

Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: criticità operative ed interpretative in materia di Composizione Negoziata della Crisi d'impresa

*D.Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 attuativo della L. delega n. 155/2017, come
successivamente modificato e integrato, da ultimo con D.Lgs. 13 settembre 2024 n.
136 («Correttivo Ter»)*

a cura della Commissione Affari Civili, Sottocommissione Procedure Concorsuali,
del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Torino

Criticità operative

Documentazione da allegare alla domanda di accesso alla CNC

- Sin dalle prime applicazioni dell'istituto della CNC era emersa una criticità relativa ai tempi di rilascio dei certificati dei debiti tributari e contributivi e dei premi assicurativi, nonché della situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle Entrate Riscossione, da allegare alla domanda di accesso ai sensi dell'art. 17 3° comma lett. e), f) e g) CCII, tempi spesso non compatibili con quelli del debitore, soprattutto se – come di frequente – vi era per quest'ultimo l'esigenza di richiedere con l'istanza anche le misure protettive. il debitore e i creditori.
- Per ovviare a tale problematica alcune camere di commercio “accettavano” l'istanza di accesso alla CNC anche in assenza di tali documenti, ritenendo sufficiente l'allegazione della richiesta degli stessi da parte dell'imprenditore.
- Sul punto era intervenuto il legislatore con la disposizione contenuta nell'art. 38 3° comma D.L. 24 febbraio 2023, n. 13.
- Secondo tale norma, al fine di accelerare e agevolare l'accesso alla CNC, è prevista per l'imprenditore la possibilità di rilasciare una dichiarazione sostitutiva (ai sensi dell'art. 46 del DPR 445/2000) con la quale attesta di avere richiesto almeno 10 giorni prima dell'istanza di nomina dell'Esperto le certificazioni sopra citate.
- L'operatività della norma era limitata alle istanze depositate alla data dell'entrata in vigore del citato decreto (25 febbraio 2023) e a quelle depositate entro il 31 dicembre 2023, ma tale termine è stato prorogato dall'art. 11, comma 5-ter D.L. 30 dicembre 2023, n. 215 al 31 dicembre 2024.

Documentazione da allegare alla domanda di accesso alla CNC (*segue*)

- La soluzione adottata dal legislatore era condivisibile in quanto – come chiarito dalla stessa legge – l’assenza di tale documento non era ostativa all’avvio del percorso di CNC con la nomina dell’Esperto e alle preliminari valutazioni che il medesimo deve compiere ai sensi di legge, potendo quest’ultimo esaminare tali dati attraverso la c.d. piattaforma interoperativa di cui all’art. 14 CCII.
- Si riteneva tuttavia auspicabile che tale soluzione diventasse definitiva e non fosse “temporanea”, non ritenendosi accettabile che, allo scadere del termine previsto (31 dicembre 2024), la decisione in merito alla completezza o meno delle istanze depositate potesse essere lasciata alla libera interpretazione delle Camere di Commercio.
- La questione è stata poi superata con l’approvazione del Correttivo che è intervenuto sul punto (art. 17, comma 3 bis CCII) nell’ottica di rendere definitiva la soluzione sopra prospettata.

La fase giudiziale

- Con riferimento alle eventuali (ma nel concreto molto frequenti) fasi giudiziali radicate ai sensi dell'art. 19 e/o dell'art. 22 CCII è emersa una criticità sotto il profilo pratico-operativo dovuta al fatto che ogni iniziativa effettuata dal debitore nell'ambito della CNC dà luogo ad un diverso numero di ruolo generale.
- Così, soprattutto nei casi in cui nell'ambito della CNC siano formulate numerose istanze (ad esempio per la richiesta di conferma delle misure protettive, per la cessione azienda in deroga alla solidarietà prevista dall'art. 2560 cod. civ., per contrarre uno o più finanziamenti prededucibili), la proliferazione dei numeri di ruolo può creare confusione nei creditori che talvolta hanno riscontrato criticità nel costituirsi nel giudizio "corretto".
- Nella logica di concentrazione, economia e praticità sarebbe auspicabile una soluzione tecnica semplice ed efficace e cioè la previsione di un unico numero di ruolo generale per tutto il "percorso" della CNC all'interno del quale far confluire le varie "istanze" che possono essere formulate dall'imprenditore, creando ove occorra dei *sub* procedimenti a cura della Cancelleria.

I rapporti con il ceto bancario

- È stata riscontrata nella prassi una certa difficoltà per l'Esperto e per il Debitore nell'interfacciarsi con taluni creditori del ceto bancario coinvolti nelle trattative della CNC.
- Essi talvolta sono portatori di interessi non omogenei e non sempre inclini a fornire risposte in modo rapido.
- La complessità del confronto aumenta poi allorché l'interlocutore sia il cessionario che spesso non ha interessi ad una prosecuzione del rapporto contrattuale con l'imprenditore, mirando perlopiù al mero recupero del credito acquistato.
- Alla luce di quanto esposto, sotto il profilo operativo si ritiene opportuno adottare una soluzione tecnico operativa mutuata dalla prassi del "vecchio" piano attestato *ex art. 67 L.F.* e cioè prevedere la nomina da parte dell'imprenditore di un advisor gradito alle banche che sia chiamato a relazionarsi con il debitore e con l'Esperto al fine di "ordinare" e "filtrare" le diverse esigenze e gli interessi di tali creditori.

