



Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto della crisi d'impresa

**Classificazione dei crediti in default e
composizione negoziata della crisi**

RELATORE

Prof. Vincenzo De Sensi

CANDIDATO

Anna Catalano

Matricola 158343

CORRELATORE

Prof. Nicola De Luca

Anno Accademico

2022-2023

A mia sorella, indispensabile guida del mio percorso
A mamma e papà, per il loro amore e costante sostegno
A nonno Alfio, che continua ad ispirarmi da lassù
A Sofì, l'amica migliore che potessi avere

Sommario

<i>Introduzione</i>	5
IL CONTESTO SOCIO-POLITICO IN CUI NASCE LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI	7
1. Introduzione alla composizione negoziata della crisi	7
1.1 <i>L'idea di fondo del D.L. 118/2021.</i>	8
1.2 <i>La composizione negoziata della crisi non è una procedura concorsuale.</i>	11
1.3 <i>Considerazioni sui “valori” della composizione negoziata.</i>	12
2 Contesto storico	18
2.1 <i>Aspetti generali del nuovo codice della crisi: il sistema di allerta.</i>	18
2.2 <i>L'obsolescenza precoce del sistema di allerta esterno e l'opportunità dell'introduzione della cnc</i>	20
2.3 <i>Analisi differenziale tra composizione assistita e negoziata.</i>	24
2.4 <i>Il cambio di cultura anticipato della composizione negoziata: preferenza per le earliest warning.</i>	27
2.5 <i>Il primato della continuità aziendale.</i>	30
3. Il confronto con il CCII	33
3.1 <i>Gli scopi dell'allerta secondo la Direttiva 1023/2019, il CCII e il d.l. 118/2021</i>	33
3.2 <i>La conformità del nuovo strumento della CNC alla Dir. 2019/1023 CE.</i>	37
3.3 <i>Il D.lgs. 83/2022: il testo finale del Codice della Crisi di impresa</i>	39
4. Finalità della composizione negoziata	42
4.1 <i>Gli obiettivi del legislatore.</i>	43
4.2 <i>Obiettivo raggiunto?</i>	45
4.3 <i>Cosa ci si aspetta dalla composizione negoziata della crisi?</i>	47
4.4 <i>Critiche alla composizione negoziata della crisi</i>	48

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI	52
1 Caratteri generali.....	52
1.1 <i>Presupposti e requisiti della composizione negoziata della crisi</i>	54
1.2 <i>Il presupposto oggettivo: tra prospettive concrete di risanamento e crisi probabile.....</i>	56
1.3 <i>La piattaforma telematica.....</i>	62
1.3 <i>Misure protettive e cautelari</i>	66
1.3.1 <i>Il ruolo e la competenza del tribunale concorsuale</i>	71
1.4 <i>Il comportamento dell'imprenditore.....</i>	76
2 La figura dell'esperto.....	81
2.1 <i>Il ruolo dell'esperto</i>	81
2.2 <i>I requisiti dell'esperto</i>	82
2.3 <i>La nomina</i>	87
2.4 <i>Poteri e doveri dell'esperto</i>	89
3 Il procedimento della cnc.	94
3.1 <i>I controlli effettuati: test pratico e check list.</i>	96
3.2 <i>Presentazione telematica dell'istanza</i>	103
3.3 <i>Il protocollo dell'esperto.</i>	105
4. Svolgimento delle trattative	108
4.1 <i>L'impostazione del percorso negoziale.</i>	111
4.2 <i>Gli incontri con le parti e la predisposizione di una strategia aziendale</i>	113
4.3 <i>Gli esiti possibili e gli effetti in caso di insuccesso.....</i>	116
4.4 <i>Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio</i>	123
CNC E CREDITI DETERIORATI	131
1 L'attività e le funzioni delle banche.....	131
1.1 <i>Le tipologie dei crediti delle banche</i>	133

1.2	<i>Crediti in bonis e crediti deteriorati</i>	135
1.2.1	<i>La differenza tra Unlikely to Pay e Non performing Loans</i>	138
1.2.1	<i>Valutazione ed analisi dei crediti c.d. “high risk” bancari</i>	139
1.2.3	<i>La concessione Forbearance</i>	141
1.3	<i>La gestione dei crediti deteriorati.</i>	142
1.3.1	<i>I fattori che incidono sulla scelta della soluzione: la scelta della banca di intervenire o non intervenire.</i>	143
1.3.2	<i>Le tecniche tradizionali e le tecniche innovative</i>	144
1.3.3	<i>La direttiva 2167/2021: gestione e cessione dei crediti deteriorati</i>	146
2	La sorveglianza degli Npl	149
2.1	<i>Screening degli Npl e il sistema dei controlli</i>	149
2.2	<i>L’elaborazione del piano operativo</i>	151
2.2.1	<i>Gli accantonamenti</i>	152
2.3	<i>L’allerta interna delle banche sul credito del debitore: l’eventuale concessione/revoca del credito</i> ...	153
2.4	<i>Asimmetria tra indici di allerta e criteri di classificazione dei crediti bancari nella percezione della crisi.</i>	156
3	NPL e crisi d’impresa	158
3.1	<i>L’utilizzo della cnc in presenza di NPLs e UTP.</i>	159
3.1.1	<i>I doveri dei creditori e la collaborazione con l’imprenditore</i>	161
3.1.2	<i>Il ruolo delle banche e degli intermediari nella cnc.</i>	163
3.2	<i>L’accesso al credito bancario per l’impresa in crisi</i>	166
3.2.1	<i>L’assenza di revoca degli affidamenti a seguito dell’accesso alla cnc.</i>	168
	CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	171
	INDICE BIBLIOGRAFICO	175

Introduzione

L'oggetto della tesi

Il presente elaborato ha ad oggetto lo studio della composizione negoziata della crisi, nuovo strumento introdotto con il nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza e messo a disposizione dal Legislatore finalizzato al risanamento delle imprese in difficoltà.

Ai fini di una trattazione esaustiva dell'istituto in esame, il primo capitolo, sintetico quanto imprescindibile, sarà interamente dedicato alla collocazione storica e normativa del nuovo strumento, anche rispetto al codice della Crisi e dell'Insolvenza e al sistema di allerta istituito dalla nota Direttiva Insolvency, senza tralasciare una analisi delle finalità del nuovo strumento .

Il secondo capitolo sarà incentrato sulla disamina dei presupposti alla base dell'utilizzo dello strumento negoziale, nonché, in generale, sul procedimento che porta all'attivazione della composizione negoziata ed i suoi possibili esiti tra cui, da ultimo, la possibilità di utilizzare il c.d. "concordato semplificato" qualora le trattative non dovessero portare ad un esito positivo..

Analizzata la disciplina generale della composizione, ci si soffermerà sulla nuova figura dell'esperto indipendente, ossia il professionista che dovrà affiancare l'imprenditore in tutte la fase delle trattative con un ruolo di mediatore tra imprenditore e creditori.

Le analisi svolte nei primi due capitoli culmineranno con un approfondimento del tema, sempre più centrale nella disciplina delle crisi d'impresa, dei crediti deteriorati cc.dd. "NPE" (*Non Performing Exposure*), suddivisi in "NPL" (*Non Performing Loans*) e "UTP" (*Unlikely to Pay*).

Tale approfondimento prenderà le mosse da una breve illustrazione sull'attività delle banche, mentre nei successivi paragrafi verranno descritte le diverse classificazioni di crediti, nonché la gestione e il controllo dei medesimi.

Il paragrafo di chiusura ha un ruolo decisivo perché mette in relazione i primi due capitoli con il terzo: infatti verrà descritto l'utilizzo dei crediti deteriorati nell'ambito della composizione negoziata della crisi con particolare riferimento alla Direttiva UE 2167/2021 e ai doveri cui sono tenute le parti – creditori, banche e imprenditori - nella realizzazione di questo rapporto.

Cenni alla conclusione

Ci si avvierà, quindi, alle conclusioni del lavoro, cercando di dare una risposta affidabile, avuto riguardo alle posizioni assunte in dottrina, al quesito fondamentale da risolvere, ossia se e quando sia opportuno, nell'odierna situazione di crisi, affidarsi a tale strumento, decretato con estrema urgenza.

Sebbene gli interessi perseguiti dal legislatore con le ultime riforme siano visti con favore dalla dottrina, le scelte effettuate non sono infatti apparse sempre sufficientemente chiare ed univoche.

Obiettivi del lavoro

L'obiettivo principale di questa tesi è, quindi, quello di delineare al meglio gli aspetti che caratterizzano questo nuovo strumento, soffermandosi sui punti di forza ma anche sulle debolezze che inevitabilmente fanno parte di uno strumento fresco e innovativo

Per giungere a tale risultato, sarà necessario, in primo luogo partire dalle ragioni che hanno portato il legislatore ad intervenire con questo strumento, avendo riguardo in particolare alla necessità di risolvere le situazioni di crisi createsi nel periodo pandemico e post pandemico.

Occorrerà, poi, tener conto del fatto che l'introduzione di tale strumento è avvenuto in un'era molto complicata dove proprio a causa della pandemia si è tardati a far entrare in vigore il nuovo Codice della Crisi d'impresa.

Inoltre, non potrà prescindersi dal considerare che probabilmente, proprio per le novità che ha introdotto lo strumento in questione, i dati finora pubblicati non rappresentano una vera risposta al sistema, appunto perché non sempre gli imprenditori si sono mostrati aperti ad intraprendere una "strada" ancora poco nota e, non c'è dubbio, rischiosa.

Si passerà, *nel prosieguo*, ad analizzare nel dettaglio gli aspetti più tecnici della procedura.

Infine, il tema della composizione negoziata è strettamente collegato con il diritto bancario. In particolare, la situazione di precrisi dell'imprenditore rende particolarmente difficoltosi i rapporti con la banca e con i crediti da essa erogati.

L'ultimo argomento che sarà trattato, forse quello di maggior incidenza pratica, è il modo in cui imprenditore, banche e creditori si impegnano in un rapporto trilaterale al fine di trovare una soluzione adeguata a tutte e contrapposte esigenze.

CAPITOLO PRIMO

IL CONTESTO SOCIO-POLITICO IN CUI NASCE LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

SOMMARIO: 1. Introduzione alla composizione negoziata della crisi. – 1.1. L’idea di fondo del D.L. n.118/2021. – 1.2. La composizione negoziata della crisi non è una procedura concorsuale. – 1.3 Considerazioni sui “valori” della composizione negoziata. – 2. Contesto storico. 2.1. Aspetti generali del nuovo codice della crisi: il sistema di allerta – 2.2. L’obsolescenza precoce del sistema di allerta esterno. – 2.3. Analisi differenziale tra composizione assistita e negoziata. – 2.4. Il cambio di cultura anticipato della composizione negoziata: preferenza per le earliest warning. – 2.5. Il primato della continuità aziendale. – 3. Finalità della composizione negoziata. – 3.1. Gli obiettivi del legislatore. – 3.2. Obiettivo raggiunto? – 4. Confronto con il CCII. – 4.1. La conformità del nuovo strumento alla Dir. 2019/1023 CE. – 4.2. Cosa ci si aspetta dalla composizione negoziata della crisi? – 4.3. Critiche alla composizione negoziata della crisi. – 4.4 Il Dlgs. 83/2022: il testo finale del Codice della Crisi di impresa.

1. Introduzione alla composizione negoziata della crisi

Il 5 agosto 2021 il Consiglio dei ministri ha approvato il D.L. n. 118 predisposto dalla Commissione Pagni¹, che è stato pubblicato in G.U in data 24.08.2021.

Con il suddetto decreto-legge, emanato dal legislatore dell’emergenza Covid 19, è stata rinviata al 1° settembre 2021 l’entrata in vigore del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. (CCII).

Successivamente, con la legge n. 147/2021 di conversione del citato decreto-legge il legislatore è intervenuto nuovamente disponendo un ulteriore rinvio al 16 maggio 2022 dell’entrata in vigore sia del suddetto Codice, al solo scopo di coordinarlo con la Direttiva UE 1023/2019², sia delle procedure di allerta previste dallo stesso Codice che entreranno in vigore il 1° dicembre 2023.

¹ La commissione Pagni è stata istituita il 22 aprile del 2021 ed è presieduta da Ilaria Pagni (Professore ordinario di diritto processuale civile Università degli Studi di Firenze - Dipartimento di Scienze Giuridiche).

I compiti della Commissione sono quelli di valutare dell’opportunità di differire l’entrata in vigore di talune norme contenute nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza; di formulare di proposte correttive al medesimo Codice formulazione di proposte concernenti l’integrazione del Codice in attuazione della Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio, 20 giugno 2019, n. 2019/1023/UE; formulare proposte di modifica, anche temporanee, di talune norme del Codice in relazione alla emergenza sanitaria. (dal sito del Ministero della Giustizia).

² La Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, riguarda i quadri di ristrutturazione preventiva, l’esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione e modifica la direttiva UE 2017/1132 avente ad oggetto la ristrutturazione e l’insolvenza

Ma ciò che più interessa ai fini del presente elaborato è che il decreto-legge 118/2022, poi convertito con la legge 21.10.2021 n.147 (G.U n 254 del 23 ottobre 2021), ha introdotto un nuovo strumento di ausilio alle imprese in difficoltà denominato “*composizione negoziata della crisi*”.

Si tratta di un percorso più strutturato rispetto alla composizione assistita³ prevista dal CCII, adeguato alle mutate esigenze dovute alla crisi pandemica e anche meno oneroso, con il quale si intende agevolare il risanamento di quelle imprese che, pur trovandosi in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l’insolvenza, hanno le potenzialità necessarie per restare sul mercato, anche mediante la cessione dell’azienda o rami di essa.

In altri termini, è un percorso pensato come stragiudiziale, riservato e volontario, che, quindi, è solo nella disponibilità del debitore, il quale è ancora l’unico soggetto legittimato al deposito dell’istanza di composizione della crisi, la cui presentazione non richiede, tra l’altro, alcun requisito di meritevolezza.⁴

I benefici della composizione negoziata della crisi sono stati previsti dal legislatore per tutte le realtà imprenditoriali iscritte nel registro delle imprese, indipendentemente dalla loro natura e dalle loro dimensioni; sono escluse solo le società di fatto e quelle irregolari.

Unico ma determinante requisito è che risulti ragionevolmente perseguibile il risanamento dell’impresa anche mediante il trasferimento dell’azienda o di rami di essa.

1.1 L’idea di fondo del D.L. 118/2021.

Il legislatore di fronte all’emergenza Covid19 non è rimasto inerte ed anzi è intervenuto concretamente sulla materia della crisi d’impresa con l’emissione del CCII, anche se gli interventi previsti non consentono di evitare del tutto la ricaduta nelle procedure concorsuali.

Infatti, è noto come oggi il percorso che viene intrapreso per reagire alla crisi inizia, nella maggioranza dei casi, con la presentazione dinanzi all’autorità giudiziaria di un ricorso ai sensi dell’Art. 161 comma 6 l. fall⁵., tramite il quale l’imprenditore chiede, da un lato, la protezione del proprio patrimonio, ma dall’altro lato provoca la paralisi dell’attività dell’impresa.

Ci si è chiesti se si trattasse di una condizione imprescindibile, essendo maggiormente auspicabile che si potesse trovare una soluzione migliore per proteggere il patrimonio aziendale senza inibire la gestione dell’impresa.⁶

³ *Infra*, § par. 2.3

⁴ R. GUIDOTTI, *la sospensione degli obblighi relativi al capitale e della causa di scioglimento collegata*, corso tenuto dal CSM Roma, 2022.

⁵ Come precisa l’articolo in questione, generalmente la presentazione della domanda di concordato è proposta con ricorso sottoscritto dal debitore al tribunale del luogo in cui l’impresa ha la propria sede principale. Dopo il deposito del ricorso il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione solo previa autorizzazione del tribunale.

⁶ In senso contrario all’orientamento prevalente, v. *LA MARCA E.*, Associato di diritto commerciale nell’Università degli Studi della Tuscia, nel saggio *Insolvenza, crisi e precrisi nel Codice della crisi, a valle della emanazione del Decreto Attuativo della Direttiva Insolvency*, in *Rivista Diritto della crisi*.

È in questo contesto che è sorto il concetto della precocità della reazione alla crisi, grazie al quale l'imprenditore conserva la gestione della propria attività valutando se e come accostarsi alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza ed eventualmente consentendogli l'accesso alla composizione negoziata quando la crisi sia un evento solo probabile.

Si è ragionato sul fatto che, per una adeguata reazione alla crisi, può essere utile un percorso di facilitazione dei rapporti tra imprenditore, creditore e fornitori, al fine di giungere ad una allerta veramente precoce che arrivi prima che l'impresa si trovi in uno stato di crisi.

Si è cercata, quindi, l'armonia tra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale già in una fase nella quale l'imprenditore sta valutando insieme ai suoi professionisti se e come approcciarsi alle misure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e in questo frangente lo stesso imprenditore conserva la gestione della propria attività.

L'emanazione del D.L. 118/2021 rappresenta, quindi, una risposta alle gravi ricadute economiche prodotte dall'emergenza pandemica. La chiave di lettura delle principali novità è costituita dalla volontà di *«fornire alle imprese in difficoltà nuovi strumenti per prevenire l'insorgenza di situazioni di crisi o per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rivelando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili»*.

Il nuovo disposto normativo arricchisce gli strumenti di regolazione delle crisi di impresa, nella consapevolezza che molte imprese potrebbero trovare la soluzione non necessariamente attraverso lunghi e costosi procedimenti giudiziali come il concordato preventivo⁷, ma attraverso una fase di negoziazione stragiudiziale rafforzata. Ciò è appunto possibile solo se le situazioni di squilibrio sono affrontate tempestivamente.⁸

Secondo i più attenti studiosi della materia, i quattro punti da cui bisogna partire per comprendere i motivi che hanno portato all'introduzione della composizione negoziata della crisi con il decreto-legge 218, sono i seguenti:⁹

1. Il già intervenuto rinvio dell'allerta esterna ad opera dell'Art. 5, comma 14, del DL 41/2021, cd. Decreto Sostegni, conv. in L. 69/2021, e il venir meno, con esso, della base su cui si sorregge l'istituto della composizione assistita regolata dal Codice della crisi e il successivo accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza;
2. I ritardi, dovuti alla pandemia, nell'attuazione degli strumenti presenti nel titolo II CCII¹⁰ (l'elenco da cui si sarebbero dovuti estrarre i componenti dell'OCRI, la piattaforma che avrebbe

⁷ La legge Pinto, infatti, fissa in sei anni la durata delle procedure concorsuali ritenendo tale termine ragionevole. Il legislatore è intervenuto per ridurre questo termine per alcune procedure, come per il concordato preventivo. Al riguardo, la nuova lettera e) del comma 2 dell'Art.161 l. fall., prevede che con il ricorso il debitore debba presentare un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta, nonché, l'Art.181 l.fall, che impone il termine di sei mesi dalla presentazione del ricorso per l'omologazione, termine suscettibile di una sola proroga non superiore a sessanta giorni. Sebbene il termine sia stato ridotto la procedura resta comunque complessa e onerosa.

⁸ A. FAROLFI, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse "a prima lettura"*, in *Rivista Diritto della crisi*, Ravenna, 2021

⁹ I. PAGNI - M. FABIANI, *la ratio dell'intervento compiuto col DL 24 agosto 2021, n.118, conv. In L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti*, corso del CSM Roma, 2022

dovuto collegarsi anche con i tribunali delle imprese, il nuovo strumento del processo telematico) e l'opportunità, anche per questa ragione, di rivedere l'intero meccanismo di ingresso nelle procedure;

3. La necessità di avere più tempo per considerare le reali esigenze di adeguamento del Codice della crisi alla Direttiva 1023/2019, che la L. 14/2019 ha tenuto in considerazione solo in parte (anche per la comprensibile resistenza a importare concetti nuovi come quello delle “*parti interessate*” che avrebbe avuto l'effetto di modificare radicalmente il sistema italiano del voto nelle procedure di concordato, o a sostituire nozioni consolidate con altre di più difficile adattamento alla nostra tradizione) e sulla possibilità, comunque, di interventi di aggiustamento tramite decreto correttivo, già previsti dall'Art. 1 L. 9 marzo 2019, n. 20¹¹, per rispondere alle perplessità della dottrina su punti specifici del Codice.

Una necessità che si univa all'altra, di dover intervenire comunque – vista la crisi economica determinata dalla pandemia - per offrire all'impresa debitrice in crisi o già insolvente un percorso nel quale trattare con i creditori le condizioni delle proprie relazioni contrattuali e cercare di ristrutturare i propri debiti, senza rinunce alla tutela dei diritti dei soggetti interessati;

4. La necessità, soprattutto, di una ricomposizione coerente con l'intero mosaico alla fine dell'iter di revisione delle norme.

In conclusione, quindi, può dirsi che il legislatore ha sentito la necessità di introdurre il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi soprattutto per avere uno strumento che fungesse da “*compensazione*” del rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi, nonché per affrontare le difficoltà causate e aggravate dalle restrizioni o anche solo dai cambiamenti delle abitudini di vita dovute alla pandemia.

Il sistema di allerta e di ricorso all'assistenza dell'OCRI introdotto dal legislatore con la normativa più volte citata ha tuttavia stentato ad entrare in vigore a causa dei continui rinvii giustificati dalla preoccupazione che il Codice non fosse adatto in un momento di crisi degli investimenti e in generale delle risorse necessarie a procedere a ristrutturazioni delle imprese.

Questa è la ragione per la quale, al fine di non lasciare senza tutela l'imprenditore in difficoltà, soprattutto tenuto conto delle chiusure, restrizioni o anche soltanto mutamenti nelle abitudini di vita causati dalla pandemia, il legislatore ha pensato bene di introdurre, con decorrenza immediata, uno strumento di compensazione che fornisca al debitore un percorso guidato e protetto al fine di coprire quello spazio che oggi precede la domanda ex Art. 161, comma 6, l.fall.

¹⁰ Il titolo II del CCII è rubricato “*Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi*”. Rubrica così sostituita dall'Art. 6, comma 1, D.lgs. 17 giugno 2022, n. 83, a decorrere dal 15 luglio 2022, ai sensi di quanto disposto dall'Art. 51, comma 1, del medesimo D.lgs. n. 83/2022. Precedentemente la rubrica era la seguente: «*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*».

¹¹ Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155. Infatti, l'articolo 1 prevede che «*Il Governo, con la procedura indicata al comma 3 dell'articolo 1 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla medesima legge n. 155 del 2017 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, può adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi medesimi.*»

Ecco che, quindi, è stato emanato il già citato decreto-legge che ha introdotto due strumenti di risoluzione della crisi: la composizione negoziata e il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

1.2 La composizione negoziata della crisi non è una procedura concorsuale.

Per una migliore comprensione della *ratio* del nuovo istituto, è utile rappresentare come si sta sviluppando, sempre di più, un importante e complesso dialogo dottrinale in merito alla possibile natura della composizione negoziata.¹²

Il tema è se sia corretto o meno impostare il ragionamento in termini di “*procedura concorsuale*”. Alcuni studiosi hanno ipotizzato una doppia personalità della composizione negoziata della crisi, come se questa potesse essere inquadrata nelle procedure concorsuali nei casi in cui venga coinvolta l’autorità giudiziaria e quindi, qualora vengano chieste misure protettive e/o cautelari, o si chiedano autorizzazioni al tribunale o il suo intervento per la rinegoziazione dei contratti; e invece, non abbia la natura della procedura quando non viene coinvolta, nella fattispecie concreta, l’autorità giudiziaria.

È evidente come il percorso di composizione negoziata non sia una procedura concorsuale, quanto piuttosto un istituto cui il debitore accede volontariamente o per spinta dell’organo di controllo e attraverso il quale si svolgono le trattative alla presenza di un terzo che, però, non si limita ad assistere l’imprenditore (come avviene nella diversa procedura di composizione assistita disciplinata dal CCII), ma ha altresì il fondamentale compito di agevolare e sollecitare gli accordi tra imprenditore e creditori, cercando di far comprendere alle parti i problemi e gli interessi di ciascuna.

Non si è dunque dinanzi ad una procedura concorsuale, nonostante vi sia la previsione di una protezione del patrimonio e ciò per una serie di motivi che solo sinteticamente si vanno ad esporre.

In primo luogo, non vi è alcuna apertura di un procedimento di regolazione della crisi, né tanto meno vi è l’intervento di alcun organo della procedura.¹³

In secondo luogo, non si assiste a nessun blocco di crediti e debiti, né ad alcuna previsione di un ordine di distribuzione del patrimonio.

Inoltre, non è necessario il coinvolgimento di tutti i creditori, né alcuna formazione di una massa patrimoniale segregata a favore di taluni di essi.¹⁴

¹² R. GUIDOTTI. *la sospensione degli obblighi relativi al capitale e della causa di scioglimento collegata. op cit.*, p. 14.

¹³ In tutte le procedure concorsuali, infatti, è doveroso l’intervento di organi della procedura: sia organi che sovrintendono alla salvaguardia degli interessi creditori (comitato dei creditori, curatore) sia organi aventi funzioni propriamente gestionali degli organi giudiziari (tribunale, giudice delegato).

¹⁴ Nelle procedure concorsuali è frequente l’utilizzo di atti di destinazione ex Art. 2645 ter c.c. da parte di imprese in crisi, al fine di consentire il buon esito delle procedure concorsuali alternative al fallimento. Nel concordato preventivo, l’Art. 2645 ter c.c. consente la destinazione vincolata di una massa patrimoniale che, nonostante resti nella titolarità giuridica del conferente, rimane separata rispetto al suo patrimonio, in virtù del vincolo di destinazione impresso, reso opponibile ai terzi con la trascrizione. Ne consegue che i beni vincolati sono aggredibili solo in virtù di ragioni di credito sorte in funzione dello scopo di destinazione programmato.

Da ultimo, non si assiste ad alcun, neppure minimo, spossessamento dei beni dell'imprenditore¹⁵, il che, ovviamente, non vuol dire che l'imprenditore sia libero di tenere condotte pregiudizievoli per i creditori, dovendo sempre tenere a mente i principi della garanzia patrimoniale al fine di regolare il comportamento dell'imprenditore.

In definitiva, pertanto, non si può parlare di una procedura concorsuale, in quanto durante le trattative l'imprenditore continua a gestire la propria impresa senza ingerenza o controllo da parte del Tribunale o dell'esperto.

Tuttavia, come nelle procedure concorsuali, quali il concordato preventivo e l'accordo di ristrutturazione dei debiti, per salvaguardare il buon esito delle trattative e quindi la possibilità di superare la crisi, il DL n 118/2021 concede all'imprenditore la possibilità di beneficiare, durante la composizione, di misure protettive¹⁶ del proprio patrimonio da eventuali iniziative dei creditori.

Si tratta, perciò, di uno strumento innovativo, molto interessante per le PMI in difficoltà, da maneggiare con cura, con l'assistenza di professionisti che abbiano competenza ed esperienza di crisi di impresa.¹⁷

Del resto, riepilogando sul punto, la non-concorsualità della CNC è dimostrata da una serie di fattori:

- l'imprenditore è legittimato ad attuare qualsiasi atto di amministrazione che sia di carattere ordinario o straordinario; anche di carattere "preferenziale" non rispettando il principio della par condicio creditorum;
- l'inesistenza di effetti "cristallizzatori" sul patrimonio dell'imprenditore.
- l'insussistenza di strumenti di controllo che provengano dall'esterno.
- l'insussistenza di interventi che dall'esterno autorizzino le operazioni salvo casi speciali previsti dalla legge.

È proprio la non-concorsualità dell'istituto che consente di ritenerlo applicabile in una molteplicità di situazioni e fattispecie ed è per tale ragione che la composizione negoziata è considerata una procedura flessibile cui tutte le imprese possono ricorrere. (art 2, co.1, d.l. n.118/2021).

1.3 Considerazioni sui "valori" della composizione negoziata.

La composizione negoziata rappresenta un percorso "amichevole" per il debitore, i cui connotati salienti, la rendono misura del tutto innovativa ed originale. Ed essi sono:¹⁸

¹⁵ Nella procedura fallimentare, il fallito perde l'amministrazione e la disponibilità dei suoi beni esistenti alla data di dichiarazione del fallimento. Il fallito rimane comunque proprietario dei suoi beni ma non ne può disporre. Se questo compie atti giuridici dopo la dichiarazione di fallimento sono considerati validi ma inefficaci. Se infatti la procedura fallimentare si estingue prima che si sia proceduto alla vendita dei beni, gli atti del fallito acquisteranno la loro efficacia.

¹⁶ *infra*, § capitolo 2 par. 1.4

¹⁷ S. BONFATTI, *profili della composizione negoziata della crisi d'impresa- natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative*, in *Rivista Diritto della Crisi*, 2022

¹⁸ A. FAROLFI, *op. cit.* p. 19

- Semplificazione: la procedura è seguita da un solo professionista chiamato esperto; il vantaggio è che questa procedura può avere sbocchi diversi e fra loro alternativi.
- Riduzione dei costi: l'art 16 del D.L. n. 118¹⁹ stabilisce i criteri di liquidazione dei compensi che sono certamente inferiori a quelli dovuti in presenza dell'organismo di composizione della crisi di impresa (OCRI), con un meccanismo di incentivazione in caso di esito positivo della fase di negoziazione.
- Volontarietà: l'imprenditore può accedere alla procedura di composizione negoziata della crisi in via autonoma; questo non significa, però, rinunciare ad ogni forma di allerta interna, ovvero alla segnalazione degli organi di controllo.
- Riservatezza: la CNC è, però, accompagnata da una serie di obblighi di partecipazione attiva ed informata delle parti e dal dovere del debitore 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»*. A ciò si aggiungono specifiche modalità di informazione ed eventuale consultazione sindacale con i lavoratori.²⁰
- Professionalità dell'esperto, la cui attività è volta ad *«individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'imprenditore»*, potendo raggiungere tale obiettivo anche tramite il trasferimento di azienda o di rami di essa; l'esperto deve possedere competenza diverse da quelle normalmente ha in possesso il curatore e per questo motivo, si delineano requisiti professionali e formativi.²¹
- Tutela equilibrata delle diverse parti: si fa riferimento alla presenza di check and balances che sono finalizzati ad ottenere, da un lato, la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore sia ordinaria che straordinaria, ma solo se questo non porti pregiudizi a carico dei creditori; e dall'altro l'obiettivo di riconoscere in capo ai creditori il potere di segnalare condotte pregiudizievoli, nonché il potere dell'esperto di far presente il proprio disappunto in merito ad

¹⁹ L'art 16 prevede testualmente che *«Il compenso dell'esperto è determinato in percentuale sull'ammontare dell'attivo dell'impresa debitrice»* secondo gli scaglioni previsti dalla legge e precisa al comma 2 che *“Il compenso complessivo non può essere, in ogni caso, inferiore a euro 4.000,00 e superiore a euro 400.000,00»*.

²⁰ L'art 4 del D.L. prevede, per le imprese con più di quindici dipendenti, l'obbligo di avviare una consultazione sindacale qualora siano assunte rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, anche solo per quanto concerne l'organizzazione del lavoro o le modalità di svolgimento delle prestazioni.

I soggetti sindacali interessati sono quelli previsti all'Art. 47 comma 1 legge 428/1990. Le Organizzazioni sindacali entro tre giorni dalla ricezione dell'informativa possono richiedere un incontro. La consultazione deve avere inizio entro cinque giorni dalla richiesta di incontro e si intende esaurita, salvo accordo tra le parti, entro dieci giorni dal suo inizio. La consultazione si svolge con la presenza dell'esperto. Durante la consultazione dovranno essere date una serie di informazioni a partire dai documenti prodotti con l'istanza di nomina dell'esperto come la situazione patrimoniale e finanziaria della società, il piano finanziario che intende adottare, l'elenco dei creditori e le pendenze dei ricorsi sia tributari che contributivi oltre alle informazioni presenti nella centrale rischi della Banca d'Italia. La Consultazione prevede la redazione di un sintetico verbale ma solo ai fini della determinazione del compenso dell'esperto. Il mancato o l'inesatto esperimento della procedura costituisce attività antisindacale sanzionabile con il procedimento ex. art 28 dello statuto dei lavoratori.

²¹ *Infra* §, capitolo 2 par. 2.2

atti del debitore all'organo di controllo della società o al tribunale o ai terzi mediante apposita segnalazione e pubblicazione del dissenso sul registro delle imprese.

- Mantenimento della responsabilità del debitore per gli atti ed i pagamenti compiuti.²²
- Attribuzione di poteri di intervento in capo al tribunale che hanno un duplice scopo: da un lato assicurare i creditori ed impedire che il debitore ponga pratiche autolesionistiche attraverso una serie di autorizzazioni relative ad operazioni di carattere straordinario che risultino potenzialmente più dannose, come può essere la cessione d'azienda con l'esenzione per il cessionario della responsabilità solidale; e dall'altro hanno lo scopo di mettere al riparo il debitore da iniziative violente dei creditori, creando una sorta di enforcement delle attività di discussione e trattativa fra le parti.
- L'assenza di spossessamento che fa sì che i diritti e i beni restino in capo all'imprenditore. Questa caratteristica è però affiancata da una serie di garanzie di tenuta del sistema: la nomina immediata e la partecipazione attiva dell'esperto; il rapido intervento del giudice nel caso di richiesta di misure protettive; il ruolo del collegio sindacale di segnalare tempestivamente all'imprenditore la presenza di una situazione di pre-crisi o di crisi che può essere risolta con la composizione negoziata; il potere dei creditori di rivolgersi al tribunale per chiedere la revoca delle misure protettive in caso di eventuali distorsioni; il ruolo del tribunale che può intervenire, su segnalazione dell'esperto, quando è stato manifestato il dissenso e la sua vigilanza tramite il rilascio di informazioni; la permanenza della responsabilità civile dell'imprenditore in caso di compimento di atti dannosi e così via.²³

A tutto ciò va aggiunto che, nella sua pratica attuazione, la composizione negoziata si ispira a diversi principi, che la connotano positivamente.

Intanto, viene assicurato un adeguato livello di partecipazione, perché si vuole che si giunga prematuramente ad un raffronto tra l'imprenditore, i creditori, i fornitori, i clienti e le banche e ciò si ottiene tramite l'intervento di un facilitatore, appunto l'esperto, che da una posizione di terzietà ed indipendenza sia in grado di indirizzare le parti verso un determinato obiettivo quante volte da sole le parti non siano in grado di raggiungerlo.

Del resto, se ai creditori è automaticamente impedito (almeno per un certo tempo) di azionare i propri diritti soggettivi – vista la possibilità per l'imprenditore di ottenere sin dalla istanza di avvio le c.d. misure protettive – è evidente che, durante la composizione negoziata, la centralità della discussione si dovrà necessariamente spostare dai diritti soggettivi agli interessi delle parti (patrimoniali e non).

Per queste ragioni, quindi, la procedura è stata studiata come una “sequenza” di atti da compiere che non è stabilita dalla legge, ma lasciata nella disponibilità delle parti.

²² La responsabilità dell'imprenditore è confermata dalla disposizione di cui all'articolo 12 del D.L. che precisa che «Nelle ipotesi disciplinate dai commi 1, 2 e 3 del medesimo articolo, resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti.»

²³ M. FABIANI - I. PAGNI, *la ratio dell'intervento compiuto col DL 24 agosto 2021, n.118, conv. In L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti*, op. cit., pp. 1489-1490

Infatti, non trattandosi di una procedura concorsuale, ma di uno “*spazio di libera negoziazione*”, le regole procedurali statali sono state ridotte da legislatore al minimo indispensabile con la conseguenza che, correttamente, la sequenza di atti da compiere per portare a compimento la negoziazione deve essere essa stessa oggetto di negoziazione (è bene infatti ricordare che la negoziazione è un sistema informale di risoluzione dei conflitti in cui sono le parti a dover mantenere il controllo sulla “*procedura che porta all'accordo*”).

In sostanza, le parti dovranno svolgere (con il supporto dell'esperto-mediatore) non una, ma due negoziazioni: in primo luogo, quella per definire la procedura che porta all'accordo (processo) e, in secondo luogo, quella sui contenuti dell'accordo (sostanza). Saranno, dunque, le parti stesse a dover definire e concordare – prima di tutto e con il supporto dell'esperto indipendente – il c.d. “*processo negoziale*”.

Insieme alla partecipazione deve concorrere uno spirito di solidarietà²⁴: la composizione negoziata, infatti, onora il valore della partecipazione in quanto non vuole che il debitore gestisca la crisi dall'esterno senza la collaborazione dei propri creditori; l'aver esteso alla pre-crisi l'accesso al percorso vuol essere il tentativo (che dovrà essere colto con maggiore facilità se ci sarà, ad esempio, una adeguata campagna pubblicitaria) di arrivare precocemente ad un confronto tra l'imprenditore e i creditori.

Il D.L. n. 118/2021 è, poi, permeato di clausole generali, il che consente comportamenti elastici che danno adeguato spazio ai canoni di buona fede e correttezza, incentivando scelte proporzionate e calibrate del giudice.

È proprio la presenza di tali clausole generali che consentirà, in prospettiva, al giudice di adottare di volta in volta i provvedimenti più adeguati al caso di specie.

D'altra parte, la scelta delle clausole generali corrisponde essenzialmente al bisogno di fluidificare il percorso, di dare ai protagonisti più soluzioni e di tenere sempre al centro del percorso l'impresa che in quel momento storico ha bisogno di aiuto.²⁵

Questa è la ragione che spiega l'Art. 11 del DL 118/2021, ovverosia quella disposizione che descrive un ventaglio dei possibili esiti della composizione negoziata²⁶. È probabile che alcuni di essi saranno più fruibili di altri, ma riteniamo che la pluralità delle soluzioni corrisponda, anch'essa, alla “*liquidità*” del percorso.

²⁴ Il Professor M. FABIANI, nello scritto “*Il valore della solidarietà nell'approccio e nella gestione delle crisi d'impresa*” Roma, Ipsoa, 2022 aggiunge nelle conclusioni: «*tutti dobbiamo maturare la consapevolezza che risolvere (...) la crisi di una impresa è un modo per accrescere le risorse del nostro Paese e questa consapevolezza, da sola, esprime un principio di solidarietà; se non ci sono valori da salvare, una scelta solidale è quella di evitare distruzione di ricchezza, mentre se un valore è ancora presente, una scelta solidale è dare fiato alla prosecuzione dell'attività d'impresa, non già per una sterile e fittizia solidarietà occupazionale, ma per favorire una creazione di ricchezza in grado di spalmarci su più attori.*»

²⁵ È opportuno segnalare che in occasione della conversione in legge si è deciso di valorizzare ulteriormente il ruolo della correttezza e della buona fede nell'ambito del tentativo di Composizione, richiamando espressamente tali clausole anche all'Art. 18, 1° comma, quali prerequisiti per l'accesso al cd. “*concordato semplificato*”

²⁶ *Infra* §, capitolo 2 par. 4.2

Altro aspetto di rilievo della normativa che ha introdotto la composizione negoziata della crisi è la grande attenzione che ivi è dedicata agli interessi dei dipendenti dell'impresa in pericolo²⁷, con particolare riguardo sia al profilo della remunerazione degli stessi anche per il periodo anteriore all'istanza di composizione, sia sotto il profilo dell'interesse al mantenimento del loro posto di lavoro.

In presenza di crisi d'impresa, infatti, il confronto coi lavoratori, anche al di là delle normali consultazioni sindacali, è sempre necessario, perché i lavoratori non rivestono solo il ruolo dei creditori, quando lo sono, ma sono anche protagonisti delle principali iniziative industriali.

Altrettanto importante è, secondo la previsione legislativa, tenere conto delle relazioni dell'imprenditore con fornitori e clienti²⁸, dato che la collaborazione con questi può essere un modo per trovare una intesa, senza troppe forzature, per pattuire nuove condizioni commerciali.

Sotto questo profilo un ruolo decisivo è affidato all'esperto il quale meglio di tutti gli altri protagonisti della vicenda, con il suo occhio imparziale, potrà cercare di far contemperare le contrapposte esigenze.

Infine, è da salutare con favore il processo di degiurisdizionalizzazione delle procedure di risanamento introdotto dal legislatore del D.L n.118 con conseguente spostamento del baricentro istituzionale dal tribunale alla camera di commercio.

La nuova funzione delle camere di commercio influirà sull'evoluzione dell'istituto, perché saranno esse stesse futuro fattore di cambiamento e miglioramento di tali procedure.

Più in dettaglio: il procedimento si può concludere con un accordo che abbia l'effetto oggi previsto dall'Art. 67, comma 3, lett. d) l.fall. senza che sia necessaria l'attestazione del piano, con una convenzione di moratoria, o con un accordo che sia in grado di assicurare continuità aziendale per almeno 2 anni, avendo accesso a rilevanti benefici tributari, senza che l'autorità giudiziaria venga minimamente coinvolta.

L'autorità giudiziaria interviene infatti solo accidentalmente, quando sia necessaria la conferma di una misura di protezione del patrimonio – anche qui con un grande iato rispetto al codice della crisi in cui la concessione delle misure dipendeva ab origine dalla decisione del giudice (Art. 20 codice della crisi) – o quando venga richiesta di autorizzare effetti in danno dei creditori, come la prededucibilità dei finanziamenti e la purgazione della vendita dell'azienda, o quando si tratti di condurre ad equità contratti resi squilibrati dalla pandemia. Ma si tratta di interventi per l'appunto accidentali, che non incidono sulla sostanza del procedimento.

L'autorità giudiziaria entra invece in gioco, su piano sostanziale, se l'imprenditore vuole dare epilogo al procedimento con un accordo ex Art. 182 bis²⁹, anche nelle versioni nuove, direttamente importate dal codice della crisi, degli accordi agevolati e di quelli ad efficacia estesa.

²⁷ Per un esame più approfondito sul punto, si rimanda a G. TREGLIA, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: la sorte del rapporto di lavoro*, Roberto Camera - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

²⁸ La fase della negoziazione con creditori, clienti e fornitori è il cuore della composizione negoziata. Per agevolare l'intesa tra l'imprenditore e i terzi sono stati approvati dei servizi come il *CA restructuring*. Quest'ultimo rappresenta un progetto finalizzato a supportare i clienti nelle trattative, a valutare lo stato di salute di un cliente, ad individuare il miglior percorso di risanamento in termini di fattibilità e convenienza.

In tale chiave, la procedura appare come una preparazione al momento della domanda di omologazione, che dovrà essere corredata dal piano attestato.

Varranno qui, sempre che non siano rese inutili dalla proposta ex Art. 182 ter l. fall., le misure premiali di cui all'Art. 14 del Decreto 118, di cui si parlerà in seguito.

Da notare anche l'assenza di ruolo del pubblico ministero che invece veniva coinvolto all'esito delle procedure di composizione della crisi innanzi all'OCRI ai sensi dell'Art. 22 CCI.³⁰

Le caratteristiche che abbiamo esaminato non possono che risultare appropriate in un contesto extra-concorsuale. Si tratta, peraltro, di presidi non presenti nei piani attestati di risanamento né nel caso di accordi di ristrutturazione dei debiti, dove il debitore ha invece una piena libertà di azione durante la fase della negoziazione con i creditori.

All'esito di tutte le considerazioni fin qui riportate e volendo sin da adesso anticipare le conclusioni che poi saranno in seguito meglio tracciate, va evidenziato che la composizione negoziata, nel tentativo di recuperare una idea valida del Codice della crisi, non è un istituto creato "*in laboratorio*", ma è il frutto dell'esperienza delle gestioni delle crisi e della necessità che vengano eliminati alcuni ostacoli alla corretta negoziazione, oltre che dell'esigenza di allargare la platea degli interessati al fenomeno delle crisi.³¹

Non bisogna però illudersi, immaginando che la procedura rispecchi una realtà edulcorata, ma si può certamente affermare che la composizione negoziata sia un percorso adatto per mitigare le divergenze e per far percepire ad una collettività di soggetti che la crisi dell'impresa singola spesso sconfinava nella crisi del mercato e che la crisi del mercato può essere più pericolosa e più dannosa di una qualche rinuncia.

In ogni caso, non c'è dubbio che il decreto n.118 rappresenti un cambiamento culturale, un atto di fiducia del legislatore nei confronti dell'impresa, e forse dei suoi professionisti, alla quale viene riconosciuta maggior capacità dall'interno di riconoscere se sta aumentando la difficoltà o lo squilibrio attuale e/o prospettico.

²⁹ Si fa riferimento alla procedura "*accordo di ristrutturazione dei debiti*": procedura appartenente alla specie del concordato preventivo, introdotta nell'ordinamento per la prima volta dal D.L. del 2005 e poi modificato negli anni successivi.

La procedura presuppone un patto stragiudiziale con una parte consistente dei creditori (almeno 60%), che mira a risolvere la crisi aziendale prima che essa sfoci nella dichiarazione di fallimento.

³⁰ In merito la Procura Generale della Repubblica presso la Corte Suprema di Cassazione, *Il ruolo del pubblico ministero nella crisi d'impresa tra legge fallimentare Codice della crisi e dell'insolvenza e decreto-legge n. 118/2021*, 17 novembre 2021.

A riguardo si rimanda all'approfondimento di A. JONIO, *composizione negoziata della crisi e pubblico ministero*, in *Rivista Diritto della crisi*, 2022

³¹ I. PAGNI – M. FABIANI, *la transazione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Rivista Diritto della crisi*, 2021.

2 Contesto storico

2.1 Aspetti generali del nuovo codice della crisi: il sistema di allerta.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII) è contenuto nella parte prima del d.lgs. n.14 del 2019 e disciplina tutte le situazioni di crisi e d'insolvenza a prescindere dalla natura del debitore e dal tipo di attività esercitata.

In particolare, il titolo II del Codice della crisi introduce il sistema di monitoraggio e allerta al fine di favorire l'eliminazione tempestiva della crisi; all'articolo 13 si definiscono gli indicatori della crisi come gli «*squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario rilevabili attraverso appositi indici che evidenziano la non sostenibilità dei debiti e l'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso*».

Le misure di allerta perseguono la finalità primaria di persuadere l'impresa ad adottare immediatamente le misure che appaiono opportune per rimuovere, o quanto meno attenuare, le cause della crisi e, qualora ciò non avvenga, ad individuare ed a mettere in atto dette misure mediante l'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi.³² (OCRI)

Infatti, proprio per assistere i debitori nella fase delle trattative con i creditori il legislatore ha istituito l'Organismo di composizione della crisi (OCRI) presso ciascuna camera di commercio.

Detto organismo riceve le segnalazioni da parte degli organi di controllo societari (c.d. allerta interna) o da parte degli enti pubblici qualificati come l'Agenzia delle Entrate (c.d. allerta esterna), gestisce il procedimento di allerta e assiste l'imprenditore, su istanza, nel procedimento della composizione assistita.

Solo se le trattative non giungono ad un accordo, l'impresa dovrà intraprendere la strada delle procedure concorsuali emanate dal nuovo codice.

Nella ipotesi di inerzia e di manifesta insolvenza dell'imprenditore scatterà la segnalazione da parte dell'OCRI al pubblico ministero, affinché lo stesso si attivi per verificare la presenza dei presupposti per richiedere l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale.³³

L'introduzione nel nostro ordinamento delle misure di allerta e prevenzione costituisce sicuramente uno degli aspetti di maggiore rilievo della riforma delle procedure concorsuali e la previsione dei benefici e delle misure premiali può sicuramente rendere appetibile l'adozione di soluzioni di natura stragiudiziale volte a prevenire in maniera tempestiva la crisi irreversibile dell'impresa.³⁴

³² «L'OCRI è costituito presso ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, con il compito di ricevere le segnalazioni di cui gli articoli 14 e 15, gestire il procedimento di allerta e assistere l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita della crisi» (Art. 16.1 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

L'OCRI opera attraverso il Referente (individuato nel segretario generale della Camera di commercio o in un suo delegato), l'Ufficio del Referente (che può essere costituito anche in forma associata da CCIAA) e il Collegio degli Esperti.

³³ L. BIARELLA, *procedura d'allerta nel codice della crisi d'impresa* in *Rivista Fisco e Tasse*, 2020.

³⁴ G. SANCETTA - I. BARATTA - L. SICURO, *gli strumenti di allerta e le funzioni dell'organismo di composizione della crisi*, in *Rivista il Societario*, 2019.

Sono state, comunque, evidenziate alcune criticità, oltre che in riferimento alla ridotta efficacia dei benefici, circoscritti per lo più a violazioni di natura tributaria ma non a violazioni previdenziali, anche al sovradimensionamento del collegio degli esperti, laddove, nella maggior parte dei casi, un solo soggetto potrebbe in tempi più rapidi giungere all'individuazione degli strumenti idonei alla soluzione concordata della crisi.

È stato inoltre correttamente indicato il rischio di individuare “*falsi positivi*” facendo affidamento agli indici non sempre capaci di segnalare in maniera certa una probabile situazione di insolvenza, con il concreto pericolo che le imprese diventino più meticolose a rispettare gli indici entro determinati range piuttosto che all'efficienza e all'efficacia della gestione nel suo complesso. Peraltro, il regime di responsabilità dei soggetti incaricati all'effettuazione delle segnalazioni³⁵ e, in particolare, gli obblighi e le responsabilità poste a carico dell'organo di controllo potrebbero far nascere vari fenomeni di abuso nell'utilizzo di tali strumenti anche laddove vi siano solo degli squilibri, per esempio, di liquidità che però non esprimano necessariamente lo stato di crisi, e ciò al solo scopo di evitare di imbattersi in responsabilità e/o eventuali sanzioni, con evidente danno sia a carico della società, che deve impiegare risorse nella gestione di una procedura di allerta non necessaria, sia a carico dello stesso OCRI che dovrà amministrare dati e documenti relativi a procedure di allerta che non sono indicativi di situazioni di crisi e insolvenza.

Un ulteriore profilo di criticità è l'assenza di limiti dimensionali per l'accesso alla procedura che provoca un numero di richieste eccessive, causando la paralisi o il rallentamento dell'operato dell'OCRI.

Infatti, sulla base dei dati di bilancio relativi agli anni 2015 e 2016 forniti da Cerved³⁶, associati con i dati INPS, si stima che il numero di società soggette alla procedura sia pari a circa 180.000, corrispondenti a circa il 35% delle società di capitali.

Va messo in evidenza, infine, un controsenso circa le competenze professionali del collegio ai fini dell'attestazione della veridicità dei dati (Art. 19, comma 3), tenuto conto che l'Art. 2 del Codice prevede che il professionista attestatore deve essere iscritto nel registro dei revisori legali.

Infatti, il coordinato disposto dell'Art. 356 – richiamato dall'Art. 17 – e dell'art. 358 del codice stabilisce che possono essere chiamati a svolgere le funzioni di curatore, commissario giudiziale e liquidatore, nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza:

- a) gli iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro;
- b) gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti professionali di cui alla lettera a), e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;

³⁵ Per una migliore comprensione dell'argomento si rimanda all'allegato 6 della disciplina del whistleblowing della Camera di Commercio.

³⁶ Cerved Group S.p.A. è un gruppo con sede a San Donato Milanese che opera come agenzia di informazioni commerciali: valuta la solvibilità e il merito creditizio delle imprese, monitora e gestisce il rischio di credito durante tutte le fasi e definisce strategie di marketing.

c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

Si ricorda, a tal proposito, che non tutti i dottori commercialisti, avvocati, consulenti del lavoro, sono iscritti nel registro dei revisori legali e pertanto i componenti l'organismo di composizione della crisi potrebbero non essere in possesso dei requisiti per poter procedere all'attestazione della veridicità dei dati come previsto dall'Art. 19 del Codice.³⁷

Il sistema di allerta e di ricorso all'assistenza dell'OCRI introdotto dal legislatore con la normativa più volte citata ha, tuttavia, stentato ad entrare in vigore a causa dei continui rinvii giustificati dalla preoccupazione che il Codice non fosse adatto in un momento di crisi degli investimenti e in generale delle risorse necessarie a procedere a ristrutturazioni delle imprese.

Ed invero, per tutelare l'imprenditore in difficoltà in un periodo in cui la pandemia ha stravolto le abitudini di vita e ha causato molteplici perdite, il legislatore ha deciso di introdurre la composizione negoziata per la risoluzione della crisi di impresa.

2.2 L'obsolescenza precoce del sistema di allerta esterno e l'opportunità dell'introduzione della cnc

La composizione negoziata della crisi e le misure di allerta e di composizione assistita della crisi derivano dalla Raccomandazione 2014/135 UE³⁸, che è basata su una nuova visione del fallimento, il cui obiettivo primario è assicurare alle imprese sane, ma in difficoltà finanziarie, di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza.³⁹

Il CCII stabilisce che costituiscono strumenti di allerta gli oneri di segnalazione posti a carico dei soggetti qualificati, finalizzati alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi ed all'adozione delle misure idonee alla sua composizione.

Il debitore/imprenditore, all'esito della procedura di allerta o anche prima della sua attivazione, può accedere al procedimento di composizione assistita della crisi, che si svolge in modo riservato e confidenziale dinanzi all'OCRI.

All'adozione del CCII si è progressivamente giunti: il primo passo fu la proposta, pervenuta dalla c.d. prima Commissione Rordorf⁴⁰ stanziata nel 2015, che ebbe l'obiettivo di introdurre una fase

³⁷ Infatti, l'Art. 19 del Codice al comma 3 richiede che, se il debitore intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo, il collegio deve verificare «*se almeno uno dei suoi componenti è in possesso dei requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera o), procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali.*»

³⁸ Per maggiori approfondimenti sulle tematiche brevemente accennate si rinvia al contenuto della Circolare n. 03 sul Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: “*Disposizioni del Codice della Crisi e dell'insolvenza entrata in vigore il 16 marzo 2019*”

³⁹ P. VELLA, *le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII in il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in Rivista Il Fallimento Roma, IPSOA Wolters Kluwer, 2021 p. 1489.

⁴⁰ La commissione Rordorf, il cui presidente è appunto Renato Rordorf, è stata istituita il 28 gennaio del 2015 con la finalità di elaborare proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali

preventiva di allerta, qualificata come strumento di sostegno volto a individuare le cause di malessere economico e finanziario dell'impresa. La fase preventiva era intesa come un servizio di composizione assistita della crisi, finalizzata al raggiungimento di un accordo con i creditori.

L'intento era quello di creare un luogo d'incontro tra le parti secondo un processo di negoziazione gestito da organismi dotati di professionalità e con un tribunale che sarebbe rimasto sullo sfondo, pronto a risolvere eventualmente i conflitti tra i diritti delle parti coinvolte.

Per incentivarne l'utilizzo, si sosteneva un sistema di misure premiali e sanzionatorie con procedure riservate senza la presenza costante del tribunale. Da qui, la proposta di affidare le misure ad un'apposita sezione degli esistenti OCC⁴¹ (organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento) che, solo dopo aver sentito il debitore e aver nominato il professionista chiamato a gestire le trattative con i creditori, avrebbe dato comunicazione al presidente della sezione specializzata in materia di impresa. Questi, una volta convocato l'imprenditore, gli avrebbe assegnato un termine per attuare le misure necessarie.

Tuttavia, l'originario spirito dell'allerta e della composizione assistita della crisi è stato snaturato dalla legge delega 19 ottobre 2017 n. 155⁴², che ha fatto assumere ai due istituti dei connotati completamente diversi da quanto previsto dalla raccomandazione europea.

Il legislatore italiano aveva individuato due difficoltà: da un lato che i creditori pubblici qualificati non potessero sostenere l'onere, sanzionato con l'inefficacia di privilegi, di segnalazioni numerose e complesse e dirette non più all'organo di controllo ma subito e in ogni caso anche all'OCRI; dall'altro lato, quello che il nuovo assetto potesse essere piegato a svantaggio dei soggetti interessati, col pericolo di consumazione di tempo e risorse in un contesto privo del contrappeso della *consecutio ex art 69-bis l.fall.*⁴³

Questi timori hanno fatto venir meno la funzione di sostegno dell'istituto dell'allerta esterna che nella formulazione originaria non ha trovato efficacia e attuazione.

Inoltre, il tema dell'allerta precoce è intrecciato con quello dell'accesso alle informazioni.

L'obbligo di predisporre uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti, da adattare alle dimensioni dell'impresa tenendo conto delle peculiarità dei gruppi di grandi dimensioni, rende evidente l'incompatibilità con la direttiva dell'art 12 CCII che esclude dall'allerta le grandi imprese e i gruppi di imprese di rilevante dimensione.

⁴¹ L'Organismo per la Composizione delle Crisi da sovraindebitamento della Camera di Commercio di Firenze e per la liquidazione del patrimonio (OCC) è iscritto al n.110 del Registro degli Organismi tenuto dal Ministero della Giustizia. Referente dell'Organismo è la Dott.ssa Brunella Tarli, dirigente dell'Area Servizi Amministrativi. È un ente terzo, imparziale e indipendente al quale ciascun debitore, tra quelli legittimati, può rivolgersi al fine far fronte all'esposizione debitoria con i propri creditori.

⁴² La legge delega n 155 del 2017 delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza.

