

Ilaria Pagni

La *ratio* dell'intervento compiuto col DL 24 agosto 2021, n. 118, conv. in L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti

1.

Stupisce un po', nel leggere i commenti all'istituto della composizione negoziata, constatare che l'intervento compiuto col DL 24 agosto 2021, n. 118, con gli aggiustamenti contenuti nella legge di conversione, viene analizzato soltanto sotto la prospettiva dei valori in gioco, o dei timori di possibili abusi, anziché interrogandosi sul sistema complessivo che da quell'intervento emerge, anche tenuto conto del fatto che il DL si è inserito in un momento di transizione dalla legge fallimentare del 1942 al nuovo Codice della crisi, e perciò nel passaggio tra sistemi caratterizzati da regole diverse.

E sorprende anche vedere che, nel dibattito, si utilizzino quasi sempre soltanto le lenti del diritto fallimentare, trascurando i presidi del codice civile e dimenticando l'esistenza di norme, figure e istituti di altri settori dell'ordinamento che pure, in una prospettiva interdisciplinare, consentirebbero di cogliere meglio le peculiarità della composizione negoziata. A mio avviso una visione laica, scevra da impostazioni eccessivamente ideologiche, aiuterebbe a comprendere meglio l'istituto e a trovare tutte le risposte agli interrogativi che ancora una volta il difficile raccordo tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale pone all'interprete. Soprattutto in un momento storico così complicato come l'attuale.

2.

Per iniziare, partirei da quattro punti, per poi formulare una domanda, dare una risposta e svolgere da lì qualche ulteriore considerazione.

I quattro punti da cui occorre muovere per comprendere le ragioni dell'intervento compiuto nell'agosto scorso sono i seguenti:

1. Il già intervenuto rinvio dell'allerta esterna ad opera dell'art. 5, comma 14, del DL 41/2021, cd. Decreto Sostegni, conv. in L. 69/2021, e il venir meno, con esso, della base su cui si reggeva l'impianto della composizione assistita regolata dal Codice della crisi e il conseguente accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza;

2. i ritardi, dovuti alla pandemia, nell'attuazione degli strumenti operativi del titolo II (l'elenco da cui si sarebbero dovuti trarre i componenti dell'OCRI, la piattaforma che avrebbe dovuto interfacciarsi anche con i tribunali delle imprese, la nuova ossatura del processo telematico) e l'opportunità, anche per questa ragione, di rivedere l'intero meccanismo di ingresso nelle procedure;

3. la necessità di avere più tempo per riflettere sulle reali esigenze di adeguamento del Codice della crisi alla Direttiva 1023/2019, che la L. 14/2019 aveva tenuto in considerazione solo in parte (anche per la comprensibile resistenza a importare

concetti nuovi come quello delle “parti interessate” che avrebbe avuto l’effetto di modificare radicalmente il sistema italiano del voto nelle procedure di concordato, o a sostituire nozioni consolidate con altre di più difficile adattamento alla nostra tradizione) e sull’opportunità, comunque, di interventi di aggiustamento tramite decreto correttivo, già previsti dall’art. 1 L. 9 marzo 2019, n. 20, per rispondere alle perplessità della dottrina su punti specifici del Codice. Una necessità che si univa all’altra, di dover intervenire comunque – vista la crisi economica determinata dalla pandemia - per offrire all’impresa debitrice in crisi o già insolvente un percorso in cui trattare con i creditori le condizioni delle proprie relazioni contrattuali e cercare di ristrutturare i propri debiti, senza rinunce alla tutela dei diritti dei soggetti interessati;

4. la necessità, soprattutto, di una ricomposizione coerente dell’intero mosaico alla fine dell’iter di revisione delle norme.

Cosa fare, allora?

3.

Se era necessario avere un po’ di tempo in più per ricomporre quel mosaico, era altrettanto necessario prevedere uno strumento di “compensazione” del rinvio dell’entrata in vigore del Codice della Crisi, per far fronte alle difficoltà dovute o comunque aggravate dalle chiusure, restrizioni o anche soltanto mutamenti nelle abitudini di vita causati dalla pandemia.

