

Bologna, 20 settembre 2021

Alla
10^a COMMISSIONE PERMANENTE
INDUSTRIA, COMMERCIO E
TURISMO
SENATO DELLA REPUBBLICA

Contributo scritto su disegno di legge n. 2371 (Conversione in legge del decreto-legge 118/2021 – Crisi d’impresa e norme sulla giustizia)

Ringrazio per l’opportunità che mi è stata offerta di esprimere alcune osservazioni al Senato, nelle sue Commissioni Industria, Commercio e Turismo (10^a) e Giustizia (2^a).

Il mio ringraziamento va ovviamente anche ai Presidenti delle due Commissioni, rispettivamente Sen. Gian Pietro Giroto e Sen. Andrea Ostellari, che mi hanno richiesto l’invio in data 16 settembre u.s. di contributo scritto in merito al disegno di legge in oggetto.

Le mie note riguarderanno solo il Capo I (art. 1 – 23) del decreto in corso di conversione, capo che si occupa delle misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale.

Evito qualsiasi considerazione che non sia tecnica perché mi pare che non ve ne sia bisogno avendo il provvedimento colto nel segno con riferimento a quanto necessario in questo periodo storico. Vale solo la pena di accennare alla circostanza che il decreto ha già provocato un acceso dibattito dottrinale.

La chiarezza della struttura del provvedimento e degli intenti che si propone di perseguire aiuteranno in futuro nella interpretazione delle norme anche alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023 (pur non essendo ancora scaduto il termine per il suo recepimento).

Sono consapevole che il provvedimento non vada eccessivamente appesantito con disposizioni di dettaglio, ma ipotizzo possano essere apportate, in sede di conversione, alcune modifiche.

§ § §

Art. 2 - Composizione negoziata per la risoluzione della crisi d’impresa

Il percorso è pensato come stragiudiziale, riservato e volontario ed allo stato delle cose è nella disponibilità del debitore.

È prevista solo (all'art. 15) la possibilità dell'organo di controllo di segnalare all'organo amministrativo, per iscritto, la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto.

È da chiedersi se non sia possibile immaginare anche per i creditori la possibilità di “provocare” l'imprenditore ad accedere al percorso disegnato dal provvedimento, tramite un invito formale al debitore, una sorta “di diffida” ad affrontare la situazione. Una diffida, che non abbia nessuna evidenza esterna immediata, potrebbe essere particolarmente utile per tutte le entità prive dell'organo di controllo.

Al creditore, in caso di inadempimento dell'imprenditore che si trovi nelle condizioni previste dalla legge - di cui si dirà subito dopo - e / o anche solo di mancata risposta motivata del debitore, potrebbe essere poi attribuito un vantaggio processuale nel recupero del suo credito.

§ § §

La norma (art. 2, comma 1°) prevede che «[l']*imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizione di squilibrio patrimoniale o economico - finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario della camera di commercio [...] la nomina di un esperto indipendente [...]*».

Si è scelta quindi una definizione diversa da quella utilizzata – e di recente modificata – dal Codice della Crisi (c.c.i.) che si esprime oggi, quando descrive la crisi, all'art. 2, comma 1°, lett. a) in termini di «*stato di squilibrio economico - finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*».

Non è opportuno soffermarsi sul sintagma di “squilibrio patrimoniale o economico - finanziario” che si presta ad essere ben definito e perimetrato dall'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, anche con riferimento alle eventuali differenze dalla definizione – di recente emendata – contenuta nel Codice della Crisi relativa al concetto di crisi di cui si è detto sopra.

Con riferimento al momento *iniziale* al quale si può far accesso al percorso è da chiedersi però se non sia il caso di anticipare detto momento con l'indicazione nella norma di nuovo conio dell'espressione «rendere *possibile* la crisi o l'insolvenza», il che permetterebbe di arretrare ulteriormente il momento in cui l'impresa può avere accesso al percorso disegnato dal Legislatore.

La modifica proposta non pare avere controindicazioni in considerazione della riservatezza che il dettato legislativo permette; non dovrebbe quindi creare problemi

reputazionali all'impresa che si sottopone all'esame dell'esperto che valuterà quindi anche se intervenire o meno.

§ § §

Sarebbe inoltre opportuno che il provvedimento prevedesse non solo il momento iniziale nel quale si può accedere al percorso ma anche quello *finale* (che dovrebbe essere il momento in cui è dichiarato il fallimento o si accede ad altra procedura e / o istituto tra quelli previsti dalla nostra legislazione in materia).

Questa modifica potrebbe aiutare a scongiurare il rischio che la giurisprudenza depotenzi la riforma nel momento in cui l'imprenditore chiederà di accedere al concordato semplificato di cui all'art. 18: per evitare che il tribunale affermi - invocando l'abuso dello strumento concordatario - che si è transitati dalla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa solo per beneficiare della nuova procedura concorsuale e non soggiacere alla regola del 20% e della necessità del voto espresso, oltre che ai costi dell'attestazione; che si è transitati, in altre parole, dal percorso della composizione negoziata senza che ve ne fossero i presupposti con la conseguente dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato semplificato.

