

Il ruolo dell'Esperto nella Composizione Negoziata per la soluzione della Crisi d'Impresa

a cura di

Sido Bonfatti, Rolandino Guidotti, Marcello Tarabusi

coordinato da Giacomo Barvas

SECONDA EDIZIONE



Giappichelli

Capitolo Primo

IL CONTESTO DELL'INTERVENTO NORMATIVO: PRESUPPOSTI, FINALITÀ, OBIETTIVI

di *Giacomo Barvas, Sido Bonfatti e Rolandino Guidotti**

SOMMARIO: 1. La flessibilità dello strumento (della “composizione negoziata”). – 2. La nuova figura dell’esperto come figura diversa da tutti gli altri profili professionali a vario titolo coinvolti nella crisi e la necessità di una nuova cultura dei rapporti tra i protagonisti economici. – 3. Finalità “macro” e obiettivi “micro”. – 4. Lo stato di difficoltà e quello di crisi. – 5. La percorribilità del risanamento dell’impresa anche in caso di stato di insolvenza, se reversibile. – 6. Che cosa si intende per risanamento dell’impresa, in via diretta ed in via indiretta tramite cessione dell’azienda. – 7. Analisi differenziale con gli altri strumenti (piano attestato, convenzione di moratoria, accordi di ristrutturazione e preaccordi; concordato preventivo). – 7.1. Gli “indici incentivanti” nel Piano Attestato di Risanamento. – 7.2. Gli “indici incentivanti” nella Convenzione di Moratoria. – 7.3. Gli “indici incentivanti” nell’Accordo di Ristrutturazione. – 7.4. Gli “indici incentivanti” nel pre-accordo. – 7.5. Gli “indici incentivanti” nel Concordato Preventivo. – 7.6. Gli “indici incentivanti” nella Composizione negoziata.

1. La flessibilità dello strumento (della “composizione negoziata”)

La gestione dell’impresa in pendenza delle trattative¹

La “Composizione negoziata” della crisi d’impresa è il primo dei due nuovi istituti introdotti dal d.l. n. 118/2021 (il secondo essendo il *Concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*)², e poi introdotti nel Codice della crisi

* A SIDO BONFATTI devono essere attribuiti i §§ 1, 4, 7; a GIACOMO BARVAS deve essere attribuito il § 6; a ROLANDINO GUIDOTTI, devono essere attribuiti i §§ 2, 3, 5.

¹ In argomento v. anche *infra*, Capitolo VI, § 3. In generale v. comunque R. RANALLI, *La governance dell’impresa in crisi: i rafforzamenti, le opportunità e i possibili sviluppi derivanti dalla composizione negoziata*, in *ildirittodellacriti.it*, 17 gennaio 2022.

² Su cui *infra*, Capitolo XI, § 1.6.

d'impresa e dell'insolvenza (c.c.i.i.) con l'approvazione del d.l. 21 giugno 2022, n. 73, convertito in l. 4 agosto 2022, n. 122.

Il Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza è entrato in vigore il 15 luglio 2022. Manca una disciplina concernente le sorti delle "procedure" di Composizione negoziata avviate prima di tale data e proseguite successivamente alla stessa³. L'orientamento che si sta formando è nel senso della applicabilità del c.c.i.i. anche alle Composizioni negoziate già pendenti alla data del 15 luglio 2022, affermandosi, in particolare, che, in considerazione della "*sostanziale continuità normativa*" tra le previsioni del d.l. n. 118/2021 e quelle del Codice della crisi, quest'ultimo debba ritenersi applicabile alle Composizioni negoziate avviate prima del 15 luglio 2022 e proseguite dopo tale data⁴.

Tale "strumento" (che talora, soltanto per ragioni di comodità espositiva, potrà essere definito anche "procedura", senza con ciò alludere – come si avrà modo di

³ L'art. 6, comma 1, d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, sostituisce il Titolo II della parte Prima, traspone al suo interno, con gli artt. da 12 a 25-*undecies*, la Composizione negoziata introdotta con il d.l. n. 118/2021, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 147/2021, e le disposizioni introdotte dagli artt. 30-*ter*, 30-*quater*, 30-*quinquies* e 30-*sexies* del d.l. 6 novembre 2021, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 dicembre 2021, n. 233, sulle segnalazioni dei creditori pubblici qualificati, sulla interoperabilità delle banche dati, sullo scambio di documenti nella fase delle trattative e sulla predisposizione di piani di rateizzazione per esposizioni debitorie di ammontare ridotto. La "relazione illustrativa" allo "Schema di decreto legislativo recante modifica al codice della crisi d'impresa dell'insolvenza ..." del giugno 2022, spiega che "*non è stato dato seguito al suggerimento di riorganizzazione delle norme del Titolo II, contenuto nel parere del Consiglio di Stato per le seguenti ragioni. L'ordine contenuto nello schema, che riproduce in gran parte l'ordine del decreto-legge n. 118 del 2021, appare sufficientemente razionale e risponde alla logica dell'immediata introduzione nel codice, invece delle segnalazioni (che riportano, anche solo idealmente, agli strumenti di allerta abrogati), del nuovo strumento di ausilio alle imprese rappresentato dalla disciplina della composizione negoziata della crisi*".

Secondo A. CIMOLAI, *Le novità sulla composizione negoziata*, in *ildiritto dellacrisi.it*, 20 settembre 2022, "*non si rilevano viceversa indicazioni né in ordine alla composizione negoziata né relativamente al concordato semplificato come oggi traslati, con le modifiche le integrazioni sopra accennate, nel Titolo II del codice. Sul presupposto che – per effetto del combinato disposto degli artt. 46, comma 1, lett. a), e 51 del d.lgs. n. 83 del 2022 – le norme sulla composizione negoziata e sul concordato semplificato dettate dal d.l. n. 118 del 2021 sono state abrogate a partire dal 15 luglio 2022, andrà ora valutato il regime da assegnare alle composizioni avviate prima della modifica legislativa e ancora in corso*".

⁴ Trib. Mantova, 8 agosto 2022, in *DeJure*.

Dubbi sono sorti anche circa il regime normativo applicabile nel caso di procedure concorsuali avviate dopo il 15 luglio 2022 ma a seguito di procedure di Composizione negoziata definite prima di tale data. Discutendosi, in particolare, dell'applicabilità a tale fattispecie dell'art. 390 c.c.i.i., si è osservato che non essendo la composizione negoziata una "procedura" in senso proprio, essa sfuggirebbe all'applicazione di tale disposizione, con la conseguenza che il Concordato Semplificato proposto dopo il 15 luglio 2022 sarebbe regolato dal Codice della crisi e non dal d.l. n. 118/2021, benché aperto in esito ad una Composizione negoziata avviata prima della data indicata (Trib. Milano, 16 settembre 2022, in *www.ilfallimentarista.it*).

sottolineare – alla possibile qualificazione di “procedura concorsuale”) è stato inserito, con lievi modifiche rispetto a quanto già previsto nel d.l. n. 118/2021, nel Titolo II del c.c.i.i., sostituendo integralmente l’originaria composizione assistita davanti agli Organismi di Composizione della Crisi d’Impresa (OCRI), che non hanno mai iniziato ad operare, e sono stati sostituiti dal “percorso” negoziato caratterizzato dall’intervento di un “esperto” nominato tra i soggetti iscritti in appositi albi tenuti dalla Camera di Commercio del capoluogo di regione (oltre che delle province di Trento e Bolzano) in cui l’impresa ha la propria sede legale⁵.

L’istituto della “Composizione negoziata” è caratterizzato da una particolare **flessibilità**, che prende le mosse già dalla considerazione della disciplina della gestione dell’impresa: gestione – va sottolineato subito – *sottratta a qualsiasi vincolo autorizzatorio, preventivo o successivo che esso sia*.

L’art. 21, comma 1, c.c.i.i. afferma esplicitamente che “*nel corso delle trattative l’imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell’impresa*”: e quantunque la norma abbia conservato la modificazione che il d.l. n. 118/2021 aveva ricevuto – secondo la quale “*l’imprenditore in stato di crisi gestisce l’impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell’attività*”; ed ancora “*quando, nel corso della composizione negoziata, risulta che l’imprenditore è insolvente, ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l’impresa nel prevalente interesse dei creditori*” –, si deve assolutamente ritenere che ciò non produca alcun effetto sulla *validità giuridica* (e sulla *opponibilità ai creditori*) degli atti – quali che essi siano – compiuti dall’imprenditore, ma possa interessare – esclusivamente – la sua responsabilità per un operato eventualmente divergente (cfr. art. 21, comma 1, ultima parte: “*restano ferme le responsabilità dell’imprenditore*”).

La “flessibilità” dell’istituto, sotto il profilo qui considerato, è tale, da fare ritenere legittimi anche atti dichiaratamente qualificabili come “preferenziali”, quali: (i) gli atti costitutivi di garanzie – a favore di un creditore, a preferenza di altri –; e (ii) i pagamenti di un determinato debito, a preferenza di altri. La circostanza è bene dimostrata:

a) dalla considerazione dell’affermato principio generale della legittimazione dell’imprenditore al compimento di atti anche di straordinaria amministrazione⁶; e

⁵ In argomento vedi la relazione dell’Ufficio del Massimario del ruolo della Corte Suprema di Cassazione, in data 15 settembre 2022, Nuovo Codice della Crisi d’Impresa e dell’Insolvenza – attuazione della direttiva UE n. 1083 /2019 c.d. *Insolvency* – d.lgs. n. 83/2022, § 5.

⁶ G. GAMBARDELLA, *Composizione negoziata: percorso ed epiloghi* (in *ildiritto dellacrisi.it*, 9 maggio 2023, 21) osserva che “*il decreto ministeriale [decreto dirigenziale 28 settembre 2021, Sezione III, n. 7.3, settembre 2021] ... espone tutti gli atti che eccedono l’ordinaria amministrazione, trasportandosi, quindi, nell’amministrazione straordinaria: le operazioni sul capitale sociale e sull’azienda; la concessione di garanzie; il pagamento anticipato delle forniture; la cessione pro solu-*

b) dalla disciplina dettata per le “misure protettive” (art. 18 c.c.i.i.), che se da un canto impediscono ai creditori di acquisire diritti di prelazione contro la volontà dell’imprenditore (per es.: ipoteche giudiziali), nonché di avviare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul suo patrimonio e sui beni e diritti di cui si avvale per la gestione dell’impresa: da un altro non impediscono né (i) gli *atti costitutivi di garanzie “preferenziali”* (giacché sono vietati soltanto quelli “*non concordati con l’imprenditore*”: così ammettendo la legittimità di quelli “concordati”, cioè volontari – per quanto in ipotesi, per l’appunto, “preferenziali –); né (ii) i *pagamenti* (art. 18, comma 1, ultima parte: “*non sono inibiti i pagamenti*” – anch’essi, in ipotesi, contraddittori con l’osservanza del principio della *par condicio creditorum* –).

