

2021



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it



L'effetto dirompente dell'anticipazione delle misure protettive per le imprese sotto soglia nella composizione negoziata

di Francesca Monica Cocco , Avvocato in Milano

15 Dicembre 2021

Con l'avvento della possibilità, per le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare che accedono alla composizione negoziata della crisi, di beneficiare delle misure protettive a tutela delle trattative in corso con i creditori ed ai fini della salvaguardia della continuità aziendale (diretta o indiretta), cessa – almeno relativamente all'istituto di nuovo conio – la disparità di trattamento rispetto alle imprese sopra soglia fallimentare, le quali già beneficiano dell'ombrello protettivo in sede di deposito del concordato con riserva (possibilità preclusa nell'ambito della composizione della crisi da sovraindebitamento, dedicata a tutti i soggetti non fallibili).

Riproduzione riservata

Sommario:

1. Introduzione
2. La novità
3. Le due macro-fasi del sovraindebitamento
4. Le misure protettive per le imprese sotto soglia nella L. n. 3 del 2012
5. Le misure protettive per le imprese sotto soglia nel CCII
6. La composizione negoziata della crisi per le imprese sotto soglia
 - 6.1. La probabilità della crisi o dell'insolvenza

- 6.2. La nomina dell'esperto: il doppio binario per le imprese sotto soglia
- 6.3. Le soluzioni percorribili dalle imprese sotto soglia
7. Applicazione delle misure protettive alle imprese sotto soglia
8. Il ruolo ex post dell'esperto nelle misure protettive
9. L'intervento del tribunale nell'applicazione delle misure protettive
10. La decorrenza dell'efficacia delle misure protettive
11. Effetti della pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive
12. Doppia tutela per le imprese che accedono alla composizione negoziata
13. Il procedimento giudiziale delle imprese sotto soglia
14. La durata e la cessazione delle misure protettive
15. Conclusione

I. Introduzione

Costituisce quasi un *unicum*, nell'ordinamento, che un percorso volto al risanamento dell'impresa sia ugualmente accessibile tanto dalle imprese fallibili (e quindi già destinatarie delle procedure di cui alla legge fallimentare), quanto dalle imprese non fallibili (destinatari delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla L. n. 3/2012).

Con il decreto legge 24 agosto 2021 n. 118, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 ottobre 2021, n. 147, è entrata in vigore la composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa, nonché il nuovo concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, in relazione ai quali il legislatore - nell'intento programmatico di introdurre alternative percorribili per la ristrutturazione aziendale a favore dell'intero tessuto imprenditoriale - ne ha sancito l'applicabilità, altresì, alle "imprese sotto soglia" [1] (con gli adattamenti del caso), mutuando l'espressione colloquiale in uso tra gli operatori del diritto.

E dunque, anche le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare - ovvero in possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 1 L. fall. - che si trovino in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, possono chiedere la nomina dell'esperto, allorché risulti perseguibile il risanamento dell'impresa, al fine di avviare il percorso di nuovo conio.

Il legislatore, dunque, di fronte all'esigenza di introdurre nuovi strumenti che incentivino le imprese ad individuare alternative percorribili al fallimento ed alla liquidazione, non ha questa volta dimenticato le imprese minori (di cui all'art. 2, lett. d), CCII), costituenti larga parte del tessuto economico.

Si legge nella Relazione al D.L. 118/2021: "Molte delle imprese che non saranno in grado di garantire la propria continuità aziendale... non hanno, ad oggi, idonei mezzi o strumenti per analizzare e comprendere la situazione in cui si trovano né per evitare che la crisi degeneri in dissesto irreversibile".

Ed ancora: "Tale constatazione è particolarmente evidente per le micro, piccole e medie imprese, che rappresentano il substrato del sistema produttivo nazionale e che possono essere efficacemente sostenute se le si accompagna in un processo di presa di coscienza della situazione aziendale esistente e delle soluzioni praticabili per prevenire la crisi o per raggiungere il risanamento aziendale in caso di crisi, o di insolvenza, già esistente".

Difatti, le misure economiche e finanziarie di sostegno vanno via via esaurendosi ed occorre evitare che "si approfondisca ulteriormente il solco tra la parte di imprenditoria che fa del nostro paese la seconda potenza industriale europea e la restante parte, pur diffusa e consistente, che arranca nelle retrovie della moderna economia" [2].

2 . La novità

L'effetto dirompente della percorribilità della composizione negoziata della crisi da parte dalle imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare, che non può sfuggire agli operatori, è la possibilità di poter accedere alle misure protettive durante la fase delle trattative con i creditori, prima ancora di accedere alla fase giudiziale del deposito della proposta; ciò che, notoriamente, è precluso ai soggetti non fallibili, destinatari delle procedure da sovraindebitamento.

Questa possibilità, non di poco conto, è stata salutata con favore dai primi interpreti, in quanto consente "... anche a questa area di crisi - fino ad ora trascurata nelle sue fasi iniziali - di godere dell'autorevolezza di un "traghettatore" e della "copertura" di un breve periodo di protezione nelle trattative con il ceto creditorio" [3].

Difatti, nell'architettura della L. n. 3 del 2012, non esiste la possibilità, da parte del debitore, di depositare una domanda "in bianco", beneficiando sin da subito di

misure protettive: queste ultime possono decorrere esclusivamente per effetto di provvedimento giudiziale conseguente al deposito della proposta vera e propria, e non prima.

Il taglio del presente contributo, dunque, non è tanto quello di sviscerare l'iter relativo al conseguimento delle misure protettive nell'ambito della composizione negoziata della crisi, per il quale si rimanda ai pregevoli contributi della rivista; ma piuttosto quello di evidenziare, da un punto di vista pratico, le implicazioni di tale novità nel perseguimento del risanamento dell'impresa commerciale e agricola sotto soglia fallimentare.

Immediatamente a seguire, vi è una rapida sintesi delle due macro-fasi che caratterizzano le procedure da sovraindebitamento (così come derivanti dalla normativa di cui alla L. n. 3/2012), utili a comprendere la straordinarietà della fruibilità, da parte delle imprese commerciali e agricole sotto soglia, delle misure protettive in via anticipata rispetto al deposito in tribunale della proposta.

3 . Le due macro-fasi del sovraindebitamento

Come noto, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento si sviluppano in due macro-fasi: la prima, di carattere stragiudiziale, dinanzi all'organismo di composizione della crisi (O.C.C.); la seconda, tipicamente giudiziale, dinanzi al tribunale fallimentare territorialmente competente.

