

TITOLO TAVOLA ROTONDA

Il parametro della Buona Fede nella C.N.C

Giorgio Jachia



27 – 28 NOVEMBRE 2023

Giorgio Jachia

Presidente di Sezione nel Tribunale di Salerno

Giudice Delegato alle Procedure Concorsuali

Della Buona Fede nella C.N.C.

come parametro per le parti, per l'esperto e per il giudice

Un modo nuovo di affrontare la crisi?

Art. 4 Doveri delle parti

Nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, **debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza.**

CNC intersezione

È la palestra nella quale si può osservare il crogiolo di saperi che dovrebbero essere presenti in futuro in tutto il diritto della crisi di impresa e di tutta l'economia della crisi di impresa.

Test con Intelligenza Artificiale per valutare statisticamente, econometricamente e giuridicamente la pre-crisi e invitare a scegliere altri strumenti per gli irreversibilmente insolventi;

CNC impegni per nuove professionalità

Esperti per proporre nuovi scenari per la composizione e non il conflitto degli interessi tra debitore e creditori, per evitare la dispersione dell'azienda che è oggi sempre più una entità immateriale (avendo spesso in affitto non solo gli immobili ma anche ed appunto altrui rami di azienda)

CNC principi

In realtà è però anche il banco di prova della nuova cultura del diritto della crisi di impresa

L'esperto deve concludere attestando che vi sono state trattative effettive, ovvero spiegando perché non vi sono state

Deve dire che non vi sono state per mala fede del debitore o dei creditori

Due attestazioni

2086

FOCUS

Occorre l'esistenza in capo all'impresa debitrice di un assetto amministrativo e contabile adeguato ex art. 2086 c.c. quale presupposto imprescindibile per l'accesso alla composizione negoziata

L'esperto deve attestare che la trattativa non è stata possibile per violazione dell'art.2086c.c.

nodi

- 1) Natura non concorsuale del «percorso»;
- 2) funzione preventiva dell'insolvenza
- 3) funzione risolutiva della crisi reversibile;
- 4) rafforzamento degli obblighi in capo all'imprenditore di valutare ex ante il sistema organizzativo e contabile.
- 5) Assenza di un intervento giurisdizionale di controllo del Tribunale Fallimentare nella CNC
- 6) assenza del controllo anticipato del P.M. in applicazione dell'art. 12
- 7) controlli del Tribunale solo in sede di concessione protezione e di autorizzazione;
- 8) valutazioni del P.M. solo in occasione della richiesta di concessione di protezione e di autorizzazioni;

Decreto inaudita altera parte

Di recente il Tribunale di Salerno con Decreto Inaudita altera parte (V.G. n. 1911/2023 del 10.10.2023) ha disposto la Misura Cautelare del divieto temporaneo di negoziazione assegni postdatati a specifici creditori perché le parti prima dell'entrata del debitore nel percorso della C.N.C. non si erano comportate secondo buona fede rilasciando e ricevendo appunto assegni post-datati ed il G.D. sospendendone la negoziazione ha ri-creato i presupposti per rendere possibili le trattative

Buona fede

artt. 17 Accesso alla composizione negoziata e suo funzionamento Nel corso delle trattative l'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata

Art. 25-sexies Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio Quando l'esperto nella relazione finale dichiara che le trattative si sono svolte secondo correttezza e buona fede, che non hanno avuto esito positivo e che le soluzioni individuate ai sensi dell'articolo 23, commi 1 e 2, lettera b) non sono praticabili, l'imprenditore può presentare, nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 17, comma 8, una proposta di concordato per cessione dei beni unitamente al piano di liquidazione e ai documenti indicati nell'articolo 39. La proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi.

