

2021



DIRITTO DELLA
CRISI

www.dirittodellacrisi.it



Il D.L. 118/2021. Spunti per la conversione

di Fabio Santangeli, Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Catania

21 Settembre 2021

Un'articolata riflessione sulle implementazioni possibili della riforma in itinere.

Riproduzione riservata

Sommario:

1. Una scommessa ambiziosa che non si deve perdere
2. La composizione negoziata e il cram down
3. Segue. È opportuna la armonizzazione della disciplina delle plusvalenze e delle minusvalenze e del recupero dell'IVA nell'ambito di tutte le procedure concorsuali
4. La composizione negoziata della crisi e gli intermediari del credito

I. Una scommessa ambiziosa che non si deve perdere

Il d.l. 118/2021 [1] propone “ulteriori strumenti, efficaci e meno onerosi” [2] per aiutare le imprese in difficoltà.

È il primo frutto dell'eccellente lavoro svolto dalla Commissione di Riforma [3], pregevole per ispirazione e anche per fattura [4].

Il decreto legge si sviluppa su due direttrici. Introduce un istituto di nuovo conio, con tratti davvero originali; anticipa l'entrata in vigore di alcuni articoli del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza utili già nell'immediato per favorire ipotesi di salvezza.

Ora, è certamente possibile per l'interprete che analizza oggi il decreto sollecitare ancora ulteriori nuove soluzioni utili nella particolare fase storica, e più in generale,



per facilitare commendevoli percorsi di risanamento; certamente, molti hanno altre idee che potrebbero essere utilissime.

Ma siamo in un momento delicato, alla vigilia della trattazione del decreto legge nelle commissioni parlamentari. Ed è un esercizio più opportuno riflettere sulla più circoscritta possibilità di suggerire minimi aggiustamenti dell'articolato (senza toccare la evidente simmetria che lo caratterizza), anche per favorirne una immediata e proficua applicazione pratica una volta approvato.

Questo è l'obiettivo di questo breve scritto, che si rivolge alla nuova misura della "composizione negoziata per la soluzione delle crisi di impresa", proponendone un deciso rafforzamento, a mio avviso, indispensabile per sperare nel successo del nuovo istituto.

Mi spiego. Lo strumento della composizione negoziata si propone, tra gli altri, un obiettivo davvero importante, su cui tutti concordano; l'opportunità di prendere consapevolezza e provare ad aggredire tempestivamente le crisi aziendali. Lodevolmente, si lascia la decisione all'imprenditore, la si induce adottando intelligenti misure premiali, si tranquillizza il debitore garantendo che eventuali risultati non positivi non condurranno all'attivazione di un procedimento concorsuale davanti al tribunale fallimentare. Ed anzi il tribunale, attraverso l'uso della concessione di misure cautelari, di autorizzazioni etc., diviene uno *strumento di ulteriore ausilio per la soluzione concordata delle crisi, e non più una istituzione da temere*.

Ci sarebbero davvero le condizioni per un cambio "epocale" di atteggiamento del debitore in difficoltà. sarebbe un risultato straordinario, con ricadute sociali ed economiche importantissime.

Specialmente proprio per le piccole e medie imprese, che sono ancora il motore portante dell'economia italiana, cui si consegna uno strumento ad hoc.

Ma le abitudini sono dure a morire; un ceto, quello imprenditoriale, abituato a temere iniziative giudiziarie, e qualunque ingresso di terzi in situazione di crisi, non sarà francamente ancora sufficientemente invogliato ad adire la composizione negoziata; si deve tenere conto della reale attitudine del mondo imprenditoriale, con tutti i limiti che oggi questa classe ha. E si corre, temo, il fortissimo rischio che uno strumento ben pensato e altrettanto ben scritto non ottenga il successo che meriterebbe, ed anzi, alla luce delle limitate conseguenze negative, possa essere usato prevalentemente in modo strumentale a fini dilatori, o solo come porta

d'ingresso per il concordato liquidatorio semplificato ex art. 18-19 del decreto. Un risultato, addirittura negativo, o minimale, che va scongiurato ad ogni costo.