Tale assetto deriva dalla necessità di corredare il fascicolo istruttorio della c.d. relazione (particolareggiata) predisposta dall'O.C.C., senza la quale l'accesso alla fase giudiziale è inibito.

E difatti, relativamente all'accordo con i creditori, l'art. 9, comma 3 *bis.1*, L. n. 3 del 2012 stabilisce l'obbligo di allegare alla domanda la relazione particolareggiata predisposta dall'O.C.C.; parimenti, relativamente al piano del consumatore, l'art. 9, comma 3 *bis*, L. n. 3 del 2012 stabilisce l'obbligo di allegare alla domanda la relazione predisposta dall'O.C.C.; ed infine, relativamente alla liquidazione dei beni, l'art. 14 *ter*, comma 3, L. n. 3 del 2012 stabilisce ugualmente l'obbligo di allegare alla domanda la relazione particolareggiata predisposta dall'O.C.C.

La legge, dunque, in materia di sovraindebitamento, ha individuato nell'O.C.C. l'ente pubblico dotato di requisiti di indipendenza e professionalità con il compito di effettuare delle verifiche prodromiche al deposito della domanda giudiziale;

verifiche volte, in estrema sintesi, ad un giudizio di fattibilità, convenienza e completezza della proposta del debitore in stato di crisi.

È intuibile quanto la fase dinanzi all'organismo di composizione della crisi (alla quale il debitore accede mediante richiesta di nomina del gestore della crisi) sia particolarmente delicata e complessa, e spesso risulti essere la più laboriosa, essendo necessario istruire il procedimento, al fine di ottenere il *placet* dell'O.C.C. e conquistare il diritto di accesso alla fase giudiziale vera e propria, mediante la produzione in tribunale della relazione particolareggiata, con valutazione positiva.

4. Le misure protettive per le imprese sotto soglia nella L. n. 3 del 2012

La composizione della crisi da sovraindebitamento soffre di una sorta di disparità di trattamento rispetto alle procedure concorsuali maggiori, proprio in relazione alla disciplina del blocco delle procedure esecutive sul patrimonio del debitore.

È noto, difatti, il meccanismo derivante dal combinato disposto degli artt. 161, comma 6, L. fall. e 168 L. fall., in base al quale il debitore fallibile ha facoltà di depositare domanda di concordato c.d. in bianco, ovvero con riserva di presentare la proposta, il piano e la documentazione entro il termine fissato dal giudice, immediatamente beneficiando del divieto, per i creditori aventi titolo o causa anteriore, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventi definitivo.

Nella composizione della crisi per sovraindebitamento non esiste il medesimo meccanismo.

Il debitore non fallibile (fra cui le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare), per poter beneficiare dell'ombrello protettivo, deve necessariamente adire il tribunale con la sua proposta di accordo con i creditori o di piano del consumatore (oppure con la richiesta di liquidazione), non essendo consentito dalla L. n. 3 del 2012 depositare domande c.d. in bianco o con riserva.

Pertanto, esclusivamente dalla data del deposito della domanda - completa di proposta di accordo o di piano - diviene possibile ottenere il blocco delle azioni esecutive sul patrimonio.



Nel dettaglio, ai sensi della L. n. 3 del 2012, il c.d. *automatic stay* si rinviene esclusivamente:

(i) nell'accordo con i creditori (art. 10, comma 2, lett. c), L. n. 3 del 2012): “con il decreto... il giudice... dispone che, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni esecutive individuali né disposti sequestri conservativi né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio del debitore che ha presentato la proposta di accordo, da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore...”);

(ii) nella liquidazione dei beni (art. 14 *quinquies*, comma 2, lett. b), L. n. 3 del 2012): “con il decreto... il giudice... dispone che, sino al momento in cui il provvedimento di omologazione [chiusura liquidazione, ndr] diventa definitivo, non possono, sotto pena di nullità, essere iniziate o proseguite azioni cautelari o esecutive né acquistati diritti di prelazione sul patrimonio oggetto di liquidazione da parte dei creditori aventi titolo o causa anteriore”).

Diversamente, nel piano del consumatore, il blocco dei procedimenti di esecuzione forzata non viene automaticamente sancito nel decreto del giudice per espressa disposizione di legge, ma consegue ad una specifica richiesta da parte del debitore e ad una valutazione del tribunale dell'eventuale pregiudizio delle azioni sulla fattibilità del piano (art. 12 *bis*, comma 2, L. n. 3 del 2012: “quando, nelle more della convocazione dei creditori, la prosecuzione di specifici procedimenti di esecuzione forzata potrebbe pregiudicare la fattibilità del piano, il giudice, con lo stesso decreto, può disporre la sospensione degli stessi sino al momento in cui l'omologazione diventa definitivo”) [4].

Si noti, dunque, l'impossibilità per il debitore non fallibile soggetto alle procedure di sovraindebitamento (fra cui le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare) di anticipare l'ombrello protettivo rispetto al deposito della proposta vera e propria, diversamente dal debitore fallibile che accede al concordato preventivo c.d. in bianco o con riserva.

Tale disparità di trattamento viene amplificata dalla circostanza – prima evidenziata – per cui la fase dinanzi all'O.C.C. è spesso lunga e complessa, talora della durata di molti mesi, con la conseguenza che il debitore rimane esposto alle azioni dei creditori per un lungo periodo di tempo, con il rischio che venga inficiato il buon esito della procedura, in senso concorsuale.

Ad onor del vero, nel primo periodo di applicazione della L. n. 3 del 2012, vi furono dei tentativi di ottenere dai tribunali il blocco delle azioni esecutive e cautelari sul

mero presupposto del deposito dell'istanza di nomina del gestore della crisi presso l'O.C.C. (e quindi di inizio della fase stragiudiziale dinanzi all'organismo): ma la giurisprudenza fu pressoché unanime nel ribadire come ciò sfuggisse al dettato normativo.

5 . Le misure protettive per le imprese sotto soglia nel CCII

L'apertura alle misure protettive per le imprese commerciali e agricole sotto soglia prima ancora del deposito della proposta - ovvero durante la fase delle trattative - in sede di composizione negoziata della crisi non appare, in realtà, del tutto inedita.

Difatti, la collocazione sistematica delle procedure di sovraindebitamento nel CCII, con conseguente estensione anche a queste procedure della disciplina dell'allerta e della composizione assistita della crisi, consentirebbe alle imprese commerciali e agricole sotto soglia (nonché ad altri soggetti destinatari delle procedure da sovraindebitamento) di ottenere misure protettive sul proprio patrimonio in via anticipata [5].