⁴³ L'articolo citato afferma che *«le azioni revocatorie disciplinate nella presente sezione non possono essere promosse decorsi tre anni dalla dichiarazione di fallimento e comunque decorsi cinque anni dal compimento dell'atto. Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.»*

Un ulteriore aspetto è che la Direttiva Europea 2019/1023 UE prefigura solo l'allerta interna mettendo in crisi l'allerta esterna che nel CCII investe l'OCRI rendendo possibile che, in difetto di istanza o nell'inerzia del debitore, il sistema si riduca alle segnalazioni al pm.

Una volta rinviata l'entrata in vigore dell'allerta esterna al 31 dicembre 2023, il legislatore ha introdotto un nuovo strumento, la composizione negoziata, in tal modo liberandosi dai timori di cui si è detto e recependo la nuova e diversa visione portata dall'early warning europeo.

L'introduzione del nuovo istituto, però, necessita di regole più snelle nella forma e, allo stesso tempo, più corpose nella sostanza di quello codicistico.

Da qui la messa a punto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, un percorso guidato per l'imprenditore che intenda risanare la propria impresa, cui viene offerto il supporto tecnico di un esperto indipendente e imparziale, capace di facilitare le trattative con i creditori.

Già sin da adesso appare opportuno sinteticamente delineare, in attesa dei maggior approfondimenti che saranno svolti nel secondo capitolo di questo elaborato, le caratteristiche principali di tale nuovo strumento al fine di sottoporlo ad un esame comparativo con il precedente sistema di allerta e di composizione assistita della crisi.

Il procedimento di accesso al nuovo strumento della composizione negoziata della crisi è tracciato puntigliosamente dal decreto n. 118, distinguendosi le fasi in cinque sezioni: “*test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento*”, “*la check-list*”, il “*protocollo di conduzione della cnc*”, “*la formazione degli esperti*”, la “*piattaforma*”.

Il percorso contempla anche una procedura di informazione e consultazione sindacale destinata ad operare in mancanza di apposite previsioni di legge o dei contratti collettivi.

Il legislatore del D.L. n.118 ha invece lasciato impregiudicati i temi dell'allerta esterna e della futura sistemazione codicistica del nuovo istituto, tenendo ferma però l'allerta interna fondata sul pilastro già vigente dell'obbligo di adottare assetti adeguati e organizzativi ex art 2086 c.c. e rinforzata dall'obbligo di segnalare la sussistenza dei presupposti per avviare la composizione negoziata.

In ultima analisi, il nuovo strumento punta innanzitutto a preservare la continuità aziendale⁴⁴ e a conservare i valori imprenditoriali a beneficio del debitore, dei creditori e degli altri *stakeholders*, laddove le difficoltà attraversate dall'impresa abbiano caratteristiche tali da renderne ragionevolmente perseguibile il risanamento, secondo criteri che l'imprenditore viene messo in condizione di verificare autonomamente, attraverso il test pratico e la *check-list* resi a disposizione online sulla piattaforma telematica istituita presso le CCIIAA.

Tuttavia, il legislatore del D.L. n 118 si preoccupa anche di regolare l'ipotesi in cui il risanamento non sia perseguibile, indirizzando l'imprenditore verso il concordato semplificato disciplinato dagli artt. 18 e 19 dello stesso decreto, introducendo così una singolare forma di liquidazione concordata del patrimonio e dell'azienda.

L'ulteriore ventaglio di esiti in cui può sfociare la composizione negoziata della crisi, alla conclusione delle trattative, previste all'art 11, mira ad individuare, tra i vari strumenti messi a

⁴⁴ *Infra* §, par. 2.4

disposizione del legislatore nazionale, quello che consente al debitore e ai creditori di realizzare la migliore ristrutturazione possibile; ciò si iscrive nella logica della Direttiva UE del 2019 che parla di flessibilità delle procedure previste dai quadri nazionali di ristrutturazione preventiva.

Dopo avere spiegato i fattori che hanno portato all'insuccesso precoce delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi e che hanno spinto il legislatore, ad introdurre, quale rimedio, il nuovo strumento della composizione negoziata, non può tuttavia non evidenziarsi che il legislatore è nuovamente tornato a regolare il sistema dell'allerta esterno con gli artt. 30-ter, 30-sexies della L. n. 233 del 2021⁴⁵ che reintroducono appunto tale il sistema

Con tali recenti disposizioni normative, sono stati infatti introdotti obblighi di segnalazione, a carico di creditori pubblici qualificati, all'indirizzo dell'organo di controllo e all'indirizzo dell'imprenditore.

Tali obblighi nascono quando l'indebitamento dell'impresa superi la soglia prestabilita.

Nello specifico, l'articolo 25-novies del Codice⁴⁶ riprende il contenuto dell'Art. 30-sexies del decreto-legge n. 152 del 2021 per disciplinare le segnalazioni dei creditori pubblici qualificati e stabilisce in particolare che i creditori pubblici qualificati debbano provvedere alla segnalazione nei seguenti casi:

- l'INPS, quando si ha ritardo di oltre 90 giorni nel versamento dei contributi previdenziali di ammontare superiore, per le imprese con lavoratori subordinati e para subordinati, al 30% di quelli dovuti nell'anno precedente e alla soglia di 15.000 euro, e, per quelle senza i predetti lavoratori, alla soglia di 5.000 euro;
- l'INAIL, quando sussiste un debito scaduto da oltre 90 giorni, di un debito per premi assicurativi di importo superiore a 5.000 euro;
- l'Agenzia delle entrate, quando si sia l'esistenza di un debito scaduto e non versato per l'IVA, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche, superiore a 5.000 euro;
- l'Agenzia delle entrate-Riscossione, quando si verificano di crediti affidati per la riscossione e scaduti da oltre 90 giorni, superiori, per le imprese individuali, a 100.000 euro, per le società di persone a 200.000 euro e, per le altre società, a 500.000 euro.

⁴⁵ La legge in questione contiene disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e per la prevenzione delle infiltrazioni mafiose. Gli articoli citati, il 30 ter e il 30 sexies trattano rispettivamente di *"Interoperabilità tra la piattaforma telematica nazionale per la composizione negoziata per la soluzione delle crisi d'impresa e altre banche di dati"* e di *"Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati"*

⁴⁶ I segnali di allarme vengono codificati e sono l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'Art. 25-novies, comma 1, il quale si occupa di definire le soglie in base alle quali i creditori pubblici devono procedere alla segnalazione anticipata per la emersione della crisi.

Ma insieme a questi vi sono: l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 90 giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni.

In tutti i già menzionati casi, le segnalazioni sono inviate dall'Agenda delle Entrate entro sessanta giorni dal termine di presentazione delle comunicazioni delle liquidazioni periodiche dell'Iva (l'ultimo giorno del secondo mese successivo a ogni trimestre); l'Inps e l'Agente della Riscossione devono inviarle entro sessanta giorni dal superamento delle soglie.

Da ultimo, va rilevato che la segnalazione all'imprenditore contiene l'invito a chiedere la composizione negoziata della crisi.

2.3. Analisi differenziale tra composizione assistita e negoziata.

Come già più volte rappresentato, il Titolo II del CCII introduce per la prima volta degli strumenti e delle procedure di allerta che, insieme agli obblighi di predisposizione di assetti organizzativi adeguati, sono rivolti alla precoce rilevazione degli indizi della crisi e all'adozione tempestiva delle misure più adatte al superamento. ⁴⁷

Tra gli strumenti di allerta⁴⁸, lo strumento che più si è rivelato innovativo della composizione assistita è quello dinnanzi all'Organismo di gestione delle crisi di impresa, istituito presso ogni Camera di Commercio.

Può essere utile, a questo punto, tracciare un'analisi comparativa tra lo strumento della composizione assistita⁴⁹ e l'istituto della composizione negoziata, al cui studio è dedicato il presente elaborato.

Partendo dalla composizione assistita, va osservato che l'OCRI agisce tramite la creazione di un collegio di tre soggetti, di cui uno designato dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore scelto tra tre nominativi indicati dal debitore e scelti tra quelli iscritti nell'albo di cui all'art 356 CCII.

L'OCRI ricopre, dunque, due ruoli: da un lato quello di mediatore e dall'altro quello di ausiliario dell'imprenditore. Infatti, l'OCRI gestisce il procedimento di allerta e assiste l'imprenditore, su sua istanza.

Come anticipato, gli esperti, nominati subito dopo l'istanza dal debitore sono tre e ad ognuno spetta un compenso.⁵⁰

La composizione assistita non può durare, nel suo complesso, più di sei mesi e il collegio incarica uno dei tre componenti, in particolare il relatore, di seguirla.

⁴⁷ M. FABIANI- I. PAGNI, *la transazione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, op.cit, p.1479

⁴⁸ Gli strumenti di allerta, secondo il disposto dell'articolo 12 del Codice della crisi d'impresa, sono rappresentati dagli obblighi di segnalazione della possibile esistenza di una crisi a carico di determinati soggetti interni od esterni all'organizzazione imprenditoriale, segnalazione finalizzata a far prendere coscienza e rendere edotto tempestivamente l'imprenditore dell'esistenza della crisi e ciò al fine della sollecita adozione delle misure idonee al suo superamento. Si rimanda all'articolo completo: <https://giuricivile.it/strumenti-allerta-e-composizione-assistita-crisi-di-impresa>.

⁴⁹ Per una più ampia trattazione v., R. ROSAPEPE, *La composizione assistita della crisi*, in *Giur. Comm.*, 2021, I, 963.

⁵⁰ Per l'attività espletata nel corso delle procedure di allerta e di composizione della crisi spetta all'OCRI un compenso, disciplinato dall'Art. 23 del codice, che rinvia all'Art. 351. Gli importi spettanti all'OCRI per i costi amministrativi e i compensi dei componenti del collegio sono concordati con il debitore; in difetto, sono liquidati dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale di cui all'articolo 17, comma 1, lett. a), o da un suo delegato, tenuto conto dell'impegno in concreto richiesto e degli esiti del procedimento, sulla base dei parametri fissati nell'Art. 351.

In questa procedura l'inattività del debitore di cui sia evidente lo stato di insolvenza è sanzionata con la segnalazione del collegio al referente dell'OCRI perché questi ne dia notizia al p.m.

È considerato inattivo il debitore che non si presenta dinanzi all'OCRI nonostante la sua convocazione o che dopo l'audizione non deposita l'istanza di composizione assistita oppure che all'esito delle trattative in assenza in accordo con i creditori, non deposita domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi.⁵¹

I compiti del collegio sono misti⁵² e non sono soltanto quelli di un facilitatore, è previsto infatti che il collegio possa, se l'imprenditore ne fa richiesta, predisporre la relazione aggiornata sulla situazione dell'impresa e l'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali e personali nonché attestare la veridicità dei dati aziendali quando il debitore dichiara che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione o di apertura del concordato.

In ogni caso, come testualmente scritto nella Relazione illustrativa l'accordo conseguente alla composizione assistita «*deve essere raggiunto con la supervisione e l'approvazione del collegio, il quale, quindi, si rende indirettamente garante della fattibilità del piano sottostante*».

Quanto agli sbocchi della composizione assistita, l'unico esito alternativo a quelli tradizionali è l'accordo con i creditori, depositato presso l'organismo ed eventualmente iscritto nel registro delle imprese, che produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento, con il corollario dell'esenzione da revocatoria.

Così descritto in linea di massima il funzionamento della composizione assistita della crisi, non ci si può esimere da qualche critica.

In particolare, come attentamente segnalato dagli studiosi della materia, il ruolo dell'OCRI non appare del tutto chiaro, oscillando il compito del collegio, infatti, tra quello di un mediatore (come si legge testualmente nella Relazione), e quello di un mero ausilio per l'imprenditore anche con compiti, indiretti, di attestatore, il tutto in una cornice che è stata giudicata un po' troppo intrisa di burocrazia.

Al riguardo, anche se la Relazione illustrativa parla di un ruolo dell'OCRI come "*mediatore attivo*" e dell'autorevolezza del relatore incaricato di seguire le trattative come elemento che ne agevola il buon esito, l'attenzione del CCII appare rivolta più ai compiti che il collegio ha di sorvegliare la condotta del debitore per far partire le dovute segnalazioni appena se ne verificano i presupposti, che non all'individuazione di strumenti che servano a facilitare le trattative (al di là delle misure protettive necessarie a condurle a termine e alla sospensione degli obblighi di intervento sul capitale previste dall'Art. 20).

⁵¹ M. FABIANI- I. PAGNI, *la transazione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in rivista diritto della crisi, *op.cit.*

⁵² Si precisa che i compiti principali dell'Organismo di Composizione della Crisi sono quelli di:

- 1) ricevere le segnalazioni di cui gli articoli 14 e 15 CCI e gestire il procedimento di allerta,
- 2) assistere l'imprenditore nel procedimento di composizione della crisi promosso su istanza dello stesso (nei casi non concernenti imprese minori)

Inoltre, la procedura è improntata sui principi della «*celerità, riservatezza e confidenzialità oltre che dalla necessaria indipendenza dei soggetti designati come esperti*». Ma questi valori negli ultimi tempi stanno subendo un'attenuazione.⁵³

Diversi sono invece i presupposti, modalità di funzionamento ed obiettivi perseguiti dall'innovativo strumento della composizione negoziata introdotta dal D.L. 118/2021.

Infatti, la composizione negoziata, rispetto allo strumento che si è appena delineato, cerca di fornire un passo in più nell'inquadramento del ruolo e del modo di operare dell'esperto quale facilitatore terzo e imparziale: il cambiamento, anche nella terminologia adatta, da composizione «*assistita*» a composizione «*negoziata*» mira a sottolineare che l'esperto, piuttosto che assistere, ha il compito di facilitare le trattative e favorire gli accordi.

Ed ancora, rispetto alla composizione assistita del Codice, la composizione negoziata fa leva su alcuni elementi che dovrebbero rappresentare i suoi punti di forza e che dovrebbero portarla ad ottenere migliori risultati rispetto alla composizione assistita, sempre che sia elevato il livello di capacità dei professionisti cui è affidato il ruolo di esperto.⁵⁴

Oggi i numeri della composizione negoziata mostrano che il numero di esperti è molto elevato e che le domande provengono soprattutto da imprese sopra soglia, che solo nella metà dei casi fanno ricorso alle misure protettive e cautelari.

I punti di forza della composizione negoziata sono dunque i seguenti: (a) una specifica formazione dell'esperto anche in materia di facilitazione oltre che in una serie di materie la cui conoscenza varia a seconda delle parti che prenderanno parte alle trattative; (b) l'importanza del ruolo di terzo dell'esperto e la particolare attenzione alla trasparenza e alla rotazione nella nomina⁵⁵; (c) una maggiore presenza di doveri delle parti e dell'esperto; (d) la presenza di una procedura di informazione e consultazione sindacale che si aggiunge a quelle previste dalla legge quando l'imprenditore intende procedere a riorganizzazioni o mutamenti nel modello di business che incidano sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori; (e) la previsione di una piattaforma

⁵³ In merito la Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 al par. 3 prevede che «*gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione*»; al par. 4 dispone che «*gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione*»; Dunque, è stato osservato, «*il legislatore nazionale dovrà sicuramente integrare le disposizioni contenute nel CCII, non solo per soddisfare la generale esigenza informativa fortemente espressa dalla direttiva, ma anche per includere tra i destinatari di informazioni sugli strumenti di allerta i rappresentanti dei lavoratori; ciò che costituisce una grande novità per il nostro ordinamento*», P.VELLA, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta*, cit.; su tale direttiva, in relazione alla disciplina degli strumenti di allerta, v. anche S. BASTIANON, *Allerta precoce e ristrutturazione preventiva: Codice della crisi e Direttiva 2019 a confronto*, in *Il fallimentarista.it*.

⁵⁴ I. PAGNI - M. FABIANI, *la ratio dell'intervento compiuto col DL 24 agosto 2021, n.118, conv. In L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti*, op.cit., 2022

⁵⁵ La commissione dedicata, che resta in carica 2 anni, è composta da un magistrato, da un membro designato dal presidente della camera di commercio e da un membro designato dal prefetto del capoluogo di riferimento e ha il compito di scegliere l'esperto, garantendo rotazione e trasparenza, e assicurandosi che nessun esperto possa ricevere nello stesso tempo più di 2 incarichi.

telematica che serve per la nomina dell'esperto, per lo svolgimento delle trattative attraverso la creazione di diversi livelli di accesso alla documentazione inserita nella piattaforma e per dar corso, in caso di cessione di azienda⁵⁶ alla selezione dei soggetti potenzialmente interessati anche attraverso procedure competitive; (f) la costituzione di un test volto a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra il debito esistente e l'ammontare di flussi finanziari liberi che possono essere annualmente posti al suo servizio; (g) la stesura di una lista di controllo contenente domande rivolte all'esperto o all'imprenditore, le cui risposte forniscono indicazione per la redazione del piano di risanamento; (h) la redazione di un protocollo per la conduzione della composizione negoziata da parte dell'esperto, diviso per sezione, riassuntivo di norme e di buone pratiche.

La differenza tra composizione assistita del CCII e composizione negoziata sta, dunque, fondamentalmente, nella individuazione del contenuto delle attività svolte dalle parti e dall'esperto, che è quel che mancava nel procedimento previsto per la prima.

2.4. Il cambio di cultura anticipato della composizione negoziata: preferenza per le earliest warning.

Non vi è dubbio che l'introduzione della composizione negoziata della crisi rappresenti un vero e proprio cambio di cultura così come del resto era doveroso fare per attuare al meglio la Direttiva 2019/1023 UE (Direttiva *Insolvency*)⁵⁷.

In tal senso rappresenta un vero e proprio manifesto programmatico la relazione illustrativa del Decreto n. 118/2021 nella parte in cui chiarisce che i sostegni di tipo finanziario ed economico riconosciuti alle imprese hanno avuto il merito di aver ridotto il peso della crisi sulle attività produttive che la crisi pandemica ha portato.⁵⁸

Allo stesso tempo, la Relazione riconosce che la legge fallimentare, il codice e lo strumentario normativo pre-pandemica non sono adatti a garantire la gestione dell'emergenza in atto e per affrontare la crisi di impresa occorre dare attuazione alla Direttiva 2019/1023 UE riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, e che, a tale scopo, è necessario apportare le opportune integrazioni alle disposizioni del Codice della crisi.

⁵⁶ Come prevede la Sezione III del Decreto Attuativo «*Se l'esperto ravvisa, diversamente dall'imprenditore, anche a seguito dei primi confronti con i creditori, la presenza di uno stato d'insolvenza, questo non impedisce di avviare la composizione negoziata. Occorre però che l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento che richiedano, per essere ritenute praticabili, l'apertura delle trattative, perché dovranno essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione di azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito*». Per stabilire quando si deve cedere l'azienda è necessario procedere con il test pratico per verificare la perseguibilità o meno del risanamento.

⁵⁷ La direttiva più volte citata è finalizzata ad armonizzare le normative degli Stati membri sulla crisi d'impresa per garantire un miglior funzionamento del mercato interno e realizzare una maggiore tutela della libertà di circolazione all'interno dell'Unione.

⁵⁸ V. MINERVINI *composizione negoziata, norme unionali e (nuovo Codice della crisi)* in *Rivista di diritto fallimentare* n. 1/2022, ROMA Tor Vergata, 2022

Dunque, l'intervento normativo sembra collocarsi oltre la dimensione emergenziale: sembra infatti diramarsi in un contesto socioeconomico per affrontare la condizione di “*insolvenza diffusa*”.⁵⁹

La ristrutturazione precoce delle imprese in difficoltà, che sta alla base della volontà del legislatore del D.L. n. 118, è quindi fondata su principi affermati della Direttiva, quali la volontarietà, l'autonomia negoziale e sulla tendenziale stragiudizialità.

La convinzione è che la situazione di crisi dell'impresa deve essere affrontata e gestita quando ancora questa non è presente, quando cioè è ancora in quella “*Twilight-Zone*” che permette il risanamento e la ristrutturazione.

Lo scopo che si vuole raggiungere è quello di prevenire l'insorgenza di situazioni di crisi e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rilevando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili.

Rispetto all'early warning codicistico, il Decreto n.118 introduce una sorta di allerta precocissima, perché il trattamento della crisi viene ulteriormente anticipato, anche se solo su base volontaria e riservata.

L'anticipazione della soglia di attenzione alla “*mera probabilità della probabilità dell'insolvenza*”⁶⁰ introdotto dal Decreto n.118 è in armonia con i principi della Direttiva, tanto che è possibile pensare che anche nell'era post pandemica una earliest warning possa avere piena liceità.

Sulla gestione della crisi d'impresa in fase precoce, è significativa, ai fini di meglio comprendere l'intervento del legislatore italiano, l'esperienza estera del progetto “*Early Warning Europe*.”

Early Warning Europe nasce nel 2016, è composta da 15 organismi europei provenienti da 7 Stati Membri come progetto co-finanziato dal programma EU COSME⁶¹ e ha come obiettivo quello di creare una rete europea con regole comuni per supportare le imprese in una fase precoce della crisi e dare la possibilità all'imprenditore di avere una “*second chance*”.

Segnatamente, l'iniziativa UE intende fornire consulenza e supporto alle aziende in crisi per evitarne il fallimento e le sue conseguenze negative, tra le quali soprattutto la perdita di posti di lavoro e l'aumento rischio economico per i clienti e i fornitori aziendali.

È opportuno spendere qualche parola su questo programma europeo che si basa su tre pilastri:

- Consulenti esperti che si occupano della valutazione preliminare, stabilendo i principali punti del piano di azione e definendo i futuri step dell'operazione di “*salvataggio*” aziendale.
- Imprenditori esperti che volontariamente supportano e consigliano il titolare dell'azienda in crisi al fine di modificare la situazione, consentendone la sopravvivenza e possibilmente una nuova crescita.

⁵⁹ “*L'insolvenza diffusa*” è una terminologia nata durante l'esplosione del Covid-19 e sta ad indicare il conseguente blocco e i terribili problemi che hanno colpito una pluralità di aziende.

⁶⁰ Così L. PANZANI, Il D.L. “*Pagni*” ovvero la lezione (positiva) del covid, *op. cit.*, p. 10

⁶¹ L'Unione Europea ha lanciato il nuovo programma di sostegno alle PMI per il periodo 2014-2020, denominato *COSME*, che sostituirà il programma quadro per la competitività e l'innovazione (CIP). *COSME* mira a promuovere la competitività e la sostenibilità delle imprese europee, in particolare le PMI, e ad incoraggiare l'imprenditorialità e la promozione delle PMI.

- Facoltativamente, una stretta cooperazione con avvocati esperti in materia fallimentare nel caso in cui si preveda siano necessarie misure legali.

I consulenti dell'organizzazione hanno un ruolo importante, svolgono una prima diagnosi e fissano insieme all'imprenditore l'*action plan*⁶². Provengono da settori diversi (bancario, risorse umane, professionisti, ex imprenditori): indipendentemente dalla loro formazione professionale, è molto più importante il loro approccio personale. In questa fase c'è bisogno di qualcuno che sia capace di ascoltare attivamente, che non sia troppo coinvolto emotivamente, qualcuno con un punto di vista adeguato. Tutti gli altri aspetti tecnici vengono in secondo piano.

In questa fase sono sufficienti nozioni di base sulle procedure; mentre gli aspetti tecnici saranno poi gestiti da professionisti esterni.⁶³

I già menzionati consulenti sono affiancati da Mentor (che oggi sono circa 120) che lavorano al Progetto. Per la maggior parte si tratta di persone sui 50/60 anni, che si sono ritirate dal lavoro e che ricoprivano ruoli manageriali o erano membri di consigli di amministrazione.

Inoltre, è importante sottolineare che i *Mentor* seguono un periodo di training, dal momento che la loro consulenza deve essere abbastanza solida per fare la differenza.

Quindi, il consulente determina insieme all'imprenditore la strategia, segue la fase iniziale, fa un "*controllo qualità*" e di solito il Mentor fa il resto. In alcuni casi poco complessi, un paio d'ore del consulente sono sufficienti, nella maggior parte delle volte è necessaria la figura del Mentor.

Per beneficiare del servizio, l'impresa può contattare un consulente di *Early Warning* presso una delle organizzazioni partner per una prima valutazione della situazione. A seguito della valutazione preliminare, il consulente e l'impresa si accordano su un piano d'azione, che potrà contemplare anche l'affiancamento di un advisor volontario con consolidate competenze di business che supporterà l'impresa nel percorso di risanamento.

La consulenza personalizzata del progetto *early warning europe* avviene completamente fuori dalle aule del tribunale. Andare in un'aula di Tribunale sicuramente comporta un allungamento dei tempi. Si cerca piuttosto, se possibile, di procedere con una vendita dell'azienda ad un competitor, o con la vendita di un ramo sano, lasciando che venga liquidata la parte non sana. Se si riduce il debito *ex ante* mettendo l'imprenditore in una posizione migliore il fallimento andrà più veloce e sarà più organizzato.

Early Warning Europe è attualmente attivo in 7 Paesi: Italia⁶⁴ (attraverso l'Unione Industriale di Torino), Polonia, Spagna, Belgio, Grecia, Danimarca e Germania. A breve si diffonderà anche in Finlandia, Croazia, Slovenia e Lituania.⁶⁵

⁶² L'impresa interessata può contattare un consulente di *Early Warning* presso una delle organizzazioni partner per una valutazione preliminare, ad esito della quale, il consulente e l'impresa si accorderanno su un piano d'azione, che potrà prevedere anche l'affiancamento di un advisor volontario con consolidate competenze in materia, che supporterà l'impresa nel percorso di risanamento.

⁶³ Per un esame più approfondito sul punto, si rimanda al sito ufficiale www.earlywarningeurope.eu

⁶⁴ Per l'Italia il partner di riferimento è l'Unione Industriale di Torino, che fornisce: analisi preliminare per avere una fotografia dell'azienda; un esperto professionista che, pro bono, guida l'impresa alla scoperta di nuove strategie

2.5. Il primato della continuità aziendale.

La Direttiva Insolvency sostiene con tutta evidenza la tutela dell'impresa in crisi nell'interesse generale e di quello di tutti i soggetti potenzialmente colpiti e impone perciò agli Stati membri di puntare all'obiettivo del risanamento cercando l'equilibrio fra i diritti di tutte le parti interessate.⁶⁶

In linea con questa tendenza, la nuova composizione negoziata della crisi, introdotta dal più volte citato D.L. n 118 dà ancora maggiore rilevanza al salvataggio dell'impresa, tutelando la continuità aziendale secondo la filosofia del "business rescue".

Lo stesso non può dirsi per il Codice (CCII) che sul punto seguiva un approccio diverso.

Infatti, mentre il Codice ha incentrato la sua attenzione sulla posizione dei creditori proponendo come principio generale il dovere del debitore di «*assumere tempestivamente le iniziative più idonee e più ragionevoli ad affrontare la crisi, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori*», al contrario nel Decreto, che recepisce la Direttiva, viene attribuito all'imprenditore il dovere di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.

Nella nuova composizione negoziata, quindi, l'orientamento è nettamente *debtor-oriented* e ciò si denota dalla presenza dell'avverbio "ingiustamente" che non è casuale, ma risponde all'esigenza avvertita come prioritaria, di dare il maggior spazio di manovra possibile all'operazione di salvataggio e risanamento aziendale.

Altre divergenze sul punto tra Codice e Direttiva sono riscontrabili anche per quanto riguarda i doveri degli amministratori dell'impresa in crisi.

Mentre il Codice, infatti, stabilisce che il debitore ha il dovere di gestire il patrimonio o l'impresa nell'interesse prioritario dei creditori, il Decreto non riproponeva, prima della sua conversione in legge, una tale disposizione, limitandosi a stabilire che in caso di probabilità di insolvenza, «*l'imprenditore gestisca l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economica e finanziaria*».

In sede di conversione in legge, è stato tuttavia realizzato un intervento che va in una direzione diversa rispetto a quando detto fino ad ora: è stata infatti aggiunta una disposizione (art 9, co. 1 del D.L. n.118 nel testo convertito⁶⁷) che sancisce per gli amministratori, di fronte allo stato di insolvenza, il dovere di gestire l'impresa nel prevalente interesse dei creditori.

organizzative e gestionali; affiancamento per un periodo di tempo limitato (4-6 mesi al massimo) da parte di uno/due mentor; monitoraggio e valutazione dell'intervento.

⁶⁵ Fino a oggi, solo in Italia oltre 650 aziende hanno aderito a Early Warning, valorizzando l'opportunità - gratuita per le imprese, grazie allo stanziamento di risorse dell'Unione Europea - di avvalersi dell'esperienza di un mentore dedicato, un professionista disposto a mettere a disposizione dell'imprenditore esperienza e contatti, per aiutarlo a trovare i migliori percorsi di crescita. L'iniziativa, cui hanno collaborato oltre 160 mentori, ha coinvolto in prevalenza piccole e medie imprese, per un totale di 4mila lavoratori.

⁶⁶ V. MINERVINI, *composizione negoziata, norme unionali e (nuovo Codice della crisi)* in *Rivista il diritto fallimentare* n. 1/2022, ROMA Tor Vergata, 2022

⁶⁷ Per comodità di lettura, si riporta testualmente il testo dell'articolo 9 comma 1 a seguito della conversione in legge: «*Nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.*

La disposizione ora citata, è stata introdotta al fine di evitare eccessive tensioni rispetto ai principi stabiliti dal Codice, ma a ben vedere la nuova previsione riguarda una fattispecie isolata.

Difatti, essa si riferisce al solo caso in cui, nel corso delle trattative della composizione negoziata, risulta che l'impresa versi in condizione di insolvenza. Questo comporta che, al di fuori di questa ipotesi, l'interesse del debitore torni ad essere prevalente.

La tutela della continuità aziendale resta oggettivamente al centro di tutte le altre previsioni; la salvaguardia dell'impresa e della sua organizzazione assume una notevole centralità e priorità rispetto agli interessi coinvolti tutte le volte in cui l'impresa appaia come obiettivamente risanabile. I soli diritti che non possono sopportare compressioni sono quelli dei lavoratori.⁶⁸

L'idea della continuità aziendale dell'impresa risanabile, recepita dal legislatore del Decreto n.118, supera le contraddizioni del Codice ed è destinato a rimanere come punto fermo perché esprime una precisa volontà di superare l'approccio del codice.

Nessuna norma del D.L. 118 impone all'esperto di accertare in quale stato si trovi l'imprenditore, se in una crisi passeggera o in uno stato irreversibile di vera e propria crisi, il legislatore si cura invece di precisare che la composizione negoziata della crisi acquista un senso solo se risulti «*ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*» (Art. 2.1).⁶⁹

Ai sensi dell'Art. 5.5, D.L 118/2021 l'esperto una volta che viene nominato «*convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento*», incontra le altre parti potenzialmente interessate alle trattative se ritiene che le prospettive di risanamento siano concrete, segnala al segretario generale della CCIAA per l'archiviazione dell'istanza e del procedimento se non ravvisa concrete prospettive di risanamento.

È evidente che il cuore della composizione negoziata della crisi è proprio il risanamento dell'impresa, mentre lo stato di crisi dell'imprenditore resta ai margini, e rilevante soprattutto al fine dell'attivazione degli obblighi di allerta interna imposti dall'Art. 15.

L'obiettivo della continuità aziendale, che alla fine corrisponde al “*risanamento dell'impresa*” evocato dal D.L. n.118, può essere raggiunto in via diretta tramite la continuazione dell'attività d'impresa da parte dello stesso imprenditore⁷⁰ e in questo caso l'impresa “*guarisce*” in mano all'imprenditore in crisi; ovvero, in via indiretta, tramite la cessione o il conferimento dell'azienda, dove il risanamento avviene in mani altrui, in particolare nelle mani di chi acquista l'azienda in esercizio.

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. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore.»

⁶⁸ Per citare qualcuno dei diritti dei lavoratori: l'esclusione dei diritti di credito dei lavoratori dalle misure protettive del patrimonio, l'esclusione della rinegoziazione dei contratti ad esecuzione continuata o periodica aventi ad oggetto prestazioni di contratti di lavoro dipendente, l'obbligo di informazione sindacale e così via.

⁶⁹ A. ROSSI, i *presupposti della cnc, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa* in Rivista Diritto della crisi, 2021.

⁷⁰ Anche se, nel caso in cui si trattasse di società e non di imprenditore individuale, la compagine sociale cambierà al suo interno con un conferimento di risorse da parte di un nuovo soggetto economico.

L'istituto della CNC sembra concepito, pertanto, per consentire un risanamento dell'impresa da un punto di vista soggettivo, con l'imprenditore in crisi che contestualmente svolge le trattative e prosegue ininterrottamente nell'esercizio dell'attività d'impresa.

Proprio al fine di consentire l'obiettivo del risanamento dell'impresa è prevista la riservatezza del processo di risanamento e anche la possibilità per l'imprenditore di effettuare pagamenti e stipulare contratti senza dover sottostare al gravoso vincolo autorizzatorio previsto per il concordato preventivo.

Se però l'imprenditore dovesse avere il bisogno di tutelare il patrimonio aziendale dall'aggressione dei creditori, ricorrendo alle misure protettive apprestate dagli artt. 6 e 7, avrà inevitabilmente il dovere di pubblicare il ricorso a siffatte misure nel registro delle imprese, con conseguente perdita di quella riservatezza invece imprescindibile per una lineare prosecuzione dell'attività d'impresa.

Se la situazione di crisi dell'imprenditore diventa di pubblico dominio, tuttavia, il D.L. n.118 non crea un ambiente accogliente per la continuità aziendale diretta⁷¹, esponendo creditori e controparti contrattuali ad un rischio di deterioramento della situazione, con conseguente successivo trattamento concorsuale dei crediti, che crea un potentissimo disincentivo alla conservazione di relazioni contrattuali con l'imprenditore.

È pur vero, infatti, che i pagamenti “*non sono inibiti*” pur a seguito dell'applicazione e della conferma delle misure protettive ma, è altresì evidente che, specie considerato che il percorso di CNC non è una procedura concorsuale, i crediti che matureranno anche successivamente alla nomina dell'esperto e pure dopo l'applicazione delle misure protettive non godranno della prededuzione nella procedura concorsuale che eventualmente consegua all'insuccesso delle trattative.

Addirittura, applicate e confermate le misure protettive, in assenza di una segregazione patrimoniale che distingua il prima dal dopo rispetto all'apertura di una procedura concorsuale, le misure protettive si applicheranno anche ai crediti maturati dopo la concessione delle stesse. Si tratta di un combinato disposto che rende pressoché impraticabile il ricorso al credito da parte dell'imprenditore che, nel trade off tra riservatezza e tutela del patrimonio, si veda costretto a rinunciare alla prima. Così, le forniture arriveranno solo se pagate alla consegna e il credito bancario si prosciugherà.⁷²

Nella “*migliore*” delle ipotesi, quindi, la diffusione della notizia circa la nomina dell'esperto determinerà la chiusura dei rubinetti del credito ed il disallineamento dei flussi di cassa, qualora i fornitori accettino di essere pagati alla consegna; nella peggiore delle ipotesi, attorno all'imprenditore che ha fatto ricorso alla CNC si farà il deserto di relazioni contrattuali, portandolo ipso facto fuori dal mercato (e al probabile insuccesso del percorso di risanamento dell'impresa).

La continuità aziendale diretta, nel corso dello svolgimento delle trattative, sarà quindi effettivamente assicurata solo se la crisi dell'imprenditore si trovi veramente in uno stadio iniziale,

⁷¹ Cfr. D. GALLETTI, *Breve storia di una (contro) riforma annunciata*, nel *Fallimentarista*, 1° settembre 2021: «*Ad un occhio disincantato in realtà l'obiettivo del risanamento dell'azienda, perseguito attraverso la continuità diretta, non sembra davvero interessare molto il Legislatore del DL*»

⁷² Ci si riferisce, in particolare, a Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2021 (ord.), n. 18610.

che consenta, in particolare, lo svolgimento delle trattative senza la necessità di disapplicare la regola “ricapitalizza o liquida”⁷³ ex Art. 8 e di ricorrere a misure di protezione del patrimonio.

In tutti gli altri casi – che possono essere ben più numerosi se, come prevedibile, alla CNC ricorreranno imprenditori veramente insolventi – non tutto è perduto perché il risanamento sarà conseguibile in via indiretta, ovvero tramite la cessione dell’azienda in esercizio, come espressamente previsto dall’Art. 2.2.⁷⁴

3. Il confronto con il CCII

3.1 Gli scopi dell’allerta secondo la Direttiva 1023/2019, il CCII e il d.l. 118/2021

Il sistema dell’allerta, come già evidenziato, è stato introdotto nel nostro sistema da una pluralità di fonti: la Direttiva 1023/2019, il CCII e il D.L. n. 118/2021.

Nel presente paragrafo vanno quindi messe a raffronto tali fonti normative e gli scopi da ciascuna perseguiti: in particolare il profilo di interesse attiene propriamente alla rispondenza degli strumenti normativi italiani rispetto agli obiettivi che la Direttiva assegna alle procedure di allerta.

Per compiere tale operazione, è opportuno preliminarmente ripercorrere gli scopi perseguiti dalla Direttiva, il cui recepimento in Italia è avvenuta con il D.lgs. 83/2022, in tema di procedura di allerta. Uno degli obiettivi è quello di facilitare l’emersione tempestiva della crisi attraverso gli strumenti di allerta precoce e di agevolare la soluzione della crisi mediante quadri di ristrutturazione preventiva che permettano di prevenire l’insolvenza e di rilanciare quelle attività che risultino ancora sostenibili da un punto di vista economico.⁷⁵

La Direttiva si focalizza sulle difficoltà di carattere finanziario con prognosi negativa, sulla possibilità di estinguere i debiti e rimborsare i prestiti.

In ogni caso, il presupposto della ristrutturazione è costituito dalle prospettive di sopravvivenza dell’impresa, al punto che il considerando 26 prevede che gli stati membri «*dovrebbero poter introdurre una verifica della sostenibilità economica come condizione di accesso alla procedura di ristrutturazione preventiva*».

Da un punto di vista sistematico, alcune essenziali classificazioni utilizzate dalla Direttiva possono essere schematizzate nei termini seguenti.

⁷³ La regola sopra citata ha una duplice finalità: da un lato è utilizzata come mezzo di tutela dei creditori, accanto ai limiti imposti sull’attivo patrimoniale per far sì che rimanga tale. Dall’altro lato si tratta di una regola che deve essere affiancata alla regola che prevede l’obbligo di una cifra minima di capitale sociale a tutela dei creditori; in questa ultima occasione detta regola è prevista in molti ordinamenti nazionali, ma non nella Seconda Direttiva.

⁷⁴ In tal caso, all’esperto chiamato a valutare circa l’utilità delle trattative si chiederà alla fine di valutare soprattutto se l’azienda sia viabile e quindi riallocabile sul mercato. V. Decreto Dirigenziale, sez. III, par. 2.4, ove sembra che sia “*inutile avviare le trattative*” solo in caso di “*assenza di valore del compendio aziendale*”.

⁷⁵ C. PAGLIUGHI, *obiettivi dell’allerta secondo la Direttiva 1023/2019, il CCI e il D.L. 118/2021: similitudini e divergenze* in Rivista. Il fallimentarista, 2021.

La Direttiva distingue le imprese sane e in difficoltà finanziaria, da quelle in difficoltà finanziaria e “non sane” (considerando 1 e 3)⁷⁶.

Le prime devono poter accedere ai quadri di ristrutturazione preventiva con l'obiettivo di continuare ad operare; le seconde devono essere sottoposte ad un rapido processo liquidatorio.

Il concetto di impresa “sana” pare richiedere due condizioni: sostenibilità economica di tutta o parte dell'impresa (considerando 3, 22 e 26) e condizioni di difficoltà finanziarie non ancora sfociate nell'insolvenza (considerando 2)

Impresa “non sana” significa impresa senza sostenibilità economica e/o insolvente (quest'ultima intesa come situazione di illiquidità irreversibile).

In questo contesto, lo scopo finale che la Direttiva attribuisce alle procedure di allerta è testualmente indicato nel considerando 22: «quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione».

L'articolo 3 della Direttiva puntualizza le procedure di allerta, prevedendo un mix di strumenti tra i quali:

- strumenti di allerta precoci chiari e trasparenti che consentano al debitore di intercettare la probabilità di insolvenza (allerta interna).
- meccanismi di allerta se il debitore non effettua determinati pagamenti (allerta esterna)
- servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche e private⁷⁷
- incentivi concessi a categorie di soggetti (contabili) in possesso di informazioni rilevanti sul debitore
- sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore⁷⁸

⁷⁶ Per comodità di lettura si riporta rispettivamente il considerando 1 e il considerando 3 della Direttiva Insolvency: «... Senza pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali dei lavoratori, la presente direttiva mira a rimuovere tali ostacoli garantendo alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità...» e « I quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero inoltre prevenire l'accumulo di crediti deteriorati. La disponibilità di quadri efficaci di ristrutturazione preventiva garantirebbe di poter intervenire prima che le società non siano più in grado di rimborsare i prestiti, contribuendo in tal modo a ridurre il rischio di un deterioramento di questi ultimi nei periodi di congiuntura sfavorevole nonché ad attenuare l'impatto negativo sul settore finanziario... »

⁷⁷ Si richiama il principio presente nel Cons. 70 «Qualora l'impresa versi in difficoltà finanziarie, i dirigenti dovrebbero prendere misure per ridurre al minimo le perdite ed evitare l'insolvenza, come: richiedere consulenza professionale, anche sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, ad esempio facendo ricorso a strumenti di allerta precoce, se del caso».

La dottrina ha discusso a lungo circa il soggetto che ha il dovere di prestare uno dei “servizi di consulenza” e sul punto appare divisa. Infatti, da una parte, nell'attuale CCII è stato istituito il nuovo soggetto con rilievo pubblicistico che è chiamato a svolgere funzioni di consulenza ed assistenza alle imprese in difficoltà, denominato organismo di composizione della crisi di impresa (OCRI). Dall'altra, tale compito è riservato all'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC), che è competente sicuramente per le imprese “minori” (nuova denominazione delle piccole imprese ai fini delle norme concorsuali) – da costituire presso ciascuna camera di commercio ed è chiamato a nominare di volta in volta un collegio di almeno tre esperti costituito ad hoc per ciascuna situazione di crisi.

Come già ampiamente dedotto, la Direttiva *Insolvency* ha trovato una prima attuazione attraverso il d.lgs. n. 14 del 2019.

Ci dobbiamo, però, porre il problema di valutare se i principi e le finalità delle procedure di allerta come declinati nella Direttiva abbiano trovato o meno piena attuazione nel Codice della crisi dell'impresa e dell'insolvenza (l'entrata in vigore del titolo II, riguardante il sistema dell'allerta, è rinviata al 31 dicembre 2023).

Orbene, da un punto di vista generale, anche nel Codice gli strumenti di allerta sono sicuramente rivolti ad intercettare tempestivamente la crisi, crisi definita secondo l'Art. 2 come squilibrio di carattere patrimoniale ed economico-finanziario tale da rendere probabile l'insolvenza.

Tuttavia, nel CCII all'art 13 la crisi viene collegata all'evidenza della insostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi ed ai ritardi significativi e reiterati nel pagamento di determinate tipologie di debiti (Art. 24 CCII).

Con tale previsione, il Codice sembrerebbe essersi in qualche modo distaccato dalle indicazioni della Direttiva *Insolvency*.

Da un punto di vista generale, gli strumenti di allerta sono rivolti ad individuare tempestivamente la crisi che viene definita secondo l'art 2 come squilibrio di carattere patrimoniale ed economico-finanziario tale da rendere probabile l'insolvenza.

Il concetto viene ribadito nell'art 13 del codice della crisi e dell'insolvenza collegando però la crisi alla evidenza della insostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi ed ai ritardi significativi e reiterati nel pagamento di determinate tipologie di debiti.

Invero, agganciare il concetto di crisi a tale termine semestrale significa allontanare la possibilità di intercettare l'origine della crisi dell'impresa nella c.d. *Twilight zone*⁷⁹ e pare quasi di poter dire che in tal modo ci si avvicina di più al concetto di insolvenza piuttosto che al concetto di precrisi.

In questa prospettiva, gli stessi indici dell'allerta elaborati dal Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili e riflessi nel documento pubblicati il 20 ottobre 2019 non appaiono del tutto funzionali ad un obiettivo di allerta precoce. In particolare, l'indicatore DSCR⁸⁰ (espressivo del rapporto tra i flussi di cassa liberi ed il debito non operativo), misurato secondo un orizzonte temporale di sei mesi, risulta efficace per cogliere potenziali situazioni prospettiche di illiquidità ma non per svolgere considerazioni sulla sostenibilità del debito oltre l'orizzonte temporale di riferimento.

⁷⁸ La direttiva chiarisce che «gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione» e «gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore».

⁷⁹ Per un esame più approfondito sul punto, si rimanda a P. VELLA in *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta nel sistema concorsuale italiano* in *Rivista Questione Giustizia*

⁸⁰ Il DSCR, acronimo di Debit Service Coverage Ratio, la cui traduzione in italiano è «rapporto di copertura del servizio del debito», è un indicatore che misura la sostenibilità finanziaria del debito aziendale e permette di capire se i flussi di cassa consentono a un'impresa di onorare i propri debiti finanziari con scadenza a sei mesi successivi all'analisi. In altre parole, il DSCR fornisce informazioni sulla solvibilità aziendale a medio-lungo termine ed è uno strumento essenziale per individuare preventivamente una crisi d'impresa poiché offre la possibilità di analizzare, in maniera dinamica e prospettica, la capacità dell'azienda di onorare il debito contratto.

Corrisponde invece pienamente al dettato della Direttiva l'introduzione di un sistema di allerta articolato nella iniziativa interna, ad opera del debitore o degli organi di controllo societari/revisore/società di revisione – Art. 14 CCII, od esterna, da parte di creditori qualificati – Art. 15 CCII.

A parte le differenze sopra descritte, complessivamente si può ritenere che l'impianto disegnato dal CCII consenta idealmente di intercettare precocemente la crisi, su base volontaristica, e in ogni caso obbliga i destinatari delle norme ad attivarsi in base alle risultanze di determinati indicatori ed indici (Art. 13 CCI) od al superamento di soglie critiche nel mancato pagamento di determinati debiti (Art. 14 comma 4, 15 e 24 CCI).

Risultano così perseguibili entrambi gli obiettivi delineati dalla Direttiva (considerando 3) di ottenere la sopravvivenza delle imprese “sane” e di scongiurare il tardivo ed inefficiente processo liquidatorio delle imprese “non sane” con aggravio di perdite per il sistema economico-finanziario. Venendo ora all'esame del D.L. 118/2021, per gli aspetti che qui interessano si possono svolgere le seguenti considerazioni.

Come già dedotto in precedenti e come meglio ancora si avrà modo di esporre nel capitolo successivo, secondo l'Art. 2 del decreto, al procedimento di composizione negoziata per la soluzione della crisi possono accedere gli imprenditori, sia commerciali che agricoli, che si trovino in condizioni di squilibrio patrimoniale od economico-finanziario e che possano ragionevolmente perseguire il risanamento dell'impresa.

Il decreto pone quindi l'accento sulla concreta probabilità di risanamento (il concetto richiama il presupposto della sostenibilità economica enunciato più volte dalla Direttiva) che rappresenta il vero presupposto del procedimento.

In ordine alla situazione di crisi, invece, il legislatore si focalizza sulle caratteristiche di durata – temporanea e non irreversibile – a prescindere dalla relativa causa (di carattere patrimoniale, economico o finanziario). In questa prospettiva, l'ambito di intervento può spaziare dalle situazioni di precrisi, a quelle più acute nelle quali l'impresa manifesta condizioni di illiquidità (non vi sarebbe altrimenti la necessità di adire le misure protettive) o di incapienza patrimoniale (l'Art. 8 del D.L. prevede la sospensione su istanza dell'imprenditore e sino alla conclusione delle trattative degli obblighi di cui agli Artt. 2446 e 2447 c.c.).⁸¹

Emerge dunque come il legislatore del Decreto n.118 abbia fatto proprio in toto il principio della Direttiva Insolvency, a mente del quale non può esservi risanamento se risultano definitivamente compromesse le prospettive reddituali di un'impresa. Ed infatti, la crisi economica, se strutturale ed irreversibile, deve condurre alla cessione dell'azienda o di rami d'azienda, oppure alla cessazione dell'attività da gestire secondo opportuni processi liquidatori, tipicamente configurati secondo la liquidazione ordinaria o la liquidazione concorsuale.

Viceversa, in presenza di equilibrio economico, il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021⁸² stabilisce le soglie del rapporto tra i flussi di cassa annui al servizio del

⁸¹ Entrambe le norme citate (2446 c.c. e 2447 c.c.) vogliono garantire l'effettiva corrispondenza tra capitale nominale e capitale reale; infatti, i terzi sarebbero ingannati se all'esterno apparisse un capitale che in realtà è inferiore.

⁸² IL Decreto Dirigenziale del 28 settembre 2021, di cui si parlerà ampiamente successivamente, è un documento composto da cinque sezioni – rispettivamente concernenti Sezione I “*Test pratico per la verifica della ragionevole*

debito e l'entità del debito oggetto di ristrutturazione che definiscono il grado di difficoltà del risanamento.

Dal testo del D.L. n.118 emerge che l'individuazione dei segnali di allerta che rendono probabile la crisi è rimessa alla sola iniziativa del debitore (e dei suoi organi di controllo societario ex art. 15 D.L.) il quale sarà agevolato (Art. 3 D.L.) dalla disponibilità di un apposito *tool* costruito secondo i criteri contenuti nel decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021, funzionale a consentire il controllo particolareggiato delle condizioni in cui versa l'impresa, redigere il piano di risanamento, nonché verificare la ragionevole perseguibilità del risanamento stesso.

Se dunque sotto questo profilo, il D.L. realizza pienamente l'obiettivo di trasparenza degli strumenti di allerta⁸³ prefigurato dalla Direttiva *Insolvency* va tuttavia segnalato che, a differenza della medesima Direttiva, nel Decreto 118 la precoce applicazione degli strumenti di allerta dipenderà esclusivamente dal comportamento dell'impresa e dei suoi organi di controllo societario, senza che a riguardo vi sia spazio per le segnalazioni provenienti dall'esterno.

In questo quadro, il vero rischio connesso alle previsioni del D.L. 118 non risiede tanto nell'abuso dei nuovi istituti da parte di imprese insolventi, quanto piuttosto nel fatto che l'iniziativa tardiva da parte del debitore, in assenza di meccanismi di allerta esterna, possa peggiorare la crisi delle imprese “*sane*” in difficoltà finanziaria e di ritardare l'avvio della liquidazione di imprese in difficoltà finanziaria e “*non sane*”. Su questo piano sorgono interrogativi sulla piena corrispondenza dei contenuti del D.L. 118/2021 rispetto agli obiettivi sanciti dalla Direttiva 1023/2019.

Infatti, nella Direttiva l'eventuale inerzia, consapevole od inconsapevole, da parte dell'imprenditore in crisi, nell'attivare i sistemi di allerta, è sostituito dai sistemi di quelle procedure di allerta di tipo esterno.

3.2 La conformità del nuovo strumento della CNC alla Dir. 2019/1023 CE.

Scendendo ancor più nel dettaglio dell'esame della conformità della composizione negoziata della crisi alla Direttiva *Insolvency*, possiamo spingerci a sostenere che l'impianto normativo della cnc risulta in piena sintonia con i principali obiettivi fissati dalla Direttiva.

Invero, come meglio sarà esplicitato nel secondo capitolo del presente elaborato, la composizione negoziata della crisi appare essere del tutto funzionale al raggiungimento degli obiettivi posti dal legislatore europeo, che possono essere per punti salienti indicati: sollecitare una precoce ristrutturazione preventiva degli imprenditori che si trovano in stato di crisi; eliminare gli impedimenti alla ristrutturazione precoce dei debitori economicamente sani ma in difficoltà finanziarie; garantire la piena informativa al debitore; supportare specialmente le PMI, che molto

perseguibilità del risanamento” disponibile on line, Sezione II “*Check-list* (lista di controllo) particolareggiata per la redazione del piano di risanamento per la analisi della sua coerenza”, Sezione III “*Protocollo di conduzione della composizione negoziata*”, Sezione IV “*La formazione degli esperti*”, Sezione V “*La piattaforma*” – e tre allegati – a loro volta concernenti Allegato 1 “*Indicazioni per la formulazione delle proposte alle parti interessate*”, Allegato 2 “*Istanza on line*”, Allegato 3 “*Dichiarazione di accettazione della nomina di esperto di composizione negoziata*”

⁸³ Per un esame più accurato, si rimanda al commento di R.RANALLI Dottore Commercialista in Torino - Componente della Commissione ministeriale di riforma in *dall'allerta alla composizione negoziata. Flessibilità, semplificazione e trasparenza del nuovo strumento*, in Rivista Diritto della crisi, 2021

spesso non posseggono le risorse necessarie per sopportare i costi della ristrutturazione, mettendo loro a disposizione strumenti online di allerta precoce⁸⁴ per segnalare ai debitori la necessità urgente di agire, nonché liste di controllo adeguate (*check-list*); fare in modo che tutti i procedimenti di ristrutturazione delle imprese di grandi dimensioni si basino su un dialogo con i portatori di interessi e che tutelino in modo equilibrato i diritti di tutte le parti coinvolte.⁸⁵

In proposito, vale la pena effettuare alcune esemplificazioni utili ad approfondire il rapporto Direttiva – D.L. n.118 che testimoniano l'assonanza tra i due strumenti normativo.

Ad esempio, da un punto soggettivo, prevede la possibilità di accedere al percorso anche alle imprese sottosoglia e alle microimprese e tale previsione normativa è in linea con la Dir, che in svariati casi autorizza deroghe alle norme per adeguarle alle esigenze delle PMI, (v. artt. 3, par. 4; 8, par. 2; 9, par. 4; 11, par. 1; 12, par. 3), nell'ottica di aiutarle a ristrutturarsi a basso costo (Cons. 17)⁸⁶.

Per quanto concerne i gruppi, l'art 13⁸⁷ che stabilisce che la composizione negoziata può svolgersi tanto in modo unitario quanto per singole imprese o raggruppamenti di imprese, disposizione che presenta chiari punti in comune con l'art 3 della Direttiva.

È stata inoltre eliminata la disposizione che consentiva agli Stati Membri di limitare l'accesso all'*early warning* alle PMI o agli imprenditori individuali.

Anche la figura dell'imprenditore è in linea con la Dir., la quale adotta una definizione omnicomprensiva per l'imprenditore, definendolo come «*persona fisica che esercita un'attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale*», che comprende senza dubbio anche l'imprenditore agricolo.

Questa disposizione porta senz'altro a percorrere la via dell'abbandono della distinzione tra l'imprenditore commerciale e quello agricolo.

Quanto al presupposto oggettivo per l'applicazione della composizione negoziata della crisi, in riferimento a «*condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile*

⁸⁴ La Direttiva chiarisce che gli SM dovranno rendere disponibili online informazioni sugli strumenti di allerta precoce, ad esempio su una pagina web o un sito web dedicati e precisa, inoltre, che gli strumenti di allerta precoce devono essere modulati in funzione delle dimensioni dell'impresa.

⁸⁵ P. VELLA, *LE finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII in Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, cit., p. 1494.

⁸⁶ Per comodità di lettura si riporta testualmente il considerando 17 della direttiva comunitaria «*Le imprese, e in particolare le PMI, che rappresentano il 99 % di tutte le imprese nell'Unione, dovrebbero trarre vantaggio da un approccio più coerente a livello dell'Unione. Le PMI hanno maggiore probabilità di essere liquidate invece di essere ristrutturate poiché devono sostenere costi proporzionalmente di gran lunga più elevati rispetto a quelli sostenuti dalle società di maggiori dimensioni. Le PMI, specialmente quando versano in difficoltà finanziarie, spesso non dispongono delle risorse necessarie per sostenere gli alti costi di ristrutturazione e beneficiare delle procedure di ristrutturazione più efficienti disponibili solo in alcuni Stati membri*».

⁸⁷ L'accesso da parte dei gruppi di imprese alla composizione negoziata per la soluzione della crisi è consentito o tramite l'iniziativa, sin dall'origine configurata come unitaria (Art. 13, comma 2), di più imprese appartenenti al medesimo gruppo che versano nelle condizioni indicate nell'Art. 2, comma 1; o tramite l'impulso dei diversi esperti nominati a seguito delle domande spiegate all'origine separatamente da singole imprese del gruppo affinché la composizione negoziata si svolga in modo unitario per tutte le imprese richiedenti, o per una parte di esse, appositamente individuate.

la crisi o l'insolvenza quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa» è sovrapponibile al campo di applicazione della Dir che, appunto, considera le “difficoltà finanziarie”, come le difficoltà che rendono probabile l'insolvenza o che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza.

In più, la Dir concede la possibilità agli Stati Membri di applicare gli strumenti di prevenzione anche quando il debitore si trova in uno stato di difficoltà non finanziaria ma economia, *«purché esse comportino una reale grave minaccia per la capacità effettiva e futura del debitore di pagare i suoi debiti in scadenza».*

La scelta, da parte del legislatore del Decreto n.118, delle CCIAA⁸⁸ quali enti che costituiscono questa sorta di “*sede privilegiata*” per le trattative che precedono la composizione negoziata della crisi è coerente con l'indicazione del Cons. 22 della Direttiva, per cui la gestione degli strumenti di allerta può avvenire indifferentemente a cura degli Stati membri o di “*entità private*”, purché “*l'obiettivo sia raggiunto*”.

