

FRANCESCO D'ANGELO

I RAPPORTI CON LE BANCHE NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI (FRA DOVERI DELLE PARTI E FINANZIAMENTI PREDEDUCIBILI)

SOMMARIO: 1. Banche e imprese in crisi o in difficoltà: un rapporto sempre problematico. - 2. I rapporti con le banche nel quadro della composizione negoziata. - 3. La necessaria proceduralizzazione delle trattative. - 4. I doveri delle parti nel CCI e nella composizione negoziata della crisi. - 5. Le ripercussioni sui creditori bancari e finanziari. - 6. Gli atti straordinari o non coerenti. - 7. I finanziamenti deducibili nella composizione negoziata. - 7.1. Il procedimento: la verifica dei presupposti - 7.2. Prededuzione e concorso con altri creditori. - 7.3. La conservazione della prededuzione dopo la chiusura della procedura. - 8. L'epilogo della composizione negoziata. - 9. L'esenzione da revocatoria di garanzie, pagamenti e atti a titolo oneroso.

1. *Banche e imprese in crisi o in difficoltà: un rapporto sempre problematico*

Con il d.l. n. 118 del 2021 è stato introdotto nel nostro ordinamento un nuovo strumento volto ad anticipare l'emersione delle situazioni di crisi d'impresa e a consentirne o quanto meno favorirne la soluzione prima che assuma carattere di irreversibilità. Si tratta, è noto, della composizione negoziata della crisi che è poi confluita nel d.lg. 17 giugno 2022, n. 83 recante modifiche al d.lg. 12 gennaio 2019, n. 14, ossia al nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza («CCI»).

In particolare, la composizione negoziata ha preso il posto della diversa procedura di «composizione assistita», originariamente prevista dal CCI e trova oggi la sua disciplina nel Titolo II, Capo I, del medesimo CCI (artt. 12 ss.).

Rinviamo ovviamente agli altri contributi del presente Volume per quanto riguarda le caratteristiche generali di tale procedimento¹, il presente

¹ Secondo le definizioni del CCI non si tratta di uno «strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza», stante la definizione dell'art. 2, lett. m *bis*), secondo la quale detti strumenti possono essere «preceduti dalla composizione negoziata della crisi»; un confronto fra gli strumenti si legge in S. BONFANTI, A. CORBELLI e R. GUIDOTTI, *Il contesto dell'intervento normativo: presupposti, finalità, obiettivi*, in *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, a cura di Bonfanti e Guidotti, Torino, 2022, pp. 26 ss. Sulla natura non concorsuale del procedimento, fra gli altri, I. PAGNI e M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata della crisi*, in *Fallimento*, 2012, pp. 1477 ss. Cfr. altresì i vari contributi in Irrera, Cerrato e F. Pasquariello (a cura di), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Bologna, 2022; S. AMBROSINI, *La nuova Composizione negoziata della crisi: caratteri e*

zione del piano di risanamento attestato e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), fa sì che la soluzione della crisi passi normalmente da complesse e spesso dispendiose trattative fra banche e imprese, in grado di occupare molti mesi e talvolta anni. Ciò anche a causa della numerosità delle banche normalmente presenti al tavolo negoziale, ciascuna di esse portatrice di una propria posizione e di un proprio interesse.

Altrettanto noto è che, proprio e in particolare nel corso delle lunghe trattative che precedono il raggiungimento di un accordo volto a risolvere la crisi, le banche si trovino in una situazione di forte incertezza, essendo consapevoli di avere dinanzi un debitore in difficoltà – se non in crisi conclamata – con le inevitabili conseguenze in ordine alla classificazione dei crediti e agli obblighi di segnalazione, e al tempo stesso essendo però chiamate a continuare a dar fiducia all'impresa (*id est* a consentire l'utilizzo delle linee di credito e a non avviare azioni di recupero)³.

La composizione negoziata della crisi sembra poter dare una risposta alle esigenze di certezza delle banche e dei finanziatori in genere, mediante la previsione di una disciplina innovativa, quanto meno se riferita a contesti di soluzione della crisi diversi dalle procedure concorsuali.

Quanto questa risposta sia adeguata è difficile e prematuro dire, anche tenendo conto del fatto che, a tutt'oggi, lo strumento non ha avuto la diffusione auspicata, e forse prevista⁴.

³ La situazione di incertezza appare oggi tanto più rilevante se si considera il recente corso giurisprudenziale che, modificando il precedente orientamento, ha affermato la legittimità del curatore ad esperire azioni di responsabilità per «cattiva» concessione di credito da parte delle banche, sia pure mediante una ricostruzione teorica parzialmente diversa rispetto a quella che aveva portato nel 2006 ad escludere tale legittimazione, così fortemente depotenziando l'azione per concessione abusiva di credito. Si veda Cass., 30 giugno 2021, n. 18610, in *Contratti*, 2022, pp. 171 ss., con commento di L. CASTELLI e S. INA, *Concessione abusiva del credito e legittimazione attiva del curatore: il punto della Suprema Corte; ai fini del presente lavoro mi pare comunque opportuno segnalare che detto provvedimento ha comunque ritenuto che «non integra un'abusiva concessione di credito la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi di impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi o almeno di proficua permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito a detti scopi».*

⁴ Si veda il report di Unioncamere, *La composizione negoziata per la crisi d'impresa. I dati ad un anno dall'avvio*, in [www.unioncamere.gov.it/sites/default/files/Crisidimpresa/Crisidimpresa-composizionenegoziata2022/Osservatorio%20Composizione%20negoziata%20\(16%20nov.\)pdf](http://www.unioncamere.gov.it/sites/default/files/Crisidimpresa/Crisidimpresa-composizionenegoziata2022/Osservatorio%20Composizione%20negoziata%20(16%20nov.)pdf), dal quale risulta che, al 15 novembre 2022, vi erano 475 istanze presentate in Italia e dunque un numero ancora modesto, anche se confrontato con i numeri delle procedure concorsuali.

lavoro intende affrontare il tema dell'incidenza che il nuovo strumento può avere nei rapporti fra l'impresa e il sistema bancario, sia per quanto riguarda i rapporti in essere che per quanto riguarda i possibili nuovi finanziamenti. È del resto noto che, nella gran parte dei casi, la soluzione della crisi passa attraverso l'intervento delle banche, riguardate nella duplice prospettiva anzidetta e dunque (i) nella loro veste di creditori (normalmente) rilevanti se non dominanti, e (ii) nella veste di nuovi potenziali finanziatori.

La centralità del ruolo delle banche, che possiamo assumere come fatto notorio e pacifico, dipende da varie ragioni, prima fra tutte la tuttora preminente presenza delle banche nel ruolo di finanziatori dell'impresa (si che è invalso nel nostro paese la definizione del sistema di finanziamento delle imprese come «bancocentrico»⁵).

Il che, nella prassi inaugurata in pianta stabile a seguito dell'avvento del nuovo corso del diritto della crisi (individuabile nel 2005, con l'introdu-

⁵ *presupposti, in Ristrutturazioni aziendali*, 23 agosto 2021; A. ROSSI, *I presupposti della composizione negoziata della crisi, fra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 30 novembre 2021; R. GUIDOTTI, *La composizione negoziata e la direttiva dell'insolvency*, prime note, in *www.dirittodellacrisi.it*, 2 febbraio 2022; P. VELLA, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII*, in *Fallimento*, 2021, p. 1489 ss.; L. PANZANI, *Il D.L. «Pagni» ovvero la lezione (positiva) del Covid*, in *www.dirittodellacrisi.it*, 24 agosto 2021; Id., *La composizione negoziata della crisi alla luce della direttiva dell'insolvency*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 31 gennaio 2022; G. D'ATTORRE, *La concorsualità «liquida» nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, p. 301; S. AMBROSINI, *La «mini-riforma» del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, p. 901 ss.; V. MINERVINI, *La nuova «composizione negoziata» alla luce della direttiva «Insolvency». Linee evolutive (extracodistiche) dell'ordinamento concorsuale italiano*, in *Dir. fall.*, 2022, pp. 260 ss. Sulla figura e sulle funzioni dell'esperto cfr. A.A.VV., *Il ruolo dell'esperto nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, a cura di S. Bonfatti e R. Guidotti, Torino, 2022. Si veda poi l'ampia rassegna *Composizione negoziata della crisi: gli orientamenti della giurisprudenza a un anno dall'esordio*, a cura di M. Spadaro, in *Fallimento*, 2023, pp. 109 ss.

⁶ È noto che la struttura dell'indebitamento delle imprese italiane – e in particolare delle PMI – è caratterizzata da un eccessivo peso della componente «bancaria» rispetto ad altre componenti; se è vero che la dipendenza dai prestiti bancari si è andata riducendo dal 2011 al 2019 (cfr. A. DE VINCENZO, *Audizione sulle tematiche relative allo squilibrio della struttura finanziaria delle imprese italiane che rischia di essere determinato dalla pandemia da Covid-19*, testimonianza presso la Commissione Permanente Finanze della Camera dei Deputati del Capo del Servizio Stabilità finanziaria della Banca d'Italia, Roma, 18 marzo 2021, *www.bancaditalia.it/publicazioni/interventi-vari/2021/De-Vincenzo-18.03.2021.pdf*), in favore di un incremento del debito verso altri finanziatori e di un rafforzamento patrimoniale delle imprese, è anche vero che l'indebitamento bancario è ulteriormente aumentato per effetto delle – necessarie – misure di sostegno alla liquidità varate fra il 2020 e il 2021 a seguito dell'insorgere della pandemia.

2. I rapporti con le banche nel quadro della composizione negoziata

In una prima prospettiva, la previsione di un tavolo organizzato e disciplinato, nel cui ambito svolgere le trattative, potrebbe avere importanti spazi applicativi proprio per le soluzioni nelle quali il risanamento passa attraverso la rinegoziazione e la ristrutturazione del debito verso le banche⁵.

