

COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI E CONCORDATO SEMPLIFICATO: IL D.L. 118/2021 HA DIMENTICATO LE *STAR UP* INNOVATIVE?

MARIA DI SARLI*

SOMMARIO: 1. Premessa. -2. La composizione negoziata della crisi. -
3. Il concordato semplificato.

1. Premessa

Il d.l. 118/2021, oltre ad aver disposto un ulteriore differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi¹, ha anche introdotto due nuovi "strumenti", utili per affrontare una situazione patologica dell'attività d'impresa: la composizione negoziata della crisi (art. 2) e il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (art. 18)², la cui applicabilità da parte delle *start up* innovative, allo stato, pone alcune criticità, che si ritiene meriterebbero di essere affrontate in sede di conversione del decreto.

2. La composizione negoziata della crisi

Per quanto riguarda la composizione negoziata della crisi, si tratta di un "percorso" attivabile volontariamente dagli imprenditori sia commerciali, sia agricoli che si trovino "in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario" e per i quali, da un lato, è probabile lo scivolamento in uno stato di crisi o d'insolvenza, ma, dall'altro, sono concrete le *chance* di risanamento (art. 2, comma 1, d.l. 118/2021). Allorché sussistano queste condizioni, è possibile ricorre ad un

* Ricercatore di Diritto commerciale presso l'Università di Torino.

¹ Sull'argomento, si rinvia, anche per ulteriori riferimenti a PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in questa *Rivista*, 9 agosto 2021.

² Su questi nuovi strumenti, si vedano in particolare: AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in questa *Rivista*, 23 agosto 2021; LAMANNA, *La composizione negoziata della crisi di cui al D.L. 118/2021: un rapido quadro e alcune riflessioni critiche*, in *Il fallimentarista*, 24 agosto 2021; MANCINI, *Le "imprese sotto soglia" nel D.L. 118/2021: interazioni con il sovraindebitamento*, in questa *Rivista*, 1° settembre 2021 e GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in questa *Rivista*, 8 settembre 2021.

professionista specializzato nelle ristrutturazioni aziendali affinché esso agevoli le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento dello stato di difficoltà, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa (art. 2, comma 1, d.l. 118/2021)³. Si tratta dunque di uno strumento di composizione della crisi a cui è possibile accedere prima di avviare ogni altra procedura. Peraltro, secondo i primi commentatori ad esso si può accedere anche quando l'impresa è già in stato di insolvenza⁴.

E' un percorso che viene intrapreso "ad esclusiva iniziativa del debitore, semplificato, riservato e di natura privatistica"⁵ e che, sotto il profilo qualificatorio, non sembra riconducibile ad una procedura concorsuale⁶, pertanto la sua applicazione da parte delle *start up* innovative non dovrebbe trovare un ostacolo nell'art. 31, 1° comma, d.l. 179/2012⁷.

Tuttavia, il d.l. 118/2021 disciplina due forme di tale "percorso": una "ordinaria", applicabile agli imprenditori commerciali e agricoli che superano le soglie di cui all'art. 1, 2° comma, 1. fall. (art. 2) e una "semplificata" prevista invece a favore degli imprenditori commerciali e agricoli che si attestino al di sotto di dette soglie (art. 17).

A quale delle due forme possano fare ricorso le *start up* innovative non è ben chiaro: se solo a quella "semplificata" ex art. 17, in quanto soggetti non fallibili, oppure anche a quella "ordinaria" di cui all'art. 2, laddove esse superino i limiti dimensionali fissati dall'art. 1, 2° comma, 1. fall.

Analizzando il d.l. 118/2021 si nota che le differenze fra le due forme riguardano: *i*) le modalità di presentazione della istanza di accesso; *ii*) i documenti da presentare ai fini dell'accesso; *iii*) il grado di supporto all'imprenditore richiesto all'esperto e, infine, *iv*) il catalogo di soluzioni che è possibile mettere in atto per il risanamento.

Come è agevole riscontrare, i punti *i*)-*iii*) riguardano aspetti procedurali, mentre il punto *iv*) investe invece questioni sostanziali.

Per quanto riguarda i profili procedurali, notiamo che le imprese sopra soglia devono presentare l'istanza di accesso tramite una piattaforma

³ MANCINI, *Le "imprese sottosoglia"*, cit., 2.

