UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BARI ALDO MORO

I BATTELLI DEL RENO

Rivista on-line di diritto ed economia dell'impresa

(www.ibattellidelreno.uniba.it – www.ibattellidelreno.it)

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio, Andrea Patroni Griffi

Comitato scientifico

Sabino Fortunato **(coordinatore)** - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione, Annamaria Dentamaro, Attilio Altieri, Giulia Lasalvia

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione
Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

ISSN 2282-2461 I BATTELLI DEL RENO [ON LINE]

Annamaria Dentamaro

DALLA «COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI» ALLO «STRUMENTO DI REGOLAZIONE DELLA CRISI O DELL'INSOLVENZA» NEL MENTRE GIACE LA PROCEDURA PER L'APERTURA DELLA «LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE»: QUANDO C'E' TUTTO

SOMMARIO. 1. Premessa. – 2. Evoluzione della disciplina, inquadramento dell'istituto e individuazione del complessivo quadro normativo. – 3. Sull'obbligo di riservatezza pendenti le trattative. – 4. L'art. 40, decimo comma, CCII: la composizione negoziata della crisi nel procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale. – 5. Sull'istanza di nomina dell'esperto successivamente all'istanza di apertura della liquidazione giudiziale. – 6. Accertamento della reversibilità (o irreversibilità) dell'insolvenza da parte del Tribunale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale ed effetti sulla procedura liquidatoria (secondo una recente giurisprudenza di merito). – 7. Segue. Effetto inibitorio della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale: dall'art. 6, quarto comma, D.L. 118/2021 al quarto comma dell'art. 18 CCII. – 8. Qualche riflessione sulla (eventuale?) istanza di nomina dell'esperto successivamente alla impugnazione della sentenza *ex* art. 49 CCII con sospensione di efficacia *ex* art. 52 CCII; e sull'applicabilità del quarto comma dell'art. 18 CCII con riguardo al giudizio in Corte d'Appello. – 9. Sulla domanda di accesso allo «strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza» durante la procedura liquidatoria. – 10. Sulla durata massima delle misure protettive: l'art. 8 CCII.

1. Premessa. – Quando si intende affrontare il tema, assai attuale, della composizione negoziata della crisi, ci si concentra normalmente sul suo nucleo centrale di disciplina oggi contenuto negli artt. 12 ss. D.LGS. 12 gennaio 2019, n. 14 (CCII). Tale approccio tuttavia costituisce solo una delle prospettive di studio, comprensibile evidentemente in una fase di prima applicazione dell'istituto, ed in vero la collocazione della composizione negoziata all'interno del CCII deve ormai indurre ad un ampliamento di indagine che tenga anche conto di altre disposizioni che non già solo a questo istituto si riferiscono e che piuttosto ne curano (o tentano di curarne) il raccordo con le altre procedure regolamentate dal CCII, quelle che l'art. 2, lett. m-*bis*), CCII definisce come gli «Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» ovvero tutte «le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento

dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi».

Al riguardo la disciplina vigente sembra offrire un quadro normativo non solo parziale, in quanto riferito solo ad alcuni degli «Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» di cui all'art. 2, lett. m-*bis*), CCII (quelli appartenenti al cosiddetto *genus* delle procedure concorsuali), ma anche non sufficientemente dettagliato, cosicché, se, da un lato, si susseguono incessantemente normative speciali volte ad incentivare il ricorso a questa procedura (v., da ultimo, il decreto PNRR 3 di cui ci si occuperà a breve), dall'altro, si trascura di regolamentare con maggior rigore l'ipotesi, peraltro auspicata, in cui queste procedure si incrociano, si accavallano temporalmente o si susseguono.

Ne è un esempio il caso, cui si riferisce il decimo comma dell'art. 40, ultimo capoverso, CCII, in cui dalla «composizione negoziata della crisi» si passa ad uno «strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza» nel mentre giace la procedura per l'apertura di una «liquidazione giudiziale». Un ulteriore esempio e di non poco spessore è un'altra disposizione che assume un ruolo decisamente centrale nel CCII e che è applicabile al percorso che teoricamente un imprenditore in crisi potrebbe seguire ovvero l'art. 8 CCII, rubricato «Durata massima delle misure protettive», secondo cui «La durata complessiva delle misure protettive, fino alla omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o alla apertura della procedura di insolvenza, non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe, tenuto conto delle misure protettive di cui all'articolo 18» [1]. La disposizione, come noto, è stata riformulata per effetto del D.LGS. del 17 giugno 2022, n. 83, attuativo, *ex* art. 1 della legge di delegazione europea 2019-2020 (L. n. 53/2021), della Dir. (UE) 2019/1023 [2], omettendo la norma, nella sua originaria formulazione, ogni riferimento alle misure protettive confermate/prorogate nella composizione negoziata della crisi. Le misure protettive, come noto, ricevono una definizione nell'art. 2, lett. p), CCII secondo cui per misure protettive si intendono quelle «misure temporanee, richieste dal debitore, per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare fin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o

1 P. RUSSOLILLO, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata della crisi*, su *https://www.dirittogiustiziaecostituzione.it/le-misure-protettive-e-cautelari-nella-composizione-negoziata-della-crisi-di-pasquale-russolillo/*, 10 gennaio 2023; A. CARRATTA, *Misure protettive e cautelari e composizione negoziata della crisi*, su *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 18 maggio 2022 G. LIMITONE, Misure protettive e cautelari nel codice della crisi (alla prova della bolletta di luce e gas), *ivi*, 4 ottobre 2022; G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, *ivi*, 18 luglio 2021; A. DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel D.L. 118/2021*, *ivi*, 17 novembre 2021; M. MONTANARI, *Il procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nel sistema della composizione negoziata della crisi d'impresa: brevi notazioni*, *ivi*, 24 dicembre 2021; M. FABIANI, *Le misure cautelari e protettive nel codice della crisi di impresa*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 849 ss.; G. SCARSELLI, *Le misure cautelari e protettive del nuovo codice della crisi*, su *www.judicium.it*, 8 aprile 2019.

2 V. ZANICHELLI, *Commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n. 83 pubblicato in G. U. il 1° luglio 2022*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 1° luglio 2022.

dell'insolvenza, anche prima dell'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza». Anche questa disposizione è stata riformulata per effetto del D.LGS. 83/2022 ed è interessante ricordare che nella sua originaria versione la disposizione definiva le «misure protettive» come «le misure temporanee disposte dal giudice competente per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza». La ragione dell'introduzione di queste disposizioni si deve senz'altro ad una delle novità più interessanti della riforma concorsuale ovvero l'introduzione di un procedimento unitario per la regolazione delle situazioni di crisi e di insolvenza in linea con l'art. 2, primo comma, lett. *d*), L. 19 ottobre 2017, n. 155 (Legge delega) che prevedeva l'adozione di «un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, in conformità all'articolo 15 del r.d. 16 marzo 1942, n. 267, e con caratteristiche di particolare celerità, anche in fase di reclamo, prevedendo la legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, ammettendo l'iniziativa del pubblico ministero in ogni caso in cui egli abbia notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza, specificando la disciplina delle misure cautelari, con attribuzione della relativa competenza anche alla Corte di appello, e armonizzando il regime delle impugnazioni, con particolare riguardo all'efficacia delle pronunce rese avverso i provvedimento di apertura della procedura di liquidazione giudiziale ovvero di omologazione del concordato». Ed infatti - rispetto al sistema della legge fallimentare del 1942, come riformata negli anni 2005, 2006 e 2007, in cui il procedimento per la dichiarazione di fallimento (riguardante le sole situazioni di insolvenza) ed il procedimento per l'ammissione e l'omologazione del concordato preventivo erano nettamente distinti così come l'applicazione di misure protettive e cautelari finalizzate a garantire il buon esito della procedura [3] – sin dal principio il CCII ha previsto un unitario procedimento non solo in punto di procedure, ma anche in punto di applicazione delle misure protettive e cautelari (*ivi* incluse, sembrava ad una parte della dottrina, quelle concesse, ai sensi dell'art. 20 CCII nella sua originaria versione, pendente la composizione assistita della crisi). La riformulazione delle due disposizioni [artt. 2, lett. p), e 8 CCII], per effetto del D.LGS. 83/2022, esplicita/chiarisce l'inclusione in questo tutt'uno procedimentale – quanto meno ai fini di cui alle medesime norme – anche della composizione negoziata della crisi, con risvolti pratico applicativi di tutto rilievo.

L'art. 40, decimo comma, CCII, per un verso, e gli artt. 2, lett. p), e 8 CCII, per altro verso, introducono nel/affiancano al tutt'uno procedimentale la composizione negoziata della crisi non senza però sollevare tutta una serie di dubbi e perplessità. Su queste disposizioni ci si soffermerà in questa sede per offrire quanto meno una prima riflessione su un tema forse poco esplorato, ma non prima di aver brevemente ripercorso l'*iter* legislativo che ha portato all'attuale disciplina della composizione negoziata della crisi.

[3] V. LENOCI, *Le misure cautelari e protettive nella riforma concorsuale*, su *www.ilfallimentarista.it*, 27 aprile 2018.

2. *Evoluzione della disciplina, inquadramento dell'istituto e individuazione del complessivo quadro normativo.* – La composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa è stata introdotta nel nostro ordinamento dal D.L. 24 agosto 2021, n. 118, recante «Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia», convertito con modificazioni dalla L. 21 ottobre 2021, n. 147, il cui art. 27 ne ha prevista l'entrata in vigore il 15 novembre 2021 [4]. E così è stato.
Disciplinato al fine di introdurre nuovi strumenti che incentivassero le imprese ad individuare «le alternative percorribili per la ristrutturazione o il risanamento aziendale», tale istituto ha sin da subito destato grande interesse, sollecitando immediate riflessioni soprattutto in rapporto alla procedura di allerta e composizione assistita della crisi, la cui disciplina, come noto, era contenuta negli originari artt. 12 ss. CCII. Procedura, di cui l'art. 1, lett b), D.L. 118/2021, prevedeva il posticipo di entrata in vigore al 31 dicembre 2023 (dunque ben oltre l'entrata in vigore del CCII che lo stesso provvedimento rinviava al 16 maggio 2022 [5]) «per poter sperimentare l'efficienza e l'efficacia della composizione

4 S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, su *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 23 agosto 2021; S. MORRI, *La composizione negoziata della crisi di cui al D.L. 118/2021: un rapido quadro e alcune riflessioni critiche*, su *www.ilfallimentarista.it*, 24 agosto 2021; L. PANZANI, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva) del covid*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021; F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "*de profundis*" per il sistema dell'allerta*, su *www.ilfallimentarista.it*, 25 agosto 2021; M. PERRINO, *Disciplina italiana dell'allerta e Direttiva* Insolvency: *un'agenda per il legislatore*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 31 agosto 2021; D. GALLETTI, *Breve storia di una (contro)riforma "annunciata"*, su *www.ilfallimentarista.it*, 1° settembre 2021; A. FAROLFI, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 6 settembre 2021; E. CECCHERINI, *Nuove esigenze di negoziazione e risoluzione della crisi*, su *www.ilfallimentarista.it*, 9 settembre 2021; F. SANTANGELI, *Il D.L. 118/2021. Spunti per la conversione*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 21 settembre 2021; S. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del CCI: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, su *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 22 settembre 2021; V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021; P. RINALDI, *La struttura del percorso*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 27 ottobre 2021; S. LEUZZI, Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021, su *www.dirittodellacrisi.it*, 28 settembre 2021; I. PAGNI e M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021; A. ROSSI, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 30 novembre 2021; G. FAUCEGLIA, *Qualche riflessione, "in solitudine", sulla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, su *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it,* 12 dicembre 2021; E.R. DESANA, *Le procedure di allerta (e cenni al loro probabile tramonto)*, in S. Ambrosini (a cura di), *Le crisi d'impresa e del consumatore dopo il d.l. 118/2021*. Liber amicorum *per Alberto Jorio*, Bologna, 2021, p. 45 ss.; L. PANZANI, *La composizione negoziata alla luce della Direttiva Insolvency*, su *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 1° febbraio 2022; R. GUIDOTTI, *La composizione negoziata e la direttiva* Insolvency: *prime note*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 2 febbraio 2022; R. RANALLI, *Dall'allerta alla composizione negoziata. Flessibilità, semplificazione e trasparenza del nuovo strumento*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 24 febbraio 2022; S. PACCHI, *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunismo del creditore. Dal codice della crisi alla composizione negoziata*, su *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 14 marzo 2022; V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 30 marzo 2022; S. FEOLE, *Composizione negoziata: i condizionamenti dei tempi del percorso*, su *www.ilfallimentarista.it*, 10 agosto 2022; L. GAMBI, *Il ruolo della composizione negoziata della crisi all'interno del CCII*, *ivi*, 26 ottobre 2022; L. DE ANGELIS, *Composizione negoziata della crisi: un flop,* 8 febbraio 2023, su *www.italiaoggi.it*.

5 In origine, come noto, l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza era prevista per il 15 agosto 2020, fatta eccezione per gli artt. 27, primo comma, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 entrati in vigore il 16 marzo 2019. Il D.L. 23/2020 ha successivamente rinviato l'entrata in vigore della restante parte del Codice al 1° settembre 2021, mentre il D.L. 118/2021 l'ha

negoziata […], rivedere i meccanismi di allerta contenuti nel Codice della crisi d'impresa e per allineare l'entrata in vigore dell'allerta esterna ai tempi di rinvio disposti con la modifica dell'articolo 15 dello stesso Codice disposta con il citato decreto-legge n. 41/2021, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 69/2021» (così espressamente la Relazione illustrativa) [6].

La disciplina della composizione negoziata della crisi di cui al D.L. 118/2021 ha ricevuto attuazione con il Decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 [7] ed è stata successivamente integrata dalle disposizioni di cui agli articoli dal 30-*ter* al 30-*sexies* del decreto PNRR 1 [D.L. 6 novembre 2021, n. 152, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose», convertito con modificazioni dalla L. 29 dicembre 2021, n. 233] in punto di «Interoperabilità tra la piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa e altre banche di dati», «Scambio di documentazione e di dati contenuti nella piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa tra l'imprenditore e i creditori», «Istituzione di un programma informatico per la sostenibilità del debito e l'elaborazione di piani di rateizzazione automatici nell'ambito della composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa» e «Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati» [8].

---

ulteriormente rinviata al 16 maggio 2022, salvo il titolo II della Parte prima che sarebbe entrato in vigore il 31 dicembre 2023. Il D.L. 36/2022 ne ha infine disposto l'entrata in vigore il 15 luglio 2022.

[6] In senso fortemente critico, F. LAMANNA, *Nuove misure sulla crisi d'impresa del D.L. 118/2021: Penelope disfa il Codice della crisi recitando il "*de profundis*" per il sistema dell'allerta*, cit. V. I. PAGNI e M. FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata e viceversa*, cit., secondo cui «il percorso di composizione negoziata non è, né per conformazione normativa né per espressa volontà legislativa, una procedura concorsuale. È soltanto (ma l'avverbio non vuol avere un significato limitativo) un luogo dove si dipana lo svolgimento di trattative alla presenza di un terzo che non assiste l'imprenditore - non è un attestatore, né si sostituisce alle parti e ai suoi professionisti nell'esercizio dell'autonomia privata - ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi. Un terzo che coadiuva le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna». La composizione negoziata, proseguono gli stessi AA. non è una forma di soluzione della crisi, «ma è piuttosto un percorso nel quale l'imprenditore entra volontariamente o per spinta 'gentile' (quella dell'organo di controllo prevista nell'art. 15) per avviare una interlocuzione con i creditori e con tutti coloro che sono coinvolti o destinatari degli effetti della crisi. V. anche S. AMBROSINI, *La "miniriforma" del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Riv. dir. fall.*, 2021, p. 901 ss.; R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, su *www.ristrutturazioniaziendali.ilcaso.it*, 8 settembre 2021.