Nella prassi, come detto, la definizione del debito bancario rappresenta un elemento imprescindibile per qualunque forma di risanamento «negoziato» (ossia, nell'esperienza della precedente legge fallimentare, mediante ricorso al piano di risanamento attestato ovvero all'accordo di ristrutturazione dei debiti) almeno per due ordini di ragioni:

- (i) in primo luogo, come già accennato, la componente bancaria del debito ha spesso un peso dominante nell'ambito del complessivo indebitamento dell'impresa;
- (ii) in secondo luogo, i creditori professionali e organizzati come le banche sono (o dovrebbero essere) maggiormente in grado di seguire la via della negoziazione, vuoi per la tendenziale sopravvivenza e indipendenza rispetto alla sorte del credito (salvi casi davvero residuali la banca sopravvive all'insolvenza del cliente)⁶, vuoi per il minor grado di asimmetria informativa (i creditori professionali hanno maggiori possibilità di interloquire criticamente con il debitore e con le soluzioni che egli prospetta). Qualunque evidenza empirica mostra infatti che, salvo appunto casi sporadici, è normalmente con le banche che l'impresa negozia gli accordi in esecuzione del piano attestato ovvero gli accordi alla base dell'ADR.

suali, che nel 2021 hanno registrato 9.017 fallimenti e 1.209 procedure non fallimentari, cfr. <https://research.cerved.com/analisi/chiusure-dimpresa-in-crecita-nel-2021-ma-su-livelli-ancora-inferiori-al-2019>, pur in un contesto di tendenziale riduzione, stando almeno agli ulteriori dati disponibili per il primo trimestre 2022. Al di là del numero dei procedimenti, desta stupore il dato che evince dal medesimo report, ossia che solo in tre casi la composizione ha avuto una chiusura positiva senza ricorso a strumenti di regolazione della crisi (e dunque mediante un contratto con i creditori o un accordo ai sensi rispettivamente delle lett. a) e c) dell'art. 23, comma 1, CCF).

⁵ Non a caso, l'argomento è stato da subito al centro di studi e riflessioni; cfr. S. DI NOLA, S. RIZZO E L. SONNATI, *Nozioni sul quadro regolamentare delle esposizioni bancarie*, in *Il ruolo dell'esperto*, cit., pp. 269 ss.; S. BONEATTI, *La nuova finanza bancaria*, in *www.diritto-dellacrisi.it*, 14 dicembre 2021; G. PRESTI, *Le banche e la composizione negoziata della crisi*, in *www.diritto-dellacrisi.it*, 9 febbraio 2023; P. RINALDI, *La composizione negoziata della crisi e i rapporti con gli intermediari creditizi*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 settembre 2021; L. BENEDETTI, *La disciplina della nuova finanza nella composizione negoziata*, in Irrera, Cerrato e Pasquariello (a cura di), cit., pp. 349 ss.

⁶ È di tutta evidenza che la banca è normalmente meno sensibile all'insolvenza del proprio cliente rispetto ad altre categorie di creditori maggiormente deboli e dipendenti dai propri clienti.

La medesima evidenza empirica ci mostra tuttavia l'estrema complessità e farraginosità di tali negoziazioni. Varie sono le ragioni: (i) il normale elevato numero di banche coinvolte, dovuto alla frequente prassi del «multifidamento»; (ii) la crescente complessità organizzativa interna, che porta le banche spesso a procedere a riattribuzioni interne alle diverse funzioni, anche in conseguenza della frequente necessità di dar corso a riclassificazioni in senso negativo; (iii) la (per certi versi) fisiologica tendenza a massimizzare il proprio risultato egoistico che a volte sfocia in comportamenti opportunistici, tali però da produrre, non di rado, un «effetto domino» che si allarga a più creditori finanziari; (iv) la talora scarsa reattività dell'imprenditore nell'elaborazione e messa a disposizione dei dati e delle informazioni necessarie per aprire un serio tavolo di composizione della crisi.

A ciò si aggiunge l'ormai costante fenomeno del coinvolgimento di soggetti non strettamente bancari che, in qualità di cessionari dei crediti problematici ovvero in qualità di mandatarî delle banche, partecipano ai tavoli negoziali assumendo una prospettiva spesso diversa rispetto a quella della banca o rendendo più lungo il processo decisionale⁷.

3. La necessaria proceduralizzazione delle trattative

Nello scenario sopra descritto, per sommi capi e in modo un po' assertivo, né il piano attestato né l'accordo di ristrutturazione, espressamente annoverati, oggi, fra gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, prevedono regole in grado di incidere significativamente sul processo e sulle trattative. La miglior riprova, ancora una volta, la troviamo sul piano empirico, atteso che dopo ormai molti anni di esperienza applicativa, tali strumenti non hanno visto un sostanziale miglioramento della fase istruttoria, tuttora caratterizzata da tempi lunghi e frequenti incertezze.

Del resto, nel piano attestato tali regole mancano quasi del tutto, risolvendosi in uno strumento esclusivamente stragiudiziale, nel quale non vi è alcun intervento, neppure occasionale, del giudice. Il giudice potrà conoscere

⁷ È un fatto che, da alcuni anni, le banche tendono a cedere i propri crediti problematici mediante operazioni di cartolarizzazione o similari. Talora, inoltre, pur senza cedere il credito le banche coinvolgono *servicer* esterni ai quali externalizzare la gestione del rapporto problematico. Nel primo caso la diversità di prospettiva è immanente alla natura stessa del cessionario (che, appunto, è tendenzialmente ispirata al massimo realizzo rispetto al prezzo di acquisto del credito); nel secondo caso la banca permane titolare della posizione, e dunque a lei spetta l'ultima parola, tuttavia, la fase istruttoria è gestita da un soggetto esterno e questo non sempre costituisce una semplificazione dell'iter decisionale.

il piano (e gli accordi in sua esecuzione) solo nell'eventuale momento patologico successivo, quando in seno a una procedura concorsuale (e per lo più nel caso di liquidazione giudiziale) dovesse essere tirata in ballo la revocatoria o la responsabilità risarcitoria (ma è evidente che siffatto contesto è del tutto diverso). Negli accordi di ristrutturazione dei debiti il giudice interviene a cose fatte (omologando un accordo già raggiunto) o quasi fatte (come è nel raro ricorso alla macchinosissima procedura ex art. 54, comma 3, CCI⁸).

In altre parole, la mancanza di regole procedurali e di termini che scandiscano in qualche modo la fase negoziale, conduce a una frequente dilatazione dei tempi oltre ogni ragionevolezza, spesso determinando un deterioramento della situazione finanziaria dell'impresa.

L'introduzione del concordato preventivo con riserva ha però mostrato alcune potenzialità, nel senso, di indurre tutti gli attori al tavolo a portare avanti – ovvero ad abbandonare presto – la via del possibile accordo entro tempi compatibili con i (perentori) termini che caratterizzano questa fase⁹.

In forza infatti dell'art. 161, comma 6, l. fall., entro il termine concesso dal tribunale in sede di istanza presentata ai sensi del primo comma del predetto articolo, il debitore poteva presentare la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti. Il che, in alcuni casi almeno,

⁸ La norma richiamata nel testo, riproducendo nella sostanza l'art. 182 bis, comma 6, l. fall., prevede che le misure protettive previste dall'art. 54, comma 2, CCI, possano essere richieste dall'imprenditore anche prima della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, e dunque durante le trattative a ciò finalizzate, «allegando la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1, e la proposta di accordo corredata da un'attestazione del professionista indipendente che attesta che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti e che la stessa, se accettata, è idonea ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare. La disposizione si applica anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui all'articolo 61». La complessità di tale procedura rende lo strumento di assai difficile utilizzo, come mostra la sua tutt'altro che frequente applicazione concreta.

⁹ In forza del precedente articolo 161, comma 6, il debitore poteva chiedere la concessione di un termine compreso fra 60 e 120 giorni, prorogabile in presenza di giustificati motivi per altri 60 giorni, al termine del quale depositare la proposta e il piano di concordato preventivo oppure una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione nel frattempo raggiunto con i propri creditori. L'art. 44, comma 1, lett. a), CCI, prevede oggi una drastica, e a mio avviso eccessivamente rigida, riduzione dei termini (fra 30 e 60 giorni, prorogabili per altri 60 giorni al ricorrere di talune condizioni). Tanto per il debitore quanto per i creditori detti termini costituiscono una soglia limite, oltre la quale rischia di essere definitivamente preclusa qualunque soluzione negoziale. È da evidenziare che l'*automatic stay* non è più legato alla presentazione – o all'iscrizione nel registro delle imprese – della domanda ma deriva da una richiesta in tal senso formulata dall'imprenditore ai sensi dell'art. 54, comma 2.

ha determinato un'accelerazione dei tempi di conclusione degli accordi di ristrutturazione dei debiti, proprio per la necessità di non travalicare il termine perentorio, concesso dal tribunale.

Questa possibilità è rimasta e, anzi, è stata ampliata dal momento che (i) a norma dell'art. 44, comma 1, lett. (a), CCI, il debitore entro il termine concesso dal tribunale può depositare – in luogo della proposta di concordato corredata dal piano, dall'attestazione e dall'ulteriore documentazione richiesta dall'art. 39, CCI – la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti oppure la domanda di omologazione del (nuovo) piano di ristrutturazione di cui all'art. 64 bis, CCI; (ii) con norma transitoria introdotta a seguito dell'insorgenza della pandemia da Covid-19, è stato altresì consentito di «uscire» dalla fase di concordato con riserva mediante un piano di risanamento attestato (cfr. da ultimo l'art. 21 del d.l. n. 118 del 2021 che ha esteso tale possibilità a tutto il 31 dicembre 2022).

