

Alessandro Nastri

## Le autorizzazioni e l'esito della composizione

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. I finanziamenti prededucibili. - 3. Il trasferimento dell'azienda o di uno o più rami di essa senza gli effetti di cui all'art. 2560, co. 2, c.c. - 4. I presupposti delle autorizzazioni. - 5. Il procedimento.

### 1. *Introduzione.*

L'art. 10 d.l. 118/2021, convertito in l. 147/2021, contempla al comma 1 le autorizzazioni che il Tribunale può concedere all'imprenditore – su richiesta di quest'ultimo – nel corso della procedura di composizione negoziata (il comma 2 prevede la possibilità della rideterminazione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita, argomento del quale si occuperà il collega Valentino Lenoci) e disciplina al comma 3 il relativo procedimento.

Di seguito il testo dell'articolo, per la parte di interesse.

#### *10. Autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti*

1. Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può:

a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

b) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

c) autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all'articolo 13 del presente decreto a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

d) autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile, dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti; resta fermo l'articolo 2112 del codice civile.

2. [...]

3. I procedimenti di cui ai commi 1 e 2 si svolgono innanzi al tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, che, sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell'articolo 68 del codice di procedura civile, decide in composizione monocratica. Si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile. Il reclamo si propone al tribunale e del collegio non può far parte il giudice che ha pronunciato il provvedimento.

Come sottolineato anche dalla Relazione Illustrativa del d.l. 118/2021, la composizione negoziata non è una procedura concorsuale, costituendo piuttosto un percorso riservato e stragiudiziale finalizzato alla soluzione precoce della crisi, al quale

l'imprenditore accede unicamente su base volontaria e nel quale le trattative si svolgono direttamente tra l'imprenditore e le parti interessate con l'ausilio e l'intermediazione dell'esperto (che ne facilita la conduzione e verifica l'utilità delle trattative e l'assenza di ingiusto pregiudizio dei creditori), sicché, di regola, non vi è per l'imprenditore l'esigenza di ricorrere al Tribunale.

Il carattere del tutto residuale dell'intervento dell'autorità giudiziaria in tale procedura è coerente con quanto previsto nel considerando 29 della direttiva UE 2019/1023, in cui si legge che *“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”*.

Va in proposito sottolineato che durante la composizione negoziata l'imprenditore che vi accede, pur potendo beneficiare delle misure protettive e dei provvedimenti cautelari di cui agli artt. 6 e 7 d.l. 118/2021, conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (in linea con la summenzionata Direttiva, nel cui considerando 30 si sottolinea che *“al fine di evitare costi inutili, di rispecchiare la natura precoce della ristrutturazione preventiva e incoraggiare i debitori a richiedere la ristrutturazione preventiva in una fase precoce delle loro difficoltà finanziarie, è opportuno, in linea di principio, che i debitori mantengano il controllo dei loro attivi e della gestione corrente dell'impresa”*), con gli unici limiti dettati dall'art. 9 del medesimo d.l., il cui testo si riporta di seguito.

#### *9. Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative*

1. Nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. Quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore.

2. L'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.

3. L'esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

4. Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscriverne il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria.

5. Quando sono state concesse misure protettive o cautelari l'esperto, iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, procede alla segnalazione di cui all'articolo 7, comma 6.

Tali limiti si risolvono, di fatto, in una necessaria interlocuzione dell'imprenditore con l'esperto prima del compimento degli atti più significativi e potenzialmente pregiudizievoli per i creditori o idonei ad incidere negativamente sulle trattative o sulle prospettive di risanamento dell'impresa, interlocuzione che, in ogni caso, non può mai impedire il compimento degli atti (incidendo l'eventuale dissenso dell'esperto solo sulla conservazione degli effetti ai sensi dell'art. 12 d.l. 118/2021 e, potenzialmente, sulla persistenza o sulla durata delle misure protettive e cautelari concesse ai sensi degli artt. 6 e 7 del medesimo d.l., che il giudice può revocare o abbreviare ai sensi del comma 6 dello stesso art. 7 su segnalazione dell'esperto dissenziente).

La necessità dell'intervento autorizzativo dell'autorità giudiziaria è riservata – in via eccezionale, e con una norma che, pertanto, non appare suscettibile di applicazione analogica oltre i casi da essa specificamente considerati – a due ipotesi peculiari: a) quella in cui l'imprenditore intenda contrarre (con terzi o con soci) finanziamenti assistiti dalla prededuzione; b) quella in cui l'imprenditore intenda trasferire in qualsiasi forma l'azienda (o uno o più rami di essa) senza gli effetti di cui all'art. 2560, co. 2, c.c.

La ragione per la quale il legislatore ha ritenuto necessaria l'autorizzazione del giudice in questi due casi risiede nel fatto che si tratta di operazioni che possono essere decisive per la continuità aziendale (diretta o indiretta) ma che, al contempo, sono potenzialmente quelle di maggior impatto sui diritti dei creditori, i quali si vedono "scavalcare" dal finanziatore nell'ottica di un'eventuale futura procedura concorsuale, o vengono privati della garanzia patrimoniale generica costituita dall'azienda o da uno o più rami di essa.

## *2. I finanziamenti prededucibili.*

La prima ipotesi di intervento giudiziale autorizzativo prevista dal primo comma dell'art. 10 d.l. 118/2021 è quella in cui l'imprenditore intenda contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l.f..