I rapporti con il Mediocredito Centrale e suo ruolo nelle trattative

- Un'ulteriore criticità riscontrata nell'ambito della CNC è quella relativa al “ruolo” nelle trattative del Fondo Centrale di Garanzia, affidato al Mediocredito Centrale S.p.a., allorquando vi siano crediti dal medesimo controgarantiti (ipotesi questa oggi all'ordine del giorno attesa la proliferazione dei finanziamenti garantiti dal Fondo nel periodo di pandemia da Covid-19).
- È indubbio che in tali posizioni la sussistenza della controgaranzia e della possibilità di escutere il Fondo (che tra l'altro, “trasforma” il credito garantito da chirografario in privilegiato) rende maggiormente difficoltoso il confronto tra istituto di credito, imprenditore ed Esperto.
- In tali ipotesi si è infatti riscontrato un atteggiamento estremamente prudente della banca mutuante la quale come noto ha l'obbligo di *“assumere ogni iniziativa utile per tutelare le ragioni di credito e contenere la perdita per il Fondo”*.
- Dunque spesso, per timore di perdere la garanzia, la banca tende ad assumere un ruolo “passivo” o comunque poco proattivo rispetto al buon esito della CNC che, per contro, ha una durata assai limitata.
- Il tema non è nuovo ed era già stato affrontato nell'ambito di altre procedure concorsuali c.d. minori rispetto alla liquidazione giudiziale.

I rapporti con il Mediocredito Centrale e suo ruolo nelle trattative

- Il tema non è nuovo ed era già stato affrontato nell'ambito di altre procedure concorsuali c.d. minori rispetto alla liquidazione giudiziale.
- Sul punto va segnalato che la Parte VI Paragrafo C delle “*Disposizioni Operative*” in merito alla amministrazione del Fondo, prevede oggi espressamente la possibilità di sottoscrivere accordi transattivi precisando che *“le proposte di accordi transattivi possono essere formulate dai soggetti beneficiari finali, ovvero dai garanti a liberazione, anche parziale, della propria garanzia fideiussoria, ivi comprese le restrizioni ipotecarie su immobili di proprietà degli obbligati, senza liberazione degli stessi. Tra tali accordi possono essere ricompresi anche quelli rivenienti dalle procedure sulla crisi d’impresa (a titolo esemplificativo e non esaustivo, la composizione della crisi da sovraindebitamento, la composizione negoziata della crisi d’impresa, ecc.)”*.
- Le Disposizioni Operative forniscono inoltre indicazioni sulle modalità e tempistiche del possibile accordo.
- Sotto il profilo operativo si ritiene pertanto necessario estendere le trattative anche al Fondo proprio perché quest’ultimo può oggi assumere un ruolo determinante per la buona riuscita della CNC.

Criticità interpretative

Presupposti per l'accesso alla CNC: lo stato di crisi e lo stato di insolvenza

- Sin dalle prime applicazioni dell'istituto della CNC complice anche il poco felice incipit dell'art. 12 CCII, si era discusso se l'accesso dovesse essere limitato all'imprenditore in stato di crisi ovvero anche all'imprenditore insolvente.
- Sul punto si riteneva superata la tesi inizialmente sostenuta da isolate pronunce di merito e da parte della dottrina, secondo la quale l'accesso sarebbe stato limitato all'imprenditore in crisi ed escluso per quello in stato di insolvenza.
- In particolare la giurisprudenza era pervenuta alla conclusione che l'accesso alla CNC fosse consentito anche all'impresa insolvente (sia ab initio che per l'ipotesi in cui l'insolvenza si manifesti nel corso della procedura) ove vi sia prospettiva di risanamento.

Presupposti per l'accesso alla CNC: lo stato di crisi e lo stato di insolvenza (*segue*)

- Militavano in tal senso una pluralità di considerazioni:
 - il fatto che non fosse stato previsto alcun filtro in tal senso da parte del Legislatore;
 - il dato letterale dell'art. 12 CCII del tutto neutro rispetto al tema in oggetto;
 - il test di autodiagnosi non richiedeva che l'imprenditore dimostrasse l'inesistenza dello stato di insolvenza (e del resto lo stesso Decreto Dirigenziale prevede in più punti che possa emergere un quadro di insolvenza senza per questo prevedere un arresto del "percorso" della CNC);
 - la previsione di cui all'art. 21 CCII , secondo cui "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": tale disposizione era interpretabile soltanto nel senso che fosse possibile accedere all'istituto anche se insolventi;
 - l'art. 12 3° comma CCII sterilizzava i poteri attribuiti al Pubblico Ministero dall'art. 38 CCII la cui iniziativa è quindi incompatibile con la CNC, il che rafforzava la tesi che l'imprenditore insolvente potesse accedere a tale istituto.

Presupposti per l'accesso alla CNC: lo stato di crisi e lo stato di insolvenza (*segue*)

- Inoltre, secondo un (condivisibile) orientamento sarebbe stata irrilevante anche la eventuale irreversibilità della “crisi” in cui versa l'impresa, rilevando per contro la circostanza che l'accesso alla CNC fosse finalizzato al mantenimento (ovvero al riavvio) dell'impresa in alternativa alla sua cessazione.
- In questa prospettiva l'accesso avrebbe dovuto essere ammissibile tutte le volte che mediante la CNC sarebbe stato possibile pervenire al risultato di mantenere in vita l'impresa, ovvero a consentirne il suo riavvio in luogo della cessazione del suo esercizio.
- Sul punto è intervenuto il decreto correttivo prevedendo che *“l'imprenditore commerciale e agricolo può chiedere la nomina di un esperto al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa, **quando si trova nelle condizioni di cui all'articolo 2, comma 1, lettere a) o b)**, oppure quando si trova anche soltanto in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa (...).”*
- In esito alla riforma – con il richiamo all'art. 2 sopra citato - è pertanto pacifico che anche l'impresa insolvente possa accedere alla CNC.

Ammissibilità del ricorso alla CNC dell'impresa in liquidazione

- Proseguendo dalle considerazioni che precedono ci si è chiesti se anche l'impresa in liquidazione potesse accedere alla CNC.
- L'interpretazione preferibile prima dell'entrata in vigore del Correttivo era che la liquidazione potesse impedire l'accesso ove non vi fossero prospettive di risanamento; del resto il piano avrebbe potuto contemplare la revoca dello stato di liquidazione in vista della permanenza dell'impresa sul mercato.
- Procedendo dalla impostazione di cui al paragrafo precedente, volendo spingersi oltre, a ben vedere si potrebbe oggi concludere che nemmeno la revoca dello stato di liquidazione sarebbe necessaria ove, all'esito del percorso della CNC, fosse configurabile un risanamento della impresa diretto e/o indiretto e/o comunque un mantenimento in vita dell'impresa.