Ciò stabilito, è necessario prevenire un equivoco.

Equivoco che potrebbe essere ingenerato dalla “discriminazione” effettuata dall’art. 24, commi 2 e 3, c.c.i.i., che distingue: (i) gli atti di ordinaria amministrazione da quelli di straordinaria amministrazione e dai pagamenti; e (ii) nell’ambito della prima categoria, tra gli atti “*coerenti con l’andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti*”, e gli atti privi di tali requisiti.

Tali distinzioni non sono operate ai fini della valutazione della legittimità o meno (e della opponibilità o meno) degli atti di gestione posti in essere dall’imprenditore⁷: bensì allo scopo di individuare quegli atti che, oltre ad essere validi ed

to dei crediti; l’erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate; la rinuncia alle liti e le transazioni; le ricognizioni di diritti di terzi; il consenso alla cancellazione di ipoteche o restituzione di pegni; l’effettuazione di significativi investimenti; il rimborso di finanziamenti ai soci o a parti correlate; la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale; gli atti dispositivi in genere”.

⁷ In argomento v. P. BASTIA, *Prime considerazioni aziendalistiche sulla composizione negoziata della crisi*, in www.ilcaso.it, 4 novembre 2021. A. ROSSI, *Commento all’articolo 12*, in *Commentario breve alle leggi su crisi d’impresa dell’insolvenza*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Milano, 2023, 79, afferma “la possibilità per l’imprenditore di effettuare pagamenti e stipulare contratti senza dovere sottostare al gravoso vincolo autorizzatorio previsto, ad esempio, dall’articolo 46 c.c.i.i. per la fase prenegotativa del concordato preventivo”. Secondo F. PLATANIA, *La gestione dell’impresa nella ristrutturazione aziendale*, in L. LAMBERTINI, F. PLATANIA, *Il diritto commerciale della crisi*, Giuffrè, Milano, 2023, p. 221, “durante la fase delle trattative l’esperto ha il potere di vigilanza sulle attività gestorie dell’imprenditore che, seppure non possano portare immediatamente alla declaratoria di inefficacia dell’atto, qualora compiuto con il dissenso dell’esperto, possono, però, determinare una segnalazione destinata a porre in allarme i creditori ed eventualmente interrompere anzitempo la trattativa”. Sempre a tale proposito F. VALERINI, S. GAMBADORO, *La composizione negoziata della crisi d’impresa (artt. 12-25-undecies)*, in *Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, III ed., a cura di M. GIORGETTI, A. BONAFINE, Pacini, Pisa, 2023, p. 45, affermano che “nonostante la segnalazione dell’esperto, rimane valida la facoltà dell’imprenditore di compiere l’atto o il pagamento, ferma restando la sua responsabilità e i possibili effetti giuridici dell’atto compiuto”. In argomento v. anche P. BASTIA, *op. cit.* Secondo L. PANZANI, *La composizione negoziata della crisi*:

opponibili – **ché tali comunque sono** –, possano essere considerati anche “*non soggetti alla azione revocatoria di cui all’articolo 166, comma 2,*” c.c.i.i. (art. 24, commi 2 e 3): il *ché* rappresenta un fenomeno completamente diverso.

Dovendo considerare l’istituto della “Composizione negoziata” come uno strumento alternativa al tradizionale ricorso all’avvio di una trattativa *extra* giudiziale con i creditori in funzione del superamento di un momento di difficoltà (o di “crisi”) dell’impresa⁸, la disciplina della gestione della stessa si presenta:

- i) identica a quella che la caratterizzerebbe nell’ambito della conduzione di trattative totalmente extragiudiziali, nelle quali la disponibilità da parte dell’imprenditore del proprio patrimonio non soffre di alcuna limitazione connessa alla apertura del “tavolo” di discussione con i creditori; e
- ii) arricchita dalla prospettiva di consentire ai creditori di conseguire la “*esenzione*” da revocatoria degli atti posti in essere con l’imprenditore, ivi comprese le garanzie acquisite ed i pagamenti ricevuti, sia pure alla condizione di rispettare i dettami di cui all’art. 24, commi 2 e 3, c.c.i.i., sopra rappresentati: *effetto “protettivo”, questo, che nell’ambito di una tradizionale trattativa extra giudiziale non potrebbe essere conseguito mai*⁹.

La natura giuridica dell’istituto

Un secondo fattore di “flessibilità” dell’istituto delle “Composizione negoziata” è rappresentato dalla natura giuridica di “procedura – non – concorsuale”: che gli

il ruolo del giudice (in ildirittoellacrisi.it, 4 febbraio 2022, 3) “in armonia con le sue caratteristiche di fondo la composizione negoziata non incide sulla capacità dell’imprenditore, che rimane in bonis ed è quindi titolare dei poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione dell’impresa, ivi compresi i pagamenti di debiti pregressi ritenuti strategici, pur quando benefici delle misure protettive e della conseguente sospensione delle azioni esecutive, che comprende il divieto di pronunciare la sentenza dichiarativa di fallimento. I poteri di vigilanza e controllo dell’esperto riguardano l’andamento delle trattative, non la gestione. Anche l’annotazione del dissenso sugli atti di straordinaria amministrazione e sui pagamenti, perché non coerenti con l’andamento delle trattative o pregiudizievoli per i creditori, non incide sull’efficacia dell’atto, pur potendo portare alla conclusione della composizione negoziata ed al venir meno delle misure protettive”.

⁸ Come si avrà modo di chiarire, l’accesso alla procedura di Composizione negoziata della crisi d’impresa non è riservato soltanto alle imprese che versino in una condizione di semplice “temporanea difficoltà di adempire”, bensì anche a quelle che versino in una condizione di crisi più marcata, sino a coincidere con l’insolvenza. Tuttavia è evidente che l’istituto in esame è concepito soprattutto principalmente per le imprese che abbiano avvertito i primi sintomi di una difficoltà economica o finanziaria, e che versino tuttavia nella condizione di poter recuperare l’equilibrio diventato precario.

⁹ Come mai potrebbe essere conseguito l’effetto “incentivante” della prededucibilità dei crediti derivanti dai finanziamenti erogati all’imprenditore, come è invece possibile ottenere nel contesto della “Composizione negoziata” (sia pure a condizione dell’ottenimento di apposita autorizzazione giudiziale: art. 22).

consente – come vedremo¹⁰ –, di risultare applicabile in una molteplicità di situazioni e di fattispecie.

La non – concorsualità dell’istituto¹¹ è dimostrata:

- i) dalla rappresentata legittimazione dell’imprenditore a porre in essere qualsiasi atto di amministrazione: di carattere ordinario o straordinario; di carattere “preferenziale” piuttosto che volto al rispetto del principio della *par condicio creditorum*; di carattere solutorio, anche con riguardo ai “crediti pregressi” (cfr. art. 18, commi 1 e 21, comma 1, c.c.i.i.);
- ii) dalla insussistenza di effetti “cristallizzatori” sul patrimonio dell’imprenditore (salva l’ipotesi che essi siano prodotti dalla scelta unilaterale dello stesso in funzione “protettiva”, peraltro con una portata “unidirezionale” – protezione contro gli atti di aggressione dall’esterno, ma mantenimento del diritto di costituire garanzie od effettuare pagamenti dall’interno –);
- iii) dalla insussistenza di strumenti di controllo esterni (tale certamente non essendo l’esperto chiamato ad agevolare le trattative dell’imprenditore, il cui operato sarà condizionato dalle modalità con le quali l’imprenditore stesso avrà inteso condurre le trattative);
- iv) dalla insussistenza di interventi “autorizzatori” dall’esterno – tranne nelle ipotesi nelle quali l’imprenditore voglia conseguire “effetti speciali”, che nel contesto di una trattativa extragiudiziale tradizionale non sarebbe mai in condizione di conseguire, quali: *a*) la “esenzione” da revocatoria degli atti posti in essere (per la quale deve conseguire l’assenso dell’esperto, o quanto meno la mancata pubblicizzazione dell’eventuale dissenso iscritto nel Registro delle Imprese, allorché si tratti di atti di amministrazione straordinaria o di pagamenti: cfr. art. 24, comma 3, c.c.i.i.); e *b*) la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti ricevuti (da terzi; da soci; da società del “gruppo”): cfr. art. 22 c.c.i.i.;
- v) dalla insufficiente attitudine dei segnalati “effetti speciali” – esenzione da revocatoria; prededucibilità – ad attribuire all’istituto *de quo* natura di “procedura concorsuale”, dal momento che: *a*) quanto alla “esenzione”, trattasi di effet-

¹⁰ *Infra*.

¹¹ Sulla quale si sta formando una opinione alquanto diffusa: I. PAGNI, M. FABIANI, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2021, p. 1477 ss., spec. p. 1480 ss.; A. ROSSI, *Commento all’articolo 12*, cit.; M. FABIANI, *Sistemi, principi e regole del diritto della crisi d’impresa*, La Tribuna, Piacenza, 2023, p. 75; G. D’ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell’insolvenza*, II ed., Giappichelli, Torino, 2022, p. 79; F. LAMANNA, *Il codice della crisi e dell’insolvenza dopo il secondo correttivo*, Giuffrè, Milano, 2022, p. 134; M. FERRARI, *La composizione negoziata per la soluzione della crisi d’impresa: un nuovo strumento non scevro di insidie per il creditore*, in *Ex parte creditoris*, 14 luglio 2022; F. VALERINI, S. GAMBADORO, *op. cit.*, p. 24. In argomento vedi anche, in generale, M. SPIOTTA, *È necessaria o inutile una definizione di procedura concorsuale (o di procedura di regolazione della crisi o di quadro di ristrutturazione)? Quando le categorie generali possono conservare funzionalità*, in *ildiritto dellacrisi.it*, 22 aprile 2022.

to tipico anche del “Piano Attestato di Risanamento”, che procedura concorsuale non è¹²; e *b*) quanto alla “prededuzione”, trattasi di effetto dalla portata contenuta (attiene esclusivamente ai “finanziamenti” espressamente autorizzati dal Tribunale), non paragonabile con l’effetto “universale” che caratterizza la prededuzione nel contesto (di quella procedura, senz’altro qualificabile “concorsuale”, che è la procedura) del Concordato preventivo, nella quale detto effetto riguarda tutti i crediti “*legalmente sorti durante le procedure concorsuali per la gestione del patrimonio del debitore e la continuazione dell’esercizio dell’impresa*” (art. 6, comma 1, lett. *d*), c.c.i.i.)¹³.