L'autorizzazione non è necessaria per l'ottenimento del finanziamento (sotto qualunque forma: apertura di credito, anticipazione su fatture, mutuo, etc.), poiché la stipulazione del relativo contratto è atto di straordinaria amministrazione che l'imprenditore può liberamente compiere informando preventivamente l'esperto per iscritto ai sensi dell'art. 9 d.l. 118/2021, ma è indispensabile per garantire al credito del finanziatore il rango della prededuzione, al fine di incentivare la concessione del finanziamento offrendo al finanziatore una "rassicurazione" sulle prospettive dell'effettiva restituzione anche nel caso di insuccesso della composizione negoziata e di conseguente apertura di una procedura concorsuale.

Si tratta di una previsione attuativa dell'art. 17, co. 4, della direttiva UE 2019/1023, in forza del quale *"gli Stati membri possono prevedere che i concessori di nuovi finanziamenti o di finanziamenti temporanei abbiano il diritto di ottenere il pagamento in via prioritaria, nell'ambito di successive procedure di insolvenza, rispetto agli altri creditori che altrimenti avrebbero crediti di grado superiore o uguale"*, previo controllo giudiziale ex ante ai sensi del comma 2 del medesimo articolo (v. in tal senso anche il considerando n. 68 della direttiva, laddove prevede che *"per incoraggiare i nuovi prestatori ad assumere il rischio maggiore di investire in un*

debitore sano che versa in difficoltà finanziarie, potrebbero essere necessari ulteriori incentivi, ad esempio dare a tali finanziamenti la priorità almeno sui crediti non garantiti nelle successive procedure di insolvenza”).

L’attenzione del legislatore verso i finanziamenti viene quindi anticipata ad un momento anteriore a quello della crisi o dell’insolvenza, sulla base della consapevolezza che i finanziamenti possono costituire uno strumento decisivo per il successo di una ristrutturazione preventiva, da attuarsi nel momento in cui l’imprenditore si trovi ancora nella situazione descritta dall’art. 2, co. 1, d.l. 118/2021 (ossia “in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendano probabile la crisi o l’insolvenza”), atteso che, come sottolineato dal considerando 66 della summenzionata direttiva, *“il successo del piano di ristrutturazione spesso dipende dal fatto che l’assistenza finanziaria è erogata al debitore per sostenere, in primo luogo, l’operatività dell’impresa durante le trattative di ristrutturazione e, in secondo luogo, l’attuazione del piano di ristrutturazione dopo l’omologazione”*.

Poiché, come detto, il contesto della composizione negoziata non è quello di una procedura concorsuale, trattandosi di un percorso negoziale durante il quale l’imprenditore è in bonis, l’autorizzazione del Tribunale non incide in alcun modo sull’ordine dei pagamenti nell’ambito della composizione negoziata e della fase attuativa del piano di risanamento: finché l’imprenditore rimane in bonis, non si attua alcun concorso tra i creditori e non esiste quindi neppure la prededuzione, sicché quest’ultima è destinata ad operare solo nel caso in cui l’esito delle trattative conduca alla successiva apertura di una procedura concorsuale tra quelle indicate dall’art. 12, co. 1, d.l. 118/2021 (ai sensi del quale “gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell’articolo 10 conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l’amministrazione straordinaria o il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all’articolo 18”; laddove tra gli accordi di ristrutturazione, in mancanza di qualsivoglia specificazione, devono ritenersi inclusi anche quelli “ad efficacia estesa” ex art. 182-septies l.f.). Si tratta, in altri termini, di un controllo ex ante (sulla funzionalità del finanziamento alla salvaguardia della continuità aziendale e alla miglior realizzazione dell’interesse dei creditori) affinché possa poi operare ex post la prededuzione in ambito concorsuale.

Si è peraltro evidenziato che, poiché il combinato disposto dell’art. 12 d.l. 118/2021 e dell’art. 111 l.f. lascia fuori le procedure esecutive individuali, in caso di mancata omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato il creditore finanziatore sarà incentivato a presentare istanza di fallimento nei confronti dell’imprenditore, al fine di conseguire il beneficio della prededuzione.

Rispetto alla previsione dell’art. 182-quater, co. 2, e 3, l.f., da un lato – con la lettera b) dell’articolo in commento – viene recepita la deroga alla postergazione dei finanziamenti dei soci ex art. 2467 c.c., ma senza il limite dell’80%, e dall’altro viene ampliato il novero delle procedure concorsuali nelle quali la prededuzione viene riconosciuta (non più solo il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma anche le altre procedure di cui sopra).

Inoltre il riconoscimento della prededuzione in tali procedure è automatico per il solo fatto dell’intervenuta autorizzazione del finanziamento ai sensi della disposizione in commento (laddove nell’art. 182-quater, co. 2 e 3, l.f. è condizionato ad un’espressa

conferma nel decreto di apertura del concordato o di omologa dell'accordo). Si tratta infatti di una nuova fattispecie di credito prededucibile ai sensi della prima parte del secondo comma dell'art. 111 l.f., ossia per "specifica disposizione di legge", senza che sia possibile e necessaria, nella successiva procedura concorsuale, una valutazione giudiziale sull'identità della crisi o insolvenza e sul nesso di funzionalità con la procedura (sostituita, "a monte", dalla valutazione che il giudice dell'autorizzazione ha già compiuto circa la funzionalità dell'atto alla continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori). Del resto, non è neppure astrattamente configurabile una consecuzione tra la composizione negoziata della crisi (che, come detto, non è una procedura concorsuale) e successive procedure concorsuali, sicché la locuzione "se successivamente intervengono [...]" contenuta nell'art. 12, co. 1, d.l. 118/2021 non può intendersi riferita alla necessità di una consecuzione tra le procedure, dovendo quindi ritenersi che la prededuzione operi anche in procedure concorsuali eventualmente aperte ad anni di distanza.