[7] Si tratta di un documento composto da cinque Sezioni (rispettivamente concernenti: Sezione I "*Test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento" disponibile *on line*, Sezione II, "*Check list* (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento per la analisi della sua coerenza", Sezione III "Protocollo di conduzione della composizione negoziata", Sezione IV "La formazione degli esperti", Sezione V "La piattaforma") e tre Allegati (rispettivamente concernenti: Allegato 1 "Indicazioni per la formulazione delle proposte alle parti interessate", Allegato 2 "Istanza *on line*", Allegato 3 "Dichiarazione di accettazione della nomina di esperto di composizione negoziata").

[8] V. MINERVINI, *Composizione negoziata, norme unionali e (nuovo) Codice della crisi*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 30 marzo 2022.

Le vicende successive sono a tutti note: la definitiva entrata in vigore del CCII è stata ulteriormente prorogata, anche al fine di consentire il recepimento della Dir. (UE) 2019/2013, dal decreto PNRR 2 [v. l'art. 42 D.L. 30 aprile 2022, n. 36, recante «Ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR 2)», convertito dalla L. 29 giugno 2022, n. 79] al 15 luglio 2022, la disciplina della composizione negoziata della crisi di cui al D.L. 118/2021, in vigore dal 15 novembre 2021, e quella di cui agli articoli dal 30-*ter* al 30-*sexies* D.L. 152/2021, in vigore dal 1° gennaio 2022, sono state trasfuse con modifiche, per effetto del D.LGS. 83/2022, nel Titolo II, artt. 12 ss. CCII (in sostituzione della disciplina dell'allerta *ivi* prevista) [9], il CCII è entrato finalmente in vigore il 15 luglio 2022, sebbene lo stesso sia stato subito dopo modificato in punto di disciplina delle segnalazioni a carico dell'Agenzia delle Entrate da un emendamento approvato dalla Camera in sede di conversione in legge (L. 4 agosto 2022, n. 122) del D.L. 21 giugno 2022, n. 73, recante «Misure urgenti in materia di semplificazioni fiscali e di rilascio del nulla osta al lavoro, Tesoreria dello Stato e ulteriori disposizioni finanziarie e sociali» [10].

[9] Come noto, una delle maggiori criticità emerse con riguardo alla composizione assistita della crisi era rappresentata dalla presenza del pubblico ministero, tenuto conto, da un lato, dell'art. 38, primo comma, CCII, secondo cui «Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza», e, dall'altro, dell'art. 22 CCII che nella sua originaria formulazione prevedeva che il collegio (OCRI), nei casi di condotta rinunciataria e inadempiente del debitore, se riteneva che gli elementi acquisiti rendevano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnalava con relazione motivata al referente che, a sua volta, ne dava notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente. Quest'ultimo, prevedeva ancora quest'ultima disposizione, quando riteneva fondata la notizia di insolvenza, esercitava tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, l'iniziativa di cui all'art. 38, primo comma, CCII: «Così delineato, con la presenza di queste due disposizioni, un pericoloso "piano inclinato" verso la liquidazione giudiziale, i costruttori di questa nuova disciplina non hanno sufficientemente avvertito che il temuto "piano inclinato " si sarebbe verificato nella più parte dei casi, almeno in un primo periodo ragionevolmente lungo, caratterizzato dalla presenza dell'insolvenza in quasi tutte le situazioni comportanti l'accesso all'OCRI, e comunque di sopravvenienza dell'insolvenza ai primi passi di svolgimento del procedimento, non essendo ancora sufficientemente metabolizzato il concetto di "insolvenza reversibile" (dove l'impossibilità di adempiere può convivere con le prospettive di recupero). Il sistema così costruito correva quindi forti rischi di insuccesso, e di qui il successivo Decreto 118/2021, destinato presumibilmente a sostituire anche oltre il 31 dicembre 2013 la composizione assistita innanzi all'OCRI» (così A. IORIO, *Composizione negoziata e pubblico ministero*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 21 dicembre 2021).

[10] Un emendamento approvato alla Camera il 27 luglio 2022 in sede di conversione del «Decreto Semplificazioni» ha modificato la normativa delle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati *ex* art. 25-*novies* CCII ed in particolare quelle a carico dell'Agenzia delle Entrate. Si è in particolare intervenuti sul primo comma, lett. c), dell'art. 25-*novies* CCII modificando la soglia di segnalazione dell'Agenzia delle Entrate, originariamente prevista in euro 5.000, vincolandola, per somme fino a 20.000 euro, a un rapporto tra il debito e il volume d'affari conseguito nell'anno precedente. In particolare, la segnalazione verrà formulata in presenza di debiti scaduti e non versati relativi a Iva, risultanti dalle liquidazioni periodiche di cui all'art. 21-*bis* D.L. 78/2010 convertito dalla L. 122/2010 di importo superiore a 5.000 euro e, comunque, non inferiore al 10% dell'ammontare del volume d'affari dell'anno precedente. Qualora il debito sia superiore a 20.000 euro la segnalazione verrà inviata a prescindere dall'ammontare del volume d'affari. È stato modificato altresì l'ambito applicativo: non più i debiti risultanti dalle liquidazioni periodiche relative al 1° trimestre 2022, ma da quelle del 2° trimestre.

Infine, l'art. 38, rubricato «Disposizioni in materia di crisi di impresa», del decreto PNRR 3 [D.L. 24 febbraio 2023, n. 13, recante «Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune»], ha introdotto misure volte ad incentivare l'accesso delle imprese alla composizione negoziata, preso atto delle principali difficoltà segnalate dagli operatori nei primi mesi di operatività del nuovo istituto, quali quelle legate alla gestione del debito verso l'Erario o enti pubblici e alla opportunità di prevedere ulteriori vantaggi per i creditori che partecipano alle trattative. Sono state sostanzialmente introdotte tre novità.

La prima è prevista in tema di misure premiali di cui all'art. 25-*bis* CCII. Il primo comma dell'art. 38 D.L. 13/2023 integra la disposizione del CCII prevedendo, sempre in caso di pubblicazione nel registro delle imprese del contratto e dell'accordo di composizione negoziata della crisi di cui all'art. 23, primo comma, lett. a) e c), CCII, su richiesta dell'imprenditore, con istanza sottoscritta anche dall'esperto, l'innalzamento da 72 a 120 del numero di rate attraverso le quali può essere dilazionato il debito verso l'Agenzia delle entrate per le somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta, Iva e Irap non ancora iscritte a ruolo, e relativi accessori. Al riguardo si ricorda che la disciplina generale della dilazione delle somme iscritte a ruolo (art. 19, comma 1-*quinquies*, D.P.R. 602/1973) prevede una specifica definizione legislativa della «comprovata e grave situazione di difficoltà» che dà luogo all'innalzamento del piano di rateazione a 120 rate mensili. Ai fini della concessione di tale maggiore rateazione, si legge nell'art. 19, comma 1-*quinquies*, D.P.R. 602/1973, si intende per comprovata e grave situazione di difficoltà quella in cui ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: a) accertata impossibilità per il contribuente di eseguire il pagamento del credito tributario secondo un piano di rateazione ordinario; b) solvibilità del contribuente, valutata in relazione al piano di rateazione concedibile ai sensi dello stesso comma. La mancata riproposizione del requisito congiunturale è legata alla circostanza che l'agevolazione in esame, funzionale al buon esito delle trattative, deve poter ricomprendere ogni situazione critica, al di là della sua origine, nell'interesse del salvataggio dell'impresa.

Il secondo comma dell'art. 38 D.L. 13/2023 intende agevolare invece i creditori che, a seguito delle trattative, hanno raggiunto un accordo con il debitore con riduzione dei propri crediti. Tali creditori possono emettere la nota di variazione in diminuzione dell'Iva (prevista dall'art. 26, comma 3-*bis*, D.P.R. 633/1972) per le procedure concorsuali e per i piani attestati di risanamento, dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese degli accordi o del contratto con cui si attesta la composizione negoziata della crisi di cui al primo comma dell'art. 23 CCII.

Sempre nell'ottica di favorire l'accesso degli imprenditori alla procedura di composizione negoziata della crisi si collocano le disposizioni contenute nel terzo comma dell'art. 38 del decreto PNRR 3 finalizzate alla semplificazione degli obblighi documentali cui deve adempiere l'imprenditore al momento della presentazione dell'istanza per la nomina

dell'esperto. Per la presentazione di tale istanza è richiesto l'inserimento in piattaforma dei documenti di all'art. 17, terzo comma, CCII. Mentre alcuni di questi sono nella diretta disponibilità dell'imprenditore (v. i bilanci degli ultimi tre esercizi o l'elenco dei creditori), altri sono rilasciati da enti terzi; per questi ultimi il terzo comma dell'art. 38 D.L. 13/2023 dispone che possono essere sostituiti da un'autodichiarazione rilasciata ai sensi dell'art. 46 del t.u. delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa (d.P.R. n. 445/2000), attraverso cui l'imprenditore attesta di averne fatto tempestiva richiesta (ovvero almeno 10 giorni prima della presentazione dell'istanza). Si tratta, in particolare, delle certificazioni previste dalle lettere e), f) e g) dell'art. 17, terzo comma, CCII ovvero: il certificato unico dei debiti tributari di cui all'art. 364, primo comma, D.LGS. 14/2019, rilasciato dagli uffici dell'Amministrazione finanziaria e degli enti preposti all'accertamento dei tributi di loro competenza sull'esistenza di debiti risultanti dai rispettivi atti, dalle contestazioni in corso e da quelle già definite; la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate/Riscossione; il certificato dei debiti contributivi e per premi assicurativi di cui all'articolo 363, primo comma, D.LGS. 14/2019 con cui Inps e Inail comunicano congiuntamente i crediti dagli stessi vantati nei confronti del debitore a titolo di contributi e premi assicurativi [11] (l'art. 17, terzo comma, lett. d), CCII, peraltro, prevede già che all'atto della presentazione dell'istanza alcune situazioni possano essere attestate tramite dichiarazioni sostitutive rese dall'imprenditore ai sensi del citato art. 46 D.P.R. 445/2000. Ci si riferisce alla dichiarazione circa la pendenza di eventuali ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale o per l'accertamento dello stato di insolvenza e il deposito di ricorsi per l'accesso agli strumenti giudiziali di regolazione della crisi e dell'insolvenza). Il secondo periodo del terzo comma dell'art. 38 decreto PNRR3 circoscrive temporalmente la possibilità di presentare tali autocertificazioni in luogo dei certificati rilasciati dagli enti competenti, limitandola alle istanze avanzate nel periodo intercorrente tra la data di entrata in vigore del D.L. 13/2023 (24 febbraio 2023) e il 31 dicembre 2023. Tale disposizione si è resa necessaria per sbloccare le numerose istanze pendenti a causa dei tempi ad oggi necessari per il rilascio delle sopra richiamate certificazioni. La situazione attuale di blocco dell'accesso alla composizione negoziata sarebbe motivata dalla recente entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (15 luglio 2022) e dovrebbe quindi essere riassorbita, secondo il Governo, in tempi ragionevoli: da qui la limitazione temporale dell'applicabilità della norma fino al 31 dicembre 2023. Si chiarisce ancora che nel periodo di vigenza della misura semplificativa prevista dal terzo comma dell'art. 38 decreto PNRR3, l'assenza delle informazioni contenute nelle certificazioni di Agenzia delle entrate, Inps e Inail non creerà all'esperto problemi di valutazione circa la perseguibilità del risanamento, in quanto

[11] I citati artt. 363 e 364 CCII non prevedono una tempistica definita per il rilascio delle suddette certificazioni, limitandosi l'art. 364 CCII a stabilirne «la tempestività», mentre l'art. 363 CCII demanda ad un apposito provvedimento di Inps e Inail la definizione dei «tempi per il rilascio del certificato unico» (v., al riguardo, la determinazione Inail n. 30 del 4 luglio 2019 che stabilisce un termine di 45 giorni dalla richiesta per rilasciare il certificato unico debiti per premi assicurativi).

«l'interoperabilità delle banche dati dei medesimi enti con la piattaforma telematica nazionale, prevista dall'articolo 14 del Codice della crisi, consente agevolmente l'estrazione dei dati relativi ai debiti fiscali e previdenziali dell'impresa che ha chiesto l'avvio delle trattative» [12].

La disciplina della composizione negoziata della crisi, dunque, è essenzialmente contenuta nel Capo I (rubricato «Composizione negoziata della crisi», artt. 12-25 *quinquies* CCII) [13], del Titolo II (rubricato «Composizione negoziata della crisi**,** piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi»), della Parte I (rubricata «Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza») del CCII così come modificato dal D.LGS. 83/2022, che ha invero sostituito l'intero Titolo II, originariamente dedicato alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, da un canto, per inserirvi, come precedentemente accennato, le disposizioni già in vigore di cui ai sopra citati D.L. 118/2021 e 152/2021 e, dall'altro, al fine di coordinare la disciplina introdotta alle altre norme del CCII [14]. A questa disciplina, così come integrata dai primi tre commi dell'art. 38 D.L. 13/2023 di cui ora si è detto, si aggiungono altre disposizioni del CCII, tra le quali l'art. 2, lett. m-*bis*), CCII che definisce gli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza», l'art. 4 CCII rubricato «Doveri delle parti», l'art. 8 CCII rubricato «Durata massima delle misure protettive», l'art. 40, decimo comma, CCII rubricato «Domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione

---

[12] G. BUFFELLI, *Composizione negoziata della crisi/Decreto PNRR/Novità in ambito Crisi di Impresa*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 1° marzo 2023; P. BARISONE e L. RUGGIERO, *Il decreto PNRR3 e le modifiche al CCII*, su *www.ilfallimentarista.it*, 10 marzo 2023.

[13] Nello stesso Titolo seguono il Capo II, rubricato «Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio all'esito della composizione negoziata», e il Capo III, rubricato «Segnalazioni per la anticipata emersione della crisi e programma informatico di verifica della sostenibilità del debito e di elaborazione di piani di rateizzazione».

[14] Si ricorda che il Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) ha individuato nella lentezza della realizzazione di alcune riforme strutturali, un limite al potenziale di crescita dell'Italia. In particolare, il PNRR ha collocato tra gli ambiti di intervento prioritari le modifiche al Codice dell'insolvenza da attuarsi tramite: l'attuazione della disciplina relativa alle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione; la revisione degli accordi di risoluzione extragiudiziale al fine di incentivare le parti a farne un maggior uso; il potenziamento dei meccanismi di allerta; la specializzazione degli uffici giudiziari e le autorità amministrative competenti per le procedure concorsuali; l'implementazione della digitalizzazione delle procedure anche attraverso la creazione di un'apposita piattaforma on line. Con riguardo a quanto previsto dal PNRR, sono intervenuti:

- il D.L. 118/2021, che ha disciplinato, a decorrere dal 15 novembre 2021, l'istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, il cui obiettivo è superare la situazione di squilibrio dell'impresa prima che si arrivi all'insolvenza. Il provvedimento, che risponde alle indicazioni del PNRR per quanto riguarda le procedure extragiudiziali e la piattaforma *on line*, come già illustrato, è stato poi attuato dal decreto dirigenziale 28 settembre 2021 e successivamente trasfuso nel CCII per effetto del D.LGS. 83/2022;
- il D.L. 152/2021, che ha introdotto disposizioni sulla piattaforma telematica nazionale e sulla specializzazione dei magistrati delegati alle procedure concorsuali;
- il D.M. Giustizia 114/2021, che è invece intervenuto sui diritti di garanzia non possessori;
- il D.LGS. 83/2022, che apporta numerose modifiche al CCII, dando attuazione alla direttiva (UE) 2019/1023, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

giudiziale», l'art. 54, primo comma, CCII rubricato «Misure cautelari e protettive» e l'art. 90, quinto comma, CCII rubricato «Proposte concorrenti» [15].