Non vi è dubbio, infatti, che questo percorso stragiudiziale sia annoverabile, sia pure in senso lato, tra gli strumenti di allerta precoce che la Direttiva non tipizza, ma enuncia in via esemplificativa, potendo concettualmente ricondursi all'ampia categoria dei “*servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private*” di cui al par. 2, lett. b) dell'Art. 3.

Inoltre, si registra una piena coerenza con la Dir. per quanto riguarda la scelta di rimettere alla sola iniziativa del debitore l'attivazione del percorso negoziale assistito, mediante la richiesta di nomina di un esperto indipendente.

Il debitore deve essere indipendentemente organizzato e cosciente ma anche sostenuto da uno Stato che si preoccupa non solo di informarlo modo chiaro ed efficace sugli strumenti ma anche di incoraggiarlo nella fase precoce di apporto stragiudiziale alla crisi.

Dalla Direttiva emerge chiaramente come il debitore deve avere accesso ad informazioni sugli strumenti che può utilizzare e ciò anche grazie alla cooperazione dello stato alla formazione di un moderno ceto imprenditoriale.

Resta coerente la scelta di affiancare al debitore la figura di un esperto indipendente capace di agevolare le trattative e di assistere il debitore nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione.

Infine, la caratteristica dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'esperto rispondono pienamente e coerentemente con i principi di efficienza dettati dalla Direttiva.

3.3 Il D.lgs. 83/2022: il testo finale del Codice della Crisi di impresa

⁸⁸ Dal sito ufficiale dell'INPS (www.inps.it) si desume che la sigla CCIAA è l'acronimo di Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura: essa indica la Camera di Commercio alla quale è iscritta l'impresa.

L'iscrizione alla Camera di Commercio (o, meglio, al Registro delle Imprese tenuto dalla Camera di Commercio competente per territorio) è obbligatoria per i datori di lavoro che svolgono un'attività economica sotto forma di impresa (ad esempio gli imprenditori commerciali, le società di persone, le società di capitale, gli imprenditori agricoli, le imprese artigiane, ecc.).

La CCIAA, attraverso il Registro delle Imprese, gestisce tutti i dati relativi alla storia di un'impresa.

Il 17 giugno 2022 il Consiglio dei ministri ha approvato il decreto legislativo 83/2022 che introduce modifiche al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza introdotto con il precedente decreto legislativo 12 gennaio 2019, numero 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023.

Detto decreto, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 1° luglio 2022.

Le novità introdotte dai 52 articoli del correttivo al Codice d'Impresa e d'Insolvenza si distinguono in due parti: la prima riguarda l'attuazione della Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure finalizzate ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione⁸⁹; la seconda riguarda la composizione negoziata della crisi.

Su quest'ultimo aspetto, che è quello che a noi interessa, l'intervento innovatore si incentra soprattutto su due principali temi: la sollecitazione e l'ausilio all'imprenditore affinché prenda tempestivamente coscienza del rischio di deterioramento della situazione dell'impresa adottando le misure opportune anche con l'intervento di un soggetto terzo (l'esperto) con il compito di favorire una soluzione che trovi possibilmente il consenso dei creditori; la revisione della disciplina del concordato liquidatorio in continuità aziendale con la finalità di rendere maggiormente efficiente la procedura.

Con particolare riferimento alla composizione negoziata, la disciplina innestata nel Codice non si discosta in modo rilevante da quella già introdotta nell'ordinamento nazionale con il citato D.L. n. 118/2021 per cui è opportuno segnalarne unicamente gli elementi di novità.⁹⁰

Il primo attiene al comma 3 dell'Art. 12, il quale nel progetto disponeva seccamente che alla composizione negoziata non si applica l'Art. 38 CCII che prevede, da un lato, l'obbligo del giudice di segnalazione al PM della situazione di insolvenza e, dall'altro, la possibilità di quest'ultimo di intervenire nel procedimento; nella formulazione conseguente al decreto legislativo n.83, detto comma contiene il chiarimento secondo cui *«resta ferma l'applicazione dell'articolo 38 nei procedimenti di cui agli articoli 19 e 22 e quindi nei procedimenti giurisdizionali relativi alle misure protettive e cautelari e a quelli volti ad ottenere l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili o a cedere l'azienda con esonero dell'acquirente della responsabilità per i debiti dell'impresa»*.

A mente della relazione illustrativa del citato nuovo decreto legislativo la disposizione sull'inapplicabilità dell'Art. 38 CCII sarebbe, quindi, volta solo a chiarire che la composizione negoziata non è una procedura ma ha natura negoziale extragiudiziale mentre non si vuole

⁸⁹ L'intervento legislativo ha comportato: un intervento sul concordato preventivo, che è stato "frammentato" in due sottotipi molto diversi fra loro: il concordato con continuità aziendale e il concordato liquidatorio; l'introduzione di un nuovo "piano di ristrutturazione soggetto a omologazione" ("PRO"), che consente al debitore di raccogliere il consenso dei creditori su una proposta il cui contenuto è libero, e che diviene efficace se approvata da tutte le classi. Si tratta, in sostanza, di un concordato preventivo, in cui tuttavia non opera alcun vincolo al trattamento dei creditori e alla distribuzione del valore; la previsione di una nuova disciplina dei quadri di ristrutturazione preventiva delle società, che prevede nuovi obblighi degli amministratori, e la possibilità di intervenire sulla struttura della società con modificazioni che incidono direttamente sui diritti di partecipazione dei soci, previo loro coinvolgimento mediante inserimento in una o più classi.

⁹⁰ V. ZANICHELLI, *commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n.83 pubblicato in G.U. il 1° luglio 2022*, in Rivista Diritto della Crisi, 2022

interferire con i poteri di segnalazione dell'autorità giudiziaria che restano integri negli spazi giudiziari di cui agli articoli citati.

Ferma tale precisazione, l'inapplicabilità dell'Art. 38 CCII comporta anche quella del primo comma in base al quale «*Il pubblico ministero presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale in ogni caso in cui ha notizia dell'esistenza di uno stato di insolvenza*» con la conseguenza che eventuali notizie di insolvenza comunque pervenute da fonti diverse dall'autorità giudiziaria non legittimano il PM a richiedere l'apertura della liquidazione giudiziale in pendenza della composizione negoziata, mentre nessuno impedimento sussiste per i creditori che possono presentare domanda di apertura ex Art. 37 CCII⁹¹ dando inizio all'istruttoria ed eventualmente anche provocando misure cautelari, restando solo inibita l'apertura della procedura liquidatoria in base al dettato dell'Art. 18, comma 4.

Non vi sono particolari novità in tema di procedimento di nomina dell'esperto se non la previsione secondo cui il segretario della camera di commercio che ha ricevuto l'istanza se ne ravvisa l'incompletezza invita l'imprenditore a integrare le informazioni o la documentazione mancante entro un termine di trenta giorni, decorso inutilmente il quale l'istanza non è esaminata e l'imprenditore può riproporla.

Altra integrazione rispetto al testo del D.L. n. 118/2021 è quella che prevede che la commissione di nomina, se lo ritiene opportuno, acquisisce il parere non vincolante di un'associazione di categoria sul territorio, così garantendo una possibilità di interlocuzione della categoria imprenditoriale.

Anche per l'esperto viene introdotta dal nuovo decreto legislativo la necessità che sia indipendente e viene però precisato che non è equiparabile al professionista indipendente incaricato dal debitore nell'ambito delle procedure di crisi.

L'istanza di nomina dell'esperto è presentata tramite la piattaforma telematica unitamente ad una corposa documentazione, tra cui spiccano «*un progetto di piano di risanamento redatto secondo le indicazioni della lista di controllo di cui all'articolo 13, comma 2, e una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che intende adottare*».

Ad una prima lettura, tale innovazione può essere letta nel senso che, ai fini della funzionalità del percorso, il debitore deve accedere allo stesso previa adeguata preparazione.

Ed ancora, è stata introdotta la possibilità di sostituzione dell'esperto se le parti interessate formulano osservazioni sul suo operato.

Il decreto n. 83 conferma la modifica della rideterminazione secondo buona fede del contenuto dei contratti ad esecuzione continuata, periodica o differita⁹² se la prestazione è divenuta

⁹¹ Secondo l'art 37 del CCII «*La domanda di accesso a una procedura regolatrice della crisi o dell'insolvenza è proposta con ricorso del debitore. La domanda di apertura della liquidazione giudiziale è proposta con ricorso del debitore, degli organi e delle autorità amministrative che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa, di uno o più creditori o del pubblico ministero.*»

⁹² Il D.L n.118 all'art 10 co. 2, infatti, traccia una disciplina che consente all'imprenditore in crisi di modificare il contenuto dei contratti - salvo quelli di lavoro dipendente - prima per via consensuale tramite l'intervento mediatore dell'esperto e poi, in caso di mancato accordo, per via autoritativa tramite l'intervento del tribunale.

eccessivamente onerosa o se è alterato l'equilibrio del rapporto in ragione di circostanze sopravvenute, la quale tuttavia, a differenza di quanto previsto dal D.L. n. 118/2021, è ora affidata, dietro invito dell'esperto, unicamente alla negoziazione tra le parti senza alcun intervento del tribunale.

È importante evidenziare che il D.lgs. n. 83 ha introdotto il termine di centottanta giorni per la conclusione della negoziazione con un accordo circa la soluzione della crisi; il termine è prorogabile fino ad altri centottanta giorni se le parti e l'esperto lo concordano.

Giova infine ricordare che l'archiviazione impedisce la proposizione di altra istanza di negoziazione per un anno ma se l'archiviazione è richiesta dell'imprenditore entro due mesi dalla nomina, il termine di cui sopra è ridotto a quattro mesi.

Vanno inoltre segnalate, sempre in tema di cnc, le seguenti ulteriori modifiche alla procedura:

1. al nuovo articolo 4 del Codice che è rubricato "*doveri delle parti*" viene inserito il dovere di buona fede e correttezza per le parti che sono coinvolte. Infatti, al comma I si legge: «*Nella composizione negoziata, nel corso delle trattative e dei procedimenti per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza*».

2. il nuovo articolo 6 del Codice in tema di prededucibilità di ulteriori crediti oltre ai crediti espressamente indicati dalla legge: in particolare i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento; quelli professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e altri.

3. La revisione dei compensi dovuti agli esperti indipendenti, tramite lo strumento a scaglioni prestabiliti in un range compreso tra un minimo e un massimo.

5. La facoltà di riproporre l'istanza incompleta nel termine di 30 giorni.⁹³

6. L'aumento dei requisiti per la nomina dell'esperto indipendente e in particolare dei requisiti di esperienza professionale.

4. Finalità della composizione negoziata.

Il D.L. 118/2021 interviene nella situazione di generalizzata crisi economica causata dalla pandemia da *SARS-Cov-2* per procurare alle imprese in difficoltà nuovi strumenti per prevenire la comparsa di situazioni di crisi o per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di crisi o per affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che, pur rilevando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiono reversibili.⁹⁴

⁹³ È inoltre previsto un ulteriore vantaggio nel caso in cui l'imprenditore richieda l'archiviazione, beneficiando del termine ridotto di quattro mesi per l'accesso a un nuovo processo di composizione negoziata (Art. 17 comma 9). Quest'ultima costituisce una concessione *in tantum* a favore di quell'imprenditore che ne faccia richiesta purché entro due mesi dall'accettazione dell'esperto.

⁹⁴ F. SANTANGELI, *le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa*, in *Diritto della crisi*, Catania, 2022

Molte imprese non hanno idonei mezzi per analizzare e gestire la situazione in cui si trovano, né sanno come evitare che la crisi non passi da reversibile a irreversibile.

Questa verifica è particolarmente chiara per le micro, piccole e medie imprese che compongono il substrato del sistema produttivo nazionale.

Sorge spontaneo chiedersi allora quali sono gli obiettivi sottesi all'istituto della composizione negoziata della crisi e quali sono le aspettative delle imprese nel futuro prossimo.

L'obiettivo della composizione negoziata della crisi è quello di permettere alle imprese di individuare le varie alternative percorribili per la ristrutturazione e il risanamento.

La finalità è quella di dare una minima regolamentazione all'autonomia negoziale delle parti in modo da fornire alle parti stesse un supporto allo svolgimento delle trattative; supporto rappresentato non solo dall'intervento "agevolativo" dell'esperto indipendente nella funzione di "mediatore", ma anche dalla disponibilità di un lasso di tempo in cui la "forza negoziale" fra le parti viene "rimessa" in equilibrio attraverso la concessione delle misure protettive.

Il tutto al fine di consentire alle parti stesse di comporre da sé i propri interessi – patrimoniali e non patrimoniali – attraverso il mezzo dell'accordo (piuttosto che con il mezzo della decisione).

In tal senso, si potrebbe dire che – nonostante sia stato scelto di denominarla composizione negoziata della crisi di impresa (lasciando forse troppo intendere la finalità di risolvere una controversia già delimitata sul piano giuridico fra situazioni giuridiche soggettive, fra diritti soggettivi e obblighi, fra creditori e debitore) – la disciplina in questione avrebbe potuto forse meglio denominarsi "negoziato per la rigenerazione di impresa"⁹⁵ al fine di meglio esprimere la finalità di comporre il conflitto (anche potenziale) fra le parti attraverso la combinazione dei loro interessi.

4.1 Gli obiettivi del legislatore.

Come già osservato in precedenza, la composizione negoziata della crisi è uno strumento volto a facilitare il risanamento di quelle imprese che si trovano in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario tali da rendere probabile la crisi o l'insolvenza ma che hanno la capacità di restare sul mercato.⁹⁶

Per accedere non sono richiesti requisiti dimensionali ma lo strumento è utilizzabile da tutti i tipi di realtà imprenditoriali purché iscritte nel registro delle imprese. L'accesso è esclusivamente di tipo volontario.

Con questo strumento, si è voluto affiancare all'imprenditore un esperto terzo e indipendente, al quale è affidato il compito di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa.

L'obiettivo primario che si è prefissato il legislatore con l'introduzione di questo nuovo istituto è certamente quello di risolvere le situazioni di crisi createsi nel periodo pandemico e post pandemico.

⁹⁵ Espressione felicemente utilizzata dal docente universitario presso la Luiss Guido Carli prof. Angelo Monoriti.

⁹⁶ F. SANTANGELI, *le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa* in *Diritto della crisi*, Catania, 2022

Ma non è sicuramente il rimedio di tutti i problemi: non fornisce, ad esempio, garanzie statali per finanziamenti a imprese meritevoli, né fornisce formazione per gli imprenditori etc. e sarebbe, quindi, un errore riporre sulla composizione negoziata aspettative esagerate.

Tra i vari strumenti che l'imprenditore possiede per affrontare una situazione di crisi la composizione rappresenta un ulteriore strumento posto a sua disposizione per reagire ad una situazione iniziale di difficoltà.

L'imprenditore ha piena libertà nel decidere se usufruire del nuovo strumento ma viene sicuramente indotto a farlo da misure premiali⁹⁷, previste soprattutto in materia tributaria e garantendo che eventuali effetti negativi della procedura non portino automaticamente all'attivazione di un procedimento concorsuale.

Il tribunale diviene un ulteriore strumento di ausilio grazie alla concessione di misure cautelari o di autorizzazioni.⁹⁸

Ma, ancora, va sottolineato il vantaggio di cui può usufruire l'imprenditore che abbia scelto la procedura della composizione senza che questa abbia avuto successo: in tal caso, infatti, gli è concessa la possibilità di utilizzare l'istituto figura del concordato liquidatorio, che – com'è noto – è una disciplina di chiusura che consente di liquidare nel più breve tempo possibile, con meccanismi più rapidi e più efficienti le imprese che non sono più sostenibili.

Tanto è importante nella mente del legislatore la figura dell'esperto che in certi casi, ovvero quando questi abbia lavorato proficuamente risolvendo la crisi e provvedendo al risanamento dell'impresa attraverso un accordo su base contrattuale, è persino previsto un supplemento di remunerazione.⁹⁹

Sono i casi, ad esempio, del contratto con uno o più creditori volto ad assicurare la continuità aziendale o dell'accordo assimilabile al piano attestato di risanamento.

In tutte queste ipotesi, l'opera dell'esperto comporta la massima ricompensa in quanto la crisi è risolta con un nullo o minimo uso di risorse giudiziali e soprattutto sulla base di una soluzione condivisa dalle parti delle trattative.

Vi sono poi altri casi in cui la crisi non viene risolta, ma si riesce a trovare all'azienda una collocazione alternativa, tramite la cessione, rispetto a quella dell'imprenditore in crisi.

In questa ipotesi si può parlare di continuità indiretta aziendale, che consente sì il risanamento dell'impresa ma nelle mani del soggetto acquirente.

⁹⁷ L'Art. 14, co. 1-4, del D.L. 118/2021 ha introdotto alcune norme agevolative di natura fiscale, relative alla riduzione di interessi e sanzioni su passività tributarie, e alla rateazione delle somme non ancora iscritte a ruolo. Una novità assoluta è stata introdotta con riguardo al contratto con uno o più creditori e all'accordo stragiudiziale sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto. In tale eventualità, l'Agenzia delle Entrate, su richiesta dell'imprenditore, concede un piano di rateazione, sino ad un massimo di 72 rate mensili, delle somme versate, non ancora iscritte a ruolo, e dei relativi accessori, a titolo di imposte sui redditi, IVA, IRAP e ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta. Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dell'Art. 19 del D.P.R. 602/1973.

⁹⁸ A. ROSSI. *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa* in Rivista Il Fallimento, Roma, 2021, p. 1508.

⁹⁹ Una delle modifiche introdotte nel Codice della crisi dal Dlgs 83/2022 e in vigore dal 15 luglio ha toccato infatti proprio il sistema di calcolo della retribuzione del professionista, sostituendo le percentuali fisse con un range di valori all'interno dei quali le parti dovranno accordarsi tenendo conto «dell'opera prestata, della complessità, del contributo dato alla negoziazione e della sollecitudine con cui sono state condotte le trattative».

Altro obiettivo della composizione aziendale riguarda il soddisfacimento dei creditori, anche se in effetti occorre distinguere le varie ipotesi.

Se le trattative si concludono con un vero contratto, il soddisfacimento dei creditori sarà automatico. Al di fuori di questa ipotesi, invece, non c'è spazio per considerare realizzato il migliore soddisfacimento dei creditori tra gli obiettivi della composizione e questo perché soltanto confrontando il piano o l'accordo si può stabilire se c'è stato o meno un integrale soddisfacimento rispetto alle alternative soluzioni liquidatorie.

Ed invero, la procedura di composizione negoziata della crisi può avere gli esiti più eterogenei: dalla chiusura di un accordo tra debitore e creditori che risolva la crisi su un piano prettamente contrattuale all'apertura di una qualsiasi procedura prevista dalla legge fallimentare e non esiste, pertanto, un provvedimento di chiusura del percorso di composizione che consenta un formale riscontro dell'esito della procedura.

In conclusione, la percezione che scaturisce dal sistema normativo è quella di un istituto attraverso il quale a tutti i costi si tenda a perseguire il risanamento dell'impresa, pur in assenza di un'intesa con i creditori.

4.2 Obiettivo raggiunto?

È giusto sottolineare le fondate incertezze sul successo dell'istituto della composizione negoziata. Bisogna infatti tener conto delle reali capacità e inclinazioni del ceto imprenditoriale considerando i pregi, ma anche i limiti che oggi questa classe ha.

C'è il rischio che un istituto così ben architettato non ottenga il successo che meriterebbe o che possa portare a conseguenze negative quale l'eventuale insuccesso o, peggio, che possa essere utilizzato dall'imprenditore in modo strumentale a fini dilatori, solo come via per accedere al concordato liquidatorio semplificato ex Artt. 18-19 od ancora solo per vendere l'azienda in modo rapido e informale.

Se tutti gli imprenditori utilizzassero tale rimedio ci sarebbero le condizioni per parlare di una svolta memorabile.

Ma le critiche, appunto, non mancano.

Innanzitutto, i gruppi di società, a causa delle dimensioni e della complessità dell'organizzazione d'impresa, difficilmente fanno e faranno ricorso alla CNC.¹⁰⁰

In tali rare occasioni, l'esperto potrebbe avvalersi dei consulenti dell'imprenditore per gestire la procedura; così facendo, però, perderebbe l'indipendenza che è una delle caratteristiche fondamentali, in quanto sarebbe chiamato ad avvalersi non di autonomi soggetti dotati di specifiche competenze, quando piuttosto proprio di un gruppo di consulenti dell'imprenditore.

Analoghe difficoltà potrebbero sorgere nel caso in cui la CNC riguardi un'impresa poco più che piccola.

¹⁰⁰ Una delle perplessità suscitate da questa normativa attiene al profilo soggettivo dei gruppi di imprese e riguarda proprio la limitazione all'accesso alle procedure di gruppo, riservata alle sole imprese in crisi, che di conseguenza impedisce di strutturare un piano che coinvolga anche imprese in bonis (le quali possono evidentemente "partecipare" al piano apportando finanziamenti o garanzie, ma non ne sono parte).

In tal caso, infatti, il lavoro dell'esperto, oltre che essere poco remunerativo, potrebbe risultare anche dannoso perché non riuscirebbe a bloccare in tempo atti o attività dell'imprenditore pregiudizievoli per la massa dei creditori; e per di più incorrerebbe in responsabilità per aver utilizzato iniquamente i poteri di controllo della gestione.

Ma ciò che desta più perplessità è l'utilizzo della composizione negoziata in presenza di uno stato di insolvenza dell'imprenditore. In questi casi l'obiettivo del risanamento è perseguibile solo tramite la cessione dell'azienda.¹⁰¹

L'esperto, in questa ipotesi, dovrà comunque condurre le trattative che saranno finalizzate soltanto alla ricerca di un eventuale acquirente dell'azienda.

Nella migliore delle ipotesi, il tempo delle trattative sarà limitato a questo obiettivo.

Nella peggiore, si rischia che la composizione possa approdare ad un'altra procedura concorsuale, che meglio si adeguerà alla fattispecie concreta.

Di certo, abbiamo a che fare con un istituto estremamente flessibile perché destinato ad essere utilizzato da tutti gli imprenditori, commerciali e agricoli, piccoli e grandi e creato per risolvere qualsiasi situazione di crisi.

Il DL 118/2021, pur con tutte le sue possibili lacune, possiede una serie di garanzie, che possono così essere elencate:

- la presenza dell'esperto, che è un terzo, e non un consulente del debitore, e l'immediata apertura del confronto con i creditori, che sono subito informati della situazione.
- la previsione di un intervento immediato del tribunale nel caso di richiesta delle misure protettive e cautelari.
- in ogni momento, senza necessità di una previsione analoga a quella dell'Art. 173 l. fall¹⁰²., la possibilità della reazione immediata dei creditori per rimuovere le misure protettive (ivi compreso il divieto di pronuncia della sentenza dichiarativa di fallimento) e per avviare iniziative individuali e collettive.
- il presidio rappresentato dalle autorizzazioni del tribunale.¹⁰³
- la possibilità di una archiviazione immediata, nel caso in cui manchino le concrete prospettive di risanamento, con pubblicità dell'esito nei confronti dei soggetti che hanno partecipato alle trattative e che sono stati censiti ai fini dell'utilizzo della piattaforma (il Segretario Generale provvede

¹⁰¹ In merito si rimanda a G. BUFFETTI, *La cessione dei beni, dell'azienda o di rami di essa, nella composizione negoziata della crisi: aspetti fiscali ai fini delle imposte dirette*, in *Rivista Diritto della crisi*, 2021

¹⁰² L'articolo richiamato è rubricato "*Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione del fallimento nel corso della procedura*" e viene richiamato per puntualizzare che l'eventuale scoperta di atti di frode commessi dall'imprenditore fa venire meno la fiducia che in lui è stata riposta; quindi, autorizza la revoca dell'ammissione al beneficio.

¹⁰³ Le autorizzazioni del Tribunale operano in un ambito residuale ed eccezionale, specificamente delimitato ai casi espressamente previsti dalla legge che, proprio per l'eccezionalità dell'intervento giudiziale, non sono suscettibili di applicazione analogica per atti ulteriori e diversi. I casi in cui la norma prevede la necessità dell'intervento autorizzativo del Tribunale sono due: a) quello in cui l'imprenditore intenda contrarre (con terzi o con soci) finanziamenti assistiti dalla prededuzione; b) quello in cui l'imprenditore intenda trasferire in qualsiasi forma l'azienda (o uno o più rami di essa) senza gli effetti di cui all'Art. 2560, co. 2, c.c.

all'inserimento del provvedimento di archiviazione e la piattaforma invia automaticamente una notifica all'imprenditore, ai delegati e ai soggetti che hanno partecipato alle trattative).

- la specificazione dei doveri del collegio sindacale, che riprende quelli immaginati dal Codice della crisi ma soprattutto richiama le norme in punto di responsabilità del Codice civile, escludendo esoneri automatici per il solo fatto della segnalazione, che rischierebbero di rendere solo formale il dovere di controllo, e richiedendo espressamente – anche se non ce ne sarebbe stato neppure bisogno – la vigilanza sull'andamento delle trattative.

- il permanere di tutte le responsabilità civili e penali, nei termini di cui si è detto.

Non è necessario rimpiangere il meccanismo che dall'OCRI portava al Pubblico Ministero perché non è stata abbandonata la regola per cui quest'ultimo può avanzare un'istanza di fallimento quando l'insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'ha rilevata nel corso di un procedimento.

4.3. Cosa ci si aspetta dalla composizione negoziata della crisi?

La composizione negoziata nasce volutamente aperta a tutti gli imprenditori, commerciali e agricoli, che abbiano grandi dimensioni o che siano realtà più piccole.

La ratio dell'intervento, pensato nel maggio del 2021, è stata influenzata (anche) dal timore che, possano venir meno progressivamente le misure di sostegno pubblico

- la cassa integrazione e le moratorie

- un numero consistente di imprese si potrebbe trovare in difficoltà.¹⁰⁴

Oggi sembra che vi siano segnali di ripresa, e se così fosse, non potremmo che esserne soddisfatti.

Ciò non toglie che dare un'opportunità in più alle imprese per reagire efficacemente alla crisi (visto che imprese in crisi ci saranno sempre) sia un obiettivo che prescinde dal momento contingente e dagli effetti della emergenza sanitaria.

L'effettività del percorso, e cioè l'idoneità della composizione negoziata a produrre i risultati dell'Art. 11 DL 118/2021, dovrà essere misurata nel tempo.

Il successo o l'insuccesso del nuovo strumento passano attraverso la figura dell'esperto.

L'esperto è la chiave di volta del funzionamento della composizione negoziata, e per questo è necessario che si investa molto sulla sua professionalità attraverso percorsi formativi¹⁰⁵ che lo aiutino nel difficile compito di muoversi su più versanti.

La conoscenza del diritto dei contratti, della crisi d'impresa, del diritto sindacale, del diritto processuale, le competenze aziendalistiche sono un requisito necessario, ma non sufficiente per svolgere con competenza il ruolo che il D.L. n. 118 ha pensato per l'esperto.

L'arte della facilitazione, ovvero del comprendere e venire incontro alle esigenze di ciascuna contrapposta parte, è materia ben diversa dalla conoscenza delle regole di bilancio o dalla

¹⁰⁴ M. FABIANI – I. PAGNI, *la ratio dell'intervento compiuto col DL 24 agosto 2021, n.118, conv. In L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti*, op.cit., 2022

¹⁰⁵ Universitas Mercatorum (L'università telematica degli Studi delle Camere di Commercio è un ateneo internazionale creato dal sistema delle Camere di Commercio italiane) ha ideato un percorso formativo di 55 ore strutturato secondo le linee guida contenute nel documento allegato al Decreto dirigenziale 28 settembre 2021.

confidenza con questa o quella disciplina giuridica, sì che sarà necessario che coloro che aspirano ad assumere l'incarico di esperto affrontino la formazione con umiltà, disponibili a confrontarsi con temi nuovi e non portando avanti soltanto antiche consuetudini.

L'acquisizione, da parte dell'esperto, di un elevato livello di professionalità e il maturare della conseguente autorevolezza sono, a ben vedere, una scommessa, ma è auspicabile che il mondo delle professioni sarà all'altezza del compito e che si consolideranno buone prassi.

Consentire alle imprese di individuare i segnali di crisi prima che si arrivi all'insolvenza è fondamentale sia per le imprese interessate sia per i creditori.

Attraverso lo strumento della composizione negoziata della crisi, già nel giro di due anni, si conta di potere contribuire a ridurre del 10% le oltre 48mila procedure concorsuali presentate tra il 2019 e il 2020.¹⁰⁶

Ci si attende che siano circa 40mila i professionisti abilitati che alimenteranno gli elenchi regionali degli esperti: un numero che consentirà di avere una scelta più ampia per l'individuazione del giusto professionista, a vantaggio del buon esito finale del provvedimento.

Si stima che la piattaforma possa essere utilizzata da 10mila imprenditori che chiederanno la collaborazione di un esperto per ristrutturare l'azienda, redigere un piano di risanamento per evitare così di ricorrere alle tradizionali strade giudiziali.

Il funzionamento della composizione negoziata darebbe un segno della capacità di innovare gli strumenti con i quali aiutare le imprese a dialogare e utilizzare una PA più moderna, più attenta e utile ai bisogni degli imprenditori.

Se queste sono le prospettive più ottimistiche, tuttavia, deve prendersi atto di come la composizione negoziata stenti ancora a sfondare.

Le stime effettuate ci dicono che a 6 mesi dal debutto i dati sono stati modesti e le istanze di composizione negoziata non sono arrivate neanche a 200.

Le aspettative in partenza erano di certo assai superiori e si rifletteva su uno *stock* di circa 10mila procedure attese ogni anno.¹⁰⁷

A questo punto, occorrerà attendere lo sviluppo che avrà lo strumento della CNC nei prossimi cinque anni per potere effettuare un primo bilancio consuntivo e potere quindi trarre delle conclusioni meno approssimative sull'effettiva efficacia e funzionalità del nuovo istituto pensato dal legislatore italiano in adesione all'input del legislatore europeo.

4.4 Critiche alla composizione negoziata della crisi

I problemi che investono oggi la procedura e incidono sull'effettività sono diversi.

Innanzitutto, ci si chiede come l'imprenditore che esercita la propria attività senza consulenti si possa fidare di un soggetto affidandogli l'impresa.

¹⁰⁶ G. MUCCIARONE, *la composizione negoziata della crisi: prime note su effettività e benefici*, in *Rivista Non solo diritto bancario*, Milano, 2022

¹⁰⁷ Interessante anche il ricevimento delle istanze, infatti nei 5 mesi in cui la misura è entrata in vigore, l'andamento non è stato crescente, quanto invece piuttosto stabile, fatte salve alcune concentrazioni. In media, vengono presentate 8 istanze di composizione negoziata alla settimana.

Il consulente invero, essendo terzo, non può agire nell'interesse dell'imprenditore e quindi risulta difficile per quest'ultimo riporre in lui piena fiducia.

L'imprenditore dovrebbe fidarsi a tal punto da comunicargli tutti i dati dell'impresa ed è difficile che un imprenditore si possa fidare dell'esperto, quando, si sa, fa fatica a fidarsi anche dei propri consulenti.

Anche i creditori fanno fatica a fidarsi dell'esperto, perché è chiaro che questi non può far bene l'interesse dei creditori poiché anche per loro rappresenta soggetto terzo.

Ma la composizione negoziata è davvero appetibile per l'esperto negoziatore? Egli, infatti, rischia che o l'imprenditore o i creditori imputino a lui qualcosa che è andato storto.¹⁰⁸

L'unica soddisfazione personale di cui costui può godere è il compenso, che tuttavia rimane un po' sottovalutato.

Del resto, la composizione negoziata della crisi d'impresa ad oggi non può dirsi stia funzionando efficacemente.

Il ricorso alla procedura anti-fallimento è invero frenato dalla eccessiva burocrazia, dai tempi lunghi, e dagli esiti incerti; alle imprese risulta più conveniente il concordato preventivo.

Il problema fondamentale ci sembra però quello di avere giocato ogni *fiche* sull'accordo coi creditori, ancorché favorito dalla *moral suasion* dell'esperto e da obblighi di collaborazione e buona fede delle parti.

Conoscendo la difficoltà del ceto bancario, in specie, a decidere in fretta e la normale frammentazione del ceto creditorio, è possibile che l'accordo non si trovi, dovendosi archiviare la procedura con gran spreco di energie e, del resto, lo scarso ricorso all'Art. 182 bis¹⁰⁹ non fa in proposito sperare bene.

E allora, e qui sta la critica maggiore, perché non immaginare un concordato stragiudiziale in continuità che avvenga sotto la sorveglianza dell'esperto e conduca alla adozione di un piano di ristrutturazione che sia frutto di una votazione a maggioranza?

Si tratta di una misura già sperimentata nel contesto europeo e perfettamente conforme allo spirito della Direttiva 1023: ci riferiamo in specie alla riforma del *Companies Act* 2014 che introduce lo *Small Company Administrative Rescue Process*¹¹⁰ (SCARP), che prevede che il piano di ristrutturazione venga sottoposto al voto dei creditori e si dia per approvato se riceve il voto di tanti di essi che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto e di almeno una classe di creditori, mentre solo l'opposizione dei creditori dissenzienti attiva l'intervento del tribunale.

¹⁰⁸ Il D.L. 118/2021 indica i requisiti per la nomina e i compiti che l'esperto è chiamato a svolgere, ma non fa alcuna menzione né è prevista a suo carico alcuna specifica sanzione penale nel caso di violazioni attuate nell'ambito del proprio operato. L'assenza di ogni indicazione normativa impone, perciò, di ricostruire i confini della responsabilità penale del cd. "esperto" in via interpretativa.

¹⁰⁹ La norma 182 bis della legge fallimentare rubricato "accordi di ristrutturazione dei debiti", Procedura appartenente alla specie del concordato preventivo, è stata introdotta per la prima volta nell'ordinamento dal D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito con modificazioni dalla L. 14 maggio 2005, n. 80, e successivamente ritoccata.

¹¹⁰ The SCARP scheme was introduced by The Companies (Rescue Process for Small and Micro Companies) Act 2021 to give help to certain companies who are viable, yet Insolvent. The scheme applies to small and micro companies and: allows companies to restructure their debts, helps companies avoid liquidation, ensures creditors get a better outcome than they would under a liquidation. (<https://www.revenue.ie/en/tax-professionals/scarp/index.aspx>)

Grave è poi, sempre avuto riguardo all'istituto come introdotto dal d.l. 118, la carenza nella composizione negoziata della transazione fiscale, i cui effetti non sono certo sostituiti dalle misure premiali di cui all'Art. 14 del Decreto, quali riduzioni di interessi e sanzioni.

Anche qui ci si gioca pesantemente il successo dell'iniziativa. Perché non immaginare che l'esperto possa rendere parere sulla circostanza che l'offerta fatta all'agenzia dell'entrate o agli enti preveda un trattamento migliore di quello che essi otterrebbero dalla liquidazione dell'impresa (naturalmente, e anche questo andrà chiarito, usando la “*relative priority rule*” di cui al considerando 55¹¹¹ e all'Art. 11 della Direttiva 1023/2019).

Qualora la risposta dei soggetti pubblici alla proposta sia negativa - e tale posizione sia determinante ai fini del risanamento -, l'imprenditore potrebbe adire il giudice dell'omologa che a sua volta potrebbe attivare i suoi poteri surrogatori, naturalmente senza che sia necessario presentare un piano attestato, essendo sufficiente per l'appunto il parere dell'esperto.

Non possiamo poi fare a meno di notare come il nuovo strumento presuma una capacità quasi taumaturgica della piattaforma telematica nazionale da istituirsi presso le camere di commercio. Forse ci sbagliamo, sopravvalutando il potere dell'intelligenza artificiale e degli algoritmi, perché difficilmente una macchina può sostituire il lavoro di consulenti specializzati in crisi di impresa.

In un tessuto di PMI come quello italiano, è cruciale che si crei una rete di operatori specializzati con competenze economiche, giuridiche e manageriali che intervengano a favore dell'imprenditore nella fase della prima manifestazione della crisi.

L'esperienza degli *Early Warning* (ad esempio quello danese)¹¹² è lì a testimoniare l'essenzialità di questo servizio.

Infatti, ciò che appare fondamentale è riuscire a diagnosticare tempestivamente la situazione di crisi in atto e riuscire quindi a pensare immediatamente ad un piano di ristrutturazione adeguato al caso specifico. A tal fine non sembra del tutto sufficiente la figura dell'esperto, mentre occorrerebbe,

¹¹¹ Il considerando 55 della Direttiva comunitaria riporta il concetto della relative priority «*Nel caso della ristrutturazione trasversale dei debiti, gli Stati membri dovrebbero assicurare che le classi dissenzienti di creditori interessati non siano ingiustamente pregiudicate dal piano proposto e gli Stati membri dovrebbero garantire loro una tutela sufficiente. Gli Stati membri dovrebbero poter tutelare una classe dissenziente di creditori interessati garantendo che ricevano un trattamento tanto favorevole quanto quello delle altre classi dello stesso rango e più favorevole di quello delle classi inferiori. In alternativa, gli Stati membri tutelare una classe dissenziente di creditori interessati facendo sì che una tale classe dissenziente sia pagata integralmente se è previsto che una classe inferiore riceva qualsiasi distribuzione o mantenga un qualsiasi interesse ai sensi del piano di ristrutturazione (regola della priorità assoluta).*»

¹¹² Durante la crisi finanziaria danese il numero di interventi ha raggiunto il picco nel 2010 con 697 aziende seguite. Ebbene nel 2020 sono state 679, con un marcato aumento rispetto ai tre anni precedenti, quando c'erano in media poco meno di 400 aziende.

Nel 2020 si sono rivolte soprattutto le aziende con maggiore attività di esportazione rispetto agli ultimi cinque anni in cui abbiamo trattato aziende più piccole e più orientate al mercato interno.

Questi dati indicano che il 2020 è stato l'anno in cui *Early Warning* ha davvero mostrato la sua ragion d'essere. L'improvvisa crisi ha portato a un numero record di casi di allarme rapido, soprattutto a marzo 2020, quando l'incertezza era ai massimi livelli. Le richieste sono diminuite man mano che i sussidi ammorbidivano la crisi, ma sono rimasti ad un livello più elevato rispetto agli anni precedenti. V. MORRI ROSSETTI, *crisi d'impresa: la rivoluzione è l'early warning*, Osservatorio Insolvenza, 2021

nell'ottica di creare una cultura dell'intervento precoce, pensare ad una struttura più complessa, un ecosistema di figure professionali, composta da *business angels*, fondi di investimento, banche specializzate nei prestiti durante e dopo la crisi.

Questa è allora la grande sfida che andrebbe affrontata, con l'obiettivo di coinvolgere, per la risoluzione di un problema che riguarda gli aspetti socioeconomici dell'intero paese, le forze imprenditoriali, professionali e le istituzioni nella convinzione che la tutela del tessuto imprenditoriale è appunto un fattore di ordine pubblico e di sicurezza nazionale.

Sotto lo stesso profilo, andrebbe valorizzato il ruolo delle associazioni imprenditoriali che potrebbero creare un servizio di ascolto e primo intervento, elaborando prassi di affronto della crisi che vedano coinvolti i diversi portatori di interessi.

L'idea di fondo che occorrerebbe far acquisire alla cultura imprenditoriale italiana è che fallire è in qualche modo salutare e necessario, purché però si "*fallisca bene*", cioè si possa sbagliare senza venire distrutti dall'errore.

In questo senso una robusta rete di soggetti che presidiano la fase precoce della crisi è la miglior risposta al bisogno di accogliere l'errore imprenditoriale come elemento necessario alla salubrità del sistema e di trasformarlo in potente fattore di sviluppo.

Senza volere infatti cadere nel retorico, è proprio nella crisi che l'uomo impara, ed è nella crisi che si ottengono i cambiamenti positivi ed il sistema si rigenera evitando la sclerosi.

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI

SOMMARIO: 1. Caratteri generali. – 1.1 Presupposti e requisiti della composizione negoziata della crisi. - 1.2 Il presupposto oggettivo: tra prospettive concrete di risanamento e crisi probabile. – 1.3 La piattaforma telematica. – 1.4 Misure protettive e cautelari. – 1.4.1 il ruolo e la competenza del tribunale concorsuale. – 1.5 il comportamento dell'imprenditore. – 2 La figura dell'esperto. - 2.1 Il ruolo dell'esperto. - 2.2 I requisiti. – 2.3 La nomina. – 2.4 I doveri e i poteri dell'esperto 3 Il procedimento della cnc. – 3.1 Presentazione telematica dell'istanza. – 3.2 I controlli effettuati: test pratico e check list. - 3.3 il protocollo dell'esperto– 4 Svolgimento delle trattative. – 4.1 L'impostazione del percorso negoziale. – 4.2 Gli incontri con le parti e la predisposizione di una strategia aziendale. – 4.3 Gli esiti possibili e gli effetti in caso di insuccesso. – 4.4 il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

1 Caratteri generali

Il Decreto-legge 24 agosto 2021 n.118, convertito nella legge 147/2021, ha introdotto due strumenti di risoluzione della crisi: la composizione negoziata e il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio.

La composizione negoziata è uno strumento di risoluzione stragiudiziale della crisi di impresa che permette all'imprenditore di risolvere gli squilibri economici-patrimoniali purché essi siano reversibili.

L'inizio del procedimento della composizione negoziata corrisponde esattamente al momento in cui l'imprenditore chiede alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (C.C.I.A.A) la nomina del terzo, l'esperto, che assisterà l'imprenditore nelle trattative con i creditori e con tutti gli altri soggetti coinvolti, al fine di trovare una soluzione per il superamento delle condizioni di equilibrio e per raggiungere il tanto sperato esito del risanamento dell'impresa.¹¹³

L'attività dell'esperto è finalizzata alla verifica di una concreta prospettiva di risanamento nell'arco di centottanta giorni, che possono essere prorogati per un identico periodo di tempo, solo su richiesta di tutte le parti e il consenso dell'esperto o dal ricorso al tribunale ai sensi degli artt. 7 e 10 del D.L. n. 118/ 2021 (Art. 5, comma 7, CCII¹¹⁴).

¹¹³ S. AMBROSINI, la nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti, in *Rivista Ristrutturazioni aziendali*, 2021

¹¹⁴ L'articolo 5 del CCII è rubricato "*doveri e prerogative delle autorità preposte*" e in particolare si fa cenno all'obbligo di riservatezza dei componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita. Si precisa inoltre che *«tutte le nomine dei professionisti effettuate dall'autorità giudiziaria e dagli organi da esse nominati devono essere improntate a criteri di trasparenza, rotazione ed efficienza»*. L'articolo in questione contiene, anche se in parte, le medesime disposizioni degli articoli sopra richiamati (il 7 e il 10 del D.L. n.118)

L'incarico può, quindi, concludersi senza l'individuazione di alcuna soluzione o mediante una delle ipotesi di composizione individuate nell'Art. 11, D.L. n. 118/2021, che vanno dalle soluzioni negoziali (come il contratto idoneo assicurare la continuità aziendale), la convenzione di moratoria ex Art. 182-octies l.fall., l'accordo sottoscritto dal debitore, dai creditori e dall'esperto con gli effetti di cui all'Art. 67, comma 3, l.fall., l'omologa di un accordo di ristrutturazione ex Art. 182-bis, 182-septies e 182-novies l.fall.) fino alla domanda di concordato semplificato (Art. 18, D.L. n. 118/2021) o di accesso a una delle procedure previste nella legge fallimentare.

Quanto ai caratteri generali, il più evidente è quello di essere gestita al di fuori delle aule del tribunale: l'imprenditore non è, infatti, tenuto a rivolgersi al tribunale, salvo quando intenda chiedere l'attuazione di una misura protettiva.¹¹⁵

In secondo luogo, lo strumento della composizione negoziata della crisi è caratterizzato da riservatezza. L'art 4 al settimo comma statuisce che *«tutte le parti coinvolte nelle trattative sono tenute a osservare l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite durante le trattative»*.¹¹⁶

Inoltre, l'istituto è attivabile solo ed esclusivamente su base volontaria, come accade in tutte le altre soluzioni negoziate della crisi come il concordato preventivo. Tuttavia, l'organo di controllo, in base all'art 15, può *«segnalare agli amministratori, in forma scritta e in modo motivato, la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui al già menzionato Art. 2»*:

Sintetizzando i caratteri suddetti, la composizione negoziata è la principale novità dello schema di decreto-legge in materia di crisi d'impresa e risanamento aziendale dotata dai caratteri della stragiudizialità, della riservatezza e della volontarietà.

Coerentemente alle sopra menzionate finalità e caratteristiche, l'istanza di nomina dell'esperto - si legge nella Relazione illustrativa - *«non apre il concorso dei creditori e non determina alcuno spopolamento del patrimonio dell'imprenditore, il quale, pur essendo obbligato a garantire una gestione non pregiudizievole per i creditori ed in linea con gli obblighi previsti dall'articolo 2086 del Codice civile, prosegue nella gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa e può eseguire pagamenti spontanei»*.

Non vi è dunque, *ope legis*, alcuno degli effetti propri del fallimento o del concordato preventivo, valendo per tutte le imprese, anche quelle in bonis, il dovere di dotarsi di assetti aziendali adeguati e

¹¹⁵ Secondo una parte della dottrina, non dovrebbe, in teoria, configurarsi un problema d'intervento del giudice in un procedimento che: a) non è una procedura concorsuale; b) può concludersi, con vari esiti, alcuni dei quali corrispondono all'apertura di una procedura concorsuale, che può anche essere il fallimento.

Ma secondo un orientamento contrario così non è: infatti secondo Luciano Panzani nella composizione negoziata il tribunale rimane apparentemente sullo sfondo, ma svolge in realtà un compito di grande importanza.

v. L. PANZANI, Presidente della Corte d'Appello di Roma, saggio *la composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in Rivista Diritto della Crisi 2022.

¹¹⁶ L'obbligo di riservatezza vale per tutte le parti: da un lato, l'esperto partecipa alle consultazioni assicurando riservatezza, imparzialità ed indipendenza e in occasione della consultazione è redatto un sintetico rapporto sottoscritto dall'imprenditore e dall'esperto, dall'altro il debitore deve rappresentare in modo completo e trasparente la propria situazione all'esperto.

di condurre l'attività senza recare danno ai creditori; né la nomina dell'esperto mira in alcun modo a sostituire l'imprenditore, bensì, ha la finalità, di affiancarlo nelle trattative con i creditori, agevolandone per quanto possibile (anche grazie alla propria professionalità e indipendenza) il buon esito.

1.1 Presupposti e requisiti della composizione negoziata della crisi

Nel delineare i presupposti della composizione negoziata della crisi, si può affermare che non si hanno dei presupposti di accesso ma, piuttosto, delle condizioni perché la composizione possa proseguire. L'imprenditore che attiva una composizione negoziata della crisi potrà continuare a gestire l'impresa trovando un accordo con alcuni creditori in un ambiente protetto, lontano dalle sezioni dei tribunali fallimentari.¹¹⁷

Mentre quando l'imprenditore, da solo, non sarà in grado di guidare l'impresa, la soluzione del trasferimento dell'azienda, con tutte le garanzie per i creditori, potrà essere un'ottima soluzione per conservare valore all'impresa e mantenere ricchezza nel mercato, a condizione che il ricavato consenta all'imprenditore di gestire l'indebitamento con accordi col ceto creditorio.¹¹⁸

Ciò significa che, più di tutto, conta l'obiettivo del risanamento, obiettivo che non è fine a sé stesso, bensì è un mezzo per salvaguardare il miglior interesse dei creditori: anche la soluzione del trasferimento di azienda è il frutto delle trattative e, i creditori, quali interlocutori principali, debbono essere messi in grado di stabilire se il prezzo della cessione possa essere per loro remunerativo.

Per trattare i presupposti della composizione, si parte dalla logica dell'allerta precoce e quindi dal concetto della precrisi. L'Art. 2, D.L. n. 118/2021 quando parla di condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, apre le porte della composizione negoziata, dando al debitore uno strumento idoneo per ricorrere tempestivamente al risanamento della crisi, rivolgendosi all'esperto.

È ormai pacifico che, soprattutto nei primi tempi, l'imprenditore presenterà più frequentemente l'istanza di nomina dell'esperto in una situazione di crisi assai prossima all'insolvenza o addirittura già in una situazione di insolvenza. Niente impedisce che ciò accada: la composizione negoziata, come chiarisce anche la modifica dell'Art. 9, D.L. n. 118/2021¹¹⁹ che menziona l'insolvenza reversibile, non vieta l'accesso all'imprenditore insolvente, ma, come spiega bene il decreto

¹¹⁷ S. AMBROSINI, *op.cit.*

¹¹⁸ In caso di cessione di azienda per poter determinare il valore dell'azienda è necessario rilevarne preliminarmente la situazione contabile e l'andamento corrente e gli eventuali costi di dismissione. Per svolgere quest'attività si possono utilizzare diversi metodi: "Linee guida per la valutazione di aziende in crisi – CNDCEC – SIDREA" "Principi Italiani di Valutazione (PIV)" "Principi Internazionali di Valutazione (IVS)". L'obiettivo principale, a prescindere da quale metodo si utilizzi, è quello di soddisfare il ceto creditorio.

¹¹⁹ Per comodità di lettura si riporta testualmente l'Art. 9 nella parte in cui si parla dell'insolvenza del debitore: «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. Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore».

dirigenziale, si regge sull'idea che la sua funzione deve sempre essere quella di poter perseguire il risanamento attraverso le trattative.

Esemplificando: quando l'esperto individua lo stato di insolvenza, potrà avviare la composizione negoziata solo a patto che vi siano concrete prospettive di risanamento, che devono essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi garantiscono la sostenibilità del debito. Allo stesso modo, e al contrario, la composizione non sarà praticabile se, pur in una situazione di crisi appena accennata, non vi siano le condizioni per proseguire l'attività, neppure mediante trasferimento dell'azienda a terzi. E l'esperto dovrà, qualora ritenga che le prospettive di risanamento non vi siano o siano venute meno, far disporre l'archiviazione del fascicolo.¹²⁰

La CNC, come abbiamo già accennato, non è, a stretto rigore, una procedura concorsuale e, infatti, l'autorità giudiziaria non procede all'apertura o alla chiusura delle trattative.

Potrebbe quindi darsi l'obiezione che non esistono presupposti, né "soggettivo" e né "oggettivo", di accesso alla CNC e degli stessi, quindi, non avrebbe senso discuterne.¹²¹

Tuttavia, l'Art. 2.1 riserva soltanto ad alcuni soggetti, che si trovino nelle condizioni previste dall'Art. cit., la possibilità di chiedere al segretario generale della CCIAA, tramite la piattaforma telematica nazionale di cui all'Art. 3, la nomina dell'esperto ed è utile quindi interrogarsi sull'ambito di applicazione della fattispecie cui possa applicarsi la disciplina in materia di CNC.

D'altra parte, è vero che, nella migliore delle ipotesi, le trattative si aprono e si chiudono senza che mai l'autorità giudiziaria ne abbia notizia ma, allorché questa sia chiamata in gioco, è lecito attendersi che, preliminarmente, ai fini dell'applicazione della disciplina, s'interogherà se effettivamente sussistano le condizioni che di quella disciplina costituiscono il presupposto di applicazione.

Esemplificando: quando l'imprenditore chiederà la conferma delle misure protettive ex Art. 6, il tribunale andrà ad accertare se effettivamente si trovi nelle condizioni di cui all'Art. 2, solo in presenza delle quali potrà farsi applicazione dello stesso Art. 6 (così come dell'Art. 10 in materia di autorizzazioni).

E per tali ragioni, andiamo di seguito ad analizzare il presupposto soggettivo per accedere alla composizione negoziata della crisi.

L'Art. 2 parla testualmente di imprenditore commerciale e agricolo.

¹²⁰ In merito, come afferma il Dottore Commercialista di Salerno T. NIGRO nel saggio la fase introduttiva del percorso di composizione negoziata, le prime indicazioni operative e la conclusione anticipata della procedura: “

«la conclusione anticipata del percorso non imponga alcun obbligo di motivazione- né tantomeno di deposito di una relazione conclusiva- carico dell'esperto chiamato solo a “notiziare” l'imprenditore ed il rappresentante della Camera di Commercio della carenza, secondo il suo prudente apprezzamento, di concrete prospettive di risanamento, favorendo così l'automatica archiviazione. Obbligo di deposito che, invece, si rinvia in maniera positiva dalla lettura del co.8 dell'Art. 5 nella misura in cui è imposta la redazione “al termine dell'incarico” di una relazione finale i cui contenuti vengono sommariamente esposti nel protocollo di conduzione del decreto dirigenziale; documento che l'esperto stesso è tenuto ad inserire nella piattaforma ed a comunicare all'imprenditore».

¹²¹ A. ROSSI, *i presupposti della composizione negoziata della crisi, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in Rivista Diritto della Crisi, Bologna, 2021

Se ne evincono due principi importanti: (a) che la composizione negoziata può essere attivata non solo dagli imprenditori commerciali ma anche da quelli agricoli, come già oggi accade per gli accordi di ristrutturazione dei debiti; (b) che non è preclusivo all'accesso al percorso in questione, il possesso congiunto dei requisiti di non fallibilità ex Art. 1 della legge fallimentare.

Quest'ultimo punto si ricollega alla disposizione di cui all'Art. 17 del decreto¹²², rubricato "*Imprese sotto soglia*" e destinato appunto a questa tipologia di soggetti, rispetto ai quali viene riaffermato il ruolo degli organismi di composizione della crisi di cui alla disciplina sul sovraindebitamento.

Dal tenore del primo comma dell'Art. 3, che consente l'accesso alla piattaforma telematica agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese, si evince inoltre che deve parimenti sussistere il requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese, non potendo quindi beneficiare dello strumento le società di fatto¹²³ (e neppure, per rare e difficilmente configurabili che siano, le holding individuali di fatto)

Gli assunti che precedono trovano puntuale conferma nel tenore della Relazione illustrativa: «*Non vi sono requisiti dimensionali di accesso alla composizione negoziata, che è concepita con strumento utilizzabile da tutte le realtà imprenditoriali iscritte al registro delle imprese, comprese le società agricole*».

La composizione negoziata è dunque rivolta a tutti i debitori che svolgano attività d'impresa, analogamente, da questo punto di vista, al perimetro applicativo delle misure di allerta (e a differenza dell'Art. 1, l. fall.), ma senza quelle rilevanti esenzioni di cui all'Art. 12 del codice della crisi¹²⁴, dettate da quest'ultimo precisamente perché non è previsto che le misure di allerta scattino su mera base volontaria, com'è invece stato giustamente stabilito per la composizione negoziata.

1.2 Il presupposto oggettivo: tra prospettive concrete di risanamento e crisi probabile

L'imprenditore che voglia chiedere la nomina dell'esperto ai sensi dell'Art. 5, D.L. n. 118/2021 deve trovarsi «*in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*»; inoltre, deve risultare «*ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*». (Art. 2.1, D.L. n. 118/2021).¹²⁵

¹²² L'art 17. del decreto n. 118 prevede espressamente che «*L'imprenditore commerciale e agricolo che possiede congiuntamente i requisiti di cui all'articolo 1, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e che si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere la nomina dell'esperto indipendente quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa*».

¹²³ In diritto commerciale, una società di fatto (Sdf o S.d.f.) è una società che non è stata costituita secondo le forme e le modalità previste dalla legge. Il requisito della società di fatto è l'esercizio di attività commerciale. Si distinguono dalle società irregolari che invece sono società costituite secondo le forme e le modalità previste dalla legge ma non sono iscritte nel registro delle imprese.

¹²⁴ Le esenzioni di cui parla l'art 12 del Codice si trovano al comma 3 e sono state dettate al fine di agevolare il ricorso alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi. L'attivazione di queste procedure non costituisce causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti concessi e che sono inefficaci patti contrari

¹²⁵ A. ROSSI, *i presupposti della composizione negoziata della crisi, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, op. cit., pp. 1501

Come già accennato sopra, è abitudine ormai parlare di “*presupposti*” a proposito delle condizioni che riguardano le qualificazioni del debitore, le attività che lo stesso svolge, il livello di gravità della sua crisi, in presenza soltanto delle quali possa aprirsi una procedura concorsuale o, nel caso degli accordi di ristrutturazione dei debiti, l’accordo possa ricevere l’omologazione.

Accertata la rilevanza del tema dei presupposti (*supra* § 1,1), l’indagine che segue mira a fornire indicazioni a proposito del “*presupposto oggettivo*” della CNC, per tale intendendosi la duplice condizione della sussistenza di «*condizioni disquilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza*» che tuttavia consentano di ritenere «*ragionevolmente perseguibile il risanamento dell’impresa*» (Art. 2.1, D.L. n. 118/2021).

Muovendo dall’analisi della “*prima ala*” del presupposto oggettivo, viene stabilito innanzitutto che il significato di crisi descritta dall’Art. 2.1, D.L. n. 118/2021, in termini di squilibrio patrimoniale o economico- finanziario non ha precedenti nell’ambito degli altri strumenti di governo della crisi d’impresa, dove, invece, dominano il concetto di insolvenza ex Art. 5 l. fall¹²⁶. e di crisi atipica di cui all’Art. 160, comma 3°, fall.