La "stabilità" della prededuzione è ulteriormente rafforzata dal mancato recepimento nel d.l. 118/2021 della disposizione di cui all'art. 99, co. 6, CCII secondo cui "in caso di successiva apertura della procedura di liquidazione giudiziale, i finanziamenti autorizzati non beneficiano della prededuzione quando risulta congiuntamente che: a) il ricorso o l'attestazione di cui al comma 3 contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o comunque quando il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione; b) il curatore dimostra che i soggetti che hanno erogato i finanziamenti, alla data dell'erogazione, conoscevano le circostanze di cui alla lettera a)".

Va poi sottolineato che, in coerenza con quanto stabilito dall'art. 17, co. 1, lett. a), della direttiva UE 2019/1023 (in base al quale "*in caso di successiva insolvenza del debitore, i nuovi finanziamenti e i finanziamenti temporanei non possono essere dichiarati nulli, annullabili o inopponibili*"), l'art. 12, co. 3, d.l. 118/2021 (in forza del quale "gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni di cui agli articoli 66 e 67 del regio decreto n. 267 del 1942, se, in relazione ad essi, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 9, comma 4, o se il tribunale ha rigettato la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 10") offre al finanziatore lo "scudo" dell'esenzione da revocatoria ordinaria e fallimentare.

L'unico "rischio" che potrebbe permanere in capo al finanziatore è quello relativo al concorso nella responsabilità dell'imprenditore fatta salva dal comma 4 dell'art. 12 d.l. 118/2021 (secondo cui "nelle ipotesi disciplinate dai commi 1, 2 e 3 resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti"), ma si tratta di un rischio la cui configurabilità – sotto forma di "concessione abusiva di credito" – in relazione ad un finanziamento autorizzato dal Tribunale ai sensi della disposizione in commento appare (già in astratto) difficilmente sostenibile, tenuto conto anche della previsione contenuta nella lettera b) del primo comma dell'art. 17 della suddetta direttiva secondo cui "*i concessori di detti finanziamenti non possono essere ritenuti civilmente, amministrativamente o penalmente responsabili, in base al rilievo che detti finanziamenti sono pregiudizievole per la massa dei creditori, a meno che non sussistano altre ragioni stabilite dal diritto nazionale*".

3. *Il trasferimento dell'azienda o di uno o più rami di essa senza gli effetti di cui all'art. 2560, co. 2, c.c.*

La seconda ipotesi di autorizzazione giudiziale prevista dal primo comma dell'art. 10 d.l. 118/2021 è quella in cui l'imprenditore intenda trasferire in qualsiasi forma l'azienda o uno o più rami di essa senza gli effetti di cui all'art. 2560, co. 2, c.c. (effetti che, è bene ricordarlo, per consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità non riguardano i debiti connessi alle posizioni contrattuali non ancora definite nelle quali il cessionario subentra ai sensi dell'art. 2558 c.c., dei quali lo stesso cessionario risponde a prescindere dalle risultanze contabili del cedente).

Anche in questo caso, l'autorizzazione non è necessaria per il trasferimento dell'azienda o di suoi rami (trattandosi, al pari della stipulazione di contratti di finanziamento, di atto di straordinaria amministrazione soggetto al regime di cui all'art. 9 d.l. 118/2021) ma per far conseguire all'acquirente – sia pure nell'ambito di una vendita che resta “privatistica” – il beneficio dell'esenzione dalla responsabilità solidale per i debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta, anteriori al trasferimento, che risultino dai libri contabili obbligatori dell'imprenditore cedente (*rectius*: della limitazione di tale responsabilità allo specifico ambito delineato dall'art. 2112 c.c., relativo ai diritti dei lavoratori, stante l'espressa previsione dell'ultimo inciso della lettera d del comma in esame secondo cui “resta fermo l'articolo 2112 del codice civile”), beneficio destinato a permanere anche in caso di successiva apertura a carico del cedente di una tra le procedure concorsuali elencate dal primo comma dell'art. 12 d.l. 118/2021 (nelle quali, ai sensi del terzo comma del medesimo articolo, la cessione non potrà essere oggetto di azione revocatoria ordinaria o fallimentare; “vantaggio” che – diversamente da quello della non applicazione del comma 2 dell'art. 2560 c.c. – è conseguito dal cessionario anche laddove la cessione venga attuata in mancanza della richiesta di autorizzazione, a condizione che l'esperto non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 9, co. 4, d.l. 118/2021).