Un cenno merita infine l'art. 353 CCII, rubricato «Istituzione di un osservatorio permanente», che dispone l'istituzione da parte del Ministro della giustizia, con decreto adottato di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con il Ministro per lo sviluppo economico entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del CCII, anche ai fini di cui all'art. 355 CCII, di un Osservatorio permanente sull'efficienza delle misure e degli strumenti previsti dal titolo II e degli strumenti di regolazione della crisi d'impresa. Solo si segnala che tale Osservatorio è stato istituito con Decreto del 29 dicembre 2022 [16].

[15] Recita l'art. 90, quinto comma, CCII che «Le proposte di concordato concorrenti non sono ammissibili se nella relazione di cui all'articolo 87, comma 3, il professionista indipendente attesta che la proposta di concordato del debitore assicura il pagamento di almeno il trenta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari. Tale percentuale è ridotta al 20 per cento nel caso in cui il debitore abbia utilmente avviato la composizione negoziata ai sensi dell'articolo 13».

[16] Ai sensi dell'art. 1, secondo comma, del Decreto del 29 dicembre 2022, l'Osservatorio permanente è presieduto dal Capo di Gabinetto o da un suo delegato ed è composto da: a) due esperti scelti fra docenti universitari di chiara ed acclarata competenza nella materia della crisi d'impresa designati dal Capo di Gabinetto; b) due magistrati in possesso di elevata competenza e specializzazione nella materia della crisi d'impresa, anch'essi designati dal Capo di Gabinetto; c) un membro individuato dal Ministero delle imprese e del *made in Italy* in possesso di chiara ed acclarata competenza nella materia della crisi d'impresa; d) un membro designato dalla Banca d'Italia; e) tre rappresentanti designati dagli ordini professionali, di cui uno designato dal Consiglio nazionale forense, uno designato dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili ed uno designato dal Consiglio nazionale dei consulenti del lavoro; f) un membro designato dalla Confederazione generale dell'industria italiana; g) un membro designato da confartigianato-imprese; h) un membro designato dalla Confederazione generale dell'agricoltura italiana. Ai sensi dell'art. 2 dello stesso decreto, l'Osservatorio permanente verifica l'efficienza delle misure e degli strumenti per la gestione della crisi d'impresa previsti e disciplinati dal CCII, giudiziali e stragiudiziali, monitorandone, in particolare, la durata, l'esito e, nei casi di prosecuzione dell'attività, il mantenimento dei livelli occupazionali. Rispetto alle procedure di ristrutturazione, l'Osservatorio verifica l'esito della fase esecutiva e quindi monitora l'adempimento o meno agli obblighi assunti con il piano di ristrutturazione o l'apertura, nei confronti della medesima impresa, di altra procedura anche di tipo liquidatorio. Per lo svolgimento delle sue funzioni, entro il 31 gennaio di ciascun anno, il presidente dell'Osservatorio riceve i dati relativi alla composizione negoziata della crisi di impresa di cui agli artt. 12 ss. CCII e alle segnalazioni ed ai piani di rateizzazione di cui agli artt. 25-*novies* e 25-*undecies* CCII nonché i quadri informativi relativi agli strumenti giudiziali di regolazione della crisi previsti dal medesimo Codice. I dati e le informazioni sono forniti, per quanto di rispettiva competenza, dal Tavolo tecnico istituito con la convenzione sottoscritta tra il Ministero e Unioncamere il 21 e 22 giugno 2022, dalla Direzione generale di statistica e analisi organizzativa e dalla Direzione generale per i servizi informativi automatizzati. L'Osservatorio elabora i dati ricevuti e redige, ogni due anni dalla data della sua costituzione, una sintetica relazione sull'efficienza delle misure e degli strumenti monitorati contenente eventuali proposte di modifica della normativa vigente. La relazione, che tiene conto della situazione economica generale, contiene una comparazione dei dati relativi all'ultimo quinquennio, laddove disponibili. Nei casi in cui emergano situazioni di particolare difficoltà nella celere gestione delle procedure da parte di singoli uffici giudiziari, la relazione specifica: la composizione dell'ufficio al quale sono assegnate le procedure concorsuali e le misure protettive e cautelari della composizione negoziata, il carico dei ruoli dei magistrati che lo compongono e le materie tabellarmente affidate al medesimo ufficio al fine di collegare l'impatto della specializzazione dei magistrati e dell'organizzazione dell'ufficio all'efficiente gestione di tali procedure. Il monitoraggio è inviato al Consiglio superiore della magistratura per le eventuali valutazioni di competenza. Ai fini della redazione della relazione, l'Osservatorio può acquisire dati, contributi, relazioni e materiali di esperti nella materia della crisi

Per inquadrare l'istituto della composizione negoziata della crisi all'interno del CCII, basterà leggere l'art. 2, lett. m-*bis*), CCII, per comprendere come lo stesso non rappresenti uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza ed al contempo rileggere quest'ultima disposizione unitamente all'art. 3 CCII per chiarire che la composizione negoziata si colloca nel novero delle misure di prevenzione della crisi e dell'insolvenza. Ed infatti, se, da un lato, l'art. 2, lett. m-*bis*), CCII definisce gli «Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza» come «le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi», dall'altro, l'art. 3 CCII (dopo aver sancito al primo comma il dovere dell'imprenditore individuale di «adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte» e al secondo comma il dovere dell'imprenditore collettivo di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato ai sensi dell'art. 2086 c.c., ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di iniziative idonee) al terzo comma, nell'elencare gli obiettivi o le funzionalità delle misure idonee di cui al primo comma e degli assetti di cui al secondo comma della medesima disposizione, stabilisce che questi devono essere in grado di:

a) rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;

b) verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui al quarto comma della medesima disposizione;

c) ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'art. 13, secondo comma, CCII [17].

3. Sull'obbligo di riservatezza pendenti le trattative. – Alla composizione negoziata della crisi, nel corso delle trattative, il legislatore del CCII estende gli obblighi di comportarsi secondo buona fede e correttezza di cui all'art. 4, primo comma, CCII, risultandone per l'effetto

d'impresa o in materie connesse e affini e raccogliere proposte ed indicazioni da soggetti esterni sottoponendo, a tal fine, all'Ufficio di Gabinetto l'esigenza di procedere a specifiche audizioni.

[17] Prosegue al quarto comma la medesima disposizione che costituiscono segnali per la previsione di cui al terzo comma: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni; d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'art. 25-*novies*, primo comma, CCII.

anticipata temporalmente l'applicazione al periodo di pre-crisi [18]. Al contempo, fermi restando gli obblighi a carico dell'imprenditore in negoziazione di cui agli artt. 16, quarto comma, [19] e 21 CCII [20], il debitore ha il dovere di: a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo tutte le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate; b) assumere tempestivamente le iniziative idonee alla individuazione delle soluzioni per il superamento delle condizioni di cui all'articolo 12, comma 1, durante la composizione negoziata, e alla rapida definizione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori; c) gestire il patrimonio o l'impresa durante i procedimenti nell'interesse prioritario dei creditori. D'altra parte, fermo quanto previsto dall'art. 16, quinto [21] e sesto comma [22], CCII, i creditori hanno il dovere di collaborare lealmente con il debitore, con l'esperto nella composizione negoziata e con gli organi nominati dall'autorità giudiziaria e amministrativa e di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questi assunte e sulle informazioni acquisite [23].

18 Da ultimo, v. L. PANZANI, *I doveri delle parti*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 22 settembre 2022; S. DE MATTEIS, *Doveri delle parti e del Pubblico ministero nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, *ivi*, 16 marzo 2022.

19 Recita questa disposizione che «L'imprenditore ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori».

20 Si tratta dell'articolo avente a oggetto la disciplina della «Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative».

21 Recita l'art. 16, quinto comma, CCII, 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».

22 Recita l'art. 16, sesto comma, CCII che «Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata».

23 Ai sensi del terzo comma dello stesso art. 4 CCII, ove non siano previste, dalla legge o dai contratti collettivi di cui all'art. 2, primo comma, lett. g), del decreto legislativo 6 febbraio 2007, n. 25, diverse procedure di informazione e consultazione, il datore di lavoro, che occupa complessivamente più di quindici dipendenti, informa con comunicazione scritta, trasmessa anche tramite posta elettronica certificata, i soggetti sindacali di cui all'articolo 47, comma 1, della legge 29 dicembre 1990, n. 428, delle rilevanti determinazioni, assunte nel corso delle trattative della composizione negoziata e nella predisposizione del piano nell'ambito di uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza, che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto riguarda l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni. I soggetti sindacali, entro tre giorni dalla ricezione dell'informativa, possono chiedere all'imprenditore un incontro. La conseguente consultazione deve avere inizio entro cinque giorni dal ricevimento dell'istanza e, salvo diverso accordo tra i partecipanti, si intende esaurita decorsi dieci giorni dal suo inizio. La consultazione si svolge con vincolo di riservatezza rispetto alle informazioni qualificate come tali dal datore di lavoro o dai suoi rappresentanti nel legittimo interesse dell'impresa. In occasione della consultazione svolta nell'ambito della composizione negoziata è redatto, ai soli fini della determinazione del compenso dell'esperto di cui all'articolo 25-*ter*, comma 5, un sintetico rapporto sottoscritto dall'imprenditore e dall'esperto.

Con particolare riferimento all'obbligo di riservatezza, volendo organizzare il complesso quadro normativo, i punti salienti sembrano essere i seguenti: i soggetti sui quali ricade l'obbligo, la specificazione delle informazioni oggetto di quest'obbligo nonché delle fonti informative rientranti nell'ambito applicativo della disciplina, gli effetti derivanti dalla sussistenza di tale obbligo, la durata dell'obbligo di riservatezza, il rapporto tra tale obbligo e quello a carico delle parti e dell'esperto eventualmente chiamati a deporre.

Sotto il primo profilo, il secondo comma dell'art. 12 CCII, che espressamente attribuisce all'esperto la funzione di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e gli altri soggetti interessati, consente di individuare chiaramente i soggetti su cui ricade tale dovere: creditori, altre parti interessate, esperto, ma anche imprenditore. Preliminarmente si osserva che la riservatezza non è imposta solo ai creditori coinvolti dall'esperto nelle trattative, come in vero lascerebbe intendere il terzo comma dell'art. 4 CCII che espressamente solo a questi si riferisce, ed esplicativo nel senso di un coinvolgimento di tutte le parti interessate è il sesto comma dell'art. 16 CCII secondo cui «*Tutte le parti coinvolte nelle trattative* […] rispettano l'obbligo di riservatezza […]». D'altra parte, un cenno ad un obbligo di riservatezza persino in capo al debitore su fatti dei creditori parrebbe velatamente trasparire dal necessario consenso del creditore di cui si fa cenno nella seconda parte dell'art. 15 CCII quando recita che «La documentazione e le informazioni inserite nella piattaforma sono accessibili previo consenso prestato, dall'imprenditore e *dal singolo creditore*, ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196». In composizione negoziata, l'obbligo di riservatezza non ricade solo sulle parti. Ai sensi dell'art. 16, secondo comma, CCII, anche l'esperto, che non è parte della composizione, bensì «terzo rispetto a tutte le parti», opera in modo, oltre che professionale imparziale e indipendente, «riservato» e può, a tal fine, non essere irrilevante considerare come il legislatore del CCII abbia infine definito autonomamente l'esperto nell'art. 2, lett. o-*bis*), CCII, volutamente distinguendolo dal «professionista indipendente» di cui alla precedente lett. o) (chiamato invece a svolgere il ruolo di attestatore nell'ambito degli «strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza»). Distinzione di funzioni ulteriormente rimarcata dall'art. 16, secondo comma, CCII che espressamente precisa che l'esperto «non è equiparabile al professionista indipendente di cui all'art. 2, c. 1, lettera c)».

Sotto il secondo profilo, ovvero l'individuazione delle informazioni oggetto dell'obbligo di riservatezza, da una interpretazione rigorosamente letterale della disciplina, deriva che l'obbligo di riservatezza ha a oggetto la situazione dell'imprenditore, le iniziative da questi assunte o programmate e le informazioni acquisite nel corso delle trattative (v. l'art. 16, sesto comma, CCII che sostanzialmente riprende quanto già statuito nel quarto comma dell'art. 4 CCII) mentre manca una specificazione relativa all'obbligo di riservatezza a carico dell'esperto, da intendere evidentemente nel senso più ampio.

In ordine al terzo profilo, ovvero l'individuazione delle fonti informative o modalità di apprendimento dei dati sensibili, è interessante considerare che le informazioni oggetto

dell'obbligo di riservatezza di cui ora si è detto possono essere attinte dalle parti e dall'esperto in vario modo: o solo in quanto si è partecipi delle trattative, ciò accade per le parti coinvolte diverse dai creditori per le quali non è previsto un accesso alla piattaforma telematica nazionale (accesso espressamente limitato, tra le parti, ai creditori che abbiano, insieme all'imprenditore, prestato il proprio consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196) o in quanto si ha possibilità di accedere alla piattaforma telematica nazionale, ciò accade per i creditori come chiaramente si evince dall'art. 15 CCII, o in ragione dell'incarico assunto, ciò riguarda evidentemente l'esperto come si evince, tra l'altro, dall'art. 14 CCII [24]. Così, ai sensi dell'art. 15 CCII, rubricato «Scambio di documentazione e di dati contenuti nella piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa tra l'imprenditore e i creditori», «I creditori possono accedere alla piattaforma telematica nazionale di cui all'articolo 13 e possono inserire al suo interno le informazioni sulla propria posizione creditoria e i dati eventualmente richiesti dall'esperto nominato ai sensi del medesimo articolo 13. Essi accedono ai documenti e alle informazioni inseriti nella piattaforma dall'imprenditore al momento della presentazione dell'istanza di cui all'articolo 17 o nel corso delle trattative. La documentazione e le informazioni inserite nella piattaforma sono accessibili previo consenso prestato, dall'imprenditore e dal singolo creditore, ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, e del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196». D'altra parte l'esperto, oltre ad accedere alla piattaforma telematica nazionale (insieme all'imprenditore e ai professionisti dallo stesso incaricati ai sensi dell'art. 13, secondo comma, CCII), ai sensi dell'art. 14 CCII, rubricato «Interoperabilità tra la piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa e altre banche di dati», accede anche alle banche dati e alle informazioni di cui al comma 1 della medesima disposizione («banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'Istituto nazionale della previdenza sociale, dell'Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e dell'agente della riscossione» e «Centrale dei rischi della Banca d'Italia» nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 7 del testo unico bancario di cui al decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385»), «previo consenso prestato dall'imprenditore ai sensi del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del

[24] Ai sensi dell'art. 16, secondo comma, CCII l'esperto «può avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale, non legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale». La stessa norma trascura di imporre anche a tali soggetti un obbligo di riservatezza. Sarebbe questa la norma corrispondente all'art. 5, primo comma, CCII che nella sua originaria versione riferita all'OCRI stabiliva: «I componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, ivi compresi i referenti e il personale dei relativi uffici, sono tenuti all'obbligo di riservatezza su tutte le informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio».