CNC di gruppo e liquidazione

- Sempre con riferimento al tema in esame ci si inoltre chiesti se nell'ambito di una CNC di gruppo sia possibile prevedere l'accesso di società liquidabili e di altre in continuità.
- Sul punto, si ritiene che, in tale ambito, la previsione della liquidazione di alcune società sia possibile e non contraddica la sussistenza di una prospettiva ragionevole di risanamento del gruppo, che è il presupposto della procedura.
- Il gruppo deve infatti essere inteso come un complesso di sinergie organizzative e gestionali, verticali e orizzontali, le quali correlano tra loro le singole componenti.
- In tale ottica sussiste la continuità di gruppo ove all'esito del risanamento tali sinergie risultino preservate, seppur a fronte di un ridimensionamento del perimetro – anche consistente e/o rilevante – del gruppo stesso.

Il progetto di piano di risanamento da allegare alla istanza per l'accesso alla CNC

- Sin dalle prime applicazioni dell'istituto si è discusso del significato della locuzione “progetto di piano di risanamento” che deve essere allegato al momento della presentazione della domanda di accesso alla CNC ai sensi dell'art. 17 3° comma lett. c) CCII.
- Tenuto conto del tenore letterale della norma, si ritiene che l'elaborato non debba essere completo e definitivo al momento dell'accesso allo strumento, ma nemmeno che sia sufficiente una mera enunciazione dello stesso che non consenta di comprendere il percorso che l'imprenditore vorrebbe intraprendere per il risanamento.
- In buona sostanza con tale locuzione si intende *“una illustrazione anche sommaria del piano purché definita e chiara, degli obiettivi ristrutturatori dell'impresa”*.

Il progetto di piano di risanamento da allegare alla istanza per l'accesso alla CNC (*segue*)

- Quanto sopra vale come considerazione generale, ma è opportuno svolgere una ulteriore riflessione.
- È evidente che i destinatari del “progetto” sono in primo luogo l’Esperto e i creditori e, in secondo luogo, il Tribunale, quest’ultimo limitatamente alle eventuali istanze ex art. 18 e/o art. 22 CCII che l’imprenditore riterrà di depositare.
- Sotto il primo profilo non si ravvedono particolari criticità nel senso che il concetto di “*progetto di piano*” potrebbe anche interpretarsi con maggiore flessibilità, essendo ben possibile meglio definire e delineare lo stesso nell’ambito della CNC, anche, come di recente osservato, in un “*contesto stragiudiziale*” in esito ai confronti con l’Esperto e con i creditori.
- Sotto il secondo profilo il tema è più delicato in quanto è evidente che ove nel percorso di CNC sia da subito necessario ricorrere alle autorizzazioni del Tribunale di cui agli artt. 19 e – specialmente – 22 CCII (per esempio per ottenere un importante finanziamento prededucibile) lo “stadio” del progetto di piano di risanamento assumerà da subito importanza decisiva.
- Non deve pertanto stupire se molte istanze autorizzative sono state rigettate dai tribunali aditi proprio a causa di un limite del “progetto di piano”: è evidente che tanto più ampie saranno le possibilità di ottenere una risposta positiva dal Tribunale rispetto alle varie istanze formulate, quanto più chiaro e delineato sarà il progetto del piano di risanamento allegato.
- Pertanto il deposito di una istanza di accesso alla CNC necessiterà di un progetto di piano tanto più preciso e definito quanto più complesse saranno le istanze ex artt. 18 e/o 22 CCII che il debitore intende da subito presentare al Tribunale.

Il rapporto con il ceto bancario e revoca degli affidamenti

- L'art. 16 5° comma CCII stabiliva che *“le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato. L'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di sospensione e di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditore. In ogni caso la sospensione o la revoca degli affidamenti possono essere disposte se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con comunicazione che dà conto delle ragioni della decisione assunta”*.
- La norma era stata da subito criticata sotto un profilo tecnico per la terminologia impropria utilizzata e per la poca chiarezza.
- Il significato della norma non era evidentemente quello di imporre alla Banca di mantenere in essere il rapporto contrattuale, effetto questo ottenibile con la concessione delle misure protettive ex art. 18 5° comma CCII secondo il quale *“i creditori nei cui confronti operano le misure protettive non possono unilateralmente rifiutare l'adempimento di contratti pendenti o provocarne la risoluzione (...)”*.
- L'effetto della norma era quello di stabilire che l'accesso alla CNC non fosse di per sé causa di revoca degli affidamenti, fermo restando che ciò avrebbe potuto verificarsi ove richiesto *“dalla disciplina di vigilanza prudenziale”*.
- E anche tale ultima locuzione aveva dato luogo a contrasti interpretativi.
- Alcuni autori avevano evidenziato che la genericità della previsione rischiava di svuotare di contenuto la norma in quanto la *“via di uscita”* lasciata agli istituti per invocare la *“sospensione”* o la *“revoca”* era molto ampia.

Il rapporto con il ceto bancario e revoca degli affidamenti (*segue*)

- Sul punto la soluzione interpretativa preferibile era quella secondo la quale la previsione di cui all'art. 16 5° comma CCII fosse destinata a cadere allorché il mantenimento della linea di credito fosse contraria a quanto ricavabile dalla disciplina della vigilanza prudenziale e cioè – in via di estrema sintesi – contraddittoria con la osservanza del principio di “*sana e prudente gestione*” cui sono tenuti i soggetti vigilati.
- Di conseguenza sarebbe stata illegittima la sospensione o revoca dell'affidamento bancario pendente connessa a esigenze di carattere meramente economico.
- In altri termini, il solo fatto che la prosecuzione del rapporto potesse essere maggiormente onerosa per la banca (perché ad esempio dovrebbe appostare maggiori accantonamenti a fondo rischi) non avrebbe giustificato la sospensione o revoca dell'affidamento.
- Tale soluzione interpretativa appariva conforme al dato normativo e consentiva di dare un preciso contenuto ad una norma che diversamente avrebbe rischiato di essere inutile mentre, nello spirito della legge, avrebbe dovuto fungere da concreto e fattivo supporto all'imprenditore che acceda alla CNC.