Per questo, se si vuole ottenere una “rivoluzione copernicana” nelle attitudini socio-imprenditoriali, è necessario dotare di ancora ulteriori strumenti la composizione negoziata per la soluzione delle crisi di impresa; naturalmente, pur sempre in sintonia con le linee direttrici del nuovo istituto.

2. La composizione negoziata e il cram down

La nuova disciplina della composizione negoziata all'art. 14 adotta utilissime misure premiali, tra l'altro, abbattendo sanzioni e interessi dei debiti tributari, di cui permette inoltre l'automatica rateizzazione.

Lo strumento adottato è certo efficace; si tratta di decidere, tuttavia, quanto vogliamo veramente spingere nella adozione di questa nuova misura.

È in sintonia con le finalità del decreto legge ipotizzare un ulteriore passaggio che renderebbe davvero ancor più appetibile questo nuovo strumento. Suggesto la estensione del “*cram down*” fiscale anche alla composizione negoziata, come oggi è già previsto (ed attuato con ottimi risultati) per il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione. Consentire, dunque, al tribunale (assistito tra l'altro dalla relazione dell'esperto) di sostituirsi all'Agenzia delle Entrate e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie nella conclusione degli accordi di cui all'art. 11 del d.l.

L'aggiunta di questa misura in sede di conversione fornirebbe una spinta straordinaria alle nuove disposizioni. E questo consentirebbe di raggiungere l'obiettivo di indurre spontaneamente ad una soluzione immediata ed anticipata della crisi d'impresa; e quindi, inoltre, con un tendenziale evidente risparmio per l'erario, che potrebbe realmente soffrire di decurtazioni su somme ben più basse, perché aggredite tempestivamente.

3. Segue. È opportuna la armonizzazione della disciplina delle plusvalenze e delle minusvalenze e del recupero dell'IIVA nell'ambito di tutte le procedure concorsuali

Sempre all'art. 14 il legislatore opportunamente prevede l'applicazione del c.d. bonus da esdebitazione alle imprese che adotteranno al termine della procedura di composizione assistita le soluzioni di cui all'art. 11, in riferimento alla totale o parziale rimessione dei debiti; insieme, si prevede per queste fattispecie anche la possibilità della deducibilità delle perdite fiscali subite dai creditori con la rinuncia alla totalità o a parte dei crediti.

La disciplina, verosimilmente, dovrebbe essere integrata e comprendere, tra le misure premiali, anche i benefici previsti dall'art. 26 comma 3 *bis* della legge IVA prevedendo che l'impresa creditrice possa emettere nota di variazione in diminuzione per recuperare l'IVA assolta al momento della emissione della fattura; premialità, del resto, oggi già prevista per il piano di risanamento di cui all'art. 67 l.f. [5].

Ancora, dovrebbe essere esteso alla composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa (ed anche agli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 bis-septies-novies* l.f.), il disposto di cui all'art. 86 comma 5 TUIR per il quale la cessione di beni ai creditori non costituisce realizzo di plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze ed ai valori di avviamento [6].

4. La composizione negoziata della crisi e gli intermediari del credito

Il legislatore che ha tracciato le linee della nuova misura dimostra di conoscere perfettamente l'attuale stato dell'arte, e prende in più ipotesi direttamente in considerazione la peculiare figura delle banche e degli intermediari finanziari.

Il legislatore manifesta la piena consapevolezza di come molto del successo della composizione negoziata si giochi sul comportamento dei "grandi" creditori, che nella più parte dei casi son il fisco e gli intermediari finanziari; e si avverte, ancora, la conoscenza dello stato dell'arte, che nella prassi vede assai spesso il naufragio di ogni tentativo di salvezza alla luce dei comportamenti di questi grandi creditori. Quando la crisi morde le piccole e medie imprese, assai spesso, si avverte quasi un certo disinteresse nel trattare le posizioni a rischio con soluzioni concordate; i tempi delle risposte, inoltre, sono spesso troppo lunghi, e talvolta è addirittura difficile individuare o avere assegnato un interlocutore all'interno dell'istituto di credito. Le policy interne degli istituti, peraltro, necessitano spesso una serie di passaggi per