Uno strumento che, per quanto ovviamente in linea con la Direttiva, non voleva, né poteva, essere lo strumento di attuazione della Direttiva. E tantomeno pretendeva di risolvere, da solo, i problemi della crisi economica (per i quali gli interventi necessari potevano essere affidati soltanto alla legislazione emergenziale), ma aspirava piuttosto, e più semplicemente, a traghettare le imprese in difficoltà, indipendentemente dalle loro dimensioni, verso l’accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell’insolvenza della legge fallimentare del ’42, e, in prospettiva, verso quelle del Codice della crisi, coprendo quello spazio vuoto rappresentato dalla fase delle trattative, nelle quali l’imprenditore oggi e domani comunque avrebbe operato senza altre regole che non fossero quelle dettate dal codice civile, non sempre adeguatamente maneggiate dal debitore e dai suoi consulenti.

4.

Si è riflettuto allora sugli obiettivi della composizione assistita del Codice della crisi e sulla utilità dell’idea, che questa conteneva, di riempire lo spazio che precede l’ingresso delle imprese in procedura rafforzando gli strumenti dell’autonomia negoziale, e al tempo stesso sulla necessità di adattare la composizione assistita del Codice al mutato contesto economico e all’intervenuto rinvio dell’allerta esterna, e sul fatto che, comunque, il titolo II del Codice si preoccupava di regolare più il contenente che non il contenuto del percorso di composizione.

Si è ragionato sul fatto che esiste uno strumento, la mediazione delle controversie bancarie, che non dà buona prova di sé perché il debitore negozia con uno solo dei tanti creditori senza poter allargare il tavolo delle trattative agli altri, e senza avere una protezione del patrimonio che impedisca al creditore chiamato al tavolo di correre a ottenere un decreto ingiuntivo per costituirsi una posizione privilegiata; ma che ci sono

professionisti versati nelle tecniche di facilitazione i quali, con la necessaria formazione nei diversi settori del diritto interessati dalle trattative, possono condurre debitore e creditori verso la conclusione di quegli accordi che possono costituire la base delle soluzioni negoziate previste dalla disciplina concorsuale.

Non consulenti dell'imprenditore o del creditore, non attestatori, non organi di una procedura che non c'è: semplicemente, mediatori dotati di particolare competenza professionale ed esperienza, terzi rispetto a tutte le parti della trattativa, e protagonisti di un percorso negoziale di facilitazione dei rapporti tra imprenditore, creditori e fornitori. Una figura nuova, ma neppure troppo: importata da un settore vicino, quello della mediazione nei contratti d'impresa, ampiamente indagato in questi anni da parte degli studiosi del diritto civile, commerciale e processuale, e rispondente all'idea di una maggiore responsabilizzazione dell'imprenditore e dei creditori che, se si muovono in tempo e opportunamente orientati, sono in grado di riscrivere le proprie relazioni senza necessariamente rimettersi alla decisione del giudice. Il giudice sarebbe intervenuto ogni volta che fosse stato necessario, a presidiare la tutela dei diritti, ma senza trasformare il momento delle trattative in un procedimento, fin quando ciò non fosse imposto dall'approdo a una procedura concorsuale.

5.

Il Codice della crisi avrebbe permesso l'accesso alla composizione assistita anche agli imprenditori in stato di insolvenza, e lo stesso, dunque, con tutte le opportune cautele, avrebbe dovuto essere consentito anche nella composizione negoziata. Ma poiché una allerta veramente precoce è quella che arriva prima che l'impresa sia in crisi, era opportuno, e necessario, dare spazio anche agli imprenditori in semplice stato di difficoltà, creando peraltro dei laccioli che servissero a evitare vantaggi competitivi per il debitore che faccia strumentalmente accesso al percorso di composizione negoziata rispetto a quello che non compia questa scelta. Si è esclusa l'opportunità di una amministrazione controllata che avrebbe creato un concorso tra creditori anche qualora non fosse stato necessario. Siamo partiti da qui.

6.

Rispetto alla composizione assistita del Codice, la composizione negoziata fa leva su alcuni elementi, che ne dovrebbero costituire i punti di forza. Ma il condizionale è d'obbligo, visto che molto si gioca sulla capacità dei professionisti di intendere correttamente il ruolo dell'esperto e sulla volontà degli interpreti di risolvere i problemi applicativi che norme nuove sempre necessariamente pongono.