Si tratta di una previsione introdotta al fine di incentivare all'immediato acquisto dell'azienda i potenziali interessati, i quali, in mancanza, potrebbero preferire attendere l'apertura di una procedura concorsuale per acquistare l'azienda in seno alla stessa proprio al fine di beneficiare dell'effetto “purgativo” nella vendita coattiva ai sensi dell'art. 105, co. 4, l.f., richiamato per il concordato preventivo dall'art. 182, co. 5, l.f., precludendo in tal modo all'imprenditore la via di una cessione tempestiva dell'azienda, talora indispensabile per evitare – nell'interesse non solo dello stesso imprenditore, ma anche dei suoi creditori – la definitiva dispersione dei valori connessi alla continuità aziendale e/o la maturazione di ulteriori perdite nelle more dell'apertura della procedura concorsuale (in seno alla quale, peraltro, sorgono sempre nuove passività prededucibili “in danno” della massa) e del successivo procedimento competitivo scandito da rigide formalità e lunghe tempistiche.

L'ambito applicativo è quello del trasferimento dell'azienda o di uno o più suoi rami “in qualunque forma”, sicché, da un lato, vi rientra qualsiasi modalità di traslazione della proprietà, ivi incluso, ad esempio, il conferimento in una *newco* (ma non anche operazioni societarie come la fusione e la scissione, non essendo prevista la possibilità di derogare

agli artt. 2504-bis e 2506-quater, co. 3, c.c.), e, dall'altro, non vi rientrano i contratti di affitto di azienda o con i quali venga comunque trasferito il solo godimento, rispetto ai quali non avrebbe alcun senso la finalità di derogare alla previsione di cui all'art. 2560, co. 2, c.c. che pacificamente per essi non opera.

Inoltre, oggetto dell'autorizzazione è il trasferimento dell'azienda o di uno o più suoi rami "senza gli effetti di cui all'articolo 2560, secondo comma, del codice civile", ragion per cui pare doversi escludersi la possibilità – pur ipotizzata in dottrina – di un accoglimento parziale dell'istanza, mediante la concessione di un'autorizzazione alla cessione senza la deroga all'art. 2560, co. 2, c.c. (che avrebbe il solo effetto di rendere il trasferimento "stabile" ed esente da revocatoria nelle eventuali successive procedure concorsuali di cui all'art. 12, co. 1, d.l. 118/2021).

Deve aggiungersi, sempre con riferimento all'ambito oggettivo della disposizione, che l'autorizzazione può riguardare solo la cessione il cui perfezionamento sia previsto prima della conclusione delle trattative o, al massimo, nell'ambito della soluzione di risanamento ex art. 11 d.l. 118/2021 (diversa da quelle in cui è previsto il controllo del giudice) che direttamente si riallacci a quelle trattative.

#### *4. I presupposti delle autorizzazioni.*

Come detto, l'art. 10 prevede che il Tribunale possa, "su richiesta dell'imprenditore", autorizzarlo a contrarre finanziamenti prededucibili o a trasferire in qualsiasi forma l'azienda (o uno o più rami di essa) senza gli effetti di cui all'art. 2560, co. 2, c.c. "verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori".

È dunque anzitutto necessaria la richiesta dell'imprenditore, unico soggetto a ciò legittimato. Si tratta di una legittimazione non surrogabile, ragion per cui non può esaminarsi una richiesta proveniente da altri soggetti come ad esempio uno o più creditori o il potenziale finanziatore o acquirente dell'azienda, ovvero lo stesso esperto. Quest'ultimo, laddove ritenga che la cessione dell'azienda o di suoi rami sia l'unica soluzione perseguibile, deve limitarsi a segnalare all'imprenditore la possibilità di presentare la richiesta di autorizzazione di cui all'art. 10, co. 1, lett. d, d.l. 118/2021 (v. in tal senso il paragrafo 9 del Protocollo di conduzione della composizione negoziata di cui alla sezione III dell'allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, secondo cui "*quando ritiene che per assicurare la continuità aziendale e il miglior soddisfacimento dei creditori sia prospettabile unicamente la cessione dell'azienda o di rami di essa, l'esperto ricorda alle parti la possibilità di derogare agli effetti dell'articolo 2560, secondo comma, previa autorizzazione del giudice*").

Vi è poi da chiedersi se la richiesta sia ammissibile anche se presentata in un momento (successivo, ovviamente, alla presentazione – tramite la piattaforma telematica – dell'istanza di nomina dell'esperto, ma) anteriore a quello della nomina dell'esperto (*rectius*: della pubblicazione nel registro delle imprese dell'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto). L'unico precedente ad oggi edito in materia (Trib. Treviso 22 dicembre 2021, in *www.dirittodellacrisi.it*) ha dato in proposito una risposta positiva, sull'assunto che la nomina dell'esperto "*non sia condizione necessaria per dar corso*