ottenere una autorizzazione alla transazione assai complessi con esiti incerti e raramente tempestivi. Gli istituti di credito, nelle ipotesi di percezione della crisi, spesso tendono solo a ridurre immediatamente i rischi (frequenti le riduzioni, sospensioni o revoche degli affidamenti), non sono interessati a valutare ipotesi di nuove soluzioni, e questo mette in croce l'impresa in difficoltà, che sa che avvertendo pur tempestivamente di una situazione di anche solo potenziale futura difficoltà vedrà sovente solo il tentativo dell'istituto di disimpegnarsi il prima possibile dalla partita, minimizzando per quanto possibile le perdite. Un comportamento, naturalmente, che non aiuta, ed anzi spinge l'impresa a non rivelare all'esterno la necessità di forti correttivi; il rischio è il "cordone sanitario", la riduzione, sospensione o revoca degli affidamenti, se non addirittura dei conti.

Evidente, infine, come il tentativo di aggredire tempestivamente la crisi, proprio del decreto legge in commento, si scontri frontalmente con questo modo di procedere del settore bancario; quindi, o si cambia l'atteggiamento degli intermediari del credito, o, francamente, la possibilità di successo del nuovo istituto saranno segnate in partenza.

Il decreto legge, in effetti, interviene con determinazione; la figura dell'esperto appare fondamentale proprio nei confronti degli intermediari del credito. È un soggetto terzo, non è scelto dal debitore, assolve un ruolo istituzionale, potrà così garantire l'istituto di credito nella trattativa (provvedendo, tra l'altro, a determinare l'archiviazione della istanza tutte le volte in cui non esistano prospettive ragionevoli [7] , così limitando le trattative alle sole ipotesi che possano essere assistite da chances di successo); e, tra l'altro, consentire alla banca se del caso anche di fornire nuovi finanziamenti senza incorrere nel rischio domani della concessione abusiva del credito [8] . Sono previsti poi efficaci e tempestivi strumenti, soggetti ad autorizzazioni giudiziali, che consentono la concessioni di finanziamenti in prededuzione.

Inoltre, l'introduzione da parte dell'impresa in difficoltà del meccanismo della composizione negoziata comporta espressamente il divieto da parte anche degli istituti di credito di interrompere taluni rapporti in corso [9] , neanche in ipotesi di maturato inadempimento [10] ; la composizione negoziata, dunque, consente di proporre soluzioni negoziali tese a superare le difficoltà senza che questo tentativo comporti altrimenti, praticamente in automatico, un aggravamento della situazione della impresa alla luce delle tattiche immediate degli intermediari del credito (che

potranno così attendere la rapida preparazione e presentazione di un piano industriale o altro, e valutare con attenzione le prospettive).

La consapevolezza della necessità di pretendere un radicale cambiamento di registro degli intermediari del credito è poi dimostrata dall'inequivoco disposto di cui al comma 6 dell'art. 4; al generale onere di partecipazione e trasparenza richiesto dal IV comma a tutti i creditori (onerati dalla necessità di risposte tempestive e motivate), si aggiunge espressamente "Le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato...".

Ed, ancora, nella Relazione Illustrativa, si avvertono gli intermediari del credito delle possibilità di conseguenze ulteriori in ipotesi in cui il comportamento (omissivo ingiustificato o non corretto) degli intermediari provochi un fallimento altrimenti evitabile.

Davvero, il decreto legge ha dunque spiegato una pletera di strumenti per indurre nel ceto bancario un drastico cambiamento di registro. Anche in questa ipotesi, tuttavia, è giusto chiedersi se il risultato sarà quello auspicato; ed il rischio che così non sia è francamente altissimo. E determinerebbe l'insuccesso della figura della composizione negoziata.

È certo vero, infine, che è estremamente difficile cambiare solo per legge un radicato comune sentire. Ed è più che comprensibile che il legislatore non voglia con decreto legge comunque spingersi fino a comprimere in via assoluta il diritto del creditore nello scegliere liberamente la migliore via per la tutela del proprio credito, che rimane un diritto il cui esercizio è riservato al creditore, senza generali supplenze di terzi, anche se al fine di favorire la salvezza della impresa in crisi [11].