Consiglio, del 27 aprile 2016, e del codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, ed estrae la documentazione e le informazioni necessarie per l'avvio o la prosecuzione delle trattative con i creditori e con le parti interessate [il terzo comma della stessa disposizione stabilisce che «L'accesso ai dati attraverso la piattaforma telematica di cui al comma 1 non modifica la disciplina relativa alla titolarità del trattamento, ferme restando le specifiche responsabilità ai sensi dell'articolo 28 del citato regolamento (UE) 2016/679 spettanti al soggetto gestore della piattaforma nonché le responsabilità dei soggetti che trattano i dati in qualità di titolari autonomi del trattamento»].

Altro profilo interessante attiene alla durata dell'obbligo di riservatezza tanto con riguardo alle parti quanto con riguardo all'esperto. Se infatti non può dubitarsi che l'obbligo sussista nel corso delle trattative, non è altrettanto chiaro se lo stesso obbligo debba protrarsi anche oltre, apparendo in linea di massima preferibile la prima delle soluzioni prospettate. Chiusa la composizione negoziata, sulle parti interessate ai sensi del sesto comma dell'art. 16 CCII non ricadrebbe più l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative ed è anzi presumibile che in caso di esito negativo delle trattative proprio sulla scorta di queste informazioni siano i creditori a presentare una istanza di apertura della liquidazione giudiziale *ex* art. 37, secondo comma, CCII oppure le altre parti interessate (diverse dai creditori) eventualmente a procedere con una segnalazione al pubblico ministero ai fini di cui al primo comma dell'art. 38 CCII.

Diversa questione è se possa allo stesso modo procedersi – istanza dei creditori al Tribunale/segnalazione delle altre parti (ma anche dei creditori) al Pubblico Ministero – sulla scorta delle informazioni acquisite nel corso della composizione negoziata e durante le trattative. La questione è, in altri termini, se l'obbligo di riservatezza che incombe sulla parte coinvolta dall'esperto nelle trattative impedisca a questa di agire, a seconda dei casi, a mezzo istanza al Tribunale o segnalazione al Pubblico Ministero a tutela dei propri diritti. Al riguardo, si osserva che la tutela della riservatezza parrebbe in tale evenienza ugualmente garantita, se si considera che la sola istanza di apertura della liquidazione presentata dal debitore è, ai sensi del terzo comma dell'art. 40 CCII, comunicata dal cancelliere al registro delle imprese che ne cura l'iscrizione entro il giorno successivo nel pubblico registro, non anche l'istanza al Tribunale presentata da un creditore, da coloro che hanno funzioni di controllo e vigilanza sull'impresa o dal pubblico ministero, come chiaramente emerge dal sesto comma della medesima disposizione, che prevede in tal caso la sola notifica del decreto di convocazione al debitore.

D'altra parte, con riguardo all'esperto, la mancanza di una disposizione analoga a quella di cui all'art. 22 CCII nella sua originaria formulazione (che, in tema di composizione assistita della crisi, imponeva al referente di segnalare la situazione di insolvenza al Pubblico Ministero) porta a chiedersi se, sussistendone i presupposti, l'esperto non debba/possa ugualmente procedere alla segnalazione al pubblico ministero ai fini di cui al primo comma dell'art. 38 CCII (soluzione tendenzialmente in linea con la formulazione di quest'ultima

disposizione). Al riguardo, l'impressione di chi scrive è che l'esperto all'esito delle trattative non andate a buon fine o comunque archiviate debba e possa unicamente fornire nella sua relazione finale da inserire in piattaforma (con ciò ponendo fine evidentemente al suo dovere di riservatezza) ogni delucidazione al riguardo, *ivi* inclusa la notizia di una insolvenza (reversibile o irreversibile che sia) e che saranno piuttosto i creditori coinvolti nelle trattative (ma non anche le eventuali altre parti interessate alle quali l'accesso in piattaforma non è espressamente consentito, rappresentando tale aspetto senza dubbio una criticità del sistema), ai quali la relazione sarà visibile potendo loro accedere in piattaforma, eventualmente a presentare l'istanza di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII ai sensi del sesto comma dell'art. 40 CCII.
Un riferimento, infine, merita l'eventualità che le parti e/o l'esperto siano chiamati a deporre nel corso della composizione negoziata. È a tutti noto l'art. 16, quarto comma, CCII, secondo cui «Fatto salvo quanto previsto dall'articolo 19, comma 4, l'esperto non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto compatibili». Ora, da parte la constatazione del mancato rinvio in questa norma altresì all'art. 22 CCII relativo alle autorizzazioni del tribunale pendenti le trattative (peraltro richiamato dal terzo comma dell'art. 12 CCII come ipotesi, accanto a quella di cui all'art. 19 CCII, in cui è applicabile l'art. 38 CCII), solo si segnala come la mancanza di una disposizione analoga (all'art. 16, quarto comma, CCII) relativa alle parti coinvolte nelle trattative, induce a ritenere che le parti (tutte le parti, dunque soprattutto i creditori coinvolti ai quali può essere stato consentito l'accesso in piattaforma) siano invece tenute a deporre anche pendenti le trattative sul contenuto delle dichiarazioni rese dall'imprenditore e delle informazioni acquisite.

4. L'art. 40, decimo comma, CCII: la composizione della crisi nel procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale. – La disciplina della composizione negoziata della crisi di cui agli artt. 12 ss. CCII è integrata, come anticipato, dall'art. 40, decimo comma, CCII secondo cui «Nel caso di pendenza di un procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale introdotto da un soggetto diverso dal debitore, la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è proposta, con ricorso ai sensi dell'articolo 37, comma 1 e nel rispetto degli obblighi di cui all'articolo 39, nel medesimo procedimento, a pena di decadenza, entro la prima udienza e se entro il medesimo termine è proposta separatamente è riunita, anche d'ufficio, al procedimento pendente. Successivamente alla prima udienza, la domanda non può essere proposta autonomamente sino alla conclusione del procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale. Il termine di cui al primo periodo non si applica se la domanda di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza è proposta all'esito della

composizione negoziata, entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui all'art. 17, ottavo comma, CCII» [25].

L'ultimo capoverso di questa disposizione, a seconda di quale sia la procedura per prima iniziata, può intendersi riferito

- al passaggio da una procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale (su istanza di uno dei soggetti di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII diverso dal debitore) ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza (su domanda del debitore) una volta archiviata una procedura di composizione negoziata della crisi (su istanza del debitore) o
- al passaggio da una procedura di composizione negoziata della crisi (su istanza del debitore) ad uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza (su domanda del debitore) nel mentre è aperta la procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale (su istanza di uno dei soggetti di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII diverso dal debitore).

L'art. 40, decimo comma, CCII solleva problematiche di non poco conto e basti a tal fine considerare che, pur tenuto conto della «(condivisibile) *ratio* di mitigare gli abusi dello strumento giudiziale regolatorio», non è mancato chi ha ritenuto che della stessa «andrebbe nondimeno valutata la coerenza con l'art. 24 Cost., posto che (da un punto di vista logico, prima ancora che giuridico) non pare che si possa predicare *a priori* l'astratta abusività di qualsiasi domanda di regolazione pattizia presentata dopo la prima udienza del giudizio per l'apertura della liquidazione giudiziale», così al contempo evidenziando l'opportunità persa da parte del legislatore di «mettere in campo tecniche diverse di contenimento dell'abuso, ad esempio (così come è accaduto finora nella pratica) affidandosi alla valutazione giudiziale – da condurre caso per caso, anche dopo la prima udienza – dell'ammissibilità della domanda di regolazione pattizia introdotta nella pendenza del giudizio per l'apertura della liquidazione giudiziale» [26].

Dalla lettura di questa disposizione emerge in ogni caso che il rapporto tra la trattazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza e la trattazione della procedura di liquidazione giudiziale, normalmente retto dal principio della priorità della prima rispetto alla trattazione della seconda, superata la prima udienza subisce, per così dire, una inversione, diventando la trattazione della seconda prioritaria rispetto alla trattazione della prima. Tale inversione poi, per quanto maggiormente interessa in questa sede, subisce uno slittamento in avanti ove la domanda di trattazione dello strumento di regolazione della crisi sia proposta all'esito della composizione negoziata, purché entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui all'art. 17, ottavo comma, CCII.

L'ultimo capoverso del decimo comma dell'art. 40 CCII merita qualche chiarimento in ordine a quali siano gli strumenti di composizione della crisi e dell'insolvenza interessati dalla norma ed al termine iniziale di decorrenza del termine dei sessanta giorni *ivi* fissato.

---

[25] E. QUARANTA, *Il rapporto tra la liquidazione giudiziale e strumenti di regolazione della crisi nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 22 settembre 2022.

[26] R. D'ALONZO e F. DE SANTIS, *Il cd. procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 4 ottobre 2022.

Preliminarmente si osserva che, per quanto è per logica desumibile, la prima udienza cui il legislatore espressamente si riferisce nella norma non può che essere la prima (che poi potrebbe anche essere l'unica) delle diverse udienze al termine del succedersi delle quali il Tribunale concorsuale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale da uno dei soggetti di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII, diverso dal debitore, pronuncerà con sentenza l'apertura della procedura di liquidazione o con decreto il rigetto dell'istanza.
Con riguardo ora ai due profili della disciplina sopra evidenziati, colpisce in primo luogo il generico riferimento alla domanda di accesso allo «strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza» che include, *ex* art. 2, lett. m-*bis*), CCII, tutte «le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi». Il riferimento colpisce ove si consideri, come in vero già colto, che la pregiudizialità di trattazione rispetto alle domande funzionali all'apertura delle procedure liquidatorie (giudiziale o controllata) «non è, tuttavia, assoluta, ma predicabile solo per gli strumenti di regolazione della crisi qualificabili come procedure concorsuali e introdotti da una domanda del debitore (art. 37 CCII), destinata ad essere trattata nell'ambito del procedimento unitario. Tale considerazione porta, quindi, a evidenziare la distinzione tra gli strumenti di regolazione della crisi riconducibili al *genus* procedure concorsuali (accordi di ristrutturazione, concordato preventivo, piano di ristrutturazione soggetto a omologazione e - con riferimento alla composizione delle crisi da sovraindebitamento - concordato minore e piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore) e quelli destinati a operare in un ambito extraprocessuale, come il piano attestato e la convenzione di moratoria (fruibili solamente dagli imprenditori, anche non commerciali)» [27]. In questi termini, per meglio chiarire, soccorre il riferimento al ricorso presentato ai sensi dell'art. 37, primo comma, CCII e nel rispetto degli obblighi di cui all'art. 39 CCII cui espressamente si riferisce lo stesso art. 40, decimo comma, primo capoverso, CCII, che evidentemente circoscrive gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza utili ai fini (anche) dell'art. 40, decimo comma, ultimo capoverso, CCII ai soli riconducibili agli strumenti di regolazione della crisi appartenenti al *genus* procedure concorsuali e dunque agli accordi di ristrutturazione, al concordato preventivo, al piano di ristrutturazione soggetto a omologazione [28].
Sotto il secondo profilo, il dubbio circa il termine iniziale di decorrenza dei sessanta giorni di cui all'ultimo capoverso dell'art. 40, decimo comma, CCII, deriva proprio dall'art. 17, ottavo comma, CCII, cui la prima disposizione rinvia, e secondo cui «Al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari di cui agli articoli 18 e 19, al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti. Eseguiti gli

[27] R. BROGI, C*odice della crisi d'impresa: gli strumenti di regolazione della crisi di tipo negoziale*, su *www.altalex.com*, 20 dicembre 2022.
[28] G. BOZZA, *Il piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 7 giugno 2022.

adempimenti di cui al primo periodo, l'esperto ne dà comunicazione al segretario generale della camera di commercio per l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata». Emergono infatti da questa disposizione ben tre comunicazioni dell'esperto: la comunicazione all'imprenditore della relazione finale (già inserita in piattaforma), la comunicazione al giudice che ha concesso le misure protettive e cautelari di cui agli artt. 18 e 19 CCII e la comunicazione al segretario generale della camera di commercio (successiva alla comunicazione all'imprenditore e al Tribunale) per l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. L'interpretazione preferibile, secondo una parte della dottrina, parrebbe quella che fa riferimento alla comunicazione all'imprenditore dell'inserimento della relazione nella piattaforma, considerato che l'art. 40, decimo comma, CCII prevede una decadenza nei suoi confronti [29].

Ciò premesso, l'ultimo capoverso del decimo comma dell'art. 40 CCII integra la disciplina della composizione negoziata della crisi, più nel dettaglio, rientra nell'ambito applicativo soggettivo e oggettivo di questa norma l'imprenditore che

- all'esito delle trattative (ovvero decorsi centottanta giorni dalla nomina dell'esperto)
- avviate in quanto l'esperto ha ritenuto concrete le prospettive di risanamento ai sensi dell'art. 17, quinto comma, CCII
- ma concluse senza avere individuato una soluzione adeguata tra quelle di cui al primo comma dell'art. 23 CCII (considerato che, stando alla lettera delle disposizioni citate, alla domanda di accesso a uno «strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza», espressamente citata nell'art. 40, decimo comma, CCII, si fa chiaro riferimento nel secondo comma dell'art. 23 CCII),

decide, per quanto sopra precisato, di presentare domanda di accesso ad un accordo di ristrutturazione, ad un concordato preventivo o ad un piano di ristrutturazione soggetto a omologazione.

Vero è che per questo imprenditore tale decisione (e, si badi bene, non anche quella di presentare, sussistendone i presupposti, una domanda *ex* art. 25-*sexies* CCII) è un atto dovuto ed infatti la peculiarità del caso disciplinato dall'art. 40, decimo comma, ultimo capoverso, CCII è che nei suoi confronti pende una procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale, avviata su istanza di uno dei soggetti, diversi da lui, di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII. Procedura sospesa ai sensi del quarto comma dell'art. 18 CCII (in quanto all'istanza di nomina dell'esperto è stata aggiunta la richiesta dell'applicazione delle misure protettive) fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, salva la revoca delle misure protettive e fermi restando i provvedimenti concessi ai sensi del primo comma dell'art. 54 CCII. L'effetto inibitorio della pronuncia della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza (alle condizioni di cui al primo e quarto comma dell'art. 18 CCII) appare in linea con la definizione, *ex* art. 2, lett. p), CCII di «misure protettive» ovvero «le misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori

[29] R. BROGI, *Codice della crisi d'impresa: il debutto del procedimento unitario*, cit.

possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza».

5. Sull'istanza di nomina dell'esperto successivamente all'istanza di apertura della liquidazione giudiziale. – Nella logica dell'art. 40, decimo comma, ultimo capoverso, CCII sembra indifferente che l'istanza di apertura della liquidazione giudiziale sia stata depositata precedentemente o successivamente alla immissione in piattaforma dell'istanza di nomina dell'esperto o che, visto da altra prospettiva, l'immissione in piattaforma dell'istanza di nomina dell'esperto sia stata presentata precedentemente o successivamente al deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale.