Il legislatore ha preteso di attribuire al nuovo istituto delle condizioni di accesso insolite, ma non si nasconde qualche perplessità. Si tratta di un tema che era stato dibattuto nel corso dei lavori di conversione del D.L. ma, alla fine, si è preferito confermare il testo originario.

In ogni caso, ciò che realmente rileva è che l’imprenditore si trovi in una situazione di “*probabilità di crisi o di insolvenza*” perché non c’è dubbio che, in questa situazione di crisi le condizioni di squilibrio sono un presupposto che vuoi in forma attuale o prospettica, vuoi di natura economica, finanziaria o patrimoniale, ci saranno sempre.

Per converso, se lo squilibrio è mite tale da non rendere probabile la crisi o l’insolvenza, non integrerà il presupposto oggettivo per accedere al percorso di CNC.

Occorre quindi chiedersi, idealmente, da dove parte e che misura ha il momento della crisi che corrisponde alla probabilità di crisi o di insolvenza evocata dall’Art. 2.1, D.L. n. 118/ 2021.

Sicuramente si parte dal presentimento personale dell’imprenditore sull’esistenza di difficoltà dell’impresa, per poi spingersi lungo una graduale manifestazione delle difficoltà limitata a pochi, attenti creditori (a grandi linee identificabili con il ceto bancario e con i maggiori fornitori) e degenera infine nella massima incapacità di regolare adempimento che corrisponde ad un vero e proprio stato d’insolvenza.

Guardando all’inizio di tale segmento teorico, si fa riferimento alla “*probabilità della crisi*”, che porta ad un’anticipazione della crisi consentendo così all’imprenditore di godere della disciplina in materia di CNC. Tuttavia, tale concetto è di dubbia interpretazione¹²⁷, perché oggi convivono

¹²⁶ La definizione di insolvenza si trova all’art 5 della legge fallimentare: «*L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*»; mentre la definizione di crisi atipica all’art 160 co. 3 della medesima legge: «*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*».

¹²⁷ In merito, la giurisprudenza in materia di insolvenza ha elaborato un catalogo degli elementi indiziari dai quali desumere l’incapacità dell’impresa di fare fronte alle obbligazioni, il quale ha dimostrato nel tempo la propria fondatezza e che quindi risponde ai requisiti richiesti dalla Suprema Corte. I requisiti richiesti possono essere così sintetizzati: il mancato pagamento di debiti non contestati, tra i quali le obbligazioni tributarie; l’esistenza di protesti, la presenza di eventi negativi di conservatoria, l’avvio di procedure esecutive, le notizie di stampa di tenore negativo, il

nell'ordinamento due nozioni di crisi: quella, sostanzialmente atipica ed includente lo stato d'insolvenza, di cui all'Art. 160, comma 3, l. fall., e quella, tipica e riconducibile ad una probabilità di insolvenza, dell'Art. 2.a del CCII, pubblicato ed entrato in vigore il 16 maggio 2022.

Il presupposto oggettivo della CNC, dunque, prende inizio dal momento in cui l'imprenditore, avvalendosi dei propri assetti organizzativi (Art. 2086, comma 2, c.c.) realizza che le cose vanno o andranno male se non si inciderà sulla programmazione e sulla gestione d'impresa, a prescindere da quale fase della crisi sia, e quindi, a prescindere dal fatto che già le difficoltà dell'impresa si siano tradotte in inadempimenti o, più in generale, in un deterioramento delle relazioni contrattuali che concorrono all'organizzazione e all'efficace funzionamento dell'impresa.

In altre parole, la crisi rilevante è quella che potrebbe definirsi "*intima*", ossia quella che è ancora confinata negli *interna corporis* dell'impresa, che è, sufficiente ma altresì necessaria affinché si possa procedere con l'istanza di nomina dell'esperto.

Per fare un parallelismo con il CCII, si può affermare che il presupposto oggettivo della CNC corrisponde alla crisi tipicamente definita dall'Art. 2. CCII, situazione che, però, a differenza di quanto previsto dall'Art. 2, D.L. n. 118/2021, non considera rilevante uno squilibrio solo patrimoniale e, soprattutto, si trova immediatamente a ridosso della vera e propria insolvenza, manifestandosi potenzialmente all'esterno tramite quei "*ritardi nei pagamenti reiterati e significativi*" che l'Art. 13.1 CCII annovera, per l'appunto, tra gli indicatori della crisi.

L'anticipazione della situazione rilevante alla probabilità di crisi comporta delle importanti implicazioni di governance societaria e soprattutto, incide sul sistema dell'allerta interna.¹²⁸

Se la segnalazione da parte degli organi di controllo (cd. Allerta interna) non arriva tempestivamente, anche se possano ritenersi ancora persistenti i presupposti per provvedervi, ma nel frattempo la crisi "*intima*" sia mutata in vera e propria insolvenza, l'organo di controllo potrà essere chiamato in responsabilità per il suo inadempimento, corrispondente alla non esatta (perché non tempestiva) prestazione dovuta.

L'organo di controllo delle società di capitali, dunque, per ricevere la benevola valutazione del suo operato riconosciuta dal comma 2 dell'Art. 15, dovrà segnalare per iscritto all'organo amministrativo "*la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1*" tempestivamente¹²⁹, ovvero all'inizio del loro manifestarsi all'interno dell'organizzazione d'impresa.

Dopo aver visto dove inizia il segmento della crisi rilevanti ai fini della composizione negoziata della crisi ex Art. 2.1, D.L. n. 118/2021, è bene individuare idealmente quale sia l'estremità di questo segmento.

pagamento di assegni in seconda presentazione, il deposito di altri ricorsi per la dichiarazione di fallimento, il venir meno del credito bancario.

¹²⁸ L'accento è posto sul presupposto sistematico nell'Art. 2086 c.c. che impone l'istituzione di assetti organizzativi adeguati anche in funzione di prevenzione della crisi, riconducibile ai principi di corretta amministrazione e non al safe harbour della business judgement rule, MONTALENTI, Business crisis and corporate recovery: preliminary remarks, in Il nuovo diritto delle società, 10/2021.

¹²⁹ Il comma 2 dell'articolo sopra citato stabilisce che: «*La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 e la vigilanza sull'andamento delle trattative sono valutate ai fini della responsabilità prevista dall'articolo 2407 del codice civile*».

Bisogna allora chiedersi se all'estremo si trova lo stato di insolvenza vero e proprio o in alternativa una condizione di dissesto dell'impresa reversibile e governabile.

In altri termini, occorre rispondere alla domanda se possa ricorrere allo strumento della CNC anche un imprenditore già insolvente.

Si potrebbe sostenere, e in un primo momento così è stato, che la probabilità di insolvenza deve essere vista in chiave prospettica come il rischio di una futura insolvenza e che per questa ragione è logicamente incompatibile con un'insolvenza attuale.

Tuttavia, dopo numerosi dubbi iniziali e grazie a qualche aggiustamento all'Art. 9, D.L. n. 118/2021 sembrerebbe possibile risolvere il quesito in senso affermativo.

La risposta appare sensata se si parte da un aspetto che certamente caratterizza il nuovo istituto: le misure protettive del patrimonio sono richiedibili quasi contestualmente all'istanza di nomina dell'esperto e da questo, si desume come l'imprenditore stia subendo o sia in prossimità di sopportare l'azione esecutiva da parte dei creditori sui propri beni: in questo caso l'imprenditore non potrà altro che essere già insolvente.

Inoltre, ai sensi dell'Art. 4.7, D.L. n. 118/2021, una delle caratteristiche del procedimento è la perdita di riservatezza che, consegue all'iscrizione nel registro delle imprese dell'istanza di misure protettive, è giustificata dal solo stato di insolvenza.

Si legge chiaramente anche nel Decreto Dirigenziale approvato dal Direttore Generale del Dipartimento per gli Affari di Giustizia il 28 settembre 2021 ("il Decreto Dirigenziale") che, alla sez. III, par. 2.4, fornisce all'esperto tali indicazioni: «*Se l'esperto, ravvisa, diversamente dall'imprenditore, la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata*». Né sembra che tale regola impedisca all'imprenditore, che ravvisi ex ante lo stato d'insolvenza, di presentare istanza di nomina dell'esperto e di rappresentare in limine all'esperto nominato la sua drastica situazione, senza che l'esperto abbia bisogno di apprenderla ab externo.¹³⁰

Potrà piacere o no; soprattutto, la CNC potrà funzionare o no, in presenza di un vero e proprio stato d'insolvenza dell'imprenditore che costringe alle trattative una massa di creditori e di parti contraenti in presenza di un normale deterioramento delle relazioni negoziali, ma ciò può solo costituire un problema di effettività del ricorso alla CNC, non un impedimento ex lege.

Piuttosto, tra i primi commentatori e nella stessa Relazione Illustrativa del D.L., quasi a prendere le distanze da un presupposto oggettivo piuttosto ampio, in quanto comprendente lo stato d'insolvenza vero e proprio, si è fatto spesso riferimento all'ambiguo concetto di "*insolvenza reversibile*", che merita qualche precisazione.¹³¹

In particolare, va ricordato che l'Art. 5 l. fall. riferisce lo stato d'insolvenza all'imprenditore, non all'impresa. Vero che normalmente la crisi dell'impresa porta all'insolvenza dell'imprenditore, ma

¹³⁰ V. Relazione Illustrativa all'esordio, dove si afferma che lo strumento della composizione negoziata della crisi è ideato per «*affrontare e risolvere tutte quelle situazioni di squilibrio economico-patrimoniale che pur, rilevando l'esistenza di una crisi o di uno stato di insolvenza, appaiano irreversibili*». Al par. 3 la Relazione puntualizza che si legittima l'accesso alla CNC all'imprenditore «*in difficoltà, in crisi o in stato di insolvenza reversibile*».

¹³¹ Per un esame più approfondito sul concetto di crisi "irreversibile" e "reversibile" si rimanda a F. DI MARZIO, *l'insolvenza nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. Civile*, 2020

ciò non toglie che si può parlare di incapacità di regolare adempimento soltanto relativamente al soggetto debitore.

Ciò premesso, l'insolvenza può dirsi veramente reversibile se l'imprenditore è in grado, anche attraverso la prosecuzione dell'attività d'impresa, di ripristinare la sua capacità di adempimento, magari soltanto dilatando nel tempo il pagamento dei propri debiti.

È la condizione evocata dal Test Pratico della sez. I del Decreto Dirigenziale, dove, al par. 4, si assume il caso dell'impresa "*prospettivamente in equilibrio economico*" e che è in grado di generare flussi attesi in misura tale sia da alimentare la continuità aziendale, sia da portare all'integrale adempimento del debito pregresso. Nel secolo scorso, si sarebbe parlato di "*temporanea difficoltà di adempimento*" e questa situazione avrebbe costituito il presupposto ex Art. 187 l.fall. per l'ammissione alla procedura di amministrazione controllata.

Tuttavia, il concetto dell'insolvenza reversibile, a proposito della CNC, è tutt'altro rispetto ad una temporanea difficoltà di adempimento - che, si ribadisce, si riferisce piuttosto alla sussistenza di un'impresa ancora *viabile* e, quindi, capace di essere "rifianziata", o in via diretta o in via indiretta, tramite la cessione dell'azienda.

Insomma, sembra utile non confondere il soggetto (l'imprenditore, cui si riferisce l'insolvenza) con l'organizzazione (l'impresa, che aspira al risanamento) e contestualmente abbandonare l'ambigua nozione di insolvenza reversibile, per affermare che l'insolvenza dell'imprenditore che accede alla CNC possa essere serenamente irreversibile¹³², salvo il fatto che, come precisa l'Art. 2.1, D.L. n. 118/2021, la sua impresa esibisca una "concreta prospettiva di risanamento" (Art. 5.5, D.L. n. 118/2021).

In definitiva, ciò che realmente importa è che vi sia una concreta prospettiva di risanamento che assicuri all'impresa di restare sul mercato.

Passando ora alla seconda ala del presupposto oggettivo, si parla comunemente dell'esigenza di assicurare "concrete prospettive di risanamento dell'impresa".

Se nessuna norma del D.L. esige dall'esperto il compito di verificare in quali condizioni si trovi l'imprenditore, se in una crisi passeggera o in uno stato di vera e propria irreversibile insolvenza, il legislatore ci tiene invece a precisare che la CNC ha un senso solo se risulti "ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa" (Art. 2.1, D.L. n. 118/2021).

Ai sensi dell'Art. 5.5, D.L. n. 118/2021, l'esperto appena nominato «*convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento*», incontra le altre parti potenzialmente interessate alle trattative «*se ritiene che le prospettive di risanamento sono concrete*», segnala al segretario generale della CCIAA per l'archiviazione dell'istanza e del procedimento «*se non ravvisa concrete prospettive di risanamento*».

Sembra dunque chiara la centralità dello scopo della CNC al risanamento dell'impresa, mentre lo stato di crisi dell'imprenditore resta ai margini, e rilevante soprattutto al fine dell'attivazione degli obblighi di allerta interna imposti dall'Art. 15, D.L. n. 118/2021.

¹³² Dando per scontato che qualcuno voglia "*investire*" denaro in un'impresa non allettante. v. D. GALLETTI, *Breve storia di una controriforma annunciata*, in *Fallimentarista*, 1° settembre 2021

Come noto, l'obiettivo della continuità aziendale, che alla fine corrisponde al risanamento dell'impresa evocato dal D.L., può essere perseguito in via diretta, tramite la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del medesimo soggetto imprenditore, ovvero in via indiretta, tramite la cessione o tramite il conferimento dell'azienda. Nel primo caso, l'impresa si risana in capo all'imprenditore in crisi; nel secondo caso il risanamento avviene in mani altrui, in particolare di chi acquista l'azienda in esercizio.

Di regola, la composizione negoziata è un percorso caratterizzato dalla riservatezza imposta alle parti del processo di risanamento. La prosecuzione dell'attività d'impresa sarà meglio garantita soltanto se fornitori e finanziatori, che di continuano "nutriscono" l'impresa, pensano di avere rapporti con un imprenditore in bonis.

Nel momento in cui l'imprenditore dovesse avere bisogno di disapplicare la regola "*ricapitalizza o liquida*" (cfr. Art. 8, D.L. n. 118/2021) o di tutelare il patrimonio aziendale dall'aggressione dei creditori, ricorrendo alle misure protettive apprestate dagli artt. 6 e 7, D.L. n. 118/2021, avrà l'obbligo di pubblicare il ricorso a tali misure nel registro delle imprese, con conseguente perdita di quella riservatezza invece imprescindibile per una lineare prosecuzione dell'attività d'impresa.

Quando la situazione di crisi dell'imprenditore diventa nota, viene meno quell'ambiente accogliente finalizzato a perseguire la continuità aziendale diretta, esponendo così creditori e controparti contrattuali ad un rischio di degenerazione della situazione, che crea un forte freno alla prosecuzione di relazioni contrattuali con l'imprenditore.

Da un lato, i pagamenti sorti a seguito dell'applicazione e della conferma delle misure protettive non sono inibiti, ma è altresì evidente che, specie considerato che il percorso di CNC non è una procedura concorsuale, i crediti che matureranno anche successivamente alla nomina dell'esperto e pure dopo l'applicazione delle misure protettive non godranno della prededuzione nella vera procedura concorsuale che eventualmente consegua all'insuccesso delle trattative. Addirittura, le misure protettive si applicheranno anche ai crediti maturati dopo la concessione delle stesse.

Si tratta di condizioni che rendono pressoché difficile il ricorso al credito da parte dell'imprenditore che, nel rapporto tra riservatezza e tutela del patrimonio, è obbligato a rinunciare alla prima.

Nella migliore delle ipotesi, quindi, la diffusione della notizia circa la nomina dell'esperto e quindi circa l'apertura della CNC, determinerà l'interruzione dei flussi del credito; nella peggiore delle ipotesi, attorno all'imprenditore che ha fatto ricorso alla CNC si interromperanno tutte le relazioni contrattuali, con la conseguenza che uscirà fuori dal mercato e che la procedura sfocerà in un probabile insuccesso del percorso di risanamento dell'impresa.

La continuità aziendale diretta, nel corso dello svolgimento delle trattative, sarà quindi effettivamente esperibile solo se la crisi dell'imprenditore si trovi veramente in uno stadio iniziale, che consenta, in particolare, lo svolgimento delle trattative senza la necessità di disapplicare la regola "*ricapitalizza o liquida*" ex Art. 8, D.L. n. 118/2021, o di ricorrere a misure di protezione del patrimonio.

In tutti i casi in cui ricorreranno imprenditori insolventi, il risanamento sarà perseguibile in via indiretta, ovvero tramite la cessione dell'azienda in esercizio, come espressamente previsto dall'Art. 2.2, D.L. n. 118/2021.

In tal caso, all'esperto si chiederà alla fine di valutare soprattutto se l'azienda sia *viable* e quindi riallocabile sul mercato.

Quanta soddisfazione traggano i creditori dalla vendita dell'azienda o dal "*rifinanziamento*" dell'impresa diventa circostanza tutt'affatto secondaria al fine dell'avvio delle trattative.

Anche il Decreto Dirigenziale, al par. 8 della Sezione I, precisa: «*Se la continuità aziendale può essere perseguita solo in via indiretta, occorre stimare le risorse realizzabili attraverso la cessione dell'azienda o di rami di essa e compararle con il debito che deve essere servito per comprendere la praticabilità del risanamento*». La stima delle risorse¹³³, corrispondente a grandi linee al prezzo atteso di cessione dell'azienda, impone una perizia che dovrà essere attivata in conformità a quanto previsto dal par. 13 della Sezione III del Decreto Dirigenziale, dove la stima s'impone se “*risulti utile per le trattative*”, ma solo a seguito della “*nomina congiunta di un soggetto di fiducia di tutte le parti*”, e “*con costi ripartiti tra di esse*”. Sulla base di questa procedimentalizzazione, e se l'esperto non si vuole caricare di costi che non gli verranno mai rimborsati è probabile che, alle soglie delle trattative, l'esperto esprimerà un giudizio del tutto sommario circa l'appetibilità dell'azienda e, dunque, sulla praticabilità di una continuità aziendale indiretta.

Alla fine, in tutti i casi in cui la nomina dell'esperto sarà chiesta da un imprenditore insolvente, la continuità aziendale indiretta potrà costituire un “*porto sicuro*” della CNC, nelle cui acque parzialmente tranquille e quasi indifferenti alle sorti dei creditori si svolgeranno trattative finalizzate innanzitutto alla ricerca di un acquirente dell'azienda.¹³⁴

In conclusione, l'istituto così delineato rappresenta un istituto unico per ampiezza di applicazione nell'ordinamento nazionale, destinato ad imprenditori commerciali ed agricoli, grandi e piccoli, organizzati in gruppi o monadi, destinato dal legislatore a trattare qualsiasi situazione di crisi, anche la peggiore immaginabile: si può parlare veramente di uno strumento totipotente.

1.3 La piattaforma telematica

Dal 15 novembre è attiva, sul sito dedicato alla composizione negoziata, appositamente predisposto dall'Unione nazionale delle Camere di commercio, la piattaforma che permette, alle imprese in condizioni di squilibrio finanziario, di risollevarsi grazie al supporto di un esperto indipendente, in grado di agevolare le trattative con i creditori e gli altri interessati,

L'Art. 3 del decreto-legge prevede, in particolare, «*l'attivazione di una piattaforma telematica nazionale accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura. La piattaforma è gestita dal sistema delle camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, per il tramite di Unioncamere, sotto la vigilanza del Ministero della giustizia e del Ministero dello sviluppo economico*».

La piattaforma contiene:

¹³³ Nel caso della cessione di azienda da parte di un'impresa in crisi o insolvente si dovranno adottare valutazioni prudenziali nel piano, quali: determinare il valore dell'azienda senza collaborazione con l'acquirente e utilizzare il metodo “patrimoniale semplice” che consiste nella stima prospettica dei costi capitalizzati e dei beni immateriali presenti in bilancio o, con notevoli cautele, “patrimoniale complesso” che consiste nella stima di tutti i beni immateriali anche non presenti in bilancio.

¹³⁴ Secondo. L. PANZANI, «*l'accento è posto sulla possibilità di trasferimento dell'azienda o di rami di essa prendendo atto che l'esperienza insegna che la ristrutturazione ed il ripristino della continuità aziendale nella maggioranza dei casi sono possibili soltanto con la continuità indiretta*». Il D.L. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid. *op cit.*,

- una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle microimprese, delle piccole imprese e delle medie imprese, che contiene, a sua volta, indicazioni operative per la redazione del piano di risanamento;
- un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati;
- un protocollo di conduzione della composizione negoziata.

La piattaforma è composta da due aree, una pubblica di tipo informativo e l'altra riservata alle istanze formali, che guidano passo dopo passo, l'imprenditore nel percorso individuato dalle misure attuative messe a punto dal Ministero della Giustizia, per cercare di raggiungere, qualora vi siano le condizioni, il punto di equilibrio migliore tra le diverse esigenze dei creditori e del debitore.

L'accesso alla sezione pubblica permette all'imprenditore di svolgere il test facoltativo sulla perseguibilità o meno del possibile risanamento aziendale e di ottenere tutti gli altri elementi informativi relativi al nuovo strumento stragiudiziale.¹³⁵

Attraverso l'area riservata, invece, l'impresa può presentare l'istanza, farsi assistere da un esperto, e continuare l'iter mantenendo intatta, mediante l'osservazione di alcune specifiche regole, la continuità aziendale.

La struttura della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le modalità di esecuzione del test pratico e il contenuto del protocollo sono stati definiti con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia del 28 settembre 2021.

La sezione V del già citato Decreto Dirigenziale del 2021 è dedicata interamente alla disamina della Piattaforma. In particolare, vi è una descrizione generale della piattaforma, sono descritti i requisiti per il suo utilizzo, la gestione della piattaforma e il trattamento dei dati¹³⁶, la descrizione di un'area secretata per la presentazione delle offerte¹³⁷ e virtual data room e infine una procedura d'emergenza.¹³⁸

Come già anticipato, l'istituzione di una piattaforma telematica nazionale, accessibile on line attraverso i siti internet istituzionali delle varie CCIAA territoriali, serve agli imprenditori o ai loro professionisti per compiere - autonomamente e riservatamente - un test diretto a verificare la

¹³⁵ P. VELLA, Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII, in *Rivista Il Fallimento*, 2021

¹³⁶ «La gestione tecnica sarà curata dal gestore del sistema informativo nazionale previsto dalla legge 29 dicembre 1993, n. 580 e successive modificazioni.

La camera di commercio competente è il titolare dei dati presentati attraverso la piattaforma; il gestore tecnico è nominato responsabile del trattamento».

¹³⁷ «La Piattaforma dovrà contenere un'apposita area, secretata, accessibile solo agli offerenti ed all'esperto o a soggetti da questi autorizzati, nella quale possono essere presentate le offerte per la cessione dell'azienda, di suoi rami o di altri beni. A tal fine la Piattaforma deve consentire all'esperto di poter creare un cassetto informatico recante la data room virtuale».

¹³⁸ Nel caso di problemi informatici per l'imprenditore, permanenti oltre le 24 ore, per ragioni di urgenza è possibile inviare una comunicazione, corredata di tutte le informazioni necessarie, attraverso messaggio PEC all'indirizzo istituzionale della Camera di commercio, o posta raccomandata cartacea, o presentando comunicazione presso una delle sedi della Camera di commercio nel cui registro è iscritta l'impresa oggetto dell'istanza stessa.

ragionevolezza del proprio tentativo di risanamento ma anche per avvalersi di una check- list che possa fungere da guida per l'elaborazione di un piano di ristrutturazione.

Lo strumento risulta pienamente conforme alla Direttiva comunitaria, che - si sottolinea ancora una volta - impone agli Stati membri di rendere pubblicamente disponibili online non solo informazioni chiare, concise, pertinenti e aggiornate sugli strumenti di ristrutturazione precoce disponibili, che siano facilmente accessibili e di agevole consultazione, specie per le PMI (Art. 3, par. 3 e 4; Cons. 17 e 22), ma anche una lista di controllo particolareggiata per i piani di ristrutturazione, adeguata alle esigenze delle PMI, contenente indicazioni pratiche su come deve essere redatto il piano (Art. 8, par. 2, Dir.).

Ma soprattutto, del tutto in linea con lo spirito della Dir. è l'agevolazione dell'accesso alla composizione negoziata (Art. 5) attraverso l'opportunità data all'imprenditore di usufruire di un ambiente telematico da utilizzare in totale sicurezza autonomia.

Quindi, l'impresa a fronte di contingenti difficoltà patrimoniali, economiche o finanziarie, può contare su un percorso informato e guidato verso l'individuazione della migliore soluzione alla crisi (esistente o probabile) mediante l'opera intermediatrice dell'esperto indipendente e imparziale, capace di facilitare quel "*dialogo*" tra tutti i vari soggetti coinvolti che deve caratterizzare le operazioni di ristrutturazione (Cons. 10) in quanto diretto a consentire che i diritti di tutte le parti interessate siano "*tutelati in modo equilibrato*" (Cons. 3).

Inoltre, l'avanzata tecnologia prescelta per l'accesso alla composizione negoziata risponde ad una logica di efficienza e modernità, sottolineando la necessità - in un contesto di un'azione precoce, come quello della composizione negoziata della crisi - di un percorso rapido e snello, estraneo ad ogni lentezza.

Anche la struttura del test pratico risponde alle prescrizioni del legislatore europeo che, pur consentendo agli Stati membri di mantenere o introdurre "una verifica di sostenibilità economica a norma del diritto nazionale, il c.d. *viability test* (Art. 4, par. 3, Dir.), raccomanda che essa sia effettuata senza pregiudicare le attività del debitore (Cons. 26), dunque in modo rapido, discreto e non inutilmente costoso, come appunto si prefigge il nuovo strumento.

In effetti, l'intero percorso è improntato, sin dal suo avvio, ai criteri di efficienza predicati dal Titolo IV della Dir.: i termini previsti per l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, la contestazione della sua indipendenza e la sua eventuale sostituzione (Art. 5, commi 4 e 6) sono rigorosamente ristretti, mentre le scansioni temporali della convocazione per l'avvio dei negoziati (Art. 5, comma 5) e il termine finale di conclusione dell'incarico (Art. 5, comma 7) rispondono a criteri di contenimento, ragionevolezza e proporzionalità.

Entrando più nel dettaglio della disciplina, nel D.L. n.118 è disciplinata altresì la materia dell'interoperabilità tra la piattaforma e le altre banche dati pubbliche

Si prevede, ossia, che la piattaforma per la composizione negoziata delle crisi d'impresa sia collegata alla centrale rischi della Banca d'Italia e alle banche dati dell'Agenzia delle entrate, dell'INPS e dell'Agente della riscossione.

In questo modo, l'esperto indipendente ha la possibilità di accedere, per il tramite della piattaforma e previo consenso prestato dall'imprenditore, alle informazioni rese disponibili dalle amministrazioni estraendo la documentazione e le informazioni necessarie per l'avvio o la prosecuzione delle trattative con i creditori e le parti interessate.

A seguire, è regolamentato lo scambio delle informazioni, inserite nella piattaforma, tra imprenditore e creditori, per le quali viene richiamata la disciplina sulla protezione dei dati personali.

È previsto, nel dettaglio, che i creditori accedano alla piattaforma e vi inseriscano le informazioni sulla propria posizione creditoria e i dati eventualmente richiesti dall'esperto.

Tali informazioni e la relativa documentazione saranno accessibili previo consenso prestato dall'imprenditore e dal singolo creditore.

Addentrando ancora di più nella disciplina della piattaforma telematica, essa è costituita da apposite sezioni.

Una di queste è riservata alla tenuta degli elenchi regionali degli esperti. È proprio l'assegnazione dell'esperto, infatti, uno dei punti cardine per la riuscita di questo processo:

Per quanto riguarda invece le aziende "sottosoglia", l'istanza di accesso alla procedura dovrà essere presentata al Segretario Generale della Camera di Commercio, competente per territorio in cui l'impresa ha sede legale, sempre tramite la piattaforma telematica.

La prevista pubblicazione degli incarichi e del curriculum vitae in apposita sezione del sito internet istituzionale della CCIAA (Art. 3, comma 9)¹³⁹ è in linea con il Cons. 87 della Dir., il quale pretende che la nomina dei professionisti nel campo della ristrutturazione avvenga «*in modo trasparente, tenendo debitamente conto della necessità di garantire l'efficacia delle procedure*».

Infine, la piattaforma si fonda sui seguenti pilastri:¹⁴⁰

- **Riservatezza:** i documenti e le informazioni sono disponibili solo per gli addetti ai lavori.
La riservatezza è il valore fondante della piattaforma che, per sua natura, custodisce documenti da rendere disponibili esclusivamente agli addetti ai lavori.
Per garantire tale risultato, ad ogni soggetto, è associato un 'profilo abilitativo' che deriva dalla tipologia del soggetto stesso e, in taluni casi, dalla fase del processo in cui si trova ad operare; ad esempio, l'Esperto, prima dell'accettazione dell'incarico, può solo visionare la documentazione dell'istanza e potrà scaricarla solo dopo aver accettato formalmente l'incarico (la piattaforma in automatico modificherà il relativo profilo di visibilità).
- **Semplificazione:** le attività inserimento dati, caricamento documenti ed invio dell'istanza facili sono veloci e controllate.
Nella fase di compilazione ed invio dell'istanza la piattaforma proporrà al Rappresentante dell'Impresa le informazioni reperite nel Registro delle Imprese, consentendone comunque la modifica all'occorrenza, per ridurre il tempo di compilazione e per limitare i possibili errori di digitazione.

¹³⁹ Per comodità di lettura si riporta l'articolo citato: «*Gli incarichi conferiti e il curriculum vitae dell'esperto nominato sono pubblicati senza indugio in apposita sezione del sito internet istituzionale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del luogo di nomina e del luogo dove è tenuto l'elenco presso il quale l'esperto è iscritto, nel rispetto del regolamento (UE) 2016/679 e del citato codice di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, omissis ogni riferimento all'imprenditore richiedente*».

¹⁴⁰ Per un maggior approfondimento sul tempo, si rimanda al sito ufficiale di Unioncamere in tema di composizione negoziata della crisi <https://composizionenegoziata.camcom.it/ocriWeb/#/home>

Inoltre, saranno effettuati controlli automatici di completezza delle informazioni fornite dal Rappresentante dell'Impresa e suoi Professionisti, al fine di evitare errori formali che potrebbero impedire l'invio dell'istanza.

- Flessibilità: sono presenti cassette digitali¹⁴¹ e spazi personalizzabili dedicati all'accoglimento e condivisione della documentazione.

La funzionalità principale della piattaforma è costituita dalla possibilità di creare veri e propri cassette digitali, dedicati ad accogliere ed organizzare la documentazione necessaria allo svolgimento dell'istanza, e di creare 'spazi virtuali' riservati a specifici soggetti per il deposito di documenti (ad esempio nelle fasi di negoziazione da parte dell'esperto). Sia i cassette che gli spazi virtuali, sono utilizzati, con diversi livelli di visibilità e operatività, da tutti i soggetti autorizzati nelle diverse fasi del processo.

- Tempestività: è presente un sofisticato sistema di notifiche automatiche di aggiornamento tramite caselle di Posta Elettronica Certificata, con testi precostituiti, che, nell'avanzamento dei vari step previsti dall'iter, consentiranno ai soggetti interessati di conoscere il grado di aggiornamento della documentazione e procedere così con le attività di propria competenza.

Ad esempio, nel momento in cui viene nominato l'Esperto, la Piattaforma attiva in automatico tre contatti PEC: verso l'Esperto stesso, verso il Rappresentante dell'Impresa e verso il Segretario generale della Camera di Commercio competente.

Il presidente di Unioncamere, Andrea Prete¹⁴², stima che, la piattaforma potrà essere utilizzata da 10mila imprenditori che chiederanno la collaborazione di un esperto per ristrutturare l'azienda, redigere un piano di risanamento per evitare, così, di ricorrere alle tradizionali strade giudiziali, spesso anticamera del procedimento di liquidazione giudiziale.

1.3 Misure protettive e cautelari

Nel sistema designato dal D.L. 24 agosto 2021, n.118 la disciplina delle misure protettive e cautelari assume un rilievo centrale, non solo sul piano pratico, ma anche su quello giuridico.

Ci troviamo di fronte a strumenti non sconosciuti dal sistema concorsuale ma che la nuova normativa post pandemica ha individuato come idonei a "sterilizzare" per un periodo di tempo determinato quelle condizioni di fatto e di diritto che potrebbero turbare il buon esito delle trattative condotte dall'imprenditore.

Nella legge fallimentare, si fa ricorso alle misure protettive ed a quelle cautelari per tutelare interessi opposti.

Infatti, l'art 15, comma 8, l.fall. dispone che, nel corso dell'istruttoria prefallimentare, il tribunale, ad istanza di parte (o del creditore o anche del pubblico ministero), possa pronunciare

¹⁴¹ Il cassetto digitale dell'imprenditore è il servizio offerto dalle Camere di commercio a 10 milioni di cittadini imprenditori per accedere ai documenti ufficiali della propria impresa.

¹⁴² Andrea Prete, classe 1956, ingegnere, dirige da oltre trent'anni un'impresa specializzata nella produzione di cavi elettrici per automazione industriale e strumentazione. Vicepresidente vicario di Unioncamere dal 2018, è Presidente di Unioncamere dal 21 luglio 2021.

provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa oggetto del provvedimento, che hanno però efficacia limitata alla durata del procedimento e vengono confermati o revocati a seconda che la sentenza dichiari o meno il fallimento, ovvero vengono revocati con il decreto che rigetta l'istanza di fallimento.¹⁴³

La previsione di misure protettive è contenuta invece nell'Art. 168 l. fall., ove si stabilisce che, dalla data della pubblicazione del ricorso di concordato preventivo nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del medesimo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possano iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.¹⁴⁴

Nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, invece, l'adozione di misure protettive mira a prevenire, ovvero ad inibire, azioni da parte dei creditori, che potrebbero compromettere il buon esito dei tentativi di soluzione pattizia della crisi.

Il CCII sottolinea altresì la distinzione tra le due misure: le misure cautelari sono dei provvedimenti emessi dal giudice competente a tutela del patrimonio dell'impresa del debitore (ex art 2 lett. q), che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare anche provvisoriamente gli effetti delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Le due misure, che emergono nell'ambito del procedimento unitario per l'accesso ad una delle soluzioni della crisi previste dal CCII, si ispirano a due interessi diversi.

L'Art. 54 CCII, da un lato, prevede che, nel corso del procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale o della procedura di concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione, su istanza di parte, il tribunale può emettere i provvedimenti cautelari, inclusa la nomina di un custode dell'azienda o del patrimonio, che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti.

All'opposto, il debitore, al momento della presentazione della domanda di accesso ad una procedura di soluzione concordata della crisi, può chiedere al tribunale il rilascio delle misure protettive, in particolare il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore. L'effetto di *automatic stay* è, dunque, previsto per le sole misure protettive dalla legge fallimentare, ma non dal CCII, che lo subordina ad un provvedimento del tribunale.

L'Art. 6, D.L. n. 118/2021, dal canto suo, prevede che l'imprenditore possa chiedere, con l'istanza di nomina dell'esperto, l'applicazione di misure protettive del patrimonio.

L'istanza è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione¹⁴⁵ dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, si determinano gli effetti di *automatic stay*, nel senso che i creditori non

¹⁴³ F. DE SANTIS, *le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in Rivista il Fallimento, 2021

¹⁴⁴ In generale, il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari costituisce una delle disposizioni normative primarie nell'ambito delle procedure concorsuali, in quanto volto ad impedire l'aggressione del patrimonio del fallito da parte dei singoli creditori consentendo così agli organi della procedura di garantire il soddisfacimento paritario di tutti i creditori rimasti insoddisfatti. La disciplina si colloca nell'ambito della regolamentazione degli effetti del fallimento (Art. 51 l. fall.) ovvero della presentazione del ricorso per concordato preventivo (Art. 168 l. fall.) per i creditori.

¹⁴⁵ L'allegato 3 del Decreto Dirigenziale contiene il modello che riguarda la "*Dichiarazione di accettazione della nomina di esperto di composizione negoziata*". L'accettazione deve essere inserita nella Piattaforma Telematica,

possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa.

Sebbene, dalla lettura dell'art 6, D.L. n.118/2021 sembrerebbe che l'istanza di applicazione delle misure sia rivolta al segretario generale della camera di commercio, il successivo art. 7 chiarisce che le misure protettive sono soggette a conferma, revoca o modifica da parte del tribunale competente.

Ciò sta a significare che l'effetto protettivo, pur producendosi immediatamente ed automaticamente a seguito della presentazione della domanda alla camera di commercio, ha natura provvisoria, perché destinato a venir meno in mancanza di conferma da parte dell'autorità giudiziaria.¹⁴⁶

L'art. 7, comma 1, del decreto-legge, prevede che il debitore possa altresì chiedere al tribunale l'adozione dei provvedimenti cautelari "*necessari per condurre a termine le trattative*".

Se ne deduce che - mentre nel lessico concorsuale antecedente al D.L. n. 118/2021 le misure protettive sono poste a presidio del tentativo del debitore di soluzione pattizia della crisi d'impresa, ma i provvedimenti cautelari sono finalizzati a sterilizzare il rischio della dispersione del patrimonio del debitore nella pendenza dell'iniziativa concorsuale attivata dal creditore, nel sistema del D.L.

n. 118/2021, le misure protettive mantengono la tradizionale finalità ad esse attribuita dalla normativa concorsuale, ma i provvedimenti cautelari subiscono, rispetto a quest'ultima, un modifica sistematica sotto il profilo dell'interesse ad agire, perché legittimato a richiederli è il debitore al fine di condurre a termine le trattative.

Passando all'analisi delle varie tipologie di misure protettive, il perimetro ed i contenuti delle misure protettive utilizzabili nel contesto della cnc, sono più ampi di quanto previsto dalla legge fallimentare e dal CCII.

Le misure protettive, a differenza dei provvedimenti cautelari, non hanno di norma uno o più soggetti passivi determinati, ma possono produrre effetti, almeno nella fase iniziale del procedimento di composizione negoziata della crisi, nei confronti di una platea indeterminata di destinatari (quindi sia creditori che e/o terzi).

Vi rientrano, come si è detto, anzitutto quelle misure alle quali consegue l'effetto di automatic stay:¹⁴⁷ i creditori non possono, cioè, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del

trasmessa tramite posta elettronica certificata all'imprenditore. L'accettazione in caso di pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di nomina deve essere allegata alla stessa.

¹⁴⁶ Poiché le misure in questione hanno natura cautelare, seppure in senso ampio, si pone la questione classica della verifica del *fumus* e del *periculum*. La verifica del *fumus* attiene piuttosto alla verifica del concreto esercizio del debitore del potere di ottenere, secondo regole prestabilite, un accesso ad un ambiente, protetto e regolato, di composizione stragiudiziale. La verifica del *periculum* attiene al riscontro della necessità che la tutela richiesta sia assicurata senza dilazione, proprio perché necessaria in quella determinata fase delle trattative.

¹⁴⁷ Il Tribunale di Roma con sentenza 3/02/2022 ha confermato il principio secondo cui il modello c.d. automatic stay non può applicarsi indiscriminatamente ma solo nei confronti di chi si è già attivato con iniziative individuali la cui prosecuzione può compromettere la continuità e la soluzione della crisi. Per coloro che sono fuori dall'applicazione dell'automatic stay, invece, è possibile instaurare azioni esecutive individuali nel corso dello svolgimento della composizione.

debitore e le prescrizioni che sarebbero state interrotte da tali atti rimangano sospese e le decadenze non si verificano.¹⁴⁸

Ma l'art. 6, comma 1, D.L. n. 118/2021 estende l'efficacia delle misure protettive ai “*beni e diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa*”: è possibile, ad esempio, che la misura protettiva sia diretta ad inibire l'esecuzione forzata su un bene, di proprietà di un terzo, ma che il debitore detiene in quanto funzionale all'esercizio dell'impresa.

Sono, invece, esclusi dalle misure protettive i diritti di credito dei lavoratori.¹⁴⁹

Ai sensi del D.L. n. 118 devono altresì considerarsi misure protettive, in quanto poste a presidio del tentativo di composizione negoziata della crisi: i) la possibilità per l'imprenditore di effettuare i pagamenti senza richiedere la preventiva autorizzazione del tribunale; ii) l'impossibilità di dichiarare il fallimento o di accertare lo stato d'insolvenza fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata della crisi; iii) il divieto per i creditori interessati dalle misure protettive di rifiutare unilateralmente l'adempimento dei contratti pendenti o provocarne la risoluzione, o di anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore.

È da domandarsi se il sistema disegnato dal D.L. n. 118/2021 legittimi il ricorso a misure protettive atipiche, anche al di fuori di quelle previste dall'art. 6.

La soluzione negativa trova conferma nel dato letterale dell'art. 7, comma 1, che attribuisce al debitore - il quale abbia presentato, unitamente alla domanda di nomina dell'esperto, anche l'istanza di misure protettive - la facoltà di domandarne al tribunale la conferma o la modifica, ma non fa riferimento ad ulteriori e non previste misure.

L'ultimo aspetto che vale la pena sottolineare riguarda la previsione prevista all'art 7, comma 4, ove si stabilisce che il tribunale, su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, può limitare le misure a determinate iniziative intraprese dai creditori o a determinati creditori o categorie di creditori.

Questa previsione consente di evitare nella sostanza di colpire l'intero ceto creditorio.¹⁵⁰

Passando ora all'analisi dei provvedimenti cautelari, si tratta di provvedimenti atipici, la cui istanza perviene dal debitore ed i soggetti passivi possono essere uno o più terzi ma anche i creditori.

La norma si limita ad un generico riferimento ai provvedimenti cautelari “necessari per condurre a termine le trattative”, lasciando così intendere che non v'è alcun onere di instaurare un giudizio di merito per preservare l'efficacia di quei provvedimenti.

¹⁴⁸ Il Tribunale di Milano con decisione del 27 gennaio 2022 e in perfetta continuità con una pronuncia passata (Corte di Cassazione, sentenza 25802/2015), ha affermato che le misure protettive comportano la sola sospensione, e non l'inefficacia, delle procedure esecutive già istituite, non consentendo quindi l'emancipazione delle somme già colpite da pignoramento, che restano indisponibili per il debitore, fino alla fine della composizione.

¹⁴⁹ I lavoratori potranno far valere i loro crediti senza limitazioni avvalendosi del privilegio generale di cui all'Art. 2751 bis c.c. ossia privilegio per «*crediti per retribuzioni e provvigioni, crediti dei coltivatori diretti, delle società od enti cooperativi e delle imprese artigiane*».

¹⁵⁰ Di norma le misure protettive hanno efficacia erga omnes, invece nella CNC è espressamente rimessa alla volontà dell'imprenditore la possibilità di operare una selezione, sia dal punto di vista oggettivo, indicando quali procedure voglia bloccare, sia dal punto di vista soggettivo, indicando i creditori destinatari. E infatti l'art 18.3 del CCII: «*Con l'istanza di cui al comma 1, l'imprenditore può chiedere che l'applicazione delle misure protettive sia limitata a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti o a determinati creditori o categorie di creditori*».

L'Art. 7 precisa che, se i provvedimenti cautelari (al pari delle misure protettive) incidono sui diritti dei terzi, questi ultimi devono essere sentiti.

È ipotizzabile, ad esempio, che la domanda cautelare sia diretta ad ottenere la sospensione dell'esecuzione di uno o più contratti in corso. In questo caso, la domanda cautelare sarà rivolta all'altra parte del contratto di cui si chiede la sospensione, come tale legittimata a contraddire nel giudizio ex Art. 7.

Tra i provvedimenti cautelari in questione potrebbero esservi anche la richiesta di divieto di pubblicazione di segnalazioni alla centrale dei rischi. Risulta, invece, più complicato ipotizzare provvedimenti cautelari - idonei a trovare attuazione nelle forme dell'esecuzione forzata ai sensi dell'Art. 669- duodecies c.p.c. - che compulsino il creditore ad un fare, ovvero che gli impediscano di esercitare di un diritto, al solo fine di cautelare un percorso di trattativa avviato dal debitore.

Va ricordato, infatti, che le iniziative esecutive dei creditori possono essere inibite per il tramite delle misure protettive, sicché un provvedimento d'urgenza ex Art. 700 c.p.c., diretto contro un creditore, potrebbe essere percorribile solo se sia necessario impedire a quest'ultimo di attivarsi per ottenere l'adempimento.

In conclusione, e volendo fare un rapporto tra le due misure, il ricorso ai provvedimenti cautelari previsti dall'Art. 7 del D.L. n. 118 assume una portata davvero residuale, essendo le misure protettive lo strumento preferibile posto dal legislatore a presidio della "serenità" delle trattative.

Infine, vale la pena parlare, seppur brevemente, della natura delle misure protettive.

Il legislatore non ha, dunque, preso posizione sulla natura giuridica delle misure protettive, che pur presentano, per molti aspetti, i tratti conservativi di alcuni provvedimenti cautelari. Pertanto, ai fini della loro conferma o revoca, il tribunale non è vincolato alla tradizionale delibazione del *fumus* e del *periculum*, nei termini in cui ciò avviene per le misure cautelari.

Piuttosto, il tribunale competente - nel confermare, modificare o revocare le misure protettive - dovrà avere riguardo, da un lato, alla concreta possibilità che esse siano funzionali ad evitare che eventuali azioni dei creditori pregiudichino il buon esito delle trattative, ma, dall'altro lato, alla situazione di crisi o addirittura di insolvenza in cui versa l'imprenditore, ovvero alle condotte da lui tenute in precedenza, che potrebbero sconsigliare, a tutela dei creditori, la conferma delle misure.

Diversamente, per il rilascio dei provvedimenti cautelari, sarà imprescindibile una valutazione dei presupposti "sistemici" del *fumus* e del *periculum*, inteso, quest'ultimo, come idoneità della misura richiesta a non compromettere il buon esito delle trattative.

Sebbene la norma non lo dica espressamente risulta evidente che le regole del procedimento cautelare uniforme possono trovare applicazione solo "*in quanto compatibili*".

E se è vero che la relazione di compatibilità può essere agevolmente predicata - oltre che con riguardo al regime d'impugnazione dettato dall'Art. 669-terdecies c.p.c.¹⁵¹ - anche con riferimento al regime della cauzione (Art. 669-undecies c.p.c.), dell'attuazione (Art. 669-duodecies c.p.c.) e, per quanto di ragione, della revoca e modifica (Art. 669-decies c.p.c.), restano fuori del perimetro

¹⁵¹ L'ordinanza con cui è stata concessa o respinta la misura cautelare è impugnabile tramite reclamo. Il termine perentorio è pari a quindici giorni dalla pronuncia del provvedimento che si vuole contestare. La disposizione presente nel Codice di procedura civile vale, per analogia, anche in tema di composizione negoziata della crisi.

normativo all'esame le regole sull'efficacia della misura cautelare (artt. 668-octies e 669-novies c.p.c.), non essendovi, come si è detto, alcun giudizio di merito al quale riferire il percorso processuale di “*stabilizzazione*” della misura (protettiva o cautelare).

1.3.1 Il ruolo e la competenza del tribunale concorsuale

A differenza delle altre procedure di soluzione negoziata della crisi, che di regola si svolgono per tutta la durata sotto il controllo del tribunale, il procedimento di composizione negoziata della crisi non necessariamente e non automaticamente richiede l'intervento del tribunale.

È, infatti, possibile che il percorso di composizione negoziata si chiuda, senza che si passi dal tribunale, con un accordo con i soli creditori.

Tuttavia, il Decreto n. 118 ha previsto che, nel contesto della cnc, l'imprenditore non trovi più utile procedere e voglia accedere ad altre procedure, giurisdizionali, di composizione negoziata della crisi.

Oltre a queste ipotesi, ve ne sono altre in cui il tribunale può e deve intervenire.

L'ipotesi più frequente di intervento del tribunale si verifica proprio quando l'imprenditore richieda la conferma delle misure protettive e/o il rilascio di provvedimenti cautelari: tale giudizio è regolato dall'art 7, D.L e in parte dall'art 6 del medesimo decreto.¹⁵²

Va altresì segnalato che nei casi in cui, nell'arco della composizione negoziata della crisi, si incorra in “*incidenti*” giurisdizionali, la competenza spetta al tribunale dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa, competente ai sensi dell'art 9 l.fall.

Un'ulteriore particolarità rispetto al sistema concorsuale è data dal fatto che il tribunale provvede con ordinanza in composizione monocratica, e non collegiale.

A questo punto, è opportuno precisare come viene richiesta l'applicazione delle misure protettive e il relativo procedimento.

Il procedimento si compone di due fasi: una fase amministrativa, alla quale deve fare seguito, una seconda fase giurisdizionale; entrambe sono necessarie ed ineludibili.

L'imprenditore quando deposita presso la camera di commercio l'istanza di nomina dell'esperto può chiedere contestualmente l'applicazione delle misure protettive, ovvero con successiva istanza presentata con le medesime modalità.¹⁵³

L'istanza è sottoposta a controlli di tipo formale, aventi ad oggetto il rispetto dei requisiti previsti dall'art 5, D.L. n. 118/2021.

La camera di commercio, una volta verificata la regolarità formale dell'istanza, provvede senza indugio alla sua pubblicazione nel registro delle imprese, assegnando una data ed un numero di protocollo; da quel momento le misure protettive acquistano automatica efficacia.

¹⁵² F. DE SANTIS, *le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, op. cit.

¹⁵³ Il Tribunale di Milano, con decisione del 28 dicembre 2021, ha dichiarato che se la pubblicazione dell'istanza di accesso alla composizione è stata consentita anche in assenza di alcuni dei documenti richiesti come ad esempio una situazione patrimoniale aggiornata, il piano finanziario a sei mesi e la relazione sulle misure industriali da adottare, deve esserne consentita al giudice e all'esperto la consultazione funzionale alla decisione, cosicché sarebbe esercitabile il potere-dovere di integrazione. Da questa pronuncia è sorto il principio della carenza documentale.

Come già accennato, alla fase amministrativa deve seguire la fase giurisdizionale: l'art 7, infatti, stabilisce espressamente che lo stesso giorno il debitore deposita presso il tribunale competente un ricorso chiedendo *«la conferma o la modifica delle misure protettive e, ove occorre, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative»*

Questa fase è soggetta a pubblicità ed è onere dell'imprenditore chiedere la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato davanti al tribunale.¹⁵⁴

L'art 7 prevede che la richiesta deve avvenire entro il termine di trenta giorni dalla pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive.

Il ricorso al tribunale deve essere corredato dal deposito di altri documenti: a) i bilanci degli ultimi tre esercizi oppure, quando non vi è obbligo di deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta; b) la situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima del deposito del ricorso; c) l'elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare; d) un piano finanziario per i successivi sei mesi ed un prospetto delle iniziative di carattere industriale che intende adottare; e) una dichiarazione, avente valore di autocertificazione, che attesti, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata.

Nel ricorso è altresì necessario indicare il nominativo dell'esperto con il suo indirizzo di posta elettronica certificata, nonché l'indirizzo PEC di tutti coloro che intervengono.¹⁵⁵

Si tratta di documenti essenziali, tanto che la loro mancata produzione determina l'inammissibilità dell'istanza. Tali documenti, infatti, oltre a consentire al tribunale di verificare la presenza dei presupposti di accesso al procedimento, sono necessari per verificare l'idoneità delle misure e dei provvedimenti richiesti.

A seguito del corretto e compiuto svolgimento di tali adempimenti da parte dell'imprenditore, il tribunale è chiamato ad attivarsi senza indugio.

Prima di fissare l'udienza per l'esame della domanda, il giudice deve valutare la tempestività del ricorso verificando che esso sia stato depositato lo stesso giorno in cui l'istanza per l'applicazione delle misure cautelari è stata depositata alla camera di commercio (ovvero lo stesso giorno in cui l'esperto ha accettato l'incarico).

La tardiva iscrizione a ruolo del ricorso è causa di dichiarazione d'inefficacia delle misure protettive.

Superato questo primo vaglio di ammissibilità, l'ultimo periodo del terzo comma dell'art 7 prevede che se, nel termine di dieci giorni dal deposito del ricorso, il giudice non provvede alla fissazione

¹⁵⁴ La pubblicità del numero di ruolo è volto ad assicurare che l'imprenditore abbia chiesto al tribunale la conferma delle misure protettive lo stesso giorno in cui ha inserito sulla piattaforma telematica l'istanza di applicazione delle misure stesse. Ciò spiega le forti conseguenze della mancata pubblicazione sul registro delle imprese: l'omesso o il ritardato deposito del ricorso è causa di inefficacia delle misure che deve essere dichiarata dal tribunale.

¹⁵⁵ Poiché peraltro l'indirizzo di posta elettronica non certificata non sempre consente di verificare l'effettivo buon fine della notificazione, il tribunale dovrà prescrivere le forme di notificazione opportune per i casi in cui non vi siano indirizzi PEC disponibili. Anche se va tenuto presente che in linea generale quasi tutti i creditori sono imprenditori e sono quindi tenuti ad iscrivere l'indirizzo PEC nel registro delle imprese.

dell'udienza vengono meno gli effetti protettivi prodotti dalla presentazione dell'istanza alla camera di commercio.

La norma, però, non dice nulla circa il tempo entro il quale deve essere fissata l'udienza.

Tuttavia, tenuto conto della delicatezza dell'argomento e del breve termine (30 giorni) previsto per l'efficacia temporale delle misure protettive, è da ritenersi che l'udienza debba essere fissata entro un termine piuttosto rigido.

Punto molto delicato è la responsabilità del tribunale nel caso di ingiustificata inerzia; ci si chiede se questa possa essere sanzionata secondo le normali regole della responsabilità disciplinare e civile del magistrato.¹⁵⁶

Di certo, il tribunale può omettere di fissare l'udienza, oltre che nel caso di tardivo deposito del ricorso, quando la domanda e i relativi allegati non sono completi o sono manifestamente infondati. Nonostante vi siano queste ipotesi di, chiamiamola, inerzia giustificata, il giudice è tenuto a pronunciare un decreto di diniego di fissazione dell'udienza.

Col decreto di fissazione dell'udienza, il tribunale prescrive, anche ai sensi dell'Art. 151 c.p.c., "le forme di notificazione opportune per garantire la celerità del procedimento".

La norma non indica espressamente quali siano i soggetti destinatari della notifica del ricorso e del decreto. È certo, però, che debbono essere sentiti tutti i creditori ed i terzi, i cui diritti siano "toccati" dalle misure protettive e dalle domande cautelari proposte.

È verosimile ritenere che il legislatore abbia inteso estendere il contraddittorio anche agli altri creditori, o quanto meno a quelli più "significativi", come si evince dalla previsione dell'Art. 7, comma 2, lett. c), D.L. n. 118/2021 ove si richiede al debitore il deposito di un elenco dei creditori, individuando i primi dieci per ammontare ed indicando i rispettivi indirizzi di posta elettronica certificata.

Oltre ai soggetti che sono stati destinatari della notifica, potranno comparire in giudizio gli interventori volontari, ai quali nulla è stato notificato, ma che hanno appreso aliunde la notizia della pendenza del giudizio.

A tutte le parti comparse non può essere negata la possibilità di prendere autonome conclusioni, chiedendo, ad esempio, la revoca o modifica di una o più misure protettive, ovvero il rigetto della domanda cautelare. Se ciò accade, il giudizio si trasforma in adversary, allargando così i soggetti astrattamente tenuti al pagamento delle spese di lite e legittimati alle impugnazioni.

È da ritenersi che il giudice, qualora verifichi che il destinatario del provvedimento cautelare o della misura protettiva non abbia ricevuto la notifica del ricorso, possa invitare il debitore ad intervenire disponendo un breve rinvio all'udienza.

L'udienza si tiene preferibilmente con sistemi di videoconferenza (Art. 7, comma 3, D.L. n. 118/2021). Ai sensi del comma 4, nel corso dell'udienza il tribunale, dopo avere verificato la validità delle notifiche, sentite le parti e l'esperto ed omessa ogni formalità non essenziale al

¹⁵⁶ Nel caso in cui il giudice non fissi l'udienza nel termine indicato dalla legge gli effetti delle misure cesseranno. L'art 7 del Decreto n.118 è stato sottoposto a critiche da illustri commentatori (Costantino, Montanari) che ritengono che la norma in esame violi il principio costituzionale previsto all'art 24, in quanto la carenza non è legata ad un'originaria inerzia o carenza dell'istanza dell'imprenditore ma, ciò nonostante, impedirebbe di dar corso al procedimento. Peraltro, in questo modo, si genererebbe un anomalo silenzio-rifiuto del giudice, incompatibile con il nostro sistema processuale.

contraddittorio, nomina, se occorre, un ausiliario ai sensi dell'Art. 68 c.p.c.,¹⁵⁷ e procede agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai provvedimenti cautelari richiesti ed ai provvedimenti di conferma, revoca o modifica delle misure protettive. L'ausiliario a cui allude l'Art. 7 non è (e non può essere) un surrogato del commissario giudiziale del concordato preventivo; si tratta di un consulente tecnico, che il tribunale nomina (con spese a carico del ricorrente) per farsi assistere nel compimento di atti istruttori, che non è in condizione di compiere in autonomia.