*all'autorizzazione ex art. 10 D.L. 118/2021 come può desumersi dalla formulazione dell'art. 7 del D.L. citato che richiede espressamente l'accettazione dell'esperto per la conferma delle misure protettive e cautelari mentre l'art. 10 si limita a prescrive[re] che su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla miglior soddisfazione dei creditori, autorizza quest'ultimo a contrarre finanziamenti prededucibili*". In effetti non può non notarsi che l'art. 7 d.l. 118/2021, nel disciplinare il procedimento per la conferma o modifica delle misure protettive e per l'adozione dei provvedimenti cautelari, prevede espressamente che l'avvio debba avvenire con ricorso presentato "lo stesso giorno della pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto", aggiungendo poi al comma 4 che all'udienza il Tribunale deve sentire "le parti e l'esperto" (sicché non può esservi alcun dubbio circa l'inammissibilità del ricorso ove presentato prima della pubblicazione nel registro delle imprese dell'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto), mentre l'art. 10 d.l. 118/2021 si limita a presupporre una "richiesta" e a stabilire, al comma 3, che il giudice decide "sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre ai sensi dell'art. 68 del codice di procedura civile", senza alcuna menzione della necessità della previa accettazione dell'esperto e della sua partecipazione al procedimento e, anzi, con l'espressa previsione della possibilità per il giudice di farsi assistere da un diverso esperto ex art. 68 c.p.c.. In dottrina si è tuttavia sostenuto che, in realtà, prima dell'accettazione dell'esperto, il procedimento di composizione negoziata della crisi non potrebbe neppure ritenersi avviato, e si è inoltre affermato che, poiché le autorizzazioni hanno ad oggetto atti di straordinaria amministrazione, il relativo compimento presupporrebbe comunque la preventiva comunicazione all'esperto ai sensi dell'art. 9 d.l. 118/2021, al fine di consentire all'esperto l'espressione del suo eventuale dissenso, ragion per cui l'istanza di autorizzazione accompagnata dalla sola istanza di nomina dell'esperto (non seguita ancora dall'accettazione dell'incarico da parte di quest'ultimo) dovrebbe ritenersi inammissibile.

Quanto al *dies ad quem* entro il quale la richiesta – per essere ritenuta ammissibile – deve essere presentata, appare indubbio che la stessa debba pervenire al Tribunale in un momento anteriore a quello in cui si conclude l'incarico dell'esperto e dunque prima della scadenza del termine di cui all'art. 5, co. 7, d.l. 118/2021, a norma del quale "l'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1" e "l'incarico può proseguire per non oltre centottanta giorni quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli articoli 7 e 10". Peraltro, poiché proprio la presentazione della richiesta può determinare la proroga prevista dal secondo periodo di tale disposizione, occorrerà valutare, caso per caso (soprattutto in presenza di istanze per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore), se la presentazione della richiesta a ridosso della scadenza del termine di centottanta giorni non sia utilizzata in maniera "abusiva" al solo fine di ottenere la suddetta proroga e, con essa, la proroga delle misure protettive di cui all'art. 6 d.l. 118/2021.

Un altro presupposto non esplicitato dalla norma, che il giudice dovrebbe preliminarmente verificare al fine di valutare l'ammissibilità della richiesta di autorizzazione, risiederebbe – secondo una parte della dottrina – nell'effettiva sussistenza

della situazione individuata dall'art. 2, co. 1, d.l. 118/2021 quale condizione per l'accesso al percorso di composizione negoziata, ossia che l'imprenditore commerciale o agricolo si trovi in "condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza". In realtà, eccezion fatta (forse) per i finanziamenti temporanei e urgenti al fine di evitare un'immediata interruzione della continuità aziendale, le altre autorizzazioni presuppongono un vaglio giudiziale che necessariamente (o, almeno, quasi sempre) deve involgere non solo la constatazione dell'effettiva esistenza di una situazione di "pre-crisi" o di "pre-insolvenza" ma anche la coerenza dell'atto con uno specifico progetto di risanamento già delineato o almeno prospettato nei suoi elementi essenziali, che appare indispensabile ai fini della verifica sulla funzionalità dell'atto al miglior soddisfacimento dei creditori.

Il "cuore" della verifica giudiziale in sede di autorizzazione ex art. 10 d.l. 118/2021 concerne, come detto, la funzionalità dell'atto (ossia, del finanziamento o del trasferimento in qualsiasi forma dell'azienda o di rami di essa) rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, laddove la congiunzione "e" comporta, evidentemente, la necessità che sussistano entrambi i presupposti.

Prima di indagare il contenuto di tale verifica, occorre chiedersi quale sia l'orizzonte temporale di riferimento della stessa, e cioè se l'atto debba necessariamente essere funzionale alla salvaguardia della continuità aziendale e degli interessi dei creditori già durante il percorso composizione negoziata della crisi o se possa esserlo anche soltanto nel periodo successivo alla conclusione delle trattative e, in particolare, nella fase esecutiva del piano di risanamento delineato o prospettato per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'imprenditore. Sul punto, con specifico riferimento ai finanziamenti, viene in rilievo il considerando 68 della direttiva UE 2019/1023, secondo cui "*per evitare potenziali abusi, dovrebbero essere protetti solo i finanziamenti che sono ragionevolmente e immediatamente necessari per la continuazione dell'operatività o la sopravvivenza dell'impresa del debitore, o per la preservazione o il miglioramento del valore dell'impresa in attesa dell'omologazione del piano di ristrutturazione*", ma poiché il buon esito delle trattative può essere condizionato anche dalla finanza messa a disposizione per l'esecuzione del piano di risanamento nulla esclude che, in una fase in cui la soluzione di risanamento sia già stata almeno in parte delineata, l'autorizzazione possa e debba essere concessa anche in relazione a finanziamenti necessari per assicurare all'impresa il fabbisogno finanziario necessario per il successo del piano di risanamento da attuare dopo la conclusione delle trattative (v. Trib. Treviso 22 dicembre 2021, in cui il giudice ha concluso "*per la diretta funzionalità del finanziamento [...] alla prosecuzione della stessa attività d'impresa sia nella prospettiva della continuità temporanea (cfr. biennale ex art.11 comma 1 lett. a D.L. 118/2021) che di un risanamento durevole*").