B.F. presupposto del Concordato semplificato

Corte di Appello Salerno

*Del resto, essendo **la partecipazione dei creditori alle trattative condotte secondo correttezza e buona fede sostitutiva del loro diritto di voto** sulla proposta concordataria, è necessario che vi stata una effettiva e completa interlocuzione con i creditori interessati dal piano di risanamento e che al termine delle trattative siano risultate non praticabili le soluzioni individuate ai sensi dell'art. 23 c. 1 e 2, lett. b*

connessioni

- a) iniziativa del P.M. ex art. 38 – 40 nei cfr di impresa in CNC;
- b) iniziativa dei creditori nei confronti dell'impresa in crisi;
- c) esaminabilità del ricorso per L.G. se non è stato aperto l'ombrello protettivo, se non è stata formulata istanza ex art. 18 CCII.

Del P.M. nella C.N.C

12 c. 3 CCII *Alla composizione negoziata non si applica l'articolo 38. Resta ferma l'applicazione dell'articolo 38 nei procedimenti di cui agli articoli 19 e 22*

Tanto significa che il P.M. può intervenire al di fuori del P.U. nei procedimenti ex art. 19, 22 e 25 quinquies

Tripartizione delle imprese in crisi

Il **prisma cognitivo del P.M.**, che si fonda su **specifici e propri flussi informativi** spesso differenti da quelli degli altri soggetti coinvolti nella crisi di impresa, **l'impresa in C.N.C. può essere qualificata come:** a) in crisi od insolvenza **reversibile**; b) in insolvenza irreversibile; c) **illecitamente gestita**.

Art. 38 CCII

38 c 1. CCII *Il pubblico ministero **presenta** il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale **in ogni caso** in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza.*

38 c. 3. CCII *Il pubblico ministero **può intervenire in tutti** i procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza.*

della notizia di insolvenza nella C.N.C.

Quindi il P.M. ha il potere di gestire nel procedimento unitario (**con le cautele di seguito partitamente esaminate**) la notizia di insolvenza rinvenuta nella C.N. e di provocare l'apertura del P.U. con il deposito di un ricorso ex art. 38 CCIII

Ratio dell'art. 38

Le innovazioni insiste nell'art. 38 sono agevolmente riconducibili alla funzione definita in dottrina di «**controllo anticipato**» svolto dal P.M. sulla crisi di impresa.

Al P.M. mediante la trasmissione di alcuni dei ricorsi delle parti e di alcuni dei provvedimenti del Tribunale **deve essere consentito e garantito di attenzionare condotte poste in essere dai soggetti responsabili dell'impresa nel momento in cui pongono in essere condotte dirette al risanamento dell'impresa** anche per evitare che con condotte illecite pregiudichino gli interessi dei creditori

346 c. 2 CCII

La portata precettiva dell'art. 38 CCII è integrata da altre disposizioni tra cui l'art. 346 c. 2 CCII che regola alcuni degli effetti del deposito di un ricorso ex art. 38 c. 1 CCII.

346 c. 2 Il P.M. **può iniziare l'azione penale anche prima della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale a condizione che abbia depositato un ricorso ex art. 38 c.1 e concorrano gravi motivi.**

Gravi motivi

In altre parole, salvo che emergano gravi motivi tali da depositare un ricorso ex art. 38 C.1 nel P.U, il P.M. non interviene nella C.N.C. perché tutte le parti ed il Giudice osservano con rispetto ed attenzione l'azione del debitore in buona fede volta al risanamento dell'impresa.

CNC senza effetto protettivo automatico

App. Firenze, 21 marzo 2023

La mera presentazione della istanza di composizione negoziata non accompagnata dalla contestuale richiesta di misure protettiva oppure dalla richiesta di conferma di quelle eventualmente richieste non è idonea a produrre, ex se, un effetto protettivo nei confronti del debitore con conseguente venir meno del divieto di pronuncia della dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, sancito dall'art. 18 CCII.

CNC e P.U.