Si tratterà, nella maggior parte di casi, di un consulente contabile, al quale affidare la valutazione della documentazione esibita dal ricorrente, e di quella che il consulente stesso ritenesse di acquisire nel corso delle operazioni peritali, in quanto strettamente funzionale allo svolgimento dell'incarico a lui affidato.

Una volta conclusa l'udienza, il tribunale si pronuncia con ordinanza. (Art 7, comma 4).

Nell'ipotesi di conferma delle misure protettive e/o di rilascio di provvedimenti cautelari, l'ordinanza stabilisce la durata, non inferiore a trenta e non superiore a centoventi giorni, delle misure protettive ed eventualmente, dei provvedimenti cautelari.

Inoltre, come sopra si è detto, su richiesta dell'imprenditore e sentito l'esperto, le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori a tutela dei propri diritti, ovvero a determinati creditori o categorie di creditori. Ancora con ordinanza, il tribunale può revocare le misure protettive e/o rigettare le domande cautelari.

Diversamente da quanto accade nell'istruttoria prefallimentare, le misure protettive o i provvedimenti cautelari possono essere modificati in pendenza delle trattative, in virtù di quanto previsto dai commi 5 e 6 dell'Art. 7.

Precisamente, il tribunale: a) su istanza delle parti ed acquisito il parere dell'esperto, può prorogare la durata delle misure per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative, fermo rimanendo che la loro durata complessiva non può superare i duecentoquaranta giorni; b) su istanza dell'imprenditore, di uno o più creditori o su segnalazione dell'esperto, può, in qualunque momento, sentite le parti interessate, revocare le misure protettive e cautelari, o abbreviarne la durata, quando esse non soddisfano l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti.

Tutti i provvedimenti sono reclamabili davanti al collegio nelle forme di cui all'Art 669-terdecies c.p.c.¹⁵⁸

Per il loro carattere provvisorio e quindi non idoneo alla formazione del giudicato sostanziali, non è possibile ricorrere in Cassazione.

¹⁵⁷ L'art 68 del cpc è rubricato "altri ausiliari", in questo contesto si fa riferimento ad un soggetto che esercita una funzione strumentale, qualunque privato esperto in una determinata arte o professione ed in generale capace di compiere quegli atti che il giudice, il cancelliere o l'ufficiale giudiziario non potrebbero compiere da soli. Una volta nominati gli ausiliari devono necessariamente prestare giuramento ai sensi degli artt. 161 e 194 disp. att.

¹⁵⁸ La norma in esame prevede che: «*Il reclamo contro i provvedimenti del giudice singolo del tribunale si propone al collegio, del quale non può far parte il giudice che ha emanato il provvedimento reclamato. Quando il provvedimento cautelare è stato emesso dalla corte d'appello, il reclamo si propone ad altra sezione della stessa corte o, in mancanza, alla corte d'appello più vicina.*».

Per quanto concerne la durata delle misure protettive, si ritiene che questa sia fissata dal tribunale e che si sommi a quella già decorsa al momento del deposito nel registro delle imprese, fermo restando il rispetto del termine complessivo di 240 giorni, trascorsi i quali, anche se le trattative ancora pendono, le misure protettive perdono efficacia.¹⁵⁹

Discorso diverso, invece, per i provvedimenti cautelari, che hanno la stessa durata delle trattative, essendo necessari per condurre a termine le stesse.

Ultimo punto, senza dubbio uno dei più spinosi della disciplina, è rappresentato dalla necessità del bilanciamento delle esigenze tra creditori e terzi da un lato e quelle dell'imprenditore che punta al buon esito delle trattative dall'altro.

Il creditore destinatario dell'inibitoria di un'azione esecutiva potrebbe dimostrare di subire il pregiudizio irreparabile che la misura protettiva provocherebbe alla stabilità della sua impresa, e potrebbe così chiedere la revoca.

I creditori potrebbero altresì insistere per la revoca delle misure protettive, dimostrando che non sussistono spazi per il risanamento dell'impresa, sulla base della documentazione già versata nell'istruttoria prefallimentare pendente, nel corso del quale potrebbe essere stata emanata una misura cautelare ai sensi dell'Art. 15, comma 8, l.fall.

Si tratta di allegazioni che potrebbero indurre il giudice a revocare le misure protettive e/o a rigettare le istanze cautelari.

Il decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021, adottato in forza dell'Art. 3, comma 2, D.L. n. 118/2021, stabilisce, al punto 6.1, che il giudice, in sede di esame del ricorso, debba valutare l'opportunità delle misure protettive e cautelari, il loro contenuto ed i soggetti destinatari, tenuto conto, a titolo esemplificativo, del fabbisogno e delle disponibilità finanziarie occorrenti per l'esecuzione dei pagamenti dovuti; delle conseguenze delle misure protettive e del rischio che i fornitori pretendano pagamenti delle nuove forniture; nel caso di estensione delle misure protettive agli istituti di credito, del rischio che le esposizioni bancarie del debitore siano riclassificate a "*crediti deteriorati*", con inevitabile conseguenze sulla nuova concessione di credito.¹⁶⁰

In questo complesso contesto è possibile analizzare due diversi approcci.

Secondo un primo approccio, il vaglio del tribunale dovrebbe arrestarsi alla mera verifica dell'astratta attitudine delle misure protettive di cui si chiede conferma e dei provvedimenti cautelari di cui si chiede di disporre, con il solo fine di proteggere le trattative e il loro buon esito.

Secondo questa prospettiva, il tribunale dovrebbe verificare anche che non vi sia il rischio che da queste misure derivino pregiudizi ingiustificati a carico dei creditori e dei terzi

¹⁵⁹ Tra le modifiche "*last minute*" del decreto attuativo della direttiva insolvency, in tema di cnc rientra sicuramente la limitazione della durata delle misure protettive sul patrimonio dell'impresa a quattro mesi (prorogabile solo qualora siano stati compiuti significativi progressi nelle trattative sul piano di ristrutturazione e sempre che la proroga non arrechi ingiusto pregiudizio ai diritti e agli interessi delle parti interessate). In ogni caso, l'efficacia delle misure protettive non può durare oltre la data di omologazione del quadro di ristrutturazione o di apertura della procedura di insolvenza (nuovi articoli 8 e 55 CCII).

¹⁶⁰ Per un approfondimento più dettagliato, si rimanda a G.RANA, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al d.l. n. 118/2021*, in *Rivista Il diritto fallimentare*, Giappichelli, 2021

Nel secondo approccio, invece, il tribunale dovrebbe valutare concretamente che le misure protettive e i provvedimenti cautelari servano per preservare il patrimonio e per favorire le trattative. E allo stesso tempo dovrebbe essere concretamente valutato il pregiudizio che potrebbero subire creditori e terzi.

In entrambe le ipotesi, il tribunale dovrebbe applicare una tecnica deliberatoria, che assuma a parametro di decisione l'astratto "bilanciamento" degli interessi coinvolti.

Non si può, quindi, escludere che la giurisprudenza, al fine di limitare il rischio di abusi sia portata a valutare con rigore la ricorrenza dei presupposti per emettere misure e provvedimenti che accedano ad una procedura di composizione pattizia della crisi altrimenti sottratta ad ogni controllo giurisdizionale, e nondimeno suscettibile di incidere sui diritti dei creditori e dei terzi.

1.4 Il comportamento dell'imprenditore

Come più volte precisato, il punto forte della composizione negoziata della crisi è l'esperto e il suo compito di predisporre un piano di risanamento volto ad assicurare all'impresa il perseguimento della continuità aziendale.

Detto così sembrerebbe che l'impresa, una volta che attivi la cnc, sia "in mano" all'esperto e che vengono tolti all'imprenditore una serie di poteri, diventando così per lui un percorso molto limitante.

Tuttavia, non bisogna dimenticare che la composizione negoziata della crisi non è una procedura concorsuale e per tale ragione l'imprenditore non subisce alcuno spossessamento, nemmeno attenuato, bensì mantiene il pieno esercizio dell'attività imprenditoriale, potendo compiere gli atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione, come pure eseguire i pagamenti, che sono funzionali per mantenere la continuità aziendale e che non recano pregiudizio agli interessi dei creditori.

L'art 21 del D.L. n. 118, infatti, statuisce espressamente «*Nel corso delle trattative l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa. L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. 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*».

Gli atti da compiere e i pagamenti da eseguire debbono essere coerenti con la continuità aziendale, vale a dire con la sostenibilità economico finanziaria dell'attività.¹⁶¹

Ciò vale in caso di precrisi (c.d. probabilità di crisi), ma anche in caso di crisi.

A norma dell'Art. 9, comma 1, D.L. n. 118/2021 se è in stato di crisi l'imprenditore gestisce l'impresa in modo da evitare il pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'attività.

Pertanto, ogni atto da compiere o pagamento da eseguire deve essere coerente, cioè in linea, con le trattative in corso e con il piano di risanamento, se già predisposto, o comunque con la prospettiva concreta del risanamento.

Ma il risanamento realizza gli interessi, oltretutto del debitore, anche dei creditori.

¹⁶¹ F. MICHELOTTI, *la gestione dell'impresa e il ruolo dell'esperto* in Rivista. Il fallimento, 2021

Infatti, ex Art. 4, comma 5, D.L. n. 118/2021 l'imprenditore ha il dovere di gestire l'impresa e il suo patrimonio senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori.

Ma quando l'impresa è insolvente, si verifica uno spostamento del baricentro degli interessi da tutelare e dei doveri degli amministratori, passando da una gestione nell'interesse della proprietà dell'azienda e, quindi, del debitore ad una nell'interesse dei creditori.

Infatti, se l'imprenditore è in stato di insolvenza, ma sussistono concrete prospettive di risanamento, gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori (Art. 9, comma 1, D.L. n. 118/2021).¹⁶²

Dunque, mentre in caso di crisi la gestione deve evitare il pregiudizio ai creditori, in caso di insolvenza la gestione aziendale è volta alla realizzazione del prevalente interesse dei creditori.

Ciò avviene sia nel caso in cui l'insolvenza sia preesistente all'accesso alla composizione negoziata, come afferma l'Art. 5, comma 2, lett. d, D.L. n. 118/2021 e l'Art. 6, comma 4, D.L. n. 118/2021) sia quando la crisi sia sopravvenuta (Art. 9, comma 1, D.L. n. 118/2021).

Una siffatta gestione dell'attività, finalizzata al risanamento, gode di una duplice protezione, civile e penale. Infatti, tanto in caso di precrisi, di crisi o di insolvenza, gli atti, i pagamenti e le garanzie, posti in essere nell'esercizio dell'attività compiuta dall'imprenditore nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, se coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti, sono esenti nel successivo fallimento tanto dall'azione revocatoria di cui all'Art. 67, comma 2, l.fall. (Art. 12, comma 2, D.L. n. 118/ 2021), quanto dai reati fallimentari di bancarotta semplice e preferenziale (Art. 12, comma 5, D.L. n. 118/2021).

Pertanto, l'attività svolta dall'imprenditore nell'ambiente protetto della composizione negoziata, se esercitata con correttezza e buona fede in coerenza con le trattative in corso, con le prospettive di risanamento, indicate nel piano, e senza recare pregiudizio agli interessi dei creditori, ha effetti positivi e la sua attività viene protetta anche da rischi penali.

La scelta di non introdurre una nuova procedura concorsuale e la necessità di fornire alle imprese uno strumento per favorire il risanamento aziendale in una fase precoce, mantenendo la continuità aziendale, hanno spinto il legislatore a lasciare all'imprenditore tutti i poteri di amministrazione ordinaria e straordinaria.

Inoltre, al fine di perseguire il risanamento aziendale, che è l'obiettivo primario della composizione negoziata, è necessario non solo che l'imprenditore predisponga le attività da compiere per realizzare il risanamento, ma anche e soprattutto che tali attività le realizzi effettivamente.

Tuttavia, il rischio era che lasciando all'imprenditore il potere di gestire l'impresa senza limitazioni nei pagamenti da eseguire e negli atti da compiere, di ordinaria e straordinaria amministrazione, questo avrebbe, prima o poi, attuato delle condotte che con il risanamento nulla avevano a che fare, rinnegando nei fatti la volontà di procedere nel percorso avviato di risanamento aziendale.

¹⁶² Per comodità si riporta l'articolo in esame: «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».

Per evitare anche tali ultime condotte, in una logica di bilanciamento degli interessi, il legislatore ha introdotto un contrappeso da opporre alle iniziative del debitore non coerenti con le prospettive di risanamento o con l'andamento delle trattative in corso.

Tale contrappeso è stato individuato proprio nell'esperto, che, come già rilevato, è terzo rispetto alle parti, indipendente da esse, informato dello stato delle trattative e del piano di risanamento; quindi, in grado di esercitare una *moral suasion* sull'imprenditore.¹⁶³

In definitiva, lo strumento per esercitare il contrappeso è stato individuato nel dissenso dell'esperto. All'esperto, infatti, sono stati attribuiti:

- un obbligo preventivo, cioè da adempiere prima che l'atto o il pagamento siano compiuti, che consiste nella segnalazione all'imprenditore e all'organo di controllo del dissenso dell'esperto stesso rispetto all'operazione da compiere o al pagamento da eseguire
- un obbligo successivo, cioè da adempiere dopo che l'operazione sia stata compiuta o il pagamento eseguito, quello dell'obbligo dell'iscrizione del dissenso al registro delle imprese
- un potere successivo, cioè una facoltà eventualmente da esercitare dopo che l'operazione sia stata compiuta o il pagamento eseguito, quello dell'iscrizione del dissenso al registro delle imprese.

Pur non essendo dalla legge indicato alcun termine per comunicare all'esperto la volontà di compiere un atto o un pagamento non coerenti con le trattative in corso e con le prospettive di risanamento, il d.l. raccomanda all'esperto di indicare all'imprenditore un termine entro il quale effettuare la comunicazione preventiva.

Come già anticipato e per essere più chiari, se l'esperto ritiene che l'atto o il pagamento possa arrecare pregiudizio agli interessi dei creditori, alle trattative in corso o alle prospettive di risanamento, allora questo lo segnalerà per iscritto all'imprenditore e, se presente, all'organo di controllo.

L'imprenditore è chiamato a fornire chiarimenti sull'atto da compiere o sul pagamento da eseguire. Nonostante la segnalazione dell'esperto, l'imprenditore ha il potere di compiere l'atto o di eseguire il pagamento, ferma restando la sua responsabilità civile e penale.

Tuttavia, se l'imprenditore compie l'atto o esegue il pagamento, allora ha un obbligo successivo o concomitante, cioè l'obbligo di comunicarlo immediatamente all'esperto, il quale ha dieci giorni per iscrivere il dissenso nel registro delle imprese.

L'iscrizione del dissenso è obbligatoria nel caso di atti o pagamenti che pregiudicano gli interessi dei creditori.

¹⁶³ La *moral suasion* nasce e funziona solo sulla base dell'autorevolezza e della competenza della figura dell'esperto. Le condotte di mala gestione dell'imprenditore sono ostacolate dalla *moral suasion* dell'esperto indipendente, che può far venir meno i vantaggi della composizione negoziata, con l'iscrizione del suo dissenso nel registro delle imprese.

Al contrario, emerge che l'iscrizione del dissenso è facoltativa per gli atti e i pagamenti non coerenti con le trattative in corso e con le prospettive di risanamento, ma che non pregiudicano gli interessi dei creditori.

Tuttavia, all'Art. 13, comma 9¹⁶⁴, D.L. n. 118/2021 vi è una deroga alla regola generale che l'iscrizione del dissenso è obbligatoria quando vengono pregiudicati gli interessi dei creditori (Art. 9, comma 4). Infatti, nel caso di finanziamenti eseguiti a favore di società controllate oppure sottoposte al comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti, l'iscrizione del dissenso non è obbligatoria anche se l'atto può recare pregiudizio ai creditori, se l'esperto, nonostante la segnalazione all'imprenditore non ha poi iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese.

In tal caso il finanziamento, erogato dall'imprenditore, beneficia della esclusione della postergazione di cui agli Artt. 2467 e 2497-quinquies c.c., divenendo dunque chirografario nel passivo della controllata o consociata.

Inoltre, l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese, facoltativa od obbligatoria che sia, impone all'esperto di segnalarlo al giudice ex Art. 7, comma 6, D.L. n. 118/ 2021 che ha confermato le misure protettive o cautelari al fine della eventuale revoca o abbreviazione della durata quando appaiono sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori che ne richiedono la revoca o l'abbreviazione.

Nel caso in cui l'imprenditore abbia compiuto un atto o eseguito un pagamento che non sia coerente con le trattative in corso o con le prospettive di risanamento o che sia pregiudizievole per i creditori, senza informare preventivamente l'esperto, una volta che quest'ultimo lo abbia scoperto, potrà in ogni momento iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese.

Nonostante il dissenso preventivo, dunque, l'imprenditore ha il potere di compiere l'atto o di eseguire il pagamento, ferma restando la sua responsabilità.

Per quanto riguarda gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, per i quali quest'ultimo ha iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, subiscono una sorta di presunzione di inefficacia nell'eventuale successivo fallimento, in quanto l'Art. 12, comma 3, D.L. n. 118/2021 stabilisce che sono in ogni caso soggetti alle azioni revocatorie ordinaria di cui all'Art. 66 l.fall. e fallimentare di cui all'Art. 67 l.fall.

Del pari, per gli atti di cui il tribunale ha disposto il rigetto della richiesta di autorizzazione presentata a norma dell'Art. 10,¹⁶⁵ D.L. n. 118/2021.

¹⁶⁴ Il comma dell'art 13 tratta dei «*finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, co 1*» e stabilisce che «*sono esclusi dalla postergazione di cui agli articoli 2467 e 2497-quinquies del codice civile, sempre che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto ai sensi dell'articolo 9, comma 2, e che l'esperto, dopo avere segnalato che l'operazione può arrecare pregiudizio ai creditori, non abbia iscritto il proprio dissenso ai sensi dell'articolo 9, comma 4.*»

¹⁶⁵ L'Art.10 del D.L. n.118/2021, convertito in L. 147/2021, prevede che nel corso della composizione negoziata l'imprenditore possa rivolgere istanza al tribunale per essere autorizzato al compimento di determinati atti. La norma rappresenta un'eccezione rispetto alla regola generale poiché il contesto della composizione negoziata non è quello di una procedura concorsuale, trattandosi di un percorso riservato e stragiudiziale. Al comma 2 del medesimo articolo è previsto che l'esperto possa invitare le parti e qualora vi siano i presupposti, possa chiedergli di riformulare i contratti

Il dissenso, dunque, dell'esperto è uno strumento dissuasivo degli atti di *mala gestio*, destinato a restare inter-partes se non va oltre la segnalazione all'imprenditore, che non compie l'atto o non esegue il pagamento, realizzando così un primo scopo della norma, quello di impedire le condotte pregiudizievoli per i creditori o incoerenti con il risanamento.

Quando, invece, il dissenso non realizza la sua funzione dissuasiva, perché l'imprenditore, nonostante questa, compie l'atto o il pagamento "segnalato", l'iscrizione nel registro delle imprese del dissenso realizza il secondo scopo della norma, quello di informare, con una pubblicità erga omnes, i creditori e i terzi della condotta di *mala gestio* dell'imprenditore, affinché ne siano edotti al fine della tutela dei loro interessi.

L'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese è diretta in primis ai creditori ed in secundis ai terzi ed ha una funzione informativa del compimento da parte dell'imprenditore di atti di *mala gestio*, ritenuti dall'esperto come idonei ad incidere negativamente sulla garanzia patrimoniale.

Una volta venuti a conoscenza di tali atti pregiudizievoli, i creditori potenzialmente lesi dalla condotta dannosa possono, fin da subito, attivarsi se ne ricorrono i presupposti con i mezzi ordinari di conservazione della garanzia patrimoniale, mentre i terzi, ma anche i creditori, possono decidere di astenersi dall'intraprendere nuove operazioni con l'impresa o di adottare maggiori cautele nell'avvio o nel proseguimento dei rapporti commerciali con l'impresa.

Invece, la segnalazione dell'iscrizione del dissenso al registro delle imprese, diretta al giudice che ha confermato le misure protettive o cautelari, ha lo scopo di avviare l'eventuale revoca delle suddette misure o una loro abbreviazione, facendo venir meno o attenuando l'ambiente protetto della composizione negoziata, in quanto l'imprenditore non merita più il favor del legislatore.

Ma, più in generale, l'iscrizione del dissenso nel registro delle imprese è un atto che induce l'esperto a valutare seriamente se sussistono ancora le concrete prospettive di risanamento e in caso di un suo giudizio negativo, l'esperto può avvalersi del potere di arrestare la composizione negoziata, ex Art. 5, comma 5, ultimo periodo¹⁶⁶, D.L. n. 118/2021, mediante la redazione della relazione finale dandone notizia all'imprenditore e al segretario generale della Camera di commercio, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

Nel rapporto dialettico tra l'imprenditore e l'esperto¹⁶⁷ si colloca l'atto o il pagamento "segnalato", in quanto incoerente con l'andamento delle trattative o con il piano di risanamento, ma non idoneo a

ad esecuzione continuata o periodica o a esecuzione differita se la prestazione è valutata come eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da Sars-CoV-2.

¹⁶⁶ L'esperto può dare ordine di concludere la procedura nel caso in cui ritiene che non sussistano concrete prospettive di risanamento. Tale compito può essere compiuto o all'esito della convocazione o in un momento successivo. A questo punto l'esperto darà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura che disporrà l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

¹⁶⁷ La cooperazione tra l'imprenditore e l'esperto è necessaria per una virtuosa applicazione dell'istituto; esperto ed imprenditore, che hanno ruoli e funzioni diverse, dovranno collaborare per la riuscita delle trattative, dialogare e capirsi. Durante le trattative l'imprenditore dovrà dunque agire in un'ottica conservativa; mentre l'esperto avrà precisi doveri in relazione agli atti che l'imprenditore sta per compiere. Anzitutto deve segnalare per iscritto, attraverso la Piattaforma Telematica all'imprenditore e all'organo di controllo l'atto che ritiene possa arrecare pregiudizio (i) ai creditori, (ii) alle trattative o (iii) alle prospettive di risanamento

ledere gli interessi dei creditori. In tal caso, se l'imprenditore esegue la condotta "segnalata", l'esperto non ha l'obbligo, bensì il potere di iscrivere il dissenso al registro delle imprese. Ciò è in linea con la tutela degli interessi dei creditori, in quanto l'atto o il pagamento, pur incoerente, non incide negativamente sulla garanzia patrimoniale.

La valutazione che l'esperto è chiamato a compiere, di fronte ad una condotta incoerente ma non pregiudizievole, è se l'atto o il pagamento divergente siano compatibili con il risanamento, vale a dire se, nonostante che siano stati compiuti, il risanamento resta ancora ragionevolmente perseguibile, magari con un allungamento dei tempi.

Nel caso in cui il risanamento non sia più perseguibile, l'esperto non è obbligato a iscrivere il dissenso nel registro delle imprese, potendo arrestare la composizione negoziata, redigendo la relazione finale di cui all'Art. 5, comma 8, D.L. n. 118/2021.

Viceversa, se il risanamento resta perseguibile, allora potrà decidere se iscrivere o no il suo dissenso nel registro delle imprese. In tal caso, pare percorribile l'opzione della non iscrizione, dato che non pare facilmente perseguibile un risanamento in cui l'esperto abbia iscritto il suo dissenso nel registro delle imprese.

2 La figura dell'esperto

All'interno della composizione negoziata l'esperto svolge un ruolo cardine perché a lui è affidato il compito di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori e i terzi interessati al fine del superamento delle condizioni di squilibrio.

Questi rappresenta, dunque, la figura di mediatore e di garante, che non si sostituisce all'imprenditore nelle trattative, ma semplicemente lo affianca.

2.1 Il ruolo dell'esperto

L'esperto è il fulcro del percorso della composizione negoziata nominato su richiesta dell'imprenditore ai sensi dell'Art. 3, comma 6 del DL 118 a cui la nuova normativa affida compiti non facilmente inquadrabili nelle figure e funzioni tipiche dell'ordinamento italiano.

Come già evidenziato dai primi commentatori, la figura dell'esperto ha elementi di assoluta specialità, che lo distinguono non solo da quelli dell'organismo di composizione della crisi previsto dal codice della crisi, ma anche da quelli delle figure professionali che normalmente operano nell'ambito della crisi d'impresa, su incarico dell'imprenditore o nominati dal tribunale.¹⁶⁸

Le funzioni dell'esperto, così come descritte nel secondo comma dell'Art. 2 appaiono, infatti, solo apparentemente chiare: è sicuramente assodato che l'esperto sia chiamato ad agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati al fine di individuare una soluzione per il superamento della situazione di crisi o di insolvenza in cui versa l'impresa, ma

¹⁶⁸ R. RANALLI, *il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Rivista il fallimento* 2021

questa descrizione appare riduttiva a fronte dell'ampiezza dei compiti che la legge intende affidargli.

I primi commentatori della nuova normativa hanno, sin da subito, rimarcato le molteplici e profonde differenze tra la figura dell'esperto e quella del commissario giudiziale¹⁶⁹ nel concordato preventivo e del curatore fallimentare¹⁷⁰; figure, queste, che sono incontestabilmente terze nelle quali è però assente l'inclinazione negoziale nonché l'equidistanza tra gli interessi dell'impresa e quelli dei creditori, avendo essi quale comune punto di riferimento la tutela di questi ultimi. Per motivi diversi, la figura dell'esperto non è assimilabile neppure a quella del professionista attestatore, anch'esso munito di opportunità terzietà ma tra le cui funzioni non sono certamente comprese quelle di agevolare il raggiungimento di un accordo tra le parti.

Ovviamente, la figura dell'esperto non coincide neppure con quella del consulente, il quale è nominato direttamente dall'imprenditore, previo accordo sull'oggetto del mandato professionale e sui compensi richiesti, e che svolge la sua attività nel precipuo interesse del cliente.

Sebbene il consulente dell'imprenditore e l'esperto siano figure che svolgono funzioni separate e ben distinte, la loro contemporanea presenza a fianco all'imprenditore in crisi e, soprattutto, la loro leale collaborazione può rappresentare la chiave di volta per il successo dell'istituto: come si specificherà meglio in seguito, all'esperto non spetta l'elaborazione del piano di risanamento, ma le sue funzioni lo porteranno quasi certamente a interloquire attivamente e in modo costruttivo con i consulenti dell'imprenditore, in modo da consentire il raggiungimento di più opzioni e la formulazione di adeguate proposte ai creditori, nel comune obiettivo di ricercare una soluzione accettabile per tutte le parti interessate.

2.2 I requisiti dell'esperto

Il primo requisito richiesto all'esperto è quello dell'indipendenza, non dovendo cioè l'esperto avere aver alcun legame oggettivo con le parti attraverso rapporti personali o lavorativi.

Inoltre, l'esperto deve essere estraneo o privo di interessi in comune con una delle due o più parti e deve quindi mantenere il requisito di terzietà.

Rispetto a questi due condizioni, all'interno dell'articolo 5 comma 4 del Decreto-legge 118/2021, si prevede che *«l'esperto verificati la propria indipendenza e il possesso delle competenze e della disponibilità di tempo necessarie per lo svolgimento dell'incarico, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina, comunica all'imprenditore l'accettazione e contestualmente inserisce la dichiarazione di accettazione nella piattaforma»*.

¹⁶⁹ Il Commissario giudiziale è un organo del concordato preventivo a cui sono attribuite diverse funzioni finalizzate al controllo della regolarità del comportamento del debitore nell'esecuzione della procedura, alla tutela dei creditori e all'effettiva informazione degli stessi.

¹⁷⁰ Nella procedura fallimentare, il curatore fallimentare è un professionista, con qualità di pubblico ufficiale e nominato dal tribunale, cui è demandato l'esercizio provvisorio dell'impresa in una sua fase molto particolare e delicata. Tra i numerosi compiti attribuiti al curatore fallimentare, spetteranno a lui quelli legati alla necessità di predisporre il piano di liquidazione, la formazione del progetto di stato passivo, le comunicazioni ai creditori e ai titolari di diritti sui beni del fallito.

Ulteriori requisiti sono quelli dell'imparzialità e della neutralità, nel senso che il soggetto esperto deve avere un'attitudine soggettiva da mediatore e non deve avere interessi rispetto alle parti e circa l'esito della controversia¹⁷¹.

Nell'articolo 4 comma 2 si precisa che l'esperto deve operare in modo professionale.

Inoltre, l'esperto deve seguire un corso iniziale di formazione a cui è dedicata l'intera sezione IV¹⁷² del documento allegato al Decreto Dirigenziale del Ministero della Giustizia pubblicato il 28 settembre 2021.

L'esperto deve anche rispettare l'obbligo della riservatezza e segretezza. In sostanza, sono state estese all'esperto le prerogative che il codice di procedura penale attribuisce ai difensori in tema di segreto professionale e di garanzie di libertà nell'esercizio della professione.

L'Art. 4¹⁷³, comma 2 ribadisce come l'operato dell'esperto debba essere caratterizzato non solo da imparzialità e indipendenza, ma anche da professionalità e riservatezza.

La professionalità dell'esperto, in particolare, trova declinazione pratica nei requisiti previsti dalla legge per i soggetti abilitati a svolgerne le funzioni. All'elenco degli esperti formato presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ciascun capoluogo di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano potranno, infatti, essere iscritti soltanto soggetti che possano dimostrare di possedere adeguate competenze e di avere maturato significative esperienze nel campo della crisi d'impresa.

Così, potranno essere inseriti nell'elenco i commercialisti e gli avvocati che possano documentare un'anzianità professionale almeno quinquennale e un'esperienza qualitativamente significativa, esplicitando le proprie precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione e del risanamento aziendale. Con riferimento a queste ultime, la norma non specifica né le tipologie di attività qualificanti, né la loro numerosità: è pertanto legittimo ipotizzare che possano essere considerate rilevanti sia le funzioni di commissario giudiziale o curatore fallimentare svolti in forza di un provvedimento del tribunale, sia gli incarichi quale advisor o professionista attestatore svolte in

¹⁷¹ A. GUIOTTO, *la figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Rivista il fallimento*, 2021

¹⁷² Dalla premessa della Sezione IV del Decreto Dirigenziale «*Questa sezione contiene le linee guida per una formazione unitaria di tutte le categorie professionali e dei manager: in essa sono indicati i temi che dovranno essere oggetto della formazione specifica degli esperti, a qualunque categoria gli stessi appartengano.*

Si prevedono: il numero di ore di formazione (55), il contenuto di dettaglio dei temi trattati, la tipologia di docente, sulla base dell'argomento trattato.

La formazione dovrà essere impartita anche tramite strumenti a distanza affinché possa essere più agevolmente fruita. Dovranno essere previste verifiche di effettiva ed efficace fruizione.

La formazione precedentemente maturata, che risulti dal curriculum vitae, o la partecipazione successiva ad uno o più corsi, di ulteriore approfondimento dei temi oggetto della presente sezione, rilevano nella individuazione dell'esperto da parte del soggetto preposto alla nomina.»

¹⁷³ Per comodità di lettura, si riporta l'intero comma 2 dell'articolo 4 del D.L. n 118 «*L'esperto ((è terzo rispetto a tutte le parti e)) opera in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente. Nell'espletamento dell'incarico di cui all'articolo 2, comma 2, 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 ((, non legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale))».*

forza del mandato professionale rilasciato dall'imprenditore, indipendentemente dal numero degli incarichi svolti.

Parzialmente diversi e più specifici sono i requisiti richiesti in capo ai consulenti del lavoro, probabilmente in ragione dello specifico ambito di competenza che più raramente comporta un loro pieno coinvolgimento nelle operazioni di *restructuring*. Per essi la norma prevede, oltre a un periodo minimo di iscrizione all'albo (cinque anni), anche la necessità di dimostrare documentalmente di avere concorso, in almeno tre casi, alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o di avere concorso alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati. Per i consulenti del lavoro, dunque, non sarà sufficiente la partecipazione a un qualsivoglia tentativo di risanamento, ma occorrerà che le esperienze siano molteplici (almeno tre) e che esse si siano concluse positivamente, con l'attestazione del piano di risanamento o con l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo.

Potranno, infine, essere inseriti nell'elenco degli esperti anche soggetti non iscritti agli albi professionali degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro, purché documentino di avere svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti delle quali non sia stata successivamente pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o sentenza di accertamento dello stato di insolvenza.

Per questi soggetti, quindi, non viene posto alcun vincolo legato alla durata o alla molteplicità delle esperienze maturate, ma viene posto l'accento sulla necessità che le esperienze siano state qualificanti - avendo svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo - e soprattutto che abbiano avuto un esito positivo che perduri anche nel lungo periodo.

Oltre all'anzianità di iscrizione all'albo e alla specifica esperienza pregressa, per l'iscrizione all'elenco degli esperti è richiesta anche una specifica formazione, che l'Art. 3, comma 4 demanda al decreto dirigenziale più volte citato il quale, a sua volta, prevede l'obbligatorietà di una formazione unitaria di tutte le categorie professionali e dei manager, per una durata di almeno 55 ore, specificandone il contenuto di dettaglio dei temi trattati¹⁷⁴ e la tipologia di docente.

L'assolvimento degli obblighi formativi da parte dell'aspirante esperto sarà oggetto di autocertificazione, da produrre unitamente al suo curriculum vitae, il quale potrà contenere anche ogni altra esperienza formativa in materia, che potrà costituire titolo di preferenza all'atto della nomina.

¹⁷⁴ Il contesto dell'intervento normativo: presupposti, finalità e obiettivi (ore 4); il sistema delle norme, con particolare riferimento a quelle relative all'intervento giudiziale (ore 4); la domanda e la relativa documentazione disponibile nella piattaforma (ore 3); la sostenibilità del debito ed il test pratico per la verifica della ragionevole percorribilità del risanamento (ore 5); la redazione di un piano di risanamento (ore 5); il protocollo di conduzione della composizione negoziata (ore 7); la gestione delle trattative con le parti interessate, facilitazione della comunicazione e della composizione consensuale: il ruolo dell'esperto e le competenze (ore 10); nozioni sul quadro regolamentare delle esposizioni bancarie e in materia di rapporti di lavoro e di consultazioni delle parti sociali (ore 8); la stima della liquidazione del patrimonio (ore 4); l'esito dell'intervento dell'esperto e il contenuto della relazione finale (ore 5).

La domanda di iscrizione all'elenco degli esperti è presentata agli ordini professionali di appartenenza i quali, verificata la completezza della domanda e della documentazione allegata, comunicheranno, in via continuativa fino al 16 maggio 2022 e successivamente con cadenza annuale (Art. 3, comma 5), i nominativi dei professionisti in possesso dei requisiti richiesti per la nomina ad esperto alla CCIAA del capoluogo della regione di competenza.

Per i soggetti non iscritti ad albi professionali, la domanda deve essere presentata alla CCIAA del capoluogo di regione (e delle province autonome di Trento e di Bolzano) competente per il luogo di residenza.

L'individuazione dell'esperto tra gli iscritti all'elenco e la sua nomina avverrà ad opera di una commissione costituita presso la CCIAA del capoluogo della regione in cui opera l'impresa, composta da tre membri: un magistrato, designato dal presidente della sezione specializzata in materia di imprese del tribunale capoluogo di regione; un membro designato dal presidente della stessa CCIAA presso la quale è costituita la commissione; un membro designato dal prefetto del capoluogo di regione.

Posto che un giudizio sull'effettiva importanza e significatività dell'esperienza svolta dal professionista comporterebbe, intuitivamente, un elevato grado di discrezionalità da parte dei soggetti preposti all'accoglimento delle domande, è assai probabile che l'iniziale verifica dei requisiti ¹⁷⁵per l'iscrizione all'elenco degli esperti abbia natura prevalentemente formale da parte degli ordini professionali di competenza.

Non vi è dubbio, peraltro, che sarebbe opportuno che le più rilevanti esperienze e le competenze in ambito di specifici settori industriali di alcuni esperti rispetto ad altri siano adeguatamente ed efficacemente apprezzate al momento della successiva nomina dell'esperto da parte della commissione, con particolare riferimento alle situazioni di crisi di particolare complessità.

La scelta dell'esperto, infatti, assume carattere di grande delicatezza essendo assai improbabile che i tre membri della commissione, e specialmente quelli non appartenenti all'ordine giudiziario, abbiano conoscenza diretta di candidati appartenenti a zone territorialmente distanti dalla propria; né è sempre ipotizzabile che un'adeguata conoscenza si raggiunga in corso d'opera, considerati il mandato biennale della commissione e i criteri di nomina che dovranno assicurare la rotazione e la trasparenza delle nomine, nonché il limite di due incarichi per ciascun esperto (Art. 3, comma 7). ¹⁷⁶

¹⁷⁵ Si registra la tendenza del legislatore ad abbassare i requisiti richiesti per l'iscrizione agli elenchi dei soggetti chiamati ad assistere le parti. Da un lato, la scelta legislativa risponde all'esigenza di aumentare la platea dei soggetti che possono essere nominati esperti nelle procedure di composizione negoziata. Dall'altro lato, tuttavia, non significa che l'abbassamento dei criteri deve andare ad intaccare quei valori essenziali per una gestione proficua come l'esperienza e la formazione richieste all'esperto.

¹⁷⁶ Il comma 7 dell'articolo in questione prevede che: «Entro i cinque giorni lavorativi successivi la commissione nomina l'esperto nel campo della ristrutturazione tra gli iscritti nell'elenco di cui al comma 3 secondo criteri che assicurano la rotazione e la trasparenza e avendo cura che ciascun esperto non riceva più due incarichi contemporaneamente».

Fatta salva l'ovvia possibilità che la commissione selezioni l'esperto attraverso l'esame di ogni singolo curriculum vitae dell'elenco, non può escludersi che la prassi suggerisca, in futuro e limitatamente alla prima iscrizione, una qualche indicazione di merito da parte dell'ordine professionale di appartenenza, anche sulla base delle esperienze svolte e delle esperienze formative maturate nel corso della vita professionale.

Si tratterebbe, evidentemente, di indicazioni da dosare con cautela e imparzialità, ma che potrebbero agevolare grandemente le scelte della commissione in attesa di una successiva valutazione diretta, alla luce del comportamento tenuto dall'esperto nell'ambito delle composizioni negoziate per cui sia stato nominato.

^^^^^^^^^^^^^^^^

La terzietà dell'esperto e la predisposizione del piano di risanamento

Come già più volte evidenziato, l'esperto è un soggetto terzo e indipendente, che non assiste l'imprenditore né si sostituisce alle parti nell'esercizio dell'autonomia privata ma ha il compito di facilitare le trattative e stimolare gli accordi.

Compito dell'esperto è, quindi, quello di coadiuvare le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna.

Solo dopo avere inquadrato con sufficiente chiarezza il ruolo dell'esperto e avere tracciato i confini tra il suo operato e quello dei consulenti dell'impresa è possibile formulare alcune considerazioni sulla principale funzione cui egli è preposto, che è quella di agevolare attraverso una sapiente opera di mediazione le trattative tra l'imprenditore (e i suoi advisors) e le controparti rilevanti per superare la situazione di crisi in cui versa l'azienda.

Va, sotto questo profilo, affermato con chiarezza che l'esperto non è un consulente dell'imprenditore né, in alcun caso, può essergli chiesto di assisterlo nella predisposizione del piano di risanamento: a tale compito è preposto l'imprenditore stesso assistito dai suoi advisors.

Proprio con riferimento al piano di risanamento va evidenziato come, idealmente, esso dovrebbe essere già disponibile al momento della richiesta di accesso alla composizione negoziata della crisi, posto che l'esperto dovrebbe poterlo esaminare sin da subito per comprendere, con immediatezza, le concrete prospettive di risanamento (Art. 5, comma 5) anche con il supporto del test pratico previsto nella sezione I del decreto dirigenziale, nonché valutare la sua coerenza attraverso la check-list inclusa nella sezione II del medesimo decreto.

Nella realtà dei fatti è possibile (anzi, probabile) che in molti casi il piano non sia ancora completato al momento della nomina dell'esperto: è lo stesso decreto dirigenziale a prevedere questa eventualità, ritenendo "*utile, anche se non imprescindibile*" che l'imprenditore abbia già redatto un piano al momento della nomina dell'esperto, purché esso venga redatto in tempi brevi nel corso della composizione negoziata, al fine di definire le proposte da formulare ai soggetti interessati e a individuare la migliore soluzione per il superamento della crisi.¹⁷⁷

Il fatto che l'esperto non assista l'imprenditore nella formulazione del piano di risanamento non comporta, ovviamente, che egli ne abbia una conoscenza solo approssimativa o che si limiti a trarne

¹⁷⁷ Per un esame più approfondito si rimanda a E. GRIGOLIN - G. PERACIN - S. BASILE - A. CAVALIERE, *L'attestazione dell'esperto negli accordi di ristrutturazione del debito e nei piani di risanamento*, articolo pubblicato dall'ordine dei commercialisti di Padova.

un giudizio di verosimile fattibilità. La piena comprensione da parte dell'esperto delle previsioni contenute del piano e della ragionevolezza delle sue proiezioni future, nonché delle implicazioni di carattere strategico e operativo che ne possano conseguire, è infatti un elemento imprescindibile nel percorso della composizione negoziata: ciò, non solo per l'ovvia considerazione che le caratteristiche di imparzialità e di professionalità che qualificano il suo operato implicano un'approfondita conoscenza della situazione presente e prospettica dell'impresa, ma anche per gli effetti che la legge fa discendere della sua fattiva adesione alle soluzioni individuate tra le parti a conclusione delle trattative.¹⁷⁸

Il giudizio formulato dall'esperto sul contratto tra le parti concluso ai sensi dell'Art. 11, comma 1, lett. a), o la sua sottoscrizione dell'accordo di cui alla lett. c) del medesimo articolo o, ancora, la sua sottoscrizione dell'istanza formulata all'Agenzia delle entrate ai sensi dell'Art. 14, comma 4 produrranno importanti effetti giuridici per i quali è richiesta la piena consapevolezza e il giudizio positivo da parte dell'esperto, che potrà derivare solo dalla piena comprensione e valutazione del piano su cui tali soluzioni si fondano.

2.3 La nomina

L'esperto viene nominato da una Commissione appositamente costituita presso la C.C.I.A.A. del capoluogo di regione (e delle Province autonome di Trento e Bolzano).

La Commissione è composta da tre membri: un magistrato viene scelto dal Presidente della sezione specializzata in materia di impresa, un membro viene eletto dal Presidente della C.C.I.A.A e il terzo membro viene designato dal prefetto del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano.

L'esperto viene nominato a maggioranza e secondo i criteri di trasparenza e rotazione cioè la commissione dovrà nominare gli esperti seguendo una turnazione tendenzialmente automatica.

Gli Esperti devono essere iscritti presso un apposito registro, tenuto dalla C.C.I.A.A, e possono essere:

1. Dottori Commercialisti o Esperti Contabili iscritti all'albo da almeno 5 anni; o Avvocati iscritti all'albo da almeno 5 anni che documentano di aver maturato precedenti esperienze nel campo della Ristrutturazione Aziendale e della Crisi d'impresa;
2. Consulenti del Lavoro iscritti all'albo da almeno 5 anni che documentano di aver concorso alla conclusione di accordi di ristrutturazione dei debiti omologati o di accordi sottostanti a piani attestati o alla presentazione di concordati con continuità aziendale omologati;
3. Soggetti che documentano di aver svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in imprese interessate da operazioni di ristrutturazione concluse con piani di risanamento attestati,

¹⁷⁸ È opportuno che l'esperto prenda visione del piano di risanamento e della eventuale idonea documentazione a supporto di questo. L'analisi attenta deve riguardare l'esistenza di una esplicita individuazione delle cause della crisi nonché le modalità per il loro superamento.

accordi di ristrutturazione dei debiti e concordati preventivi con continuità aziendale omologati, nei confronti dei quali non sia stata pronunciata sentenza dichiarativa di fallimento o di accertamento dello stato di insolvenza.

Compito principale dell'esperto è, infatti, quello di agevolare le trattative con i soggetti rilevanti per il risanamento dell'impresa, primi tra tutti i creditori aziendali: è un concetto, questo, ribadito anche dal decreto dirigenziale dove, nel protocollo di conduzione della composizione negoziata, viene ribadito ad abundantiam come l'esperto debba considerarsi terzo rispetto a tutte le parti, imprenditore compreso.

Caratteristica tipica e imprescindibile della figura dell'esperto è dunque la sua equidistanza rispetto a tutte le parti coinvolte, compresa l'impresa in crisi.

Questo requisito trova una specifica disciplina nel comma 1 dell'Art. 4 che appare, ictu oculi, analoga a quella prevista a tutela dell'indipendenza del professionista attestatore¹⁷⁹ ex Art. 67, comma 3, lett. d), l. fall: l'esperto deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'Art. 2399¹⁸⁰ c.c. e non deve essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale.

Inoltre, il professionista e i soggetti con i quali sia eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell'impresa né essere stati membri dei suoi organi di amministrazione o controllo, né aver posseduto partecipazioni in essa.¹⁸¹

Ad un'analisi letterale, in realtà, i requisiti di indipendenza dell'esperto appaiono persino più rigorosi di quelli previsti per il professionista attestatore: in quel caso i rapporti di natura personale e professionale idonei a pregiudicare l'indipendenza dell'attestatore sono solo quelli qualificati come tali da comprometterne la sua indipendenza di giudizio, mentre nel caso dell'esperto pare costituire causa di incompatibilità qualsivoglia legame di natura personale o professionale tuttora in corso al momento della nomina.

Viene inoltre aggiunta, quale ulteriore causa di incompatibilità soggettiva, il possesso negli ultimi cinque anni di una partecipazione nell'impresa debitrice: elemento, questo, che avrebbe forse potuto essere ricompreso tra i rapporti personali con l'impresa considerati idonei a minare l'indipendenza dell'esperto.

¹⁷⁹ Il professionista «*deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano; il professionista è indipendente quando non è legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo; il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore*». (art 67 l.fall)

¹⁸⁰ La norma in esame (2399 c.c.) rubricato "*cause di ineleggibilità e di decadenza*". La norma individua delle categorie di soggetti che non possono ricoprire la carica di sindaco e ciò per tutelare l'incarico del sindaco da potenziali condizionamenti da parte di familiari più stretti che esercitano la carica di amministratore.

¹⁸¹ S. CHIARUTTINI, *composizione negoziata della crisi di impresa e concordato semplificato il ruolo dell'esperto e la gestione dell'impresa*, da corso di aggiornamento csm chiaruttini e associati dottori commercialisti del 25 gennaio 2022.

L'esperto, dunque, non deve avere rapporti con l'impresa al momento della nomina né potrà averli successivamente: a tutela dell'indipendenza del suo operato è, infatti, introdotto il divieto per l'esperto, una volta conclusa la sua attività, di intrattenere rapporti professionali con il debitore se non siano trascorsi almeno due anni dall'archiviazione della composizione negoziata: si tratta di una disposizione tanto innovativa quanto opportuna, non potendosi escludere a priori un affievolimento del senso di indipendenza dell'esperto a fronte dell'allettante prospettiva di potere svolgere successivamente, a favore dell'impresa risanata, attività di consulenza adeguatamente retribuita. Resta incerto, peraltro, l'effettivo enforcement della norma posto che non è agevole prevedere come possa essere verificata ex post questa condizione né quali sanzioni comminare all'impresa risanata o allo stesso professionista salva, probabilmente, l'esclusione di quest'ultimo dall'elenco degli esperti qualora la violazione del divieto venga accertata.

2.4 Poteri e doveri dell'esperto

L'esperto deve svolgere principalmente tre funzioni: raccogliere ed analizzare delle informazioni necessarie per individuare la situazione economico patrimoniale dell'impresa e per immaginare una situazione prospettica; mediare con gli interlocutori in un processo di risanamento; fornire un punto di vista al giudice nei procedimenti giurisdizionali che scaturiscono dalla composizione negoziata.

L'esperto, nella fase preliminare e di studio della documentazione presentata nell'istanza fatta dall'imprenditore, deve svolgere anche un'analisi situazionale dell'impresa. Per analisi situazionale dell'impresa si intende lo studio dell'ambiente esterno e interno all'impresa tramite il metodo della *Analisi SWOT (Strengths, Weaknesses, Opportunities, and Threats)*.¹⁸²

Svolgendo un'analisi interna all'impresa si individuano i punti di forza e i punti di debolezza dell'impresa stessa; invece, con un'analisi esterna si individuano le minacce e le opportunità del mercato.

Una volta acquisite tutte le informazioni preliminari, l'esperto deve convocare l'imprenditore per valutare la situazione di risanamento.

L'esperto, durante gli incontri con le parti può chiedere qualsiasi informazione utile allo svolgimento dell'incarico sia all'imprenditore e sia ai creditori, ad ogni incontro deve redigere un verbale scritto, inoltre è consigliabile, previo consenso dei partecipanti, redigere anche un contenuto audio o video.

Durante tutta la durata del procedimento l'esperto deve monitorare il piano di risanamento redatto dall'imprenditore per evitare che la gestione provochi un pregiudizio alla sostenibilità economica finanziaria dell'attività.

¹⁸² L'analisi *SWOT* è una tecnica utilizzata per individuare i punti di forza, di debolezza, opportunità e minacce dell'azienda o anche di un progetto specifico. Sebbene sia ampiamente usata da molte organizzazioni, dalle piccole imprese agli enti non-profit fino alle grandi imprese, l'analisi *SWOT* può essere utilizzata sia per scopi personali che professionali. Per quanto semplice, l'analisi *SWOT* è un potente strumento che aiuta a identificare opportunità competitive di miglioramento. In questo modo, è possibile migliorare il team e il business, rimanendo però al passo con le tendenze del mercato.

L'imprenditore prima di svolgere un atto di straordinaria amministrazione deve comunicarlo all'esperto. Se l'esperto ritiene che questo atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento può segnalarlo per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. Se l'atto viene comunque compiuto l'imprenditore informa l'esperto che può, entro dieci giorni, iscrivere il proprio dissenso nel Registro delle Imprese.

L'articolo 16 del Decreto-legge 118/2021 disciplina il compenso dell'esperto e il rimborso delle spese. Il rimborso delle spese necessarie per l'adempimento dell'incarico spetta all'esperto soltanto se sono accompagnate dalla corrispettiva documentazione. È importante specificare che il costo per la remunerazione dei soggetti dotati di specifiche competenze dei quali si avvale l'esperto, durante la composizione negoziata, non può essere rimborsato.¹⁸³

Sia il compenso che il rimborso delle spese è a carico dell'impresa che accede alla composizione negoziata e in mancanza del pagamento il compenso dovrà essere liquidato dalla Commissione che ha nominato l'esperto.¹⁸⁴

Per la determinazione del compenso vengono utilizzati dei criteri rigidi; tuttavia, il compenso complessivo dell'esperto dovrà essere compreso tra euro 4.000,00 ed euro 400.000,00.

^^^^^^^^^^^^^^^^^^

L'impostazione del percorso negoziale

Una volta acquisita contezza della situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa e delle linee guida per il suo risanamento, l'esperto potrà aiutare l'imprenditore ad elaborare una strategia negoziale che abbia adeguate caratteristiche di efficacia e di probabilità di successo, per poi attivarsi per attivare le trattative coi principali creditori.

Già in questo ambito, il ruolo dell'esperto inizia ad assumere una coloritura più vivida rispetto a quanto tratteggiato dalla lettera della legge: dopo avere valutato la strategia e il piano di risanamento tracciati dall'imprenditore e dai suoi consulenti, infatti, è assai probabile che all'esperto venga chiesto di individuare con l'imprenditore le parti con cui è opportuno che vengano intraprese le trattative.

Si tratta, infatti, di un'attività di fondamentale importanza nella strategia negoziale, posto che l'esperienza pratica insegna come le probabilità di successo delle trattative dipendano in buona misura dalla loro impostazione.

¹⁸³ Per comodità di lettura, si riportano gli scaglioni utilizzati per stabilire il compenso dell'esperto:

- a) fino a euro 100.000,00, il 5,00%;
- b) da euro 100.000,01 e fino a euro 500.000,00, l'1,25%;
- c) da euro 500.000,01 e fino a euro 1.000.000,00, lo 0,80%;
- d) da euro 1.000.000,01 e fino a euro 2.500.000,00, lo 0,43%;
- e) da euro 2.500.000,01 e fino a euro 50.000.000,00 lo 0,10%;
- f) da euro 50.000.000,01 e fino a euro 400.000.000,00, lo 0,025%;
- g) da euro 400.000.000,01 e fino a euro 1.300.000.000,00, lo 0,008%;
- h) sulle somme eccedenti euro ((1.300.000.000,00)), lo 0,002%.

¹⁸⁴ Una delle modifiche introdotte nel Codice della crisi dal Dlgs 83/2022 e in vigore dal 15 luglio ha toccato infatti proprio il sistema di calcolo della retribuzione dell'esperto. La novità più rilevante è che l'importo viene adesso stabilito alla fine dell'attività dell'esperto e quest'ultimo, se non pienamente soddisfatto, può trattare sul suo compenso.

L'impostazione delle trattative è, pertanto, un elemento di enorme importanza e nella normalità dei casi l'imprenditore viene assistito in questo delicato compito dai suoi consulenti di fiducia: il fatto che la legge e il decreto dirigenziale ipotizzino di affidare questa attività anche all'esperto è probabilmente funzionale all'agevolazione delle trattative, ma tende a permeare la sua terzietà con elementi e funzioni adiacenti a quelli tipici della consulenza professionale.

Una volta individuati i creditori con cui intraprendere le trattative, il momento introduttivo alla negoziazione è rappresentato, intuitivamente, da una richiesta di incontro da parte del debitore.

Sotto questo profilo, né la norma di legge né quelle regolamentari prevedono un intervento diretto da parte dell'esperto, ancorché appaia coerente con il suo ruolo e con le finalità del suo operato che egli possa provvedere direttamente a contattare i singoli creditori, individualmente o collettivamente, per introdurre il percorso di negoziazione.

Va evidenziato, infatti, come l'evidenza della sua presenza già al momento della convocazione delle parti o della richiesta di incontro possa assicurare i creditori sul percorso intrapreso e sull'intervento di un professionista istituzionalmente preposto alla facilitazione del processo negoziale.

Per quanto concerne le concrete modalità di svolgimento delle negoziazioni, è opportuno distinguere quelle che coinvolgano i creditori finanziari da quelle che riguardino la generalità degli altri creditori: per le prime, l'esperienza suggerisce la necessità che esse avvengano attraverso riunioni collettive da tenersi in presenza o, in alternativa, attraverso strumenti di audio o videoconferenza che consentano un'attiva partecipazione al dibattito da parte di tutti gli intervenuti.

L'incontro in presenza o l'utilizzo di adeguati strumenti di telecomunicazione sono da preferirsi anche per le trattative bilaterali e separate con singoli creditori, anche se non può escludersi a priori che a una moltitudine di creditori di piccolo importo possano essere trasmesse proposte in via epistolare: quest'ultimo caso, peraltro, andrebbe considerato eccezionale e valutato con grande cautela, considerati i rischi in termini di riservatezza e l'oggettiva difficoltà che incontrerebbe l'esperto nel raccogliere informazioni e a svolgere efficacemente le sue funzioni di facilitatore.¹⁸⁵

Una volta identificati e coinvolti i creditori, assume fondamentale importanza la proposta che l'imprenditore intenderà formulare per cercare di raccogliere il maggior numero di consensi.

Sebbene la formulazione della proposta ai creditori spetti all'imprenditore e ai suoi consulenti, è fisiologico che l'esperto, in ragione delle funzioni che gli sono demandate e della sua personale competenza e autorevolezza, contribuisca ad affinare gli elementi della proposta o, in casi particolari, a modificarne la struttura non in forza dell'autorità a lui attribuita, ma con un'opera di moral suasion che eviti la formulazione di proposte manifestamente incongrue o inaccettabili.

Analoga attività persuasiva potrà o meglio dovrà essere svolta dall'esperto nei confronti delle controparti dell'impresa, al fine di incentivare la formulazione di controproposte che abbiano anch'esse i caratteri della ragionevolezza.

L'opera di facilitazione demandata all'esperto impone, infatti, che le distanze tra le parti siano ridotte il più possibile sino a far coincidere i rispettivi desiderata, sia attraverso una saggia negoziazione che tenga conto dei reciproci interessi sia, ancora prima, attraverso la formulazione di

¹⁸⁵ Per una trattazione più completa, si rimanda al paragrafo 3 del capitolo 2 del presente elaborato (*infra* § par.3)

proposte ragionevoli, che non abbiano l'esclusivo obiettivo di mantenere uno spazio negoziale per massimizzare l'utilità per il debitore ma, piuttosto, quello di individuare sin da subito i punti di contatto tra le reciproche posizioni, al fine di giungere rapidamente a una sintesi di interessi e alla conclusione delle trattative.¹⁸⁶

^^^^^^^^^^

L'esperto e la valutazione delle concrete prospettive di risanamento

L'esperto, una volta nominato, deve verificare che sussistano le condizioni per salvaguardare la sua indipendenza e, in caso positivo, accettare l'incarico con riserva di verificare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento dell'impresa.