E difatti, ai sensi dell'art. 20, comma 1, CCII, dopo l'audizione di cui all'art. 18 del CCII, il debitore non fallibile, che ha presentato istanza per la soluzione concordata della crisi, può chiedere al tribunale competente le misure protettive necessarie per condurre le trattative in corso.

Naturalmente, quanto sopra, potrà essere oggetto di ulteriori modifiche legislative al CCII, anche alla luce della prassi che verrà a svilupparsi come conseguenza dell'applicazione delle misure protettive nella composizione negoziata della crisi.

6 . La composizione negoziata della crisi per le imprese sotto soglia

Il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi, di cui agli artt. 2 e ss. del D.L. n. 118 del 2021, come modificato dalla legge di conversione n. 147 del 2021, viene dunque esteso anche alle imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare (ovvero in possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 1 L. fall.).

Rectius, nell'ambito della eterogenea platea dei soggetti destinatari delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, esclusivamente le imprese

commerciali e agricole sotto soglia possono accedere, altresì, alla composizione negoziata della crisi, accessibile anche alle imprese sopra soglia fallimentare (art. 17 D.L. n. 118 del 2021).

Si evidenzia lo status particolare dell'imprenditore agricolo, il quale, non essendo soggetto fallibile, soggiace alle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (accordo con i creditori e liquidazione), oltre alla facoltà di accedere al solo accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 *bis* e dell'art. 182 *ter* L. fall.

Il D.L. n. 118 del 2021 porrebbe una distinzione tra l'imprenditore agricolo sopra e sotto soglia (distinzione prima ininfluyente, in quanto non fallibile a prescindere dalle dimensioni): in base all'art. 2 del D.L. n. 118/2021, l'imprenditore agricolo sopra soglia può accedere alla composizione negoziata della crisi, con la possibilità virtuale di fruire delle soluzioni di cui all'art. 11 del D.L. n. 118 del 2021, ovvero di istituti concorsuali prima inaccessibili; l'imprenditore agricolo sotto soglia, invece, accede alla composizione negoziata della crisi di cui all'art. 17 del D.L. n. 118/2021, con le soluzioni delineate dall'art. 17 comma 4.

Quanto sopra, naturalmente da una prima lettura; anche se non sono mancate diverse interpretazioni, tali per cui l'imprenditore agricolo sopra soglia fallimentare, pur accedendo alla composizione negoziata di cui all'art. 2 del D.L. n. 118/2021, potrebbe poi fruire unicamente delle soluzioni delineate dall'art. 17 comma 4.

Come naturale conseguenza della possibilità di accedere alla composizione negoziata della crisi, le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare possono accedere altresì al nuovo istituto del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, di cui all'art. 18 D.L. n. 118/2021.

Inoltre, le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare possono beneficiare di nuove ed ulteriori possibili soluzioni: la conclusione di un contratto, privo di effetti nei confronti dei terzi, idoneo ad assicurare la continuità aziendale; nonché la stipula di una convenzione di moratoria ai sensi del nuovo art. 182 *octies* L. fall., di cui all'art. 20, comma 1, lett. f), D.L. n. 118 del 2021; ed infine la conclusione di un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre gli effetti del piano di risanamento ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), L. fall., ma senza necessità di attestazione.

Tutti questi istituti vanno ad aggiungersi a quelli già presenti nella L. n. 3 del 2012 e rendono più ricco il ventaglio di possibilità, per le imprese commerciali e agricole

sotto soglia fallimentare, di individuare idonea soluzione per il superamento dello stato di crisi o di insolvenza.

6.1 . La probabilità della crisi o dell'insolvenza

Il presupposto oggettivo per l'accesso alla composizione negoziata della crisi da parte dell'imprenditore commerciale e agricolo sotto soglia fallimentare è il medesimo per l'imprenditore fallibile: lo squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza (art. 17, comma 1, D.L. n. 118 del 2021).

La probabilità della crisi o dell'insolvenza costituirebbe una sorta di arretramento rispetto all'attualità della crisi o dell'insolvenza, al fine dell'emersione, più tempestiva possibile, dello stato di crisi dell'impresa.

La probabilità della crisi o dell'insolvenza comporterebbe inoltre che, fra i destinatari della composizione negoziata, vi siano le imprese in crisi, ma ancora *in bonis* [6] , con evidenti difficoltà di distinzione sul piano pratico.

A risolvere l'apparente ossimoro può soccorrere il dettato normativo stesso, laddove è stabilito che l'accesso alla composizione negoziata della crisi è possibile solo "quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa" (art. 2, comma 1, D.L. n. 118 del 2021) e solo quando l'esperto valuta "l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento" (art. 5, comma 5, del D.L. n. 118 del 2021).

Il discrimine per l'accesso alla composizione negoziata da parte dell'impresa in crisi, ma ancora *in bonis*, sarebbe dato dunque dalla possibilità concreta del risanamento e quindi da uno stato di pre-crisi [7] ; dunque escludendo l'impresa irreversibilmente insolvente [8] .

Anche la Relazione al D.L. n. 118 del 2021 pone l'accento sul potenziale risanamento delle imprese che accedono alla composizione negoziata: "si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell'azienda o di un ramo di essa".

Conviene, tuttavia, precisare che l'eventuale concreto stato di insolvenza del debitore non è preclusivo dell'accesso ai nuovi istituti: difatti "se l'esperto ravvisa... la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di

avviare la composizione negoziata. Occorre però che l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento..." (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 11, sezione III, paragrafo 2.4., I e II cpv.).

Con argomento *a contrario*, le concrete prospettive di risanamento non si configurerebbero a fronte "(i) di una continuità aziendale che distrugge risorse, (ii) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse, (iii) dell'assenza del valore del compendio aziendale", in quanto le probabilità che l'insolvenza sia reversibile sarebbero assai remote, indipendentemente dalle scelte dei creditori (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 11, sezione III, paragrafo 2.4., III cpv.).

6.2 . La nomina dell'esperto: il doppio binario per le imprese sotto soglia

Il procedimento da seguire per la nomina dell'esperto, da parte dell'imprenditore commerciale e agricolo sotto soglia, è disciplinato dall'art. 17, comma 2, del D.L. n. 118 del 2021.

Prima della conversione - con modificazioni, da parte della L. n. 147 del 2021 - l'art. 17 del D.L. n. 118 del 2021 prevedeva il deposito di un ridotto numero di documenti rispetto a quelli previsti per l'imprenditore commerciale e agricolo sopra soglia.