Il rapporto con il ceto bancario e revoca degli affidamenti (*segue*)

- Il Correttivo è intervenuto sulla disposizione in esame modificando l'art. 16 5° comma che oggi recita *“la notizia dell’accesso alla composizione negoziata della crisi e il coinvolgimento nelle trattative non costituiscono di per sé causa di sospensione e di revoca delle linee di credito concesse all’imprenditore né ragione di una diversa classificazione del credito. Nel corso della composizione negoziata la classificazione del credito viene determinata tenuto conto di quanto previsto dal progetto di piano rappresentato ai creditori e della disciplina di vigilanza prudenziale, senza che rilevi il solo fatto che l’imprenditore abbia fatto accesso alla composizione negoziata. L’eventuale sospensione o revoca delle linee di credito determinate dalla applicazione della disciplina di vigilanza prudenziale deve essere comunicata agli organi di amministrazione e controllo dell’impresa, dando conto delle ragioni specifiche della decisione assunta. La prosecuzione del rapporto non è di per sé motivo di responsabilità della banca e dell’intermediario finanziario”*.
- La modifica della norma evidenzia senz’altro la volontà del legislatore di rafforzare la tutela dell’imprenditore nei rapporti con gli istituti di credito nel tentativo di rendere più agevole l’accesso del medesimo al credito.
- Tuttavia, permanendo la possibilità di sospendere o revocare le linee di credito ovvero di diversamente determinare la classificazione del credito sulla base degli obblighi imposti dalla disciplina della vigilanza prudenziale, sussiste evidentemente ancora oggi un forte potere discrezionale in capo agli istituti di credito.

Cessione dell'azienda con disapplicazione della solidarietà ex art. 2560 cod. civ. e il mancato richiamo dell'art. 14 comma 5.bis D.lgs. 472 del 18 dicembre 1997 alla CNC

- Una ulteriore criticità interpretativa era sorta con riferimento all'istanza di autorizzazione alla cessione di azienda con esenzione dalla solidarietà di cui all'art. 2560 cod. civ. prevista dall'art. 22 1° comma lett. d) CCII, in quanto si era rilevato come manchi per la CNC un richiamo alla deroga per la responsabilità solidale dei debiti tributari indicati all'art. 14 D.Lgs. 18 dicembre 1997 n. 472.
- L'art. 14 comma 5-bis del citato decreto legislativo prevedeva infatti che *"salva l'applicazione del comma 4, la disposizione non trova applicazione quando la cessione avviene nell'ambito di una procedura concorsuale, di un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del predetto decreto o di un procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento o di liquidazione del patrimonio"*.
- Ebbene era del tutto evidente che la predetta norma non richiama la CNC e di conseguenza, in tale ambito, per l'ipotesi di cessione di azienda, non sarebbe stata applicabile la deroga alla solidarietà per i debiti tributari indicati dal citato art. 14.
- Secondo alcuni autori sarebbe stato possibile risolvere la problematica con una applicazione estensiva dell'art. 14 comma 5-bis sopra citato, ma tale soluzione appariva indubbiamente una forzatura.

Cessione dell'azienda con disapplicazione della solidarietà ex art. 2560 cod. civ. e il mancato richiamo dell'art. 14 comma 5.bis D.lgs. 472 del 18 dicembre 1997 alla CNC (*segue*)

- Sul punto è intervenuto il legislatore che con l'art. 3, comma 1, lett. h) D.Lgs. 14 giugno 2024, n. 87 ha previsto per *“tutti gli istituti disciplinati dal codice della crisi di impresa e dell'insolvenza”* di cui al citato decreto legislativo n. 14 del 2019 *“l'esclusione dalle responsabilità previste dall'art. 14 del D.lgs. 18 dicembre 1997 n. 472, e dall'art. 2560 cod. civ.”*.
- In forza di tale modifica – per quanto qui interessa - è dunque prevista anche per la CNC la disapplicazione della solidarietà dei debiti fiscali ex art. 14 del citato decreto legislativo.

Autorizzazione alla stipula di finanziamenti prededucibili e contratto di Factoring

- L'art. 22 CCII consente all'imprenditore di chiedere al Tribunale nel corso della composizione negoziata di essere autorizzato ad accedere a finanziamenti da parte di terzi che possano godere *ex parte creditoris* del beneficio della prededuzione ai sensi dell'art. 6 CCII ove funzionali *“al rispetto della continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori”*.
- Inizialmente sono sorte criticità in merito all'interpretazione più o meno ampia della locuzione “finanziamenti” ed in particolare ci si è chiesti se tra gli stessi potesse essere annoverata la sottoscrizione di un contratto di factoring regolato dalla Legge 21 febbraio 1991 n. 52.
- L'articolo 22, 1° comma lettera a) CCII non conteneva la definizione di “*finanziamenti*” ai fini di cui si tratta, il che consentiva di accedere ad una interpretazione di carattere estensivo di tale locuzione tanto da ritenere che il termine “*finanziamenti*” utilizzato dal legislatore della riforma fosse *“evidentemente atecnico e descrittivo”* e che pertanto ricomprendesse *“tutte le forme tecniche attraverso le quali l'impresa può ricevere sostegno finanziario ed economico alla propria attività”*.