E, tuttavia, non ci si può arrendere, anche in considerazione della possibilità, in sede di conversione, di introdurre ulteriori elementi tesi a incentivare un ruolo attivo degli istituti di credito e comunque di salvaguardare le potenzialità della composizione negoziata della crisi di impresa.

Ad esempio, quanto all'istituto della composizione negoziata, l'art. 10 prevede che, nel concorrere di determinate circostanze e previa autorizzazione giudiziale, il tribunale possa procedere ad una rideterminazione equitativa dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita [12]. Riterrei che sarebbe coerente con la finalità del decreto legge aggiungere espressamente tra i contratti che possono essere oggetto di rideterminazione equitativa anche il mutuo (così da allungarne, ad esempio, la durata [13]).

In ambito più generale, si tratta, infine, di rivalutare con attenzione se non sia necessario ipotizzare un intervento più incisivo almeno quando gli intermediari adottino un comportamento contrario a trasparenza e lealtà, non partecipando alle trattative con l'esperto, o mantenendo una partecipazione solo formale, o assumendo determinazioni contrarie senza rispettare l'imposto obbligo di motivazione (che deve naturalmente essere inteso in via sostanziale). In queste ipotesi, l'istituto creditizio non rispetta un onere oggi espressamente imposto per legge (art. 4, comma 4 e 6), e si deve ipotizzare di potere reagire in via davvero efficace, ad esempio consentendo all'imprenditore al termine della procedura di depositare un accordo *ex art. 11* chiedendo al tribunale, assistito dalla relazione dell'esperto, di sostituirsi all'istituto di credito formalmente o sostanzialmente assente nel giudizio sulla proposta di accordo con l'istituto, assumendo come metro di valutazione pur sempre esclusivamente l'interesse del creditore nel ricevere un trattamento migliore rispetto alle altre ipotesi in astratto praticabili.

È un passo importante, innovativo, ma necessario e giustificato.

Voglio dire, in linea con quanto assunto nelle premesse di questo breve contributo, si tratta di introdurre in sede di conversione una modifica tuttavia assolutamente coerente con gli intenti, le finalità, i limiti che il decreto legge ha assunto a riferimento.

Non si giunge fino a valorizzare, nel contemperamento degli interessi, le pur certo esistenti autonome ragioni a favore della salvezza della impresa come prevalenti rispetto agli interessi dei creditori; semplicemente, si introduce una regola (paradossalmente peraltro favorevole negli effetti anche al creditore bancario [14]) che individua una soluzione efficace per ottenere il rispetto della nuova previsione legislativa.

Questa soluzione potrebbe rappresentare la svolta tanto auspicata, e un ulteriore impulso per una partecipazione attiva e ragionata.

Note:

- [1] In questa rivista il decreto legge è stato già commentato da Leuzzi, *Una rapida lettura dello schema di D.L. recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale*, 2021; Panzani, *Il D.L. "Pagni" ovvero la lezione (positiva)*

del covid, 2021; Farolfi, Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse “a prima lettura”, 2021.