Oggi i numeri della composizione negoziata mostrano che il numero di esperti è molto elevato, e che le domande provengono in prevalenza da imprese sopra soglia, che solo nella metà dei casi fanno ricorso alle misure protettive e cautelari: questo dovrebbe essere un buon segnale, perché dimostrerebbe che non soltanto imprese ormai decotte accedono al percorso di composizione; e dimostrerebbe anche che la previsione di un intervento del tribunale, per quanto selettivo, è in grado di tenere lontani dallo strumento quei debitori che non hanno davvero l'intenzione, o la possibilità, di trovare accordi con i propri creditori.

7.

I punti di forza della composizione negoziata si rinvencono: 1) in una maggiore attenzione al contenuto della composizione negoziata rispetto ad un meccanismo, quello del Codice, assai più concentrato sulle segnalazioni: da questo punto di vista è indicativo l'accento che è stato messo sul contenuto del decreto dirigenziale emanato nel mese di settembre e che ha tratteggiato i compiti dell'esperto per farne comprendere le caratteristiche differenziali rispetto ad altre figure con le quali avrebbe potuto confondersi; 2) nella richiesta, all'imprenditore che voglia accedere al percorso, di un piano finanziario per i successivi sei mesi e delle iniziative industriali che intende adottare (accompagnato, nello schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva Insolvency, da un progetto di piano di risanamento): il che richiede una maggiore – e sperabilmente seria – analisi delle prospettive di uscita dalle difficoltà; 3) in una specifica formazione dell'esperto anche in materia di facilitazione, oltre che in una serie di materie (tra cui la regolamentazione bancaria e il diritto sindacale e del lavoro) la cui conoscenza è necessaria a seconda dei soggetti che prenderanno parte alle trattative; 4) nella puntualizzazione del ruolo di terzo, rispetto a tutte le parti, dell'esperto; 5) nella particolare attenzione ai criteri di trasparenza e rotazione nella nomina; 6) in una maggiore declinazione, rispetto al Codice, dei doveri dell'esperto e delle parti; 7) nella previsione di una procedura di informazione e consultazione sindacale che si aggiunge a quelle previste dalla legge o dai contratti collettivi, quando l'imprenditore intenda procedere a riorganizzazioni o mutamenti del modello di business che incidano sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori; 8) nella previsione di una piattaforma telematica che non serve unicamente alla nomina dell'esperto, ma anche i) per lo svolgimento delle trattative attraverso la creazione di diversi livelli di accesso alla documentazione inserita nella piattaforma e ii) per dar corso, in caso di cessione d'azienda, alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati anche attraverso procedure competitive, con la creazione di data room da utilizzare per la raccolta delle manifestazioni di interesse o delle offerte vincolanti; 9) nella costruzione di un test volto a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al suo servizio (il test non va considerato alla stregua degli indici della crisi, che poi lo schema di decreto di recepimento della direttiva avrebbe soppresso, ma serve piuttosto ad indicare il grado di difficoltà che l'imprenditore dovrà affrontare e quanto il risanamento dipenderà dalla capacità di adottare iniziative in discontinuità); 10) nella previsione di una lista di controllo – rispondente al considerando 17 della direttiva Insolvency - contenente una serie di domande, rivolte ora all'imprenditore ora all'esperto, le cui risposte forniscono indicazioni operative per la redazione del piano e per l'analisi della sua coerenza; 11) nella previsione di un protocollo per la conduzione della composizione negoziata da parte dell'esperto, diviso per sezioni, in cui si offre la declinazione operativa delle prescrizioni normative contenute nel decreto legge e si recepiscono le migliori pratiche per una soluzione concordata della crisi.

8.

Come si è detto, il percorso di composizione negoziata non è una procedura concorsuale, ma è soltanto un luogo di svolgimento di trattative alla presenza di un terzo che non si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha unicamente il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi. Un terzo che, grazie ad una specifica formazione anche nelle tecniche di mediazione, coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna.

Il tribunale interviene quando la trattativa prevede deroghe a ciò che l'esercizio dell'autonomia negoziale, da solo, potrebbe viceversa ottenere: in questi casi la presenza dei creditori nel giudizio, prima ancora che quella dell'esperto, è il perno su cui ruotano la profondità e l'ampiezza della cognizione del giudice nella tutela dei diritti coinvolti.