§ § §

Art. 3 – Istituzione della piattaforma telematica nazionale e nomina dell'esperto

Il decreto prevede l'istituzione degli albi presso la camera di commercio di ciascun capoluogo di regione - e delle provincie di Trento e Bolzano - di esperti che devono dimostrare anche il possesso di specifica formazione il cui contenuto sarà definito nel dettaglio in un decreto del Ministero della Giustizia a breve.

Posto che la nomina dell'esperto può avvenire anche al di fuori dell'ambito regionale (art. 3, comma 7°), andrebbe chiarito se gli esperti nel presentare la domanda ai sensi dell'art. 3, comma 5°, di iscrizione all'albo possano - o meno - chiedere anche l'iscrizione in albi di *altre regioni* e non solo a quello del loro luogo di residenza o di iscrizione all'ordine professionale: in una parola se ciascun esperto possa essere iscritto in più albi. Che la nomina dell'esperto avvenga fuori dall'ambito regionale è soluzione che andrebbe caldeggiata ed agevolata per evitare situazioni di latente conflitto di interessi.

Il decreto così come oggi declinato sembra prevedere la possibilità di nomina di un solo esperto (v. anche art. 13). In sede di conversione andrebbe valutata la possibilità di nomina di un collegio di tre esperti per le imprese di maggiori dimensioni, così come accade nelle amministrazioni straordinarie e per le procedure fallimentari maggiori. Ovviamente bisognerebbe pensare a dei criteri oggettivi che permettano la possibilità di nomina di tre esperti (e adattare la disciplina dei compensi). L'assenza di detta previsione sembra pregiudicare, di fatto, la possibilità di accesso al percorso alle realtà maggiori.

§ § §

La disciplina lascia aperto il problema della responsabilità dell'esperto.

Il tema non riveste solo importanza sistematica ma pare opportuna una disciplina espressa al fine di perimetrare detta responsabilità e permettere ai professionisti maggiormente capaci di accettare gli incarichi e quindi creare un sistema virtuoso. Ovviamente il successo dell'istituto dipenderà anche dall'accettazione del ruolo di esperti di professionisti con particolari capacità anche tecniche che saranno maggiormente invogliate ad iscriversi all'albo e / o accettare gli incarichi ove le loro responsabilità siano chiaramente delineate. L'opportunità di disciplinare la responsabilità dell'esperto nasce quindi non solo da ragioni di ordine teorico.

§ § §

All'art. 3, comma 3°, andrebbe introdotto anche per i dottori commercialisti il requisito di «*aver maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi d'impresa*»; non è giustificata la differenza di trattamento con gli avvocati, professionisti per i quali è richiesto il requisito di cui sopra, in considerazione del fatto che i dottori commercialisti non necessariamente hanno le competenze per svolgere l'incarico di esperto.

§ § §

Art. 5 – Accesso alla composizione negoziata e suo funzionamento

In questa disposizione – così come in quelle successive dedicate al concordato semplificato – sarebbe opportuno disciplinare anche, ove possibile, il compenso dei professionisti che assistono l'imprenditore essendo noti i “contrast” che sorgono sotto questo aspetto nella fase giudiziale delle procedure e che spesso contribuiscono, anche se non in modo manifesto, a decretarne l'insuccesso.

§ § §

Art. 7 – Procedimento relativo alle misure protettive e cautelari

Analogamente a quanto dispone l'art. 55, comma 3°, c.c.i. è previsto che gli effetti protettivi di cui all'art. 6, comma 1°, cessino anche se il tribunale non fissi l'udienza, entro dieci giorni dal deposito del ricorso, per la conferma, revoca o modifica delle misure protettive (art. 7, comma 3°, ultima parte, dove si prevede espressamente che: «*[g]li effetti protettivi prodotti ai sensi dell'art. 6, comma 1°, cessano altresì se, nel termine di cui al primo periodo, il giudice non provvede alla fissazione dell'udienza*»).

Si tratta di periodo che andrebbe abrogato non essendo plausibile che le conseguenze dell'eventuale omissione da parte dell'Autorità Giudiziaria si ripercuotano sul debitore che propone l'istanza tempestivamente.

§ § §

Art. 8 – Sospensione degli obblighi di cui agli articoli 2446 e 2447 del codice civile

L'art. 8 è particolarmente rilevante perché rimette all'imprenditore la volontà di dichiarare - o meno - con l'istanza con la quale richiede l'adozione di misure protettive (di cui all'art. 6, comma 1°) di volersi avvalere della possibilità di disapplicazione temporanea della regola del c.d. "ricapitalizza o liquida" (cfr. anche l'art. 20 c.c.i.).

L'imprenditore può dichiarare quindi - dalla pubblicazione dell'istanza e fino alla conclusione delle trattative o ovviamente dell'archiviazione dell'istanza stessa - che vuole non si applichino gli artt. 2446, comma 2° e 3°, 2447, 2482 *bis*, commi 4°, 5° e 6°, e 2482 *ter* c.c. È prevista poi espressamente la possibilità di chiedere anche la disapplicazione della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, comma 1°, n. 4) e dell'art. 2545 *duodecies* c.c.

