debiti commerciali, nei confronti di coloro che non siano parti correlate, e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi; il pagamento di rate di mutuo e canoni di *leasing* alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti; nonché a tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione.

Rispetto al compimento delle attività appena descritte, la norma mira a tutelare il ceto creditorio e a garantire la tenuta del percorso compositivo in una duplice prospettiva: innanzitutto onera l'imprenditore di informare preventivamente l'esperto del compimento di atti di straordinaria amministrazione o dell'esecuzione

⁷ La definizione di atti di straordinaria amministrazione è ormai consolidata nella giurisprudenza, specie con riferimento al concordato preventivo (art. 167 l. fall.) dove, però, vigeva un procedimento di necessaria autorizzazione preventiva (cfr. *ex multis* Cass. n. 20291/2005).

estione virtuosa in

la parte dell'esperto "libertà" gestoria, il zione del creditore a 1. Si tratta a ben e agli atti di straor- grado di incidere ndo la capacità di n risultino coerenti

iva, una serie di atti compromettere la atti vi rientrano: le ranzie; i pagamenti zazione di finanzia- e le transazioni; le di ipoteche e la enti; i rimborsi di ni destinati e forme a di atti in grado di avano i beni di pesi

Tra i pagamenti e particolare atten- ni a dipendenti; il ratori coordinati e agamento di debiti e, e comunque nei rovvigionamenti di ising alle scadenze enti; nonché a tutte neficio del termine

orma mira a tutelare tivo in una duplice e preventivamente e o dell'esecuzione

solidata nella giurispru- dove, però, vigeva un a. 20291/2005).

di pagamenti che sono incoerenti con le prospettive di risanamento e non in linea con le trattative; d'altra parte conferisce all'esperto il potere di segnalare per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo quando l'atto o il pagamento può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento.

Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Altrettanto può fare qualora venga a conoscenza di un atto o di un pagamento che non siano stati oggetto di informativa da parte dell'imprenditore⁸. L'iscrizione del dissenso è invece obbligatoria laddove la segnalazione dell'esperto sia stata effettuata sulla base di un riscontrato pregiudizio agli interessi dei creditori.

Il sistema di informazioni e di segnalazioni così costruito permette, per un verso, all'imprenditore di continuare a gestire l'impresa finché l'attività si dimostri coerente con l'obiettivo della composizione negoziata e, per altro verso, all'esperto di ingerirsi indirettamente sul compimento di atti pregiudizievoli, rendendo improbabile il loro compimento. Il timore dell'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese dovrebbe infatti far desistere l'imprenditore dal coltivare l'attività qualificata come pregiudizievole, poiché dall'iscrizione possono scaturire una serie di conseguenze negative per l'impresa coinvolta nelle trattative. Ne risulterà in primo luogo compromessa la credibilità dell'imprenditore rispetto alle parti interessate al risanamento, con il conseguente rischio di esito negativo della composizione negoziata⁹. In secondo luogo si indebolirà lo scudo penale posto dall'art. 24, comma 5 che rende inapplicabili i reati di bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice per le operazioni compiute dopo la nomina dell'esperto che siano coerenti con le finalità della composizione negoziata. Inoltre, saranno esposti all'azione revocatoria ordinaria e fallimentare gli atti compiuti nonostante il dissenso espresso dall'esperto (art. 24, comma 2)¹⁰. Ancora, laddove siano state concesse misure protettive o cautelari, l'esperto procederà anche alla segnalazione di cui all'art. 19, comma 6, con conseguente possibilità di revoca delle stesse.

Questo limitato potere di ingerenza, che sfocia nella segnalazione all'imprenditore e all'organo di controllo, e solo nei casi di ravvisato pregiudizio ai creditori, anche nell'obbligo di iscrizione del dissenso, può aprire il dibattito sul delicato tema della responsabilità dell'esperto laddove egli venga meno al dovere di segnalare un atto incoerente con le trattative o le finalità di risanamento o di iscrivere il dissenso relativamente a un atto pregiudizievole. Per quanto una responsabilità non possa escludersi in radice, l'inidoneità dei suddetti poteri a incidere sul regime di validità ed efficacia degli atti posti in essere e la complessità delle valutazioni che ne sono

⁸ Cfr. par. 7.10 della Sezione III del decreto dirigenziale cit.

⁹ A. ILLUMINATI, *op. cit.*, 82.

¹⁰ Parla di "presunzione" di incoerenza, in presenza del dissenso espresso dall'esperto, ai fini della revocatoria o dell'accertamento del reato, S. DI AMATO, *Diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2022, 34, il quale pure rileva che, in concreto, mancanza di coerenza e pregiudizio ai creditori finiscono per coincidere.

alla base, non prive certo di discrezionalità, lasciano immaginare che la contestazione della condotta dell'esperto da parte dei creditori possa tradursi in una responsabilità per danni solo in ipotesi residuali e di estrema gravità e negligenza ¹¹.

¹¹ Analogamente, S. SANZO, *op. cit.*, 43, il quale rileva come il più significativo potere attribuito all'esperto sia piuttosto quello di disporre o meno l'archiviazione della composizione laddove non ravvisi concrete prospettive di risanamento (art. 17, comma 5).