Autorizzazione alla stipula di finanziamenti prededucibili e contratto di Factoring (*segue*)

- Si riteneva potessero assurgere al rango di finanziamento, nei termini di cui si tratta, tutti i “finanziamenti” che erano da ritenersi ricompresi nell’art. 182 quater L.F. - norma oggi integralmente riprodotta nell’art. 99 CCII (i c.d. “*finanziamenti prededucibili autorizzati prima dell’omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti*”) e quindi che vi rientrassero – così come già si riteneva nell’art. 182 quater L.F. - “*tutte le operazioni, in qualsiasi forma effettuate, che determinano l’insorgere o la modificazione di un diritto di credito nei confronti del debitore proponente*” e precisamente “*tutti i contratti di credito quali il mutuo, le fidejussioni, le aperture di credito, le dilazioni di pagamento, nonché le operazioni di sconto, factoring ed acquisto pro solvendo di crediti della società verso terzi*”.
- Sulla scorta di tali rilievi si riteneva altresì che l’autorizzazione alla stipula di un nuovo contratto di factoring (con tutte le peculiarità che connotano tale strumento) rientrasse e nel novero degli atti che ai sensi dell’art. 22 1° comma lett. a) CCII su richiesta dell’imprenditore dovessero essere autorizzati dal Tribunale per essere ritenuti prededucibili ex art. 6 CCII.
- L’inclusione del factoring all’interno della nozione di “finanziamenti” ex art. 22 CCII trovava pieno riscontro anche nella giurisprudenza di merito che – prima sotto la vigenza della legge 118/2021 convertita in L. 147/2021 e ora con il CCII – è stata più volte investita dell’autorizzazione alla contrazione di nuova finanza in tale “forma”.

Autorizzazione alla stipula di finanziamenti prededucibili e contratto di Factoring (*segue*)

- Fornita una risposta positiva all'interrogativo iniziale, sotto un profilo pratico-operativo si riteneva che la autorizzazione, proprio in ragione della natura del finanziamento richiesto, avrebbe dovuto essere contenuta e ancorata nell'ambito di un ben preciso ambito temporale quale, ad esempio, la durata della CNC così da consentire di verificare pur sempre la funzionalità del contratto di finanziamento al perseguimento degli obiettivi che il procedimento è chiamato a soddisfare.
- Sul punto è intervenuto il Correttivo modificando l'art. 22 1° comma lett. a) e prevedendo che il Tribunale possa autorizzare *“l'imprenditore, ai fini del riconoscimento della prededuzione, a contrarre finanziamenti in qualsiasi forma, compresa la richiesta di emissione di garanzie, oppure autorizzare l'accordo con la banca e l'intermediario finanziario alla riattivazione di linee di credito sospese”*.
- Alla luce della modifica del Correttivo si può ritenere confermata la correttezza della interpretazione sopra esposta.

La transazione fiscale nella CNC

- Con il Correttivo è stata introdotta la possibilità di proporre la Transazione Fiscale nei termini e con limiti di cui all'art. 23 comma 2 *bis* CCII.
- Sul punto non sono mancate censure da parte della dottrina che ha lamentato la mancata previsione della possibilità di transare i debiti relativi con gli enti previdenziali assistenziali e assicurativi, nonché dell'istituto del *cram down*.
- Inoltre è stata criticata la scelta del legislatore di applicare l'istituto della transazione fiscale solo ai percorsi di CNC aperti successivamente alla entrata in vigore del correttivo.
- Nel merito, una prima criticità rilevata è stata quella dell'estensione della transazione ai debiti relativi all'IVA, giusto il riferimento dell'articolo in esame alla esclusione dalla transazione dei tributi costituenti le risorse proprie dell'Unione Europea, locuzione questa che ha creato qualche incertezza agli interpreti.
- Sul punto (al momento e a pochi mesi dall'entrata in vigore della norma) si segnala che la dottrina prevalente ritiene che l'IVA rientri a tutti gli effetti tra i debiti oggetto di transazione.

Proroga della durata della CNC ai sensi dell'art. 17 7° comma CCII

- Alcune criticità erano emerse nell'interpretazione dell'art. 17 7° comma CCII nella parte in cui disponeva la possibilità di proroga dell'iniziale termine di durata della CNC.
- La norma prevedeva che *“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 12, comma 1. 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 19 e 22”*.
- Il primo dubbio riguardava la locuzione *“tutte le parti”*: una rigida interpretazione della norma - riferita quindi a “tutti i creditori” dell'imprenditore avrebbe rischiato di rendere nel concreto inutile la stessa previsione della proroga.
- Pertanto, una corretta interpretazione della norma conduceva a ritenere che con tale locuzione ci si dovesse riferire alle parti che prendono parte al “percorso” della CNC e sono coinvolte nelle trattative.
- Ciò anche al fine di evitare obiezioni strumentali e infondate da parte di creditori non concretamente “interessati” al percorso, tenuto conto che la necessità del “parere positivo” dell'Esperto avrebbe dovuto già fungere da garanzia per i creditori.

Proroga della durata della CNC ai sensi dell'art. 17 7° comma CCII (*segue*)

- Tale soluzione interpretativa era convincente, ma non del tutto soddisfacente attesa l'evidente difficoltà che nel mezzo delle trattative avrebbe potuto richiedere la necessità di ottenere una "istanza" in tal senso da parte dei creditori, soprattutto per quelle ipotesi in cui la platea fosse numerosa perché coinvolgeva ad esempio non solo gli istituti bancari, ma anche numerosi fornitori.
- Si riteneva allora preferibile una soluzione pratica che potesse semplificare l'iter e cioè ritenere che fosse sufficiente la richiesta di proroga formulata dal solo debitore e che quest'ultima fosse comunicata ai creditori di cui si è detto sopra senza che fossero sollevate da questi ultimi obiezioni "di sostanza".
- Anche sul punto è intervenuto il Correttivo modificando l'art. 17 7° comma secondo il quale l'incarico può proseguire se lo richiedono l'imprenditore e *"le parti che con le quali sono in corso le trattative"*.
- Il legislatore ha così sostanzialmente accolto la tesi che era già stata propugnata dalla dottrina e dalla giurisprudenza in merito ai soggetti "istanti", ma non si ritiene abbia risolto del tutto le criticità sopra prospettate.