Se questa è una possibilità concreta che consente di accedere con rapidità al beneficio dell'*automatic stay*¹⁰, è altrettanto vero che, da altro punto di vista, la presentazione di una domanda di concordato con riserva porta con sé altri costi, basti pensare proprio alla difficile gestione dei rapporti bancari in essere. È infatti normale – e per certi versi doveroso – che dinanzi a un c.p. con riserva le banche procedano alla sospensione degli affidamenti (così precludendone gli utilizzi), in attesa che l'imprenditore scopra le carte. Non mi soffermo sulle ulteriori criticità che il deposito della domanda di c.p. con riserva porta concretamente con sé (contratti pubblici, pubblicità negativa, difficoltà operative, rapporti con i dipendenti ecc.), esulando ovviamente dai confini del presente lavoro.

La composizione negoziata consente, come è ampiamente noto, di ricorrere alle misure protettive, formulando una richiesta già con l'istanza di nomina dell'esperto (o con successiva istanza, art. 18) e procedendo poi alla richiesta di conferma ad opera del tribunale (il quale può altresì disporre le misure cautelari necessarie per portare a termine le trattative (art. 19, comma 1)¹¹.

¹⁰ Nella legge fallimentare il concordato in bianco costituiva l'unico vero strumento di rapido *automatic stay*, attesa la difficile praticabilità della procedura di cui all'art. 182 bis, comma 6. Con l'intervento della procedura di composizione negoziata della crisi le cose sono cambiate in quanto l'imprenditore può godere di ampie misure protettive e cautelari, medianamente apposta istanza, soggetta a pubblicazione nel registro delle imprese e a successiva conferma a opera del tribunale (cfr. artt. 18 e 19, CCI).

¹¹ Sulle misure protettive vi è già una copiosa produzione scientifica (e giurisprudenziale, atteso che riguarda il principale intervento giudiziale previsto nell'ambito del procedimento); ci limitiamo qui a rinviare alla nota a commento di alcuni provvedimenti di vari Tribunali di L.

Il che, è evidente, consente – a differenza di altri strumenti pur negoziali – di portare avanti le trattative in un contesto protetto, al riparo da possibili iniziative esecutive o cautelari che potrebbero minare il percorso di risanamento fin dal suo sorgere.

È superfluo ricordare quanto il fattore tempo sia determinante. Non solo per le intuibili ragioni connesse alle difficoltà che incontra un'impresa in crisi o anche solo in difficoltà nella gestione del circolante e in definitiva nell'adozione delle quotidiane scelte imprenditoriali, non solo di straordinaria amministrazione (aggravate da un'interpretazione anche penalistica ancora spesso criticabile quanto meno nell'individuazione delle condotte, e dell'elemento soggettivo, alla base di imputazioni di preferenzialità e/o distrazione), ma anche perché il tempo è oggi alla base di una disciplina che viene talora dimenticata ma che influisce in modo determinante sul buon esito del procedimenti di ristrutturazione del debito.

Mi riferisco, ovviamente, alla disciplina della vigilanza sulle banche, sulla quale ovviamente ben poco può incidere il legislatore nazionale, essendo ormai da tempo definita su scala eurounitaria e internazionale, ma che orienta in modo determinante le scelte delle banche e di qui l'esito della ristrutturazione¹². Credo che chiunque si sia trovato professionalmente coinvolto in negoziazioni che a un certo punto hanno visto crescenti difficoltà connesse alla riclassificazione peggiorativa del debito ad opera di una o più banche e dunque alla valutazione del merito creditizio secondo criteri ben più rigidi o addirittura tali da precludere nuove concessioni. Per tacere dei casi, anch'essi tutt'altro che infrequenti, nei quali l'impresa avvia la negoziazione con determinate banche e dopo un po' si trova a dover ne-

BACCAGLINI, *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Fallimento*, 2022, p. 105 ss.; G. RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al d.l. n. 118 del 2021*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 282 ss.; L. BACCAGLINI, F. DE SANTIS, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *www.dirittofallimenti.it*, 12 ottobre 2021; A.M. TEDOLDI, *Le misure protettive (e cautelari) nella composizione negoziata della crisi*, in Irrera, Cerrato, Pasquariello (a cura di), cit., pp. 380 ss.

¹² S. BONFANTI, S. RIZZO, *La vigilanza prudenziale nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *www.dirittofallimenti.it*, 9 dicembre 2022; G. PRESTI, op. cit.; S. RIZZO, *Il quadro regolamentare delle esposizioni bancarie (nei confronti delle imprese «in crisi»)*, in *www.dirittofallimenti.it*, 20 gennaio 2022; E. BISSOCOLI, A. TURCHI, *Il ruolo dei creditori finanziari nella composizione negoziata: opportunità, rischi e proposte di linee guida*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 29 dicembre 2022. Per una ricostruzione della disciplina alla luce del nuovo codice della crisi (nella versione originaria poi non entrata in vigore) v. P. ANGELINI, *La nuova regolamentazione sugli NPLs e il nuovo Codice delle crisi d'impresa*, in *bancaditalia.it/pubblicazioni/interventi-orti/int-uar-2019/Angelini_21112019.pdf*.

goziare con questo o quell'altro cessionario del credito bancario. Il tempo, dunque, è un fattore essenziale.

Ben venga, dunque, la predeterminazione di termini temporali ben scanditi e tali da imporre una fase istruttoria serrata e un termine certo per l'adozione delle decisioni. Che siano favorevoli o meno alle sorti della ristrutturazione intrapresa, ai limitati fini che qui tratto, poco importa¹³.

In ogni caso, è da salutare con favore la presenza di una prospettiva temporale certa e probabilmente idonea a evitare i consueti trascinati «di riunione in riunione», di aggiornamento in aggiornamento, e i conseguenti piani che invecchiano strada facendo, così da richiedere costanti interventi di aggiornamento e di correzione. E sì, perché il tempo di gestazione del piano non è un tempo sospeso ma è un tempo durante il quale l'impresa continua a operare ma in condizioni, di regola, tutt'altro che efficienti.

Queste, e altre ancora, fra le ragioni che a mio avviso rendono condivisibile l'introduzione di un procedimento stragiudiziale e negoziale che corre lungo binari predeterminati. L'impresa sa di aver quel tempo a disposizione – e solo quel tempo – e altrettanto sanno, o devono sapere, banche e creditori, così da orientare i termini della loro istruttoria entro uno spazio temporale adeguato e compatibile. Come dicevo, è un po' quel che accade ora, allorché la presentazione di un concordato con riserva fa partire un timer inderogabile, nel bene o nel male. La previsione di termini inderogabili non dovrebbe lasciare spazio – o dovrebbe quanto meno ridurre lo spazio – per comportamenti dilatori da parte del debitore e da parte dei creditori finanziari.

4. I doveri delle parti nel CCI e nella composizione negoziata della crisi

Proviamo dunque a vedere perché lo strumento di composizione negoziata offre delle opportunità nei rapporti con i creditori e soprattutto con i creditori finanziari.

Occorre muovere da alcuni principi e, in primo luogo, dal generale principio di buona fede che deve ispirare l'azione del debitore e dei creditori ossia di tutte le parti sedute al tavolo delle trattative.

Se infatti, il richiamo al principio di buona fede non costituisce una novità, è però vero che esso è declinato in termini più stringenti sia per

¹³ Come è noto, il decreto dirigenziale adottato il 28 settembre 2021 (previsto dall'art. 3, comma 2, d.l. n. 118 del 2021), ha fra le altre cose previsto un protocollo per la conduzione della composizione negoziata particolarmente dettagliato e nel quale la composizione negoziata è funzionale allo svolgimento di trattative in alternativa a quelle «stragiudiziali che vengono avviate nel momento della emersione di una situazione di difficoltà».

il debitore sia per i creditori in genere e in particolare per i creditori finanziari.

Le norme dalle quali occorre prendere le mosse sono contenute nell'art. 4, il quale trascende i confini della composizione negoziata e fissa i «doveri delle parti», ribadendo l'obbligo di comportarsi secondo buona fede e correttezza (comma 1) e fissando ulteriori obblighi; in particolare:

(a) illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo tutte le informazioni necessarie e appropriate rispetto alle trattative avviate, anche nella composizione negoziata, e allo strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza prescelto;

(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. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 16, comma 4 e 21.

Ai sensi poi del quarto comma del medesimo art. 4, 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 che questi assume e sulle informazioni acquisite. Resta fermo quanto previsto dall'articolo 16, commi 5 e 6»¹⁴.

In modo non del tutto coordinato, le disposizioni generali appena ricordate sono poi ulteriormente declinate, nella composizione negoziata, dall'art. 16, con riferimento tanto al debitore quanto ai creditori e a tutte le parti coinvolte.

Al di là del dovere del debitore oggetto del quarto comma dell'art. 16, che nulla sembra aggiungere rispetto a quanto già fissato dall'art. 4, comma 2, sopra richiamato, la prima norma che viene in risalto è quella dettata dall'art. 16, comma 6: «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».

Sulla base di questa sintetica ricostruzione è così possibile distinguere diversi obblighi a carico delle parti e, in particolare:

- (i) l'obbligo di leale e sollecita collaborazione;
- (ii) l'obbligo di riscontro tempestivo e motivato;
- (iii) l'obbligo di partecipazione informata;
- (iv) l'obbligo di riservatezza;

I primi tre doveri hanno contenuti fra loro strettamente legati (e in concreto neppure facilmente distinguibili); l'obbligo di riservatezza enfatizza invece un comportamento doveroso in modo coerente con la natura del procedimento (che per sua natura fa della riservatezza un punto centrale).

Dalla semplice lettura emerge chiaramente l'accentuazione della componente precettiva: il legislatore configura infatti dei modelli di comportamento che, come già accennato, vanno oltre il generale dovere di buona fede e le sue declinazioni di diritto comune¹⁵.

In primo luogo, infatti, vi è un obbligo di collaborazione leale e sollecita e l'accento, prima ancora che sulla qualificazione, ricade sulla collaborazione in quanto tale e dunque su un atteggiamento che, a prima lettura, non sembra esaurirsi nella ordinaria buona fede nell'adempimento delle obbligazioni (art. 1175 c.c.) né tanto meno precontrattuale (nota su 1175 e 1337).