Sempre che sia consentito all'imprenditore in pendenza di una procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale, attivata su istanza di uno dei soggetti diversi dal debitore di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII, presentare istanza di nomina dell'esperto. Tenuto conto della lettera degli artt. 18, quarto comma, e 25-*quinquies* CCII, potrebbe infatti sorgere il dubbio, che va sin da subito dissipato, che l'istanza di nomina di un esperto non possa essere presentata successivamente alla istanza di apertura della liquidazione giudiziale da parte dei soggetti di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII**.** La fattispecie è quella in cui uno dei soggetti, diversi dal debitore, di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII abbia depositato istanza di apertura di liquidazione giudiziale in cancelleria e l'ufficio *ex* art. 40, sesto settimo e ottavo comma, CCII abbia notificato il ricorso al debitore (ricorso che viene solo notificato al debitore, non anche iscritto nel registro delle imprese).

Il dubbio sorge dal mero confronto letterale

- dell'attuale art. 25-*quinquies* CCII, rubricato «Limiti di accesso alla composizione negoziata», secondo cui «L'istanza di cui all'articolo 17, non può essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con ricorso depositato ai sensi dell'articolo 40 […]», considerato che il richiamato art. 40 CCII ha ad oggetto la disciplina della domanda di accesso (oltre che agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza) anche alla liquidazione giudiziale

- con l'art. 23, secondo comma, D.L. 118/2021, rubricato «Improcedibilità dei ricorsi per la risoluzione del concordato preventivo e per la dichiarazione di fallimento dipendente da procedure di concordato omologato. Limiti di accesso alla composizione negoziata», secondo cui «L'istanza di cui all'articolo 2, comma 1, non può essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione o con ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267».

Precedentemente all'entrata in vigore del CCII (dunque sulla base dell'art. 23, secondo comma, D.L. 118/2021), si è espresso, in termini evidentemente permissivi, il Tribunale

di Lecce, sezione commerciale [30], il quale, adito su istanza di un creditore per l'apertura del fallimento, dato atto della regolare instaurazione del contraddittorio per l'udienza pre-fallimentare (all'esito della quale entrambe le parti avevano chiesto un rinvio per valutare la procedibilità dell'istanza, avendo la difesa dichiarato di aver depositato, tra l'istanza di fallimento e l'udienza pre-fallimentare, l'istanza di nomina di un esperto ai fini della composizione negoziata di cui al D.L. 118/21), ha ritenuto di dover dare applicazione alla procedura di cui al D.L. 118/2021 e ciò non solo in quanto una interpretazione restrittiva (cioè limitata ai soli casi di mera difficoltà economico-finanziaria, poiché finalizzata a prevenire l'insorgenza di una situazione di crisi o insolvenza) sarebbe risultata in contrasto con la *ratio* della norma desumibile dalla relazione illustrativa (ove si parla anche della necessità di «affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili»), ma anche in quanto una diversa interpretazione si sarebbe posta in contrasto con il disposto di cui all'art. 6, quarto comma, D.L. 118/2021 (che, prevedendo il divieto - fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata - di pronunciare sentenza dichiarativa di fallimento, riconosceva all'evidenza la possibilità di ricorrere alla composizione negoziata anche in presenza dei presupposti per una tale pronuncia: procedimento per la dichiarazione di fallimento in corso e stato di insolvenza) e sarebbe risultata scarsamente conciliabile con l'art. 11 D.L. 118/2021 (che indicava, quale possibile epilogo delle trattative, l'avvio delle procedure disciplinate dall'art. 267/1942 ecc.). Il Tribunale, quindi, valutata l'insussistenza di elementi che potessero indurre ad escludere, nel caso in esame, l'operatività della normativa di cui 3 al D.L. 118/2021, non emergendo dagli atti evidenti e concreti dati di una non reversibilità della situazione di crisi, ha disposto la sospensione *ex lege* della procedura (e che dunque la stessa non dovesse essere definita con pronuncia di improcedibilità) al contempo evidenziando l'onere della parte interessata a chiedere eventualmente successivamente il prosieguo della stessa (per decidere sull'istanza di fallimento, ovvero per l'archiviazione del procedimento) e ciò anche in considerazione della circostanza che nel periodo di sospensione avrebbero potuto verificarsi eventi idonei ad incidere sul debito posto a base dell'istanza o, comunque, sull'interesse del creditore istante ad ottenere la richiesta pronuncia, senza trascurare che il D.LGS. 5/06 ha fatto venir meno il potere di dichiarare d'ufficio il fallimento.

L'interpretazione più permissiva si lascia evidentemente ancora oggi preferire anche sulla scorta di altre disposizioni tra cui l'art. 17, terzo comma, lett. d), CCII, secondo cui, come già precedentemente visto, l'imprenditore al momento della presentazione dell'istanza, inserisce nella piattaforma telematica, tra l'altro, «una dichiarazione […] sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale […]» (disposizione in cui è stato del resto trasfuso con modifiche l'art. 5, terzo comma, lett. d), D.L. 118/2021

[30] Trib. Lecce, Decreto, 23 maggio 2022, su *www.dirittodellacrisi.it.*

specificamente riferito a «d) una dichiarazione sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza»).

6. Accertamento della reversibilità (o irreversibilità) dell'insolvenza da parte del Tribunale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale ed effetti sulla procedura liquidatoria (secondo una recente giurisprudenza di merito). – A prescindere dalla sequenza temporale delle procedure (ovvero in che ordine si collochino tra loro composizione negoziata della crisi e procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale), le considerazioni che precedono offrono l'occasione per svolgere ulteriori considerazioni.

Dalla lettura della giurisprudenza di merito sopra citata, in primo luogo emerge che sul Tribunale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale ed al quale è pervenuta la notizia dell'istanza di nomina dell'esperto, ricade in ogni caso il potere/dovere di accertare la reversibilità/irreversibilità dell'insolvenza [31], che, ove mai vi fossero ancora dubbi, assume un ruolo centrale e determinante nel Codice della crisi. In questi termini, l'istanza di nomina dell'esperto e perciò la pendenza di una procedura di negoziazione non rappresenta motivo di improcedibilità *ex* sé della procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale (ed un analogo potere di accertamento preliminare si è ritenuto sussistente in capo al Tribunale adito in corso di composizione negoziata per la conferma o la proroga delle misure protettive *ex* art. 7 D.L. 118/2021 e ora *ex* art. 18 CCII [32] o al Tribunale che

[31] Ancora Trib. Lecce, Decreto, 23 maggio 2022, cit.

[32] In tema di misure protettive in sede di composizione negoziata della crisi, si infittiscono le decisioni di merito che, per quanto si dirà meglio nel prosieguo di questo lavoro, devono necessariamente essere il frutto di una differente valutazione a seconda che si tratti di conferma o di proroga delle misure protettive. Sul giudizio in sede di conferma delle misure protettive, v. Trib. Piacenza, sez. civ., 22 dicembre 2022 (ord.), *su www.ilfallimentarista.it,* secondo cui «In tema di conferma delle misure protettive e cautelari *ex* art. 19 CCII, costituisce requisito oggettivo per la conferma delle misure la sussistenza di una ragionevole prospettiva di risanamento, la quale deve essere accertata, in base ad un giudizio prognostico avente natura sommaria, sulla base di indici intrinseci ed estrinseci che consentano al Giudice di apprezzare la ragionevolezza e la non manifesta inidoneità del piano di risanamento aziendale prospettato dall'imprenditore, tenuto anche conto della concreta situazione di crisi o di insolvenza, per come si è manifestata. Deve essere, conseguentemente, rigettata la conferma delle misure protettive, quando manchino allegazioni sufficienti, suffragate da concreti riscontri probatori, che consentano al Giudice di verificare la ragionevolezza e la solidità delle assunzioni poste alla base del progetto di piano di risanamento»; Trib. Bologna, sez. IV civ., 8 novembre 2022, su *www.ilfallimentarista.it*, che, nel confermare per la durata di 120 giorni le misure protettive richieste da una s.p.a. che si trovava in stato di insolvenza già anteriormente alla domanda di accesso alla procedura di composizione negoziata, ha disposto, tra l'altro, anche la non pronunciabilità della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza *ex* art. 18, quarto comma, CCII, ritenendo che l'accesso alla composizione negoziata della crisi può essere fruibile anche da parte dell'imprenditore insolvente. Il tenore letterale dell'art. 12 CCII sarebbe infatti compatibile con tale possibilità: il sostantivo "probabilità" si rivolge sia allo stato di crisi che all'insolvenza mettendoli sullo stesso piano, mentre di portata decisiva appare il fatto che risulti perseguibile il risanamento dell'impresa. Ad essere incompatibile con la composizione negoziata non è tanto lo stato di liquidazione societaria in sé e per sé considerato, quanto la sussistenza di un'insolvenza irreversibile e l'assenza di una concreta prospettiva di risanamento, inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale che consenta all'impresa di restare sul mercato; Trib. Bergamo, 25 maggio 2022, su *www.dirittodellacrisi.it*, secondo cui «In tema di composizione negoziata della crisi, la conferma delle misure protettive ai sensi degli artt. 6 e art. 7 D.L. n. 118/2021, conv. in L. 147/2021 è concedibile in favore di soggetto in stato di c.d. insolvenza "reversibile". Al Tribunale spetta valutare la

deve autorizzare la contrazione di finanziamenti prededucibili [33]). Può al riguardo aggiungersi che, a ben vedere, la reversibilità dell'insolvenza in tanto potrà comportare, ove accertata, la sospensione della procedura di apertura della liquidazione giudiziale, in

sussistenza *prima facie* dell'idoneità della proposta a perseguire il risanamento dell'impresa e la strumentalità delle misure protettive al buon esito delle trattative con i creditori, senza dover vagliare l'effettiva probabilità che un tale accordo sia raggiunto»; Trib. Rieti, 2 aprile 2022, *ivi*, secondo cui «In tema di composizione negoziata della crisi, qualora siano richieste misure protettive o cautelari ai sensi degli art. 6 e art. 7 D.L. n. 118/2021, il giudice è tenuto a svolgere una valutazione necessariamente sommaria e riservata, attraverso la quale apprezza "*prima facie*" la sussistenza dei presupposti della serietà della proposta e della idoneità della stessa a perseguire il fine del risanamento dell'impresa nonché della concreta possibilità che le misure siano funzionali ad evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare il buon esito delle trattative»; Trib. Bergamo, 15 febbraio 2022, *ivi*, secondo cui «La domanda dell'imprenditore di conferma della misura protettiva ai sensi dell'art. 7 D.L. n. 118/2021 convertito in L. n. 147/2021 deve essere indefettibilmente corredata da un piano finanziario per i successivi sei mesi, essendo il medesimo imprescindibile per valutare le possibilità di sopravvivenza dell'impresa e la serietà dell'iniziativa che l'imprenditore intende proporre ai creditori»; Trib. Viterbo, 14 febbraio 2022, *ivi*, secondo cui «Per valutare la conferma delle misure protettive richieste occorre delibare, secondo un'analisi prognostica, le possibilità che attraverso la prosecuzione della procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa possa essere risanata l'impresa, operando un bilanciamento tra l'esigenza di non sottrarre l'impresa insolvente alle procedure di composizione della crisi con la necessità di evitare che siffatte procedure abbiano una funzione dilatoria invece che finalizzata ad un tempestivo risanamento dell'impresa. Deve pertanto essere negata la conferma in presenza di un marcato disequilibrio economico/finanziario evidenziato dall'indice di livello di difficoltà del risanamento relativo al rapporto tra debito che deve essere ristrutturato e ammontare annuo dei flussi a servizio del debito, attestato su valori ampiamente superiori al quello massimo». Sulla difficoltà di prospettare la risanabilità in presenza di impresa in liquidazione, v. Trib. Ferrara, 21 marzo 2022, *ivi*, secondo cui «In tema di composizione negoziata, le misure protettive non possono essere confermate in assenza di una seria possibilità di risanamento, la cui ricorrenza deve emergere dalla dichiarazione del debitore - che non può essere tautologica ma deve essere argomentata - e dalla relazione dell'esperto. La possibilità di risanamento è prospettiva critica nel caso in cui l'impresa sia in liquidazione, dovendo il debitore dimostrare che è verosimile che lo squilibrio economico e finanziario sia superabile e che, previa revoca dello stato di liquidazione, possa riprendere l'attività caratteristica, evento confliggente con un piano apertamente liquidatorio dell'azienda a favore di una correlata». Sul giudizio in sede di proroga delle misure protettive, v. Trib. Mantova, 9 marzo 2023, *ivi*, secondo cui «In tema di composizione negoziata, ai fini della proroga delle misure protettive *ex* art. 19 CCII si palesano contestualmente necessarie la permanenza del *fumus boni iuris*, quale ragionevole probabilità di perseguimento del risanamento aziendale, la persistenza del *periculum in mora*, ossia della potenziale compromissione della predetta finalità suscettibile di derivare dall'instaurazione o prosecuzione di un'azione esecutiva e/o cautelare, della sussistenza di una effettiva e riscontrabile progressione delle iniziative mirate al risanamento aziendale».

[33] *Ex* art. 10, D.L. n. 118/2021 e ora *ex* art. 22 CCII. V. Trib. Bergamo, 5 luglio 2022, su *www.dirittodellacrisi.it*, secondo cui «L'autorizzazione a contrarre un finanziamento prededucibile si pone come risposta alla necessità, o anche solo all'utilità di ottenere, nel corso delle trattative che si svolgono durante la composizione negoziata, finanziamenti in funzione del risanamento e della prosecuzione dell'attività di impresa. In tale contesto, il vaglio del Tribunale non può prescindere dalla verifica dell'elemento oggettivo su cui l'imprenditore ha avuto accesso alla composizione negoziata, che è lo «squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza», purché risulti «ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa» (art. 2, comma 1, D.L. n. 118/2021); valutazione, questa, necessariamente da condursi esaminando (i) il piano di risanamento proposto dall'imprenditore in crisi e (ii) il complessivo fabbisogno finanziario del debitore. Entro tali precisi parametri va esaminata la strumentalità del finanziamento alla continuità aziendale, come esito prospettico dell'ipotesi di risanamento, da un lato; e alla migliore soddisfazione dei creditori, fondato su un giudizio di natura prognostica tra la situazione in cui non sia erogato il finanziamento e quella in cui l'impresa possa beneficiarne, ancorché gravata da un ulteriore e nuovo credito in prededuzione, dall'altro lato».

quanto siano pendenti le trattative della composizione negoziata. Diversamente, se ben si comprende, in mancanza di trattative pendenti, quand'anche il tribunale riscontrasse la reversibilità dell'insolvenza, la procedura liquidatoria andrebbe ugualmente avanti (salva l'applicabilità, che però prescinde dalla reversibilità suddetta, del primo capoverso dell'art. 40, decimo comma, CCII).

In secondo luogo, la pendenza di una procedura di composizione negoziata, una volta accertata la reversibilità dell'insolvenza, non comporterebbe una improcedibilità definitiva, ma solo una sospensione della procedura di liquidazione giudiziale [34], sollevando questa soluzione l'ulteriore questione della disciplina applicabile al decreto con cui il Tribunale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale (tecnicamente non respinge la domanda di apertura della liquidazione, ma) sospende la procedura. Non trattandosi di un decreto con cui si respinge la domanda di apertura della liquidazione giudiziale, non parrebbe perfettamente applicabile a questo provvedimento del tribunale l'art. 50 CCII peraltro rubricato «Reclamo contro il provvedimento che rigetta la domanda di apertura della liquidazione giudiziale».

D'altra parte, e ancora, ove il Tribunale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale dovesse invece accertare la irreversibilità dell'insolvenza, lo stesso dovrebbe dichiarare con sentenza aperta la liquidazione giudiziale, ma con quali effetti, ci si chiede, sulla procedura di composizione negoziata della crisi, considerata la possibilità che l'imprenditore impugni la sentenza ai sensi dell'art. 51 CCII.