Le attività che l'esperto è chiamato a compiere per esprimere il giudizio sulla ragionevolezza del risanamento sono assai impegnative, per cui nelle situazioni più complesse è ragionevole che l'esperto si avvalga di un revisore, nonché di consulenti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'impresa.

Tali attività si attuano con un confronto con l'imprenditore e i suoi consulenti sulla base della documentazione allegata all'istanza di nomina alla quale possono essere uniti, oltre ai documenti previsti dall'Art. 5, comma 3, D.L. n. 118/2021, il risultato del test pratico di cui alla Sez. I del decreto dirigenziale nonché il piano di risanamento dell'impresa, anche in bozza, redatto secondo le linee guida di cui alla Sez. II del d.d.¹⁸⁷

Se il piano di risanamento non è disponibile al momento della presentazione dell'istanza, l'esperto potrà pronunciarsi tenendo conto della documentazione suddetta e del test pratico, che, se non allegato all'istanza, verrà eseguito dall'esperto insieme all'imprenditore e ai suoi consulenti.

Se il test e il piano di risanamento sono disponibili, ma non inseriti nella piattaforma, dovranno essere messi a disposizione dell'esperto sin dal primo incontro.

È da chiedersi se, in mancanza di un piano di risanamento, l'esperto possa pronunciarsi sulla ragionevolezza del risanamento.

La risposta positiva dipende dalla gravità delle difficoltà in cui versa l'impresa.

Infatti, se i flussi finanziari generati dalla gestione al servizio del debito sono non solo positivi ma anche sufficienti ad assicurare un rientro dell'esposizione debitoria senza la necessità di interventi di carattere industriale di particolare rilevanza, allora l'importanza del piano di risanamento risulta assai mitigata, donde la possibilità per l'esperto di ritenere ragionevole il risanamento anche in mancanza di un piano d'impresa (Art. 6, d.d., Sez. I), dando avvio alla seconda fase della composizione negoziata.

¹⁸⁶ Gran parte della dottrina attuale ha criticato la figura dell'esperto a causa degli ampi poteri che gli sono stati attribuiti. A ciò va aggiunto che il legislatore non ha previsto alcun meccanismo di vigilanza sull'operato degli esperti: l'esperto non ha alcun rapporto con la CCIAA che lo nomina, né con l'imprenditore, che è tenuto solo al pagamento del compenso. L'assenza di vigilanza (non giudiziale), peraltro richiesta dalla Direttiva 2019/1023, è una lacuna rilevante del sistema, che si affianca alla grave assenza di alcuna responsabilità specifica e contrattuale dell'esperto stesso nei confronti dei soggetti con cui è chiamato ad operare. V L. DE MAJNO, *Alcune riflessioni circa il ruolo che il legislatore ha affidato al "terzo esperto" nelle procedure preventive di superamento della crisi* in Rivista 4cLegalTask, 2022

¹⁸⁷ Si richiama altresì la sezione III - PROTOCOLLO DI CONDUZIONE DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA

Oltre alla documentazione indicata all'Art. 5 citato, nel caso in cui l'imprenditore abbia chiesto al tribunale l'applicazione di misure protettive, l'esperto potrà avvalersi anche della dichiarazione dell'imprenditore stesso di cui all'Art. 7, comma 2, lett. e),¹⁸⁸ D.L. n. 118/2021 avente valore di autocertificazione, attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata.

Tale dichiarazione, presupponendo che sia adottata sulla base di criteri di ragionevolezza e di proporzionalità, è da ritenere che debba essere adeguatamente motivata, tenendo conto delle dimensioni dell'impresa (c.d. principio di proporzionalità) e della fondatezza delle ragioni per cui l'imprenditore ritiene di poter trovare una soluzione alla situazione di difficoltà da lui percepita, anche tenendo conto delle cause che l'hanno determinata (c.d. principio di ragionevolezza).

Circa la durata della prima fase del confronto con l'imprenditore, mancano specifiche indicazioni normative, per cui questa fase può durare anche alcuni mesi o comunque fino a che non sarà predisposto il piano di risanamento in tutti quei casi in cui l'impresa è in stato di crisi o in stato di insolvenza.

Tenuto conto del piano di risanamento e delle proposte da formulare ai creditori per la ristrutturazione del debito, l'esperto insieme con l'imprenditore individua i creditori con cui vi sia interesse ad avviare le trattative.

All'esito di tale fase l'esperto conclude se vi siano o meno delle concrete prospettive di risanamento.

In caso positivo, scioglie la riserva sulle concrete prospettive di risanamento e convoca i creditori e le altre parti interessate dal processo di risanamento, avviando la seconda fase della composizione negoziata, la c.d. fase negoziale.¹⁸⁹

In caso negativo, anche all'esito del primo incontro, oppure in qualunque momento del percorso in cui vengano meno le concrete prospettive di risanamento, ne dà notizia all'imprenditore e al segretario della CCIAA dove è stata depositata l'istanza di nomina, che dispone l'archiviazione della composizione negoziata.

¹⁸⁸ L'autocertificazione cui fa riferimento il suddetto articolo conferisce una certa sicurezza che l'imprenditore sia, dopo aver svolto accurati test, arrivato alla conclusione che l'impresa può essere risanata.

Si riporta testualmente la lettera e) dell'Art. 7 del decreto «una dichiarazione avente valore di autocertificazione attestante, sulla base di criteri di ragionevolezza e proporzionalità, che l'impresa può essere risanata».

¹⁸⁹ *Infra* § par. 4

3 Il procedimento della cnc.

Prima di passare ad analizzare nel dettaglio le fasi del percorso di composizione negoziata della crisi, è opportuno elencarle brevemente.

Grazie alla nuova piattaforma telematica, di cui sopra detto, farsi condurre nel processo è semplice e affidabile.

Si parte con l'invio dell'istanza, l'imprenditore entra con la propria identità nel sito ufficiale della piattaforma telematica, allega i documenti necessari ed invia la richiesta. Da questo momento inizia la procedura della composizione negoziata.

In questa prima fase, già alcune informazioni saranno raccolte dalla posizione iscritta al Registro delle Imprese.

L'imprenditore può condividere l'istanza con i soggetti che possono contribuire al suo corretto completamento ovvero con i professionisti invitati dall'impresa.

La piattaforma rende disponibile l'istanza sulla scrivania "virtuale" del Segretario generale della Camera di commercio competente per territorio, che la prende in carico e la trasmette alla Commissione regionale, che si occuperà di nominare l'esperto.

Nel caso di imprese sottosoglia, invece, il Segretario Generale provvede in proprio alla nomina dell'Esperto.¹⁹⁰

La Commissione regionale o il Segretario generale consulta l'elenco regionale degli Esperti e procede alla nomina sulla base dell'esperienza formativa risultante dal Curriculum Vitae di ciascuno dei candidati.¹⁹¹

L'Esperto, la cui nomina può avvenire anche al di fuori dell'ambito regionale, non può assumere più di due incarichi contemporaneamente.

A questo punto, l'esperto che ha ricevuto la nomina accede alla documentazione prodotta dall'impresa per verificare la possibilità, o meno, di accettare l'incarico (principalmente la propria indipendenza, il possesso delle competenze e la disponibilità di tempo).

All'esito positivo delle verifiche, lo stesso inserisce nella piattaforma la dichiarazione di accettazione¹⁹²; gli sarà così consentito di scaricare interamente la documentazione relativa all'istanza, sinora solo in visione.

¹⁹⁰ L'articolo di riferimento è l'Art. 14 del Decreto n.118 che precisa al comma 2 che: «Più imprese che si trovano nelle condizioni indicate nell'articolo 2, comma 1, appartenenti al medesimo gruppo e che hanno, ciascuna, la sede legale nel territorio dello Stato possono chiedere al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura la nomina dell'esperto indipendente di cui all'articolo 2, comma 2. La nomina avviene con le modalità di cui all'articolo 3».

¹⁹¹ Le regole dettate dal Ministero della giustizia per diventare esperti della Composizione negoziata della crisi d'impresa (L. 147/21) non valgono per chi ha presentato la domanda di iscrizione prima del 29 dicembre 2021. Lo ha stabilito il Tar della Campania con l'ordinanza n. 00963/2022, depositata il 10 marzo scorso, accogliendo l'istanza cautelare di un commercialista dell'Ordine di Benevento, che si era visto respingere la domanda documentata da esperienze professionali ritenute inidonee - Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava) Ordinanza n. 00431/2022.

L'esperto convoca l'imprenditore per valutare una concreta prospettiva di risanamento. In caso negativo, ovvero qualora l'esperto escluda in radice la possibilità di risanamento dell'impresa, ne dà notizia al Segretario generale della Camera di Commercio competente che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata. Viceversa, in caso positivo inizia l'esperto il proprio lavoro, durante il quale può creare nella piattaforma "spazi" per depositare ed eventualmente condividere documenti con soggetti che egli stesso individua e autorizza, con il consenso dell'imprenditore. La fase intermedia, che è la fase più rilevante del lavoro dell'esperto, è la conduzione delle trattative, durante la quale, l'impresa, l'esperto e tutte le altre parti coinvolte nella procedura si mettono a confronto al fine di trovare la soluzione più adeguata. Le disposizioni che disciplinano il procedimento di composizione negoziata della crisi si trovano agli articoli 3 (istituzione della piattaforma telematica nazionale e nomina dell'esperto), 5 (accesso alla composizione negoziata e suo funzionamento), 9 (gestione dell'impresa in pendenza delle trattative), 11 (conclusione delle trattative) del D.L. n. 118 del 2021 e soprattutto sono adeguatamente esplicitate nel Documento allegato al Decreto Dirigenziale del direttore generale degli affari interni del 28 settembre 2021, che si occupa espressamente del test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento (sezione I), della check-list (sezione II), del protocollo di conduzione della composizione negoziata (sezione III) e infine dell'istanza online nell'allegato 2.

¹⁹² Si riporta l'allegato 3 contenente la dichiarazione di accettazione dell'esperto indipendente.

Al segretario generale della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ____, tramite inserimento della presente nella Piattaforma Telematica.

E all'imprenditore presso il suo indirizzo posta elettronica certificata ____

Il/la sottoscritto/a ____, nato/a ____ il ____ a ____ (Prov. ____), codice fiscale ____, essendo stato nominato Esperto ai sensi dell'articolo 2, comma 5, dal segretario generale della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ____ con posta elettronica certificata del ____, per la composizione negoziata dell'impresa ____, con sede legale 36 in ____, iscritta presso il registro delle imprese di ____, al numero di codice fiscale ____

dichiara

- di essere iscritto nell'elenco di cui all'articolo 3, comma 4, presso la camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura di ____,

- avendo esaminato, attraverso la Piattaforma Telematica, la domanda e la documentazione ad essa allegata e resa disponibile presso la piattaforma stessa, di avere accertato il possesso dei requisiti di indipendenza di cui all'articolo 4, comma 1,

- di essere munito della necessaria competenza tenuto conto del settore in cui opera l'impresa e di poter assicurare il tempo presumibilmente occorrente,

- in alternativa:

di non avere in corso altri incarichi di composizione negoziata,

di avere in corso un altro incarico di composizione negoziata,

- di accettare l'incarico.

3.1 I controlli effettuati: test pratico e check list.

All'interno della Piattaforma Telematica Nazionale è messo a disposizione dell'imprenditore sia un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, da eseguire preliminarmente all'invio dell'istanza di nomina dell'Esperto, sia un test online, chiamato check-list o lista di controllo particolareggiata, per la redazione del piano di risanamento.

Le modalità di esecuzione del test pratico sono contenute all'interno della Sezione I del Decreto Dirigenziale del Ministero della Giustizia; invece, la sezione II del medesimo Decreto si occupa della check-list.

Partendo dal primo strumento, si tratta di un test è finalizzato «*a consentire una valutazione preliminare della complessità del risanamento attraverso il rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari liberi che possono essere posti annualmente al suo servizio. In particolare, per svolgere un test preliminare di ragionevole perseguibilità del risanamento, senza ancora disporre di un piano d'impresa, ci si può limitare ad esaminare l'indebitamento ed i dati dell'andamento economico attuale, depurando quest'ultimo da eventi non ricorrenti (ad esempio, effetti del lockdown, contributi straordinari conseguiti, perdite non ricorrenti, ecc.). Il test non deve essere considerato alla stregua degli indici della crisi, ma è utile a rendere evidente il grado di difficoltà che l'imprenditore dovrà affrontare e quanto il risanamento dipenderà dalla capacità di adottare iniziative in discontinuità e dalla intensità delle stesse. Il test si fonda principalmente sui dati di flusso a regime che, secondo la migliore valutazione dell'imprenditore, possono corrispondere a quelli correnti o derivare dall'esito delle iniziative industriali in corso di attuazione o che l'imprenditore intende adottare.*» (cfr. sezione I del suddetto decreto dirigenziale)

Il Decreto Dirigenziale stabilisce altresì nel dettaglio come deve essere ristrutturata l'entità del debito.¹⁹³

Dopo aver riportato testualmente il testo del disposto normativo, è opportuno fare qualche chiarimento.

Il test pratico di ragionevole perseguibilità del risanamento consente, innanzitutto, all'imprenditore interessato, di esaminare ex ante, se “*risulta ragionevole il risanamento dell'impresa*” (ex Art. 2,

¹⁹³ Per comodità di lettura si riporta il testo del decreto dirigenziale come segue: «*L'entità del debito che deve essere ristrutturato è pari a: - debito scaduto di cui relativo ad iscrizioni a ruolo - (più) debito riscadenzato o oggetto di moratorie - (più) linee di credito bancarie utilizzate delle quali non ci si attende il rinnovo - (più) rate di mutui e finanziamenti in scadenza nei successivi 2 anni 1 - (più) investimenti relativi alle iniziative industriali che si intendono adottare - (meno) ammontare delle risorse ritraibili dalla dismissione di cespiti (immobili, partecipazioni, impianti e macchinario) o rami di azienda compatibili con il fabbisogno industriale - (meno) nuovi conferimenti e finanziamenti, anche postergati, previsti - (meno) stima dell'eventuale margine operativo netto negativo nel primo anno, comprensivo dei componenti non ricorrenti TOTALE [A]. Tale debito, nel caso in cui si ritenga ragionevole ottenere uno stralcio di parte di esso, può essere figurativamente ridotto, ai soli fini della conduzione del test, dell'ammontare di tale stralcio.*».

co. 1) e in secondo luogo di capire se, al momento della prima convocazione o in un momento successivo, l'esperto potrà identificare o meno la sussistenza di "concrete prospettive di risanamento dell'impresa".

Il test non è un indice o un indicatore di crisi dell'impresa, né misura il suo stato di salute e ciò in quanto la stessa espressione quantitativa che né deriva può per un'impresa essere sostenibile e per un'altra impresa non esserlo. La sostenibilità, infatti, dipende dal rischio e dalla instabilità dell'andamento gestionale ai quali l'impresa è esposta, dal suo tasso di crescita, dal posizionamento del prodotto all'interno del ciclo di vita, nonché dal merito di credito dell'imprenditore.¹⁹⁴

Il test, infatti, non deve essere considerato uno strumento di allerta come previsto dall'art 12 del CCII il cui valore è stato spesso e volentieri travisato nell'equivoco che essi avessero, contemporaneamente, sia capacità predittiva sia una certa precisione diagnostica, che invece non avrebbero mai potuto avere contemporaneamente; il predetto strumento è invece finalizzato a illustrare all'imprenditore, tramite una valutazione preliminare, la complessità del risanamento e il grado di difficoltà del percorso che dovrà affrontare.

Il percorso logico del test è incentrato soprattutto sul fondamentale tema della sostenibilità del debito, che obbliga l'imprenditore a percorrere un itinerario consapevole di autovalutazione, percorso in cui dovrà attenzionare il rapporto tra il tempo occorrente per il rimborso del debito e i flussi che possono essere posti al servizio dello stesso.

Fondamentale è comprendere, allora, da che cosa derivano i flussi ed il debito in questione.

I fattori sono molteplici: la marginalità lorda dell'impresa, cioè la capacità dell'impresa di creare ricchezza e risorse finanziarie; gli investimenti, sia di mantenimento che quelli necessari per attuare le azioni in discontinuità volte ad accrescere i flussi reddituali; il ricavo di risorse ottenute dalla dismissione di beni; la partecipazione in capitale da chiunque effettuata.¹⁹⁵

Il margine operativo lordo¹⁹⁶, al netto degli investimenti di mantenimento e del pagamento delle imposte sul reddito, deve comunque tendere ad un saldo positivo perché in difetto mancherebbe l'equilibrio economico.

È quest'ultimo un profilo che il test evidenzia per portare l'imprenditore a compiere alcune riflessioni circa la praticabilità del risanamento e l'eventuale fruibilità della cessione dell'azienda in via strumentale al risanamento.

Occorre però, prima di procedere, precisare che il test di ragionevole perseguibilità non si limita a constatare i dati storici derivanti dall'ordinamento contabile, ma si occupa di analizzare anche se sommariamente, le previsioni dei valori di flusso¹⁹⁷ che, secondo la disamina dell'imprenditore, l'impresa è in grado di generare, rapportando detti valori con il dato di stock del debito.

¹⁹⁴ R. RANALLI, *Il test pratico di ragionevole perseguibilità del risanamento e l'emersione della crisi. L'insolvenza reversibile*, in documento estrapolato dal corso di aggiornamento del csm, Roma 2022

¹⁹⁵ R. RANALLI, *Il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Rivista Il Fallimento* 2021

¹⁹⁶ Il margine operativo lordo (MOL) è un indicatore di redditività che evidenzia il reddito di un'azienda basato solo sulla sua gestione operativa, quindi senza considerare gli interessi (gestione finanziaria), le imposte (gestione fiscale), il deprezzamento di beni e gli ammortamenti.

¹⁹⁷ Uno stock si riferisce al valore di un bene ad una data di saldo (o momento), mentre un flusso si riferisce al valore totale delle operazioni (vendite o acquisti, entrate o uscite) durante un periodo contabile. Se il valore del flusso di

Il risultato che deriva da tale rapporto deve essere analizzato al fine di tenere conto dell'eventuale utilizzo e/o distruzione di risorse utilizzate per il raggiungimento dell'equilibrio economico.

Il test richiede all'imprenditore un'analisi critica della propria situazione tramite un percorso accurato, che gli fornirà tutta una serie di informazioni di seguito riportate:

- il numero di anni occorrenti per estinguere la sua esposizione debitoria;
- il volume del debito che necessita di ristrutturazione;
- l'entità in misura assoluta di eventuali stralci o conversione in equity.

Inoltre, dal test emergerà quando il risanamento dell'impresa dipenderà dal mero restauro del debito e quando invece dipenderà dalla proficuità e dall'esito delle iniziative industriali diverse rispetto a quelle utilizzate nel passato e che hanno portato allo squilibrio patrimoniale ed economico dell'impresa; pertanto, in questo secondo caso, le iniziative industriali diverse condizionano e modificano l'economicità della gestione, assumendo così rilevanza primaria la presenza di un piano d'impresa coscienzioso e redatto correttamente.

Oppure, quando l'equilibrio economico non sia presente al momento attuale ma se ne preveda il raggiungimento in futuro (sempre che si tratti di un futuro prossimo non superiore a 12 mesi), il test consente di utilizzare i flussi prospettici positivi, ma a condizione che il debito da servire venga incrementato del saldo del disequilibrio economico corrente.

Il test consente, infine e come ultima ratio, di individuare i casi nei quali la gravità della situazione è tale da valutare l'esigenza della cessione dell'azienda quale mezzo della composizione della crisi dell'impresa.

Nel caso in cui l'imprenditore, tramite il test, si accorga che l'impresa versi in uno stato di insolvenza, come traspare in maniera chiara dalla relazione illustrativa del D.L., non è lo stato di insolvenza a rendere impraticabile l'utilizzo della composizione negoziata della crisi ma, inverosimilmente, la sua reversibilità, da leggersi nell'ottica del risanamento o meno dell'impresa.

Vi è, tuttavia, un momento in cui l'insolvenza assume il carattere di irreversibilità ed è il momento in cui viene accertato che le risorse necessarie per rendere il debito sostenibile, comprese quelle messe a disposizione dai creditori, non possono assicurare un'adeguata contropartita (il c.d. "*premio per il rischio*"¹⁹⁸), che tenga conto del rischio che si assume colui che le mette a disposizione.

Infatti, ad esempio l'immissione di nuove risorse proprie (attraverso un aumento a pagamento del capitale sociale o la conversione di debiti in capitale) comporta chiaramente un alto rischio in capo

un'attività economica è diviso per il valore medio di stock nel corso di un periodo contabile, si ottiene una misura del turnover (o rotazione) di uno stock in quel periodo contabile. Alcune voci contabili sono normalmente sempre rappresentate come flussi (ad esempio, profitto o incassi), mentre altre possono essere rappresentate sia come stock sia come flussi (ad esempio, il capitale)

¹⁹⁸ Il concetto del premio di rischio nel mondo della finanza è diverso da quello utilizzato nel mondo dell'economia. In economia è la differenza tra il valore atteso di una "*lotteria*" rischiosa e l'ammontare certo che una persona sarebbe disposta ad accettare della lotteria rischiosa. Il ragionamento che sta alla base del premio di rischio consiste nel fatto che ci si aspetta che un investimento, per essere conveniente, debba avere un miglior guadagno all'aumentare del pericolo.

all'investitore ed è questo il rischio che dovrebbe trovare una remunerazione in termini di premio per il rischio.

È la valutazione del livello del rischio a cui l'imprenditore si espone, mettendo a disposizione ulteriori risorse proprie, una delle stime che l'esperto dovrà compiere per valutare la sussistenza di concrete prospettive di risanamento. Ma una cosa deve essere chiara: la valutazione del ritorno minimo necessario (e cioè del premio per il rischio) la può fare soltanto colui che mette a disposizione le risorse, sulla base anche di quanto intende rischiare. Da ciò il motivo per cui, molte volte, per riconoscere la reversibilità dell'insolvenza occorre, in un primo momento, attivare le trattative con le parti interessate.

Il punto 2.4 del Protocollo di conduzione della composizione negoziata della crisi contenuto nella Sezione III del Decreto Dirigenziale¹⁹⁹ precisa quanto sopra, evidenziando che la realizzabilità delle prospettive di risanamento deve essere esaminata sulla base dell'effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi assicurino la sostenibilità del debito.

Con un limite: è seriamente improbabile che l'insolvenza sia reversibile, indipendentemente dalle scelte dei creditori, se si sia in presenza: «(a) di una continuità aziendale che distrugge risorse, (b) dell'indisponibilità dell'imprenditore a immettere nuove risorse, (c) dell'assenza di valore del compendio aziendale».

D'altronde, in una situazione di insolvenza il ricorso alle misure di protezione è probabilmente necessario; ma tale ricorso finirebbe per mostrare a tutte le controparti le difficoltà finanziarie dell'impresa e, allo stesso tempo, finirebbe per dissuadere i fornitori dal concedere ulteriore credito all'impresa.

È probabile che i fornitori pospongano l'accettazione dei nuovi ordini al pagamento a pronti, se non addirittura all'ordine, delle relative forniture o al riconoscimento di garanzie o di diritti di prelazione concordati con l'imprenditore, previa informativa resa all'esperto e prova del mancato dissenso, ai sensi dell'Art. 9, da parte di questi, in quanto l'eventuale iscrizione nel registro delle imprese di tale dissenso comporta che l'atto sia in ogni caso soggetto alle azioni di cui agli artt. 66 e 67 l.fall.. D'altra parte, è proprio il punto 7.3 del protocollo ad individuare come atti eccedenti l'ordinaria amministrazione la concessione di garanzie e il pagamento anticipato delle forniture.

In conclusione, l'esito del test conduce a tre livelli di complessità della situazione aziendale da risanare. Il primo di questi, che potremmo chiamare *comfort zone*, corrisponde a situazioni agevoli, risolvibili senza necessità di interventi pervasivi, semplicemente con convenzioni di moratoria o accordi di riscadenzamento.

Questo livello si colloca in un rapporto tra debito e flussi a servizio dello stesso inferiore a 2.

Al di sopra di questa fascia vi è quel livello, che arriva sino a rapporti di 5-6, nel quale la difficoltà di risanamento cresce e dipende dalla credibilità dei momenti di discontinuità che si intendono

¹⁹⁹ Il paragrafo 2 "test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento" al punto 2.4 precisa, infatti, che: «Se l'esperto ravvisa, diversamente dall'imprenditore, anche a seguito dei primi confronti con i creditori, la presenza di uno stato di insolvenza, questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata. Occorre però che l'esperto reputi che vi siano concrete prospettive di risanamento che richiedano, per essere ritenute praticabili, l'apertura delle trattative, perché dovranno essere valutate sulla base della effettiva possibilità di accordi con i creditori o di una cessione dell'azienda i cui proventi consentano la sostenibilità del debito».

attuare. Vi è infine il terzo livello che potrebbe definirsi zona di pericolo nell'ambito della quale, salvo il caso di un radicale e credibile cambiamento della gestione aziendale, unica soluzione percorribile è rappresentata dalla continuità indiretta posto che, in caso contrario, il risanamento apparirebbe difficilmente perseguibile.²⁰⁰

Il test, unitamente alla check-list, di cui si dirà immediatamente dopo, si rileva uno strumento di fondamentale utilità nella gestione della crisi.

Passando all'esame dello strumento della check-list, va subito rilevato che si tratta di un mezzo che consente all'imprenditore che accede al percorso della composizione negoziata della crisi di redigere un piano di risanamento affidabile.

Invero, nel momento in cui l'imprenditore invia l'istanza per accedere alla procedura, tra gli allegati della domanda devono esserci sia un piano finanziario per i successivi mesi, sia la descrizione delle iniziative che l'imprenditore intende adottare da lì in avanti.

Il piano d'impresa è volto a delineare una strategia di risanamento e ad ipotizzare gli eventuali effetti.

Come già evidenziato, l'ideale sarebbe che l'imprenditore, quando decide di intraprendere il percorso del risanamento, abbia già redatto il piano. Ma, anche quando non vi sia un piano completo, occorre che l'imprenditore delinea almeno le linee guida dello stesso e la rappresentazione finanziaria della gestione dell'impresa che deve valere per tutta la durata della composizione negoziata.

Il percorso logico del test di controllo è simile a quello che sta alla base del test di ragionevole praticabilità del risanamento, con la differenza che quest'ultimo contiene delle mere stime che sommariamente servono per comprendere la complessità del processo di risanamento che l'imprenditore si accinge ad intraprendere, mentre il piano è la *"bussola che orienta l'imprenditore per il raggiungimento della meta."*

Entrando più nel dettaglio, la lista di controllo è presente online all'interno della parte pubblica della piattaforma e consiste in una lista di risposte alle domande che costituiscono indicazioni operative per la redazione del piano. Esse debbono intendersi come recepimento delle migliori

²⁰⁰ In particolare, e per comodità di lettura, si riporta il testo del decreto dirigenziale al punto 4 della sezione I «- un rapporto non superiore all'unità è indice di difficoltà contenute; le difficoltà crescono al crescere del rapporto ma restano contenute fino ad un certo livello, che, in assenza di particolari specificità³, può collocarsi attorno a 2. In tal caso, l'andamento corrente dell'impresa può essere sufficiente ad individuare il percorso di risanamento (vai al punto 6 della presente Sezione);

- quando il rapporto supera un certo livello, che, in assenza di particolari specificità⁴, può collocarsi attorno a 3, il risanamento dipende dall'efficacia e dall'esito delle iniziative industriali che si intendono adottare. In tal caso prosegui al punto 7 della presente Sezione;

- superato un ulteriore livello, che, in assenza di particolari specificità, può collocarsi a 5-6, la presenza di un margine operativo lordo positivo non è sufficiente a consentire il risanamento dell'impresa e può rendersi necessaria la cessione dell'azienda. In tal caso prosegui al punto 8 della presente Sezione;

- se, invece, l'impresa si presenta in disequilibrio economico a regime, si rendono necessarie iniziative in discontinuità rispetto alla normale conduzione dell'impresa (ad esempio, interventi sui processi produttivi, modifiche del modello di business, cessioni o cessazione di rami di azienda, aggregazioni con altre imprese). In tal caso prosegui al punto 7 ed al punto 8 della presente Sezione».

pratiche di redazione dei piani d'impresa e non come precetti assoluti" (v. sezione II del Decreto Dirigenziale).

È chiaro però che «*gli effettivi contenuti del singolo piano dipenderanno infatti da una serie di variabili, e vi influiranno, tra le altre cose, la tipologia dell'impresa e dell'attività svolta, la dimensione e la complessità dell'impresa e le informazioni disponibili*».

In sostanza, ogni impresa costituisce un ambiente originale difficilmente imitabile. Per tale ragione, non esiste uno schema di piano d'impresa pronto all'uso semplicemente da compilare e valevole indistintamente per le più varie situazioni aziendali, ma le regole di perfezionamento del piano e la sua struttura devono essere scritte dalla singola impresa e devono quindi tener conto, di volta in volta, delle caratteristiche dell'impresa che ci si accinga a risanare.

Il contenuto del piano di risanamento è precisamente descritto dal decreto dirigenziale.²⁰¹

Il piano d'impresa, infatti, presuppone dei requisiti minimi organizzativi (par 1 della presente Sezione) e la disponibilità di una situazione economica patrimoniale aggiornata (par 3 della presente Sezione).

Il piano di risanamento deve partire dalla situazione in cui versa l'impresa e dalle sue cause (par. 3 della presente Sezione), che sono individuate in modo realistico. Le strategie di intervento devono consentire di rimuovere le difficoltà.

Come opportunamente sottolinea il preambolo della sezione II, il piano d'impresa non è sempre un "processo", non è tanto un insieme di tabelle e numeri, ma piuttosto un percorso logico che parte dallo stato dell'impresa e dalla manifestazione delle difficoltà in cui la stessa versa e conduce ad individuare le cause delle difficoltà economiche e finanziarie e di conseguenza le iniziative necessarie per rimuoverle.

Quindi, il vero obiettivo della lista di controllo è quello di far sì che nel piano venga precisato come si intende gestire l'impresa; la conversione di tali dati in stime quantitative o, meglio, in numeri viene in un secondo momento e quindi dopo che è stata definita la fondamentale parte programmatica e qualitativa del piano.

La lista di controllo fornisce indicazioni particolareggiate utili a tutte le imprese, ma rivolte specialmente alle PMI che sono meno abituate e meno pratiche con la redazione dei piani d'impresa.

Di fatto, sono parecchie le imprese (specialmente le PMI) che non hanno maturato le competenze interne necessarie per la pianificazione del piano. Ed è proprio per queste che è necessaria un'agevolazione che il decreto dirigenziale ha previsto nella forma di un insieme articolato di

²⁰¹ Il piano deve indicare «*le strategie che si intendono adottare e segue un ordine logico strutturato attraverso valutazioni controllabili. Essa è volta a determinare i flussi finanziari che nelle imprese di minori dimensioni possono essere stimati attraverso un processo semplificato*» (par. 4 della presente Sezione).

Ancora si precisa che «*il debito esistente che necessita di essere rimborsato viene confrontato con i flussi finanziari derivanti dalla gestione aziendale che possono essere posti a servizio dello stesso, anche al fine di individuare la tipologia delle proposte da formulare ai creditori e alle altre parti interessate*» (par. 5 della presente Sezione)

Ed infine va sottolineato che «*in caso di gruppo di imprese occorre tenere conto delle reciproche interdipendenze tra le imprese che ne fanno parte*» (par. 6 della presente Sezione).

domande dirette all'imprenditore e le cui risposte costituiscono appunto le linee guida per la redazione del piano.

In estrema sintesi, il processo di controllo del piano di risanamento si consta di cinque fasi.

In primo luogo, la valutazione della sussistenza dei necessari requisiti di organizzazione interna.²⁰²

Segue, in secondo luogo, l'individuazione delle disponibilità della situazione economico-patrimoniale aggiornata dell'impresa.²⁰³

In terzo luogo, il piano deve contenere la spiegazione della situazione attuale in cui versa l'impresa e di seguito l'indicazione delle strategie di intervento volte a rimuovere le cause di crisi.

Solo successivamente, è possibile indicare i dati quantitativi del piano e in particolare la misurazione dei flussi che possono essere destinati al servizio del debito.²⁰⁴

Completa il processo, alla quinta fase, la spiegazione del processo di risanamento dell'esposizione debitoria.²⁰⁵

Il sesto e ultimo paragrafo della sezione II Decreto Dirigenziale è riservato, invece, alla disamina dei gruppi di impresa e *“delle reciproche interdipendenze tra le imprese che ne fanno parte.”*

Il processo per la redazione del piano non si esaurisce con il suo perfezionamento ma occorrerà sottoporre il piano al monitoraggio e alla valutazione di eventuali scostamenti (punto 1.3 del paragrafo 1 della Sezione II).

Lo strumento non è solo utilizzato dall'imprenditore per verificare autonomamente l'affidabilità del piano attraverso le risposte alle domande contenute nella lista di controllo, ma è anche utilizzato dall'esperto *“per analizzare la coerenza del piano”*.

L'esperto interviene soltanto in un momento successivo ovvero quando esaminerà il piano insieme all'imprenditore, concentrandosi sulle risposte da questo date. Qualora queste ultime dovessero essere incoerenti o contraddittorie rispetto alla situazione attuale dell'impresa, l'esperto lo paleserà all'imprenditore ed ai suoi professionisti chiedendo di rimuoverle attraverso i necessari approfondimenti.

²⁰² Dal paragrafo 1 della sezione II si chiede all'imprenditore se *«dispone delle risorse umane e tecniche»* e chiede all'impresa, in mancanza, di procurarsele. Ancora, si chiede all'imprenditore *«se possiede le competenze tecniche occorrenti per le iniziative industriali, se ha predisposto un monitoraggio continuativo dell'andamento aziendale e se è in grado di stimare l'andamento gestionale»* ed infine si pone all'imprenditore se *“è in possesso di un piano di tesoreria per un periodo pari a sei mesi»*.

²⁰³ Dal paragrafo 2 della sezione II si chiede all'imprenditore se *«dispone di una situazione contabile recante le rettifiche di competenza e gli assestamenti di chiusura»*, se *«la situazione debitoria è completa e affidabile»*, se è disponibile un *“prospetto recante l'anzianità dei crediti commerciali e le cause del ritardo dell'incasso”* in modo da effettuare una valutazione sui rischi di perdite sui crediti e una valutazione circa la stima di tempi di incasso. Si chiede ancora se sia *“disponibile un prospetto recante le rimanenze di magazzino.....”*

²⁰⁴ V. paragrafo 3 *“individuazione delle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi”* della sezione II del Decreto Dirigenziale

²⁰⁵ Cfr. paragrafo 4 *“la proiezione dei flussi finanziari”* della Sezione II del Decreto Dirigenziale

3.2 *Presentazione telematica dell'istanza*

L'istanza di accesso alla composizione negoziata, una volta verificata, a mezzo del test disponibile sul portale www.composizionenegozziata.camcom.it la fattibilità del risanamento, si presenta tramite la piattaforma unica nazionale accessibile al medesimo indirizzo.

Attraverso la piattaforma l'imprenditore, prima di entrare nel relativo percorso, ottiene tutte le informazioni utili sulla composizione negoziata, sulle modalità di attivazione del percorso e sui documenti da produrre.²⁰⁶

Infatti, ai sensi dell'Art. 5 del decreto-legge, *«l'istanza di nomina dell'esperto indipendente deve essere presentata tramite la piattaforma telematica mediante la compilazione di un modello, ivi disponibile, contenente le informazioni utili ai fini della nomina e dello svolgimento dell'incarico da parte dell'esperto nominato»*.

Il contenuto del modello di istanza, di cui in parte abbiamo già detto, è stato definito con il decreto dirigenziale del Ministero della giustizia di cui all'Art. 3, comma 2, del decreto-legge.²⁰⁷

Al momento della presentazione dell'istanza, l'imprenditore deve inserire all'interno della piattaforma telematica la seguente documentazione:

- a) i bilanci degli ultimi tre esercizi, se non già depositati presso l'ufficio del registro delle imprese, oppure, per gli imprenditori che non sono tenuti al deposito dei bilanci, le dichiarazioni dei redditi e dell'IVA degli ultimi tre periodi di imposta, nonché una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata a non oltre sessanta giorni prima della presentazione dell'istanza;
- b) una relazione chiara e sintetica sull'attività in concreto esercitata recante un piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative industriali che intende adottare;
- c) l'elenco dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti e a scadere e dell'esistenza di diritti reali e personali di garanzia;
- d) una dichiarazione sulla pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per la dichiarazione di fallimento o per l'accertamento dello stato di insolvenza;
- e) il certificato unico dei debiti tributari di cui all'Art. 364, comma 1, D.lgs. 14/2019;²⁰⁸
- f) la situazione debitoria complessiva richiesta all'Agenzia delle entrate-Riscossione;
- g) il certificato dei debiti contributivi e dei premi assicurativi di cui all'Art. 363, comma 1, D.lgs. 14/2019, oppure, se non disponibile, il documento unico di regolarità contributiva;

²⁰⁶ C. SOTTORIVA, A. CERRI, *Uno sguardo d'insieme sulla composizione negoziata all'esito della conversione del D.L. 118/2021* in Rivista Il fallimentarista 2021

²⁰⁷ cfr. Art. 3 co 2 del Decreto 118 *«La struttura della piattaforma, la lista di controllo particolareggiata, le modalità di esecuzione del test pratico e il contenuto del protocollo sono definiti con decreto dirigenziale del Ministero della giustizia da adottare entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto»*.

²⁰⁸ L'Art. 364 del citato decreto legislativo, entrato in vigore il 16 marzo 2019, in materia di certificazione dei debiti tributari prevede, al comma 1, che gli uffici dell'Amministrazione finanziaria devono rilasciare su richiesta del debitore o del Tribunale un certificato unico sull'esistenza di debiti risultanti dagli atti, dalle contestazioni in corso e da quelle già definite per le quali i debiti non siano stati soddisfatti.

h) un estratto delle informazioni presenti nella Centrale dei rischi gestita dalla Banca d'Italia non anteriore di tre mesi rispetto alla presentazione dell'istanza.

Con l'istanza di nomina dell'esperto o con successiva istanza l'imprenditore può richiedere l'applicazione di misure protettive del patrimonio. L'istanza di applicazione delle misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore né possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul suo patrimonio o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa. Non sono inibiti i pagamenti.

Una volta effettuata l'istanza da parte dell'imprenditore, un'apposita commissione, istituita presso la C.C.I.A.A., nomina un esperto che entro due giorni lavorativi dovrà accettare l'incarico e fissare un colloquio con l'imprenditore.

Con l'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto hanno efficacia una serie di misure premiali, che sono contenute all'Art. 14 D.L. 118/2021 e prevedono che:

«- dalla data di accettazione dell'incarico da parte dell'esperto e sino alla conclusione delle composizioni negoziate previste dall'Art. 11, commi 1 e 2, D.L. 118/2021, gli interessi che maturano sui debiti tributari dell'imprenditore siano ridotti alla misura legale;

- le sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell'ufficio che le irroga, sono ridotte alla misura minima se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione della istanza di ammissione all'istituto della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa;

- le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari sorti prima del deposito dell'istanza e oggetto della composizione negoziata sono ridotti della metà nelle ipotesi previste dall'Art. 11, commi 2 e 3, D.L. 118/2021;²⁰⁹

- in caso di pubblicazione nel registro delle imprese del contratto di cui all'art. 11, comma 1, lett. a), e dell'accordo di cui all'Art.11, comma 1, lett. c), D.L. 118/2021, l'Agenzia delle entrate concede all'imprenditore che lo richiede, con istanza sottoscritta anche dall'esperto, un piano di rateazione fino ad un massimo di settantadue rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte operate in qualità di sostituto d'imposta e imposta sul valore aggiunto non ancora iscritte a ruolo, e relativi accessori.»

L'allegato 2 del Decreto Dirigenziale rubricato "Istanza online" ne specifica il contenuto in maniera dettagliata. Infatti, oltre agli allegati di cui all'Art 5 del Decreto 118, è necessario inserire i seguenti dati:

- dati anagrafici dell'impresa (nome, sede, codice fiscale)
- fatturato dell'ultimo esercizio
- numero dipendenti
- codice Ateco dell'attività principale²¹⁰

²⁰⁹ Ai sensi dell'Art. 14, comma 3, le sanzioni, così come gli interessi, sui debiti tributari oggetto della composizione negoziata che sono sorti prima del deposito dell'istanza di nomina dell'esperto sono ridotti alla metà nel caso di: Omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex artt. 182-bis, 182-septies e 182-novies della L.F; piano attestato di risanamento ex Art. 67 L.F; domanda di concordato semplificato per la liquidazione ex Art. 18 del medesimo D.L. 118/2021.

- appartenenza ad un gruppo (in caso affermativo allegare relazione contenente informazioni analitiche sulla struttura del gruppo e sui vincoli partecipativi e contrattuali, nonché l'indicazione delle imprese o dei registri delle imprese in cui è stata effettuata la pubblicità ai sensi dell'articolo 2497-bis del Codice civile); la presente domanda vale quale richiesta unitaria della nomina dell'esperto per le imprese del gruppo che la sottoscrivono.

Nell'istanza online, infine, vanno inserite le risposte alle seguenti domande:

- l'imprenditore ha redatto il test online di ragionevole perseguibilità del risanamento?
- l'imprenditore necessita di nuove risorse finanziarie urgenti per evitare un danno grave ed irreparabile all'attività aziendale?
- l'imprenditore intende avvalersi del regime di sospensione previsto dall'articolo 8 del decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118, nel qual caso deve procedere nei termini di cui all'articolo 6 del decreto.²¹¹

3.3 Il protocollo dell'esperto.

L'esperto, come ormai più volte sottolineato, deve operare secondo buona fede e correttezza, deve adempiere ai suoi doveri e il suo operato deve restare coerente con l'obiettivo del risanamento aziendale.

È stato introdotto dal Decreto Dirigenziale (sezione III) uno strumento finalizzato, da un lato, a rendere trasparente agli occhi dell'imprenditore e dei creditori l'operato dell'esperto, dall'altro, a facilitare l'esperto stesso rendendogli l'attività più agevole.

L'incertezza dell'operato dell'esperto porterebbe non solo all'esitazione dell'imprenditore che si chiederebbe se il modo di agire dell'esperto sia adeguato, ma genererebbe dubbi anche presso i creditori ed in particolare presso i fornitori che avrebbero dovuto continuare a concedere credito con le nuove forniture.²¹²

Il protocollo è uno strumento che, al pari della check-list, serve alle parti, imprenditore ed esperto, per comunicare, evitando incomprensioni o perdite di tempo e permette all'imprenditore di non farsi trovare impreparato all'apertura del percorso di cnc e all'esperto di svolgere con efficacia il ruolo assegnato.²¹³

²¹⁰ Il codice Ateco è una combinazione alfanumerica che identifica un'attività economica. Le lettere individuano il macrosettore economico mentre i numeri rappresentano le specifiche articolazioni e sottocategorie dei settori stessi. Dal 1° gennaio 2008 è in vigore la nuova classificazione Ateco 2007, approvata dall'ISTAT (Istituto Nazionale di Statistica) in stretta collaborazione con l'Agenzia delle Entrate, le Camere di Commercio ed altri Enti, Ministeri ed associazioni imprenditoriali interessate. I codici Ateco 2007 sono utilizzati per fini statistici, fiscali e contributivi, in un processo di semplificazione delle informazioni gestite dalle pubbliche amministrazioni ed istituzioni.

²¹¹ V. articolo 8 D.L. n.118 rubricato: "Sospensione di obblighi e di cause di scioglimento di cui agli articoli 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter, 2484 e 2545-duodecies del Codice civile.

²¹² R. RANALLI, *il protocollo dell'esperto, strumento indispensabile per l'efficace operare dell'esperto*, in Rivista. Il fallimento, 2021

²¹³ Il dottore commercialista nonché competente della commissione ministeriale della riforma R.RANALLI, sul punto afferma che: «La presenza del Protocollo dell'esperto ne rende prevedibile l'attività, agli occhi sia dell'imprenditore che dei creditori. È questo un elemento che deve essere attentamente soppesato in quanto il procedere in modo disordinato ed estemporaneo sarebbe non solo fonte di legittime perplessità presso l'imprenditore, di cui già si è detto,

Nel protocollo sono affrontati i profili più critici: il tema della perseguibilità del risanamento; il caso della presenza, assai frequente, di un gruppo di imprese; la questione dell'esame del piano e della sua coerenza con la lista di controllo; il tema della gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata; quello dello svolgimento delle trattative e della formulazione delle proposte; il contenuto dei pareri da rendere in caso di nuovi finanziamenti; la questione della rinegoziazione dei contratti; il caso della cessione dell'azienda o di suoi rami; il tema della stima della liquidazione dell'intero patrimonio, sia in funzione del concordato semplificato che della valutazione dell'interesse da parte dei creditori; la conclusione dell'incarico e la relazione finale.

Passando all'analisi più dettagliata del Protocollo, una breve premessa avverte che vengono recepite le migliori pratiche per una soluzione concordata della crisi e che pertanto le sue indicazioni non vanno intese come precetti assoluti.

Di seguito, vengono passati brevemente in rassegna alcuni dei principali adempimenti.

- Verificare l'indipendenza e accettare l'incarico: l'esperto a cui è stato proposto un incarico ha due giorni lavorativi per comunicarne l'accettazione, durante i quali deve tra l'altro: esaminare la domanda caricata sulla Piattaforma Telematica; accertare l'assenza delle cause di incompatibilità previste per i sindaci delle società, il possesso delle competenze occorrenti e della disponibilità di tempo e la propria indipendenza.

Il professionista è tenuto ad operare in modo professionale, imparziale²¹⁴ ed indipendente.

Ex post non potrà intrattenere rapporti professionali con l'imprenditore per due anni

- Esaminare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento: l'esperto deve esaminare, correggendolo se necessario, o compilare insieme all'imprenditore se mancante, il test online di norma allegato all'istanza.²¹⁵
- Analizzare la coerenza del piano di risanamento con la check-list: tenendo conto delle indicazioni della check-list, l'esperto deve verificare la coerenza del piano di risanamento redatto dall'imprenditore, richiedendo al medesimo, all'organo di controllo e al revisore, ogni informazione ritenuta necessaria e segnalando per le correzioni le eventuali carenze/incongruenze.

ma anche presso i suoi fornitori, ai quali è richiesto di continuare a concedere credito con le nuove forniture. È questo, a bene vedere, il tema più rilevante durante la composizione: il canale degli approvvigionamenti, fondamentale per ogni impresa, trova un presidio normativo solo nella 'collaborazione leale' dell'Art. 4, comma 7, le nuove forniture non rientrano, infatti, nel portato dell'Art. 6, comma 5, al pari di quanto previsto dall'Art. 12, comma 3, CCII, trattandosi di norme rivolte ai soli contratti pendenti.»(v. Le indicazioni contenute nella piattaforma: il test, la check-list, il protocollo e le possibili proposte, in Rivista Diritto della crisi, 2022)».

²¹⁴ Il principio dell'imparzialità è un principio generale ed è pacifico che esso debba sussistere durante tutto il corso delle trattative. Tuttavia, da un lato vi è chi ritiene eccessivo che, per preservare la terzietà, l'esperto si debba astenere dall'assunzione di incarichi retribuiti dal debitore successivamente all'esito della composizione negoziata. Dall'altro chi ritiene che, per il solo fatto che l'esperto possa avere contatti con il debitore, si genererebbero dubbi sull'effettiva imparzialità dell'esperto derivanti dal sospetto che egli conservi l'aspettativa ricevere ottenere tali incarichi una volta terminata la composizione (in tal senso si pone il punto 1.5 del Protocollo).

²¹⁵ In ogni caso nell'apprezzamento della concretezza delle prospettive di risanamento l'esperto terrà conto del grado di difficoltà emerso dal test e, nell'esame delle linee di intervento e del piano, delle risposte date dall'imprenditore alle domande della check-list.

- Analizzare le linee di intervento: se l'esperto ritiene concrete le prospettive di risanamento dell'impresa, con l'imprenditore individua le parti con le quali è opportuno intraprendere trattative.
- Verificare la correttezza della gestione dell'impresa dell'imprenditore: durante la composizione negoziata, l'intera gestione compete all'imprenditore. Tuttavia, gli atti di straordinaria amministrazione, nonché i pagamenti che possano risultare non coerenti con il piano di risanamento, devono essere preventivamente segnalati all'esperto.
Se nonostante il parere negativo di quest'ultimo, l'imprenditore dà esecuzione ad un atto/pagamento con pregiudizio ai creditori, l'esperto deve iscrivere il proprio dissenso nel Registro delle Imprese, affinché i creditori possano averne contezza.
L'esperto deve sempre ricordare all'imprenditore che deve gestire l'impresa evitando pregiudizi
- Svolgere le trattative con le parti interessate: gli incontri possono essere tenuti separatamente; tuttavia, gli intermediari finanziari con i quali esistono esposizioni dovrebbero essere invitati tutti contemporaneamente.
- Formulare le proposte dell'imprenditore e delle parti interessate: l'esperto stimola e favorisce la formulazione di proposte concrete da parte dell'imprenditore e delle parti interessate per individuare una delle soluzioni possibili.
- Dare il parere in caso di nuovi finanziamenti prededucibili o di rinegoziazione di contratti: in presenza di ricorsi dell'imprenditore per contrarre finanziamenti prededucibili o per rideterminare le condizioni di contratti la cui prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia, l'esperto potrà esprimere al tribunale il proprio parere sull'utilità delle misure richieste ad assicurare effettivamente la continuità aziendale.
- Effettuare la stima della liquidazione dell'intero patrimonio: è opportuno che l'esperto proceda alla stima delle risorse derivanti dalla liquidazione del patrimonio.
- Al momento della conclusione dell'incarico stilare la relazione finale: al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella Piattaforma e comunica all'imprenditore.

Una caratteristica che, certamente, rende il protocollo dell'esperto diverso da tutti gli altri strumenti è la sua flessibilità.

All'inizio dell'operato, l'esperto non sa come andrà l'intero percorso di risanamento perché è difficile prevedere un eventuale peggioramento o miglioramento dell'andamento della gestione dell'impresa o pronosticare delle possibili difficoltà che potrebbero nascere nel corso delle trattative. È possibile che ad un certo punto delle trattative l'imprenditore si renda conto che sarebbe meglio modificare il percorso o addirittura cambiare strumento.

Questo discorso vale a maggior ragione per la composizione negoziata della crisi di impresa, i cui scenari possibili sono diversi²¹⁶ e più ampi rispetto a tutti gli altri strumenti.

²¹⁶ La composizione negoziata può, infatti, sfociare in una delle soluzioni di cui al comma 1 dell'Art. 11 (il contratto, la convenzione di moratoria e l'accordo senza attestazione, sottoscritto dall'esperto) ovvero dell'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa di cui al comma.

Nell'ultimo paragrafo della sezione III si accenna alla relazione finale che l'esperto deve depositare nella Piattaforma Telematica. Il deposito della relazione finale indica il momento della conclusione dell'incarico dell'esperto.²¹⁷

In definitiva e per concludere, Il Protocollo, oltre a sottolineare il ruolo dell'esperto, ne rende più snello ed agevole l'intervento scandendo la sua attività. Egli non dovrà interrogarsi sul ruolo da assumere, e disporrà dell'indicazione di un percorso che potrà seguire con determinazione.

4. Svolgimento delle trattative

Prima di entrare nel dettaglio dell'ultima fase della composizione negoziata della crisi, ovvero la fase negoziale, è opportuno, per una migliore comprensione del tema, percorrere brevemente i punti salienti del disposto normativo sull'argomento in questione.

L'art 5 co. 5 del D.L. n.118 descrive chiaramente i passaggi che costituiscono la fase negoziale: *«L'esperto, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale, ove in carica.*

L'imprenditore partecipa personalmente, può farsi assistere da consulenti. Se ritiene che le prospettive di risanamento siano concrete l'esperto incontra le altre parti interessate al processo di risanamento e prospetta le possibili strategie di intervento fissando i successivi incontri con cadenza periodica ravvicinata.

Se non ravvisa concrete prospettive di risanamento, all'esito della convocazione o in un momento successivo, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.»

Dunque, come già anticipato, l'esperto, dopo aver preso visione della documentazione allegata all'istanza di nomina dall'imprenditore, lo convoca "senza indugio" per valutare la sussistenza delle concrete possibilità di risanamento.

La prima attività consiste pertanto nella valutazione della sussistenza o meno delle concrete prospettive di risanamento.²¹⁸ Al riguardo, l'attività compiuta dall'esperto risulta parecchio impegnativa e per questo motivo egli, nelle situazioni più difficili, può servirsi di un revisore, nonché di consulenti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l'impresa da risanare.

La valutazione della sussistenza delle prospettive di risanamento si realizza con un confronto con l'imprenditore e con i suoi consulenti, analizzando la documentazione allegata all'istanza di nomina alla quale possono essere uniti, oltre ai documenti previsti dall'Art. 5, comma 3, D.L. n. 118/2021,

²¹⁷ L'incarico si conclude (i) quando l'imprenditore non compare davanti all'esperto senza addurre giustificazioni; (ii) in qualunque momento in cui l'esperto ritenga, anche a seguito delle interlocuzioni con le parti interessate, che non sussista o sia venuta meno ogni concreta prospettiva di risanamento, anche attraverso forme di continuità indiretta; (iii) alla decorrenza del termine di 180 giorni dall'accettazione della nomina o del maggior termine richiesto da tutte le parti per la prosecuzione delle trattative, se l'esperto vi ha acconsentito; (iv) quando, anche prima del termine di 180 giorni, viene individuata una delle soluzioni di cui all'articolo 11 del D.L. 118/2021.

²¹⁸ *Supra* § par. 2.4

il risultato del test pratico di cui alla Sez. I del d.d, nonché il piano di risanamento dell'impresa²¹⁹, anche in bozza, redatto secondo le linee guida di cui alla Sez. II del d.d.

Se il test pratico non è allegato all'istanza, verrà eseguito dall'esperto insieme all'imprenditore e ai suoi consulenti.

Se il test e il piano di risanamento sono disponibili, ma non inseriti nella piattaforma, dovranno essere messi a disposizione dell'esperto sin dal primo incontro.

Mentre, in mancanza di un piano di risanamento, l'esperto può pronunciarsi sulla ragionevolezza del risanamento basandosi sulla gravità delle difficoltà in cui versa l'impresa.

Infatti, se i flussi finanziari generati dalla gestione sono positivi e sufficienti ad assicurare un rientro dell'esposizione debitoria senza la necessità di interventi di carattere industriale di particolare rilevanza, allora l'importanza del piano di risanamento risulta assai attenuata, essendo possibile per l'esperto ritenere ragionevole il risanamento anche in assenza di un piano d'impresa (Art. 6, d.d., Sez. I.), dando così avvio alla seconda fase della composizione negoziata.

Non vi sono specifiche indicazioni normative sulla durata della prima fase del confronto con l'imprenditore, dato che essa può durare anche alcuni mesi e comunque fino a che non sarà predisposto il piano di risanamento in tutti quei casi in cui esso è necessario.

Se l'esperto ritiene che le prospettive di risanamento siano concrete, come precisato dal D.L. n.118, incontra le parti interessate e presenta loro le possibili strategie di intervento.

Tenuto conto del piano di risanamento e delle proposte da formulare ai creditori per la ristrutturazione del debito, l'esperto, insieme con l'imprenditore, deve individuare i creditori con cui vi sia interesse ad avviare le trattative.

A questo punto, prende avvio la seconda fase della composizione negoziata, la c.d. fase negoziale. Durante questa fase, l'esperto fissa gli incontri con le parti con cadenza periodica ravvicinata.

L'articolo 5 al comma 6 del decreto-legge precisa che le parti, convocate entro tre giorni dalla comunicazione della loro convocazione *«possono presentare osservazioni sull'indipendenza dell'esperto al segretario generale della camera di commercio»*.

Nel caso contrario, in cui l'esperto ritiene che non sussistano le concrete prospettive di risanamento, anche all'esito del primo incontro, oppure in qualunque momento del percorso in cui vengano meno le concrete prospettive di risanamento, ne dà notizia all'imprenditore e al segretario della CCIAA dove è stata depositata l'istanza di nomina, il quale ultimo dispone l'archiviazione della composizione negoziata.

Appare opportuno, a questo punto, mettere in evidenza gli obblighi che le parti sono tenute a rispettare durante le trattative.

²¹⁹ Come prevede il paragrafo 4 della sezione III del Decreto Dirigenziale *«Il piano di risanamento, redatto dall'imprenditore prima o durante la composizione negoziata, è sottoposto ad una analisi di coerenza da parte dell'esperto sulla base della check-list.... ove l'esperto ravvisi carenze o incongruenze della situazione contabile di partenza e del piano di risanamento che è necessario correggere, segnalerà all'imprenditore l'esigenza che l'intervento correttivo avvenga in tempi rapidi»*.