L'esplicito riferimento alla collaborazione evoca infatti un ruolo attivo del creditore sconosciuto o comunque più intenso rispetto ai normali standard di buona fede contrattuale. Circostanza, questa, tanto più significativa se si considera che nel caso in questione coloro che sono chiamati a collaborare rivestono già un ruolo peculiare in quanto vantano, evidentemente, un diritto a ottenere l'adempimento di pregresse obbligazioni. Val quanto dire che il creditore deve collaborare non già per «facilitare» l'adempimento o per raggiungere un punto di equilibrio in un contratto in corso di negoziazione, bensì per giungere ad un diverso assetto dei diritti che egli già vanta nei confronti del debitore.

Da una parte, dunque, la collaborazione non si esaurisce in un mero comportamento «corretto» e, dall'altra, dovrebbe essere funzionale al raggiungimento di un accordo dai contenuti certamente diversi, e altrettanto certamente peggiorativi per il creditore, rispetto a quelli esistenti che hanno dato origine al sorgere del credito.

¹⁵ Benché la composizione negoziata sia volta all'individuazione di un accordo, così da operare quale sede per lo svolgimento delle trattative e dunque in una prospettiva «precontrattuale», sul piano generale il comportamento dei creditori bancari non può che conformarsi anche al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto.

¹⁴ Per un'ampia ricostruzione sistematica cfr. D. LENZI, *I doveri dei creditori nella crisi d'impresa*, Milano, 2022.

Questa diversa prospettiva è confermata poi dalla qualificazione della collaborazione secondo «lealtà» e «sollecitudine».

La lealtà richiama ovviamente da vicino la tradizionale lettura della correttezza e buona fede, anche se le peculiarità dei processi negoziali di risanamento contribuiscono a dare maggior colore alla disposizione. Così, sol per fare un qualche esempio, la lealtà richiede trasparenza sulla classificazione del credito e sulle variazioni che la banca avesse in programma di fare.

Il richiamo alla sollecitudine porta con sé un dovere di reattività e tempestività che il creditore deve osservare nel corso delle trattative.

La tempestività è, come abbiamo già detto, una prerogativa imprescindibile per il successo dello strumento. Ciò sia al fine di rispettare i termini predeterminati dall'art. 5, comma 7, sia per rispondere alla ovvia esigenza di ridurre al minimo le incertezze comportamentali che caratterizzano la fase delle trattative.

È chiaro che la collaborazione leale e sollecita presuppone un analogo atteggiamento da parte del debitore il quale, per primo, deve rispettare tali dettami nei rapporti con i creditori e con l'esperto. Non solo, infatti, l'imprenditore ha il dovere di dare una completa e trasparente rappresentazione della propria situazione (art. 16, comma 4), ma per pretendere dai creditori un atteggiamento collaborativo e corretto egli deve altresì sollecitarli mediante invio di richieste e di proposte (art. 16, comma 6)¹⁶.

È infatti il debitore a dover innescare il processo in modo serio e trasparente, facendo quanto nelle proprie possibilità per elaborare e proporre soluzioni ragionevoli ed equilibrate. In difetto di un atteggiamento attivo - e collaborativo - del debitore, non si potrà certo pretendere un analogo atteggiamento in capo ai creditori.

Così, in particolare, il debitore è chiamato a osservare i doveri di tempestivo e motivato riscontro e a dare piena *disclosure* in ordine alla situazione all'andamento e alle prospettive di risanamento. Si tratta di obblighi che operano sul piano sostanziale, non essendo sufficiente un riscontro meramente formale o limitato a considerazioni di carattere generale.

In un gioco di cerchi concentrici, il CCI specifica ulteriormente i doveri di comportamento fissando (i) una disposizione comune alle parti, chia-

¹⁶ Questi principi hanno già avuto occasione di essere affermati o comunque evidenziati in alcune pronunce occasionate dalle richieste di autorizzazione ai sensi dell'art. 22, CCI, cfr. Trib. Firenze, 31 agosto 2022, che, nel dichiarare l'inammissibilità della domanda di accesso al concordato semplificato (conseguente all'insuccesso del tentativo di composizione negoziata), fa leva proprio sulla necessità di coinvolgere i creditori (non solo bancari) dando loro piena informazione e formulando proposte generiche.

mate a «dare riscontro alle proposte a alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata» (art. 16, comma 6); (ii) un'ulteriore disposizione dedicata alle banche e ai creditori finanziari in genere, i quali sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato (art. 16, comma 5).

Quanto poi all'obbligo di riscontro tempestivo e motivato, è evidente la scelta del legislatore di responsabilizzare non solo il debitore - chiamato a rendere informazioni ampie e veritiere sulla propria situazione e sulle soluzioni studiate - ma anche i creditori, i quali non solo non potranno limitarsi ad una partecipazione meramente attendista e passiva al tavolo delle trattative ma non potranno neppure limitarsi a riscontri meramente formali o «di stile».

La partecipazione informata presuppone che il debitore abbia osservato le prescrizioni poste a suo carico circa gli obblighi di piena *disclosure* sulla situazione e sulle prospettive e, su questa premessa, fissa un obbligo di vangelo critico in capo al creditore, il quale dovrà avere il tempo necessario per elaborare le informazioni ricevute così da poter rispondere motivatamente.

Quanto, infine, alla disposizione destinata ai soli creditori finanziari, si tratta in parte di una replica di quanto già dispone la disciplina dei doveri dei creditori sopra ricordata. L'obbligo di riscontro tempestivo e motivato infatti sembra presupporre un ruolo attivo e informato.

La sensazione è che il legislatore abbia voluto enfatizzare gli obblighi delle banche e dei creditori finanziari, in quanto creditori maggiormente qualificati e in grado di interloquire con il debitore e con i suoi professionisti, e abbia forse voluto chiamare detti creditori qualificati ad un ruolo ancor più attivo, prendendo spunto proprio dalla prassi ricorrente nei tavoli di negoziazione.

In tale prospettiva, i creditori finanziari non dovrebbero dunque limitarsi ad attendere proposte e richieste ma dovrebbero essi stessi giocare un ruolo di proposizione e di sollecitazione laddove fosse il debitore a rimanere inerte.

L'analisi delle varie disposizioni sembra così mostrare l'intento del legislatore di disciplinare o comunque dare ordine all'andamento dei tavoli di negoziazione, cercando per quanto possibile di limitare comportamenti opportunistici e dilatori, o anche solo semplicemente attendisti e inerti. Comportamenti purtroppo assai frequenti nella prassi dei tavoli di negoziazione e nell'esperienza che ha accompagnato la concreta attuazione degli strumenti negoziali di soluzione della crisi, primi fra tutti il piano di risanamento attestato e l'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Il che vale, in particolare e proprio, per il creditore finanziario, al quale il legislatore riconosce capacità organizzative e cognitive tali da alzare la

soglia della diligenza richiesta. Evidentemente, altro è avere a che fare con una banca - che si presume essere soggetto qualificato e dotato di mezzi tali da avere un atteggiamento realmente attivo e collaborativo - altro è avere a che fare con un piccolo imprenditore o con un creditore persona fisica.

5. Le ripercussioni sui creditori bancari e finanziari

Quanto fin qui ripercorso, sul piano del creditore finanziario (e della banca in particolare), non è senza conseguenze.

Da una parte, infatti, si registrano inevitabili appesantimenti organizzativi (e non è un caso del resto che la gestione del credito pin ristrutturazione sia sovente affidata a *servicer* esterni anche senza che vi sia una cessione della posizione creditoria): la banca è infatti chiamata a darsi un'organizzazione specifica proprio al fine di rispettare i doveri imposti in relazione allo svolgimento delle trattative; dall'altra parte, tuttavia, consente certamente di poter avere un percorso chiaro e delineato entro il quale assumere le decisioni e, soprattutto, le decisioni da assumere proprio nel corso delle trattative.

Il riferimento è chiaramente alla concessione di credito e al mantenimento delle linee di credito in costanza di procedimento, vera spina nel fianco laddove le trattative non conducano a trovare una soluzione e intervenga la liquidazione giudiziale e i conseguenti rischi legati alla possibile revocatoria concorsuale e alle azioni risarcitorie da concessione incauta di credito.

Per mitigare questi rischi, la disciplina della composizione negoziata fissa alcune disposizioni che, lungi dall'essere un salvacondotto generalizzato, consentono tuttavia di aumentare il grado di tutela in presenza di tentativi di risanamento seri e ragionevolmente imbastiti.

Dobbiamo fare un passo indietro e tornare allo spirito e ai fondamenti del procedimento. In particolare, il punto di partenza è dato dal fatto che durante il procedimento l'imprenditore conserva la propria piena sovranità e la capacità di porre in essere validi ed efficaci atti di ordinaria quanto di straordinaria amministrazione.

Ed invero, a differenza di quanto accade nel concordato preventivo, e coerentemente con la diversa natura, l'imprenditore non soffre alcuna limitazione e gli atti posti in essere in violazione delle regole non sono colpiti da inefficacia automatica. Ovviamente, gli atti sono compiuti nella piena responsabilità e dunque potranno subire, successivamente, gli effetti di un'eventuale azione revocatoria o risarcitoria.

Questo assetto non è però assoluto e le parti coinvolte hanno la possibilità di mitigare o di annullare la rischiosità di determinati atti mediante accesso a due distinti *sub* procedimenti:

(a) il primo, relativo indistintamente a ogni atto, che non vede l'intervento del tribunale e che dunque non è in grado di assicurare un vaglio tale da eliminare ogni possibile rischio (pur certamente attenuandone la portata);

(b) il secondo, avente a oggetto solo due ipotesi tipiche, che vede l'intervento di un vero e proprio procedimento dinanzi al tribunale.

6. Gli atti straordinari o non coerenti

Quanto alla prima fattispecie, l'art. 21, dopo avere ricordato il dovere dell'imprenditore di gestire in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economica e finanziaria dell'impresa e - laddove vi sia insolvenza - nel prevalente interesse dei creditori, prevede che l'imprenditore debba (o quanto meno abbia l'onere di) informare preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione o dell'esecuzione di pagamenti non coerenti rispetto alle trattative in corso o alle prospettive di risanamento.