Inoltre, l'art. 17 prevedeva l'obbligo, da parte dell'esperto, di acquisire i bilanci dell'ultimo triennio, se disponibili, nonché le dichiarazioni fiscali e la documentazione contabile ritenuta necessaria per redigere una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale ed economico finanziaria dell'imprenditore, nonché un elenco aggiornato dei creditori e dei relativi diritti, ove non già redatta da eventuali consulenti dell'imprenditore.

L'art. 17, comma 2, D.L. n. 118 del 2021, come convertito, prevede invece che le imprese commerciali e agricole sotto soglia debbano produrre gli stessi documenti previsti per le imprese sopra soglia (fatta eccezione per la relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata, recante un piano finanziario per i successivi 6 mesi e le iniziative industriali che intende adottare, di cui all'art. 5, comma 3, lett. b), D.L. n. 118 del 2021), ovvero debbano produrre:

a) i bilanci degli ultimi 3 esercizi, se non già depositati presso il registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le

dichiarazioni dei redditi e dell'Iva degli ultimi 3 periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre 60 giorni prima della presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto;

c) l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia;

d) una dichiarazione sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza e una dichiarazione con la quale attesta di non avere depositato ricorsi ai sensi degli artt. 161 e 182 bis l. fall., anche nelle ipotesi di cui all'art. 161, comma 6, l. fall. e di cui all'art. 182 bis, comma 6, l. fall.;

e) il certificato unico dei debiti tributari di cui all'art. 364, comma 1, D. lgs. n. 14/2019 (CCII);

f) la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate per la Riscossione;

g) il certificato dei debiti contributivi e per premi assicurativi di cui all'art. 363, comma 1, del D. Lgs. n. 14/2019 (CCII);

h) un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita da Banca d'Italia, non anteriore di 3 mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

Relativamente al predetto punto d), è opportuno riflettere sulla compatibilità della prescrizione rispetto alle imprese commerciali e agricole sotto soglia, che, evidentemente, non accedono agli istituti ivi citati.

Vi è da dire che già si discute molto se la locuzione "non avere depositato ricorsi" debba essere intesa letteralmente oppure se debba essere interpretata come "non avere in corso", in guisa che possa ritenersi possibile depositare, ad esempio, una domanda di concordato preventivo (anche con riserva), rinunciarvi e accedere poi alla composizione negoziata.

Tuttavia, relativamente ai soggetti sotto soglia, vi è un ulteriore problema: la locuzione "di non avere depositato ricorsi" deve riferirsi al deposito giudiziale della domanda di accordo di composizione della crisi oppure debba riferirsi all'istanza di nomina del gestore della crisi, che di fatto inaugura la fase stragiudiziale delle trattative?

Si ritiene che, aderendo allo spirito delle novelle in esame, l'aver in corso delle trattative dinanzi all'O.C.C. (senza che, di fatto, vi sia ancora l'iscrizione al ruolo generale del tribunale di un procedimento di composizione della crisi da

sovraindebitamento) non possa ritenersi preclusivo dell'accesso alla composizione negoziata della crisi da parte delle imprese commerciali e agricole sotto soglia.

Si evidenzia che, in base alle modifiche della legge di conversione all'art. 17, comma 3, D.L. 118 del 2021, l'esperto non è più tenuto a redigere personalmente la relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale ed economico finanziaria dell'imprenditore.

Nell'accesso alla composizione negoziata, l'imprenditore sotto soglia beneficia di un doppio binario: il deposito dell'istanza di nomina dell'esperto attraverso la piattaforma telematica della camera di commercio competente; oppure il deposito dell'istanza di nomina dell'esperto attraverso l'organismo di composizione della crisi per sovraindebitamento (O.C.C.).

Pur pregevole l'intento di attirare, nel nuovo istituto, le competenze già consolidate dei gestori della crisi da sovraindebitamento in materia di imprese minori, la norma non è chiarissima.

Qualora, difatti, l'imprenditore sotto soglia chieda la nomina dell'esperto attraverso la piattaforma telematica della camera di commercio, *nulla quaestio* (evidentemente il segretario generale nomina un esperto scelto dall'apposito elenco).

Diversamente, qualora l'imprenditore sotto soglia chieda la nomina dell'esperto attraverso l'O.C.C., non è agevole comprendere se quest'ultimo debba attingere dall'elenco degli esperti di cui alla camera di commercio, o se possa nominare, naturalmente in qualità di esperto, un gestore della crisi al proprio interno; *rectius*, se possa nominare un gestore della crisi al proprio interno, purché costui sia altresì presente come esperto nell'elenco di cui alla camera di commercio.

Attenta dottrina propende per la prima interpretazione, secondo la quale l'O.C.C., una volta ricevuta l'istanza di nomina dell'esperto, dovrebbe attivarsi presso la camera di commercio, la quale fa esclusivo riferimento ai professionisti iscritti nell'elenco degli esperti (e non ai gestori della crisi).

“Una diversa interpretazione dell'art. 17... porterebbe a pensare che la disposizione in commento prevede un percorso semplificato anche in riferimento al meccanismo di nomina dell'esperto, affidato all'OCC o allo stesso segretario generale della CCIAA, a seconda del soggetto a cui è indirizzata l'istanza di nomina” [9].

Vi è da dire che la legge di conversione ha modificato l'art. 17, comma 2, D.L. n. 118 del 2021, specificando che “la nomina dell'esperto avviene a cura del soggetto al quale è presentata l'istanza”; senza però che tale modifica possa dipanare definitivamente il dubbio interpretativo di cui sopra.

Anche il Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021 non reca chiarimenti in tal senso, ad eccezione della previsione che “nel caso di imprese sotto-soglia per le quali la designazione dell’esperto sia effettuata dall’organismo di composizione della crisi (OCC), in mancanza della Piattaforma unica telematica (che può essere resa disponibile in forza di apposite convenzioni), la documentazione prevista dall’art. 17, comma 2, e tutte le comunicazioni e la relativa documentazione sono trasmesse tramite posta elettronica certificata” (Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 22, sezione III, paragrafo 15.2).

A questo punto, l’esperto nominato svolge le medesime attività dell’esperto nominato per l’imprenditore sopra soglia, in quanto compatibili.