In via generale, le parti si dovranno comportare secondo buona fede e correttezza (Art. 4, comma 4 D.L n. 118).

Per quanto riguarda l'esperto, la sua terzietà impone che egli operi in modo professionale riservato, imparziale e indipendente (Art. 4, comma 2) mentre all'imprenditore è imposto il dovere di rappresentare in modo completo e trasparente la propria situazione non solo all'esperto, ma anche ai creditori e agli altri soggetti interessati (Art. 4, comma 5).²²⁰

Si tratta di un principio di grande importanza, posto che un'adeguata *disclosure* della reale situazione del debitore è condizione necessaria per un flusso informativo efficiente e trasparente tra le parti, che a sua volta è la chiave di volta per un processo decisionale rapido e non condizionato da sospetti.

Non va tenuto nascosto, peraltro, che la diffusa ritrosia da parte degli imprenditori a fornire ai creditori bancari piena e completa evidenza della loro reale situazione sia riconducibile anche al fondato rischio, o forse meglio chiamarla paura, che questo virtuoso e corretto comportamento venga ripagato con la sospensione degli affidamenti e la limitazione degli utilizzi dei conti bancari: sotto questo profilo, la legge prevede ora disposizioni normative ad hoc delle quali si darà brevemente conto nel prosieguo della trattazione.

All'esperto e a tutte le controparti viene inoltre chiesto di mantenere il riserbo sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative che questi intende intraprendere e, più in generale, sulle informazioni apprese in occasione delle trattative.

Il tema della riservatezza è di importanza capitale nell'ambito di un processo di risanamento che preveda la prosecuzione dell'attività aziendale, posto che la reputazione dell'impresa sul mercato è un asset di grande valore che potrebbe essere facilmente danneggiato da iniziative di concorrenti che intendano pregiudicare il buon nome dell'imprenditore sfruttandone la momentanea debolezza e diffondendo maliziosamente informazioni sulla sua situazione di crisi.

Un ulteriore elemento, di centrale importanza, delle negoziazioni è la loro tempistica: è esperienza comune, infatti, che le negoziazioni con i creditori possano protrarsi per un periodo notevolmente più ampio rispetto a quanto originariamente pianificato.

Anche in considerazione del termine di 180 giorni fissato dall'Art. 5, comma 7 per l'individuazione di un'adeguata soluzione della crisi, sarà compito dell'esperto serrare i tempi delle trattative fissando riunioni e incontri ravvicinati tra loro e sollecitando riscontri e controproposte finalizzate al raggiungimento di un tempestivo accordo tra le parti.

La fluidità e la rapidità della trattativa saranno, peraltro, agevolate dal già citato obbligo delle parti di condurle con lealtà e sollecitudine, accompagnato dal corrispondente obbligo di riscontare sollecitamente e in modo motivato le reciproche proposte e richieste (Art. 4, comma 7).²²¹

²²⁰ Per comodità di lettura si riporta interamente l'art 4 del decreto ai commi citati: «4. Durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza. 5. L'imprenditore ha il dovere 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.»

²²¹ L'art 4 co. 7 del D.L «Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Le medesime

È esperienza comune, infatti, che il rallentamento e la macchinosità di talune trattative siano spesso causati proprio dall'insufficiente qualità dei riscontri o dall'inerzia di alcuni creditori che, in questo modo, rendono estremamente difficoltosa la conduzione delle negoziazioni e meno probabile il loro esito positivo.

4.1 L'impostazione del percorso negoziale.

Una volta che l'esperto ha analizzato il piano di risanamento, che come già detto o è redatto sin da subito dall'imprenditore oppure viene redatto successivamente insieme all'esperto, potrà affiancare l'imprenditore aiutandolo ad elaborare una strategia negoziale che abbia adeguate caratteristiche di efficacia e di probabilità di successo, per poi attivarsi per iniziare le trattative coi principali creditori.²²²

L'impostazione delle trattative e l'individuazione di una strategia sono elementi di enorme importanza e nella maggior parte dei casi l'imprenditore viene assistito in questo delicato compito dai suoi consulenti di fiducia.

Ma, il fatto che la legge e il decreto dirigenziale affidino questa attività anche all'esperto è probabilmente finalizzata all'agevolazione delle trattative, essendo l'esperto un soggetto che si pone in posizione di terzietà rispetto alle contrapposte esigenze dell'imprenditore e dei suoi creditori.

Dopo avere valutato la strategia e il piano di risanamento tracciati dall'imprenditore e dai suoi consulenti e dopo aver individuato la strategia da utilizzare, all'esperto viene chiesto di individuare insieme all'imprenditore le parti con cui è opportuno che vengano intraprese le trattative.²²³

Si tratta di un'attività di fondamentale importanza nel percorso negoziale, in quanto dall'esperienza si deduce come le probabilità di successo delle trattative dipendano in buona parte proprio dalla loro impostazione.

In generale, nell'ambito di tutti gli istituti di risoluzione della crisi di natura negoziale è spesso un fattore di successo quello di definire sin da subito quali siano i creditori con cui intraprendere le trattative e quali invece siano quelli da non coinvolgere perché portatori di crediti non rilevanti o perché notoriamente indisponibili alla negoziazione.

Non bisogna dimenticare comunque che l'individuazione delle parti da coinvolgere nelle trattative è un'attività che spetta pur sempre all'imprenditore ed ai suoi consulenti.

Infatti, l'esperto, in questa fase, deve solo verificare la coerenza della scelta dell'imprenditore di individuare una determinata parte di creditori e di lasciarne fuori degli altri.

Nel caso in cui l'esperto ritenga che una scelta dell'imprenditore sia incoerente o non adeguata e quindi che una parte doveva essere convocata nella fase negoziale, lo stesso chiederà

parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata».

²²² A. GUIOTTO, la figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi in *Rivista il Fallimento*, 2021

²²³ Decreto dirigenziale, Sez. III Art. 5.2 «*Se ritiene concrete le prospettive di risanamento dell'impresa, in qualsiasi sua forma, anche indiretta, l'esperto, con l'imprenditore, individua le parti con le quali è opportuno che vengano intraprese le trattative. Nella individuazione degli interessi della singola parte al raggiungimento di un accordo, che meglio emergeranno nel corso della composizione negoziata, si suggerisce di tener conto che, di norma*»

all'imprenditore di estendere la negoziazione anche a tale parte, restando tuttavia in capo all'imprenditore il potere di acconsentire o meno a tale proposta.

La scelta delle parti da coinvolgere nelle trattative dipende da una serie di fattori.

Innanzitutto, è opportuno ribadire che non è necessario che tutti i creditori siano coinvolti, ma è preferibile una selezione precisa dei creditori che possono agevolare il risanamento e quelli i cui interessi sono intaccati maggiormente dal piano.

Per compiere una scelta accurata, è importante tenere conto degli interessi in gioco, selezionando appunto coloro che sono portatrici di un vero interesse alla negoziazione.

Come ormai appreso, il presupposto che sta alla base del percorso è la continuità aziendale, perciò, tutti i creditori che hanno interesse a che l'attività dell'impresa continui sono potenzialmente parti da coinvolgere nelle trattative.

Allo stesso modo, i creditori che, all'apertura di una liquidazione fallimentare o concordataria o anche con il concordato semplificato, subirebbero una riduzione o addirittura la perdita dei loro diritti di credito sono da considerarsi parti della fase negoziale.

Inoltre, hanno interesse a partecipare alle trattative coloro che potrebbero essere danneggiati dall'apertura di una procedura concorsuale a carico dell'impresa, come ad esempio chi potrebbe essere soggetto:

- ad azioni revocatorie o risarcitorie, come quelle di responsabilità verso gli organi sociali o di concessione abusiva di credito
- al rischio dell'estensione del fallimento a terzi, comprese le società che fanno parte di un gruppo di imprese; questi soggetti potrebbero portare risorse esterne utili alla ristrutturazione del debito anteriore.

Oltre a selezionare le parti tramite il criterio dell'interessamento alla trattativa, l'esperto può, sempre, insieme all'imprenditore, individuarle servendosi della funzione attribuita ai creditori dal piano di risanamento.²²⁴

Le parti infatti possono essere raggruppate secondo dei criteri di omogeneità degli interessi economici: tra le categorie più ricorrenti si possono distinguere i fornitori strategici, le banche e gli intermediari finanziari, i soci e le parti correlate, il personale dipendente e i sindacati, i clienti importanti e i creditori pubblici come l'I.N.P.S., l'I.N.A.I.L., l'Agenzia delle entrate, gli enti locali e ancora i locatori, il locatore e le società di leasing ecc...

Infine, parti interessate sono anche quelle che hanno proposto una domanda di fallimento verso l'impresa o che hanno adottato altre iniziative giudiziali ostili, quali ricorsi per sequestri conservativi, decreti ingiuntivi, iscrizione di ipoteche giudiziali, pignoramenti, ecc.

In base alla categoria dei creditori cambierà il tipo di approccio da utilizzare e la cronologia del coinvolgimento di questi. Ad esempio, se per i creditori commerciali potrà essere preferibile una negoziazione separata e bilaterale, anche per mantenere un adeguato livello di riservatezza, per la negoziazione con i soggetti finanziari la *best practice* suggerisce un approccio collettivo (il c.d.

²²⁴ F. MICHELOTTI, *la gestione dell'impresa ed il ruolo dell'esperto* in Rivista il Fallimento, 2021

“tavolo interbancario”²²⁵) che preveda la contestuale partecipazione di tutti gli istituti di credito e gli intermediari finanziari con i quali l’imprenditore abbia posizioni debitorie pendenti.

Un breve cenno va sicuramente fatto ad una categoria speciale di creditori: le banche e gli intermediari finanziari.

A queste due categorie di creditori il legislatore ha dedicato due specifiche disposizioni, entrambe racchiuse nel comma 6 dell’Art. 4 del D.L. n.118.

La prima disposizione prevede che: «*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*».

È poi frequente che, durante la fase della negoziazione, la banca ceda il proprio credito ad istituti finanziari specializzati, ovvero che affidi la gestione ad un mandatario esterno chiamato *credit servicer*.

Da questa disposizione normativa si deduce che l’obbligo previsto per le banche creditrici a partecipare alle trattative in modo informato ed attivo spetta anche ai loro mandatari e cessionari.

Mentre, la seconda disposizione stabilisce che: «*l’accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all’imprenditore*».

Questo divieto ha la finalità di contrastare il fenomeno, già ampiamente illustrato, in cui alla *disclosure* della situazione di crisi da parte dell’imprenditore corrisponda normalmente, quale prima reazione da parte degli istituti di credito, la riduzione o il congelamento dell’operatività bancaria, con l’intento di limitare il rischio di credito, ma con l’effetto di peggiorare notevolmente le condizioni di svolgimento del tentativo di risanamento aziendale.

In questa circostanza, la figura dell’esperto è preziosa perché le banche possono chiedere a quest’ultimo di esprimersi, formulando giudizi sulla convenienza di talune disposizioni del piano di risanamento. Grazie alla sua imparzialità, l’esperto può fornire una rappresentazione veritiera e corretta della situazione reale dell’impresa, delle concrete prospettive di risanamento e dei rischi e delle conseguenze delle azioni dell’imprenditore.²²⁶

4.2 Gli incontri con le parti e la predisposizione di una strategia aziendale

Una volta individuati i creditori con cui intraprendere le trattative, l’imprenditore chiede alle parti uno o più incontri.

Durante tali incontri tra l’imprenditore e le altre parti coinvolte può essere redatto un sintetico verbale che contiene l’elenco (ma non il contenuto) della documentazione trasmessa.

²²⁵ La negoziazione con il ceto bancario avviene tramite il c.d. tavolo interbancario. Le banche vengono invitate a partecipare tutte contemporaneamente. L’oggetto delle trattative, nella maggior parte dei casi, prevede la richiesta di allungamenti dei termini di adempimento. Solitamente lo scopo di queste trattative è quello di mantenere inalterata la linea di credito mentre è più complesso ottenere un’espansione delle linee di credito.

Inoltre, in generale, l’approccio utilizzato dalle banche ai tavoli è quello della par condicio, da intendersi come criterio di ripartizione dell’onere da sopportare, secondo un principio di equa e ragionevole suddivisione dei rischi.

v. E. ARTUSO - R. BOGONI, *brevi spunti ricostruttivi sugli obblighi delle banche nella crisi d’impresa, alla luce della nuova composizione negoziata della crisi*, in Rivista Diritto della crisi, 2022

²²⁶ Per un esame più dettagliato, si rimanda a E. ARTUSO - R. BOGONI, *op. cit.*,

Nel caso in cui non sia redatto il verbale, è opportuno che sia presente una registrazione audio o video, previo consenso delle parti alla registrazione. (paragrafo 8.5 sezione III d.d.)²²⁷

Sebbene né la norma di legge né quelle regolamentari prevedano un intervento diretto da parte dell'esperto, appare coerente con il suo ruolo e con le finalità della sua attività che egli possa provvedere direttamente a contattare i singoli creditori, individualmente o collettivamente, per introdurre il percorso di negoziazione.

Infatti, il paragrafo 8 della sezione III del Decreto Dirigenziale prevede espressamente che *«L'esperto agevola le trattative tra l'imprenditore, i creditori e gli altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento dello squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di essa, in funzione di consentire all'impresa di rimanere sul mercato.»*

Va evidenziato, altresì, come la sua presenza già al momento della convocazione delle parti o della richiesta del primo incontro possa assicurare i creditori sul percorso che andranno ad intraprendere e sull'intervento di un professionista istituzionalmente preposto alla facilitazione del processo negoziale.

Gli incontri con le parti solitamente sono tenuti separatamente.

Come precisa il Decreto Dirigenziale del Ministero della giustizia è però opportuno che si tengano separatamente quando è obbligatorio tutelare la riservatezza delle informazioni.

Per quanto concerne le concrete modalità di svolgimento delle negoziazioni, è opportuno distinguere quelle che coinvolgano i creditori finanziari da quelle che riguardino la generalità degli altri creditori: per le prime, l'esperienza suggerisce la necessità che esse avvengano attraverso riunioni collettive da tenersi in presenza o, in alternativa, attraverso strumenti di audio o videoconferenza che consentano un'attiva partecipazione di tutti.

L'incontro in presenza o l'utilizzo di adeguati strumenti di telecomunicazione sono da preferirsi anche per le trattative bilaterali e separate con singoli creditori, anche se non può escludersi a priori che a una serie di creditori di poca rilevanza possano essere trasmesse proposte in via epistolare: quest'ultimo caso, peraltro, andrebbe considerato eccezionale e valutato con grande cautela considerati i rischi in termini di riservatezza e l'oggettiva difficoltà che incontrerebbe l'esperto nel raccogliere informazioni e a svolgere efficacemente le sue funzioni di facilitatore.

Inoltre, nel corso dei suddetti incontri l'esperto può chiedere sia all'imprenditore, sia ai creditori ed alle altre parti interessate ogni informazione che sia utile o necessaria al fine di garantire il corretto svolgimento dell'incarico. L'esperto, a proprie spese, come già detto, può usufruire di consulenti dotati di specifiche competenze e di un revisore legale.

In aggiunta, ci sono varie disposizioni presenti nel Decreto Dirigenziale che descrivono una serie di poteri in capo all'esperto aventi la finalità di supportare, durante gli incontri, l'imprenditore tramite suggerimenti e accorgimenti.²²⁸

²²⁷ Dal paragrafo 8.5 della sezione III *«Nel rispetto di quanto indicato al punto che precede, durante gli incontri con l'imprenditore e le parti interessate potrà essere redatto un sintetico verbale, contenente l'elenco (non il contenuto) della documentazione trasmessa in vista della riunione o successivamente ad essa. Se il verbale è sostituito o accompagnato da una audio o video registrazione, deve essere raccolto il previo consenso delle parti all'audio o video registrazione.»*

Una volta incontrati e coinvolti i creditori, assume fondamentale importanza la proposta che l'imprenditore intenderà formulare per cercare di raccogliere il maggior numero di consensi.²²⁹

Le proposte presentate dall'imprenditore potranno essere anche più di una.

Sebbene la formulazione della proposta ai creditori spetti all'imprenditore e ai suoi consulenti, è fisiologico che l'esperto, in ragione delle funzioni che gli sono demandate e della sua personale competenza e autorevolezza, contribuisca ad affinare gli elementi della proposta o, in casi particolari, a modificarne la struttura non in forza dell'autorità a lui attribuita ma con un'opera di *moral suasion* che eviti la formulazione di proposte manifestamente incongrue o inaccettabili.

Analoga attività persuasiva potrà, o meglio dovrà, essere svolta dall'esperto nei confronti delle controparti dell'impresa, al fine di stimolare la formulazione di controproposte che abbiano anch'esse caratteristiche di ragionevolezza.

Infatti, è proprio il paragrafo 9 della sezione III del Decreto Dirigenziale che prevede espressamente che l'esperto si sforzi affinché le proposte «assicurino l'equilibrio tra i sacrifici richiesti alle singole parti in modo quanto più possibile proporzionato al grado di esposizione al rischio di ciascuna di esse e alle utilità loro derivanti dalla continuità aziendale».

L'opera di facilitazione affidata all'esperto impone, infatti, che le distanze tra le parti siano ridotte il più possibile sino a far coincidere i rispettivi desideri, sia attraverso una meticolosa negoziazione che tenga conto dei reciproci interessi sia, ancora prima, attraverso la formulazione di proposte ragionevoli, che non abbiano l'esclusivo obiettivo di massimizzare l'utilità per il debitore ma, piuttosto, quello di individuare sin da subito i punti di contatto tra le reciproche posizioni, al fine di giungere rapidamente a una sintesi di interessi e alla conclusione delle trattative.

Durante questa fase, l'esperto ha l'ulteriore potere di nominare un soggetto indipendente chiamato *chief restructuring offer* (CRO)²³⁰, che ha la funzione di monitorare l'attuazione del piano di risanamento e di verificare il rispetto degli accordi raggiunti.

L'ultima precisazione attiene ad un profilo di forte rilevanza per i creditori: l'imprenditore nel formulare le proposte ai creditori deve prevedere l'inserimento di clausole di salvaguardia al fine di fronteggiare il rischio che i valori effettivamente realizzati siano inferiori a quelli attesi.

²²⁸ Dal paragrafo 8 sezione III del d.d. «È opportuno che l'esperto ricordi ai creditori che, qualora l'imprenditore richiedesse misure protettive o cautelari nei loro confronti, non potranno, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti, né provocarne la risoluzione, né potranno anticiparne la scadenza o modificarli in danno del debitore per il solo fatto del mancato pagamento dei crediti preesistenti» ed ancora l'esperto deve ricordare «all'imprenditore che, se egli intende assumere rilevanti determinazioni che incidono sui rapporti di lavoro di una pluralità di lavoratori, prima della adozione delle misure deve rispettare le procedure di informazione e consultazioni previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva o, in assenza, se occupa complessivamente più di quindici dipendenti, quelle previste dall'articolo 4, comma 8.»

²²⁹ Dal paragrafo 9 sezione III «l'esperto, nella prospettiva della individuazione di una delle soluzioni previste all'articolo 11, stimola la formulazione di proposte concrete da parte dell'imprenditore e delle parti interessate. Le proposte e le soluzioni da esaminare potranno essere anche più di una»

²³⁰ I CRO sono manager che hanno, propedeuticamente, maturato rilevanti esperienze di governo delle aziende e che hanno direttamente gestito anche i processi di risanamento. Nel loro percorso professionale, pertanto, hanno già vissuto i vari momenti in cui si compongono la manifestazione, l'evoluzione e la soluzione della crisi. Essi si pongono, concretamente, al fianco delle aziende per accompagnarle in un percorso finalizzato in primis alla loro salvaguardia e quindi al loro sviluppo.

Come dispone il Decreto Dirigenziale, esempi di queste clausole sono: la clausola di *earn-in* (che consiste nella condivisione entro certi limiti di eventuali peggioramenti dell'andamento aziendale rispetto a quanto previsto), la regola di *waterfall* (che consiste nella regola secondo la quale prima di poter distribuire utili ai soci, debbano essere stati soddisfatti tutti i creditori "terzi", tra cui per esempio i dipendenti, i fornitori, l'erario e la banca) e altre clausole di infallibilità.

Per la gestione dell'impresa da parte del debitore/imprenditore in pendenza delle trattative si rimanda al paragrafo 1 del presente capitolo.

4.3 Gli esiti possibili e gli effetti in caso di insuccesso

L'articolo 11 del D.L. n.118/2021 descrive i possibili sbocchi delle trattative condotte dall'imprenditore. Come si vedrà in seguito, l'esito può essere positivo e dar luogo a varie forme di accordi, definitivi o temporanei, con i creditori.²³¹

Se all'esito delle trattative viene individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende probabile la crisi l'insolvenza, le parti possono stipulare uno degli accordi o convenzioni previsti dalle lettere da a) a c)²³² del primo comma della medesima disposizione normativa.

Tali atti negoziali vanno considerati come ipotesi che conducono ad un esito favorevole in quanto godono di benefici fiscali. Ed infatti alcune delle misure premiali previste dall'Art. 14 del D.L. n. 118/2021 riguardano proprio due delle possibili soluzioni negoziali menzionate nel comma 1 dell'Art. 11 ovvero, il contratto di cui alla lett. a) o l'accordo di cui alla lett. c).

Non si può affermare che i restanti possibili esiti della composizione negoziata, quelli del secondo e del terzo comma dell'art 11, corrispondano ad un insuccesso delle trattative: si tratta, infatti, di casi in cui le trattative non hanno dato luogo ad una soluzione definitiva ma, ciò nonostante, non sempre corrispondono ad un vero e proprio insuccesso.

Infatti, al secondo comma dell'art 11²³³, si parla di accordi di ristrutturazione dei debiti che possono essere l'esito di un'iniziativa presa dall'imprenditore in maniera autonoma ma possono trovare la base dell'accordo raggiunto con i creditori aderenti proprio nelle trattative.

²³¹ L. PANZANI, *gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Rivista Il Fallimento* 2021

²³² Per comodità di lettura si riporta in nota l'articolo citato: «1. *Quando è individuata una soluzione idonea al superamento della situazione di cui all'articolo 2, comma 1, le parti possono, alternativamente:*

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

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

c) concludere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce gli effetti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto n. 267 del 1942(;; in tal caso non occorre l'attestazione prevista dal medesimo articolo 67, terzo comma, lettera d).))».

²³³ L'art 11 stabilisce che: «L'imprenditore può, all'esito delle trattative, domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 182-bis, 182-septies e 182-novies del regio decreto n. 267 del 1942. La percentuale di cui all'articolo 182-septies, secondo comma, lettera c), è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto.»

Inoltre, come precisa il secondo comma, «*se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto*» la percentuale minima per concludere l'accordo è ridotta dal 75 per cento al 60 per cento. (182 septies comma 2 lettera c).

In questo caso, è evidente che le trattative non hanno avuto un esito sfavorevole, salvo per i creditori non aderenti la cui resistenza può però essere vinta, in quanto essi non otterrebbero un trattamento migliore in caso di liquidazione giudiziale o di altra alternativa concretamente praticabile.

Infine, il terzo comma dell'Art. 11²³⁴ oltre al concordato semplificato prevede due altre possibili soluzioni in caso di insuccesso delle trattative: a) il piano attestato di risanamento regolato dall'Art. 67, comma 3, lett. d), l. fall.: b) l'accesso ad una delle procedure previste dalla legge fallimentare o dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria (L. n. 270/1999 e D.L. n. 347/ 2003 c.d. *decreto Marzano* relativo alle c.d. *grandissime imprese in crisi*).

Anche in questo caso l'Art. 14, comma 3, D.L. n. 118/ 2021 prevede l'applicazione di misure premiali rappresentate dalla riduzione della metà delle sanzioni ed interessi sui debiti tributari oggetto della composizione negoziata.

È quindi assodato che per il legislatore anche le soluzioni previste dal terzo comma dell'Art. 11 sono considerate in termini positivi, a tal punto che viene riconosciuto un vantaggio fiscale, che si perde soltanto nel caso di successivo fallimento o apertura della procedura di amministrazione straordinaria.

È stato constatato che il piano attestato è indicato separatamente dagli altri strumenti previsti dal comma 3 dell'Art. 11 soltanto perché esso è considerato una procedura in senso tecnico a differenza dal concordato semplificato e dalle procedure tutte previste dalla legge fallimentare e dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria ordinaria e speciale, indicate nella lettera c) del già citato comma terzo.

Altro esito possibile è disciplinato dall'Art. 18, comma 1, D.L. n. 118/2021 che indica due condizioni per la presentazione da parte dell'imprenditore della proposta di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio (di cui diremo in seguito): a) le trattative non abbiano avuto esito positivo; b) che le soluzioni di cui all'Art. 11, commi 1 e 2, non siano praticabili.

In questo caso l'imprenditore può presentare nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della relazione finale dell'esperto la proposta di concordato liquidatorio semplificato, che consente la cessione dell'azienda in continuità (Art. 19, commi 2 e 3) e dunque può portare alla soluzione della

²³⁴ «3. L'imprenditore può, in alternativa:

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

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

c) accedere ad una delle procedure disciplinate dal regio decreto n. 267 del 1942, dal decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270, o dal decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39(, e, per le imprese agricole, alle procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni disciplinate dagli articoli 7 e 14-ter della legge 27 gennaio 2012, n. 3).»

crisi d'impresa in termini economicamente e socialmente positivi, anche se negativi per l'imprenditore che ne perde il controllo. Va aggiunto che il legislatore ha concepito il concordato semplificato come uno strumento con cui l'imprenditore può vincere le opposizioni che durante le trattative possono essere state avanzate da alcuni creditori che comunque non potrebbero aspirare ad un trattamento più favorevole di quello prospettato con la proposta concordataria. Il concordato ha dunque anche la funzione di agevolare l'esito positivo delle trattative e di recuperare l'intesa raggiunta con una parte dei creditori, quando l'accordo di ristrutturazione ed efficacia estesa non sia una prospettiva praticabile.

Vediamo ora più da vicino le ipotesi che il legislatore indica come casi di esito positivo delle trattative.

Partendo dal comma 1 dell'art 11 del D.L. n. 118, le soluzioni idonee al superamento della situazione di pericolo di crisi o di insolvenza sono le seguenti:

- 1) Stipulare un contratto concluso con uno o più creditori (lett. a): l'imprenditore stipula un contratto con alcune o tutte le parti e l'esperto lo dichiara idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni.

L'imprenditore godrebbe delle misure premiali previste dall'art 14 del D.L., non solo nel periodo in cui è in corso la composizione negoziata della crisi, ma anche nel periodo successivo.

Il termine "*contratto*" è utilizzato in senso tecnico, facendo riferimento alla definizione di cui all'Art. 1321 c.c., anche se nulla si dice circa il contenuto del contratto e si presume che non vengano utilizzate per analogia le disposizioni del codice.

Il contenuto, tuttavia, può essere immaginato ed appare piuttosto ampio: può contenere, ad esempio, una riduzione dell'ammontare del debito a fronte degli impegni assunti dall'imprenditore o da una dilazione di pagamento.

L'unico vincolo apposto al contratto è che esso sia concluso tra uno o più creditori e l'imprenditore e, inoltre, che sia idoneo ad eliminare la situazione di crisi o di insolvenza.

La norma facendo riferimento come parti contraenti ai soli creditori, non potrà rientrare nella previsione del legislatore il contratto concluso in via esclusiva con un terzo, mentre potrà considerarsi il contratto di cui siano parte creditori e un terzo.

- 2) Concludere una convenzione di moratoria (lett. b): è oggetto del nuovo Art. 182 octies L.fall e anticipa l'art 63. CCII che riguarda *«la dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutive e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito»*.

Tale strumento è un accordo di carattere temporaneo, strumentale al successivo superamento della situazione di crisi o di insolvenza. Occorrerà dunque che il successivo concordato preventivo sia collegato alla convenzione ed è proprio tale convenzione che giustifica i benefici fiscali.

Precedentemente la legge fallimentare limitava la convenzione ai crediti delle banche e degli intermediari finanziari. Ora viene allargata a tutte le categorie di creditori e riguarda anche gli imprenditori commerciali, comprese le imprese agricole.

Per concludere tale convenzione è necessario che tutti i creditori siano informati e che siano messi nelle condizioni di partecipare; che i creditori aderenti rappresentino almeno una percentuale pari al 75% dei crediti di quella categoria; che un soggetto esperto verifichi la

correttezza dei dati aziendali, la ragionevolezza della convenzione a disciplinare gli effetti della crisi e che i creditori che non abbiano aderito non subiscano un pregiudizio sproporzionato e incoerente con le ipotesi di soluzione della crisi o dell'insolvenza.

Si è rilevato, però, un possibile abuso nell'uso della convenzione di moratoria quando alla sua scadenza dovrebbe essere presentata la domanda di concordato preventivo, che invece non viene presentata. L'imprenditore, in questo arco di tempo, potrebbe beneficiare delle misure premiali fiscali dalle quale sarebbe escluso se invece avesse presentato direttamente la proposta di concordato preventivo.

- 3) Raggiungere un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto (lett. c): l'accordo in questione produce gli effetti di un piano attestato senza che sia necessaria l'attestazione. La garanzia rappresentata dall'attestazione viene sostituita dalla presenza dell'esperto e dal fatto che l'accordo è l'esito di una composizione negoziata.

Inoltre, è richiesto che l'esperto sottoscriva un accordo sostitutivo del piano attestato. A questo proposito, ci si chiede se tale piano debba possedere i requisiti previsti dall'Art. 67, comma 3, lett. d), cioè essere idoneo ad assicurare il risanamento dell'esposizione debitoria ed il riequilibrio della situazione finanziaria, requisiti che altro non sono il venir meno della situazione di pericolo di crisi o insolvenza richiesta dall'Art. 11. La risposta sembrerebbe essere positiva e l'effetto sarà che gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in attuazione del piano saranno esenti da revocatoria.

Tale accordo sembrerebbe avere un valore maggiore in termini di prospettive di successo della soluzione della crisi rispetto gli altri strumenti. L'Art 16 del D.L. al comma 5, prevede che il compenso dell'esperto sia aumentato del 100% in tutti i casi in cui, anche successivamente alla redazione della relazione finale di cui all'Art. 5, comma 8, si concludono il contratto, la convenzione o gli accordi di cui all'Art. 11, commi 1 e 2, ma il comma 6 aggiunge che nel caso dell'accordo di cui alla lett. c) del comma 1 dell'Art. 11 il compenso è aumentato di un ulteriore 10%, se sottoscritto dall'esperto. In realtà il maggior compenso è dovuto in ragione del fatto che in questo caso l'esperto deve sottoscrivere l'accordo svolgendo ulteriori attività, espletando un ruolo analogo a quello dell'attestatore.

L'accordo presenta un contenuto tipicamente negoziale in quanto deve essere sottoscritto non solo dall'imprenditore e dai creditori coinvolti ma anche dall'esperto. Condizione diversa invece per i piani attestati di risanamento, regolati dalla legge fallimentare, che non indicano come presupposto l'esistenza di un accordo tra imprenditore e creditori.

Non è chiara la distinzione tra l'accordo previsto dall'Art. 11, lett. c) e il contratto di cui alla lett. a). Secondo un'interpretazione dottrinale, l'accordo deve essere sottoscritto da tutti i creditori a differenza del contratto che può essere concluso solo con uno o più creditori.

In ambedue i casi si tratta di un accordo di carattere negoziale che, nell'ipotesi del contratto, deve essere idoneo ad assicurare la continuità aziendale per non meno di due anni, mentre nell'ipotesi dell'accordo si chiede che esso sia idoneo a rimuovere la situazione di crisi o insolvenza, requisito questo però comune al contratto di cui alla lett. a) ed alla convenzione di moratoria di cui alla lett. b).

Sulla base di questa analisi, si può forse affermare che l'unica differenza è che solo nell'accordo di cui alla lett. c) vi è un piano, mentre nel caso del contratto non è necessario. Anche se va precisato

che il ripristino della continuità aziendale è difficilmente raggiungibile senza un piano e che quindi la soluzione di cui alla lett. a) andrebbe utilizzata solo nelle situazioni di più facile e rapida soluzione della crisi.

Poiché l'accordo produce gli stessi effetti del piano attestato, ne deriva che gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in sua esecuzione beneficiano dell'esenzione da revocatoria e dalla responsabilità penale per i reati di bancarotta. Queste norme non sono richiamate per il contratto di cui alla lett. a).

Da questa comparazione, si può concludere che concludere l'accordo sia più vantaggioso rispetto al contratto, in quanto il contratto avvantaggerebbe il debitore che gode delle misure premiali ma non garantirebbe ai creditori l'esenzione da revocatoria per gli atti posti in essere in sua esecuzione

Continuando con gli altri possibili esiti, il comma 2 descrive l'ipotesi della conclusione di un accordo di ristrutturazione dei debiti.

L'imprenditore, all'esito delle trattative, può domandare l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, che può essere o l'accordo di cui all'art 182 bis della l.fall. ovvero l'accordo previsto dall'art 61 CCII²³⁵ ed inserito dall'art 20 del D.L. n. 118/2011 ovvero ancora l'accordo agevolato previsto dall'art 182 novies della l. fall.²³⁶ anch'esso introdotto nell'art 20 del D.L.

Gli istituti sopra richiamati sono stati trasferiti dal Codice della crisi e dell'insolvenza al Decreto-legge 118 senza particolari sconvolgimenti, sono state apportate solo delle modifiche che li rendono più facilmente applicabili.

Ciò che distingue tale accordo dagli altri sono due aspetti innovativi

In primo luogo, l'accordo di ristrutturazione dei debiti è un atto esclusivo dell'imprenditore. L'esperto non partecipa alla redazione dell'atto. Tuttavia, ove si tratti di accordo ad efficacia estesa, se l'esperto dà atto nella relazione finale del raggiungimento dell'accordo, che è quindi direttamente connesso con le trattative della composizione negoziale, la percentuale di consensi che permette di rendere l'accordo vincolante anche per i creditori non aderenti che appartengono alla medesima categoria è ridotta dal 75 al 60%.

In secondo luogo, a differenza delle ipotesi previste nel primo comma, l'accordo di ristrutturazione non deve necessariamente assicurare il superamento della situazione di crisi e di insolvenza.

Il legislatore utilizza la parola "accordo" indistintamente per riferirsi all'accordo di cui all'art 11, comma 1, lett. c) e l'accordo di ristrutturazione dei debiti di cui al secondo comma della medesima norma con riferimento però ai soli accordi per così dire ordinari, ovvero quelli ad efficacia estesa (182 septies l. fall.) e quelli agevolati (182 novies l. fall.). per tale ragione, l'aumento del compenso

²³⁵ Si fa riferimento all'accordo di ristrutturazione ad efficacia estesa che all'art 61 del CCII prevede «1. Le disposizioni di cui alla presente sezione si applicano, in deroga agli articoli 1372 e 1411 del Codice civile, al caso in cui gli effetti dell'accordo vengano estesi anche ai creditori non aderenti che appartengano alla medesima categoria, individuata tenuto conto dell'omogeneità di posizione giuridica ed interessi economici.»

²³⁶ Si fa riferimento all'accordo di ristrutturazione agevolato che prevede «La percentuale di cui all'articolo 182 bis, primo comma, è ridotta della metà quando il debitore: a) abbia rinunciato alla moratoria di cui all'articolo 182 bis, primo comma, lettere a) e b); b) non abbia presentato il ricorso previsto dall'articolo 161, sesto comma, e non abbia richiesto la sospensione prevista dall'articolo 182 bis, sesto comma.»

dell'esperto del 100% spetta anche nei casi in cui si concludono gli accordi di ristrutturazione cui fa riferimento il secondo comma della norma.

L'imprenditore, ai sensi dell'art 11 al comma 3, quando le trattative non siano andate a buon fine, può:

- 4) predisporre il piano attestato di risanamento
- 5) proporre la domanda di concordato preventivo ovvero di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio
- 6) come *extrema ratio*, domandare l'apertura della procedura liquidatoria e quindi il fallimento ovvero, nei casi previsti dalla legge, l'amministrazione straordinaria

Non sempre, però, l'esito negativo delle trattative esclude che si possa giungere ad una soluzione negoziale. Può capitare che alcuni creditori abbiano manifestato la loro disponibilità a tale soluzione e che quindi si possa giungere alla relazione di un piano attestato che coinvolga solo i creditori aderenti oppure il parziale consenso potrà essere la base per una domanda di concordato preventivo o del concordato liquidatorio semplificato.

Può anche essere che dalla relazione finale dell'esperto emerga che l'unica soluzione rimasta a disposizione è la soluzione liquidatoria e quindi il fallimento o l'amministrazione straordinaria.

Il legislatore ha inserito questo terzo e ultimo comma dell'art 11 perché probabilmente riteneva che nonostante le trattative non siano andate a buon fine e nonostante non fossero utilizzabili le soluzioni individuate nel primo e nel secondo comma, tutte le soluzioni fondate sull'accordo con i creditori e destinate a consentire la prosecuzione dell'impresa (anche eventualmente in capo ad un soggetto terzo), danno, a prescindere, maggiori possibilità di soluzione della crisi.

E quindi, per incentivare comunque l'accesso alla composizione negoziata sono previsti anche in questi ultimi casi vantaggi per l'imprenditore: il godimento di incentivi fiscali.

L'unico caso in cui questi vengono meno è quello in cui la soluzione liquidatoria concorsuale diventa inevitabile.

Infine, per la conduzione delle trattative in caso di gruppo di imprese si fa riferimento all'articolo 13 del D.L. n. 118/2021.²³⁷

²³⁷ Per quanto riguarda lo svolgimento delle trattative nel gruppo di imprese, l'Art. 13 del D.L. stabilisce che l'esperto svolge i compiti ordinariamente previsti "in modo unitario per tutte le imprese che hanno formulato l'istanza", operando in un'ottica di gruppo, anziché tramite una visione "stand alone". Tuttavia, poiché lo svolgimento delle trattative in maniera unitaria con i creditori di tutte le imprese che hanno fatto richiesta di accesso alla cnc potrebbe risultare particolarmente complessa per un unico esperto, a quest'ultimo è consentito di procedervi distintamente per singola impresa. È ammessa la partecipazione alle trattative anche delle imprese del gruppo che non si trovano nelle condizioni di equilibrio patrimoniale o economico-finanziario richieste dall'Art. 2 per accedere all'istituto.

^^^^^^^

Conseguenze in caso di insuccesso del percorso della composizione negoziata

In via generale, anche l'esito negativo della composizione negoziata lascia l'imprenditore in bonis, tranne che egli non scelga di accedere ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui all'ultimo comma dell'art 11 del D.L.²³⁸

Il primo effetto è che, al termine della procedura, le misure protettive e cautelari, richieste dall'imprenditore, vengono meno. L'art 5, comma 8, del D.L. prevede che *“il giudice dichiara cessati gli effetti”* delle suddette misure al termine dell'incarico dell'esperto.

La conseguenza è che l'imprenditore potrebbe così subire azioni esecutive dei creditori che possono addirittura chiedere la dichiarazione di fallimento.

Poi, premesso che durante la cnc l'imprenditore non è soggetto ad alcuno spossessamento ed ha, per tale ragione, il diritto di compiere atti di ordinaria e straordinaria amministrazione (art 9 comma 1), alla conclusione del percorso l'imprenditore non recupera la libera disponibilità dei propri diritti perché in effetti non l'ha mai persa.

Tuttavia, la sua posizione è differente rispetto a quella che ha ricoperto in pendenza dello strumento.

Innanzitutto, l'imprenditore durante la gestione dell'impresa si imbatte in degli ostacoli, che, al termine della cnc vengono meno.

Si pensi ad esempio, all'art 9 comma 1 che prevede obbligo imposto all'imprenditore di gestire l'impresa in modo da non recare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività, se si trova in stato di crisi, e nel prevalente interesse dei creditori se sussiste lo stato di insolvenza, ma vi sono concrete prospettive di risanamento.

O ancora, non esiste una norma che al di fuori della cnc obblighi l'imprenditore in stato di insolvenza a gestire l'impresa nell'interesse dei creditori, con il dovere di non peggiorala rinunciando quindi quando non sussistano concrete prospettive di risanamento.

Obblighi di questo tipo non sono espressamente affermati dal legislatore al di fuori della composizione negoziata.

Apparentemente, quindi, l'imprenditore con la chiusura del procedimento riacquista quella discrezionalità nel gestire l'impresa che aveva, anche se solo in parte, perso durante la cnc.²³⁹

²³⁸ L. PANZANI, *op. cit.* pag. 1598

²³⁹ Si utilizza il termine *“apparentemente”* perché in realtà la differenza nella posizione dell'imprenditore in pendenza e al di fuori dello strumento appare illusoria

Difatti, non c'è ragione perché doveri che vigono per un imprenditore obbligato a risolvere la crisi o l'insolvenza con una trattativa con i creditori, sotto il controllo dell'esperto, non dovrebbero valere in un contesto, anche peggiore, di crisi in cui le trattative non sono andate a buon fine.

Conservazione degli effetti dopo la chiusura della cnc

A seguito dell'insuccesso delle trattative, alcuni effetti, ai sensi dell'Art 12 del D.L. n. 118/2021 permangono.

In primis, resta ferma la responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti sia in pendenza della composizione negoziata sia al termine di questa (Art 12 comma 4 D.L.).

Il primo comma dell'Art. 12 afferma che gli atti autorizzati dal tribunale ai sensi dell'Art. 10 del Decreto e quindi i finanziamenti assistiti da prededuzione, la cessione d'azienda con l'effetto liberatorio per l'acquirente dai debiti pregressi conservano i propri effetti se successivamente intervengono un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato, un concordato preventivo omologato, il fallimento, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria o il concordato semplificato.

Inoltre, il comma 2 precisa che *“i pagamenti e le garanzie”* realizzati dall'imprenditore nel periodo susseguente alla accettazione dell'incarico da parte dell'esperto non sono soggetti all'azione revocatoria *«purché coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti al momento in cui sono stati compiuti»*.

Ed infine, va menzionata la disposizione di cui al comma 3 che descrive che *«gli atti di straordinaria amministrazione e i pagamenti effettuati nel periodo successivo alla accettazione dell'incarico dell'esperto»* non sono soggette alle azioni di cui agli articoli 66 e 67 della legge fallimentare se il tribunale ha accolto la richiesta di autorizzazione presentata ai sensi dell'articolo 10 del D.L.

In conclusione, il Panzani sottolinea che il legislatore nell'indicare le varie strade cui può accedere l'imprenditore all'esito della composizione negoziata abbia disegnato una *road map* senza alternative, infatti, secondo l'autore *«l'insuccesso della composizione negoziata non lascia sostanzialmente spazi al di fuori delle soluzioni disegnate dall'ordinamento. Se l'imprenditore non è in grado di accedere alle ipotesi disegnate dal primo e dal secondo comma della norma, dovrà quasi necessariamente seguire la strada segnata dal comma terzo»*.

È chiaro però che tale ultima strada non porta necessariamente alla soluzione liquidatoria in quanto il comma terzo fa riferimento al piano attestato o alla procedura del concordato semplificato, che nonostante siano procedure liquidatore assicurano la continuità aziendale, anche se in via indiretta, tramite la cessione dell'azienda.

4.4 Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio

L'art 18 del D.L. 118 del 20221 introduce una procedura concordataria agevolata come possibile esito di una composizione negoziata della crisi che non abbia generato soluzioni più efficaci.²⁴⁰

La procedura è un *addendum* concesso agli imprenditori frustrati dal Covid, soprattutto di dimensioni medio-piccole, di avvalersi di una procedura più snella e agevole rispetto al concordato ordinario, invece troppo rigido nelle forme.²⁴¹

²⁴⁰ La lett. b) del comma terzo dell'Art. 11 recita inequivocabilmente che: *«l'imprenditore può proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 18 del presente decreto»*.

Il nuovo strumento, delineato come *extrema ratio*, favorisce la salvaguardia, per quello che rimane, della continuità dell'impresa assicurandone la cessione mentre l'impresa, anche se per poco, è ancora in vita.

La funzione che contrassegna il concordato è quella esdebitoria: ossia quella di portare in pareggio le esposizioni passive dell'impresa eliminando le obbligazioni originarie. Questo obiettivo viene raggiunto tramite lo smembramento e la disgregazione aziendale vendendo unitariamente l'azienda in modo da acquisire un maggior ricavo.²⁴²

In questa procedura il debitore esce di scena in quanto è obbligato ad abbandonare l'azienda al miglior offerente o all'unico soggetto che si interessi del complesso aziendale.

Dal lato dei creditori, l'esito del concordato semplificato non si fonda sul miglior soddisfacimento dei creditori che si devono accontentare dell'assenza del pregiudizio.

Per il resto, non vi sono forti differenze fra concordato ordinario e semplificato, presentando quest'ultimo, al pari del primo, le caratteristiche più ricorrenti della procedura concorsuale.

In primo luogo, il presupposto per accedere al concordato semplificato è la presenza di crisi o di insolvenza, accertamento effettuato da parte dell'autorità giudiziaria.

Inoltre, anche nel concordato semplificato è presente un meccanismo di protezione patrimoniale, che consiste in uno *stay* delle iniziative cautelari ed esecutive; il blocco, tra l'altro, nel semplificato è identico a quello del concordato ordinario, infatti si richiama nell'Art. 18 del D.L. n. 118/2011, l'Art. 168 comma 2 L. fall.²⁴³

Ancora, è presente, come nel concordato ordinario, il vincolo della *par condicio creditorum*.

Infine, vengono in rilievo una serie di esenzioni da revocabilità, sia di atti che di pagamenti.

La perfetta corrispondenza delle caratteristiche è però segnata da un tratto distintivo. Il concordato liquidatorio ordinario è una procedura negoziata svolta interamente coi creditori mentre non lo è il semplificato, in quanto la negoziazione con i crediti è già avvenuta e si è rilevata infruttuosa.

Il concordato liquidatorio serve, quindi, da incentivo alle parti, compresi i creditori, a mettersi in ascolto per cercare una soluzione anziché rimanere in attesa.

È bene già adesso chiarire un aspetto che potrebbe generare equivoci con la disciplina del concordato preventivo.

Il concordato semplificato si può concludere o con il trasferimento a terzi dell'intera azienda o di suoi rami oppure perseguendo la continuità indiretta ma ciò che non è consentito nel concordato semplificato è la continuità diretta in capo all'imprenditore e la ragione di ciò è di molto chiara.

Nel concordato preventivo sono i creditori a votare ed a decidere anche sulla conservazione in capo al debitore dell'azienda o di rami della stessa, mentre nel concordato semplificato i creditori non votano. Per questo motivo, se il debitore vuole continuare direttamente l'attività d'impresa e trattenere per sé tutta o parte dell'azienda non può accedere al concordato semplificato, ma deve far ricorso al concordato preventivo e sottoporre la sua proposta al voto dei creditori.

²⁴¹ S. LEUZZI, *il concordato semplificato: uno sguardo d'insieme*, corso del csm, Roma 2022.

²⁴² Per un esame più dettagliato, si rimanda a S. MORRI, *il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio* in Rivista Il Fallimentarista, 2022.

²⁴³ L'effetto di protezione patrimoniale prodotto dall'art 18 del D.L. n.118 è il seguente: "le prescrizioni che sarebbero state interrotte dagli atti predetti rimangono sospese, e le decadenze non si verificano." ex art 168 co. 2 l. fall.

Per la stessa ragione non sono ammissibili concordati semplificati c.d. “*misti*”²⁴⁴, nei quali sia prevista tanto la prosecuzione diretta dell’attività, quanto la liquidazione di alcuni beni.

Va sottolineato che il debitore deve presentare la domanda entro un certo periodo di tempo. L’archiviazione esclude che le trattative si siano svolte “in buona fede” e la mancanza di una precedente negoziazione comporta l’impraticabilità di soluzioni alternative chiudendo quindi la porta d’ingresso al concordato semplificato.

Addentrando di più nella disciplina, la domanda di concordato va proposta nei sessanta giorni successivi alla comunicazione della relazione finale dell’esperto. Il termine decorre dalla data in cui il debitore riceve la comunicazione della relazione finale dell’esperto ed è perentorio e decadenziale, non soggetto a proroghe.²⁴⁵

Alla domanda vanno allegati il piano, i documenti indicati nell’art 161, comma 2 lett. a), b), c) d), l.fall.²⁴⁶. Non è richiesto il deposito della relazione dell’esperto ex art 161, comma 3, l.fall. per esigenze di semplificazione e celerità che caratterizzano la procedura.

Devono invece essere allegati la relazione finale e il successivo parere dell’esperto sui risultati della liquidazione.

La domanda si presenta con ricorso «*al tribunale del luogo in cui l’impresa ha la propria sede principale*».

Per quanto riguarda la competenza a decidere condizioni e contenuto della proposta, nonché i profili formali e pubblicitari della decisione, possono applicarsi in via analogica le disposizioni dettate dagli artt. 152 e 161 l.fall. per il concordato fallimentare ed il concordato preventivo, in forza delle quali, salva diversa disposizione dell’atto costitutivo o dello statuto, le decisioni o la deliberazione: a) nelle società di persone, sono approvate dai soci che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale sociale; b) nelle società per azioni, in accomandita per azioni e a responsabilità limitata, nonché nelle società cooperative sono deliberate dagli amministratori.

La corrispondenza di queste disposizioni è dovuta al fatto che sia nel concordato preventivo che nel concordato semplificato, quando la società è in crisi o insolvenza, l’attività degli amministratori deve essere finalizzata alla tutela dell’interesse primario dei creditori, dovendo assumere le scelte più efficaci senza l’influenza e la pressione dei soci.

²⁴⁴ La figura del concordato “*misto*” non si riferisce al concordato con continuità aziendale indiretta, ove è prevista la cessione a terzi dell’azienda in esercizio o il suo conferimento in una o più società, ma viene invece riferita al concordato con continuità aziendale “diretta” o “pura” nel momento in cui sia prevista nel piano anche la liquidazione di beni non strategici, ovvero non funzionali. Questo tipo di concordato è in realtà un concordato con continuità aziendale pura, conformato sulla vecchia categoria del concordato per garanzia, o promissorio, oggi immesso nella più generale tipologia del concordato ristrutturatorio. In questo tipo di concordato, a differenza di quanto accade nei classici concordati liquidatori per cessione dei beni, il debitore rimane nella titolarità dei suoi beni e può continuare liberamente a disporre.

²⁴⁵ G. D’ATTORE, *il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in Rivista Il fallimento 2021

²⁴⁶ Come prevede l’art 161 comma 2 della legge fallimentare: «*il debitore deve presentare con il ricorso*
a) *una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa;*
b) *uno stato analitico ed estimativo delle attività e l’elenco nominativo dei creditori, con l’indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;*
c) *l’elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore;*
d) *il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili*».

Come precisa l'art 18 del D.L. «*il ricorso è comunicato al pubblico ministero e pubblicato, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria*».

Come già sottolineato l'imprenditore deve presentare in allegato alla domanda il *piano di liquidazione* che contiene una descrizione accurata delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Il piano deve contenere le modalità di cessione dei beni che può avvenire tramite il trasferimento a favore di terzi dell'intera azienda o di rami di essa.

Per quanto concerne il contenuto del piano la disciplina normativa è piuttosto scarna, la disposizione normativa prevede soltanto che «*la proposta può prevedere la suddivisione dei creditori in classi*». La disposizione presenta molti interrogativi su quali criteri vadano usati per la suddivisione dei creditori in classi, su quali siano gli effetti della classificazione e sulla facoltatività o meno della suddivisione.

Nulla dispone la norma in ordine alle modalità di soddisfacimento, ma non si identificano impedimenti rispetto alla possibilità di consentire il soddisfacimento dei creditori in qualsiasi forma, sia attraverso il pagamento in danaro, sia con modalità differenti.

Escluso un eventuale obbligo di pagamento integrale, ai creditori va comunque assicurato un trattamento minimo garantito.²⁴⁷

Il tribunale deve verificare il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione (Art. 18, comma 5, D.L. n. 118/2021). È pacifico che possono riproporsi nel concordato semplificato le due possibili interpretazioni sull'ordine delle cause di prelazione: la *relative priority rule* o la *absolute priority rule*.²⁴⁸

Del pari non è applicabile al concordato semplificato l'ulteriore vincolo che opera nel concordato ordinario di tipo liquidatorio, rappresentato dall'obbligo di assicurare il pagamento di almeno il venti per cento dei crediti chirografari.

Di contro, esiste per il concordato semplificato un vincolo inderogabile che, invece, non opera nel concordato preventivo. Nel concordato semplificato non sono, infatti, ammissibili proposte con previsione di cessione solo parziale dei beni ai creditori perché la mancanza di voti dei creditori impone che tutto il patrimonio del debitore sia liquidato.

Continuando ad analizzare i profili formali, la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese produce effetti nei confronti del debitore e dei creditori. L'art 18 del D.L. richiama gli articoli 111²⁴⁹, 167²⁵⁰, 168²⁵¹ e 169²⁵² della l.fall.

²⁴⁷ Il trattamento minimo per i creditori non deve essere inferiore a quello realizzabile sul ricavato, in caso di liquidazione, dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, avuto riguardo al loro valore di mercato, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali.

²⁴⁸ Si tratta di due regole che, diversamente, danno un'interpretazione sull'ordine delle cause di prelazione. Secondo la prima è possibile il pagamento di creditori di rango inferiore anche in assenza di pagamento integrale dei creditori di rango superiore, a condizione che detto pagamento sia di misura inferiore. In base alla seconda regola invece è possibile prevedere la soddisfazione dei creditori di rango successivo solo successivo qualora siano stati integralmente soddisfatto quello di rango precedente, salvo che siano utilizzate risorse finanziarie non provenienti dal patrimonio del debitore e che costituiscano apporti di terzi estranei.

²⁴⁹ La disposizione in commento disciplina un aspetto fondamentale della distribuzione delle somme, determinando l'ordine di soddisfazione dei diversi creditori. In particolare, la norma sancisce la prevalenza assoluta dei crediti prededucibili, cioè quelli che la legge definisce tali o sono connessi alla procedura (e non sono quindi debiti del fallito).

Dopo aver depositato il ricorso, il tribunale effettua un giudizio di ammissibilità.

Questa fase di delibazione sull'ammissibilità della proposta da parte del tribunale non è descritta in modo completo. Infatti, l'art 18 al comma 3 dispone semplicemente che il tribunale deve valutare "la ritualità della proposta" e acquisire la relazione finale e il parere dell'esperto.

Il giudizio del tribunale si basa sul controllo delle condizioni di ammissibilità previste dal comma 1 dell'art 18 ed in particolare sulla dichiarazione dell'esperto che le trattative si siano svolte secondo correttezza e buona fede (anche se il tribunale non è vincolato dalle conclusioni dell'esperto potendo valutare diversamente da quanto da lui dichiarato) e sulla fattibilità economica del piano di liquidazione.

Se il giudizio ha esito positivo, deve nominare con decreto un ausiliario e con il medesimo decreto assegna un termine allo stesso per il deposito del suo parere²⁵³, ordina la comunicazione della proposta ai creditori e fissa l'udienza di omologazione. È proprio con questo decreto che si apre la procedura.

L'ausiliario è l'organo che svolge compiti di tipo tecnico ed esecutivo. I compiti possono essere racchiusi in quattro categorie: vigilanza, informazione, ausilio e gestori diretti.

L'ausiliario deve accettare l'incarico entro tre giorni dalla comunicazione.²⁵⁴

In particolare, è richiesta l'indipendenza, l'assenza di frequentazione costante con magistrati o requirenti del distretto di Corte d'Appello nel quale ha sede l'ufficio giudiziario presso il quale è pendente il procedimento ed inoltre non può mancare l'indipendenza rispetto al debitore.

Se al contrario il tribunale valuta che la proposta non è "rituale" perché non sussistono i presupposti e le condizioni, bloccherà il passaggio successivo alla fase dell'omologazione.

Dato che gli effetti nei confronti del debitore e del creditore si sono già prodotti, con la dichiarazione di inammissibilità, il tribunale dovrà altresì dichiarare la cessazione degli effetti.

Tornando al caso in cui la proposta è stata dichiarata ammissibile dal tribunale, secondo il comma 4 dell'articolo 18 del D.L. «*deve essere comunicata a cura del debitore ai creditori risultanti dall'elenco depositato ai sensi dell'Art. 5, comma 3, lett. c), D.L. n. 118/2021, ove possibile a mezzo posta elettronica certificata, specificando dove possono essere reperiti i dati per la sua valutazione*».

²⁵⁰ Durante la procedura di concordato, il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale.

²⁵¹ La norma stabilisce che il divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari non vale per i creditori successivi alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

²⁵² L'articolo in commento stabilisce l'applicabilità al concordato preventivo della disciplina dettata nel fallimento in relazione alla modificazione dei diritti dei creditori.

²⁵³ Il contenuto del parere dell'ausiliario si sovrappone in parte a quello del parere dell'esperto, che, per espressa previsione legislativa, deve avere "specifico riferimento ai presumibili risultati della liquidazione e alle garanzie offerte". Il parere dell'esperto è, però, rivolto in modo specifico alla valutazione dell'attivo offerto, in termini di presumibili risultati della liquidazione sotto il profilo sia quantitativo, sia temporale, mentre non è volto ad una valutazione sul passivo da soddisfare, né ad una comparazione con lo scenario fallimentare.