Questa informativa di carattere preventivo dovrebbe mettere in condizione l'esperto di esprimere la propria valutazione circa la convenienza dell'atto proposto o quanto meno circa il carattere non pregiudizievole per i creditori.

Ed infatti, l'esperto è chiamato ad esprimere se non un parere certamente un giudizio; ove, infatti, egli ritenga l'atto pregiudizievole per i creditori o per le trattative in corso o più generalmente per le prospettive di risanamento, lo deve segnalare per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.

Dinanzi a tale segnalazione, l'imprenditore (il quale ovviamente potrà dare ulteriori chiarimenti e approfondimenti all'esperto), può scegliere se astenersi dal compimento dell'atto ovvero se darvi corso nonostante la segnalazione negativa. In tale ultimo caso, l'imprenditore deve informare immediatamente l'esperto il quale (ove non si sia nel frattempo altrimenti convinto) può - e deve, nel caso di atto pregiudizievole per i creditori - iscriverne il proprio dissenso nel registro delle imprese, così da informare tutti gli interessati e, in particolare, i creditori. Ove siano in corso misure protettive, l'esperto deve altresì procedere alla segnalazione volte a provocare l'eventuale revoca di tali misure, secondo le previsioni di cui all'art. 19, comma 6.

È bene notare che il procedimento non è tale da incidere di per sé sull'efficacia dell'atto (che a dispetto del dissenso permane valido ed efficace), tuttavia è evidente che il mancato dissenso può avere conseguenze

nella possibile successiva valutazione del comportamento delle parti coinvolte.

Il che è fatto chiaro dall'art. 24, che tratta proprio degli effetti dei vari atti. Ferma infatti la responsabilità dell'imprenditore per gli atti comunque compiuti, gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti compiuti dopo l'accettazione da parte dell'esperto sono in ogni caso soggetti alle azioni revocatorie ex artt. 165 e 166, CCI laddove siano stati compiuti nonostante l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese. La disposizione si può ben comprendere dal momento che il dissenso avrebbe dovuto mettere in guardia l'imprenditore – nonché le controparti dell'atto o i percettori del pagamento – in ordine al carattere pregiudizievole o non coerente di tale atto o pagamento.

Né l'art. 24 né altre disposizioni menzionano invece espresse esenzioni da revocatoria per gli atti implicitamente assentiti dall'esperto. Pare però chiaro che, pur in difetto di un esplicito effetto protettivo, il fatto di avere preventivamente informato l'esperto e di non avere avuto segnalazioni né tanto meno dissensi espressi, può a contrario costituire un argomento molto forte in un'azione revocatoria, soprattutto in ordine all'elemento soggettivo in capo al terzo.

Sullo stesso piano si colloca poi l'esenzione «penale» prevista dall'art. 24, comma 5, il quale dispone l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e bancarotta preferenziale per gli atti e i pagamenti che siano coerenti con l'andamento delle trattative e con le prospettive del risanamento valutate dall'esperto ai sensi dell'art. 17, comma 5.

Così, guardando alla posizione delle banche, il mantenimento di una linea di credito funzionale alle esigenze del circolante non dovrebbe avere alcun particolare impatto, non trattandosi, a mio avviso, di atto di straordinaria amministrazione in relazione al quale si può parlare di una presunzione di coerenza: senza linee di credito le imprese sono infatti destinate, molto spesso, alla cessazione dell'attività e alla liquidazione ed esposte a subire un aggravamento del passivo conseguente a penali contrattuali e altre sopravvenute passività. Sul punto tornerò tuttavia nel prosieguo.

Il secondo procedimento ha invece natura e conseguenze ben diverse e passa attraverso il coinvolgimento del tribunale. In forza infatti dell'art. 22, il tribunale può autorizzare il compimento di atti ben determinati e limitati ai seguenti:

- (i) assunzione di finanziamenti preveducibili da terzi così come da soci o nell'ambito del gruppo e
- (ii) cessione dell'azienda o di suoi rami, in deroga alla solidarietà ex art. 2560 c.c.

Ai fini del presente lavoro l'attenzione sarà focalizzata unicamente sui finanziamenti preveducibili di terzi – vale a dire delle banche o di altri soggetti finanziari – e dunque al gruppo di atti previsti alla lett. a) dell'art. 22.

7. I finanziamenti preveducibili nella composizione negoziata

Come in precedenza accennato, per poter aumentare la soglia di tutela e di garanzia per colui che sia disponibile a dare finanza all'impresa in crisi, è indispensabile non solo dare piena stabilità ai relativi atti – escludendo o limitando la portata delle azioni volte a far valere, successivamente, la loro inefficacia o il carattere dannoso – ma, prima ancora, è necessario consentire che il finanziatore abbia un titolo di priorità dei propri crediti, nel caso di successive procedure concorsuali o esecutive¹⁷.

Del che è consapevole il legislatore europeo, posto che, a più riprese, evidenzia come la mera esenzione dall'azione revocatoria e dalle azioni risarcitorie costituisce il vantaggio minimo che un ordinamento può riconoscere ai finanziatori di un'impresa da risanare (cfr. ad esempio il considerando n. 68 della direttiva e l'art. 17 della medesima, assai poco recepito, almeno nello spirito, dagli artt. 99 e 101 del CCI e invece più presente al legislatore della composizione negoziata).

Quanto appena detto può rappresentare un'ovvietà di logica e di politica giuridica posto che, come è stato evidenziato da più parti, un sistema che riconosce la stabilità dei pagamenti ma non la prededuzione della nuova finanza rischia di creare un incentivo al rientro e non al sostegno finanziario di un'impresa meritevole; tuttavia, se calata nel nostro contesto economico e giuridico vivente, anche quella che potrebbe costituire un'ovvietà sconta molte resistenze e difficoltà ad affermarsi nell'esperienza.

Non è un caso, del resto, che la nuova finanza preveducibile sia a dir poco difficile da ottenere, anche perché confinata nell'ambito delle sole procedure concorsuali ovvero di uno strumento, l'ADR che, come sappiamo, la giurisprudenza di legittimità ha classificato all'interno delle pro-

¹⁷ A. DENTAMARO, *La nuova finanza nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa ex d.l. 118 del 2021*, in www.dirittodellacrisi.it, 12 ottobre 2021; M. PALMIERI, *La concessione dell'autorizzazione giudiziale a contrarre finanziamenti preveducibili antecedente l'avvio della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, commento a Trib. Treviso, 22 dicembre 2021, in *Società*, 2022, pp. 307 ss.; S. BONFATTI, *La nuova finanza bancaria*, cit.; F. LAMARCA, *Composizione negoziata e finanziamenti preveducibili e postergati*, in *Fallimentarista*, 31 gennaio 2022.

cedure concorsuali (muovendo anche e proprio dalla preveducibilità dei finanziamenti, intesa quale indice di concorsualità).

Vero è che alcuni studi (Banca d'Italia) concludono nel senso di un sensibile incremento nell'erogazione del credito in favore di imprese in crisi proprio da quando sono state introdotte le categorie dei finanziamenti preveducibili, tuttavia è altrettanto vero che il parametro di riferimento di tale incremento è dato da una situazione, quella precedente all'introduzione dei vari scenari di preveducibilità all'interno del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti, nella quale non vi era sostanziale possibilità (se non confinata nell'art. 167 l. fall.) di ottenere finanziamenti nell'ambito o in funzione della soluzione della crisi¹⁸. Il «mercato» della finanza preveducibile era fino a pochi anni fa del tutto sconosciuto.

L'art. 22, comma 1 lett. a), riproducendo l'analoga disposizione contenuta nel d.l. n. 118 del 2021, consente al debitore di chiedere al tribunale di essere autorizzato a contrarre finanziamenti preveducibili ai sensi dell'art. 6, CCI. Il riferimento a quest'ultimo articolo, destinato a disciplinare l'ordine di distribuzione delle somme ricavate, può indurre a ritenere che il legislatore abbia inteso la preveduzione alla stregua di una norma processuale, così prendendo implicitamente posizione in merito alla natura della preveduzione che, come è noto, viene diversamente qualificata da coloro che la intendono in termini per lo più sostanziali (relativi cioè alla natura del credito in sé) e coloro che invece la intendono alla stregua di una norma volta unicamente a operare nell'ambito del concorso, contribuendo a disciplinarlo.

Al di là di questa disputa, mi pare chiaro che la disciplina della composizione negoziata muova da un presupposto (se vogliamo implicito) pienamente condivisibile e conferma il venire meno del necessario collegamento fra preveduzione e procedura concorsuale. In altre parole, l'autorizzazione del tribunale consente l'accesso ad una prerogativa, la preveducibilità, che fino al d.l. n. 118 del 2021 si poteva innestare, come detto, solo su di una procedura concorsuale.

Cade, finalmente, un dogma e viene trovata una soluzione che, lungi dal rimettere la preveduzione all'arbitrio del debitore, la collega a un controllo

¹⁸ Il riferimento è alle disposizioni di cui agli artt. 182 *quater* e 182 *quinqüies*, l. fall., più volte modificati nel corso degli anni proprio per cercare di dare una spinta alla concessione di nuova finanza a sostegno di un piano ragionevole di risanamento. Prima dell'introduzione di tali norme, e soprattutto prima delle modifiche che le rendessero attuabili, la possibilità di godere della preveduzione era confinata nella sola norma dell'art. 167, l. fall. (o dei finanziamenti dati per finalità del tutto particolari nell'ambito della procedura di fallimento, soprattutto a sostegno dell'esercizio provvisorio, ove autorizzato).

giudiziale occasionale svolto dal tribunale sulla scorta delle informazioni acquisite in primo luogo dall'esperto (ma non solo, cfr. art. 22, comma 3).