6.3 . Le soluzioni percorribili dalle imprese sotto soglia

Qualora, durante le trattative, venga individuata una soluzione idonea al superamento della crisi o dell’insolvenza, l’imprenditore sotto soglia beneficia delle seguenti alternative (art. 17, comma 4, D.L. n. 118 del 2021):

- a) concludere un contratto, privo di effetti nei confronti dei terzi, idoneo ad assicurare la continuità aziendale; oppure stipulare una convenzione di moratoria ai sensi del nuovo art. 182 octies l. fall., di cui all’art. 20, comma 1, lett. f), D.L. n. 118 del 2021;
- b) concludere un accordo sottoscritto dall’imprenditore, dai creditori e dall’esperto, idoneo a produrre gli effetti del piano di risanamento di cui all’art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.; in tal caso non occorre l’attestazione prevista dal medesimo art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.;
- c) proporre un accordo con i creditori ai sensi dell’art. 7 della L. n. 3 del 2012;
- d) chiedere la liquidazione dei beni ai sensi dell’art. 14 ter della L. n. 3 del 2012;
- e) proporre la domanda del nuovo concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio ai sensi dell’art. 18 del D.L. n. 118 del 2021.

Relativamente alle ipotesi c) e d), nel silenzio della norma, si ritiene che la soluzione dell’accordo o della liquidazione, ancorché individuata in sede di composizione negoziata, debba essere preceduta dall’accesso all’organismo di composizione della crisi (O.C.C.).

Qualora, invece, al termine delle trattative, non sia possibile raggiungere l’accordo, l’imprenditore commerciale e agricolo sotto soglia può comunque accedere ad una

delle procedure disciplinate dalla L. n. 3 del 2012 (art. 17, comma 6, D.L. n. 118/2021). Si evidenzia che la prima versione dell'art. 17, comma 6, D.L. n. 118/2021, antecedente alla L. n. 147 del 2021 di conversione, conteneva una previsione che aveva lasciato perplessi i primi interpreti, ovvero: "Se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere l'accordo, l'esperto, su richiesta dell'imprenditore, svolge i compiti di gestore della crisi di cui alla legge 27 gennaio 2012 n. 3".

Perplessità discendente dal fatto che i compiti di gestore della crisi non possono essere svolti da qualsiasi professionista, ma solamente da coloro in possesso dei requisiti di legge ed in possesso di abilitazione formativa.

La versione, post legge di conversione, dell'art. 17, comma 6, D.L. n. 118/2021 lascia invece maggiore spazio alla ragionevole interpretazione tale per cui, all'esito negativo della composizione negoziata della crisi, l'imprenditore commerciale e agricolo sotto soglia fallimentare ben può accedere - al di fuori dell'egida dell'esperto - agli istituti della composizione della crisi per sovraindebitamento di cui alla L. n. 3 del 2012, chiedendo, in autonomia, la nomina del gestore della crisi presso l'O.C.C. competente.

7 . Applicazione delle misure protettive alle imprese sotto soglia

Come anticipato, nell'ambito della composizione negoziata della crisi, l'imprenditore commerciale e agricolo sotto soglia fallimentare ha la possibilità di beneficiare di misure protettive, delle quali, ai sensi della L. n. 3 del 2012, poteva beneficiare esclusivamente in fase giudiziale di deposito effettivo della proposta, e mai nella fase prodromica delle trattative dinanzi all'O.C.C. (in assenza della possibilità di depositare una domanda con riserva).

La finestra è data dall'art. 17, comma 7, del D.L. n. 118 del 2021, il quale stabilisce che, alla composizione negoziata della crisi dell'impresa sotto soglia, si applicano, in quanto compatibili, gli artt. 6 e 7 del D.L. n. 118 del 2021, dedicati, per l'appunto, alle misure protettive e al relativo procedimento giudiziale; strumento di centrale importanza per il buon esito delle trattative condotte dal debitore con l'ausilio dell'esperto [10].

8 . Il ruolo ex post dell'esperto nelle misure protettive

Peraltro, la previsione della possibilità di beneficiare di misure protettive in sede di composizione negoziata della crisi, addirittura con efficacia immediata dalla data della pubblicazione della relativa istanza presso il registro delle imprese (salvo conferme, modiche o revoche da parte del tribunale) è temperata dalla severità dei compiti affidati all'esperto, allorché l'imprenditore abbia richiesto tali misure. Dal dettato normativo, si desume che l'esperto non abbia alcun ruolo nella iniziale richiesta delle misure protettive da parte dell'imprenditore, allorché deposita l'istanza presso la camera di commercio (che può essere anche contestuale all'istanza di nomina dell'esperto stesso).

Tuttavia, l'esperto gioca un ruolo determinante in tutta la fase successiva di vigore delle stesse, fino alla loro cessazione, per qualunque motivo intervenuta (spirare naturale dei termini, revoca, modifica, *et cetera*).

I compiti affidati all'esperto in caso di applicazione di misure protettive a cautelari sono circostanziati dal Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, il quale stabilisce che “nel caso di misure di protezione del patrimonio o di misure cautelari a protezione delle trattative, si dovranno considerare l'opportunità, il contenuto e le parti destinatarie dell'istanza, tenendo conto, a titolo esemplificativo, dei seguenti elementi: (i) disponibilità finanziarie e copertura del fabbisogno finanziario occorrente per l'esecuzione dei pagamenti dovuti;

(ii) conseguenze delle misure protettive sugli approvvigionamenti e rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture all'ordine o alla consegna;

(iii) nel caso di estensione delle misure protettive alle esposizioni bancarie, rischio della loro riclassificazione a 'crediti deteriorati' (esposizioni scadute e/o sconfinanti, inadempienze probabili, sofferenze) con conseguenze sulla nuova concessione di credito” (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 14, sezione III, paragrafo 6.1).

E dunque, se l'imprenditore richiede l'applicazione delle misure protettive come spontanea reazione di difesa dalle aggressioni creditorie, l'esperto – diversamente – dovrà valutare per l'appunto “l'opportunità, il contenuto e le parti destinatarie dell'istanza” delle misure protettive, con una sorta di valutazione *ex post* rispetto al decorrere dell'efficacia delle stesse.

Le predette valutazioni affidate all'esperto con riguardo alle misure protettive andranno poi trasfuse nei pareri chiamato a fornire durante le trattative: in primis, durante l'udienza in tribunale in occasione del provvedimento di conferma o

modifica delle misure protettive o di rilascio di misure cautelari (art. 7, comma 4, D.L. n. 118 del 2021).

In tale occasione, l'esperto rappresenta lo stato delle trattative, l'attività svolta, l'esito del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, l'esito dell'analisi della coerenza del piano di risanamento attraverso la check list di controllo (qualora già effettuate), nonché fornisce al tribunale le informazioni richieste (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 15, sezione III, paragrafo 6.3).