Ove la procedura di apertura della liquidazione giudiziale sia stata sospesa per accertata reversibilità dell'insolvenza, giunti alla conclusione delle trattative o alla archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, il tribunale, seguendo il ragionamento della stessa giurisprudenza di merito sopra citata, su sollecitazione della parte interessata (che peraltro potrebbe anche non avere preso parte alle trattative della composizione negoziata), ovvero la parte istante l'apertura della liquidazione giudiziale (ma potrebbe la sollecitazione alla ripresa della procedura volta alla apertura della liquidazione giudiziale provenire da un soggetto diverso tra quelli di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII?), potrà, previo accertamento attuale/aggiornato della sussistenza dei presupposti oggettivo e soggettivo, dichiarare aperta la liquidazione giudiziale avendone accertato infine la sussistenza [salvo che l'imprenditore entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui all'ottavo comma dell'art. 17 CCII non depositi (anche oltre la prima udienza, ma evidentemente prima che il Tribunale dichiari aperta la liquidazione) domanda di accesso ad uno strumento di risoluzione della crisi o dell'insolvenza di cui sopra si è detto (ma, anche, salvo che depositi, sussistendone i presupposti, una domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ai sensi dell'art. 25-*sexies* CCII?)].

7. Segue. Effetto inibitorio della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale: dall'art. 6, quarto comma, D.L. 118/2021 al quarto comma dell'art. 18 CCII. – L'istanza di nomina dell'esperto,

[34] Sempre Trib. Lecce, Decreto, 23 maggio 2022, cit.

sia essa precedente o successiva alla notifica del ricorso dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale, può produrre effetti protettivi patrimoniali per l'imprenditore che lo richieda contestualmente o successivamente all'istanza di nomina e con le modalità precisate dal legislatore. Questo è quanto a chiare lettere risulta oggi dalla lettera del primo comma dell'art. 18 CCII secondo cui l'imprenditore parrebbe avere due possibilità ovvero quella di chiedere una applicazione soggettivamente e oggettivamente estesa delle misure protettive e quella di richiedere una applicazione di misure protettive soggettivamente e/o oggettivamente mirata (quanto meno ciò parrebbe alla luce del combinato disposto del primo e terzo comma dell'art. 18 CCII).

In ogni caso, a partire dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto,

- i creditori coinvolti (tutti o solo quelli interessati dalle specificazioni di cui al terzo comma della medesima disposizione) non potranno acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né potranno iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa (non sono inibiti i pagamenti). I creditori nei cui confronti operano le misure protettive non potranno, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né potranno anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1. I medesimi creditori potranno sospendere l'adempimento dei contratti pendenti dalla pubblicazione dell'istanza di cui al primo comma fino alla conferma delle misure richieste (art. 18, quinto comma, CCII) [35];
- (fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata) la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non potrà essere pronunciata, salvo che il tribunale disponga la revoca delle

[35] Da ultimo v. Trib. Modena, sez. III civ., 26 dicembre 2022, su *www.ilfallimentarista.it*, per il quale il codice della crisi e dell'insolvenza, laddove impedisce ai creditori nei cui confronti operano le misure cautelari o protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione o anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza (ai sensi dell'art. 18, comma 5, CCII), opera esclusivamente in riferimento ai rapporti pendenti sino alla loro naturale scadenza, mentre non consente in alcun modo di poter proseguire un rapporto contrattuale ormai cessato per il decorso del suo naturale termine. Il tribunale sottolinea infatti che le misure devono essere funzionali a tutelare le trattative (ai sensi dell'art. 19 CCII), ossia devono avere la finalità di portare a compimento il percorso di risanamento iniziato. Ne consegue che, in assenza di una espressa disposizione legislativa, si deve escludere che la misura cautelare possa imporre un *facere* che instauri una relazione giuridica alla controparte coinvolta nelle trattative. Se così non fosse, la misura cautelare consentirebbe un esito irraggiungibile persino in via contenziosa, posto che non si può imporre l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti (artt. 61, comma 4 e 62, comma 3, CCII). Del resto, anche nell'ottica di un bilanciamento di interessi non è pensabile che l'interesse al risanamento dell'impresa possa giungere fino ad imporre un sacrificio dei diritti di credito o l'imposizione di nuove prestazioni in forza di un rapporto contrattuale concluso, soprattutto in assenza di garanzie per il pagamento di quanto dovuto. Il tribunale conclude che, in ogni caso, è evidente che la misura richiesta non è in alcun modo funzionale alla tutela delle trattative ma piuttosto alla continuità e prosecuzione dell'attività imprenditoriale, finalità non contemplata dall'art. 19 CCII.

misure protettive. Restano fermi i provvedimenti già concessi ai sensi dell'articolo 54, primo comma, CCII.
Alcune considerazioni.
La prima è che le misure protettive del patrimonio di cui si discorre possono o appartenere al genere misure protettive specificamente richieste (ovvero quelle di cui al primo comma dell'art. 18 CCII da applicare a tappeto o secondo le indicazioni di cui al terzo comma della medesima disposizione) o a quelle che, per così dire, prescindono da una specifica richiesta agganciandosi *ex lege* alle prime (v. quella di cui al quarto comma dell'art. 18 CCII).
La seconda considerazione è che la mera istanza di nomina dell'esperto, non comporta, in mancanza di richiesta, l'applicazione di misure protettive e ciò se appare scontato per le misure protettive che l'imprenditore volesse specificamente chiedere, rileva maggiormente con riguardo alle misure protettive che si è detto essere *ex lege* agganciate alle prime. In questi termini si comprende come il termine iniziale di decorrenza dell'effetto inibitorio della dichiarazione di fallimento ed oggi dell'apertura della liquidazione giudiziale coincideva e coincide con quello iniziale di decorrenza delle misure protettive richieste (tutte o soggettivamente/oggettivamente limitate ai sensi del terzo comma dell'art. 18, terzo comma, CCII).
L'ulteriore considerazione attiene al termine finale di efficacia della protezione. Ciò che chiaro non appariva sulla scorta della precedente formulazione delle disposizioni e che oggi può dirsi avere (sebbene solo) un "principio" di chiarezza è il termine finale dell'effetto protettivo: se era ed è agevolmente individuabile un termine finale di efficacia per le misure protettive del primo tipo, con riguardo alle seconde ed in particolar modo con riguardo all'effetto inibitorio della dichiarazione di fallimento, lo stesso sulla scorta della lettera del quarto comma dell'art. 6 D.L. 118/2021 era oggettivamente sganciato dalla sorte delle specifiche misure protettive richieste e piuttosto legato alla sorte/durata delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. Cosicché, per esempio, poteva sorgere il dubbio che l'effetto inibitorio del fallimento di cui al quarto comma dell'art. 6 D.L. 118/2021 sopravvivesse alla fine (per qualsiasi motivo di cui all'art. 7 D.L. 118/2021) delle misure protettive richieste. La durata della protezione del patrimonio viene oggi invece legata (o quanto meno più chiaramente legata) non già alla durata delle trattative, bensì a quella delle misure protettive richieste, sebbene al riguardo la norma appaia assai imprecisa meritando tale passaggio di disciplina un dettaglio evidentemente maggiore di quello risultante dalla normativa infine entrata in vigore.
Vigente il D.L. 118/2021 mancavano indicazioni circa la sorte del divieto di dichiarare il fallimento in ipotesi per esempio di mancata presentazione da parte del debitore del ricorso al Tribunale per la conferma o la modifica delle misure protettive richieste o in ipotesi di tardivo deposito della richiesta, solo prevedendosi (ciò che tutt'ora si prevede ovvero che) l'omesso o ritardato deposito del ricorso al tribunale fosse causa di inefficacia delle misure protettive e che decorsi trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza delle misure protettive quest'ultima veniva cancellata dal registro delle imprese (art. 7, primo comma, D.L. n. 118/2021). Alcuna indicazione veniva invece fornita con riferimento all'effetto inibitorio

della dichiarazione di fallimento *ex* art. 6, quarto comma, D.L. n. 118/2021 [sebbene, ha osservato una parte della dottrina, già dalla cancellazione dal registro delle imprese dell'iscrizione dell'istanza per le misure protettive potesse arguirsi che le istanze di fallimento eventualmente pendenti (o quelle successivamente proposte) divenissero procedibili]. Ma si consideri anche l'ipotesi, tutt'ora prevista, in cui gli effetti protettivi di cui al primo comma dell'art. 6 D.L. 118/2021 (dunque non anche quelli di cui al quarto comma della medesima disposizione, così *ex* art. 7, terzo comma, D.L. 118/2021) cessavano in quanto il giudice non provvedeva a fissare l'udienza nei termini di cui al primo capoverso del terzo comma dell'art. 7 D.L. 118/2021 (oggi terzo comma dell'art. 18 CCII) o al caso in cui il giudice non confermava o revocava le misure protettive e così via.
In tutte queste ipotesi, la durata dell'inibitoria risultava sostanzialmente coincidente con quella delle trattative (180 giorni dall'accettazione dell'esperto, salve le proroghe *ex* art. 5, settimo comma, D.L. n. 118/2021), salva l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. In altri termini, l'inibitoria della pronuncia di fallimento era sganciata dalla sorte delle misure protettive richieste non solo quando l'efficacia di queste veniva successivamente meno per la negligenza dell'imprenditore o per un suo comportamento del tutto opportunistico, ma anche quando era la stessa autorità giudiziaria ad incidere sull'efficacia delle stesse revocando o abbreviando i termini delle misure protettive [36].
L'art. 18, quarto comma, CCII recita che «dal giorno della pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata, salvo che il tribunale disponga la revoca delle misure protettive. Restano fermi i provvedimenti già concessi ai sensi dell'articolo 54, comma 1». Dal quarto comma dell'art. 18 CCII emerge oggi (più) chiaramente che l'effetto impeditivo della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale è legato non già alla durata delle trattative, bensì alla sorte delle misure protettive la cui applicazione è stata richiesta nell'istanza di nomina dell'esperto o con atto successivo.
È stato al riguardo tuttavia opportunamente rilevato che «la precisazione per cui l'effetto inibitorio sulla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza viene comunque meno in presenza di revoca da parte del Tribunale delle misure protettive è da un lato quantomai opportuna, e dall'altro forse insufficiente». Ed infatti, se, da un lato, questa precisazione «elimina la possibilità di abusi dello strumento della composizione negoziata e di istanze di misure protettive dilatorie ed avanzate al solo fine di procrastinare ingiustificatamente la liquidazione giudiziale» («i creditori possono così, contestualmente all'istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale, chiedere la revoca delle misure protettive e quindi provocare la procedura concorsuale maggiore»), dall'altro essa appare «insufficiente, atteso che la norma - per consentire l'apertura della liquidazione giudiziale pur in pendenza di composizione

[36] E. QUARANTA, *Il rapporto tra la liquidazione giudiziale e strumenti di regolazione della crisi nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 22 settembre 2022.

negoziata - avrebbe potuto fare riferimento, oltre alle ipotesi di "revoca" delle misure protettive, anche a quella della declaratoria di loro "inefficacia" (ad esempio per l'omesso o ritardato deposito del ricorso al tribunale, oggi previsto dall'art. 19, comma 1, CCI, finalizzato alla conferma delle misure protettive, che appunto prevede la conseguenza dell' "inefficacia" delle misure protettive, così come l'art. 19, comma 3, CCI, che stabilisce come il Tribunale, riscontrato il ritardato deposito del ricorso, "dichiara con decreto motivato l'inefficacia delle misure protettive"; in senso confermativo Trib. Trani 23 marzo 2022)». A meno di non ritenere in via interpretativa «che con la dichiarazione di inefficacia o di cessazione delle misure protettive, e con la relativa cancellazione dal registro delle imprese, l'effetto inibitorio sulle istanze per l'apertura della liquidazione giudiziale sia automatico, atteso che tale divieto era conseguente appunto alla pubblicazione dell'istanza di tali misure. Sennonché, un tale argomento interpretativo poteva allora essere vero anche per le ipotesi di revoca, che però sono state (e solo quelle) espressamente contemplate dall'art. 18, comma 4, CCI quale fattispecie idonea a riattivare la procedibilità dei ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale. Ed allora, anche per non rischiare di incorrere in interpretazioni fondate sul criterio *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, sarebbe stato forse opportuno estendere la previsione dell'art. 18, comma 4, CCI, alle situazioni di inefficacia e comunque di cessazione delle misure protettive» [37].

Questione ulteriore è poi il rapporto tra le misure protettive (ma anche cautelari) *ex* artt. 18 e 19 CCII richieste dall'imprenditore e nel suo interesse e le misure cautelari di cui all'art. 54 CCII, cui espressamente si riferisce il legislatore nell'ultimo capoverso del quarto comma dell'art. 18 CCII, richieste da uno degli istanti la richiesta di apertura della liquidazione giudiziale di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII e nel loro interesse. Queste misure possono convivere, sebbene la loro convivenza richieda all'atto della loro concessione da parte dell'autorità giudiziaria una attenta valutazione, valutazione che può essere rimessa al tribunale di cui all'art. 19 CCII (v. infatti il suo quarto comma e l'espresso riferimento alle misure cautelari di cui all'art. 54 CCII), ma anche al tribunale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale che potrà concedere le misure cautelari anche dopo l'istanza di cui al primo comma dell'art. 18 CCII, tenuto conto dello stato delle trattative e delle misure eventualmente già concesse o confermate ai sensi dell'art. 19 CCII (v. in tal senso il primo comma dell'art. 54 CCI).

8. Qualche riflessione sulla (eventuale?) istanza di nomina dell'esperto successivamente alla impugnazione della sentenza ex *art. 49 CCII con sospensione di efficacia* ex *art. 52 CCII; e sull'applicabilità del quarto comma dell'art. 18 CCII con riguardo al giudizio in Corte d'Appello.* – Appurato che l'art. 40, decimo comma, ultimo capoverso, CCII è applicabile al caso in cui sia stata precedentemente aperta la procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale da parte di uno dei soggetti, diversi dal debitore, di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII, manca al

[37] Così espressamente L. MASI, *La composizione negoziata impedisce a certe condizioni l'apertura della liquidazione giudiziale*, su *www.altalex.com*, 31 agosto 2022.

riguardo una espressa previsione del termine entro cui l'imprenditore potrà utilmente presentare l'istanza di nomina dell'esperto, sebbene al riguardo possa agevolmente ritenersi che ciò debba avvenire prima che il tribunale pronunci con sentenza l'apertura della liquidazione giudiziale ai sensi dell'art. 49 CCII.

Seguendo l'impostazione segnata dalla giurisprudenza sopra citata, si aprono tuttavia a questo punto scenari forse non considerati dal legislatore del CCII (cui si è prima fatto solo un cenno) legati alla possibilità, da un lato, che il Tribunale con decreto (non sospenda la procedura, ma) rigetti l'istanza di apertura della liquidazione (eventualità questa del resto non espressamente impedita dal quarto comma dell'art. 18 CCII) e, dall'altro, che il Tribunale con sentenza accolga l'istanza di apertura della liquidazione giudiziale (ove accerti l'irreversibilità dell'insolvenza dell'imprenditore).