Proroga della durata della CNC ai sensi dell'art. 17 7° comma CCII (*segue*)

- Neppure era chiaro l'inciso *“oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli articoli 19 e 22”* e cioè quando il debitore abbia richiesto le misure protettive o cautelari ovvero abbia formulato istanze per essere autorizzato a compiere gli atti previsti nell'art. 22 CCII.
- Sul punto si sosteneva che la soluzione interpretativa preferibile fosse quella di ritenere che per l'ipotesi in cui l'imprenditore avesse nella sostanza già sottoposto alcune proprie determinazioni (che riguardano gli interessi dei creditori, piuttosto che atti di straordinaria rilevanza sul proprio patrimonio) al vaglio del Tribunale prima della scadenza del termine, la valutazione positiva connessa alla concessione da parte del Tribunale dei provvedimenti richiesti avrebbe integrato già di per sé una automatica proroga della durata della CNC.
- Per tali ipotesi dunque la proroga avrebbe dovuto ritenersi automatica.
- Con il Correttivo l'inciso ha subito una modifica: la norma oggi prevede che *“l'incarico può proseguire per non oltre centottanta giorni quando (...) l'imprenditore ha fatto ricorso al tribunale ai sensi degli articoli 19 e 22 oppure pendono le misure protettive o cautelari o è necessario attuare il provvedimento di autorizzazione concesso dal tribunale”*.
- Alla luce della modifica appare chiara (e confermata) la prosecuzione automatica della composizione nelle ipotesi delineate dalla norma.

Misure protettive e cautelari

Questioni generali

Applicabilità *erga omnes* delle misure protettive

- Ai sensi dell'art. 18 1° comma CCII l'imprenditore poteva richiedere “*con l'istanza di nomina dell'Esperto o con successiva istanza presentata ai sensi dell'art. 17 1° comma, l'applicazione di misure protettive del patrimonio*”.
- Già dall'entrata in vigore del D.L. 24 agosto 2021 n. 118 - che ha introdotto l'istituto della composizione negoziata – erano sorti dubbi interpretativi in merito ai destinatari delle misure protettive, o meglio, si discuteva sulla possibilità di applicare le stesse *erga omnes*, ovvero solamente nei confronti di creditori specificamente individuati dall'imprenditore.
- Pur dando atto di isolate – e per il vero più risalenti – posizioni contrastanti si riteneva pacifico che le misure protettive, funzionali allo svolgimento delle trattative, avessero *ex lege* un effetto automatico e generalizzato verso tutti i creditori, ad esclusione dei lavoratori.
- Ovviamente in sede di conferma, qualora l'imprenditore l'avesse richiesto, le misure avrebbero potuto essere limitate dal giudice, sentito l'Esperto, a determinati creditori o categorie di creditori, ma si trattava di una facoltà essendo comunque l'istante legittimato a invocarne la conferma *erga omnes*.
- Sul punto è intervenuto il Correttivo confermando la correttezza di tale impostazione: è oggi dunque la norma stessa (art. 18 1° comma CCII) nella sua nuova formulazione a prevedere l'applicabilità *erga omnes* di tali misure.

Applicabilità *erga omnes* delle misure protettive (*segue*)

- Per l'ipotesi di misure protettive generalizzate è sorto poi un contrasto interpretativo in merito ai destinatari della notifica.
- Ferma la necessità della notifica all'Esperto ed esclusa (per motivi analoghi a quelli già espressi in sede di istanza di proroga della durata della CNC) la necessità di una notifica a tutti i creditori, si ritiene che la notifica debba essere eseguita ai creditori sui quali incidono le misure protettive e quindi, per esempio, a quelli che hanno iniziato le procedure esecutive, ovvero ne hanno annunciato la promozione con la notifica dell'atto di precetto; del resto l'art. 19 4° comma prevede espressamente che *“se le misure protettive o i provvedimenti cautelari incidono sui diritti di terzi devono essere sentiti”*.
- Si tratta evidentemente di un criterio “aperto” che necessita di una attenta analisi delle misure di volta in volta richieste dall'imprenditore per dare risposta al quesito in punto destinatari della notifica.
- Fermo quanto sopra, vi è chi ha rilevato che la notifica dovrebbe essere effettuata ai dieci principali creditori per ammontare i quali ex art. 19 2° comma lett. c) devono essere individuati nell'apposito allegato da depositare unitamente al ricorso; sul punto in effetti l'art. 19 4° comma CCII, nel regolare l'udienza, prevede la possibilità per il giudice di assumere informazioni dai creditori di cui al comma 2 lett. c) il che postula una loro possibile presenza e quindi, a monte, una corretta instaurazione del contraddittorio.

Applicabilità *erga omnes* delle misure protettive (*segue*)

- In effetti anche tale interpretazione appare condivisibile e non antitetica, bensì complementare, rispetto alla prima sopra prospettata.
- La prima soddisfa un criterio “qualitativo”, mirando più specificatamente a chi è colpito dal provvedimento richiesto, mentre la seconda un criterio “quantitativo”, mirando a garantire “una certa rappresentanza” dei creditori.
- La soluzione preferibile parrebbe dunque essere quella di prevedere come necessaria sia notifica ai primi dieci creditori per ammontare, che a quelli sui quali le misure richieste incidono.