Neppure la Composizione negoziata può essere qualificata “*strumento di regolazione della crisi e dell’insolvenza*”, per espressa previsione dell’art. 2, comma 1, lett. *m-bis*), c.c.i.i.: con conseguente inapplicabilità delle disposizioni che fanno genericamente riferimento a tali “*strumenti*”.

I presupposti soggettivi

Un terzo fattore di “flessibilità” della “Composizione negoziata” della crisi d’impresa è rappresentato dalla larga platea di debitori che possono ricorrere all’istituto. Possiamo affermare, con un unico principio, “*tutte le imprese*” (regolari)¹⁴. Sono infatti legittimate ad avvalersi della “Composizione negoziata” (art. 12, comma 1, c.c.i.i.):

a) le imprese soggette alla liquidazione giudiziale (e al Concordato preventivo), *quindi le imprese commerciali cc.dd. “sopra soglia”* – perché presentanti uno o

¹² S. BONFATTI, *La natura giuridica dei “Piani Attestati di Risanamento” e degli “Accordi di Ristrutturazione”*, in *Il Caso.it*, 31 gennaio 2018; Cass., 25 gennaio 2018, n. 1896.

¹³ Senza dire che la prededucibilità dei (soli crediti derivanti da) “finanziamenti” caratterizza anche gli Accordi di Ristrutturazione, che pure – ad avviso di chi scrive – non sono “procedure concorsuali” (S. BONFATTI, *La natura giuridica degli Accordi di Ristrutturazione*, in *Riv. dir. banc.*, 2018, p. 1 ss.).

¹⁴ Secondo F. VALERINI, S. GAMBADORO, *op. cit.*, p. 24, “quanto al presupposto soggettivo, l’istituto è accessibile da parte di qualsiasi tipologia di imprenditore, commerciale o agricolo, indipendentemente dalla natura, dalle dimensioni e dalle modalità con cui viene svolta l’attività di impresa, sia singolarmente che in gruppo”.

La condizione che la disciplina della “procedura” in commento postuli la iscrizione della richiesta della nomina dell’esperto e di una serie di circostanze nel Registro delle Imprese, induce a ritenere che non ne sia possibile l’accesso ad imprese che non vi siano a loro volta iscritte (società di fatto; società di persone irregolari). In questo senso A. ROSSI, *Commento all’articolo 12*, cit.; ID., *I presupposti della CNC, tra debiti dell’imprenditore e risanamento dell’impresa*, in *ildirittodellacrisi.it*, 30 novembre 2021; R. GUIDOTTI, *La composizione negoziata e la direttiva Insolvency; prime note*, *ivi*, 2 febbraio 2022, p. 7 ss.; S. AMBROSINI, *La nuova Composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristr. aziendali*, 23 agosto 2021; F. LAMANNA, *op. cit.*, p. 136.

- più dei presupposti quantitativi indicati nell'art. 2, comma 1, lett. *d*), c.c.i.i.: v. art 124, comma 1 –;
- b) le imprese commerciali non soggette al fallimento, poiché “*sotto soglia*” (cioè prive di tutti i presupposti quantitativi di cui al richiamato art. 2, comma 1, lett. *d*), c.c.i.i.): l'art. 12, comma 1, c.c.i.i. menziona genericamente “*l'imprenditore commerciale*”, e l'art. 25-*quater* disciplina espressamente (introducendo alcune varianti che non interessano in questa sede) l'applicazione dell'istituto alle “*imprese sotto soglia*”;
- c) l'impresa agricola (menzionata in modo esplicito dall'art. 12, comma 1, c.c.i.i.);
- d) la “*grande impresa*” soggetta alla procedura di Amministrazione Straordinaria ex d.lgs. n. 270/1999 (legge “*Prodi*”) – l'art. 18, comma 4, c.c.i.i. Prevede che dal giorno della pubblicazione della istanza di nomina dell'esperto “*la sentenza ... di accertamento dello stato insolvenza non può essere pronunciata*”, così riferendosi alle imprese soggette ad Amministrazione Straordinaria, per le quali, in caso di insolvenza, il Tribunale non può dichiarare il fallimento, ma soltanto accertarne la condizione di insolvenza, con trasmissione del provvedimento all'autorità amministrativa competente per l'apertura della procedura di Amministrazione Straordinaria –¹⁵;
- e) le “*imprese di rilevanti dimensioni*” soggette alla Procedura di Amministrazione Straordinaria ex d.l. 23 dicembre 2003, n. 347 (“*legge Parmalat*”), per le quali vale quanto già osservato alla precedente lett. *d*);
- f) le “*imprese operanti nei servizi pubblici essenziali*” soggette alla Procedura di Amministrazione Straordinaria ex d.l. n. 134/2008 (“*legge Alitalia*”), per le quali vale quanto già osservato alla precedente lett. *d*);
- g) le imprese bancarie (che sono sottratte alle “*procedure concorsuali*” diverse da quelle disciplinate nel d.lgs. n. 385/1993 – Testo Unico Bancario: art. 80, comma 6 –, ma non sono sottratte alla “*Composizione negoziata*” perché la stessa non ha – come si è visto in precedenza – natura giuridica di “*procedura concorsuale*”) ¹⁶;
- h) gli intermediari finanziari non bancari, che sono anch'essi sottratti alle “*procedure concorsuali*” diverse da quelle disciplinate dal d.lgs. n. 58/1998 – Testo Unico della Finanza: art. 56, comma 3 –, ma potrebbero avvalersi di un istituto che, come detto, tale non è;
- i) le imprese di assicurazione, pure esse assoggettabili esclusivamente alle “*proce-*

¹⁵ In argomento v. S. BONFATTI, voce *Amministrazione straordinaria*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, 2017.

¹⁶ In argomento v. S. BONFATTI, *La disciplina delle crisi degli intermediari bancari e finanziari*, Giuffrè, Milano, 2021, p. 15 ss.; ID., *La procedura di liquidazione coatta amministrativa nel fallimento e nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, Pacini Giuridica, Pisa, 2022, p. 66 ss.

ture concorsuali” disciplinate dal Codice delle Assicurazioni: art. 238, ma ugualmente ammesse ad avvalersi di “procedure” prive di tale natura giuridica¹⁷.

In buona sostanza, in termini negativi, si può affermare che sono esclusi dalla legittimazione ad avvalersi della Composizione negoziata esclusivamente i non – imprenditori (ovvero gli imprenditori “non regolari”).

Né si deve dubitare che anche le “grandi” imprese; o anche le imprese bancarie, finanziarie, o assicurative; possano trovare convenienza ad avvalersi della “Composizione negoziata”.

Trattasi infatti, come già segnalato, *principalmente* di un istituto che si pone come alternativa all’avvio di una trattativa extragiudiziale da parte di una impresa che intravede la “*probabilità*” di una crisi (cfr. art. 12, comma 1, c.c.i.i.): e nulla impedisce di ipotizzare che tale ipotesi possa interessare anche una impresa di tale natura, magari non nei confronti della generalità dei propri creditori, ma – per esempio – nei confronti di alcuni altri intermediari (bancari, finanziari, assicurativi) nei confronti dei quali presentasse rilevanti esposizioni¹⁸.

¹⁷ Per le imprese di assicurazione si può se mai notare che le stesse risultano soggette ad un “regime concorsuale” del tutto particolare. Per esse, infatti, vale in via preliminare il principio dettato all’art. 238, comma 1, c. ass. (d.lgs. n. 209/2005), secondo il quale “*all’impresa di assicurazione o di riassicurazione non si applica il titolo III della legge fallimentare*” (e, in prospettiva, il titolo IV del Codice della Crisi). Conseguentemente l’applicabilità degli Accordi di Ristrutturazione (e delle procedure di composizione negoziata delle crisi di impresa disciplinate in quella sede normativa: la Convenzione di Moratoria, oltre che il Concordato preventivo) è *esclusa a prescindere dalla natura giuridica ritenuta attribuibile* al singolo istituto. Non è (e non sarà) così per i “Piani Attestati di Risanamento”, e per la “Composizione negoziata” della crisi d’impresa (oltre che per il Concordato semplificato), in quanto istituti disciplinati in sedi normative diverse.

¹⁸ Un esempio potrebbe essere rappresentato da una SGR che nel secondo semestre dell’anno 2021 si fosse accinta a valutare le prospettive dell’esercizio successivo: constatando ad esempio che con la fine dell’anno in corso sarebbero scaduti un certo numero di Fondi Comuni di Investimento, con conseguente cessazione, a far tempo dal 1° gennaio 2022, della riscossione delle relative commissioni di gestione (in conseguenza della liquidazione dei patrimoni gestiti e della successiva ripartizione del ricavato tra i titolari delle quote dei Fondi). Laddove, magari *a causa della crisi pandemica*, nel corso degli anni 2020 e 2021 la SGR non avesse costituito altri Fondi Comuni di Investimento, la cessazione dei flussi rappresentati dalla scadenza dei FCI gestiti, non sostituita dalla riscossione di commissioni derivanti da nuovi FCI, avrebbe senz’altro rappresentato un grave sintomo di prevedibile crisi economico-finanziaria. Tra i rimedi possibili si sarebbe potuto allora collocare il “consolidamento” dell’indebitamento della SGR presso la banca (o le banche) finanziatrici, magari accompagnato dalla costituzione di garanzie e dalla erogazione, nel breve termine, di “nuova finanza”. La prospettiva di poter conseguire, nella esecuzione del “Piano” di ristrutturazione che si sarebbe reso necessario, degli effetti (esenzione dalla revocatoria; prededuzioni; esimente penale – art. 324 c.c.i.i. come reso applicabile dall’art. 25-*sexies*, comma 8, c.c.i.i. –), ben potrebbe avere suggerito di scegliere di perseguire l’accordo con le banche finanziatrici nel contesto di una “Composizione negoziata” della crisi d’impresa.