Assenza di ricorsi nel P.U del debitore

Il Tribunale di Lagonegro ha precisato che dal tenore letterale dell'art. 25 *quinquies* CCII emerge che non può accedere alla CNC l'imprenditore quando penda un procedimento introdotto ai sensi dell'art. 40 CCII

Possibilità di ricorsi di L.G. del P.M. e dei creditori

tre distinti processi

Pertanto sia il P.M. che il tribunale possono trovarsi a gestire parallelamente tre vicende processuali:

- 1) l'istruttoria pre-liquidazione giudiziale (avanti al collegio);
- 2) le fasi giudiziali di un percorso negoziale proposto dal debitore attraverso la C.N.C (avanti ad un giudice della V.G.);
- 3) la concessione e la revoca delle M.P. nel P.U. avanti al G.D. con poteri monocratici

ISCRIZIONE DEI RICORSI

Plasticamente si osserva una situazione in cui

SIECIC Art. 40 – C.1 **PROCEDIMENTO UNITARIO,**

Sub-procedimenti per ogni differente iniziativa:

Art. 37 – C.1 Iniziativa del debitore

Art. 37 – C.2 Iniziativa del creditore

Art. 38 – C.1 Iniziativa del P.M

Art. 55 – c. 1 M.P.

SICID VG **COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI**

Art. 19 – C.1 Procedimento relativo alle misure protettive e cautelari nella
composizione negoziata della crisi

Art. 22 – C. 1 Autorizzazioni nella C.N.C.

PROCEDIMENTI CONTESTUALI

Due procedimenti davanti a due distinte A.G.

art. 19 – c. 7

Procedimento relativo alle misure protettive della C.N. avanti al tribunale in composizione monocratica

Reclamo ex art. 669-terdecies avanti al tribunale in composizione collegiale
Art. 40 e ss.

Procedimento relativo ai ricorsi per l'apertura della liquidazione giudiziale avanti al tribunale in composizione collegiale

Art. 50 – Reclamo contro il provvedimento di rigetto avanti alla corte di appello

Art. 51 – Impugnazione delle sentenze avanti alla corte di appello

ORDINE DI TRATTAZIONE - DUE NORME

art. 49 – c. 1 e 2

- Non può essere dichiarata la liquidazione giudiziale se non dopo la definizione di eventuali domande di accesso a uno strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza

ORDINE DI TRATTAZIONE - DUE NORME

art.18 co. 4

- Può essere dichiarata la liquidazione giudiziale durante la composizione negoziata della crisi
- Non può essere dichiarata la liquidazione giudiziale dal giorno della pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive del patrimonio fino all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata
- Può essere dichiarata la liquidazione giudiziale dopo la revoca delle misure protettive eventualmente concesse nella composizione negoziata della crisi

Quadro protettivo incompleto

Da alcuni casi giudiziari emerge chiaramente che il procedimento relativo alle misure protettive insite nella composizione negoziata dovrebbe essere con novella legislativa attribuito alla cognizione del tribunale in composizione collegiale e che l'impugnazione avverso il decreto di revoca delle misure protettive dovrebbe essere attribuito alla cognizione della corte di appello.

Non è chi non veda che i creditori da ascoltare avanti al giudice monocratico nel procedimento di conferma della misura di protezione sono gli stessi creditori da ascoltare quali ricorrenti nel procedimento unitario.

Non è chi non veda che oggi il giudice collegiale del reclamo avverso il decreto di revoca delle misure protettive della C.N.C. è lo stesso giudice collegiale che ha emesso la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale.

La scelta ideologica di qualificare il procedimento di conferma della misura di protezione come un fascicolo di V.G. monocratico priva tutte le parti delle necessarie garanzie e rende meno efficace il quadro protettivo.

Minori garanzie rispetto al 44 CCII

Il debitore che chiede le M.P. nella composizione negoziata della crisi ha minori garanzie e maggiori oneri del debitore che deposita l'istanza di accesso a uno strumento di regolazione della crisi con riserva di deposito ex art. 44 CCII della proposta e del piano e chiede le M.P. ex art. 54 e 55 CCII

Da qui il rilevare l'inopportunità del chiedere da parte del debitore M.P. nella C.N.C. qualora penda un ricorso di un creditore per liquidazione giudiziale.