Cosa accade se il Tribunale con decreto rigetta l'istanza di apertura della liquidazione giudiziale (soluzione questa si è detto non essere sovrapponibile a quella del Tribunale che con decreto sospende la procedura una volta accertata la reversibilità dell'insolvenza), ma il creditore istante (o uno degli altri soggetti di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII) presenti reclamo ai sensi del secondo comma dell'art. 50 CCII? In teoria l'imprenditore dovrebbe poter presentare, nelle more del termine concesso per il reclamo contro il decreto di rigetto, l'istanza di nomina dell'esperto. A stretto rigore, poi, stante l'istanza di nomina dell'esperto la corte solo ove accerti la irreversibilità dell'insolvenza (in linea con la giurisprudenza sopra citata) dovrebbe poter dichiarare aperta la liquidazione giudiziale con sentenza ai sensi del quinto comma dell'art. 50 CCII, rimettendo gli atti al tribunale.

Cosa accade invece se il Tribunale accertata l'irreversibilità dell'insolvenza con sentenza accoglie l'istanza di apertura della liquidazione giudiziale, ma l'imprenditore presenta reclamo ai sensi dell'art. 51 CCII. Ove il Tribunale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale valuti la irreversibilità dell'insolvenza dichiarando aperta la procedura di liquidazione giudiziale, sempre seguendo l'*iter* argomentativo giurisprudenziale sopra riportato, del tutto inesplorata è la questione del come e del se l'istanza di nomina dell'esperto da parte dell'imprenditore, nei cui confronti sia stata (questa volta) aperta la liquidazione giudiziale, si possa/debba coordinare con la disciplina delle impugnazioni della sentenza (che dispone l'apertura della liquidazione giudiziale). Infatti, se normalmente l'impugnazione della sentenza di cui all'art. 49 CCII non ne sospende l'efficacia (v. art. 51, quarto comma, CCII), non è escluso che ciò possa avvenire su richiesta dell'imprenditore ai sensi dell'art. 52 CCII. Cosicché verrebbe da chiedersi se l'imprenditore che ha impugnato la sentenza che ha dichiarato l'apertura della liquidazione giudiziale e che ha chiesto ed ottenuto la sospensione della sua efficacia, possa nel frattempo presentare istanza di nomina dell'esperto, salvo comprendere, ove ciò sia ammissibile, come si rapporti questa istanza di nomina con il giudizio di secondo grado e dunque se il quarto comma dell'art. 18 CCII valga anche in questa sede (con la conseguenza che la corte solo

ove valuti l'irreversibilità dell'insolvenza dovrebbe poter con sentenza confermare il giudizio di primo grado) [38].

9. Sulla domanda di accesso allo «strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza» durante la procedura liquidatoria. – Altri dubbi sorgono in merito al passaggio dalla composizione negoziata allo strumento di regolazione della crisi durante la procedura di apertura della liquidazione giudiziale. L'imprenditore che vuole evitare l'apertura della procedura liquidatoria – che nel frattempo ai sensi dell'art. 18, quarto comma, CCII non ha potuto aprirsi – ha sessanta giorni di tempo dalla comunicazione di cui all'ottavo comma dell'art. 17 CCII, per domandare di accedere, sempre in quella procedura, allo «strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza». Tuttavia, visto che al termine delle trattative negoziate cessa la copertura del quarto comma dell'art. 18 CCII al pari della efficacia delle misure protettive *ex* artt. 18 e 19 CCII, non è chiaro se l'imprenditore per usufruire dell'ulteriore termine dei sessanta giorni

- ricevuta la comunicazione di cui all'art. 17, ottavo comma, CCII, debba attivarsi, ma sulla base di quale documentazione, comunicando al Tribunale, presso il quale pende la procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale, la propria intenzione di domandare di accedere ad uno «strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza»
- oppure se (o comunque), a trattative concluse per decorrenza dei centottanta giorni senza una soluzione *ex* art. 23, primo comma, CCII, rientrando l'imprenditore nell'ambito applicativo del secondo comma dell'art. 23 CCII, dal combinato disposto di questa disposizione e dell'ultima parte del decimo comma dell'art. 40 CCII, non possa ritenersi che il Tribunale presso cui pende una procedura per l'apertura della liquidazione giudiziale (nel frattempo sospesa *ex* art. 18, quarto comma, CCII) non possa, su semplice domanda (dell'istante *ex* art. 37, secondo comma, CCII interessato) riavviare la procedura, se non siano decorsi 60 giorni dalla comunicazione di cui all'art. 17, ottavo comma, CCII (di cui peraltro il Tribunale, ma anche alcuni dei soggetti di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII, potrebbero non essere al corrente).

Allo stato dell'attuale disciplina, sembra che, ricevuta la comunicazione di cui all'ottavo comma dell'art. 17 CCII, all'imprenditore, che non voglia correre il rischio di vedere aperta la liquidazione giudiziale (nel frattempo sospesa), non resti che procedere quanto prima ai sensi del decimo comma, ultimo capoverso, dell'art. 40 CCII, presentando un ricorso ai sensi dell'art. 44 CCII con espressa richiesta dell'applicazione delle misure protettive *ex* art. 54 CCII. L'imprenditore, tuttavia, dovrà prestare molta attenzione al termine di durata massima delle misure protettive di cui all'art. 8 CCII posto che questa richiesta di anticipazione della loro efficacia sin dal deposito del ricorso *ex* art. 44 CCII, tenuto conto del tempo delle misure già consumato durante la composizione negoziata, rende alta la probabilità (se non certo) che già prima dell'omologazione cessi la durata massima della loro efficacia.

[38] R. D'ALONZO, *La disciplina del procedimento unitario in sede di appello*, 23 giugno 2022, su *www.dirittodellacrisi.it*.

10. *Sulla durata massima delle misure protettive: l'art. 8 CCII*. – Al percorso di cui in questa sede si sta discorrendo si riferisce, come accennato, il sopra citato art. 8 CCII sulla «Durata massima delle misure protettive» (secondo cui «La durata complessiva delle misure protettive, fino alla omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o alla apertura della procedura di insolvenza, non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe, tenuto conto delle misure protettive di cui all'articolo 18») definite dall'art. 2, lett. p), CCII (come quelle «misure temporanee, richieste dal debitore, per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare fin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza, anche prima dell'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza»).
Gli artt. 2, lett. p), e 8 CCII vanno letti congiuntamente agli artt. 18 e 19 CCII e 54 e 55 CCII.
Di estremo rilievo, potrebbe dirsi centrale nel CCII, è la previsione sulla durata massima delle misure protettive, la cui determinazione nel provvedimento giudiziale di conferma o di disposizione è essenziale ai fini del computo del limite massimo di cui all'art. 8 CCII, ma la cui attivazione diventa condizionante e fortemente impattante sulle scelte del debitore. Ed infatti non bisogna dimenticare che è solo e sempre a valle del sopra citato art. 8 CCII che si collocano le specifiche disposizioni che con riguardo, da un lato, alla composizione negoziata della crisi e, dall'altro, agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza disciplinano la durata e le eventuali proroghe delle misure protettive.
Giova ricordare che nel caso della composizione negoziata della crisi, ai sensi dell'art. 19, quarto comma, CCII, la durata delle misure protettive dovrà mantenersi tra i trenta (ovvero un mese) e i centoventi giorni (ovvero quattro mesi) e la decisione verrà assunta dal tribunale ai sensi dell'art. 19, quarto comma, CCII, tenuto conto della funzionalità delle misure richieste «ad assicurare il buon esito delle trattative» (dovendosi peraltro il tribunale al riguardo affidare alle valutazioni dell'esperto che sentirà in udienza). Prima che il termine fissato nel provvedimento di conferma spiri, sarà possibile chiedere la proroga della durata «per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative». La durata complessiva delle misure non potrà in ogni caso superare i duecentoquaranta giorni (ovvero otto mesi).
E' interessante ricordare che anche l'art. 20 CCII nella sua originaria formulazione disciplinava le misure protettive pendente la composizione assistita della crisi essenzialmente stabilendo intanto (a) che solo dopo l'audizione di cui all'art. 18, il debitore che aveva presentato istanza per la soluzione concordata della crisi poteva chiedere alla sezione specializzata in materia di imprese le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso (dunque con una sorta di doppio passaggio), (b) che il procedimento era regolato dagli artt. 54 e 55 CCII in quanto compatibili e (c) che la durata iniziale delle misure protettive non poteva essere superiore a tre mesi e poteva essere prorogata anche più volte, su istanza del debitore, fino al termine massimo di cui all'art. 19, primo comma, a condizione che (per quanto maggiormente interessa in questa sede)

fossero stati compiuti «progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo, su conforme attestazione resa dal collegio di cui all'art. 17» (le misure concesse potevano essere revocate in ogni momento, anche d'ufficio, se risultavano commessi atti di frode nei confronti dei creditori o se il collegio di cui all'art. 17 segnalava al giudice competente che non era possibile addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi erano significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la crisi).

Con riguardo invece alla durata delle misure protettive relative agli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, ai sensi del terzo comma dell'art. 55 CCII, non si prevede un termine minimo, ma solo che le stesse potranno estendersi fino a centoventi giorni con possibilità di proroga ai sensi dell'art. 55, quarto comma, CCII, nel rispetto dei termini di cui all'art. 8 CCII, se sono stati compiuti significativi progressi nelle trattative e sempre che la proroga non arrechi eccessivo pregiudizio ai diritti e agli interessi delle parti interessate (valutazione diversamente soppesata, per quanto osservato in dottrina, a seconda che l'istanza di proroga sia calata o meno in un contesto negoziale [39]).

Non è possibile affrontare in questa sede il tema complesso delle misure protettive, ma se già prima dell'aggiornamento l'art. 8 CCII sollevava non poche preoccupazioni soprattutto in rapporto alla procedura del concordato preventivo, l'inclusione, ai fini del computo del periodo massimo di cui all'art. 8 CCII altresì del periodo di efficacia delle misure protettive di cui agli artt. 18 e 19 CCII (e si consideri che nella sua precedente formulazione, l'art. 8 CCII non conteneva uno specifico o quanto meno così chiaro riferimento alle misure protettive di cui all'art. 20 CCII che nella originaria formulazione, come visto, disciplinava anche le misure protettive nella composizione assistita della crisi) è certamente destinata ad acuire tali preoccupazioni.

Preliminarmente si chiarisce che le misure protettive sono richieste dal debitore, «dunque solo confermate dal giudice, non già disposte, fugando ogni dubbio sul regime di semi-automaticità cui esse rispondono, in piena sintonia con quanto già previsto dal D.L. n. 118/2021 (oggi confermato dall'art. 18 CCII), in tema di misure protettive operanti nella composizione negoziata della crisi» [40].

---

[39] L. BACCAGLINI e L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, su *www.dirittodellacrisi.it*, 11 ottobre 2022.

[40] L. BACCAGLINI e L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, cit., rinviando ad un apparente contrasto «tra la norma definitoria di cui all'art. 2, lett. p) (che presa alla lettera sembrava presupporre un provvedimento del giudice ai fini della decorrenza degli effetti delle misure protettive) e l'art. 54, comma 2, chiaro nel prevedere che la protezione del patrimonio avrebbe prodotto effetti dal momento della pubblicazione della domanda nel registro delle imprese» (v. infatti G. BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi e nei concordati*, su *www.ilcaso.it,* 18 marzo 2019. In verità, osservano le Aa. sopra citate, «il contrasto era più apparente che reale, alla luce del principio espresso dalla legge delega e dell'inequivoco esordio dall'art. 54, comma 2, D.Lgs. n. 14/2019 ("se il debitore ne ha fatto istanza")». Ed in effetti non era mancato chi aveva puntualizzato che l'espressione «misure disposte dal giudice», che si leggeva nell'art. 2, lett. p), dovesse interpretarsi nel senso di misure richieste dal debitore e confermate dal giudice (in tal senso I. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Soc.*, 2019, p. 438 ss. e p. 440, cui le stesse Aa. rinviano). Se ne deduce pertanto che, con la sola eccezione di cui al terzo comma dell'art. 54 CCII, «sia nel percorso negoziale, sia nel contesto di una procedura di accesso ad uno strumento di regolazione della

Né trascurabile è, per le numerose implicazioni che ne derivano, l'espresso riferimento come termine finale di efficacia delle misure protettive, alla «omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o alla apertura della procedura di insolvenza».

Decisamente meno preoccupante è la situazione di chi arriva alla omologazione o all'apertura della liquidazione giudiziale prima della scadenza dei dodici mesi di cui all'art. 8 CCII. Ed infatti, dal momento in cui si apre la liquidazione giudiziale, viene meno l'utilità di queste misure protettive posto che «il patrimonio resta protetto per effetto dell'operare dell'art. 150 CCII, che inibisce senza tempo ai creditori l'esercizio di azioni esecutive e cautelari». In vero, si è osservato, l'estensione delle misure protettive anche alla liquidazione giudiziale servirebbe piuttosto a proteggere il patrimonio del debitore solo nella fase dell'istruttoria fino alla apertura della procedura stessa, «sempre che il debitore stesso ne abbia fatta richiesta nella domanda di cui all'art. 40», considerato che l'art. 54, secondo comma, CCII «riduce questa possibilità al solo caso in cui sia il debitore stesso a chiedere la dichiarazione della propria insolvenza. Pertanto, soltanto ove l'istruttoria prefallimentare duri inverosimilmente più di un anno, si può avere un periodo scoperto» [41]. Al riguardo, vale peraltro la pena di osservare che, seguendo l'impostazione della giurisprudenza di merito sopra riportata (secondo cui il tribunale concorsuale adito per l'apertura della liquidazione giudiziale pendenti le trattative potrebbe aprire la liquidazione ove accerti la irreversibilità dell'insolvenza), a ben vedere, ove la liquidazione giudiziale si aprisse per effetto di una istanza di apertura della liquidazione presentata da uno dei soggetti di cui al secondo comma dell'art. 37 CCII pendenti le trattative, sovrapponendosi la fase istruttoria pre-concorsuale alle trattative negoziate protette *ex* artt. 18-19 CCII, la protezione del patrimonio (sempre che si resti nei limiti massimi di durata delle misure protettive nella composizione negoziata) sarebbe garantita senza soluzione di continuità passandosi dalla composizione negoziata protetta, durante la quale si innesta la fase pre-concorsuale ugualmente protetta (dalle misure protettive richieste *ex* artt. 18-19 CCII la cui efficacia perdura e resiste alla istanza) alla liquidazione giudiziale ove opera l'art. 150 CCII. D'altra parte, quando invece si giunge all'omologa di un concordato, di un accordo o di un piano di ristrutturazione, si è ritenuto che «l'esigenza di protezione del patrimonio verrebbe comunque meno, da un lato, perché l'obiettivo di trattare con i creditori può considerarsi raggiunto, dall'altro lato, perché l'esecuzione del concordato, o del piano o

crisi o dell'insolvenza, l'effetto delle misure protettive decorre a partire da quando il debitore dichiara di volersene avvalere (art. 1, comma 1, secondo periodo; art. 54, comma 1, CCII): il *dies a quo* coincide con il momento della pubblicazione nel registro delle imprese dell'accettazione dell'esperto, nel primo caso, e del ricorso *ex* artt. 37-40 CCII, nel secondo. L'efficacia di quelle misure è comunque provvisoria, perché soggetta a successiva conferma da parte del giudice, a valle dei procedimenti descritti rispettivamente dagli artt. 19 e 55 CCII» (sebbene solo il procedimento di cui all'art. 19 CCII vada «introdotto con apposito ricorso, da depositarsi il giorno successivo alla pubblicazione dell'accettazione dell'esperto nel registro delle imprese. Nel caso degli strumenti di regolazione della crisi, la volontà del debitore di avvalersi di misure protettive è già espressa all'interno della domanda presentata ai sensi degli artt. 37-40 CCII o 44 CCII, sicché non v'è bisogno di introdurre il procedimento *ex* art. 55 che si considera già pendente»).