Segue. La “Composizione negoziata” del gruppo di imprese

Il profilo della *flessibilità* dell’istituto con riguardo ai presupposti soggettivi di applicabilità si può cogliere anche con riguardo alla disciplina dettata per le ipotesi nelle quali l’impresa (o le imprese) in “crisi” facciano parte di un gruppo societario (come declinato dall’art. 25 c.c.i.i.). Si possono segnalare a tale proposito – rinviando per l’approfondimento dell’argomento alla sua sede propria¹⁹ –:

1. la possibile “concentrazione” della competenza (della Camera di Commercio) a ricevere la istanza di nomina dell’esperto indipendente, chiamato ad agevolare le trattative della società o delle società interessate;
2. la designazione di un unico esperto per tutte le società interessate;
3. la possibile “concentrazione” della competenza (giudiziale) a confermare o modificare le “misure protettive”;
4. la possibile partecipazione alle “trattative” – ed ai conseguenti effetti “incentivanti” e “protettivi” – anche delle imprese del “gruppo” non presentanti i requisiti per l’accesso alla “Composizione negoziata”;
5. la possibilità di stipulare, al termine delle trattative, “*in via unitaria uno dei contratti, convenzioni o accordi, di cui all’articolo 23, comma 1*”²⁰, ovvero “*accedere, separatamente od in via unitaria, alle soluzioni di cui all’articolo 23*” – art. 25, comma 9, c.c.i.i.

I presupposti oggettivi

Un quarto elemento di “flessibilità” dell’istituto può essere rinvenuto nella *pluralità di situazioni* nelle quali l’imprenditore può fare ricorso ad esso. In termini generici potrebbero essere definite le situazioni di “crisi”: ma è necessario approfondire *a quale tipologia di “crisi”* si possa ovviare attraverso il ricorso alla “Composizione negoziata”. A questa domanda si tenterà di dare una risposta nella competente sede²¹, potendosi qui soltanto anticipare, in termini sintetici, la soluzione che si indicherà come quella giudicata preferibile: l’ammissibilità alla “procedura” di Composizione negoziata di tutte le imprese versanti in una condizione genericamente qualificabile come “crisi”, *non importa con quali connotati di gravità ovvero di reversibilità*, all’unica (ma dirimente) condizione di prospettare, attraverso l’utilizzo dell’istituto, una soluzione ragionevolmente idonea a garantire, in qualsivoglia modo, *la continuità dell’attività d’impresa*.

¹⁹ *Infra*, Capitolo VI, §§ 12 e 16.

²⁰ Su cui *infra*, Capitolo XI, § 1.1.

²¹ *Infra*, § 4.

Risanamento “diretto” e risanamento “indiretto”

A proposito di quanto affermato in chiusura del paragrafo precedente, è opportuno sottolineare che un ulteriore elemento di “flessibilità” dell’istituto della “Composizione negoziata” può essere individuato nella possibilità di perseguire il risanamento dell’impresa tanto in via “diretta” – proseguendo cioè l’attività aziendale da parte del medesimo imprenditore-debitore –; quanto in via “indiretta” – perseguendo il superamento della situazione di “crisi” mediante l’affidamento della gestione dell’impresa ad un soggetto terzo –.

L’art. 12, comma 2, c.c.i.i. prevede che il superamento delle difficoltà dell’impresa possa avvenire “*anche mediante il trasferimento dell’azienda o di rami di essa*”.

L’art. 22, comma 1, lett. d), c.c.i.i. prevede che il tribunale possa “*autorizzare l’imprenditore a trasferire in qualunque forma l’azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all’articolo 2560, secondo comma, del codice civile*”; resta fermo l’art. 2112 c.c. In tal modo si agevola il trasferimento dell’azienda esonerando il cessionario dalla responsabilità dei “*debiti inerenti all’esercizio dell’azienda ... se essi risultano dai libri contabili obbligatori*”²² – ma mantenendone ferma la responsabilità verso i lavoratori²³ –.

Si deve peraltro intendere che tale forma di cessione dell’azienda rappresenti una *opportunità*, non già una modalità obbligata: onde il risanamento dell’impresa potrebbe essere perseguito e conseguito anche prevedendo l’accollo da parte del cessionario delle passività aziendali, *come strumento di soddisfacimento dell’imprenditore cedente del valore delle attività trasferite* – che, in caso contrario, il cessionario dovrebbe ovviamente soddisfare per l’intero ammontare lordo²⁴ –.

Il risanamento “liquidativo”

Un ultimo elemento di flessibilità dell’istituto è rappresentato dalla possibilità di farvi ricorso – e di conseguire quindi gli effetti, sia “protettivi” sia “incentivanti” – anche in una prospettiva di carattere liquidativo.

Nella procedura di “Composizione negoziata” delle imprese “*sopra soglia*”, è previsto che l’imprenditore, giunto alla conclusione delle trattative, possa “*proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui*

²² *Infra*, Capitolo VI, §§ 7 e 9.

²³ *Infra*, Capitolo IX, § 6.

²⁴ In argomento v. da ultimo M. SPIOTTA (*Imprenditore*) inadimplenti (*ma ancora viable*) est adimplendum?, in *ildirittodellacrisi.it*, 12 novembre 2021; R. GUIDOTTI, *La composizione negoziata e la direttiva Insolvency*, cit., p. 66 ss.; M. CIABATTONI, *Decreto legge 24 agosto 2021, n. 118: le condizioni di accesso alla Composizione negoziata della crisi e il ruolo dell’Organo di controllo*, in *ilcaso.it*, 5 ottobre 2021.

all'articolo 25-sexies" (art. 23, comma 2, lett. c), c.c.i.i.): che costituisce, per l'ap-punto, un istituto liquidativo.

Nella procedura *de qua*, che sia stata avviata da una impresa "sotto soglia", si prevede che "se all'esito delle trattative non è possibile raggiungere l'accordo, l'imprenditore può: ... e) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25-sexies" – art. 25-quater, comma 4, lett. c) –.

In questa seconda "procedura" (ma alla luce di tale conclusione, si deve perve-nire ad un analogo risultato anche per la prima) è espressamente affermato che "la domanda di concordato semplificato" costituisce una "alternativa" alle soluzioni qualificate come "idonee al superamento della situazione di crisi", conseguita at-traverso il ricorso alla "Composizione negoziata": dal ché si è ritenuto che tale mi-sura possa essere rappresentata **sin dall'origine**, da parte dell'imprenditore, ai pro-pri creditori, come strumento di composizione della crisi d'impresa²⁵.

2. La nuova figura dell'esperto come figura diversa da tutti gli altri profi-li professionali a vario titolo coinvolti nella crisi e la necessità di una nuova cultura dei rapporti tra i protagonisti economici

Il professionista esperto

La composizione negoziata della crisi si fonda sul ruolo attribuito al **professio-nista esperto**. Come si legge nella *Relazione*, che accompagnava il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, poi convertito con l. 21 ottobre 2021, n. 147²⁶ "la presenza dell'e-sperto non ha lo scopo e la funzione di sostituire l'imprenditore nel dialogo con i suoi creditori o con le altre parti interessate, ma serve a dare forza e credibilità alla posizione dell'impresa ed a rassicurare i creditori e le altre parti interessate".

La figura terza ed indipendente dell'esperto, chiamato a verificare costantemen-te la funzionalità e utilità delle trattative rispetto al risanamento e l'assenza di atti

²⁵ In argomento v. L. JEANTET, P. VALLINO, L. ROMANZI, D. TRAVERSA, *Composizione negoziata e liquidazione*, in *ildiritto bancario.it.*, 23 novembre 2022, i quali ritengono che "il risanamento og-gettivo possa corrispondere ad una liquidazione volontaria che opera una soddisfazione migliore ri-spetto all'alternativa equitativa giudiziale", così consentendo di avviare una procedura di Composi-zione negoziata della crisi d'impresa dichiaratamente rivolta a perseguire lo "sbocco" del deposito di una domanda di omologazione di un Concordato semplificato: sull'argomento si rinvia ad *infra*, nel testo.

²⁶ Sul quale ci si permette rimandare – oltre che ovviamente alla prima edizione di *questo volu-me* – a M. IRRERA, S. CERRATO, F. PASQUARIELLO (a cura di), *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento*, Zanichelli, Bologna, 2022.

pregiudizievoli per i creditori, dovrebbe conferire alle trattative un elevato livello di sicurezza ed eliminare il dubbio sull'esistenza di possibili atteggiamenti dilatori o poco trasparenti tenuti dalle parti coinvolte.

Ovvio a questo proposito che il buon funzionamento dell'istituto dipende dalla nomina, quali esperti, di soggetti ai quali gli "ambienti di riferimento" riconoscono le qualità necessarie per svolgere l'incarico e la scelta di persone inadatte – al di là dei profili puramente formali anche di formazione – potrà essere una ragione di mancato successo dell'istituto²⁷; si può ancora osservare sotto il profilo pratico che la nomina dell'esperto può permettere ai tribunali di non essere "investiti" da un numero rilevante di procedimenti.

Il compito dell'esperto viene fotografato – con efficace sintesi – dall'art. 12, comma 2, c.c.i.i. dove si prevede che deve agevolare *"le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento"* della condizione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa – si noti bene – *"anche median- te il trasferimento dell'azienda o di rami di essa"*²⁸.

L'esperto deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza previsti dall'art. 2399 c.c.²⁹. Deve operare in modo professionale, riservato, imparziale ed indipendente e *"può chiedere all'imprenditore e ai creditori tutte le informazioni utili o necessarie e può avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'imprenditore, e di un revisore legale"* (art. 4, comma 2); i costi di questi soggetti rimangono a carico dell'esperto il cui compenso, di natura prededucibile, è dettagliatamente determinato nell'ammontare³⁰.

Presso la camera di commercio di ciascun capoluogo di regione è formato un

²⁷ Varie sono le ipotesi in cui la Direttiva UE 2019/1023 prevede la designazione di un esperto che assista il debitore nella negoziazione coi propri creditori. Sotto diverso profilo si può osservare come nell'edizione del 15 maggio 2023 di Unioncamere dell'*Osservatorio Semestrale* sulla composizione negoziata sulla crisi d'impresa rilevi come le domande formalmente presentate alla data del 15 maggio 2023 ammontavano complessivamente a 767 unità.

²⁸ Analoga espressione si trova anche nella disciplina della liquidazione del patrimonio del concordato semplificato che pur essendo un concordato liquidatorio sembra avere come finalità proprio la prosecuzione dell'attività seppur, ovviamente, in modo "indiretto" e quindi attraverso il trasferimento dell'azienda: art. 25 *septies*, comma 2, c.c.i.i.

²⁹ *"E non deve essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'imprenditore né essere stati membri di organi di amministrazione o controllo dell'impresa né aver posseduto partecipazioni in essa"* (art. 4, comma 1).

³⁰ E v. l'art. 25-ter.

elenco di esperti³¹ che devono dimostrare anche il possesso di specifica formazione definita dal Ministero della Giustizia nel decreto del 28 settembre 2021. La nomina dell'esperto può avvenire anche al di fuori dell'ambito regionale e così la commissione regionale (composta da un magistrato, da un membro designato dal presidente della camera di commercio e da un membro designato dal prefetto) può attingere il nominativo da membri iscritti anche in altre regioni.