Le valutazioni dell'esperto sono rilevanti anche ai fini della proroga delle misure protettive e cautelari per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative (art. 7, comma 5, D.L. n. 118 del 2021).

In tale occasione, l'esperto rappresenta lo stato delle trattative ed esprime il proprio parere in merito alla sussistenza, a quella data, della praticabilità del risanamento dell'impresa (anche in via indiretta) e all'esigenza di prorogare le misure protettive per salvaguardare l'esito delle trattative (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 15, sezione III, paragrafo 6.4).

Inoltre, l'esperto ha sempre il dovere di segnalare al tribunale ogni elemento rilevante per la revoca o l'abbreviazione della durata delle misure protettive, se ritiene che esse non soddisfino più l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o siano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 15, sezione III, paragrafo 6.5).

È evidente, dunque, che al di là dei casi in cui l'esperto deve comunicare al tribunale la conclusione della composizione negoziata o la sua archiviazione, ai fini dei provvedimenti circa l'efficacia delle misure protettive eventualmente in corso, l'esperto mantiene un ruolo di dispensatore di pareri motivati, oltre che deputato ad autonoma iniziativa, circa l'idoneità delle misure protettive al perseguimento del risanamento dell'impresa (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 12, sezione III, paragrafo 2.8).

9 . L'intervento del tribunale nell'applicazione delle misure protettive

Può affermarsi che la composizione negoziata della crisi è un procedimento di nuovo conio caratterizzato dal requisito della riservatezza, e pertanto estraneo

all'ambito giudiziale.

Purtuttavia, il legislatore ha delineato alcuni momenti in cui il tribunale viene coinvolto, tra i quali:

- (i) procedimento di conferma, modifica o revoca delle misure protettive (art. 7 D.L. n. 118 del 2021);
- (ii) procedimento di autorizzazione ai finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall. (art. 10, comma 1, lett. a), D.L. n. 118 del 2021);
- (iii) procedimento di autorizzazione ai finanziamenti prededucibili dei soci ai sensi dell'art. 111 l. fall. (art. 10, comma 1, lett. b), D.L. n. 118 del 2021);
- (iv) procedimento di autorizzazione ai finanziamenti prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall. di una o più società appartenenti ad un gruppo di imprese di cui all'art. 13 (art. 10, comma 1, lett. c), D.L. n. 118 del 2021);
- (v) procedimento di autorizzazione al trasferimento, in qualunque forma, dell'azienda o di alcuni rami, senza gli effetti di cui all'art. 2560, comma 2, c.c., dettando le misure ritenute opportune, tenuto conto delle istanze delle parti interessate, al fine di tutelare gli interessi coinvolti; ma fermo l'art. 2112 c.c. (art. 10, comma 1, lett. d), D.L. n. 118 del 2021).

Tralasciando i casi che non rilevano in questa sede, nel caso di richiesta di applicazione di misure protettive, l'imprenditore ha l'obbligo di radicare un procedimento *ad hoc* presso il tribunale competente.

Dunque, la riservatezza della composizione negoziata della crisi (il cui diario è costituito dalla piattaforma telematica interna alla camera di commercio) viene pregiudicata dalla pubblicazione, nel registro delle imprese, dell'istanza di applicazione delle misure protettive, unitamente all'accettazione dell'esperto; nonché dall'obbligo di pubblicare nel registro delle imprese, entro 30 giorni, altresì il numero di ruolo generale del procedimento giudiziale instaurato (pena la cancellazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive nel registro delle imprese, decorso inutilmente il termine di 30 giorni).

10 . La decorrenza dell'efficacia delle misure protettive

L'iter delineato dal legislatore è piuttosto snello: l'imprenditore che voglia beneficiare delle misure protettive sul patrimonio deve depositare, attraverso la

piattaforma telematica presso la camera di commercio, la relativa istanza (anche contestualmente all'istanza di nomina dell'esperto).

Come anticipato, l'istanza di applicazione delle misure protettive è soggetta a pubblicazione nel registro delle imprese (unitamente all'accettazione dell'esperto) e, a decorrere da tale data, i creditori: (i) non possono acquisire diritti di prelazione (se non concordati con l'imprenditore), (ii) non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività di impresa.

Parimenti, l'imprenditore inserisce nella piattaforma telematica una dichiarazione sull'esistenza di misure esecutive o cautelari disposte nei suoi confronti, nonché un aggiornamento su eventuali ricorsi pendenti per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza.

Si noti, dunque, che l'efficacia delle misure protettive sul patrimonio è immediata, essendo di per sé sufficiente il mero impulso dell'imprenditore e la relativa pubblicità nel registro delle imprese; salvo il provvedimento di conferma, modifica o revoca delle stesse da parte del tribunale, che però arriva successivamente, quantunque a stretto giro, come vedremo.

L'applicazione delle misure protettive non inibisce i pagamenti e, in ogni caso, non riguarda i diritti di credito dei lavoratori.

II . Effetti della pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive

I creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticipare la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore, per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 dell'art. 6 D.L. n. 118 del 2021.

Quanto sopra, è specifico oggetto di monito da parte dell'esperto ai creditori al tavolo delle trattative (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 17, sezione III, paragrafo 8.10).

Si ritiene utile una breve disamina della locuzione "dell'istanza di cui al comma 1", che determina sia il divieto per i creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti (art. 6, comma 5, D.L. n. 118 del 2021),

sia il divieto di pronuncia di sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata (art. 6, comma 4, D.L. n. 118 del 2021).

Effettivamente, nel comma 1 dell'art. 6 D.L. n. 118 del 2021 viene citata tanto l'istanza di nomina dell'esperto, quanto l'istanza per l'applicazione delle misure protettive, che possono essere coeve, oppure no.

Secondo una prima interpretazione, la locuzione "istanza di cui al comma 1" potrebbe riferirsi all'istanza di nomina dell'esperto e non già all'istanza relativa all'applicazione delle misure protettive.

Tuttavia, tale interpretazione non pare condivisibile: difatti tanto l'art. 6, comma 5, (divieto per i creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti), quanto l'art. 6, comma 4, (divieto di pronuncia di sentenza dichiarativa di fallimento) parlano espressamente di "pubblicazione" dell'istanza di cui al comma 1; e l'unica istanza soggetta a pubblicazione presso il registro delle imprese, ovvero a pubblicità, è l'istanza per l'applicazione delle misure protettive.