Questo è quel che conta, e questo è richiesto dalla direttiva *insolvency*, tanto che aveva sorpreso negativamente la scelta originaria del legislatore del CCI di non consentire la possibilità di concedere la preveduzione dei finanziamenti durante la procedura di allerta o composizione assistita e, più in generale, la scelta di attuare la delega con un'ottica estremamente rigida e persino più disincentivante rispetto alle attuali previsioni vigenti.

7.1. Il procedimento: la verifica dei presupposti

Il procedimento si svolge dinanzi al tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese, individuato a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali¹⁹ e il procedimento si svolge nelle forme del rito camerale ex art. 737 ss. c.p.c.

Il tribunale sente le parti interessate (*id est* debitore e potenziali finanziatori), assume ogni informazione utile (acquisendo evidentemente il parere dell'esperto, anche se non esplicitamente previsto) potendo anche nominare un ausiliario ai sensi dell'art. 68 cpc e decide, potendo autorizzare a contrarre il finanziamento laddove questo sia funzionale rispetto alla continuità aziendale e al migliore soddisfacimento dei creditori. Pur senza enfatizzare la distinzione fra i due aspetti (giacché la continuità aziendale reca in sé il giudizio di convenienza rispetto alle alternative liquidatorie), è comunque possibile tenerli separati, almeno concettualmente.

Quanto al primo giudizio, il legislatore fa un generico riferimento alla continuità e dunque non vi è dubbio che sia inclusa ogni forma di continuità e dunque anche quella indiretta, ormai pacificamente assorbita dal diritto vigente e vivente²⁰. Del resto, è espressamente previsto che l'azienda

¹⁹ Il CCI ha modificato l'originaria previsione contenuta nell'art. 10 del d.l. n. 118 del 2021 che, invece, individuava il tribunale competente in quello del luogo nel quale l'imprenditore ha la sede principale, ai sensi dell'art. 89, l. fall.

²⁰ Già la Suprema Corte aveva fatto giustizia di letture interpretative volte a creare distinzioni e specificazioni per lo più artificiose o comunque tali da entrare in aperta rotta di collisione con i principi del diritto della crisi contemporanea (interno ed europeo); cfr. Cass., 19 novembre 2018, n. 29742, in *Foro it.*, 2019, 1, c. 145, con nota di FABIANI, *Il codice della crisi di imprese e dell'insolvenza tra definizioni, principi generali e qualche omissione*, ivi, c. 162, secondo la quale «il concordato con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186 bis, l.fall. (r.d. n. 267 del 1942) è configurabile anche quando l'azienda sia già stata affittata o sia destinata ad esserlo, rivelandosi indifferente la circostanza che, al momento dell'ammissione

possa essere ceduta con l'autorizzazione del tribunale e questo prova chiaramente che ben possono darsi finanziamenti prededucibili in un quadro di continuità indiretta.

La continuità deve intendersi nel senso più ampio e dunque anche laddove sia solo funzionale alla valorizzazione dell'attivo oggetto di liquidazione. Il punto non è peregrino. Personalmente ho più volte evidenziato come i vantaggi della continuità (per i creditori) andrebbero sempre legati ad una qualsiasi forma di prosecuzione dell'attività, anche meramente temporanea. Il CCI, con una formula corretta, aveva del resto previsto (anche se inespugnabilmente nel solo art. 99) la possibilità di autorizzare i finanziamenti prededucibili anche laddove la continuità fosse funzionale ad una migliore liquidazione dell'attivo. Soluzione certamente corretta, che consente di valorizzare i casi nei quali occorre trovare un po' di soldi per finire degli appartamenti già compromessi in vendita oppure nei quali occorre acquistare pezzi mancanti di alcuni macchinari già oggetto di ordini ecc. Il decreto «correttivo» dell'ottobre 2020 ha poi eliminato questo inciso, con una spiegazione che non convince in alcun modo; dal canto suo, il testo finalmente entrato in vigore nel luglio 2022 mantiene intatta l'ultima formulazione.

Quanto al miglior soddisfacimento dei creditori, si tratta del consueto principio ormai consolidato sia nella legislazione che nell'interpretazione, informando di sé molti istituti del diritto concorsuale. È infatti di ogni evidenza che la prededucibilità deve passare attraverso questo vaglio, onde evitare il rischio che si risolveva in un pregiudizio per i creditori concorrenti, nel caso di successiva procedura.

Come detto, la legge non richiede la necessaria acquisizione del parere dell'esperto. Anzi, da un certo punto di vista potrebbero sorgere discrasie fra il procedimento di informativa all'esperto e la richiesta di autorizzazione al tribunale. Anticipando la conclusione ritengo che le discrasie saranno oggetto di correttivi nella prassi applicativa (essendo difficile configurare

alla suddetta procedura concorsuale o del deposito della relativa domanda, l'azienda sia esercitata dal debitore o, come nell'ipotesi dell'affitto della stessa, da un terzo». Oggi, poi, il CCI rovescia l'impostazione caratterizzata la nozione di continuità nella versione originaria; basti confrontare a tale proposito le versioni dell'art. 84 che definisce la nozione di continuità senza più riferimenti a complessi (e artificiosi) calcoli di prevalenza della componente liquidatoria (al riguardo mi permetto di rinviare a F. D'ANGELO, *Il concordato preventivo con continuità nel nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, pp. 27 ss.; oggi, in estrema sintesi, la continuità sussiste anche nel caso dell'affitto precedente e non richiede alcun confronto fra le masse dell'attivo (art. 84, comma 3, CCI).

un doppio binario parallelo), tuttavia la questione può in astratto porsi²¹. Del resto, ciò è ampiamente mostrato dalla prassi applicativa di questi primi mesi, la quale evidenzia altresì il frequente ricorso alla nomina di un ausiliario ai sensi dell'art. 68 del c.p.c., come del resto testimonia l'esperienza applicativa di questi primi mesi.

7.2. Prededuazione e concorso con altri creditori

In ordine poi alla concreta portata della prededuazione, è stato da più parti osservato come, all'atto pratico, i creditori prededucibili scontano comunque il concorso con gli altri prededucibili e devono comunque cedere il passo rispetto ai creditori ipotecari e pignoratizi (art. 111 *bis*, l. fall, art. 222 CCI). Vale a dire che per essi rimane a disposizione il residuo della vendita di beni gravati da siffatte garanzie reali. A me pare che non si possa che confermare questa impostazione, anche considerando, sulla scorta di quanto vedremo, che il vero significato della prededuazione si coglie proprio nel suo mantenimento nell'eventuale successiva procedura concorsuale.

Si tratta peraltro di una considerazione che non può mutare la conclusione, dal momento che l'eventuale incapienza del patrimonio (tenuto conto dei gravami) altro non è se non uno dei presupposti per la valutazione del merito creditizio da parte della banca.

In buona sostanza, e guardando anche a quel che si vede succedere nella pratica, allorché l'impresa abbia già i propri beni gravati da garanzie, la banca saprà di non poter contare, se non marginalmente o in via residuale, sul

²¹ Si pensi, ad esempio, al debitore che intenda contrarre un mutuo e dunque intenda dar corso a un atto di straordinaria amministrazione. In tale caso dovrà rivolgersi all'esperto in via preventiva, ai sensi dell'art. 10, comma 2. Sappiamo che, in forza del terzo e del quarto comma del medesimo articolo, l'esperto deve segnalare per iscritto il proprio dissenso all'imprenditore e all'organo di controllo e che, nel caso in cui l'atto venga comunque compiuto, l'esperto (opportunitamente notiziato) ha l'onere di iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Tale fattispecie comporta, fra l'altro, la non stabilità dell'atto in quanto suscettibile di rientrare nel disposto di cui all'art. 24, comma 3 in materia di revocatoria. *Quid est*, però, nel caso in cui il debitore abbia parallelamente richiesto l'autorizzazione al tribunale al fine di far ottenere al finanziatore il beneficio della prededuazione? Si dirà, e l'ho detto poco fa, che ben difficilmente il tribunale autorizzerà un atto in relazione al quale consti il dissenso dell'esperto. Si tratta tuttavia di una fattispecie astrattamente ipotizzabile, posto che il tribunale (magari sulla scorta delle informazioni acquisite per il tramite di un proprio ausiliario) potrebbe decidere diversamente e ritenere che quel finanziamento sia meritevole (addirittura) della prededuazione. Dunque, sulla carta, potremmo trovarci dinanzi a un finanziamento autorizzato (così da godere della prededuazione) e pur tuttavia revocabile perché l'esperto ha iscritto il proprio dissenso!

ricavato della vendita; ove invece vi siano beni liberi, non è da escludere che la banca possa chiedere la concessione di una garanzia ipotecaria o pignoranzia nel quadro dell'assistenza finanziaria di cui è chiesta l'autorizzazione.

7.3. La conservazione della prededuzione dopo la chiusura della procedura

Il vero nodo della prededucibilità è costituito proprio dal suo mantenimento al di fuori e oltre rispetto al contesto nel quale il nuovo credito (pre-deducibile) viene assunto. Così, ben poco conta la prededuzione dei crediti in esecuzione di un ADR se quell'ADR trova la propria corretta esecuzione. Il problema per lo più nasce quando l'epilogo è negativo e quell'ADR sfocia in un CP o in un fallimento o liquidazione giudiziale.

Soprattutto in quest'ultimo caso, infatti, il processo di verifica dei crediti spesso riserva sorprese. Sorprese che si traducono in reiezioni di istanze di ammissione al passivo talora del credito in sé, magari sulla scorta di più o meno fondate responsabilità della banca per concessione abusiva di credito o per concorso nel ricorso abusivo al credito, talora mediante riconoscimento della prededuzione. Si tratta dunque di chiedersi come davvero operi la prededuzione.

A questo proposito si è da subito posto il dubbio se la prededuzione operi solo nelle successive procedure o anche nel procedimento di composizione negoziata. È noto che secondo l'orientamento maggioritario, la prededuzione ha senso nel contesto della concorsualità: finché non opera il concorso fra creditori la prededuzione non ha ragion d'essere in quanto l'ordine dei pagamenti segue la regola della scadenza e non della natura del credito.