Del resto, va sottolineata la differenza di contenuto tra la verifica che per tutti gli atti di straordinaria amministrazione l'art. 9, co. 3, d.l. 118/2021 affida all'esperto, il quale deve valutare se "l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento", con riferimento, quindi, ad un orizzonte ridotto che è proprio quello del percorso di composizione in cui egli espleta le proprie funzioni, e quella – più penetrante e complessa – demandata al giudice ai fini delle autorizzazioni di cui all'art. 10, co. 1, d.l. 118/2021, che presuppongono, come detto, la funzionalità dell'atto non solo alla continuità aziendale ma anche alla migliore soddisfazione dei

creditori (e non alla mera assenza di pregiudizio per gli stessi). Ciò implica, alla stessa stregua di quanto accade nelle fattispecie di cui agli artt. 182-quinquies e 186-bis l.f. (dai quali è mutuato il riferimento alla “migliore soddisfazione dei creditori”), un giudizio prognostico che passa necessariamente attraverso un raffronto con la presumibile soddisfazione dei creditori in tutti gli scenari alternativi possibili, anche di matrice concorsuale, avuto riguardo in particolare allo scenario liquidatorio, se non anche attraverso un vaglio positivo circa la “fattibilità” del progetto prospettato e la sua idoneità a consentire il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'imprenditore. Ne consegue che, secondo alcuni, in presenza di un progetto di risanamento le cui linee principali non siano adeguatamente enunciate, l'istanza di autorizzazione non potrebbe che essere rigettata.

Con specifico riferimento ai finanziamenti, un ausilio per comprendere l'oggetto della verifica giudiziale si rinviene nel paragrafo 10 del Protocollo di conduzione della composizione negoziata di cui alla sezione III dell'allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, del quale si riporta di seguito il testo.

#### *10.Parere dell'esperto in caso di nuovi finanziamenti prededucibili*

10.1. Qualora sia sentito dal tribunale in occasione della richiesta del debitore di autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare nel corso della composizione negoziata, l'esperto – nella valutazione dell'utilità del finanziamento ad evitare un danno grave ed irreparabile alla continuità aziendale – potrà tener conto delle seguenti circostanze: i) se i finanziamenti siano funzionali al ciclo degli approvvigionamenti; ii) se occorrono per ristabilire la regolarità del pagamento delle imposte e quella del documento unico di regolarità contributiva (DURC) al fine di evitare la sospensione del titolo abilitativo o l'impedimento della partecipazione a gare e la stipula dei relativi contratti. L'esperto dovrà tenere conto inoltre della necessità che il finanziamento non pregiudichi la migliore soddisfazione dei creditori ed in particolare del fatto: a) che ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, nel corso della composizione negoziata; b) oppure, in presenza di margine operativo lordo negativo, che esso sia compensato dai vantaggi derivanti ai creditori nel corso della composizione negoziata dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei suoi beni).

10.2. Se sia richiesta l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili da erogare in esecuzione di quanto previsto dalle soluzioni di cui all'articolo 11, comma 1 e 2, l'esperto, quando sentito dal tribunale, in aggiunta al precedente punto 10.1 della presente Sezione, potrà tenere anche conto delle utilità derivanti ai creditori dalla soluzione individuata rispetto a quelle che si avrebbero nell'alternativa concretamente praticabile in assenza dei finanziamenti in questione.

Nell'unico precedente ad oggi edito (Trib. Treviso 22 dicembre 2021) il giudice ha dato preliminarmente atto della verifica compiuta dall'ausiliario nominato ai sensi dell'art. 68 c.p.c. circa la “coerenza del piano di risanamento in ordine al superamento della crisi”, per poi motivare sulla funzionalità del finanziamento alla salvaguardia della continuità

aziendale in base al rilievo secondo cui la mancata erogazione del prestito ponte avrebbe reso “illiquida la società già nel corrente mese con elevata probabilità di insolvenza nel semestre successivo, per l’interruzione degli approvvigionamenti” (laddove, invece, l’erogazione della finanza ponte avrebbe consentito entro poco più di un anno di “rigenerare il MOL e quindi l’autofinanziamento aziendale”), e affermare la funzionalità del finanziamento al miglior soddisfacimento dei creditori “in relazione al business plan 2021-2026 e alla prospettiva di accordo ex art. 182-bis o 182-septies” e in comparazione con “gli scenari alternativi a quello della continuità diretta, ovvero la cessione del complesso aziendale (continuità indiretta) o la liquidazione atomistica”, concludendo per l’idoneità del finanziamento ponte ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori “anche in caso di mancata definizione e/o omologazione degli accordi di ristrutturazione rispetto all’alternativa della liquidazione atomistica dei beni aziendali”.

Con riferimento al trasferimento dell’azienda o di suoi rami, il requisito della funzionalità dell’operazione traslativa alla miglior soddisfazione dei creditori impone anche una verifica sulle modalità della cessione: poiché il prezzo di vendita non è indifferente per i creditori, il giudice dovrà anzitutto riscontrare che la cessione avvenga ad un corrispettivo non inferiore al valore di mercato (o, quantomeno, a quello conseguibile all’esito di una vendita coattiva nell’ambito di una procedura concorsuale), il che, secondo alcuni, richiederebbe anche il necessario ricorso – non già ad una procedura competitiva “procedimentalizzata”, ma almeno – ad una “apertura” nei confronti del mercato di riferimento, finalizzata a sondare gli eventuali interessamenti di potenziali acquirenti diversi da quello individuato dall’imprenditore, ad esempio mediante un’indagine di mercato “deformalizzata” (come quella prevista dall’art. 91 CCII) o mediante una verifica dell’assenza di soluzioni migliori sul mercato (analoga a quella prevista dall’art. 19, co. 2, d.l. 118/2021 per il concordato semplificato), con tempistiche e modalità compatibili con l’urgenza della cessione.