Inoltre, l'art. 6 D.L. n. 118 del 2021 è dedicato alla disciplina delle misure protettive; mente la sede naturale della disciplina dell'istanza di nomina dell'esperto è data dall'art. 5 D.L. n. 118 del 2021.

Si ritiene pertanto di poter concludere che il momento che determina sia il divieto per i creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti, sia il divieto di pronuncia di sentenza dichiarativa di fallimento coincida con la data di pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza per l'applicazione delle misure protettive [11].

12. Doppia tutela per le imprese che accedono alla composizione negoziata

A mente dell'art. art. 6, comma 5, D.L. n. 118 del 2021, si può ritenere che il legislatore abbia inteso "doppiamente" tutelare l'imprenditore che accede alla composizione negoziata della crisi, non soltanto dalle iniziative tipiche giudiziali di aggressione del patrimonio (azioni esecutive e cautelari, acquisto di diritti di prelazione), ma anche dai quei comportamenti *borderline* che i creditori potrebbero adottare nell'ambito di un rapporto contrattuale, come conseguenza diretta dello stato di difficoltà dell'imprenditore.

Tuttavia, tale disposizione, per quanto apprezzabile sul piano pratico, sarà oggetto di non poche problematiche interne all'impresa, ipotizzando il ricorso, da parte dei creditori, a pretestuose cause di inadempimento o risoluzione, non potendo esplicitamente lamentare l'applicazione delle misure protettive in favore dell'imprenditore ed il mancato pagamento dei propri crediti anteriori.

Inoltre, dal tenore letterale, parrebbe che il rifiuto all'adempimento dei contratti pendenti, per il solo mancato pagamento dei crediti anteriori, sia inibito esclusivamente nel caso in cui questi creditori subiscano le conseguenze di misure protettive.

Con la conseguenza che, in mancanza di applicazione di misure protettive, sia possibile per i creditori - nell'ambito della composizione negoziata della crisi e quindi dopo la nomina dell'esperto - rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti in ogni caso (ovvero anche per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti anteriori).

In proposito, vi è da dire che l'art. 10, comma 2, D.L. n. 118 del 2021 - a prescindere dalle misure protettive - stabilisce un generale potere dell'esperto di invitare le parti a rinegoziare i termini dei contratti ad esecuzione continuata o periodica o ad esecuzione differita, divenuti onerosi.

Il tema della rinegoziazione dei contratti è contemplato altresì dal Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, il quale stabilisce come sia "opportuno che tale richiesta venga formulata [ai creditori, ndr] sin dal primo incontro" e come l'esperto possa chiedere alle parti il consenso di trasmettere al tribunale "l'esito delle trattative e le motivazioni del mancato accoglimento" (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 19, sezione III, paragrafo 11.1).

Ed in caso di mancata rinegoziazione, l'imprenditore può adire il tribunale, al fine di ottenere un'equa rideterminazione delle condizioni del contratto, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale.

Il tribunale acquisisce il parere dell'esperto, che dovrà contenere indicazioni "sul fatto che la misura richiesta nel ricorso dell'imprenditore consenta effettivamente di assicurare la continuità aziendale [e] sul tempo minimo necessario perché questo avvenga" (Decreto dirigenziale del 28 settembre 2021, pag. 20, sezione III, paragrafo 11.2).

13. Il procedimento giudiziale delle imprese sotto soglia

Affinché le misure protettive del patrimonio rimangano pienamente efficaci, è necessario che l'imprenditore - lo stesso giorno della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza per l'applicazione delle misure protettive e dell'accettazione dell'esperto - depositi altresì, presso il tribunale competente, un ricorso per chiedere la conferma o la modifica delle misure protettive in corso oppure per richiedere eventualmente l'adozione di provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative.

Qualora l'imprenditore non depositi il predetto ricorso nel termine predetto, le misure protettive in corso perdono immediatamente efficacia.

Inoltre, entro 30 giorni dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza per l'applicazione delle misure protettive, l'imprenditore ha l'obbligo di richiedere la pubblicazione - sempre nel registro delle imprese - del numero di ruolo generale del procedimento instaurato, pena la cancellazione della stessa istanza dal registro delle imprese.

Il debitore, unitamente al ricorso, deposita:

- a) i bilanci degli ultimi 3 esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'Iva degli ultimi 3 periodi di imposta;
- b) una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre 60 giorni prima del deposito del ricorso;
- c) l'elenco dei creditori, individuando i primi 10 per ammontare, con indicazione dei relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure degli indirizzi di posta elettronica non certificata, per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella;
- d) un piano finanziario per i successivi 6 mesi ed un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare;
- e) una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata;
- f) l'accettazione dell'esperto nominato ai sensi dell'art. 3, comma 6, 7 e 8, con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

Relativamente ai documenti da depositare in occasione del ricorso per la conferma o modifica delle misure protettive, e con particolare riguardo alle imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare, è interessante evidenziare quanto segue.

L'unico documento che le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare non debbono depositare in sede di istanza di nomina dell'esperto (rispetto all'impresa sopra soglia) è il piano finanziario per i successivi 6 mesi ed il prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare.

Difatti, ai sensi dell'art. 5, comma 3, lett. b), D.L. n. 118 del 2021, il debitore sopra soglia è tenuto - in sede di istanza di nomina dell'esperto - a depositare una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata, recante un piano finanziario per i successivi 6 mesi e le iniziative industriali che intende adottare.

Tale obbligo di produzione documentale difetta per il debitore sotto soglia fallimentare, il quale - in sede di istanza di nomina dell'esperto - è esonerato ai sensi dell'art. 17, comma 2, D.L. n. 118/2021 (che richiama unicamente le lettere a), c), d), e), f), g) e h) dell'art. 5, comma 3, e non la lettera b)).

Ebbene, il debitore sotto soglia fallimentare dovrà necessariamente predisporre e produrre tale piano finanziario, qualora intenda beneficiare delle misure protettive e quindi debba depositare il relativo ricorso per la conferma o modifica delle stesse, presso il tribunale competente.

Se, dunque, in sede di nomina dell'esperto, il debitore sotto soglia fallimentare beneficia di questa *facility* rispetto al debitore sopra soglia (non obbligo del deposito del piano finanziario), in sede di conferma o modifica delle misure protettive, sarà parimenti onerato.

Entro 10 giorni dal deposito del ricorso, il tribunale fissa l'udienza con decreto, non prima di aver verificato che il ricorso sia stato depositato nel termine (ovvero lo stesso giorno della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza per l'applicazione delle misure protettive e dell'accettazione dell'esperto): in caso contrario, dichiara l'inefficacia delle misure protettive in corso, senza fissare l'udienza.