⁴ Così in particolare AMBROSINI, *La nuova composizione*, cit., 6 e GUIDOTTI, *La crisi*, cit., 3.

⁵ Così MANCINI, *op. cit.*, 2, il quale osserva con l'intervento del tribunale sia solo eventuale, collegato alla necessità di disporre misure protettive del patrimonio del debitore oppure autorizzare determinate operazioni, anche rilevanti, come contrarre finanziamenti prededucibili e cedere l'azienda o ramo di essa.

⁶ Questa è l'opinione che sembra prevalere nei primi commenti, v. in particolare: AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Il caso.it*, 23 agosto 2021, 11 e MANCINI, *Le "imprese sotto soglia"*, cit. Sul tema si veda anche l'articolata proposta interpretativa di GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi*, cit., 14, che con riferimento alla composizione negoziata ipotizza una "doppia personalità" ossia di un istituto che acquista o meno natura di procedura concorsuale a seconda che, rispettivamente, venga o non venga coinvolta una autorità giudiziaria.

⁷ Nello stesso ordine di idee MANCINI, *Le "imprese sottosoglia"*, cit., 7.

telematica (art. 5), mentre quelle sotto soglia possono rivolgersi alternativamente all'organismo di composizione della crisi oppure al segretario della camera di commercio (art. 17, 2° comma).

A tal fine, entrambe le categorie di società sono tenute a presentare la documentazione di cui all'art. 5, lett. *d)-h)*, solo le prime invece devono predisporre subito, e a propria cura, anche i bilanci degli ultimi tre esercizi, l'elenco dei creditori, nonché una relazione contenente un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che si intendono adottare (art. 5, 3° comma, lett. *a)-c)*). Le seconde invece mettono a disposizione i bilanci, sempre che siano stati redatti, a favore dell'esperto solo dopo che questi abbia accettato l'incarico; mentre per quanto riguarda l'elenco dei creditori è previsto che sia lo stesso esperto a predisporlo, inoltre allo stesso è anche richiesto di redigere una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata, ove essa non sia già disponibile (art. 17, 3° comma).

Queste differenze procedurali possono dirsi coerenti con la diversa dimensione e quindi in ipotesi con il diverso grado di sofisticazione degli assetti delle due categorie di imprese, anche se, potrebbe osservarsi che gli imprenditori agricoli non sono soggetti all'obbligo di tenuta delle scritture contabili a fini civilistici, né, salvo che si tratti di imprese avente forma societaria, a quello di redazione del bilancio, neppure nella forma del rendiconto.

Passando alle questioni sostanziali e precisamente all'esame del diverso catalogo di soluzioni per il superamento della situazione di difficoltà percorribili dall'una e dall'altra categoria di imprese, vengono in evidenza delle criticità: esso infatti non pare correttamente coordinato con il sistema di esoneri dalle procedure concorsuali basato non solo sulle dimensioni, ma anche sulla natura dell'attività esercitata. In particolare, il legislatore pare avere trascurato l'esistenza del regime speciale cui sono soggette le *start up* innovative.

L'art. 11, infatti, fornisce un elenco dei possibili strumenti di cui può giovare l'imprenditore sopra soglia per chiudere le trattative con i creditori, che appare per un verso sovrabbondante e per altro incompleto. Esso infatti non si limita a introdurre tre nuove fattispecie di soluzioni negoziali (art. 11, 1° comma, lett. *a)*, *b)* e *c)*)⁸, di cui tuttavia solo una, la prima, pare compatibile con la disciplina delle *start up* innovative, ma ribadisce puntualmente anche i tradizionali strumenti già previsti dalla

⁸ A norma dell'art. 11, 1° comma le parti possono alternativamente:

a) concludere un contratto, con uno o più creditori, che produce gli effetti di cui all'articolo 14 se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 5, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni;

b) concludere una convenzione di moratoria ai sensi dell'articolo 182-*octies* del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;

c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all' articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto n. 267 del 1942, senza necessità dell'attestazione prevista dal medesimo articolo 67, terzo comma, lettera d).