Duplici presupposto da riscontrare

Il tribunale deve riscontrare nei provvedimenti ex artt. 18

In udienza

Sentite le parti

Ascoltato l'esperto

che l'imprenditore provi la sussistenza del duplici presupposto disciplinato dall'art. 12 CCII;

Cioè che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza ;

Cioè Che e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa".

Giudizio di merito

Il Tribunale Collegiale di Salerno nel giudizio di reclamo ha spiegato che non si tratta di un giudizio sommario ma compiuto invece dopo aver esaminato il significativo apparato documentale disciplinato dall'art. 19 al comma 2°

laddove indica la necessaria allegazione dei seguenti documenti: a) i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non è tenuto al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta; b) una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso; c) l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare, con i relativi indirizzi di posta elettronica certificata, se disponibili, oppure gli indirizzi di posta elettronica non certificata per i quali sia verificata o verificabile la titolarità della singola casella; d) un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'art. 13, comma 2, un piano finanziario per i successivi sei mesi e un progetto delle iniziative 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'articolo 13, commi 6, 7 e 8, con il relativo indirizzo di posta elettronica certificata.

Giudizio del Tribunale

Nel procedimento giudiziario per la concessione di misure protettive, il Giudice

Valuta in primo luogo se il parere dell'esperto sia sorretto da congrua motivazione, se entri nel merito di tutti gli aspetti della situazione economica, finanziaria e patrimoniale del debitore e degli altri interessi coinvolti

Valuta il giudizio dell'esperto sulla funzionalità delle M. P. ad assicurare il buon esito delle trattative

Elementi salienti che impediscono M.P.

Ad esempio non è possibile formulare una prognosi positiva se:

- A. non è stato effettuato il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento;
- B. le trattative non hanno coinvolti i titolari dei crediti da ristrutturare;
- C. se i creditori hanno depositato ricorsi di L.G. che depositano e possono essere esaminati;
- D. se i creditori comunicano la propria indisponibilità alla CNC
- E. se non è emersa la disponibilità del socio o di terzi investitori a fornire sostegno finanziario al risanamento.
- F. se non vi è ancora un progetto di piano;*
- G. se il contratto di locazione commerciale degli stabilimenti è stato risolto;*
- H. se l'attività produttiva è interrotta;*
- I. se i dipendenti (ricorrenti in P.U) non sono disponibili ad operare*

Valutazione delle M.P. nella CNC

Ai fini della conferma delle misure protettive ex art. 18 CCII, il giudice deve valutare

- 1) se siano **proporzionate** rispetto al **pregiudizio** arrecato ai creditori;
- 2) se siano strutturalmente **idonee** a salvaguardare **trattative** effettivamente in corso, per il raggiungimento di un **risanamento**;
- 3) che la risoluzione della crisi non risulti manifestatamente implausibile, sulla base di elementi sintomatici estrinseci - tra cui:** 1) la dichiarata indisponibilità alle trattative manifestata da una parte di creditori ampiamente rappresentativa; 2) la presenza di iniziative esecutive; 3) la presenza di ricorsi per L.G. - ed intrinseci - chiarezza, ragionevolezza e solidità della strategia di risanamento e prospettata),
- 4) il parere dell'**esperto nominato**, il quale deve essere sorretto da un'adeguata, completa e logica **motivazione**.