Ogni esperto non può svolgere più di due incarichi contestualmente (art. 17, comma 4, c.c.i.i.). Non è prevista la nomina di più esperti nelle situazioni di particolare complessità, ipotesi alla quale si sarebbe potuto pensare, sia in sede di conversione, sia in sede di “accorpamento” dell'istituto nel codice della crisi e dell'insolvenza con riferimento a crisi relative ad imprese di dimensioni rilevanti per le quali avrebbero potuto anche essere individuate le soglie.

In sede di conversione del decreto – e poi di inserimento della figura dell'esperto nel codice della crisi – si è invece inserito il c.d. “divieto della porta girevole”, di tal che, prima che siano trascorsi due anni dall'archiviazione della composizione negoziata l'esperto non può intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore (e v. prima l'art. 4, comma 1, d.l. 24 agosto 2018, n. 118, come risulta a seguito della legge di conversione e oggi l'art. 16, comma 1, c.c.i.i.).

L'esperto come figura *sui generis*

L'esperto, che non v'è motivo di ritenere sia un pubblico ufficiale, è una figura *sui generis* difficile anche solo da paragonare a quelle note agli operatori del mondo della crisi; è evidente come non siano pertinenti infatti i paragoni né con il curatore – l'esperto non gestisce e non deve chiedere autorizzazioni al tribunale –; né con il commissario giudiziale del concordato – l'esperto non è nominato dall'autorità giudiziaria e non deve vigilare sull'esercizio dell'impresa (può essere destinatario di notizie), non è tenuto a fare l'inventario ...; né con l'attestatore – non deve “garantire” la veridicità dei dati aziendali e non è indicato dall'imprenditore, in caso di continuità non deve “garantire” che la prosecuzione dell'attività di impresa prevista dal piano è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori –; in questo senso si esprime oggi anche l'art. 16, comma 2, c.c.i.i. nella parte in cui afferma che l'esperto non è equiparabile al professionista indipendente di cui all'art. 2, comma 1, lett. o), c.c.i.i.

Forse la figura che si avvicina di più a quella dell'esperto – pur rimanendo le due figure molto distanti anche per il contesto in cui operano³² – è quella del me-

³¹ E v. l'art. 13.

³² A titolo di esempio, nella fattispecie in esame non c'è necessariamente una controversia mentre la mediazione è definita dall'art. 1, comma 1, lett. a), d.lgs. citato nel testo come l'attività, comunemente denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti nella ri-

diatore, figura introdotta nel nostro ordinamento, in prima battuta, dal d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28³³. L'esperto deve infatti agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati al superamento della situazione di difficoltà in cui si trova l'impresa.

La responsabilità dell'esperto

Nulla dice il decreto in merito alla **responsabilità dell'esperto**³⁴. Sarebbe auspicabile un chiarimento perché ovviamente il successo dell'istituto dipende anche dall'accettazione del ruolo di esperti di persone con particolari capacità tecniche che saranno maggiormente invogliate ad iscriversi ai relativi albi e/o accettare gli incarichi ove le loro responsabilità siano chiaramente delineate dalla legge: tanto lo si era affermato anche in altra sede³⁵ nella piena consapevolezza che il decreto non andasse eccessivamente appesantito con disposizioni di dettaglio.

Si può ipotizzare, innanzi tutto, una responsabilità dell'esperto per violazione degli obblighi di terzietà, e per il caso lo stesso non abbia operato in modo professionale, riservato, imparziale ed indipendente (art. 16, comma 2, c.c.i.i.). Si può forse anche ipotizzare una responsabilità nel caso in cui l'esperto nella relazione di cui all'art. 17, comma 8, c.c.i.i. dichiara che il contratto, con cui si concludono le trattative (art. 23 comma 1, c.c.i.i.), è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore ai due anni, ove – con una valutazione *ex ante* – questo risulti oggettivamente impossibile.

Altro ovviamente è il tema della natura giuridica della responsabilità dell'esperto nei confronti delle parti protagoniste delle trattative. Si potrebbe ipotizzare che la fattispecie sia sussumibile nella c.d. responsabilità da contatto qualificato ovvero in quelle fattispecie nella quale la giurisprudenza afferma sorgano vere e proprie responsabilità contrattuali pur in assenza di contratto³⁶.

Sotto diverso profilo è poi ipotizzabile una responsabilità dell'esperto per falsa indicazione delle proprie competenze o della formazione acquisita.

Con riferimento alla commissione che nomina l'esperto si può ipotizzare una

cerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, anche con la formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa.

³³ Sulle funzioni di detta figura si punta, tra l'altro, ulteriormente nella delega al Governo per l'efficienza del processo civile (l. 26 novembre 2021, n. 206) e poi nel d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149.

³⁴ In argomento: A. PASSANTINO, *L'esperto nella composizione negoziata della crisi. Funzioni, poteri e responsabilità*, in *Ristr. aziendali*, 21 novembre 2021, p. 1 ss.

³⁵ R. GUIDOTTI, *Di alcune possibili modifiche al disegno di legge 2371 relativo alla conversione del decreto 24 agosto 2021, n. 118, sulla disciplina della crisi d'impresa*, in *Ristr. aziendali*, 5 ottobre 2021, p. 6.

³⁶ Cass., 19 febbraio 2013, n. 4030.

responsabilità per *culpa in eligendo* (nel caso in cui sia stata indicata persona del tutto inadatta al ruolo per la complessità dell'incarico se posta in relazione, per esempio, con la sua esperienza), sembra da escludere invece una responsabilità *per culpa in vigilando*, dovendosi ritenere che il compito della commissione si esaurisca con la nomina dell'esperto stesso.

La nuova cultura dei rapporti tra protagonisti economici

Anche solo dalla lettura di questi primi paragrafi si deduce come si sia di fronte ad una **nuova cultura di rapporti tra protagonisti economici**. Tanto si deduce da tantissimi indici tra i quali possono essere segnalati il dovere dell'imprenditore di rappresentare la propria situazione all'esperto, ai creditori e agli altri soggetti interessati in modo completo e trasparente e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 16, comma 4, c.c.i.i.).

Tutte le parti coinvolte nelle trattative poi hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito, a loro volta, con l'imprenditore e con l'esperto; si prevede anche che le parti hanno l'obbligo di dare riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata (art. 16, comma 6, c.c.i.i.); per le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti sono poi – si specifica ulteriormente – tenuti a partecipare alle trattative con risposta tempestiva e motivata (art. 16, comma 5, c.c.i.i.).

Le trattative vedono poi solo come *eventuale* l'intervento dell'autorità giudiziaria e vengono condotte con modalità di natura privatistica all'infuori *tendenzialmente* di un procedimento giurisdizionale; siamo quindi di fronte ad un percorso: stragiudiziale, riservato e (sicuramente) volontario³⁷. L'autorità giudiziaria interviene solo nei momenti più importanti del percorso.

Ulteriore indice del cambio di passo al quale si assiste è la circostanza che, ad eccezione del momento in cui – ai sensi dell'art. 19, comma 4, c.c.i.i., – il tribunale lo sente nel corso della valutazione dell'emissione di provvedimenti cautelari e/o misure protettive, e quindi per finalità proprie del percorso di risanamento, l'esperto, ai sensi dell'art. 16, comma 3, c.c.i.i., “*non può essere tenuto a deporre sul contenuto*

³⁷ La riforma era necessaria anche in considerazione del fatto che – si legge sempre nella *Relazione* al d.l. n. 118/2021 – molte imprese non saranno in grado di garantire la propria continuità una volta venute meno le misure straordinarie di sostegno tramite le quali lo Stato è intervenuto a seguito della pandemia; queste imprese non hanno “*idonei mezzi o strumenti per analizzare e comprendere la situazione in cui si trovano né per evitare che la crisi degeneri in dissesto irreversibile. Tale constatazione è particolarmente evidente per le micro, piccole e medie imprese, che rappresentano il substrato del sistema produttivo nazionale e che possono essere efficacemente sostenute se le si accompagna in un processo di presa di coscienza della situazione aziendale esistente e delle soluzioni praticabili per prevenire la crisi o per raggiungere il risanamento aziendale in caso di crisi, o di insolvenza, già esistente*”.

delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità"³⁸.

3. Finalità "macro" e obiettivi "micro"

"Finalità macro"

Nell'occuparsi delle finalità³⁹ e degli obiettivi minimi che il percorso si propone di permettere di raggiungere a chi lo intraprende è bene dire che siamo di fronte ad un istituto che non è una procedura concorsuale in senso tecnico⁴⁰ (come già indicato nel 1 § di questo cap.) e a una disciplina che riguarda, correttamente, il diritto dell'impresa (e non quello delle società).

Non è questa la sede per prendere in considerazione quelle opinioni, che pur sono state espresse, di assoluta e aprioristica, contrarietà all'istituto in esame; opinioni rimaste ad oggi isolate⁴¹.

Già nell'immediatezza della pubblicazione del decreto poi convertito si era proposto di limitarsi a verificare se il provvedimento sia – o meno – idoneo a perseguire il fine che il legislatore si è proposto, ovvero il risanamento dell'impresa nella convinzione che detto risanamento rappresenti anche per i creditori la miglior alternativa possibile rispetto alla gestione della crisi in sede concorsuale⁴²; ed nel

³⁸ Si applicano al proposito anche le disposizioni di cui all'art. 200 c.p.p., relativo al segreto professionale, e le garanzie di libertà previste per il difensore dall'art. 103 c.p.p., in quanto compatibili.

³⁹ In argomento, F. SANTANGELI, *Le finalità della composizione negoziata per la soluzione delle crisi*, in *dirittodellacrisi.it*, 4 gennaio, 2022, p. 1 ss.

⁴⁰ Cfr., in argomento, R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristr. aziendali*, 8 settembre 2021, p. 1 ss., *ivi* a p. 14; in argomento si consulti anche R. RUSSO, *Il giano bifronte della composizione negoziata: la circolazione dell'azienda tra nuovo dato legislativo e problemi irrisolti*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 1247 ss.

⁴¹ Tra gli autori che hanno criticato la riforma si segnala P. LICCARDO, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *giustiziainsieme.it*, 7 settembre 2021, al quale ha poi replicato A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *dirittodellacrisi.it*, 1° ottobre 2021; si possono leggere le critiche anche di D. GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare*, ne *ifallimentarista.it*, 27 luglio 2021, e la replica di M. FABIANI, *La proposta della commissione Pagni all'esame del governo: valori, obiettivi e strumenti*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 agosto 2021, che peraltro non pare aver fatto mutare opinione all'autore: e v. D. GALLETTI, *Breve storia di una (contro)riforma annunciata*, in *ifallimentarista.it*, 1° settembre 2021.