[41] G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

dell'accordo di ristrutturazione assoggetterebbe comunque alla regola del concorso i creditori interessati, sì che il divieto di azioni esecutive e cautelari continuerebbe ad operare» [42], risultando così confermata una lettura dell'art. 8 D.Lgs. n. 14/2019 proposta da una parte della dottrina secondo cui «se si ritiene, come sembra preferibile, che la *ratio* della previsione dell'art. 8 sia quella di contenere la durata delle misure, quando ancora il debitore sta trattando con i creditori, per una sistemazione della propria posizione debitoria (e che in questo senso siano anche le indicazioni provenienti dalla raccomandazione e dalla Direttiva), e se si considera, per converso, che l'esigenza della intangibilità del patrimonio da parte del singolo, una volta omologati il concordato o gli accordi, è identica per questi e per la liquidazione giudiziale, dove non è previsto un termine finale, si potrà sostenere, anche con riferimento alle disposizioni del Codice della crisi, che la protezione del patrimonio si estenda oltre l'omologazione, permettendo che la fase esecutiva del concordato e degli accordi sia retta dalle regole del concorso» [43]. Non può però trascurarsi quanto ritenuto da altra dottrina secondo cui la durata massima di dodici mesi delle misure protettive, unita al fatto che il legislatore non specifica che la protezione del patrimonio continua ad operare anche dopo l'omologa del concordato, non legittima de plano a ritenere che lo *stay* esecutivo e cautelare operi anche in fase di esecuzione del concordato (da qui il suggerimento di introdurre anche rispetto a questo strumento una norma analoga all'art. 150 CCII) [44].

Vigente la originaria formulazione del CCII (e prima ancora della regolamentazione della composizione negoziata della crisi), si era osservato che la temporaneità delle misure protettive non avrebbe dovuto sollevare particolari problemi con riguardo agli accordi di ristrutturazione in quanto l'art. 57, terzo comma, CCII (in linea con il primo comma dell'allora vigente art. 182-*bis*, l. fall.) «sposta a 120 giorni dall'omologa o dalla scadenza del credito se questa è successiva, il pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo, impedendone, quindi, nel frattempo l'esecuzione, sicché il pagamento di costoro dovrebbe verosimilmente avvenire in tali termini posto che la norma contestualmente richiede una attestazione che specifichi "l'idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei all'accordo, nel rispetto dei termini di cui al comma 3"». E se, in effetti, in questa procedura il termine massimo di un anno del divieto delle azioni esecutive e cautelari poteva, sulla scorta della originaria formulazione del CCII, essere sufficiente a realizzare l'accordo, anche nel caso in cui fosse stata anticipata la richiesta delle misure protettive ai sensi dell'art. 54, terzo comma, CCII [45], la situazione sembra oggi più preoccupante ove all'accordo di ristrutturazione si arrivi all'esito di una composizione negoziata della crisi protetta durante la quale la durata delle misure protettive può, come visto, persino raggiungere i duecentoquaranta giorni.

[42] Così L. BACCAGLINI e L. CALCAGNO, *Le misure protettive e cautelari nel CCII*, cit.
[43] I. PAGNI, *Le misure protettive e le misure cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 444.
[44] G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit., p. 13.
[45] Così in effetti G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

D'altra parte, già sulla base della originaria formulazione del CCII, aveva invece sin da subito destato preoccupazione la prevista durata massima delle misure protettive di cui all'originario art. 8 CCII in rapporto al concordato preventivo, decorrendo per questa procedura l'anno di sospensione delle azioni esecutive e cautelari dalla data di pubblicazione del ricorso per ottenere il termine per predisporre la proposta, il piano e la documentazione. Si osservava infatti (a) che «poiché questo termine può essere di 60 giorni, prorogabile fino ad un massimo di altri 60 giorni, (art. 44, comma 1, lett. a), i primi 120 giorni potrebbero essere assorbiti dalla fase del concordato con riserva, per cui l'omologa dovrebbe intervenire negli otto mesi successivi perché l'intero periodo concordatario sia coperto dalla sospensione [46], (b) che tuttavia non era raro che si arrivasse alla omologa dopo oltre un anno dall'iniziale presentazione del ricorso per concordato in bianco, sebbene l'art. 181, l. fall. disponesse che l'omologazione del concordato dovesse intervenire nel termine di nove mesi, prorogabile di massimo sessanta giorni, dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'art. 161 l.fall. ed ancora (c) che «lo sforamento del termine annuale avrebbe potuto verificarsi, a maggior ragione, in futuro non essendo il limite dei nove mesi per la omologazione riproposto dal CCI, né dall'art. 113, corrispondente all'attuale art. 181, né da altra norma» (nella originaria formulazione del CCII). Anche al riguardo, la nuova formulazione dell'art. 8 CCII con l'espresso riferimento ai fini del computo della durata massima delle misure protettive alla durata di quelle richieste in sede di composizione negoziata è destinata ad accrescere le preoccupazioni già colte, non apparendo a tal fine tranquillizzante il nuovo secondo comma dell'art. 113 CCII (modificato sempre per effetto del D.LGS. 83/2022) che con riferimento al piano di concordato stabilisce che «l'omologazione deve intervenire nel termine di dodici mesi dalla presentazione della domanda ai sensi dell'articolo 40».

E gioverà allora evidenziare come a fronte del rischio che un periodo della procedura [concordataria (fino alla omologa)] non fosse protetto dal blocco delle azioni esecutive e cautelari, si immaginava un aumento del ricorso agli strumenti cautelari per bloccare la disgregazione del patrimonio del debitore in attesa dell'omologa [47].

Per quanto evidente, allo stato dell'attuale disciplina, tanto il debitore quanto l'autorità giudiziaria dovranno rispettivamente osservare massima cautela nella richiesta e nella conferma/proroga delle misure protettive durante una composizione negoziata della crisi. Al riguardo, se è condivisibile l'opzione legislativa di subordinare la *conferma* delle misure protettive di cui agli artt. 18 e 19 CCII all'accertamento della loro funzionalità ad assicurare il buon esito delle trattative (così espressamente l'art. 19, quarto comma, CCII), ancor più opportuna e cruciale sarebbe stata quella di subordinare la *proroga* delle misure protettive di cui agli artt. 18 e 19 CCII espressamente e chiaramente all'accertamento da parte

[46] G. BOZZA, *Le misure protettive e cautelari nel codice della crisi e dell'insolvenza*, cit.

[47] M. FABIANI, *Il codice della crisi di impresa e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, in *Foro it.*, 2019, I, c. 162.

dell'autorità giudiziaria, sentito l'esperto e le parti [48] (non già ancora della loro funzionalità ad assicurare il buon esito delle trattative, come in vero previsto [49], ma) all'accertamento di «progressi significativi nelle trattative», *rispetto alla preliminare valutazione operata in sede di conferma*, progressi tali da rendere probabile il raggiungimento di una delle soluzioni di cui all'art. 23, primo comma, lett. a) e c), CCII (analogamente, del resto, a quanto previsto con riguardo alla proroga delle misure protettive pendente la composizione assistita della crisi dall'originario art. 20 CCII) [50], in mancanza diventando altissimo il rischio di consumare il periodo massimo di durata delle misure protettive previsto dall'art. 8 CCII ancor prima che si arrivi alla omologazione di uno strumento di regolazione della crisi.

In questa prospettiva, diventa determinante proprio il termine inizialmente disposto dall'autorità giudiziaria in sede di conferma delle misure protettive richieste dal debitore *ex* art. 18 CCII, perché quel termine non solo evidentemente rappresenta per il legislatore un periodo sufficiente, così come adattato/delimitato (nel *range* concesso 30/120 giorni) dall'autorità giudiziaria nel singolo caso concreto, a consentire al debitore e alle parti di avviare e pervenire ad una seria trattativa comprovata da un piano sufficientemente dettagliato, ma anche un tempo oltre il quale sempre per il legislatore in mancanza di progressi significativi nelle trattative (tali da rendere probabile il raggiungimento di una delle soluzioni di cui all'art. 23, primo comma, CCII) diventa troppo rischioso andare, salva, lo si ripete, la fondata ragionevolezza della conclusione di uno degli accordi di cui al primo comma dell'art. 23 CCII che però, allora, deve costituire nel giudizio di proroga specifico oggetto di accertamento.

In mancanza di significativi progressi, piuttosto che continuare a consumare il termine massimo dei dodici mesi delle misure protettive di cui all'art. 8 CCII, meglio presentare sin

[48] A proposito del coinvolgimento delle parti in merito alla richiesta della proroga delle misure protettive, è condivisibile la decisione di Trib. Milano, 14 maggio 2022, su *www.dirittodellacrisi.it*, secondo cui «In tema di composizione negoziata, la richiesta di proroga delle misure protettive da parte dell'imprenditore interessato deve trovare l'adesione della generalità dei creditori, ovvero la loro non opposizione anche per assenso implicito a seguito dell'instaurazione del contraddittorio. Resta ferma la possibilità di sindacare un dissenso manifestatamente preconcetto, immotivato o irragionevole derivante da assenza di collaborazione alle trattative». Di diverso avviso parrebbe, da ultimo, Trib. Avellino, 7 dicembre 2022, su *www.dirittodellacrisi.it*, secondo cui «Ai fini della decisione sull'istanza di proroga delle misure protettive nella composizione negoziata, ai sensi dell'art. 7, comma 5, D.L. 24 agosto 2021, n. 118, conv. in L. 21 ottobre 2021, n. 147, che può essere assunta senza necessità di fissare l'udienza, sentito il parere dell'esperto […]».

[49] V. in tal senso Trib. Padova, 10 giugno 2022, su *www.dirittodellacrisi.it,* secondo cui «Nel corso del procedimento di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa *ex* D.L. n. 118/2021, il Tribunale, ove l'esperto dia atto della funzionalità della proroga del termine e della congruità della proroga richiesta dal debitore e, quindi, del prolungamento delle misure protettive e cautelari ai fini del buon esito delle trattative in atto, può prorogare *ex* art. 7, comma 5, D.L. n. 118/2021 l'efficacia delle misure protettive e cautelari di ulteriori 120 giorni, oltre alla sospensione feriale».

[50] V. peraltro Trib Bologna, 30 novembre 2022, su *www.dirittodellacrisi.it*, secondo cui alla proroga delle misure protettive e cautelari, formulata dal debitore in circostanze tali da configurare il provvedimento come necessario al perfezionamento delle trattative con i creditori, «non osta lo stato di insolvenza in cui possa trovarsi l'impresa in quanto l'interesse dei creditori trova tutela sia nel dovere di gestione dell'impresa nel loro prevalente interesse sia nel dovere di vigilanza e di segnalazione in capo all'esperto in caso di compimento di atti di straordinaria amministrazione da parte del debitore».

da subito, se non una domanda *ex* art. 25-*sexies* CCII di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio sussistendone i presupposti (non trascurando, al riguardo, la mancanza di ogni riferimento ad eventuali misure protettive [51] e, in ogni caso, che l'eventuale pendenza di una procedura per l'apertura di una liquidazione giudiziale renderà quasi obbligato il percorso segnato dal decimo comma dell'art. 40 CCII), una domanda *ex* art. 40 CCII, qualunque essa sia, con contestuale richiesta di applicazione delle misure protettive (sempre nella speranza, perché il rischio resta, che la loro efficacia riesca a durare sino all'omologazione o alla apertura della liquidazione giudiziale).

Ed in questi termini è condivisibile una recente decisione di merito secondo cui «ai fini della decisione sull'istanza di proroga delle misure protettive nella composizione negoziata, ai sensi dell'art. 7, comma 5, D.L. 24 agosto 2021, n. 118, conv. in L. 21 ottobre 2021, n. 147 […] il giudice valuta, sotto il profilo del *periculum in mora*, se il prolungamento del termine di durata delle misure sia idoneo ad assicurare il buon esito delle trattative, *le quali devono essere non solo già avviate, ma aver raggiunto uno stato di avanzamento che consenta di formulare una previsione ragionevole sia sulla residua durata del negoziato in corso che sulla sua utile conclusione*». Di estremo interesse, in questa decisione, è in particolare la parte in cui i giudici sottolineano l'opportunità che il tribunale operi, rispetto al giudizio sulla conferma, una differente valutazione in sede di proroga delle misure protettive, frutto di una attenta analisi della prova della praticabilità del risanamento fornita dal debitore a mezzo di un piano sufficientemente dettagliato. In questa seconda fase, infatti, «ai fini della concessione della proroga il giudice valuta, sotto il profilo del *fumus boni iuris*, la praticabilità del risanamento, sulla scorta del parere espresso al riguardo dall'esperto, sicché in questa fase, diversamente da quanto richiesto al momento della concessione delle misure protettive, è necessaria l'avvenuta predisposizione di un piano già dettagliato che sia stato oggetto di discussione almeno con una parte del ceto creditorio» [52].

[51] In senso favorevole alla applicazione delle misure protettive nel concordato semplificato è Trib. Milano, 16 settembre 2022, su *www.dirittodellacirisi.it*, con il quale il Giudice, nel valutare la questione della applicabilità o meno delle misure protettive di cui agli artt. 54 e 55 CCII al neo introdotto istituto del concordato semplificato, aveva concluso che la disciplina relativa alle misure cautelari e protettive è applicabile in via generale ai procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e della insolvenza ed è dunque applicabile anche al concordato semplificato di cui all'art. 25 *sexies* CCI (e ciò pur in assenza di uno specifico richiamo agli artt. 54 e 55 CCII da parte della predetta norma). *Contra* Trib. Torino, 25 novembre 2022, su *www.dirittodellacrisi.it*, è giunto ad una conclusione diametralmente opposta, affermando che la mancata previsione agli artt. 25 *sexies* e *septies* CCII della possibilità di emettere misure protettive nell'ambito del concordato semplificato non può essere colmata mediante l'applicazione in via analogica dell'art. 54 CCII nella parte in cui richiama la procedura di concordato preventivo. In dottrina v. S. SANZO, *Concordato semplificato e misure protettive: un vuoto normativo nel codice della crisi?*, 20 luglio 2022, su *www.ilfallimentarista.it*.

[52] Trib. Avellino, 7 dicembre 2022, su *www.dirittodellacrisi.it*. Tant'è che nel caso di specie lo stesso tribunale afferma che «Nel caso in cui il piano di risanamento preveda la cessione dell'azienda a terzi (continuità indiretta) al momento della richiesta di proroga, tanto più se il termine iniziale concesso sia quello massimo di quattro mesi, è necessario che l'esperto abbia già avviato le procedure competitive ed acquisito manifestazioni di interesse aventi i caratteri dell'offerta competitiva, vale a dire un contenuto determinato, l'irrevocabilità e la presenza di garanzie».

ISSN 2282-2461 I BATTELLI DEL RENO [ON LINE]

Si tratta, è evidente, solo di brevi considerazioni dalle quali tuttavia emergono alcune criticità, alcuni vuoti normativi in merito alla procedura che idealmente (ma anche no) dovrebbe condurre un imprenditore al superamento della situazione della crisi o dell'insolvenza partendo da una situazione di pre-crisi (*ivi* inclusa la reversibile insolvenza). E se auspicabile è evidentemente il passaggio dalla «composizione negoziata della crisi» ad uno «strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza», persino quando giaccia nel frattempo la procedura per l'apertura di una «liquidazione giudiziale», pure auspicabile, allo stesso scopo, è un intervento del legislatore che affini la regolamentazione di molti dei tanti passaggi, solo su alcuni dei quali si è potuto svolgere in questa sede qualche breve riflessione.