Estensione delle misure protettive ai beni di proprietà di soggetti terzi

- Ulteriore questione interpretativa ha riguardato la possibilità nell'ambito della CNC di richiedere le misure protettive a tutela di beni di soggetti terzi rispetto all'imprenditore, come per esempio nei confronti dei soci illimitatamente responsabili di una società di persone, ovvero ai garanti dell'impresa.
- Al momento sul punto la giurisprudenza ha assunto – per il vero in casi piuttosto limitati - posizioni contrastanti.
- Da un punto di vista interpretativo la norma è chiara e riferendosi alla protezione del “patrimonio” pare evidentemente riferirsi a quello del debitore istante.
- In talune pronunce tuttavia i tribunali in sede di richiesta di conferma delle misure protettive hanno ritenuto di poter estendere la protezione anche al patrimonio personale dei soci garanti (che erano anche ex soci illimitatamente responsabili di una società di persone poi trasformata in società di capitali) in quanto “*funzionale al prospettato risanamento e al buon esito delle trattative*”.
- Va precisato che in tali casi tendenzialmente i “garanti” avevano messo a disposizione i propri beni immobili già oggetto di procedura esecutiva per la buona riuscita del risanamento della società.

Estensione delle misure protettive ai beni di proprietà di soggetti terzi (*segue*)

- La soluzione sopra esposta, comprensibilmente finalizzata ad assicurare una massima tutela al percorso della CNC e alla buona riuscita delle trattative, è indubbiamente interessante, ma contrasta in modo evidente con la norma di legge.
- Del resto il legislatore, quando ha voluto estendere gli effetti della “procedura” a soggetti terzi – ed in particolare con riferimento ai soci illimitatamente responsabili e i garanti - l’ha fatto apertamente come per esempio nell’art. 59 CCII, per l’accordo di ristrutturazione, e nell’art. 117 CCII per il concordato preventivo, differenziando anche le soluzioni adottate a seconda delle categorie di soggetti (soci illimitatamente responsabili e garanti).
- Peraltro seguendo la tesi della pronuncia sopra citata occorrerebbe porsi il problema della tutela dei creditori dei soggetti terzi beneficiari delle misure di protezione, i quali potrebbero subire un pregiudizio, soprattutto nel caso in cui poi le trattative non dovessero andare a buon fine, ovvero l’imprenditore accedesse ad uno degli strumenti concorsuali previsti dall’art. 23 2° comma CCII.
- Pertanto allo stato pare assai discutibile una estensione di tali misure in favore di soggetti terzi.

Estensione delle misure protettive ai beni di proprietà di soggetti terzi (*segue*)

- Diversa è l'ipotesi in cui vi sia la richiesta di misure protettive in relazione ad un bene di terzi funzionale all'esercizio dell'attività di impresa perché in tal caso subentrerebbe la previsione dell'art. 18 1° comma CCII ultimo periodo che disciplina una tipica misura protettiva prevedendo che *“dal giorno della pubblicazione i creditori interessati non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né possano iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività di impresa”*.
- In tal caso la misura incide su beni di terzi, ma non a protezione del patrimonio di questi ultimi, bensì a tutela di un bene fondamentale per l'esercizio dell'attività di impresa che è presupposto per il risanamento della stessa attraverso il percorso della CNC.

Proroga e durata delle misure protettive

- Dubbi interpretativi erano sorti anche con riferimento alla proroga e alla durata delle misure protettive ed in particolare circa i requisiti per ottenere la proroga, alla possibilità di presentare più volte l'istanza (fermo il termine massimo di durata previsto dall'art. 19 5° comma CCII e cioè 240 giorni), all'applicazione della sospensione feriale.
- In particolare si riteneva che per la concessione della proroga ex art. 19 CCII fossero necessari i seguenti requisiti:
 - la progressione delle trattative;
 - la permanenza dei requisiti del fumes boni iuris (inteso come ragionevole probabilità di risanamento aziendale attraverso le trattative con il ceto creditorio) e del periculum in mora (da individuarsi nel pregiudizio che un'azione esecutiva e /o cautelare possa arrecare al perseguimento di dette finalità);

Proroga e durata delle misure protettive (*segue*)

- Si riteneva inoltre:
 - che la proroga delle misure protettive potesse essere richiesta in più “fasi”, purché la loro durata complessiva non superasse il periodo massimo di duecentoquaranta giorni fissato dalla legge;
 - che al relativo procedimento non fosse applicabile la sospensione feriale dei termini di cui alla Legge n. 742/1969, in quanto “*connotato da intrinseca urgenza*”;
 - che fosse possibile ottenere una nuova concessione di misure protettive anche successivamente allo spirare del termine di efficacia delle misure originariamente concesse, non essendo ostativo il decorso del termine per la richiesta di proroga; ciò in quanto la ratio delle misure è quella di fornire all'imprenditore uno strumento flessibile e non rigido che possa essere azionato nel caso di necessità. Sotto il profilo in esame occorre rilevare una ulteriore criticità interpretativa e cioè se il periodo intercorrente tra la scadenza della misura e il deposito della nuova istanza debba essere conteggiato ai fini del termine massimo di durata delle misure stesse.
- La risposta preferibile pareva essere quella negativa con una – non banale – conseguenza e cioè che per il periodo in oggetto l'imprenditore non sarebbe protetto dalle (possibili) aggressioni dei creditori.

Proroga e durata delle misure protettive (*segue*)

- Sul punto la riforma (art. 19 5° comma CCII) ha modificato in parte l'impianto normativo prevedendo che il parere dell'esperto debba indicare l'attività svolta e da svolgere ex art. 12 2° comma CCII.
- Si ritengono pertanto ancora oggi valide – anche in esito all'entrata in vigore del Correttivo - le considerazioni e interpretazioni sopra esposte.
- Ancora molte perplessità ha destato il fatto che la durata massima delle misure protettive (come detto 240 giorni) non sia allineata con la possibile durata massima della composizione negoziata (360 giorni).
- Tale previsione non è stata oggetto di modifica in sede di Correttivo.
- Il tema è di assoluto rilievo perché è innegabile che nel corso del possibile periodo di “non copertura” l'aggressione di uno o più creditori potrebbe pregiudicare l'esito delle trattative e del percorso, vanificando gli sforzi sino a quel momento posti in essere da tutte le parti coinvolte.
- La criticità al momento (anche in esito all'entrata in vigore del Correttivo) non pare risolvibile in via interpretativa anche se si segnala una interessante pronuncia di merito nella quale il Tribunale ha ritenuto di confermare le misure protettive e cautelari per tutto il periodo di durata dell'incarico dell'Esperto (e dunque per un termine superiore rispetto alla durata delle misure protettive ex art. 19, comma 4 CCII) e comunque sino alla definizione della procedura di composizione negoziata.
- La pronuncia è tuttavia in aperto contrasto con la norma: si ritiene necessario sul punto un intervento normativo che possa risolvere la criticità ed eliminare la ingiustificata discrasia tra i due termini sopra indicati.