Nonostante la previsione di una protezione del patrimonio, la composizione negoziata non è una procedura concorsuale 'vicaria', perché non si ha:

- i) alcuna apertura di un procedimento
- ii) alcun organo della procedura
- iii) alcun blocco di crediti e debiti
- iv) alcuna previsione di un ordine di distribuzione
- v) alcun, neppur minimo, spossessamento: il che, ovviamente, non significa

che l'imprenditore sia libero di tenere condotte pregiudizievoli per i creditori: i principi della garanzia patrimoniale – e, nel caso dell'imprenditore strutturato in forma di società di capitali, gli artt. 2394 e 2497 c.c. - sono sufficienti a regolarne il comportamento.

9.

La protezione del patrimonio è compatibile con la pendenza di trattative che non necessariamente debbono concludersi con i tradizionali sbocchi della legge fallimentare. Essa è finalizzata unicamente a cristallizzare la situazione esistente al momento in cui quelle trattative vengono avviate, evitando la corsa alla costituzione di posizioni privilegiate, senza impedire invece i pagamenti spontanei che – purchè coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento – consentono di evitare pregiudizi a cascata per i creditori. È una moratoria, questa, analoga a quella di cui da più parti era stata auspicata l'introduzione durante la fase più acuta dell'emergenza sanitaria, esterna a qualsiasi procedura concorsuale per evitare quel che accade col ricorso all'art. 161, sesto comma, l. fall., cui spesso il debitore accede al solo scopo di ottenere la protezione dell'art. 168: una protezione, quella della legge fallimentare, peraltro automatica e senza neppure conferma, com'è invece quella del DL 118/2021, che prevede, in un tempo brevissimo, l'intervento giudiziale.

Per altro verso, la richiesta di protezione del patrimonio, o di provvedimenti cautelari che vadano al di là del divieto delle azioni esecutive e cautelari, necessari a condurre a termine le trattative, determina una pubblicità della condizione in cui versa l'imprenditore e un intervento del giudice che, sommati tra loro, rappresentano una sufficiente garanzia contro condotte opportunistiche dell'imprenditore, senza bisogno di immaginare ad ogni costo, come se si fosse nella procedura di concordato con riserva, una previsione come quella dell'art. 173 l. fall., o di prevedere una interruzione d'ufficio della composizione negoziata, dato che i creditori possono: i) fare istanza perché il giudice revochi le misure protettive e cautelari, o ne abbrevi la durata (cosa che nel meccanismo dell'art. 168 non è prevista); ii) presentare istanza di fallimento (che non è

inibita, a differenza della pronuncia della sentenza: peraltro, questa, se guardiamo alle indicazioni di Cass. sez. un. 15 maggio 2015, n. 9935, sarebbe impedita anche nel raccordo tra concordato e fallimento indicato dalla Corte sette anni orsono) e, nel caso, richiedere le misure cautelari previste dall'art. 15, ottavo comma, non impedita dalla protezione del patrimonio che colpisce le iniziative con finalità individuali ma non quelle a valenza collettiva. Una volta che quelle misure siano emesse, il giudizio di prevalenza tra i provvedimenti cautelari resi in seno all'istruttoria fallimentare e il divieto delle azioni cautelari ottenibile nella composizione negoziata resta affidata al tribunale chiamato a valutare se confermare o meno le seconde.

10.

Il vero punto delicato è la gestione dell'impresa quando il debitore non chieda la protezione del patrimonio (o autorizzazioni per la finanza prededucibile, il trasferimento di azienda o la riscrittura delle condizioni contrattuali), perché in questo caso non c'è pubblicità all'esterno e non vi è neppure l'intervento del giudice.

È soprattutto in questo caso, dunque, che occorre fare i conti con la condizione dell'imprenditore che entra nel percorso di composizione negoziata.

Orbene: se è vero che la porta è aperta anche all'imprenditore insolvente, come sarebbe avvenuto, del resto, anche per la composizione assistita, non è vero però né che quella porta non debba essere chiusa, appena emerga che non ci sono concrete prospettive di risanamento, neppure attraverso l'avvio delle trattative, né che l'imprenditore abbia le mani libere durante i negoziati, dal momento che i principi della garanzia patrimoniale, che presidiano le condotte del debitore, ne condizionano il comportamento e, se violati, ne determinano le responsabilità.