Continuità aziendale

In altre parole siamo di fronte ad **un P.M. che è ben consapevole non solo della fondamentale distinzione tra crisi “reversibile” e perdita “definitiva” della continuità** ma anche (cfr., Cass. n. 8903 del 6 aprile 2017) che non è necessario che la notizia dell’insolvenza sia emersa nella fase avanzata del processo penale, quando è già stata esercitata l’azione penale, ben potendo emergere anche nel corso delle indagini, da informative o altre fonti, la cui fondatezza sarà oggetto di esame da parte del Tribunale

Analisi anticipata

Stanslao De Matteis «il nuovo ruolo del P.M. civile nella crisi di impresa» **analisi anticipata della situazione economica dell'impresa, «l'epicentro dell'analisi investigativa in materia concorsuale ... si è spostato all'indietro Viene oggi ad assumere una nuova veste di controllore ed un rinnovato potere di azione»**

La richiesta di misure protettive e cautelari

La negoziazione assistita, che trova cittadinanza al di fuori del perimetro giudiziale, prevede una **fase eventuale incidentale di verifica demandata al Tribunale** quando l'imprenditore decida di avvalersi delle misure protettive previste espressamente all'**art. 18 CCI**.

Il meccanismo ricalca quello delle misure di protezione adottabili in sede concorsuale disponendo dalla pubblicazione dell'istanza di protezione, ed ora anche dall'accettazione dell'esperto nel Registro delle imprese (che può essere coeva alla richiesta di nomina dell'esperto o successiva e che va inserita in piattaforma dichiarando l'esistenza di misure esecutive o cautelari disposte e un aggiornamento sullo stato dei procedimenti - comma 2), il **divieto per i creditori di acquisire diritti di prelazione** (se non concordati con l'imprenditore) e di **iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari**; prevedendo, però, la possibilità di pagamenti spontanei (con ciò confermando la **natura negoziale dell'istituto**) e stabilendo l'esclusione dalle misure protettive dei diritti di credito dei lavoratori, in ottemperanza piena alla Direttiva UE 2019/1023

Misure protettive - rigetto

in presenza della prova dell'impossibilità di instaurare trattative con i creditori e della prova della sussistenza di uno stato di insolvenza irreversibile non possono essere ex artt. 18 e 19 CCII confermate le misure protettive che sono state conseguentemente revocate.

Art. 17 c. 8

Al termine dell'incarico l'esperto redige una **relazione finale** che inserisce nella piattaforma e **comunica all'imprenditore** e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari di cui agli articoli 18 e 19, al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti.

Trattasi, evidentemente, di una relazione, **positiva o negativa, dunque resa in ogni caso**, da redigersi al «termine dell'incarico» i cui contenuti vengono sommariamente esposti nel protocollo di conduzione del decreto dirigenziale

Lasciando così intendere che solo in caso di apertura della procedura e dopo la conduzione delle trattative sorga in capo al professionista l'obbligo di deposito della relazione finale, che va, tra l'altro, resa sia in caso di **esito negativo** (in ciò richiamando il **co. 7 dell'art 17, il co. 6 dell'art. 25 ter ed il co. 1 dell'art. 25 sexies**), sia in ipotesi di **buon esito** delle trattative (come si rileva dalle soluzioni dettate all'art. 23 co.1 e 2).

Art. 23 Conclusione delle trattative

1. Quando è **individuata una soluzione idonea** al superamento della situazione di cui all'articolo 12, comma 1, **le parti** possono, alternativamente:

a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 25 bis co.1 e, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 17, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;

b) concludere una convenzione di moratoria di cui all'art.62

c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui agli articoli 166 comma 3 lettera d) e 324. Con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza

Esito negativo

Se all'esito delle trattative non è individuata una soluzione tra quelle di cui al comma 1, l'imprenditore può, in alternativa:

- a) predisporre il **piano attestato di risanamento** di cui all'articolo 56;
- b) domandare l'omologazione di un **accordo di ristrutturazione dei debiti** ai sensi degli articoli 57, 60 e 61. La percentuale di cui all'articolo 61, comma 2, lettera c), è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto;
- c) proporre la domanda di **concordato semplificato** per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-sexies;
- d) accedere ad **uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza** # disciplinati dal presente codice, dal decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 o dal decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39. L'imprenditore agricolo può accedere agli strumenti di cui all'articolo 25-quater, comma 4.

GRAZIE

Giorgio Jachia