⁴² R. GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristr. aziendali*, 8 settembre 2021, p. 1 ss., *ivi* a p. 3; cfr. anche p. 8 della *Relazione accompagnatoria al decreto legge*.

risanamento dell'impresa pare possa essere individuata quella che il decreto del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021 individua, nel definire i temi di formazione, quale "finalità macro".

Obiettivi "micro"

Dalla lettura dell'articolato sembra innanzi tutto che il primo obiettivo, minimo, che il provvedimento si propone sia quello di fornire all'impresa uno strumento "amico" con il quale le sia possibile affrontare lo stato di difficoltà, indipendentemente dall'esito del percorso. L'altro – al di là dell'espressione utilizzata nel decreto del Ministero appena citato che non pare di facile interpretazione quando si esprime in termini di obiettivi "micro" – sembra essere quello di agevolare l'emersione anticipata della crisi, la quale sembra che fosse, in qualche modo, ostacolata dalla legge fallimentare che "*ruotando intorno agli istituti del concordato preventivo e del fallimento*" scoraggiava "*l'imprenditore dal far ricorso alle procedure in essa previste, aventi natura prevalentemente giudiziale. Senza considerare che il ricorso massiccio ad istituti concorsuali che impediscono il pagamento spontaneo dei creditori rischia di sottrarre risorse finanziarie al sistema delle imprese*". Ovviamente entrambi gli obiettivi sono minimi in relazione alle singole fattispecie – nel senso che il legislatore mette in conto poi anche il possibile insuccesso del nuovo istituto – ma hanno una evidente importanza "culturale" con riferimento ad un nuovo approccio alla difficoltà dell'impresa⁴³.

4. Lo stato di difficoltà e quello di crisi

L'art. 12, comma 1, c.c.i.i., che introduce la disciplina del nuovo istituto della "Composizione negoziata", fa riferimento alla situazione dell'imprenditore commerciale o agricolo "*che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario ... e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*".

La norma prosegue precisando che in tale caso l'esperto (di cui l'imprenditore che versi nella situazione descritta può chiedere la nomina al fine di agevolare le trattative con i creditori) può collaborare per il superamento delle condizioni precisate, "*anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa*".

L'art. 22, comma 1, lett. d), prevede, lo si è già visto, che nel contesto della procedura di "Composizione negoziata", il tribunale possa autorizzare l'impre-

⁴³ Cfr. S. PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristr. aziendali*, 9 agosto 2021.

ditore “*a trasferire in qualunque modo l’azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all’articolo 2560, secondo comma, del codice civile*” – cioè la responsabilità del cessionario per le passività inerenti all’esercizio dell’azienda ceduta, risultanti dai libri contabili obbligatori –, fermo restando l’art. 2112.

Si può quindi concludere che l’accesso alla “Composizione negoziata” è consentito anche quando l’obiettivo dell’imprenditore sia perseguito “in via indiretta”, cioè mediante il trasferimento (di tutta o parte) dell’azienda.

Per ciò che concerne i *presupposti oggettivi* dell’accessibilità all’istituto, l’art. 12 cit. allude alla “*probabilità*” di una situazione di “crisi” o di “insolvenza”: così ammettendo il ricorso alla “Composizione negoziata” anche se la situazione paventata (“crisi” o “insolvenza”) non è “*attuale*”; non è neppure “*sicura*”; ma è soltanto “*probabile*”.

Tale nozione si discosta dunque dal presupposto della liquidazione giudiziale (art. 2, comma 1, lett. *b*), c.c.i.i.: “*il debitore non è più [già ora] in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”), perché la condizione di “crisi” rilevante potrebbe anche essere compatibile con uno stato di regolarità finanziaria, messa però in pericolo da fattori giudicati “probabili”.

Neppure vi è coincidenza con la nozione di “crisi” costituente il presupposto di ammissibilità al Concordato preventivo: essendo quest’ultima rappresentata dalla situazione nella quale l’imprenditore “*si trova*” nello stato di crisi, non già nella situazione che è “*probabile*” che vi ci si possa (**forse**) trovare **in futuro**.

Maggiore affinità si può cogliere con la nozione di “crisi” definita dal c.c.i.i. – art. 2, comma 1, lett. *a* –, la quale pare alludere ad una “*probabilità*” (di insolvenza): ma diversamente da questa la nozione di “crisi” rilevante ai fini dell’ammissibilità alla “Composizione negoziata” non si deve manifestare “*come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a fare fronte regolarmente alle obbligazioni nei successivi dodici mesi*”.

In termini generali – dunque – la sensazione è che il presupposto oggettivo delineato dall’art. 12 c.c.i.i. per l’accesso alla “Composizione negoziata” possa considerarsi ricorrere *anche in situazioni meno gravi* di quelle che rappresenterebbero (non solo il presupposto per l’assoggettamento alla liquidazione giudiziale o all’ammissione al Concordato preventivo, ma anche) la condizione per l’accesso alle procedure disciplinate in linea di principio dal codice della crisi.

Per converso, peraltro, occorre altresì considerare la circostanza che la conclusione alla quale si è pervenuti *non consente di escludere dall’ammissibilità all’istituto le imprese versanti in situazioni totalmente divergenti da quelle ipotizzate*: in particolare, in situazioni di insolvenza, già **attuale**, nonché – si deve ritenere, come si dirà – **irreversibile**.

L’art. 18, comma 4, c.c.i.i. afferma che dal giorno di apertura della procedura di “Composizione negoziata” “*la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata*”: il ché po-

stula che l'impresa ammessa alla procedura di "Composizione negoziata" sia già insolvente (e magari già oggetto di una istanza di liquidazione giudiziale e già soggetta ad istruttoria "prefallimentare").

Nello stesso modo l'art. 21, comma 1, c.c.i.i. (che riproduce l'art. 9, comma 1, d.l. n. 118/2021, come era stato introdotto dalla legge di conversione n. 147/2021), disciplinando l'ipotesi nella quale "*nel corso della composizione negoziata risulta che l'imprenditore è insolvente*", non dispone che la procedura si interrompa, e l'esperto avvii il procedimento di archiviazione della procedura stessa, ma – più semplicemente – dispone che l'imprenditore gestisca l'impresa "*nel prevalente interesse dei creditori*".

Si deve pertanto prendere atto che anche l'imprenditore già insolvente; ovvero anche l'imprenditore di cui si accerti l'insolvenza nel corso delle trattative avviate con la collaborazione dell'esperto; sia legittimato a ricorrere alla (ed a continuare ad avvalersi della) procedura di "Composizione negoziata"⁴⁴.

Tale conclusione interpretativa rappresenta il risultato di un dibattito che, soprattutto in giurisprudenza, è pervenuto spesso ad esiti non del tutto chiari, nel momento in cui talora si è espressamente **escluso** l'accesso alla Composizione negoziata per le imprese **già** versanti stato di insolvenza⁴⁵; talaltra – e per lo più – si è ritenu-

⁴⁴ La conclusione non sarebbe condivisa dalle banche, in termini generali. Nel documento sottoposto alle banche "*Composizione negoziata e strumenti di regolazione della crisi. Spunti di riflessione*", nel maggio 2023 (ABI, *Position paper*), l'Associazione Bancaria Italiana suggerisce che "*all'art. 25-quinquies, dopo le parole 'non può essere presentata dall'imprenditore' ... siano inserite le seguenti 'qualora insolvente, ovvero ...'*".

⁴⁵ Trib. Siracusa, 14 settembre 2022 (in *ilcaso.it*, 1° ottobre 2022; e in *Fallimento*, 2023, p. 247, con nota di L. PANZANI, *L'imprenditore insolvente nella composizione negoziata*), secondo il quale "*l'apparente dicotomia tra le condizioni di accesso declamate dall'art 2 (ora 12) – la probabilità di crisi o insolvenza – e i riferimenti alle imprese in stato di insolvenza (seppure reversibile) sparsi nelle norme di legge (art. 9 d.l.: ora 21 CCII), nel decreto dirigenziale e nella relazione illustrativa, va risolta alla luce della distinzione tra condizioni di accesso alla composizione negoziata e presupposti per la prosecuzione delle trattative, nel senso che lo stato di insolvenza sussistente al momento dell'istanza di nomina dell'esperto e rilevato ex ante dall'imprenditore preclude l'accesso alla composizione negoziata, mentre lo stato di insolvenza che sopravvenga e venga rilevato dall'esperto nel corso delle trattative non preclude la prosecuzione del procedimento, laddove sussistano concrete prospettive di risanamento*". In questo senso, in dottrina, F. LAMANNA, *Il codice della crisi e dell'insolvenza ecc.*, cit., p. 139, secondo il quale "*non può accettarsi invece la tesi, già affiorata in alcuni commenti anche sulla scia di alcune considerazioni contenute nel Documento allegato al già citato decreto dirigenziale, secondo cui anche una impresa che attualmente sia in stato di insolvenza potrebbe accedere alla composizione negoziata. L'art. 12 non legittima affatto tale conclusione, giacché il riferimento ad una semplice **probabilità di insolvenza** presuppone che quest'ultima, appunto, **ancora non sia attuale**. Né lo legittima la direttiva UE n. 1023/2019, che riserva i quadri di ristrutturazione preventiva solo alle imprese che ancora insolventi non siano. In ultima analisi, il tenore dell'art. 12 impone di ritenere, anche alla luce orientativa della direttiva, che, per accedere alla composizione negoziata, l'insolvenza possa solo essere pronosticata come evento fu-*

to di dovere condizionare l'ammissione alla Composizione negoziata alla circostanza che l'eventuale condizione di insolvenza dell'impresa interessata potesse essere giudicata "reversibile"⁴⁶.

A tale opinione si è tuttavia opposta l'affermazione della irrilevanza del carattere eventualmente irreversibile della situazione di "crisi" nella quale versasse l'impresa interessata, rilevando esclusivamente la circostanza che l'obiettivo dalla stessa perseguito con l'accesso alla Composizione negoziata fosse rappresentato dal mantenimento (ovvero dal riavvio) dell'attività d'impresa, in alternativa alla cessazione del suo esercizio⁴⁷.

Questo secondo orientamento pare destinato ad affermarsi, con un esito che deve essere giudicato condivisibile, per le ragioni sopra rappresentate⁴⁸.

turo, non invece che possa essere diagnosticata come situazione già certa e sussistente nell'attualità".