Questo orientamento appare tuttavia messo in discussione da coloro che hanno offerto una diversa lettura, rilevando che la situazione di squilibrio o di pre-crisi nella quale si trova l'imprenditore possa influire su tale regola, determinando l'anticipazione extraconcorsuale di regole proprie del concorso. Questa sembrerebbe la posizione che si ricava da una pronuncia della S.C. (15 gennaio 2020, n. 521), che adottando una soluzione già nota alla giurisprudenza di merito (soprattutto trib. Milano), ha affermato la responsabilità del liquidatore che non ha rispettato le regole sul concorso in una situazione di concorsualità «potenziale» ossia non ancora sfociata in una procedura ma fondata sulla ormai conclamata insufficienza del patrimonio a consentire il pagamento di tutti i creditori.

Dunque: (i) nessun problema se il patrimonio è sufficiente; in tale caso non v'è dubbio che il criterio principale sia quello della scadenza (ii) piena operatività delle regole del concorso (e dunque della prededuzione) nell'ambito di una procedura concorsuale (iii) operatività della prededu-

zione all'interno della composizione negoziata nel caso in cui si appalesi l'insolvenza del debitore. Il che apparirebbe confermato anche dal principio secondo il quale ove nel corso delle trattative emerga l'insolvenza del debitore, questi è tenuto a gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori (id est, applicando il principio della par condicio).

Certo è che il legislatore sembra prendere una posizione sufficientemente definita laddove, modificando in parte le originarie previsioni del d.l. n. 118 del 2021²², qualifica tali finanziamenti quali «prededucibili ai sensi dell'articolo 6», e dunque rinviando a tale articolo che, nel secondo comma, dispone che la prededucibilità «permane anche nell'ambito delle successive procedure esecutive o concorsuali».

8. L'epilogo della composizione negoziata

Ciò detto con riferimento alla prededuzione endoprocedimentale, si tratta ora di guardare oltre e di valutare gli scenari che si aprono al momento in cui le trattative possono dirsi concluse²³. Quali, dunque, questi scenari?

In primo luogo, l'esito potrebbe essere «fisilogico»: le trattative conducono alla conclusione di un accordo con i creditori; ove poi tale accordo, secondo il giudizio dell'esperto, sia tale da assicurare la continuità per almeno un biennio, si applicano anche le misure premiali di cui all'art. 25 bis (così l'art. 23, comma 1, lett. a, CCI);

In secondo luogo, le trattative potrebbero condurre alla stipula di una convenzione di moratoria ai sensi dell'art. 62, CCI. Si tratta qui di un'uscita tendenzialmente non definitiva, posto che la convenzione di moratoria è spesso a sua volta strumentale a gestire la definitiva uscita dalla crisi mediante il ricorso a uno strumento definitivo che la moratoria consente di sfruttare. Ciò non toglie peraltro che l'uscita dalla crisi potrebbe non richiedere alcuno ulteriore strumento in quanto l'impresa è venuta a trovarsi in una fase di difficoltà meramente transitoria, risolvibile grazie alla sola moratoria, ossia chiedendo ai creditori una ulteriore dilazione (così è per esempio se il piano dell'impresa consente di fare affidamento su flussi tali da ripristinare un equilibrio economico e finanziario semplicemente chiedendo ai creditori di concedere una moratoria).

²² L'art. 10, d.l. n. 118 del 2021, nel richiamare la prededucibilità ai sensi dell'art. 111, l. fall., pareva escluderne l'applicazione nel caso di procedure esecutive diverse rispetto alle procedure concorsuali.

²³ Sugli esiti della composizione negoziata, L. PANZANI, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Fallimento*, 2021, pp. 1591 ss.; V. ZANICHELLI, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *www.diritto della crisi.it*, 26 ottobre 2021.

In terzo luogo, le parti possono concludere un accordo, che dovrà recare anche la firma dell'esperto, il quale produce gli effetti di cui al piano di risanamento attestato (regolati dagli artt. 166, comma 3, lett. d) e 324, CCI), senza però necessità di attestazione.

Questi sono gli scenari fisiologici di cui al primo comma dell'art. 11. In tali casi ovviamente non si pone alcun problema di come possa o debba operare la prededuzione.

Ove le soluzioni sopra indicate non risultino praticabili, in alternativa, l'imprenditore può però percorrere altre strade e in particolare può:

- a) predisporre un vero e proprio piano di risanamento attestato ai sensi dell'art. 56, CCI (art. 23, comma 2, lett. a);
- b) chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57 ss., CCI (art. 23, comma 2, lett. b);
- c) proporre la domanda di concordato semplificato secondo l'art. 25 *sexies*, CCI (art. 23, comma 2, lett. c);
- d) accedere a uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza ovvero a una procedura speciale (art. 23, comma 2, lett. d).

Non sembrano porsi particolari problemi nel caso in cui l'esito si risolvesse in un piano attestato o in un accordo di ristrutturazione (tanto è vero che non mi sentirei di qualificare queste vie d'uscita alla stregua di esiti negativi): nel primo, infatti, non opera la regola del concorso, muovendosi in un contesto stragiudiziale nel quale l'impresa è da intendersi risanata e in grado di eseguire gli atti (e i pagamenti) del piano; anche nell'accordo di ristrutturazione dei debiti tuttavia non è facile pensare a come davvero dovrebbe operare la prededuzione, poiché anche in tale strumento non può dirsi operare appieno la regola del concorso. Ad ogni buon conto, mi sento di dire che in tali casi i problemi saranno assolutamente marginali e residuali.

Anche nel concordato preventivo non sembrano sorgere particolari problemi, dal momento che ai sensi dell'art. 98, CCI, i crediti prededucibili «sono soddisfatti durante la procedura alla scadenza prevista dalla legge o dal contratto».

Nel caso invece di liquidazione giudiziale, ovviamente, trattandosi di crediti che, ancorché prededucibili, sono sorti fuori e prima di tale procedura, essi non potranno che essere soddisfatti secondo le regole e i tempi del concorso, previo il loro accertamento in base alle usuali norme sull'accertamento del passivo.

Proprio nel caso di liquidazione giudiziale, il legislatore pone un temperamento alla prededucibilità dei finanziamenti concessi prima dell'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione,

nell'articolo, 99, comma 6, secondo il quale i finanziamenti non beneficiario della prededuzione quando risulta congiuntamente che il ricorso o l'attestazione contengono dati falsi ovvero omettono informazioni rilevanti o il debitore ha commesso altri atti in frode ai creditori per ottenere l'autorizzazione e il curatore dimostra che tali circostanze erano note al finanziatore al momento dell'erogazione. Una norma sostanzialmente analoga è poi quella dell'art. 101, comma 2, con riguardo ai finanziamenti concessi in esecuzione di tali strumenti di regolazione della crisi.

Ciò detto, a me pare che al ricorrere di tali fattispecie venga meno la prededucibilità anche per i finanziamenti autorizzati nella composizione negoziata, non potendosi dare tutela al finanziatore che abbia consapevolezza della falsità o incompletezza dei dati o di altri atti in frode che siano stati commessi.

Questi però dovrebbero essere i soli limiti alla stabilità della prededuzione, e l'onere della prova dovrebbe ovviamente incombere su colui il quale intenda far venire meno la prededuzione (tipicamente il curatore nel caso di liquidazione giudiziale).

Infine, viene da chiedersi se la prededuzione permanga anche se la procedura intervenga dopo molto tempo e magari in forza di una crisi che abbia una origine diversa rispetto alla precedente. Siamo nel caso limite, in cui l'impresa esce risanata grazie alla composizione negoziata, ma in un momento successivo diventa insolvente, magari per cause sopravvenute rispetto a quelle su cui si fondava la precedente crisi. Se il finanziamento fosse ancora pendente (facciamo il caso di un mutuo a medio lungo termine) e in ammortamento (magari con *balloon* finale o con pagamento «bullet»), cosa accade? Quel credito residuo potrà giovare alla prededuzione? A me pare di sì.

Ora, se la procedura segue immediatamente all'esito negativo delle trattative, *nulla quaestio*. Altrettanto dovrebbe dirsi nel caso in cui la procedura segua ad un accordo che poi trova però successo e compiuta esecuzione. Il problema si pone nel caso in cui la procedura intervenga a distanza di tempo, magari anche per effetto di una crisi sopravvenuta (e basti pensare alle imprese che pure avevano concluso con successo il proprio risanamento ma che a seguito del Covid si sono trovate nuovamente in crisi). In questi casi, infatti, viene meno quel principio di consecuzione o «continuità» temporale o causale che la giurisprudenza aveva individuato quale presupposto della prededuzione con riferimento all'art. 111, l. fall.²⁴

²⁴ Cfr. Cass., 11 giugno 2019, n. 15724, in *Fallimento*, 2019, pp. 1011, ss., con nota di G.B. NARDECCHIA, *Atti di ordinaria amministrazione, atti legalmente compiuti e consecuzione di procedure: la prededuzione ieri, oggi e domani*.

9. L'esenzione da revocatoria di garanzie, pagamenti e atti a titolo oneroso

Infine, un cenno ad un ultimo aspetto, che pure interessa in modo significativo rapporti fra banche e imprese in crisi.

L'art. 24, comma 2, dispone l'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere dall'imprenditore nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto purché si tratti di atti coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento i cui sono stati compiuti.

Per contro, il terzo comma del medesimo articolo conferma l'assoggettabilità all'azione revocatoria (anche ordinaria) se, in relazione agli atti di cui si tratta, l'esperto ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese o nel caso in cui il tribunale ne abbia precedentemente rigettato l'autorizzazione ai sensi dell'art. 2.

La disposizione sembra richiedere alcune osservazioni in quanto non esaurisce il novero delle eventualità che possono verificarsi e, per altro verso, introduce un principio di «coerenza» che forse occorre mettere a fuoco.