Proroga e durata delle misure protettive (*segue*)

- Da ultimo ci si è chiesti se in sede di proroga sia possibile estendere le misure protettive già richieste e confermate dal Tribunale.
- A tale domanda è stata data risposta negativa in quanto in quella sede il Tribunale è chiamato a prorogare una misura già concessa e l'iter per la concessione di una nuova misura – pacificamente possibile ai sensi dell'art. 18 CCII anche nel corso della CNC – prevede step diversi, primo fra tutti la pubblicazione di un “atto” sul registro delle imprese che in tale caso mancherebbe.
- Inoltre il Tribunale nell'iter individuato dall'art. 19 CCII è chiamato a confermare, modificare o revocare le misure protettive che già sono efficaci dalla pubblicazione dell'istanza, ma non a “concederle” (diversamente dalle misure cautelari che vengono concesse direttamente dal Tribunale).

Le misure protettive di gruppo

- Nell'ambito della c.d. CNC di Gruppo regolata dall'art. 25 CCII sono sorte criticità interpretative in merito alla possibilità di poter ottenere misure protettive per tutte le società del gruppo, anche se per alcune di esse sia prevista una soluzione liquidatoria.
- A tale quesito si ritiene di dover fornire risposta positiva e ciò in quanto - come si è visto – il piano di risanamento può prevedere anche una riduzione del perimetro del gruppo attraverso la liquidazione di talune società: in tale senso appare fondamentale estendere la tutela anche nei confronti di società – facenti parte del gruppo oggetto di risanamento - per le quali sia prevista una soluzione liquidatoria.
- Sempre nell'ambito della CNC di gruppo sono inoltre emerse criticità interpretative in merito alle modalità di richiesta delle misure protettive o cautelari.
- In particolare la norma di riferimento (art. 25 4° comma CCII) non chiarisce se la richiesta di misura protettive e cautelari debba essere formulata separatamente per ogni società o possa esser unica per tutte le società, con la nomina dell'esperto.
- A tale domanda si ritiene di dover dare risposta negativa.

Le misure protettive di gruppo (*segue*)

- La soluzione preferibile pare infatti quella di ritenere necessario che le domande debbano essere separate al fine di assicurare l'iscrizione dell'istanza presso il registro di ciascuna delle società coinvolte in modo da consentire a tutti i creditori di venirne a conoscenza.
- Le istanze - ancorché separate - sono poi evidentemente collegate e la trattazione avanti il Tribunale competente deve ritenersi unitaria, sia per questioni di connessione ed economicità, che per evitare decisioni contrastanti.

Le misure cautelari

- Con riferimento alle misure cautelari sono sorte discussioni e dibattiti circa l'ampiezza delle stesse a causa della generica descrizione riportata dall'art. 19 1° comma CCII che si limita ad indicarle quali misure "*necessarie per condurre a termine le trattative*".
- Sul punto – soprassedendo in questa sede all'esame delle possibili misure richiedibili e dei vari orientamenti emersi – in linea generale si ritiene che le stesse debbano essere limitate ad un "*pati*" in capo al creditore e non un "*facere*".
- Si ritiene poi che le stesse non possano essere richieste *ad incertam personam* e che quindi non possano avere effetti generalizzati verso i terzi creditori; esse inoltre – come già detto - non vengono applicate automaticamente per essere poi confermate in sede giudiziale, ma necessitano sempre del provvedimento del Tribunale nel procedimento *ex art. 19 CCII*.
- In secondo luogo si è discusso – e il tema è controverso – se vi sia spazio per una modifica delle misure cautelari nel corso della CNC.
- Si ritiene che a tale domanda occorra dare una risposta positiva.
- I tempi stretti del percorso della composizione negoziata e l'evolversi delle vicende anche in esito alle trattative che intercorrono con i creditori, impongono e - sotto un certo profilo - rendono doveroso riconoscere la possibilità di modificare la domanda iniziale (tenendo anche conto che si tratta pur sempre di provvedimenti cautelari non suscettibili di passare in giudicato).

Misure protettive e cautelari

Questioni processuali

Competenza

- Per ciò che attiene alle questioni processuali, una prima criticità è sorta in merito alla competenza territoriale e funzionale.
- In primo luogo si è stabilito che la competenza in ordine alla conferma delle misure protettive e cautelari è quella del Tribunale del luogo ove si trova la sede legale dell'impresa richiedente e non del giudice del luogo ove eventualmente penda altra causa relativa ad una misura cautelare già adottata.
- Si ritiene inoltre che la competenza a dirimere le questioni (diverse dalla conferma/revoca/modifica) quali l'accertamento dell'esistenza di un contratto pendente o la legittimità di un eventuale rifiuto al suo adempimento, sia del Giudice Ordinario precostituito per legge.
- Infine, nel caso in cui nonostante la concessione della misura protettiva, sia stata intrapresa un'azione esecutiva e/o cautelare la questione relativa al fatto che detta azione non potesse essere iniziata o proseguita si ritiene spetti al Giudice dell'Esecuzione.

Rito

- In materia di misure si ritiene che il relativo procedimento ex art. 19 CCII - che si svolge avanti al Tribunale in sede di volontaria giurisdizione - sia regolato dalla stessa disciplina prevista per il rito cautelare uniforme; conseguentemente il reclamo avverso l'ordinanza emessa dal giudice monocratico ha carattere interamente devolutivo e sostitutivo.