Il sistema della garanzia patrimoniale, pur mantenendo il patrimonio nella titolarità del debitore che non sia insolvente, ne prevede un controllo dell'operato attraverso i mezzi di conservazione previsti agli artt. 2900 ss. c.c. E quando si manifesta quella disfunzione che si traduce nell'insufficienza dell'attivo, corrispondente allo stato di insolvenza, non solo si ha una riduzione, quando non un vero e proprio esproprio, dei poteri di gestione, ma si ha correlativamente il sorgere di quella sorta di diritto "sul patrimonio altrui" che, almeno per i creditori dell'imprenditore strutturato in forma di società di capitali, si scorge anche nella formulazione delle norme in materia di responsabilità degli amministratori (nell'art. 2394 c.c., laddove si parla di obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, e nell'art. 2497 c.c., laddove si parla di lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società).

Per quanto la formula del codice civile del '42 (nell'esprimere con due norme distinte - l'art. 2740 c.c., per il quale il debitore risponde dell'adempimento con tutti i suoi beni, presenti e futuri; e l'art. 2741 c.c., per cui i creditori, salve le cause legittime di prelazione, hanno ugual diritto di essere soddisfatti su quei beni - il principio che in passato era scolpito da una norma soltanto, l'art. 1949, ove si leggeva che "i beni del debitore sono la garanzia comune dei suoi creditori, e questi vi hanno un ugual diritto") stia a dimostrare che il legislatore del secolo scorso si era consapevolmente orientato verso la concezione di chi negava l'esistenza di un diritto di natura sostanziale dei creditori sui beni del debitore, simile ad una sorta di pegno (R. Nicolò), tuttavia l'art. 1949 del codice previgente rispecchia la constatazione, insuperata, che al diritto

all'adempimento del credito in capo al singolo creditore si accompagna un diritto (indifferenziato) dei creditori sul complesso di risorse destinate a garantire la massa dei debiti, seppure mediato dalle regole di funzionamento della garanzia patrimoniale, e dalla scissione tra debito e responsabilità.

11.

La previsione sulla gestione dell'impresa in pendenza di trattative contenuta nel DL 118/2021 rispecchia le regole dell'art. 2740 c.c. Quel che la norma dice serve a ricordare a tutti cosa prevede il codice civile, indipendentemente dalla necessità di disposizioni espresse.

L'imprenditore non insolvente conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa, ma deve evitare di arrecare pregiudizio alla sostenibilità economica-finanziaria dell'attività, per evitare di divenire insolvente. Quando invece, nel corso delle trattative, risulta che è insolvente lo è già, allora deve gestire l'attività nel prevalente interesse dei creditori.

È evidente che se l'imprenditore è insolvente, la sua insolvenza si rivela irreversibile, ed egli ha aggravato il proprio dissesto, la sua responsabilità penale, oltre che civile, rimane ferma: la composizione negoziata, infatti, è solo una opportunità in più, non un salvacondotto per l'imprenditore.

Né eventuali carenze dell'esperto inficiano questa considerazione. L'esperto ha la facoltà (o l'obbligo, quando l'atto compiuto pregiudichi gli interessi dei creditori) di iscrivere il proprio dissenso rispetto agli atti di straordinaria amministrazione o ai pagamenti non coerenti con le trattative o le prospettive di risanamento. In questo caso gli atti e i pagamenti sono soggetti a revocatoria: ma il giudice della revocatoria è libero di valutare se i pagamenti arrecano pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento anche se l'esperto non abbia iscritto il proprio dissenso, perché il dissenso serve solo a ribadire l'operatività della revocatoria e non la sua mancanza ad escluderla. Non è stata prevista alcuna retrodatazione del periodo sospetto per il compimento di atti intervenuti precedentemente all'accesso alla composizione negoziata, né avrebbe potuto esservi alcuna previsione del genere, dal momento che la composizione non è una procedura: niente impedisce, invece, qualora l'esperto si avveda che sono stati compiuti atti revocabili, o i creditori lo segnalino, che le trattative siano subito chiuse per permettere tutte le iniziative giudiziarie del caso. Anche il giudice penale è libero di valutare il ricorrere delle fattispecie di cui agli artt. 216, terzo comma, e 217 l. fall., e nel farlo di valutare autonomamente la coerenza dei pagamenti e degli atti compiuti con l'andamento delle trattative e con la prospettiva di risanamento ritenuta dall'esperto (cosa diversa è per gli atti per i quali sia intervenuta l'autorizzazione del tribunale), fermo che, se quella coerenza è ritenuta sussistere, la fattispecie di reato non si considererà integrata.

12.