Di per sé la soluzione indicata non è concettualmente nuova, anzi la si conosce già per essere stata adottata - seppure in contesti parzialmente diversi tra loro - sia nella legge fallimentare, sia nel Codice della Crisi, sia nella normativa emergenziale.

Nel decreto che si commenta è però pensata come un beneficio (non automatico) dell'accesso al percorso. Ciò che c'è di nuovo oggi è quindi che l'effetto non discende *automaticamente* - come ben avrebbe potuto essere - dall'istanza di cui all'art. 6, comma 1°, ma è rimessa alla volontà dell'imprenditore la decisione di chiedere la disattivazione (o meno) delle regole di cui sopra. Dalla lettura della norma - così come oggi formulata - sembra che la sospensione, a seguito della dichiarazione, venga meno solo a seguito dell'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata o della conclusione delle trattative; che quindi non ci sia la possibilità del tribunale di intervenire *medio tempore* sul punto.

Si potrebbe pensare alternativamente:

- o ad un meccanismo automatico nel momento in cui si chiedano le misure protettive di cui all'art. 6 (indipendentemente dalla dichiarazione della parte);
- o ad una successiva verifica del tribunale sul punto (ai sensi dell'art. 7 del decreto).

La norma andrebbe, in ogni caso, integrata prevedendo anche la possibilità per l'imprenditore di dichiarare di voler disapplicare l'art. 2484, comma 1°, n. 2), c.c. dove prevede che la società si sciogla per la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale; il tutto nel timore che possa trovare applicazione giurisprudenziale la tesi - che si

sta affermando, pur non essendo condivisibile - secondo cui il venir meno della continuità aziendale concretizzi un aspetto di quest'ultima causa di scioglimento ⁽¹⁾.

§ § §

Art. 18 – Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

La disciplina di questa procedura pare non essere coerente. Al comma 3° si prevede che il tribunale, valutata la ritualità della proposta di concordato, acquisisce la relazione finale dell'esperto ed un suo parere «*con specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte*» e nomina un ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c. e quanto disposto successivamente.

Al comma 4°, quando si disciplina la comunicazione al ceto creditorio, si dispone che la stessa debba avere ad oggetto la proposta, il parere dell'ausiliario – *medio tempore* acquisito dal tribunale – e la sola relazione finale dell'esperto. Sembrerebbe quindi omessa la comunicazione del *parere* dell'esperto con particolare riferimento ai risultati della liquidazione, ovvero al documento che maggiormente interessa il ceto creditorio per le sue valutazioni.

Si ipotizza quindi che il comma 4° possa essere integrato con la comunicazione al ceto creditorio anche del parere dell'esperto relativo ai presumibili risultati della liquidazione.

§ § §

Art. 23 – Improcedibilità dei ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo e per la dichiarazione di fallimento dipendente da procedure di concordato omologato. Limiti all'accesso alla composizione negoziata

Si dispone che l'istanza di composizione negoziata della crisi, non possa essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche con riserva (art. 23, comma 2°).

Si tratta di un "presupposto negativo" che condiziona l'accesso al percorso della composizione negoziata della crisi; l'esistenza di questo presupposto negativo dovrà essere dichiarato dall'imprenditore nel momento in cui chiede l'accesso al percorso di risanamento.

⁽¹⁾ Sia consentito qui osservare come detta tesi non sia condivisibile perché la sopravvenuta impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, tra le altre cose, deve essere *definitiva* ed *irreversibile* per concretizzare la causa di scioglimento prevista dall'art. 2484, comma 1°, n. 2), c.c. La perdita della continuità aziendale è, per contro, un giudizio prognostico e può limitarsi ad un periodo limitato di tempo (come dimostra la pandemia in corso); la perdita della continuità aziendale è tendenzialmente, in altre parole, per definizione, reversibile.

Allo stato delle cose appare incerta l'interpretazione della norma con riferimento al fatto che *non* prevede il divieto di accedere al nuovo percorso nell'ipotesi in cui sia già stata depositata una istanza di pre-accordo di ristrutturazione dei debiti.

È opportuno che, in sede di conversione del decreto, la disposizione di cui al art. 23, comma 2°, sia ulteriormente dettagliata: o prevedendo l'improcedibilità anche per il caso di contestuale pendenza di pre-accordo di ristrutturazione dei debiti, o disciplinando la "convivenza" - se ritenuta ammissibile - dei due "percorsi".

La disparità di trattamento tra pre-concordato (art. art. 161, comma 6°, l. fall.) e pre-accordo di ristrutturazione (art. 182 *bis*, comma 6°, l. fall.) sembra difficilmente giustificabile anche in considerazione del meccanismo della c.d. "passarella" (art. 182 *bis*, u.c., l. fall.).

§ § §

Ringrazio per l'attenzione che si vorrà dedicare a queste mie note e resto a completa disposizione.

prof. avv. Rolandino Guidotti