In tal senso depongono anche i paragrafi 9 e 12 del Protocollo di conduzione della composizione negoziata di cui alla sezione III dell’allegato al decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, in cui si legge “*per la cessione dell’azienda o di rami di azienda è preferibile dar corso a procedure competitive, anche attraverso il ricorso ad appositi strumenti (ad esempio, data room virtuale e raccolta delle offerte su sezione secretata) previsti dalla Piattaforma Telematica*”, che “*qualora si intenda procedere alla cessione dell’azienda o di suoi rami, l’esperto avrà cura di far presente all’imprenditore l’utilità e l’opportunità del ricorso a procedure competitive per la selezione dell’acquirente (o in ogni caso prima di escludere possibilità diverse), in modo da sgombrare il campo dal timore di scelte in danno ai creditori*”, e che “*l’esperto, se sentito dal tribunale nel procedimento autorizzativo ai fini della deroga dell’articolo 2560, secondo comma, del codice civile, potrà essere chiamato ad esprimersi sulle modalità con cui si è arrivati all’individuazione dell’acquirente, sulla congruità del prezzo e su ogni altro elemento ritenuto utile dal tribunale*”, essendo egli “*chiamato ad informare il tribunale se l’acquirente dell’azienda o di rami di essa sia una parte correlata dell’imprenditore*” (oltre che sulle attività che l’imprenditore, in base alle previsioni del medesimo paragrafo, può aver demandato allo stesso esperto per la raccolta e la valutazione di offerte e manifestazioni di interesse).

L’autorizzazione al trasferimento dell’azienda o di uno o più rami di essa senza gli effetti di cui all’art. 2560, co. 2, c.c. è poi specificamente caratterizzata dal potere-dovere del giudice di dettare, in uno con l’autorizzazione, “le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate al fine di tutelare gli interessi coinvolti”.

Tra le “parti interessate”, oltre ai creditori, paiono doversi includere non soltanto i dipendenti dell'imprenditore (invero tutelati dalla previsione in base alla quale “resta fermo l'articolo 2112 del codice civile”, oltre che dalle consultazioni sindacali previste dalla legge o dai contratti collettivi e, in via residuale, dall'art. 4, co. 8, d.l. 118/2021; il che non esclude, secondo alcuni, la possibilità per il giudice di sentire nuovamente le organizzazioni sindacali nell'ambito del procedimento autorizzativo, ove ritenuto necessario), ma anche e soprattutto i “contraenti abituali” dell'imprenditore, interessati anzitutto alla prosecuzione dei rapporti commerciali con l'acquirente.

Si è quindi ipotizzato che tra le “misure opportune” che potrebbero essere dettate dal Tribunale rientrino:

1) l'imposizione di una procedura competitiva per la scelta dell'acquirente o almeno di un'adeguata indagine di mercato per verificare la possibilità della presentazione di offerte più convenienti per l'imprenditore e per i suoi creditori (ovvero, laddove sia lo stesso imprenditore richiedente a prevedere l'espletamento di una procedura competitiva, di particolari modalità di svolgimento della stessa, avuto riguardo, in particolare, all'adeguatezza della pubblicità e delle informazioni rese ai potenziali interessati);

2) la condizione della necessaria salvaguardia, da parte dell'acquirente, dei rapporti con i principali partner commerciali (il c.d. “indotto”), ovvero della necessaria prosecuzione dell'attività e/o del mantenimento di determinati livelli occupazionali per un certo periodo di tempo (richiamandosi in tal senso anche i considerando 2 e 3 della direttiva UE 2019/1023, secondo cui, tra l'altro, “i quadri di ristrutturazione preventiva [...] dovrebbero impedire la perdita di posti di lavoro nonché la perdita di conoscenze e competenze e massimizzare il valore totale” non solo per i creditori e l'imprenditore ma anche “per l'economia nel suo complesso”, e “nei quadri di ristrutturazione i diritti di tutte le parti coinvolte, compresi i lavoratori, dovrebbero essere tutelati in modo equilibrato”, e l'art. 4 della medesima direttiva, secondo vanno favorite le soluzioni “volte a evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale”);

3) limitazioni della deroga all'art. 2560 c.c.; 4) vincoli all'utilizzo, da parte dell'imprenditore cedente, del prezzo di cessione, da destinarsi prioritariamente alla soddisfazione dei creditori, previo eventuale deposito su un apposito conto corrente dedicato (ma si è in proposito obiettato che, in mancanza di un vincolo di destinazione già pattuito con i creditori, un potere giudiziale tale da imporre all'imprenditore di impiegare il ricavato della vendita di un ramo di azienda per il pagamento dei creditori anziché per alimentare la residua parte della continuità aziendale appare eccentrico in un contesto negoziale nel quale l'imprenditore è pienamente in bonis, e che, inoltre, in mancanza di una formale verifica dei crediti, appare impossibile l'indicazione di un piano di riparto che assicuri il rispetto delle cause legittime di prelazione).

Una volta autorizzata, la cessione dell'azienda o di suoi rami avviene naturalmente con strumenti privatistici e non con decreto di trasferimento.