Qualche considerazione vorrei svolgerla con riferimento ai tre momenti di intervento giudiziale interni alla composizione negoziata: la conferma delle misure protettive automaticamente ricollegate alla pubblicazione nel registro delle imprese e la concessione di misure cautelari, le autorizzazioni per attribuire la prededuzione ai finanziamenti, per escludere la postergazione e per escludere l'applicazione dei limiti del

secondo comma dell'art. 2560 c.c. al trasferimento d'azienda, l'intervento del tribunale in caso di fallimento della rinegoziazione del contenuto dei contratti.

Sono incidenti giurisdizionali in un percorso negoziale, ma hanno una importanza centrale: qui il giudice è colui che decide le controversie e non è chiamato a svolgere una istruttoria fallimentare; ma il suo ruolo è comunque di fondamentale rilevanza, perché sottopone a controllo quell'autonomia negoziale che, se al di fuori delle procedure concorsuali si deve necessariamente riconoscere, tuttavia non è mai priva di limiti e condizioni.

13.

Iniziamo dalla previsione per cui tra le misure protettive è ricompresa anche l'inibitoria della sentenza dichiarativa di fallimento. Occorre evitare l'equivoco, che potrebbe essere indotto dall'incipit della disposizione che quella inibitoria prevede, che il divieto di dichiarare il fallimento segua un regime diverso da quello delle altre misure protettive: quell'incipit prevede infatti la durata "normale" del divieto, che tuttavia verrà meno, in caso di revoca, o potrà essere abbreviato dal giudice, allo stesso modo delle altre misure protettive.

14.

Quanto alla disposizione secondo cui una ulteriore misura protettiva è rappresentata dal divieto, per i creditori interessati dalle misure protettive, di rifiutare l'adempimento dei contratti o provocarne la risoluzione, o anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore, a evitare timori di una ampiezza invasiva della previsione, è sufficiente considerare che i "creditori interessati dalle misure protettive" non sono i creditori 'potenzialmente' interessati, ma piuttosto quelli 'concretamente colpiti' dalle misure in questione (e dunque soggetti ad una verifica del tribunale, che, come più volte ripetuto, è chiamato a intervenire in tempi brevissimi), i quali hanno perciò lo strumento della richiesta di revoca se la misura appaia sproporzionata rispetto al pregiudizio loro arrecato.

15.

Venendo poi alla previsione che consente la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. senza sottoporre quest'ultima alla conferma del tribunale, è vero che la sospensione non è collegata al COVID, come quella – peraltro di durata assai più lunga (fino all'assemblea che approverà il bilancio dell'esercizio 2025) - prevista dall'art. 6 DL 23/2020, novellato dalla legge di bilancio per l'anno 2021, ma è altrettanto vero che, appunto, si tratta di una sospensione di durata limitata ai sei mesi della composizione negoziata, e che la sospensione non dà realmente vantaggi competitivi all'imprenditore che dichiara di volersene avvalere: per convincersene basta riflettere sul fatto che l'istanza con la quale la dichiarazione viene resa è soggetta ad una pubblicità che rende evidente a tutti quale sia la situazione nella quale il debitore versa, aprendo la porta, così, a tutte le iniziative che, in difetto della richiesta di divieto di azioni esecutive e cautelari (nel qual caso si avrà, di nuovo l'intervento del giudice), il debitore si troverà a subire. Le due istanze sono concepite come separate, ma per il caso in cui la richiesta di protezione e la dichiarazione di voler ottenere la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447

c.c. si cumulino, il tribunale potrà valutare, su iniziativa di uno dei creditori intervenuti nel procedimento cautelare, se la sospensione degli obblighi debba essere mantenuta quando arrechi pregiudizio. Senza contare che, non troppo diversamente da quanto prevedeva l'art. 20 del Codice della crisi (che considerava però il differimento degli obblighi e la non operatività della causa di scioglimento come una misura protettiva e la assoggettava perciò, correttamente, al medesimo regime di concessione e di revoca), l'impossibilità di addivenire ad una soluzione concordata della crisi, che l'art. 20 CCII contemplava come motivo di revoca, è motivo di archiviazione della composizione negoziata col conseguente venir meno anche della sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447.

16.