⁴⁶ In argomento Trib. Lecco, 2 gennaio 2023, in *dirittodellacrisi.it*, secondo il quale "l'accesso al procedimento di composizione negoziata della crisi non è di per sé precluso dallo stato di insolvenza dell'imprenditore, quanto piuttosto dalla mancanza di ragionevoli prospettive di risanamento che rendono irreversibile tale condizione"; Trib. Salerno, 7 febbraio 2023, in *ilcaso.it*, 10 marzo 2023, secondo il quale "l'accesso al procedimento di composizione negoziata della crisi non è di per sé precluso dalla condizione di insolvenza dell'imprenditore, ma dalla sua irreversibilità, presupposto questo che costituisce anche condizione necessaria per la conferma delle misure protettive, posto che soltanto una prognosi positiva in ordine al buon esito delle iniziative assunte o prospettate per la regolazione della crisi o dell'insolvenza può giustificare un provvedimento giudiziale di compressione delle azioni dei creditori in un contesto di natura stragiudiziale, come quello della composizione negoziata, privo delle garanzie che assistono gli strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza, quali gli obblighi informativi periodici e la nomina di un commissario giudiziale che riveste la qualità di pubblico ufficiale"; Trib. Ravenna, 17 marzo 2023, secondo il quale "non si ritiene, in astratto, condivisibile l'assunto pretorio (fatto proprio pure da parte del creditore opponente ...) che postula l'assoluta inconciliabilità tra stato di insolvenza e composizione negoziata della crisi. Si ritiene infatti, d'accordo con la giurisprudenza largamente maggioritaria da ultimo formata sul punto, che l'elemento davvero dirimente consti nella reversibilità della condizione di crisi o di insolvenza, e non già sulla già raggiunta situazione di illiquidità che comporta l'impossibilità di adempimento, ogni qualvolta quest'ultima non sia divenuta irreversibile". In argomento v. P. BASTIA, *op. cit.*

⁴⁷ In argomento v. Trib. Bologna, 8 novembre 2022 (in *Fallimento*, 2023, p. 242 ss., con nota di L. PANZANI, *L'imprenditore insolvente nella composizione negoziata*, cit.), secondo il quale "l'imprenditore che già si trovi in stato di insolvenza può accedere alla composizione negoziata. Tale situazione non preclude l'applicazione e la conseguente conferma delle misure protettive richieste, a condizione che esse siano coerenti con il risanamento dell'impresa, così come proposto ed attuato dall'imprenditore", commentando le due già citate pronunce di Trib. Siracusa, 14 settembre 2022, e di Trib. Bologna, 8 novembre 2022, sulla base della *ratio legis*, dei lavori preparatori e di ragioni di interpretazione sistematica, conclude che l'accesso alla Composizione negoziata non è impedito all'imprenditore insolvente, purché vi siano ragionevoli probabilità di risanamento e si tratti quindi di insolvenza reversibile.

⁴⁸ In questo senso, di recente, N. NISIVOCIA, *Il ricorso alla composizione negoziata è ammissibile anche se l'insolvenza e la crisi sono già insorte e conclamate?* (in *il fallimentarista*, 13 aprile

Se mai il dibattito è destinato a trasferirsi sul terreno della valutazione del carattere indispensabile, ovvero soltanto facoltativo, del perseguimento dell'obiettivo del risanamento dell'impresa, piuttosto che della ricerca del migliore soddisfacimento dei creditori, *anche prescindendo dalla continuazione dell'esercizio dell'azienda*.

In dottrina è stata espressa l'opinione secondo la quale *“il quadro normativo consente di affermare che il “risanamento dell'impresa” non necessariamente deve avvenire attraverso una prosecuzione dell'impresa in continuità diretta o indiretta, con conseguente impossibilità di escludere tout court una ipotesi di liquidazione (totale o parziale)⁴⁹. In tale prospettiva “il risanamento oggettivo” potrebbe “corrispondere ad una liquidazione volontaria che offra una soddisfazione migliore rispetto all'alternativa liquidativa giudiziale”*: ciò in considerazione della circostanza che *“anche l'applicazione del test pratico e i chiarimenti della lista di controllo del D.M. 28 settembre 2021 rendono evidente che nell'espressione, di per sé generica, ‘ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa’ di cui all'art 12 c.c.i.i., debba, a seconda dei casi e, in particolare, della gravità della crisi dell'istante, ricomprendersi tanto il risanamento ‘dell'impresa’, tramite una prosecuzione (totale o parziale) della sua attività in ‘continuità diretta’ o ‘indiretta’, quanto il risanamento della ‘esposizione debitoria dell'impresa’ tramite la soddisfazione dei creditori anche con i proventi della liquidazione dell'attività”⁵⁰.*

In tale prospettiva si deve ritenere che l'imprenditore potrebbe avviare la pro-

2023), secondo il quale *“l'orientamento favorevole all'accesso alla composizione negoziata anche in caso di insolvenza appare senz'altro preferibile, perché appare corretto in se stesso. E basterebbe, anche da solo, il primo degli argomenti che lo sorreggono: se è vero che la composizione negoziata è volta al risanamento dell'impresa, e questo è indubabilmente vero (perché le norme sono chiarissime, al riguardo, e perché lo conferma anche la relazione illustrativa che le accompagna), poco importa che l'impresa sia in crisi o insolvente solo in prospettiva o che lo sia già. Quello che importa è che il risanamento sia possibile e ragionevole, e che rappresenti una ipotesi concreta: negare l'accesso alla composizione negoziata a chi avesse reali possibilità di risanamento solo in virtù di una interpretazione letterale della norma significherebbe confondere la forma con il formalismo, l'apparenza con la realtà; significherebbe violare le norme stesse nello spirito che le anima, tradire la funzione in vista della quale sono state emanate e ridurne drasticamente la portata”*.

Nel senso di ritenere ammissibile l'accesso alla composizione negoziata anche all'impresa versante **già** in condizione di “insolvenza”, v. A. ROSSI, *Commento all'articolo 12*, cit., p. 78; D. GALLETI, in *ilFallimentarista*, 1° settembre 2021; G. D'ATTORRE, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, cit., 30; F. VALERINI, S. GAMBADORO, *op. cit.*, p. 23.

⁴⁹ L. JEANTET, P. VALLINO, L. ROMANZI, D. TRAVERSA, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰ In senso contrario Trib. Livorno, 8 febbraio 2023 (in *ilcaso.it*, 9 febbraio 2023), secondo il quale *“il risanamento dell'impresa va inteso come riequilibrio finanziario e patrimoniale che consenta all'impresa di restare sul mercato e tale finalità può essere perseguita solo attraverso la continuazione dell'attività da parte dello stesso imprenditore o la cessione dell'azienda a terzi. L'obiettivo della composizione negoziata non è, quindi, la mera ristrutturazione dell'esposizione debitoria, bensì la salvezza dell'attività d'impresa”*.

cedura di Composizione negoziata anche dichiarando sin dall'origine che l'obiettivo perseguito sarebbe il deposito della domanda di omologazione di un Concordato semplificato, teso ad assicurare ai creditori un trattamento migliore di quello che sarebbe perseguibile con l'apertura della liquidazione giudiziale: se mai, ponendo la condizione che *“l'imprenditore, in modo leale e trasparente, riferisca all'esperto che non ha prospettive di continuazione ed affidi a lui il compito di spiegare creditori che la CNC supera ogni alternativa concretamente praticabile, perché consente risparmi di costi che sarebbero fisiologici in un Concordato o in una liquidazione giudiziale”*⁵¹.

La conclusione pare tuttavia discutibile, perché l'ipotesi dell'ammissibilità di una procedura di Composizione negoziata della crisi d'impresa dichiaratamente volta **fin dall'origine** al deposito della domanda di omologazione di un Concordato semplificato, finirebbe per privare di senso la previsione della procedura di Concordato preventivo “liquidativo” c.d. “ordinario“, non essendo facile individuare le ragioni per le quali il secondo dovrebbe essere preferito al primo, allorché l'imprenditore si proponga di procedere alla liquidazione del patrimonio ed alla ripartizione del ricavato tra i creditori⁵².

⁵¹ L. JEANTET, P. VALLINO, L. ROMANZI, D. TRAVERSA, *op. cit.*, p. 2. Secondo questi AA. “... anche in caso di mancata conferma delle misure protettive e di conversione della CNC in procedura maggiore, ben potrebbe perseguirsi nell'ambito del procedimento unitario una soluzione alternativa alla liquidazione giudiziale. Con il ché, non si comprenderebbe perché il medesimo percorso sia asimmetricamente possibile in tutti i procedimenti diversi dalla CNC, ma giammai nella stessa”. In senso contrario S. ROSSETTI, *Presupposti e condizioni per l'accesso alla composizione negoziata. Il valore perseguibile: il risanamento dell'impresa* (in *dirittodellacrisi*, 3 aprile 2023), secondo il quale “... sarà bensì possibile per una società in liquidazione accedere al percorso proponendo la vendita della propria azienda – se rimane sul mercato risanata – al fine di soddisfare con il ricavato i propri creditori. Viceversa, un piano meramente liquidatorio che prevedesse la dismissione atomistica dell'azienda senza salvaguardare il suo valore e, quindi, senza attuare alcun risanamento, non potrà essere proposto nell'ambito di una composizione negoziata, anche allorquando, con le dismissioni programmate, fossero integralmente soddisfatti tutti i creditori: il fine della composizione negoziata è il risanamento dell'impresa, se all'esito non resterà alcuna impresa, il percorso non potrà essere intrapreso ... Da ciò ne consegue che l'accesso al concordato semplificato non potrà essere concesso a quegli imprenditori che ex ante non avessero a disposizione un piano concreto, ragionevole e serio per il risanamento dell'impresa e che attendeva solo l'esito delle trattative per essere attuato ovvero, eventualmente, sviluppato, corretto e implementato”.

⁵² In termini parzialmente differenti, e complessivamente condivisibili, si atteggia l'esempio proposto da G. COVINO, L. JEANTET, P. VALLINO, *La scelta dello strumento ristrutturatorio in un sistema concorsuale a geometria variabile* (in *diritto bancario.it*, 10 maggio 2023), che propongono questo esempio: “se una impresa immobiliare dispone di una manifestazione di interesse per l'acquisto del suo principale asset ad un valore inferiore a quello di perizia, ma sufficiente ad offrire un ripagamento (seppur minimo) a tutti i creditori, allora essa ben potrà avviare la composizione, dichiarare che impiegherà il periodo protetto per cercare offerte migliorative, dimostrare che l'even-

Pervenuti alla conclusione che l'istituto è accessibile anche all'imprenditore insolvente; e che esso lo rimane anche nell'ipotesi nella quale l'imprenditore (eventualmente già insolvente) si proponga di cedere l'azienda a terzi; il presupposto che rimane da verificare è dunque rappresentato dal perseguimento dell'obiettivo di conseguire *“il risanamento dell'impresa”*.