- [2] Dalla Relazione Illustrativa al decreto legge.
- [3] La Commissione di Riforma, istituita con decreto di nomina del 22 aprile 2021, presieduta dalla prof.ssa Ilaria Pagni.
- [4] La stesura delle nuove disposizioni appare in via generale straordinariamente chiara; un risultato davvero notevole, alla luce della novità delle nuove disposizioni. Rimane poi la speranza che nella conversione si possano ripensare alcune scelte (ad es. la cessazione degli effetti protettivi per ritardi del tribunale ex art. 3 comma 3), e precisare alcuni passaggi (ad es. in tema di consecuzione di procedure, rapporti tra precedenti istanze di fallimento e adozione dell'imprenditore degli strumenti di cui all'art. 11 comma 2 e 3), pur sempre senza stravolgere i delicati equilibri individuati dal legislatore.
- [5] Buffelli, *Il d.l. n.118/2021 e la problematica delle note di variazioni IVA*, in *dirittodellacrisi.it*, 2021.
- [6] La disposizione fa riferimento alla *“cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo”*. La lettura della norma ha dapprima visto contrapposti due indirizzi. Il primo estendeva a tutti i concordati l'agevolazione fiscale, indipendentemente dalla natura liquidatoria o in continuità. Il secondo invece ne limitava la portata ai concordati liquidatori. Queste è la lettura offerta dall'Agenzia delle Entrate che limita la portata applicativa ai soli concordati liquidatori e alla cessione di beni strategici. Secondo l'Agenzia delle Entrate, l'art. 86, co. 5, del TUIR non è applicabile alle plusvalenze e minusvalenze derivanti dalla cessione di beni non strategici, effettuate nell'ambito del concordato preventivo con continuità aziendale «diretta» (risposta ad interpello n. 462 del 31.10.2019). Nel caso quindi di plusvalenze o minusvalenze derivanti dalla cessione dei beni non strategici all'esercizio dell'attività d'impresa, nell'ambito di un concordato preventivo con continuità aziendale, sono applicabili le regole generali di determinazione del reddito d'impresa, con l'effetto che le stesse rilevano nell'esercizio di competenza. Ciò perché, secondo l'Agenzia delle Entrate, l'intenzione del legislatore è quella di circoscrivere la non rilevanza delle plusvalenze e delle minusvalenze ad un'ipotesi in cui *“dopo il concordato non ci*

sia più esercizio di impresa”. Diversamente, il MEF (come chiarito all’esito di una interrogazione parlamentare del 01.02.2018) ritiene l’agevolazione fiscale dettata dall’art. 86, comma 5, TUIR applicabile anche alla cessione di azienda prevista nei casi di concordato in continuità indiretta (si veda al riguardo, Molgora, *Profili di imposizione diretta per le società in concordato*, in *ilsocietario.it*, 2018).

- [7] V. comma 5 dell’art. 5.
- [8] Rinaldi, *La composizione negoziata della crisi e i rapporti con gli intermediari creditizi*, in *ilcaso.it*, 2021, 8, avverte inoltre che la presenza dell’esperto può tutelare le banche anche riguardo alla esecuzione di alcune prestazioni richieste dall’imprenditore, se esse chiederanno all’esperto di certificare, per gli effetti di cui all’art. 12, la coerenza di tali atti con andamento e stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono compiuti.
- [9] V. art. 4 comma 6: l’accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all’imprenditore.
- [10] Più in generale, con riferimento a tutti i creditori, e dunque anche alle banche, l’art. 6 al comma 5 precisa che “I creditori interessati dalle misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l’adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, né possono anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell’imprenditore per il solo fatto del mancato pagamento dei loro crediti anteriori.
- [11] E, ove si volesse ripensare alla gerarchia ed alla gestione degli interessi degli stakeholders nelle fattispecie di crisi all’interno di un generale ripensamento, questo dovrà avvenire organicamente trattando tutte le figure concorsuali, e dunque non con l’attuale decreto legge.
- [12] Guidotti, *La crisi d’impresa nell’era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *ilcaso.it*, 2021, 19, sottolinea che secondo il disposto normativo sorprendentemente in questo caso il parametro di riferimento per il tribunale è rivolto esclusivamente al concordato in continuità, obiettivo unico funzionale da raggiungere senza considerare il miglior interesse dei creditori.



- [13] Questo consentirebbe di evitare difficoltà legate alla qualificazione giuridica del mutuo, che la dottrina maggioritaria ritiene non doversi ricomprendere nei contratti ad esecuzione continuata o differita. V. se vuoi, Luminoso, *Il rapporto di durata*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 501 ss.
- [14] Sia perché è appunto presupposta la migliore soddisfazione dei creditori, sia perché così vengono comunque evitati al creditore bancario le eventuali azioni risarcitorie per violazione del dovere di condotta e causa del dissesto, paventate dalla Relazione Illustrativa al decreto legge.


DIRITTO DELLA
CRISI