Un secondo momento di intervento giudiziale è collegato alla cessione dell'azienda. Si tratta di una normale cessione rimessa alle regole dell'autonomia privata, e non già di una vendita coattiva. L'autorizzazione alla cessione dell'azienda in deroga all'art. 2560 secondo comma (accollo cumulativo ex lege dei debiti del cedente all'acquirente) non produce nessuna purgazione delle garanzie, quale quella dell'art. 108 l. fall., né quel presunto "effetto purgativo dei debiti" (non più delle garanzie) che qualcuno immagina di scorgere nell'art. 105 l. fall., e che è invece solo un effetto ottico derivante dalla combinazione della liberazione dell'acquirente con quella rimodulazione della misura dei debiti del cedente che, nel concordato, è effetto dell'omologazione, e nel fallimento, degli esiti dell'accertamento del passivo.

Una cosa è la deroga all'accollo cumulativo, altra cosa è la natura coattiva della vendita: il fatto che la deroga ricorra sia nell'art. 10 che nell'art. 105 l. fall. non significa che le due cessioni abbiano la stessa natura. Ed è importante ribadire che nella composizione negoziata il prezzo della cessione deve consentire la soddisfazione dei crediti così come sono, o nella misura ridotta che il singolo creditore (non la volontà della maggioranza, come nel concordato) riterrà di riconoscere per consentire il successo della composizione. In questo senso, e per questi fini, la deroga all'accollo cumulativo non è automatica ma è oggetto di autorizzazione: proprio per consentire al tribunale, nel decidere se autorizzare quella deroga e liberare l'acquirente dal rischio delle sopravvenienze passive, se il prezzo della cessione assicuri una soddisfacente copertura dei debiti e quanto sia attuale il rischio delle sopravvenienze.

Quanto alla selezione dell'acquirente, le migliori pratiche, recepite nel decreto dirigenziale previsto dal decreto legge, suggeriscono che nel protocollo di conduzione della composizione negoziata, ad uso dell'esperto, sia contemplata espressamente la possibilità di una selezione dell'acquirente tramite procedure competitive, utilizzando la piattaforma telematica anche per creare data room che la struttura della piattaforma consentirà di realizzare, e ciò sia pure in un contesto che è esterno a qualsiasi procedura concorsuale.

17.

Venendo, da ultimo, all'intervento giudiziale in caso di insuccesso della rinegoziazione delle condizioni contrattuali, si tratta di comprendere le ragioni della

introduzione di una norma che può apparire, di primo acchito, pericolosa, e che nel sistema che opererà a regime verrà abrogata.

Di per sé, infatti, è considerazione corretta e al tempo stesso ovvia che, nel contesto dei contratti commerciali, la scelta sul se conservare o meno il contratto e a quali condizioni farlo non possa che essere, come quella di stipularlo, una decisione prettamente imprenditoriale, anche perché difficilmente il giudice chiamato a valutare il nuovo equilibrio tra le prestazioni potrà avere le informazioni (relative al contesto e alle condizioni delle parti) nonché le competenze (conoscenza del settore di mercato, dell'andamento della domanda, degli sviluppi del processo tecnologico) necessarie per prendere decisioni adeguate. Tanto che permettere al giudice di intervenire sul contratto per riequilibrarne le condizioni attraverso il ricorso a clausole generali che non fissano i presupposti del potere, e di farlo, oltretutto, con riferimento a contratti, quelli tipici del rapporto d'impresa, strutturalmente complessi, rischia di produrre risultati che vanno al di là anche delle aspettative del contraente che si è rivolto al giudice. Il rischio aumenta quando l'intervento del giudice venga richiesto nelle forme della tutela cautelare ex art. 700 c.p.c., com'è avvenuto anche troppo di frequente nei mesi passati, per il rischio che si confonda l'atipicità del contenuto del provvedimento con l'ampiezza del potere di intervento giudiziale.

Senza negare l'importanza delle clausole generali, immaginare che il giudice possa, sulla base di una clausola generale, effettuare un intervento correttivo sul contratto, significa consentire un intervento ben più profondo di quello compiuto a mezzo di sentenze in cui al giudice pure è rimesso un ampio potere interpretativo (con riferimento alla giusta causa di licenziamento, per esempio). Per quanto anche in quel caso i margini di manovra siano ampi, la conclusione, là, è predeterminata dal legislatore. La norma che prevede la clausola generale, per quanto elastica, opera direttamente sui fatti e non immagina un potere giudiziale di riscrivere il rapporto. Ricorrendo all'equità o alla buona fede per conservare il contratto a condizioni riscritte, invece, la sentenza produce un risultato analogo a quello rimesso all'autonomia negoziale, che è potere a spettro ampio, e va addirittura oltre la sentenza costitutiva, che opera comunque in un binario tracciato dalla norma. Correggendo il contratto il giudice esercita un potere che non solo non è espressamente previsto dalla legge ma che non è neppure a rime obbligate.