Muoviamo proprio dagli atti suscettibili di autorizzazione ai sensi dell'art. 22 e, per quanto qui ci riguarda, dai finanziamenti per i quali è stata richiesta l'autorizzazione in funzione della prededuzione. Si tratta della fattispecie più semplice e risolta espressamente dal legislatore dal momento che:

(i) se il nuovo finanziamento viene autorizzato, esso godrà della prededuzione ai sensi dell'art. 22, comma 1, lett. a), e, va da sé, della esenzione da revocatoria, essendovi un'evidente incompatibilità fra la prededucibilità riconosciuta e l'astratta revocabilità dell'atto;

(ii) al contrario, se il nuovo finanziamento non è autorizzato, ma nonostante il diniego è comunque effettuato (caso improbabile perché difficilmente una banca erogherà un finanziamento nuovo non autorizzato dal tribunale), allora la revocatoria opererà in pieno e, anzi, il giudizio sarà tendenzialmente reso più semplice sotto il profilo dell'accertamento dell'elemento soggettivo, posto che proprio il diniego del tribunale avrebbe dovuto indurre il finanziatore ad astenersi dall'erogare il finanziamento.

La disciplina potrebbe dirsi tendenzialmente completa se l'autorizzazione avesse quale oggetto il finanziamento in quanto tale (ossia se fosse prevista quale condizione di efficacia dell'atto). Cosa che tuttavia non è, dal momento che l'intervento del tribunale non riguarda l'atto in sé bensì la sua eventuale successiva prededucibilità. Possiamo così ipotizzare il caso in cui il finanziamento non sia sottoposto al rilascio dell'autorizzazione in quanto il finanziatore non ha interesse alla successiva prededucibilità.

Quid est in simili situazioni? La risposta richiede di fare un passo indietro e di tenere fermi i seguenti assunti.

Durante le trattative l'imprenditore non subisce alcuno «spossamento» né trova limitazioni al potere gestorio: a norma dell'art. 21, comma 1, nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (e infatti, come detto, non deve chiedere l'autorizzazione al compimento dell'atto salvo che non voglia assicurare il rafforzamento dei suoi effetti mediante riconoscimento della prededuzione).

L'imprenditore ha tuttavia l'onere di informare preventivamente l'esperto quanto intenda compiere un atto di straordinaria amministrazione ovvero laddove intenda effettuare pagamenti «non coerenti» con l'andamento delle trattative o con le prospettive di risanamento.

Non solo, ma i contratti pendenti che non creino problemi di rinegoziazione proseguono pacificamente e normalmente.

Già questo induce a tornare sulla *summa divisio* fra atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, al fine di collocare, nell'una o nell'altra categoria, i contratti bancari che dovessero venire in considerazione perché diverso può essere il regime.

A me pare che siano suscettibili di rientrare nella categoria dell'ordinaria amministrazione tutti i contratti di finanziamento preesistenti (posto che l'adempimento di un contratto di per sé non può dirsi atto di straordinaria amministrazione) per i quali vi sia normale prosecuzione. Con riguardo a tali contratti, dunque, l'attenzione dovrà porsi sui pagamenti che dovessero intervenire dopo l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto i quali potranno, se del caso, rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 24, comma 3: ove l'esperto, informato di tali pagamenti, non ritenga di iscrivere il proprio dissenso, essi manterranno piena stabilità se coerenti con le trattative in corso e con le prospettive di risanamento, anche se la mancata iscrizione del dissenso non rappresenta *ex se* una ragione di esenzione dalle azioni revocatorie.

E ciò prima di tutto perché l'attenzione deve centrarsi sul passaggio anteriore e su quando possa dirsi integrato il requisito dell'informazione resa all'esperto, dal momento che l'imprenditore deve rendere un'informazione preventiva in merito ai pagamenti non coerenti con le trattative o con le prospettive di risanamento.

Rileva, dunque, la qualità e completezza dell'informazione che il debitore e i suoi consulenti devono produrre, prospettando con chiarezza il quadro dei pagamenti previsti in favore delle banche (rate di mutuo, aperture di credito a scadenza e non a revoca ecc.).

In tali casi, se l'esperto - debitamente informato - non abbia iscritto il proprio dissenso, non vedo perché i rapporti con le banche debbano riceve-

re un trattamento deteriore rispetto ai rapporti con altri creditori (si pensi ai fornitori strategici che vedono pagare i propri crediti minacciando l'interruzione delle forniture), stante anche l'importanza del credito bancario e del suo mantenimento, fin quanto possibile, *in bonis*.

Questo sarà un importante banco di prova a dimostrazione della maturità del sistema concorsuale italiano, non potendosi concepire un sistema che, da una parte fa dichiarata leva sulla necessità di sostegno finanziario da parte delle banche e, dall'altra, riproduce categorie e presunzioni in loro danno.

Fattispecie diversa è invece quella della nuova finanza. *Quid est* dei finanziamenti concessi ed erogati senza ricorrere all'autorizzazione del tribunale? In primo luogo, viene da chiedersi se tutti i finanziamenti bancari siano atti di straordinaria amministrazione. Lo sono certamente i mutui e i contratti assimilabili quanto meno sotto il profilo economico (si pensi alla concessione di uno scoperto di conto il cui rimborso non sia assistito da fonti autoliquidanti); ciò si ricava dall'art. 94, comma 2, CCI (e prima dall'art. 167, I. fall.).

Ma le linee di sostegno all'operatività, quelle c.d. autoliquidanti, che scambiano «moneta attuale» con «moneta futura», sono atti di straordinaria amministrazione?

Se si opta per la soluzione affermativa, muovendo dal fatto che ogni assunzione di debito bancario costituisce atto di straordinaria amministrazione, allora la soluzione non potrà che seguire quanto previsto per gli atti di straordinaria amministrazione (ossia quanto previsto dall'art. 24, comma 3) per i quali non vi sia stato il dissenso dell'esperto ovvero il diniego di autorizzazione del tribunale.

Se invece si ritenga che detti contratti altro non siano se non il necessario sostegno corrente all'operatività, così da escluderli dal novero degli atti di straordinaria amministrazione, allora non vedo come possa affermarsi la revocabilità.

Anche a questo riguardo, tuttavia, è a mio avviso più probabile che queste considerazioni possano avere valore nell'ambito del singolo giudizio — al fine di escludere la revocabilità dell'atto o del pagamento — piuttosto che operare di per sé quale causa di esenzione dall'azione revocatoria.

Rimane, infine, la valutazione della «coerenza». Si tratta di un giudizio di congruità dell'atto e del pagamento rispetto a due parametri di valutazione: (i) l'andamento delle trattative e (ii) le prospettive di risanamento.

Benché il giudizio possa avere certamente tratti comuni (appare inverosimile pensare ad una valutazione di coerenza con le prospettive di risanamento se le trattative volgono in senso negativo), i fronti sono diversi.

dal momento che richiedono non solo la verifica circa lo stato di avanzamento del tavolo negoziale ma, su un piano forse più oggettivo, anche l'effettiva idoneità delle trattative — se positivamente concluse — a consentire il risanamento. Si tratta di una valutazione, sia pure depotenziata e meno approfondita, che evoca, almeno sul piano concettuale, la valutazione richiesta ai sensi dell'art. 54, comma 3, CCI (e prima art. 182 *bis*, comma 6, I. fall.), laddove, nell'ambito della concessione delle misure protettive durante le trattative degli accordi di ristrutturazione, occorre dimostrare la (utile) pendenza di tali trattative e l'idoneità, nel caso di conclusione, a consentire la fattibilità degli accordi e il pagamento dei creditori estranei.

Sul fronte soggettivo, la valutazione è di pertinenza (i) in primo luogo dell'imprenditore, chiamato al giudizio di coerenza sempre e comunque, in forza del dovere generale di gestire evitando di arrecare pregiudizio alla sostenibilità economica e finanziaria dell'impresa e ai creditori, nonché in funzione dello specifico giudizio da rendere all'esperto ogni qualvolta vi possano essere indici di non congruità (art. 21), (ii) in secondo luogo dell'esperto, nell'ambito delle valutazioni da compiere al fine di rendere i propri pareri e di presentare il proprio eventuale dissenso; (iii) infine, del tribunale chiamato all'eventuale autorizzazione degli atti di cui all'art. 22 (posto che nella valutazione da rendere ai sensi dell'art. 22, comma 1, può trovare posto la valutazione non solo dello stato delle trattative ma certamente delle prospettive di risanamento). In altre parole, se il tribunale può autorizzare gli atti di cui all'art. 22, così come può confermare le misure protettive, anche senza compiere una valutazione circa la coerenza con lo stato delle trattative, le quali magari non sono ancora partite al momento delle richieste, difficilmente non si soffermerà sulle prospettive di risanamento, facendole leva sul test pratico effettuato dall'impresa nonché sulle informazioni acquisite dall'esperto e non solo da lui. Peraltro, l'incoerenza potrebbe essere sollevata anche da un creditore in seno al giudizio dinanzi al tribunale (magari per chiedere la revoca della misura protettiva che lo abbia colpito).

Nel caso di successivo fallimento è tuttavia evidente che il giudizio di coerenza non potrà non passare al vaglio del tribunale il quale, in sede di azione revocatoria, sarà chiamato a valutare detta coerenza ponendosi nella posizione del terzo e nelle informazioni delle quali egli disponeva al momento dell'atto o del pagamento ma rovesciando la prospettiva del giudizio e potendo ritenere incoerenti quegli atti o pagamenti per i quali detta incoerenza risulti in modo evidente e sia facilmente percepibile dal terzo. Diversamente, un giudizio approfondito sarebbe impossibile nella fase di avvio delle trattative, durante le quali il debitore elabora il piano e le proposte da offrire ai creditori.

Le inevitabili incertezze - e difformità - interpretative e applicative sembrano per il momento consigliare ai creditori finanziari un atteggiamento prudente, nel quale anche il mantenimento delle linee in essere è considerato alla stregua della nuova finanza, ed è dunque sottoposta all'autorizzazione del tribunale, al fine di conseguire, senza dubbio alcuno, l'estenzione da successive azioni (oltre che la prededucibilità dei crediti che ne scaturiscono).