Tale requisito è richiesto, in termini generali, dall'art. 12, comma 1, c.c.i.i. (la richiesta della nomina dell'esperto può essere avanzata quando si ritiene ragionevolmente perseguibile *“il risanamento dell'impresa”*); ed è ribadito, nell'ipotesi di insolvenza sopravvenuta, dall'art. 21, comma 1, c.c.i.i., il quale (a seguito delle modifiche apportate dalla legge di conversione n. 147/2021 al d.l. n. 118/2021, e poi trasferite nella citata disposizione del c.c.i.i.) consente bensì la prosecuzione delle trattative – e con esse la prosecuzione del procedimento – nonostante la sopravvenuta insolvenza dell'imprenditore, ma alla condizione che *“esistano concrete prospettive di risanamento”*⁵³.

Si deve allora concludere che la condizione di ammissione all'istituto sia rappresentata da *un presupposto oggettivo negativo*: non ammettere che il risultato dello *“strumento”* della composizione negoziata possa essere rappresentato dalla cessazione dell'attività d'impresa, per quanto tale esito potesse rappresentarsi più favorevole per i creditori rispetto all'apertura di altra procedura di composizione negoziale della crisi d'impresa, od alla stessa liquidazione giudiziale⁵⁴.

tuale insuccesso della ricerca non pregiudicherà la fattibilità dell'operazione se accettata dai creditori, rappresentare attraverso quali strumenti, anche implicanti un cram down, sarà possibile perfezionare l'operazione ristrutturativa e così comprovare che la mancata accettazione non pregiudicherà i presupposti di accesso ad un concordato semplificato”.

Nella relazione pubblicata in data 15 settembre 2022 la Corte di cassazione ha affermato che *“il presupposto oggettivo, che va da uno stato di pre-crisi fino ad una situazione prossima o addirittura di insolvenza, purché ancora reversibile, rappresenta certamente uno degli aspetti più interessanti, e, al tempo stesso, critici, dei nuovi istituti della composizione negoziata e del concordato semplificato, che del primo può costituire un possibile sbocco, laddove le trattative abbiano esito negativo, e, tuttavia, il debitore le abbia affrontate in buona fede e in una situazione nella quale egli aveva ancora delle soluzioni concrete da offrire ai creditori, ai quali, pertanto, in ultima istanza deve imputarsi il fallimento della fase di negoziazione”*.

⁵³ Secondo F. VALERINI, S. GAMBADORO, *op. cit.*, p. 26, *“si può, quindi, concludere, che il presupposto di accesso sia rappresentato dall'esistenza di concrete prospettive di risanamento, perseguibili in via diretta, tramite un accordo con i creditori che consenta la prosecuzione dell'attività d'impresa, oppure in via indiretta, tramite il trasferimento dell'azienda a terzi”*.

⁵⁴ In ragione delle suindicate finalità della Composizione negoziata è stata negata la conferma delle misure protettive ad un imprenditore che ha prospettato la dismissione dell'intero proprio patrimonio immobiliare per soddisfare i creditori, senza adombrare alcuna concreta, quand'anche embrionale, ipotesi di risanamento funzionale alla prosecuzione dell'attività d'impresa (Trib. Bergamo, 15 marzo 2022, in *OneLEGALE*, <https://onelegale.wolterskluwer.it>). La protezione è stata negata anche a quell'imprenditore che ha proposto la liquidazione dell'attivo a favore di una società correlata con pagamento falcidiato dei creditori ma con una ripresa della continuità diretta del tutto astratta e mera-

Se si condivide questa conclusione si può altresì ammettere che l'accesso alla Composizione negoziata sia consentito anche alla società che si trova *in stato di liquidazione*⁵⁵: non rilevando tanto la condizione nella quale l'impresa versa nel momento di avvalersi dello "strumento" della Composizione negoziata, quanto piuttosto l'obiettivo perseguito di superare la situazione di "crisi" *mantenendo l'esercizio dell'attività di impresa* (direttamente o indirettamente)⁵⁶.

mente ipotetica (Trib. Ferrara, 21 marzo 2022, *OneLEGALE*, <https://onelegale.wolterskluwer.it>) – in argomento M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi: gli orientamenti della giurisprudenza ad un anno dall'esordio*, in *Fallimento*, 2023, 111; nonché, in generale, A. ROSSI, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, *ivi*, 2021, p. 1475.

⁵⁵ In argomento, in generale, L. JEANTET, P. VALLINO, L. ROMANZI, D. TRAVERSA, *op. cit.*: "Se ciò è vero, allora la sola 'liquidazione' incompatibile con una composizione negoziata (o anche con un piano di risanamento) dovrebbe essere quella che veda l'entità cessare qualunque attività di impresa e procedere ad una vendita atomistica dei suoi attivi. Ma, se questa stessa entità vedesse condurre un esercizio provvisorio liquidativo e quindi non cessasse ogni attività, non dovrebbero esservi preclusioni ad inserire i relativi pagamenti nel contesto protetto di una CNC". In argomento, v. anche S. ROSSETTI, *op. ult. cit.*, secondo il quale in linea generale lo stato di liquidazione della società non impedisce alla stessa di proporre una domanda di Composizione negoziata, anche senza programmare una revoca del proprio stato di liquidazione, allorché il piano preveda, nei fatti, il trasferimento dell'azienda, e con il ricavato il pagamento dei creditori, ancorché, probabilmente, in modo solo parziale. L'A. osserva che "per convincersene, bisogna osservare che l'art. 12 CCII punta al risanamento dell'impresa e non, correttamente, dell'imprenditore. Deve tenersi distinto, infatti, il profilo oggettivo da quello soggettivo e convenire sul fatto che la crisi è riferibile all'attività di impresa, di cui descrive lo stato di malfunzionamento; l'insolvenza riguarda invece il soggetto di diritto divenuto incapace di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni". In conseguenza di ciò "nell'ambito della composizione negoziata, la probabilità concreta e ragionevole di una continuità dell'impresa risanata in senso oggettivo è un fine imprescindibile ancorché l'esito del percorso dipenderà dalle trattative con i creditori". In giurisprudenza Trib. Bologna, 8 novembre 2022 (menzionata da L. JEANTET, P. VALLINO, L. ROMANZI, D. TRAVERSA, *op. cit.*), conclude che "diventa centrale nella valutazione da condurre nella parentesi giudiziaria attinente all'eventuale conferma delle misure protettive non tanto il punto di partenza della procedura ma il punto di approdo e cioè il risanamento dell'impresa attraverso le trattative con i creditori". In argomento v. anche M. SPADARO, *Composizione negoziata della crisi: gli orientamenti della giurisprudenza ad un anno dall'esordio*, *cit.*, p. 113; E. BISSOCOLI, *La presunta incompatibilità tra lo stato di liquidazione (recte: il piano di liquidazione) e la composizione negoziata della crisi d'impresa: un equivoco da evitare, in dirittodellacrisi.it.*, 31 agosto 2022.

⁵⁶ Secondo Trib. Arezzo, 16 aprile 2022 (in *Quaderni di ristrutturazioni aziendali*, 2022, p. 229), "l'accordo con i creditori che preveda la totale dismissione dell'attivo è inconciliabile con la composizione negoziata della crisi, tenuto conto che l'obiettivo di tale procedura è il perseguimento di una concreta prospettiva di risanamento, inteso come l'equilibrio finanziario e patrimoniale che consenta all'impresa di restare sul mercato (obiettivo invero perseguibile, in linea di principio, anche dalla società in liquidazione, atteso che incompatibile con la composizione negoziata non è tanto lo stato di liquidazione societaria in sé e per sé considerato, quanto la sussistenza di una insolvenza irreversibile e l'assenza di una concreta prospettiva di risanamento)".

5. La percorribilità del risanamento dell'impresa anche in caso di insolvenza, se reversibile

La crisi

Come già rilevato nel § 4 di questo capitolo, il legislatore si è discostato dalla definizione di crisi di cui all'art. 2, comma 1, lett. a), c.c.i.i. perché oggi non siamo più di fronte allo stato di *“squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*⁵⁷.

Nel decreto, poi convertito, si dice che *“[l']imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario della camera di commercio [...] la nomina di un esperto indipendente [...]”*⁵⁸; siamo quindi, in prima battuta, in una fase in cui la crisi è probabile, ma non ancora in atto (e v. l'art. 2, comma 1, d.l. n. 118/2021)⁵⁹; analoga la formulazione è contenuta oggi nell'art. 12, comma 1, c.c.i.i.

Ci si sarebbe potuti spingere ancora un poco più indietro ed utilizzare l'espressione *“rendere possibile la crisi”*⁶⁰, ma ovviamente – così facendo – il rischio di

⁵⁷ Sul rapporto tra la definizione del Codice della Crisi e quella contenuta nel provvedimento dedicato alla composizione negoziata si può consultare R. GUIDOTTI, *Di alcune possibili modifiche al disegno di legge n. 2371 relativo alla conversione del decreto 24 agosto 2021, n. 118, sulla disciplina della crisi d'impresa*, in *Ristr. aziendali*, 5 ottobre 2021, p. 1 ss., ivi a p. 3 ss.; ai sensi dell'art. 13 c.c.i. poi *“costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività (...)”*. Nel senso del testo, da ultimo, anche G. FAUCEGLIA, *Qualche riflessione, “in solitudine”*, sulla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, ivi, p. 1 ss., a p. 3.

⁵⁸ Nell'emendamento del Ministero della Giustizia all'art. 2 si proponeva di sostituire le parole *“in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza”* con quelle *“in stato di crisi o in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rendono probabile”* (ovviamente la crisi). Nella bozza di relazione tecnica a detta modifica si leggeva che ci proponeva di eliminare il riferimento all'insolvenza in quanto concetto già ricompreso in quello di crisi. Si trattava di una variazione che riprendeva la tecnica legislativa di cui all'art. 160 l. fall.; l'idea di modifica è però poi stata abbandonata.

⁵⁹ In argomento, M. IRRERA, P. RIVA, *La convergenza tra le indicazioni del codice della crisi e del d.l. 118/2021: is cash still king? DSCR e TdR a confronto*, in *Ristr. aziendali*, 20 ottobre 2021.

⁶⁰ In questo modo è da chiedersi se si sarebbe meglio adattata la legislazione nazionale alla Direttiva UE 2019/1023, dove al considerando n. 24 della predetta si prevede l'opportunità *“che i debitori, comprese le persone giuridiche e, ove previsto dal diritto nazionale, le persone fisiche e i gruppi di imprese, possano disporre di un quadro di ristrutturazione che consenta loro di far fronte alle diffi-*