Gli effetti protettivi cessano altresì se il giudice non provvede alla fissazione dell'udienza nel termine di legge.

L'udienza si tiene in forma celere, ovvero omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio e con eventuale nomina di ausiliario ai sensi dell'art. 68 c.p.c., alla presenza delle parti e dell'esperto.

Il tribunale provvede con ordinanza (comunicata al registro delle imprese da parte della cancelleria) alla conferma, revoca o modifica delle misure protettive in corso e procede in relazione ai provvedimenti cautelari, qualora richiesti; sentiti anche i terzi sui quali eventualmente incidono le misure.

14. La durata e la cessazione delle misure protettive

La durata complessiva delle misure protettive e cautelari non può superare i 240 giorni, ivi comprese eventuali proroghe per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative, su istanza delle parti ed acquisito il parere dell'esperto. In ogni caso la durata iniziale non può essere inferiore a 30 giorni e non può essere superiore a 120 giorni.

Su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori.

La durata massima dell'ombrello protettivo così limitata a 240 giorni, unitamente alla durata dell'incarico dell'esperto di 180 giorni (ancorché prorogabili) hanno destato non pochi dubbi negli interpreti sulla disponibilità di un tempo sufficiente alle trattative e all'eventuale perfezionamento della soluzione concordata.

In ogni caso, le misure protettive – decorrenti automaticamente dalla data della pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di applicazione, ancorché soggette a successiva conferma o modifica – possono cessare nei seguenti casi:

- (i) dichiarazione di inefficacia da parte del tribunale, in sede di verifica negativa del rispetto del termine stabilito per il deposito del ricorso (art. 7, comma 3, D.L. n. 118 del 2021);
- (ii) naturale decorso del termine di durata della misura stabilita nell'ordinanza, senza che siano state concesse proroghe;
- (iii) decorso del termine di durata massima complessiva della misura di 240 giorni, stabilita dalla legge;
- (iv) per quanto riguarda le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare, dichiarazione di cessazione degli effetti delle misure da parte del tribunale, a seguito di comunicazione, da parte dell'esperto, dell'esito della composizione negoziata della crisi (art. 17, comma 5, D.L. n. 118 del 2021); mentre, per quanto riguarda le imprese sopra soglia, dichiarazione di cessazione degli effetti da parte del tribunale, a seguito di comunicazione, da parte dell'esperto, dell'inserimento nella piattaforma telematica della relazione finale (art. 5, comma 8, D.L. n. 118 del 2021);
- (v) provvedimento di revoca o di abbreviazione della durata delle misure da parte del tribunale, su istanza dell'imprenditore o di un creditore, oppure su segnalazione dell'esperto, quando, sentite le parti interessate, le misure protettive non soddisfano

l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti (art. 7, comma 6, D.L. n. 118 del 2021);

(vi) provvedimento di revoca o di abbreviazione della durata delle misure da parte del tribunale, su segnalazione dell'esperto, il quale abbia iscritto nel registro delle imprese il proprio dissenso rispetto ad un atto di straordinaria amministrazione compiuto dall'imprenditore (art. 9, comma 5, D.L. n. 118 del 2021);

(vii) qualora, entro 10 giorni dal deposito del ricorso per la conferma o modifica delle misure protettive, il giudice non provvede alla fissazione dell'udienza (art. 7, comma 3, D.L. n. 118 del 2021).

15. Conclusione

Con l'avvento della possibilità, per le imprese commerciali e agricole sotto soglia fallimentare che accedono alla composizione negoziata della crisi, di beneficiare delle misure protettive a tutela delle trattative in corso con i creditori ed ai fini della salvaguardia della continuità aziendale (diretta o indiretta), cessa – almeno relativamente all'istituto di nuovo conio – la disparità di trattamento rispetto alle imprese sopra soglia fallimentare, le quali già beneficiano dell'ombrello protettivo in sede di deposito del concordato con riserva (possibilità preclusa nell'ambito della composizione della crisi da sovraindebitamento, dedicata a tutti i soggetti non fallibili).

Note:

[1] Ciò che evidenzia la forte volontà del legislatore di offrire agli imprenditori non fallibili strumenti per agevolare la soluzione della crisi del tutto analoghi a quelli a disposizione degli imprenditori fallibili, in tale senso, De Bernardin, "Le imprese sotto soglia nel D. L. n. 118/2021: nuove opportunità", in dirittodellacrisi.it, 2 novembre 2021.

[2] Jorio, Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma! in dirittodellacrisi.it, 1 ottobre 2021.

- [3] Farolfi, Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse “a prima lettura”, in dirittodellacrisi.it, 6 settembre 2021.
- [4] Lo scenario muta con il CCII, laddove: nel concordato minore, le misure protettive debbono essere disposte dal tribunale in sede di apertura della procedura, allorquando vi sia specifica istanza del debitore (art. 78, comma 2, lett. d); nella ristrutturazione dei debiti del consumatore, il tribunale dispone le misure protettive su specifica istanza del debitore, ma a seguito di valutazione dell’eventuale pregiudizio delle azioni sulla fattibilità del piano e di idoneità delle misure a conservare l’integrità del patrimonio (art. 70, comma 4, CCII); nella liquidazione controllata del sovraindebitato, è la legge stessa a stabilire il blocco automatico delle azioni esecutive e cautelari dalla data di apertura della liquidazione (art. 270, comma 5, e art. 150 CCII).
- [5] Mancini, “Sovraindebitamento nel CCII: una possibile via per l’automatic stay”, in ilcaso.it, 1 ottobre 2020.
- [6] Perrino, *Disciplina italiana dell’allerta e Direttiva Insolvency: un’agenda per il legislatore*, in dirittodellacrisi.it, 31 agosto 2021.
- [7] Leuzzi, *Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal D.L. n. 118 del 2021*, in dirittodellacrisi.it, 28 settembre 2021.
- [8] Ambrosini, *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in dirittofallimentaresocieta.it, Fascicolo 5/2021.
- [9] Mancini, “Le imprese sotto soglia nel D.L. 118/2021: interazioni con il sovraindebitamento”, in ilcaso.it, 1 settembre 2021.
- [10] Baccaglini – De Sanctis, “Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali”, in dirittodellacrisi.it, 12 ottobre 2021.
- [11] Platania, “Composizione negoziata: misure protettive e cautelari e sospensione degli obblighi ex artt. 2446 e 2447 c.c.” in IFallimentarista.it, 7 ottobre 2021.