disciplina concorsuale, tuttavia in quest'opera dimentica di annoverare le procedure da sovraindebitamento⁹ ancorché ad esse siano soggette non solo le *start up* innovative, ma anche le imprese agricole a cui la disciplina è indirizzata espressamente (art. 2). Gli strumenti offerti dalle procedure da sovraindebitamento sono invece contemplati ai fini dell'espletamento della composizione negoziata della crisi semplificata, prevista dall'art. 17 per le imprese sotto soglia, che non solo li indica come possibili soluzioni da adottare per chiudere le trattative con i creditori (art., 17, 4° comma, lett. c) e d)), ma vi fa riferimento anche per l'ipotesi in cui all'esito delle stesse non sia possibile raggiungere un accordo con i medesimi. In questo caso, infatti, è stabilito che l'esperto, su richiesta dell'imprenditore, svolga i compiti di gestore della crisi di cui alla legge 27 gennaio 2012, n. 3 (art. 17, 6° comma). Una simile previsione manca nell'ambito della forma ordinaria, che invece forse sarebbe stato utile prevedere a beneficio, non solo delle *start up* innovative, ma anche degli imprenditori agricoli sopra soglia.

Alla luce di questo quadro brevemente tratteggiato, *prima facie*, allo stato, sembrerebbe che la forma semplificata sia maggiormente compatibile con l'ordinamento delle *start up* innovative (ed invero anche con quello delle imprese agricole), le quali dunque si potrebbe ritenere che siano tutte sottoposte all'art. 17, a prescindere dalle dimensioni. Un'altra soluzione potrebbe essere quella di applicare interamente l'art. 17 solamente alle *start up* innovative sotto soglia, mentre a quelle sopra soglia potrebbe applicarsi una forma mista che combini i profili procedurali della forma ordinaria con le soluzioni per la conclusione delle trattative ovvero per la prosecuzione del percorso in caso di esito negativo delle stesse, stabilite invece, per la forma semplificata¹⁰.

⁹ L'art. 11, 2° comma infatti prevede che: "L'imprenditore può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182-bis, 182-septies e 182-novies del regio decreto n. 267 del 1942. La percentuale di cui all'articolo 182-septies, secondo comma, lettera c), è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto.

L'imprenditore può, in alternativa:

a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto n. 267 del 1942;

b) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto;

c) accedere ad una delle procedure disciplinate dal regio decreto n. 267 del 1942, 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".

¹⁰ Sembra suggerire questa soluzione MANCINI, *op. ult. cit.*, secondo il quale le *start up* innovative "che superano i limiti dovrebbero accedere alla composizione negoziata 'ordinaria' ex art. 2 disciplinata per le imprese fallibili, malgrado per esse siano precluse le procedure concorsuali della legge fallimentare".

3. Il concordato semplificato

Anche l'applicabilità dell'ulteriore istituto introdotto dal d.l. 118/2021 ossia il "concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio" (art. 18) alle *start up* innovative solleva qualche dubbio.

Si tratta di una procedura accessibile ad iniziativa del solo debitore, ma non in via autonoma, nel senso che vi si può ricorrere unicamente in collegamento con la composizione negoziata della crisi. Più precisamente, esso può rappresentare o lo sbocco positivo del tentativo di negoziazione e questo sia per le imprese sopra soglia (art. 11, 3° comma, lett. *b*), sia per quelle sotto soglia (art. 17, 4° comma, lett. *e*) oppure quello negativo (art. 18, 1° comma), ma limitatamente alle imprese sopra soglia.

In ogni caso, si tratta di un istituto che pare difficile non qualificare come una procedura concorsuale, pertanto con riferimento alle *start up* innovative rischia di trovare un ostacolo applicativo nell'art. 31, d.l. 179/2012.

Il concordato semplificato, come si è detto, è ammesso espressamente dall'art. 17 per le imprese commerciali e agricole sotto soglia, ma ci si chiede se, nel silenzio del legislatore, tanto sia sufficiente per ritenere che ad esso possano accedere anche le *start up* innovative oppure se a tal fine non sia necessaria una apposita previsione, da inserire in fase di conversione del decreto. D'altro canto, se le *start up* innovative non potessero accedere al concordato semplificato, al pari degli altri soggetti non fallibili, sarebbero oggetto di una disparità di trattamento non facilmente giustificabile.