## 5. *Il procedimento.*

Il procedimento che trae avvio dalla richiesta di autorizzazione si svolge “*dinanzi al tribunale competente ai sensi dell'articolo 9 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*”. Il rinvio “secco” all’art. 9 l.f. dovrebbe comportare l’irrelevanza del trasferimento della sede intervenuto nell’anno precedente la presentazione della richiesta (o nell’anno precedente la presentazione dell’istanza di nomina dell’esperto?), e anche la possibilità – quantomeno in astratto – del superamento della presunzione iuris tantum di coincidenza tra la sede legale e quella effettiva. Può notarsi la differenza con l’art. 2 d.l. 118/2021, che individua quale organismo competente a ricevere l’istanza di nomina dell’esperto il “segretario della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell’impresa”, in tal modo attribuendo rilevanza esclusivamente al luogo in cui si trova la sede legale al momento della presentazione dell’istanza, indipendentemente dal fatto che il trasferimento in tale luogo sia eventualmente avvenuto nell’anno antecedente o che la sede legale non coincida con quella effettiva. Ne consegue la possibilità che l’esperto sia nominato in un ambito territoriale diverso e, in ipotesi, anche lontano da quello in cui è incluso il circondario del Tribunale competente a decidere sulla richiesta di autorizzazione.

Al procedimento “si applicano, in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile”, ossia le disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio, il che induce, tra l’altro, a non ritenere necessaria l’assistenza del difensore (diversamente che nel procedimento per la conferma o modifica delle misure protettive e per l’adozione dei provvedimenti cautelari, che si introduce con ricorso ed è regolato mediante rinvio alle norme di cui agli artt. 669-bis ss. c.p.c. sul c.d. “procedimento cautelare uniforme”).

Vi è peraltro da chiedersi se rientri tra le disposizioni compatibili con il procedimento in esame quella di cui all’art. 742 c.p.c. in base alla quale “i decreti possono essere in ogni tempo modificati o revocati, ma restano salvi i diritti acquistati in buona fede dai terzi in forza di convenzioni anteriori alla modificazione o alla revoca”.

Sulla richiesta il Tribunale decide in composizione monocratica “sentite le parti interessate e assunte le informazioni necessarie, provvedendo, ove occorre, ai sensi dell’articolo 68 del codice di procedura civile”.

A differenza che nel procedimento di cui all’art. 7 d.l. 118/2021, non è espressamente prevista la necessità della fissazione di un’udienza, e del resto il rinvio alle norme sul procedimento cautelare uniforme lascia ampia libertà al giudice nella scelta delle modalità di espletamento del contraddittorio con le parti interessate, che ben può essere di natura esclusivamente cartolare (nel procedimento svoltosi dinanzi al Tribunale di Treviso, conclusosi col più volte menzionato decreto del 22 dicembre 2021, il giudice ha optato per il contraddittorio in udienza con “trattazione scritta”), fermo restando che l’onere di notifica non può che gravare sull’imprenditore richiedente.

L’individuazione delle “parti interessate” che devono essere sentite spetta di volta in volta al Tribunale. Devono certamente essere coinvolti tutti i creditori le cui posizioni siano suscettibili di essere immediatamente incise o influenzate dalla decisione del giudice sull’istanza di autorizzazione, anche se non ancora convocati dinanzi all’esperto e coinvolti nelle trattative (ma v. Trib. Treviso 22 dicembre 2021, in cui si dà atto che il giudice “*ha individuato quali parti interessate ex art. 10 comma 3 d.l. 117/2021 i creditori coinvolti*”).

*nelle trattative [...] e comunque i primi 10 creditori per ammontare (v. art. 7 comma 2 lett. c. d.l. 118/2021)”*).

La sfera degli interessati, tuttavia, non si esaurisce nei creditori, ma abbraccia il più ampio novero dei “portatori di interessi” connessi all’atto da autorizzare, che può includere – oltre ai lavoratori e agli organismi sindacali – anche i principali partner commerciali dell’imprenditore e, secondo alcuni, in caso di impresa di particolare rilievo per il territorio, persino i rappresentanti degli Enti locali.

Le “informazioni necessarie” devono essere fornite anzitutto dall’esperto, che non assume la veste di ausiliario del giudice ma è pur sempre un professionista munito dei requisiti di indipendenza e terzietà ai sensi dell’art. 4 d.l. 118/2021, che in virtù del proprio compito dovrebbe ben conoscere la situazione dell’imprenditore e ogni aspetto legato all’operazione oggetto della richiesta di autorizzazione (come la natura e la finalità del finanziamento o le condizioni e le modalità del trasferimento dell’azienda).

Quanto alla possibilità della nomina di un ausiliario ex art. 68 c.p.c., la locuzione “ove occorre” deve intendersi riferita sia all’eventuale non esaustività delle informazioni fornite dall’esperto, sia alla complessità delle trattative in corso o dello specifico atto e delle valutazioni da compiersi circa la sua funzionalità rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori (si pensi alla necessità di una stima sul valore di mercato dell’azienda o del ramo di azienda che l’imprenditore intende trasferire).

Trattandosi pur sempre di un procedimento civile, in caso di diniego dell’autorizzazione il giudice che rilevi l’insolvenza dell’imprenditore è legittimato a segnalare al Pubblico Ministero ai sensi dell’art. 7 n. 2 l.f..

Alessandro Natri