E tuttavia si è ritenuto di prevedere, in questa prima fase, un potere del tribunale di intervenire sul contratto, sia perché occorreva fornire uno strumento che facilitasse le trattative, non potendosi confidare, soprattutto in un primo momento, sulla sola capacità dell'esperto quale facilitatore, sia perché si è ritenuto che fosse preferibile fissare dei requisiti rigidi all'intervento del giudice, oltretutto chiarendone la portata limitata nel tempo e la stretta finalità di assicurare la continuità aziendale, sul presupposto che, da un lato, non fosse possibile escludere l'intervento ex art. 700 c.p.c. invocato dal debitore (se del caso anche come misura cautelare prevista all'interno della composizione negoziata), e dall'altro che fosse allora preferibile, come rimedio minore del male, agganciare saldamente la concessione del provvedimento ad una previa rinegoziazione, quale quella prevista espressamente dal DL 118/2021, e a precisi limiti temporali e precise finalità.

18. In conclusione.

Il DL 118/2021, pur con tutte le sempre possibili lacune (che peraltro avrebbero dovuto suggerire all'interprete un dibattito costruttivo, e mai distruttivo, per colmare gli spazi vuoti grazie all'intelligenza di chi legge, e che comunque, proprio seguendo gli spunti di riflessione offerti, è stato ulteriormente messo a punto, con la legge di conversione dapprima, e poi con lo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva Insolvency, con cui è stato innestato nel titolo II del Codice della crisi), ha una serie di garanzie di tenuta del sistema, che passo ad elencare:

- la presenza dell'esperto, che è un terzo, e non un consulente del debitore, e l'immediata apertura del confronto con i creditori, che sono subito informati della situazione

- la previsione di un intervento pressoché immediato del tribunale nel caso di richiesta delle misure protettive e cautelari (sul modello del Codice della crisi, e non sul modello dell'art. 161, sesto comma, che presta maggiormente il fianco a iniziative abusive)

- in ogni momento, senza necessità di una previsione analoga a quella dell'art. 173 l. fall., la possibilità della reazione immediata dei creditori per rimuovere le misure protettive (ivi compreso il divieto di pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento) e per avviare iniziative individuali e collettive

- il presidio rappresentato dalle autorizzazioni del tribunale

- la possibilità di una archiviazione immediata, nel caso in cui manchino le concrete prospettive di risanamento, con pubblicità dell'esito nei confronti dei soggetti che hanno partecipato alle trattative e che sono stati censiti ai fini dell'utilizzo della piattaforma (il Segretario Generale provvede all'inserimento del provvedimento di archiviazione e la piattaforma invia automaticamente una notifica all'imprenditore, ai delegati e ai soggetti che hanno partecipato alle trattative)

- la specificazione dei doveri del collegio sindacale, che riprende quelli immaginati dal Codice della crisi ma soprattutto richiama le norme in punto di responsabilità del codice civile, escludendo esoneri automatici per il solo fatto della segnalazione, che rischierebbero di rendere solo formale il dovere di controllo, e richiedendo espressamente – anche se non ce ne sarebbe stato neppure bisogno – la vigilanza sull'andamento delle trattative

- il permanere di tutte le responsabilità civili e penali, nei termini di cui si è detto.

Né c'è bisogno di rimpiangere il meccanismo che dall'OCRI portava al Pubblico Ministero perché nessuno ha rinunciato all'applicazione della regola per cui questi può avanzare l'istanza di fallimento quando l'insolvenza risulti dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento, né la disapplicazione dell'art. 38 del Codice della crisi alla composizione negoziata, proposta dallo schema di decreto di recepimento della direttiva, significa che quella norma non continui a operare, invece, quando la segnalazione al P.M. provenga da uno degli incidenti giurisdizionali previsti nel titolo II del Codice.

Credo che ciò sia sufficiente a rispondere anche ai timori di chi pensa alla patologia, più che alla fisiologia, dell'istituto.

Ilaria Pagni