²⁵⁴ Con riferimento ai requisiti per la nomina, il legislatore si limita a prevedere che all'ausiliario «*si applicano le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4-bis, e 35.1 codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159; si osservano altresì le disposizioni di cui all'articolo 35.2 del predetto decreto*».

Tra la scadenza del termine concesso all'ausiliario per il deposito del parere e l'udienza di omologazione devono decorrere non meno di trenta giorni.

A questo punto, la procedura procede spedita verso l'omologazione. Non vi è il voto dei creditori e non vi è spazio, per eventuali proposte concorrenti, in quanto, mancando la votazione, non vi sarebbe modo di scegliere quale proposta far prevalere.

Per espressa previsione legislativa, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'Art. 173 L. fall.²⁵⁵

In assenza della votazione dei creditori, la fase dell'omologazione assume un carattere più rilevante nel concordato semplificato rispetto a quanto avviene nel concordato preventivo ordinario, essendo questa la fase dove garantire piena tutela agli interessi di tutti coloro che sono coinvolti nella procedura della crisi.

La data dell'udienza dell'omologazione è fissata dal tribunale nel decreto di apertura; i creditori e qualsiasi interessato possono proporre opposizione all'omologazione costituendosi nel termine perentorio di dieci giorni prima dell'udienza fissata (Art. 18, comma 4, D.L. n. 118/2021).

Il tribunale, assunti i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, «*omologa il concordato quando, verificata la regolarità del contraddittorio e del procedimento, nonché il rispetto dell'ordine delle cause di prelazione e la fattibilità del piano di liquidazione, rileva che la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare e comunque assicura un'utilità a ciascun creditore*» (Art. 18, comma 5, D.L. n. 118/2021).»

I controlli da svolgere in sede di omologazione sono vari e diversificati e vanno sempre effettuati dal tribunale.

Innanzitutto, il tribunale deve svolgere un controllo sulla regolarità del contraddittorio e del procedimento.²⁵⁶

Poi deve controllare che la proposta non leda alcuna norma imperativa e non superi i limiti insuperabili posti dalla legge: tale controllo consiste nel verificare il «*rispetto dell'ordine delle cause di prelazione*» che è richiesto espressamente dalla legge.

Successivamente, deve valutare la fattibilità economica del piano di liquidazione.²⁵⁷

Vanno identificati il soggetto e l'oggetto della valutazione.

²⁵⁵ La norma precisa che scoperta di atti di frode commessi dall'imprenditore che ha chiesto l'ammissione al concordato fa venire meno la fiducia che in lui è stata riposta; quindi, autorizza la revoca dell'ammissione al beneficio.

²⁵⁶ Tali controlli consistono nel verificare il rispetto delle norme che disciplinano lo svolgimento dal momento del deposito della domanda e fino all'omologazione, compreso la verifica di atti in frode prima non segnalati o non considerati.

²⁵⁷ Il comma quinto dell'Art. 18 del D.L. richiede una verifica sulla fattibilità del piano di liquidazione. La nuova norma fa riferimento alla verifica della fattibilità sia in senso giuridico in senso economico.

Tramite questa verifica bisogna accertare che la proposta assicuri un'utilità a ciascun creditore, viene a questo proposito richiamata la lett. e) del secondo comma dell'Art. 161 l. fall., che prevede che "in ogni caso, la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore"; v G. BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2022*, in Rivista Diritto della Crisi, 2022

Il soggetto rispetto al quale valutare il trattamento proposto è il singolo creditore, nel senso che nessun creditore deve subire un pregiudizio rispetto all'alternativa della liquidazione fallimentare, senza che rilevi quanto complessivamente offerto alla massa dei creditori.

L'oggetto della valutazione, ovvero il modo in cui va effettivamente accertare l'assenza di pregiudizio rispetto alla liquidazione fallimentare, è profilo scomodo da accertare.

È necessario comparare l'importo fissato in sede di concordato semplificato con l'importo che sarebbe stato conseguito in sede di fallimento

Ma l'importo, anche se assume rilievo fondamentale, non è l'unico parametro di riferimento, in quanto deve essere tenuto in considerazione anche il profilo temporale in cui il creditore viene soddisfatto.

L'omologazione del Concordato semplificato genera nei confronti dei creditori e del debitore gli stessi effetti prodotti dall'omologazione del concordato preventivo ordinario, come previsto dal rinvio all'Art. 184 L.fall. (Art. 18, comma 8, D.L. n. 118/2021).

Una volta effettuate tutte queste verifiche, *«il tribunale provvede con decreto motivato, immediatamente esecutivo. Il decreto, pubblicato a norma dell'Art. 17 L. fall., è comunicato dalla cancelleria alle parti che, nei successivi trenta giorni, possono proporre reclamo alla Corte d'Appello ai sensi dell'Art. 183 l. fall.; a sua volta, il decreto della Corte d'Appello è ricorribile per cassazione entro trenta giorni dalla comunicazione.»*²⁵⁸

Per concludere, la procedura di concordato semplificato ha come tema centrale la diversa considerazione dell'interesse dei creditori, che da punto cardine diventa in questa procedura un mero vincolo da rispettare.

Questo aspetto non deve, però, portare a considerare la procedura come uno strumento di facile attuazione, posto a disposizione del debitore solo ed esclusivamente per danneggiare i creditori e per disfarsi, senza particolari responsabilità o pericoli, dei propri debiti, oppure come una "minaccia" per costringere i creditori stessi ad accettare le sue proposte durante la composizione negoziata.

Rispetto a questo utilizzo distorto che si potrebbe fare del concordato semplificato esistono numerose garanzie, sia rinvenibili in via interpretativa dalla legge sia non previsti dalla legge: si va dall'inammissibilità di proposte con cessione solo parziale di beni, alla verifica del tribunale in sede di ammissione sulla buona fede tenuta in sede di composizione negoziata;²⁵⁹ alla legittimazione del liquidatore all'esercizio dell'azione sociale di responsabilità all'applicazione delle norme sui reati fallimentari.

²⁵⁸ Il provvedimento di cui al quarto comma dell'Art. 18, nonostante contenga la fissazione dell'udienza di omologazione, non è soggetto a pubblicazione in quanto non è ripetuto il primo comma dell'Art. 180 della l.fall. nella parte in cui dispone che l'analogo provvedimento del giudice delegato va "pubblicato a norma dell'articolo 17"

²⁵⁹ In questa procedura il giudice assume un ruolo di garanzia rispetto agli interessi dei singoli creditori, sostituendosi agli stessi per valutare la convenienza del concordato rispetto al fallimento, o, per stabilire se il concordato arreca loro "pregiudizio" rispetto ad un'altra procedura. È discusso se questo ruolo del giudice sia o meno lo strumento adatto per assicurare "il miglior soddisfacimento dei creditori".

In sintesi, il concordato semplificato aspira a raggiungere un armonico e proporzionato equilibrio tra gli interessi dei creditori, del debitore e dei terzi.

Solo l'esperienza potrà dirci se queste aspirazioni si realizzeranno.

CAPITOLO TERZO

CNC E CREDITI DETERIORATI

SOMMARIO: 1 L'attività e le funzioni delle banche. – 1.1 Le tipologie dei crediti delle banche. - 1.2 I crediti in bonis e i crediti deteriorati. - 1.2.1 La differenza tra NPLs e UTP. - 1.2.2 Valutazione ed analisi dei crediti c.d. "high risk" bancari – 1.2.3 La concessione Forbearance. – 1.3 La gestione dei crediti deteriorati. – 1.3.1 I fattori che incidono sulla scelta della soluzione: la scelta della banca di intervenire o non intervenire. – 1.3.2 Le tecniche tradizionali e le tecniche innovative. – 2 la sorveglianza degli NPL. – 2.1 screening degli NPL e il sistema dei controlli. – 2.2 L'elaborazione del piano operativo. – 2.2.1 Gli accantonamenti. – 2.3 L'allerta interna delle banche sul credito del debitore: l'eventuale concessione/revoca del credito. – 2.4 Asimmetria tra indici di allerta e criteri di classificazione dei crediti bancari nella percezione della crisi. – 3 NPL e crisi d'impresa 3.1 L'utilizzo della cnc in presenza di NPLs e UTP. – 3.1.1 I doveri dei creditori e la collaborazione tra creditori, banche e imprenditore. – 3.1.2 Il ruolo delle banche e degli intermediari nella cnc. – 3.3 L'accesso al credito bancario per l'impresa in crisi. – 3.1.3 L'assenza di revoca degli affidamenti a seguito dell'accesso alla cnc.

1 L'attività e le funzioni delle banche

La banca è un'impresa la cui attività consiste nella raccolta di risparmio e nella concessione del credito. In altri termini, le banche raccolgono denaro e lo danno in prestito ad imprese ed a famiglie. La banca funge da intermediatore e, infatti, si pone, da un lato, tra i soggetti che posseggono risorse finanziarie e vogliono investirle e, dall'altro, tra coloro che non dispongono di liquidità.²⁶⁰

Invero, i primi depositano presso le banche le proprie risorse al fine di investirle nella speranza che queste verranno rimborsate in una data prestabilita ma con un certo rendimento e i secondi chiedono prestiti agli istituti bancari.

Più nello specifico, le banche possono esercitare, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, fatte salve le riserve di attività previste dalla legge.²⁶¹

²⁶⁰ Per comodità di lettura, si riporta letteralmente l'Art. 10 del TUB: 1. *La raccolta di risparmio tra il pubblico e l'esercizio del credito costituisce l'attività bancaria. Essa ha carattere d'impresa.* 2. *L'esercizio dell'attività bancaria è riservato alle banche.* 3. *Le banche esercitano, oltre all'attività bancaria, ogni altra attività finanziaria, secondo la disciplina propria di ciascuna, nonché attività connesse o strumentali. Sono salve le riserve di attività previste dalla legge*"

²⁶¹ Per "attività finanziaria" si intende qualsiasi rapporto contrattuale nel quale le prestazioni delle parti sono di norma definite in moneta (in taluni contratti la controprestazione può essere costituita dalla consegna di un bene fisico, per es. per taluni future su merci) e si possono realizzare tipicamente in tempi diversi (obbligazioni, mutuo bancario ecc.), ma possono anche realizzarsi in tempi coincidenti (contratti di swap su tassi d'interesse ecc.), ovvero al verificarsi di certe condizioni/eventi (nel caso di credit default swap) o all'esercizio di una facoltà (contratti di opzione ecc.) dal sito ufficiale della Consob <https://www.consob.it/>

Ciò che distingue le banche dagli altri intermediari finanziari è la natura particolare delle loro passività (vale a dire, dei fondi che devono rimborsare a coloro che li hanno depositati): i clienti possono utilizzare le somme depositate sotto

Se non ci fossero le banche, un'impresa che ha bisogno di un finanziamento per realizzare un progetto dovrebbe impiegare elevati costi raccogliendo risorse finanziarie tra un grande numero di singoli risparmiatori.

Allo stesso modo, i risparmiatori intenzionati ad investire le proprie risorse dovrebbero autonomamente valutare la probabilità di successo e la capacità del debitore di restituire il finanziamento.

Le banche sono soggette a una regolamentazione speciale a presidio della sana e prudente gestione dell'attività. Difatti, la legislazione bancaria primaria è contenuta nel Testo Unico Bancario (D. Lgs 385/93 e successive modifiche).

In Europa, la Banca d'Italia è l'autorità nazionale competente per la vigilanza sulle banche nell'ambito del Meccanismo di vigilanza unico (*Single Supervisory Mechanism, SSM*).²⁶²

Il quadro regolamentare della vigilanza si articola in base alle fonti: internazionali, comunitarie, nazionali primarie e secondarie ed è consultabile sul sito della Banca d'Italia, nella sezione dedicata alla normativa.²⁶³

Nei sistemi bancari moderni sono presenti alcuni strumenti creati a tutela della stabilità del sistema bancario, come l'assicurazione dei depositi o il ricorso alla banca centrale nazionale come "*prestatore di ultima istanza*" (ciò significa che, in assenza di liquidità, le banche possono avere dei prestiti da parte della banca centrale di riferimento).

Le banche italiane partecipano al Fondo Interbancario di tutela dei Depositi (FITD)²⁶⁴ o, se sono Banche di Credito Cooperativo, al Fondo di Garanzia dei depositanti del credito cooperativo.

forma di conto corrente per effettuare "transazioni" (vale a dire, pagamenti) mediante strumenti di pagamento quali l'assegno, il bonifico o l'utilizzo di carte di debito (ad esempio, nei pagamenti a mezzo bancomat).

²⁶² Il Meccanismo di vigilanza unico (MVU) è il sistema europeo di vigilanza bancaria che comprende la BCE e le autorità di vigilanza nazionali dei paesi partecipanti.

Le principali finalità della vigilanza bancaria europea sono: salvaguardare la sicurezza e la solidità del sistema bancario europeo accrescere l'integrazione e la stabilità finanziarie assicurare una vigilanza coerente

Insieme al Meccanismo di risoluzione unico, la vigilanza bancaria europea è uno dei due pilastri dell'unione bancaria dell'UE.

²⁶³ La Banca d'Italia è la banca centrale della Repubblica italiana; è un istituto di diritto pubblico, regolato da norme nazionali ed europee. È parte integrante dell'Eurosistema, composto dalle banche centrali nazionali dell'area dell'euro e dalla Banca centrale europea. L'Eurosistema e le banche centrali degli Stati membri dell'Unione europea che non hanno adottato l'euro compongono il Sistema europeo di banche centrali. Persegue finalità d'interesse generale nel settore monetario e finanziario: il mantenimento della stabilità dei prezzi, obiettivo principale dell'Eurosistema in conformità al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea; la stabilità e l'efficienza del sistema finanziario, in attuazione del principio della tutela del risparmio sancito dalla Costituzione (Art. 47 - La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito), e gli altri compiti ad essa affidati dall'ordinamento nazionale. (dal sito web ufficiale della Banca D'Italia, <https://www.bancaditalia.it/>)

²⁶⁴ Il Fondo interbancario di tutela dei depositi (FITD) è un particolare fondo la cui funzione è fornire un risarcimento, nei casi previsti dalla legge e fino a un massimo di 100 000 euro, in caso di fallimento (o, più precisamente, di liquidazione coatta amministrativa) di una banca. In alcuni casi, come ad esempio il possesso di azioni, il rimborso non è dovuto. Fu costituito nel 1987 ed era inizialmente a adesione volontaria; dal 2011 è divenuto un consorzio obbligatorio riconosciuto dalla Banca d'Italia, la cui attività è disciplinata dallo statuto e dal regolamento. Le banche di credito cooperativo aderiscono invece a un fondo (sostanzialmente con le stesse funzioni) denominato Fondo di garanzia dei depositanti del credito cooperativo.

L'assicurazione dei depositi forma una delle componenti fondamentali su cui si basa la rete di sicurezza volta a garantire la stabilità del sistema bancario.

Viene individuata e tutelata, in tal modo, la funzione sociale del risparmio e la funzione monetaria dell'intermediazione bancaria, evitando, allo stesso tempo, dure ripercussioni per i depositanti in caso di squilibri bancari.

1.1 Le tipologie dei crediti delle banche

Dopo aver fatto questa doverosa premessa sull'attività e sulle funzioni economiche della banca, ai fini del presente elaborato interessa soffermarsi su una delle due attività riservate alle banche: quella della concessione del credito.

I crediti sono considerati una delle questioni principalmente esposte alle decisioni del management in materia di emissione, gestione e controllo del rischio.

In sostanza, le banche si occupano di verificare il rischio di inadempimento dei clienti che godono dei finanziamenti seguendo, passo dopo passo, l'avanzamento dei rapporti con le controparti così da valutare la loro capacità di rimborso, anche tenendo conto della loro situazione economica e finanziaria.

La funzione di controllo è volta a rintracciare anticipatamente eventuali segnali che mostrino il deterioramento dei crediti. Inoltre, quest'attività è importante per effettuare una corretta catalogazione delle esposizioni deteriorate.

La Circolare n.262 del 22 dicembre del 2005 (Circolare *Bankit*)²⁶⁵, nella sua recente revisione, suggerisce i criteri che le banche devono utilizzare per ordinare le esposizioni creditizie per cassa e fuori bilancio all'interno dei propri documenti contabili.

In particolare, nella bozza della Circolare n. 272 le esposizioni creditizie per cassa e fuori dal bilancio devono essere collocate nella macro-area delle esposizioni creditizie deteriorate.

Un'operazione "*fuori bilancio*" è considerata deteriorata se, nel caso di utilizzo, dà luogo a un'esposizione che presenta il rischio di non essere pienamente rimborsata, rispettando le condizioni contrattuali. Rientrano in questa categoria: garanzie rilasciate, impegni irrevocabili e revocabili a erogare fondi, ecc.

Le esposizioni creditizie "*per cassa*" riguardano, invece, tutte quelle attività finanziarie per cassa possedute nei confronti delle banche o della clientela, che possono essere collocate in diversi portafogli contabili ed in particolare sono: le esposizioni valutate a *fair value* con impatto a conto

²⁶⁵ La Circolare contiene le disposizioni che disciplinano, in conformità di quanto previsto dai principi contabili internazionali IAS/IFRS, gli schemi individuali e consolidati del bilancio (stato patrimoniale, conto economico, prospetto della redditività complessiva, prospetto delle variazioni del patrimonio netto e rendiconto finanziario), della nota integrativa e della relazione sulla gestione che le banche e le società finanziarie capogruppo dei gruppi bancari sono tenuti a produrre.

Gli intermediari inseriscono nella nota integrativa del bilancio le informazioni previste dagli IAS/IFRS non richiamate dalla Circolare n. 262 nel rispetto di tali principi.

economico,²⁶⁶ valutate a *fair value* con impatto sulla redditività complessiva, valutate al costo ammortizzato, attività finanziarie non correnti o attività in via di dismissione.

Occorre qui ricordare la definizione di attività finanziarie: esse sono le attività economiche (diverse da quelle di produzione di beni e servizi) comprendenti i mezzi di pagamento, gli strumenti finanziari e le attività economiche aventi natura simile agli strumenti finanziari.

Nello schema della nota integrativa²⁶⁷ del bilancio delle banche²⁶⁸ le attività finanziarie vengono ripartite sulla base di tre diversi criteri: sulla base della qualità della tipologia della controparte, sulla base della composizione merceologica e sulla base della qualità del credito.

Per quanto riguarda la tipologia della controparte si distinguono i finanziamenti effettuati dalle Banche Centrali da quelli effettuati dalle Amministrazioni Pubbliche e, ancora, i finanziamenti compiuti dalle società finanziarie rispetto a quelli compiuti dalle Banche.

Diversa la suddivisione fatta in base al criterio della composizione merceologica dove i finanziamenti possono essere distinti in: conti correnti, mutui, carte di credito, finanziamenti per

²⁶⁶ Tale categoria si compone di due sottocategorie: – attività finanziarie detenute per specifico scopo di trading; – attività finanziarie da considerare al *fair value* fin dal loro acquisto. In tale categoria vengono anche compresi tutti gli investimenti finanziari, diversi da strumenti rappresentativi di capitale, che non hanno un prezzo quotato in un mercato attivo, ma il cui *fair value* risulta determinabile.

²⁶⁷ La redazione del bilancio è stata modificata, a seguito dei suggerimenti degli organismi di regolamentazione contabile e del legislatore comunitario, introducendo una nuova classificazione e misurazione degli strumenti finanziari con lo scopo di incorporare una più adeguata e tempestiva rilevazione degli accantonamenti creditizi, in chiave anche prospettica.

La Nota Integrativa, aggiornata anch'essa sulla base degli standard contabili IFRS ed in particolare sul principio 9 IFRS, ha finalità informative utili per comprendere la formazione del bilancio del quale risulta parte integrante.

Sono numerose e significative le modifiche apportate alla Nota Integrativa, tra queste segnaliamo la nuova informativa che deve essere rappresentata per quanto riguarda la manifestazione contabile del rischio di credito in relazione al suo:

Aspetto qualitativo. Devono essere rappresentati i “metodi utilizzati per misurare le perdite attese”, “le esposizioni creditizie deteriorate”, “le politiche di *write off*”, “le politiche di rinegoziazione delle attività finanziarie ed esposizioni oggetto di concessione con i relativi effetti sulla misurazione delle perdite attese”.

Aspetto quantitativo. Vanno considerate e rappresentate sia le esposizioni creditizie per “cassa” come quelle “fuori bilancio”. Inoltre, le nuove tabelle debbono riportare, oltre ad i valori lordi delle esposizioni, gli aspetti dinamici delle rettifiche di valore in relazione ai relativi accantonamenti complessivi.

²⁶⁸ La circolare n. 262 del 22 dicembre 2005 è stata recepita nella G.U. “Istruzioni per la redazione del bilancio dell'impresa e del bilancio consolidato delle banche e delle società finanziarie capogruppo di gruppi bancari” (GU Serie Generale n.11 del 14-01-2006 - Suppl. Ordinario n. 12) .Essa dispone che: “*il bilancio dell'impresa e il bilancio consolidato delle banche iscritte nell'albo di cui all'Art. 13 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) (banche) e delle società finanziarie di cui all'Art. 1, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 27 gennaio 1992, n. 87 (società finanziarie capogruppo dei gruppi bancari) sono redatti in conformità dei principi contabili internazionali e secondo le istruzioni allegare che costituiscono parte integrante del presente provvedimento.*”

Decorrenza: “*Le istruzioni allegare si applicano a partire dal bilancio dell'impresa relativo all'esercizio chiuso o in corso al 31 dicembre 2006 e dal bilancio consolidato relativo all'esercizio chiuso o in corso al 31 dicembre 2005. Le banche e società finanziarie capogruppo dei gruppi bancari possono applicare le anzidette istruzioni a partire dal bilancio dell'impresa relativo all'esercizio chiuso o in corso al 31 dicembre 2005.*”

leasing, pronti contro termini, finanziamenti per factoring e una categoria residuale nota come “*altri finanziamenti*”.

Infine, l’ultima distinzione, quella che maggiormente interessa ai fini del presente elaborato, va fatta in relazione al criterio della qualità del credito. Vengono individuate, infatti, due macrocategorie: i “*crediti in bonis*” e le “*esposizioni deteriorate*”.

A sua volta, queste ultime sono suddivise in quattro sottocategorie:

- i) Sofferenze
- ii) Inadempienze probabili
- iii) Esposizioni scadute deteriorate
- iv) Esposizioni scadute non deteriorate

1.2 Crediti in bonis e crediti deteriorati

A seguito della crisi finanziaria del 2007-2009²⁶⁹ e del fallimento della nota banca di investimento statunitense, *Lehman Brothers*²⁷⁰, si è sentita l’esigenza di regolare in maniera uniforme la disciplina relativa alla classificazione dei crediti bancari.

A questo proposito, nel 2013 è stato emanato il Regolamento n. 575²⁷¹ relativo ai requisiti del capitale delle banche, disponendo all’art 178 indicazioni in materia di default di un debitore.²⁷²

²⁶⁹ La crisi finanziaria dei mutui *subprime* ha avuto inizio negli Stati Uniti nel 2006. I presupposti della crisi risalgono al 2003, quando cominciò ad aumentare in modo significativo l'erogazione di mutui ad alto rischio, ossia a clienti che in condizioni normali non avrebbero ottenuto credito poiché non sarebbero stati in grado di fornire sufficienti garanzie. I fattori che hanno stimolato la crescita dei mutui *subprime* sono riconducibili, tra l'altro, alle dinamiche del mercato immobiliare statunitense e allo sviluppo delle cartolarizzazioni.

²⁷⁰ Nell'agosto 2007 la nota società ha chiuso la sua banca dedicata ai prestiti subprime, *BNC Mortgage*, eliminando 1.200 posti di lavoro in 23 sedi e registrando una perdita dopo le imposte di 25 milioni di dollari e una riduzione di 27 milioni del goodwill. Lehman ha dichiarato che le scadenti condizioni del mercato nel settore dei mutui "hanno reso necessaria una sostanziale riduzione delle risorse e dell'impegno nell'area dei prestiti subprime". Nel 2008 Lehman ha affrontato una perdita senza precedenti per la persistente crisi dei subprime

²⁷¹ Noto con il nome di regolamento sui requisiti patrimoniali (CRR, *capital requirements regulation*), il regolamento ha lo scopo di rafforzare i requisiti prudenziali delle banche nell’Unione europea, chiedendo loro di mantenere capitali sufficienti e di assorbire le perdite e le attività liquide per garantire la propria solidità finanziaria. Il regolamento CRR richiede altresì alle banche di informare il pubblico sul proprio modo di conformarsi ai requisiti prudenziali.

L’obiettivo generale è rendere le banche più solide e resilienti in periodi di stress economico.

Tra le soluzioni innovative principali del regolamento (UE) n. 575/2013 vi sono:

- requisiti patrimoniali migliori e più elevati: le banche devono disporre di una somma totale di capitale che corrisponda almeno all’8 % delle proprie attività misurate in base ai rischi.
- misure relative alla liquidità: per garantire che le banche siano provviste di liquidità sufficiente, il regolamento introduce due riserve di liquidità:
- il coefficiente di copertura della liquidità, che intende garantire che le banche possiedano sufficienti attività liquide nel breve termine;
- il requisito dell’indice netto di stabilità dei finanziamenti, che intende garantire che le banche non si affidino troppo ai finanziamenti di breve termine per il finanziamento delle proprie attività di medio e lungo termine;
- limitazione della leva finanziaria: il regolamento stabilisce un coefficiente di leva finanziaria vincolante che intende limitare le banche dal finanziare una quota eccessiva delle proprie attività tramite il debito.

Nel regolamento viene, inoltre, attribuito il potere, tramite una delega, all’Autorità Bancaria Europea (EBA²⁷³) di emanare le Linee Guida relative all’attuazione del concetto di default ed alla Commissione Europea di definire, tramite un Regolamento²⁷⁴, l’ammontare dell’esposizioni c.d. in arretrato²⁷⁵, secondo i criteri indicati dall’EBA stessa.

In effetti, l’adozione di una metodologia comune ha reso più agevole il confronto tra i bilanci delle banche europee, rendendo così possibile la valutazione dello stato patrimoniale delle stesse.

Passiamo adesso alla distinzione delle due macrocategorie di crediti di una banca.

I crediti in bonis sono esposizioni solvibili, crediti che possono essere riscossi. In questo caso, la banca è certa che, rispettando le modalità contrattuali pattuite, potrà recuperare il suo credito.

Dunque, i crediti in bonis sono quelli *“che non hanno mostrato segnali di essere deteriorati”*.²⁷⁶

A loro volta i crediti in bonis possono essere divisi in: i) esposizioni che non mostrano sintomi di aumentato rischio; ii) esposizioni che hanno sofferto un peggioramento del valore del credito mediante il giudizio del rating interno; iii) esposizioni oggetto di misure di tolleranza (performing forborne) o che mostrano un decorso di oltre 30 giorni o che vengono attenzionate a seguito dell’affioramento di alcune difficoltà.

Invece, i crediti deteriorati sono crediti delle banche la cui riscossione è incerta, sia per la quota capitale che per gli interessi maturati.

²⁷² Per comodità di lettura si riporta l’articolo in questione, rubricato “Default di un debitore” che nello specifico recita: *“1. Si considera intervenuto un default in relazione a un particolare debitore allorché si verificano entrambi gli eventi sotto indicati o uno di essi: a) l’ente giudica improbabile che, senza il ricorso ad azioni quale l’escussione delle garanzie, il debitore adempia integralmente alle sue obbligazioni creditizie verso l’ente stesso, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni; b) il debitore è in arretrato da oltre 90 giorni su una obbligazione creditizia rilevante verso l’ente, la sua impresa madre o una delle sue filiazioni. Le autorità competenti possono sostituire il periodo di 90 giorni con uno di 180 giorni per le esposizioni garantite da immobili residenziali o da immobili non residenziali di PMI nella classe delle esposizioni al dettaglio, nonché per le esposizioni verso organismi del settore pubblico. Il periodo di 180 giorni non si applica ai fini dell’articolo 127. Nel caso delle esposizioni al dettaglio, gli enti possono applicare la definizione di default di cui al primo comma, lettere a) e b), al livello di una singola linea di credito anziché in relazione agli obblighi totali di un debitore. [...]”*

²⁷³ Per la definizione di EBA v. sito istituzionale www.eba.europa.eu: *“The European Banking Authority (EBA) is an independent EU Authority which works to ensure effective and consistent prudential regulation and supervision across the European banking sector. Its overall objectives are to maintain financial stability in the EU and to safeguard the integrity, efficiency, and orderly functioning of the banking sector. The main task of the EBA is to contribute to the creation of the European Single Rulebook in banking whose objective is to provide a single set of harmonized prudential rules for financial institutions throughout the EU. The Authority also plays an important role in promoting convergence of supervisory practices and is mandated to assess risks and vulnerabilities in the EU banking sector. The EBA was established on 1 January 2011 as part of the European System of Financial Supervision (ESFS) and took over all existing responsibilities and tasks of the Committee of European Banking Supervisors”*.

²⁷⁴ La Commissione Europea con il Regolamento delegato (UE) 2018/171 del 19 ottobre 2017 disciplina una nuova definizione di default, fissando nuovi criteri per la determinazione della soglia di rilevanza applicata dalle banche sulle esposizioni in arretrato dei propri clienti. Le nuove regole sono entrate in vigore dal 1° gennaio 2021.

²⁷⁵ Secondo le nuove regole, la banca è tenuta a classificare un’esposizione in default quando l’impresa è in arretrato da oltre 90 giorni su un’obbligazione creditizia rilevante. Per determinare la rilevanza dell’esposizione è stata identificata una soglia di rilevanza, articolata in due componenti: i) la componente assoluta pari a 500 euro e ii) la componente relativa pari all’1% dell’importo totale delle esposizioni dell’impresa verso la banca finanziatrice.

²⁷⁶ M. INTROZZI, “Crediti deteriorati (Npl): cosa sono e quali categorie comprendono”, febbraio 2019.

La riscossione di questi crediti, definiti anche prestiti non performanti (NPL, *Non Performing Loans*), può risultare difficile a causa di difficoltà economiche del contraente o può derivare da un'analisi imprudente da parte della banca che ha concesso il credito.

I prestiti non performanti (NPL) possono essere suddivisi in tre categorie:

- Inadempienze probabili (note come *Unlikely to pay o Utp*): l'incasso di questi crediti (sia del capitale concesso che degli interessi) è improbabile senza la necessità di ricorrere all'escussione delle garanzie. Questi crediti, che in genere riguardano imprese in difficoltà economica, possono essere riportati in bonis mettendo in atto degli interventi che aiutano l'impresa a risanare i propri debiti.
- Crediti in sofferenza: il recupero di questi crediti è l'operazione più complessa per una banca, poiché in questa categoria sono inclusi i soggetti debitori in stato di insolvenza, cioè coloro che non sono capaci di sanare il debito (*non performing loans o Npl*)
- Esposizioni scadute e/o sconfinanti deteriorate: di questa categoria, che è considerata residuale, fanno parte tutte le esposizioni scadute da più di 90 giorni e, in generale, tutti i crediti che non fanno parte delle inadempienze probabili e delle sofferenze (c.d. *past due*).

Il concetto di NpL emerge anche dal bisogno di fondere sotto un'unica categoria la definizione contabile di credito deteriorato, ovvero “*esposizione che ha subito una riduzione di valore*” (Principio contabile internazionale IAS 39²⁷⁷) e di individuare la definizione prudenziale di “*esposizione in stato di default*”.

Perciò, un credito diventa deteriorato quando si ritiene improbabile che il debitore sia in grado di rimborsare il prestito oppure se sono decorsi oltre 90 giorni dal termine entro il quale il debitore avrebbe dovuto rimborsare le rate prestabilite.

Il calcolo dei giorni viene compiuto a partire dal giorno successivo alla data in cui gli importi dovuti non sono stati liquidati e solamente dopo il superamento della soglia di rilevanza.²⁷⁸

Le soglie stabilite dal regolamento europeo n. 171/2018 con i relativi criteri, possono essere modificate dall'Autorità competente che può discostarsi del valore dell'1%, ma restando all'interno di un range compreso tra lo 0% e il 2.5%.

L'uscita dallo stato di default è consentita solo dopo che siano trascorsi tre mesi dal momento in cui l'impresa non presenti più le caratteristiche che hanno determinato il suddetto status in modo da avere la certezza che si tratti di un miglioramento di tipo permanente e consolidato.

È evidente che si tratta di criteri molto stringenti e vincolanti per gli intermediari finanziari con tutte le conseguenze che verranno successivamente illustrate.

²⁷⁷ Si richiama la definizione del principio così come riportato in www.revisorionline.it

La finalità del presente principio è quella di stabilire i principi per rilevare e valutare le attività e passività finanziarie e alcuni contratti per l'acquisto o la vendita di elementi non finanziari.

Per una più ampia disamina si veda M. Difino, “*Introduzione ai principi contabili Internazionali e il coordinamento con le norme fiscali. Scuola di Alta Formazione*”, i quaderni 9/2007.

In Italia, il D.lgs. n. 38/2005 ha previsto l'obbligo o la facoltà di applicare i principi contabili internazionali per talune tipologie societarie (società quotate, società con strumenti finanziari diffusi, banche e intermediari finanziari e imprese di assicurazione) a partire dal 1° gennaio 2005, su www.fondazione nazionale commercialisti.it.

²⁷⁸ V. nota 272

1.2.1 La differenza tra *Unlikely to Pay* e *Non performing Loans*

Come già evidenziato, all'interno della categoria degli Npe (acronimo di *Non Performing Exposure*) distinguiamo tre categorie, due delle quali sono gli Utp e gli Npl. Molto spesso questi due tipi di crediti vengono impropriamente fusi.

Al fine di evitare tale confusione, è opportuno delineare le caratteristiche principali delle due categorie di crediti e le differenze che le rendono autonome.

In primo luogo, gli Npl sono crediti delle banche la cui riscossione è incerta; gli UTP sono inadempienze molto probabili, rappresentano i crediti che stanno generando allerta e che sono fortemente a rischio di deterioramento.

La differenza è, quindi, sostanziale: mentre i primi sono identificabili come situazioni in cui l'insolvenza del debitore ha già, di fatto, provocato la cessazione del rapporto; nel secondo caso il rischio di insolvenza è ancora potenziale e l'ipotesi si riferisce ad un debitore ancora attivo.

In altri termini, i *Non Performing Loans* sono crediti inesigibili, definiti tali dalle banche quando il debitore è insolvente, mentre negli UTP il debitore non è qualificato come insolvente ma si trova solo in uno stato di difficoltà.

In secondo luogo, la differenza tra le due classi di crediti sta nell'attività di gestione del bene che viene trasferito dalla banca in fase di dismissione.

Infatti, nel caso di un NPL, l'oggetto della cessione è il credito poiché il contratto di finanziamento è già stato sciolto dalla banca.

Nel caso, invece, di un UTP ciò che viene ceduto è il contratto, in quanto lo stesso è ancora in vita.

In terzo luogo, come anche evidenziato dalle Linee guida della BCE (*Guidance to banks on non-performing loans*) pubblicate il 20 marzo del 2017, gli Utp vengono individuati svolgendo principalmente un'analisi di tipo qualitativo, a differenza degli NPLs che si fondano, invece, su criteri quantitativi.

Il criterio di tipo qualitativo consente di svolgere un'ampia valutazione discrezionale ed è per questo che è fondamentale che le banche delineino in maniera precisa degli indicatori volti ad individuare la probabile inadempienza. Le banche hanno il delicato compito, dunque, di identificare situazioni chiare e ben delineate mediante criteri automatici e manuali.

I criteri automatici sono quelli che non richiedono una verifica e tra questi si può considerare il fallimento del debitore.

Al contrario, i criteri manuali richiedono un'analisi circa il merito del credito e l'idoneità dei debitori di rimborsare. Questa valutazione si svolge attraverso un'analisi sistematica della situazione economica, finanziaria e patrimoniale del cliente.

Inoltre, per entrare in possesso di ulteriori informazioni sui clienti possono essere utilizzate fonti esterne quali i registri immobiliari e i registri delle imprese, le Camere di Commercio o semplici notizie di stampa.

Per di più, le Linee Guida dell'EBA forniscono un elenco di "*eventi Utp*" grazie ai quali le banche possono, più facilmente, comprendere se l'esposizione del cliente è o meno deteriorata.

Per fare qualche esempio: la presenza di un'azione legale in corso oppure l'assenza o la scarsa presenza di liquidità sono sintomi che l'esposizione debitoria è deteriorata.

Infine, ulteriore differenza riguarda la modalità di gestione delle due classi di crediti: infatti, mentre gli NPLs per il recupero del credito necessitano dell'avvio di procedure di tipo giudiziale, gli Utp di solito tendono a preferire una procedura di natura stragiudiziale.

Da ultimo, è bene precisare che gli UTP sono stati introdotti successivamente rispetto agli NPLs, tanto che rappresentano una delle novità più rilevanti introdotte dalle norme tecniche di attuazione (ITS: *Implementing Technical Standards* definiti dall'EBA nel 2013).²⁷⁹

1.2.1 Valutazione ed analisi dei crediti c.d. "high risk" bancari

Come vedremo in seguito, la valutazione del merito creditizio è il metodo che utilizzano le banche per verificare se il cliente è in grado di restituire la somma oggetto di prestito e nel caso in cui vi fossero delle situazioni particolarmente a rischio di deterioramento le banche stesse possono bloccare o limitare la concessione di denaro. Questo avviene di fronte ad un'altra categoria di crediti: i crediti bancari c.d. high risk.

A questo proposito, l'Art. 128 del CRR rubricato "*Items associated with particular high risk*" prevede al comma 1 quanto segue: «*Institutions shall assign a 150 % risk weight to exposures, including exposures in the form of shares or units in a CIU that are associated with particularly high risks, where appropriate.*»

Al comma 2 sono indicate tutte quelle esposizioni che sono considerate ad alto rischio:

(a) *investments in venture capital firms.*

(b) *investments in AIFs as defined in Article 4(1)(a) of Directive 2011/61/EU except where the mandate of the fund does not allow a leverage higher than that required under Article 51(3) of Directive 2009/65/EC.*

(c) *investments in private equity.*

(d) *speculative immovable property financing.*²⁸⁰

Gli investimenti in *venture capital firms* e gli investimenti in *private equity* hanno un obiettivo comune: contribuire al percorso di sviluppo di imprese promettenti tramite finanziamenti ad alto rischio. Sebbene abbiano lo stesso scopo, gli strumenti non sono intercambiabili.

Infatti, il *private equity* è rivolto ad imprese non quotate già mature con un certo fatturato mentre il *venture capital* si rivolge a *startup* e PMI innovative, con bassi ricavi o ricavi pari a zero.

²⁷⁹ These updated ITS include (i) new information on sovereign exposures; (ii) changes to operational risk; (iii) changes to additional monitoring metrics for liquidity and (iv) Q&A-based changes and other minor amendments. These changes form part of the EBA reporting framework version 2.7, which will be applicable for submissions of data as of March 2018. Per maggiori dettagli consultare il sito ufficiale dell'European Banking Authority (https://www.eba.europa.eu/languages/home_it)

²⁸⁰ Si riporta la traduzione in italiano del comma 1 e 2 dell'art 128 del CRR 1. Gli enti assegnano una ponderazione del rischio del 150 % alle esposizioni, comprese le esposizioni sotto forma di azioni o quote di un OIC che sono associate a rischi particolarmente elevati, se del caso.

2. Le esposizioni con rischi particolarmente elevati comprendono una delle seguenti esposizioni: a) investimenti in imprese di capitale di rischio; (b) investimenti in FIA quali definiti all'articolo 4, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2011/61/UE, salvo laddove il mandato del fondo non consenta una leva finanziaria superiore a quella richiesta dall'articolo 51, paragrafo 3, della direttiva 2009/ 65/CE; (c) investimenti in private equity; (d) finanziamento speculativo di immobili.

I fondi di *Private Equity* che si attivano per ricollocare sul mercato una società matura in difficoltà acquistano il 100% delle quote e prendono così il loro controllo.

Diversi sono i fondi di *Venture Capital* che sono costituiti da capitali ottenuti presso le fondazioni bancarie, gli enti previdenziali, le assicurazioni e soprattutto presso le banche. Con tali fondi vengono acquistate quote delle società, specialmente all'interno delle *start up*.

Oltre alle posizioni associate a rischi particolarmente elevati che sono già previste dall'articolo 128, paragrafo 2, del CRR (*Capital Requirements Regulation*) vi sono anche altre classi di esposizioni ad alto rischio e, in particolare, quelle citate all'articolo 112, lettere g), p) e q), (esposizioni verso imprese, esposizioni in strumenti capitali e altre esposizioni) del Regolamento (UE).

Passando all'analisi del comma 3 dell'art 128 del regolamento UE, vengono considerati "*high risk bancari*" anche esposizioni diverse da quelle di cui al paragrafo 2 purché i crediti abbiano tali caratteristiche:

«a) quando è evidente che possa emergere *un rischio elevato di perdita a seguito di inadempimento del debitore*;

b) *quando è impossibile valutare adeguatamente se l'esposizione rientri nella lettera a).*

L'ABE emana linee guida che specificano quali tipi di esposizioni sono associate a un rischio particolarmente elevato e in quali circostanze.»

Qualora gli enti individuino un qualsiasi tipo di esposizioni, diverse da quelle individuate ai sensi del paragrafo 5 o 6 dei presenti orientamenti, che comportano un rischio di perdita particolarmente elevato conformemente alle condizioni di cui all'articolo 128, paragrafo 3, del Regolamento (UE) n. 575/2013, dovrebbero informare le autorità competenti e trasmettere loro una breve descrizione delle principali caratteristiche di tali esposizioni. A loro volta, le autorità competenti dovrebbero informare l'ABE.

Ed infine, l'ultimo comma del suddetto articolo precisa che tali "*guidelines*" sono rette dall'articolo 16 del regolamento EU n.1093/2010.²⁸¹

Per quanto riguarda la valutazione delle esposizioni ad alto rischio, è opportuno precisare come le divergenze delle prassi degli enti e delle autorità di vigilanza potrebbero comportare una disparità di condizioni tra i diversi enti. Le linee guida dell'EBA hanno proprio lo scopo di incentivare gli Stati Membri ad aumentare la comparabilità dei requisiti.²⁸²

A questo proposito, l'EBA si impegna ad indicare un metodo generale per l'individuazione delle esposizioni da associare a rischi particolarmente elevati fornendo esempi di tipi di esposizione che dovrebbero essere considerate esposizioni da associare a tali rischi e introducendo un obbligo di notificazione per qualsiasi altra esposizione cui è stata attribuita una ponderazione del rischio pari al 150%.

²⁸¹ REGOLAMENTO (UE) N. 1093/2010 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 24 novembre 2010 che istituisce l'Autorità europea di vigilanza (Autorità bancaria europea), modifica la decisione n. 716/2009/CE e abroga la decisione 2009/78/CE della Commissione

²⁸² RELAZIONE FINALE SULLA SPECIFICAZIONE DEI TIPI DI ESPOSIZIONI DA ASSOCIARE A RISCHI ELEVATI A NORMA DELL'ARTICOLO 128, PARAGRAFO 3, DEL REGOLAMENTO (UE) N. 575/2013 17 gennaio 2019

1.2.3 La concessione *Forbearance*

Accanto alle suddette tipologie di *non performing loans*, le autorità di vigilanza europea hanno introdotto un'ulteriore definizione: quella di crediti oggetto di concessione (c.d. *forborne exposures*).

Si tratta di crediti deteriorati, ma anche *in bonis*, oggetto di concessioni (in inglese "*forbearance*") da parte della banca.²⁸³

Tali concessioni (ad esempio una riduzione del tasso di interesse del finanziamento oppure un allungamento della durata del finanziamento) costituiscono delle modifiche alle originarie condizioni contrattuali della linea di credito che la banca concede all'impresa cliente.

Tali misure di *forbearance* possono essere:

- *Forborne performing exposures*, se riguardano clienti performing in difficoltà finanziaria,
- *Non performing exposures with forbearance measures*, se riguardano clienti classificati in stato di deterioramento.

In questo contesto si distinguono, altresì, le misure di concessione a breve termine da quelle a lungo termine.

La definizione di "*forborne*" non sostituisce le esistenti categorie di attività deteriorate né forma un'ulteriore classe di credito deteriorato, ma si pone come strumento informativo addizionale.

L'art 163 degli ITS EBA, infatti, disciplina le esposizioni *forborne* che sono qualificate come linee di credito²⁸⁴ a cui vengono applicate misure di *Forbearance*.

Difatti, le misure di *Forbearance* sono concessioni²⁸⁵ che, ai sensi dell'art 164 degli ITS EBA, consistono in una modifica di termini o di condizioni di un contratto oppure di un finanziamento totale o parziale di un debito concesso quando il debitore si trovi in uno stato di difficoltà finanziaria e non riesca a rispettare gli impegni originariamente assunti.

²⁸³ M. INTROZZI, "Crediti deteriorati (Npl): cosa sono e quali categorie comprendono", febbraio 2019.

²⁸⁴ La linea di credito è una somma di denaro a disposizione di un privato o di un'azienda, concessa da un operatore economico, in genere una banca ma anche una finanziaria. Questo finanziamento è utilizzabile secondo le modalità e i tempi previsti dal contratto tra le parti, che definisce anche i tempi di rimborso e le modalità (rate o soluzione unica). In genere è un'operazione associata a un conto corrente, ma può anche essere associata a una carta di credito o di debito.

²⁸⁵ Nello specifico, Più in dettaglio, la normativa EBA identifica come concessioni:

- i) le modifiche contrattuali favorevoli deliberate in favore del debitore esclusivamente sulla base del suo stato di difficoltà finanziaria (modification);
- ii) l'erogazione di un nuovo finanziamento teso a consentire al debitore in difficoltà finanziaria di adempiere all'obbligazione preesistente (refinancing);
- iii) modifiche contrattuali previste da un contratto già sottoscritto che consentono la discrezione del debitore di variare le condizioni del contratto nel caso in cui la banca accerti lo stato di difficoltà finanziaria (embedded forbearance clauses).

La finalità di queste concessioni è quella di facilitare il ripristino *in bonis* delle esposizioni che si trovano in uno stato di deterioramento e, contestualmente, fare in modo che, attraverso tali agevolazioni, i crediti *in bonis* non diventino crediti deteriorati.

Nel momento in cui è concessa una misura *Forbearance*, le posizioni dei debitori devono essere controllate al fine di constatare l'adeguatezza delle misure stesse ed eventualmente procedere alla classificazione della posizione a credito deteriorato se il debitore non rispetta gli impegni presi, oppure, in caso contrario, dichiarare la decadenza dalla posizione *forborne*.

Infatti, l'art 176 EBA ITS²⁸⁶ prevede che vi siano condizioni e tempi da rispettare per uscire dalla posizione *forborne*, a seconda che si tratti di concessioni *forborne non performing o performing*.

È di fondamentale importanza, quindi, che gli istituti di credito effettuino con particolare attenzione il monitoraggio delle singole esposizioni usufruendo di procedure efficaci in grado di annunciare tempestivamente il manifestarsi di difformità e di garantire la conformità delle classificazioni, l'adeguatezza delle rettifiche e degli eventuali passaggi a perdita.

1.3 La gestione dei crediti deteriorati.

I crediti deteriorati sono indubbiamente un elemento fisiologico dell'attività bancaria e in particolare rappresentano elementi di cattiva qualità che producono dei costi per le banche e che per tale ragione devono essere contenuti al minimo livello.

La gestione dei crediti deteriorati è un'attività delicata per le banche perché questi gravano sulle banche stesse indebolendo la loro redditività.

Le banche devono analizzare attentamente i crediti che hanno erogato ed eventualmente individuare quelli che rischiano di diventare deteriorati. Questo processo è conosciuto come "*rilevazione dei crediti deteriorati*".

Per evitare che i crediti deteriorati si accumulino le banche devono tenere un certo tipo di comportamento ed adeguarsi a delle regole procedurali.

In primo luogo, le banche dovrebbero evitare di concedere prestiti eccessivamente rischiosi.

A questo proposito, dovrebbero ricorrere a dei solidi criteri di concessione del credito, valutando ancor prima di erogarli, il merito di credito del debitore e la capacità di quest'ultimo di rimborsarlo.

In secondo luogo, le banche dovrebbero dotarsi di un sistema di monitoraggio e dovrebbero mettere da parte dei fondi (c.d. accantonamenti) per coprire eventuali perdite.

In questa prima fase è opportuno concentrarsi sulla gestione da parte delle banche dei crediti deteriorati. In particolare, le banche devono avere, per lo meno in questa fase, un ruolo attivo.

Un mezzo per gestire efficacemente la mole di crediti deteriorati consiste nella rinegoziazione delle condizioni del prestito, ad esempio concedendo al debitore più tempo per il rimborso. Questo

²⁸⁶ L'Art. 176 EBA ITS contiene un elenco di dati sugli aspetti dei loro rating che gli enti devono raccogliere e conservare: "(a) i rating storici completi sui debitori e sui garanti riconosciuti; (b) le date di assegnazione dei rating; (c) i dati chiave e la metodologia utilizzati per ricavare il rating; (d) la persona responsabile dell'attribuzione dell'abilitazione; (e) l'identità dei debitori e delle esposizioni inadempienti; (f) la data e le circostanze di tali inadempimenti; (g) dati sulle PD e sui tassi di default realizzati associati alle classi di rating e alla migrazione dei rating."

potrebbe aiutare i singoli individui o le imprese a “prendere tempo”, consentendo loro di riuscire a rimborsare il prestito.

Un'altra valida soluzione potrebbe essere quella di vendere i propri crediti deteriorati a degli investitori, che generalmente chiederanno una riduzione del loro valore. L'operazione può portare ad una perdita per la banca, ma, allo stesso tempo, essa si assicurerebbe una completa cancellazione del prestito dal bilancio.²⁸⁷

Se nessuno di questi tentativi è idoneo a trovare una soluzione, ad esempio perché il debitore è insolvente, la banca può rivolgersi al giudice per cercare di riacquistare almeno una parte dei fondi erogati.

In alcuni casi, le banche possono anche trasferire i propri crediti deteriorati ad una “*bad bank*”, ossia ad una società di gestione degli attivi bancari, di solito costituita da un'amministrazione pubblica allo scopo specifico di gestire i crediti di cattiva qualità. Queste società consentono alle banche di ripulire i loro bilanci da tali crediti e ripristinare più rapidamente la loro capacità di erogare prestiti. È compito delle “*bad bank*”²⁸⁸ gestire il recupero dei fondi dati in prestito, la vendita dei crediti agli investitori e le altre iniziative.

La gestione dei crediti deteriorati non è tuttavia semplice, perché coinvolge molte aree di operatività (dal legale, al commerciale, ai controlli), richiede molteplici conoscenze specialistiche (giuridiche, economiche, statistiche), competenze organizzative, supporto tecnologico.

1.3.1 I fattori che incidono sulla scelta della soluzione: la scelta della banca di intervenire o non intervenire.

Nel momento in cui le banche hanno rilevato l'esistenza di dubbia solvibilità dei crediti concessi, queste devono prendere delle scelte di natura gestionale e operativa affinché i crediti impattino il meno possibile sul bilancio.

La prima scelta che la banca è chiamata a prendere, nonché la più importante, è quella di decidere se adoperarsi o meno nel recupero del credito. La scelta dipende essenzialmente dall'analisi di due fattori.

Innanzitutto, la banca deve valutare se, in una logica di costi e benefici, è conveniente intervenire da un punto di vista economico.

Invero, nel caso in cui la banca dovesse decidere di intervenire, questa dovrà tenere in considerazione che dovrà sostenere costi legali e giudiziari, nonché costi amministrativi e di gestione, costi sociali e costi di coordinamento.²⁸⁹

²⁸⁷ Per una più ampia disamina, si rimanda al sito ufficiale della Banca Centrale Europea, vigilanza bancaria, articolo *Cosa sono i crediti deteriorati (NPL)?* 2021

²⁸⁸ Una *bad bank* consiste nella creazione di un veicolo societario in cui far confluire gli asset “tossici” di una banca. Con tale termine si fa riferimento alla suddivisione in due di una banca, nella sua parte “buona” (*good bank*) e in quella “cattiva” (*bad bank*). La banca buona si occuperà di tutte le parti sane dell'attività di credito, mentre la parte cattiva si occuperà delle parti deteriorate. Sito ufficiale della Borsa Italiana (<https://www.borsaitaliana.it>)

²⁸⁹ I costi di coordinamento sono una sottocategoria dei costi di transazione. Infatti, tra i tipi di costi di transazione ci sono: i costi di ricerca: i costi associati alla ricerca dei fornitori del bene o del servizio di cui abbiamo bisogno. Indagare sulla sua idoneità, affidabilità, disponibilità e prezzo; i costi di reclutamento: Sono i costi di negoziazione e redazione

Il secondo fattore da considerare è il tipo di relazione sussistente tra l'istituto di credito e il cliente a cui il credito è stato concesso.

Infatti, nel caso in cui tra la banca e il cliente siano già in corso rapporti contrattuali (e specialmente se essi siano di lunga durata) è possibile che la banca sia portata a ricorrere a scelte più blande per il recupero del suo credito. Viceversa, se la banca è legata al cliente da un solo e unico rapporto è più probabile che questa prenda varie decisioni, anche più drastiche, per il recupero del credito prima possibile.

Va puntualizzato, inoltre, che per prendere tale decisione la banca si può fare assistere dalla Banca d'Italia attraverso dei colloqui nei quali quest'ultima suggerisce eventuali attività di rimedio.

1.3.2 Le tecniche tradizionali e le tecniche innovative

Se la banca decide di intervenire, può scegliere una delle tre seguenti differenti soluzioni:

- La soluzione giudiziale: viene preferita alle altre soluzioni solo quando il credito è accompagnato da una garanzia reale. In questo caso, la banca può godere della garanzia per il recupero totale o parziale del credito. Tale soluzione comporta l'inizio di una procedura legale a cui parteciperanno sia soggetti esterni, sia soggetti interni alla banca. L'azione giudiziale permette di soddisfare gli interessi del creditore nel caso in cui si verificano sofferenze prolungate.

- La soluzione negoziabile (o stragiudiziale): consiste nella modifica del contratto iniziale. Anche tali soluzioni sono solite coinvolgere sia soggetti interni alla banca, cioè l'ufficio legale o il servizio crediti, sia soggetti esterni, che posseggono competenze più tecniche.

Tra le modifiche si rammentano: variazione del tasso di interesse applicato, i tempi concessi per la restituzione, il piano di ammortamento; l'aumento delle garanzie; l'interruzione temporanea del pagamento della quota interessi e/o della quota capitale. Il recupero stragiudiziale viene spesso utilizzato nel caso in cui si verificano sofferenze provvisorie ovvero quando il debitore si trova in situazioni momentanee di crisi.

- La soluzione di mercato: risulta essere la più veloce ed efficace, nonché la più utilizzata, per ripulire il bilancio bancario da crediti di dubbia solvibilità. Tale soluzione consiste nel cedere un credito o un gruppo di crediti non performanti a soggetti esterni specializzati nel recupero di crediti o, in alternativa, ad altri intermediari e operatori economici che svolgono la loro attività nel mercato secondario dei crediti. La cessione può avvenire o tramite la cessione pro-soluto (è il caso della *bad bank*) o tramite la cartolarizzazione, in cui viene ricompresa la GACS (Garanzia sulla Cartolarizzazione delle Sofferenze) e il fondo Atlante.

Esiste poi un'ulteriore classificazione in base all'innovazione degli strumenti.

La banca infatti ha a disposizione:

dei contratti. A cui sono comprese le spese di verifica del rispetto dell'accordo; i costi di coordinamento: è il costo dell'organizzazione e del coordinamento dei diversi input o processi necessari per ottenere il bene o servizio desiderato. All'interno di questi costi rientrano i costi di comunicazione, trasporto, ecc. Di solito i costi di coordinamento vengono sopportati quando si è in presenza di più banche.

- Tecniche tradizionali di gestione dei crediti deteriorati;²⁹⁰
- Tecniche innovative di gestione dei crediti deteriorati.

Nelle tecniche tradizionali di gestione dei crediti deteriorati vanno compresi la ristrutturazione e il recupero, mentre nelle tecniche innovative di gestione dei crediti deteriorati vengono ricomprese: la cessione ad una *bad bank*, la cartolarizzazione, il Fondo Atlante, la GACS, i derivati creditizi e le vendite dei prestiti.

Partendo dalle tecniche tradizionali, la ristrutturazione consiste nella modifica delle condizioni del contratto assicurando tuttavia la continuità aziendale.

La ristrutturazione è un'ottima alternativa alla liquidazione ed è utilizzata spesso dalle PMI che mostrano un arresto dei ricavi o l'aumento costante delle perdite in bilancio.

L'unico rischio è quello di mantenere in vita un'impresa che invece meriterebbe la liquidazione. Per questo motivo, l'attività delle banche è quella di sorvegliare l'attività delle imprese e comprendere se un eventuale piano di rientro potrebbe evitare il fallimento.

La seconda tecnica tradizionale è rappresentata dal recupero del credito. Questa tecnica è attuabile quando termina il rapporto di debito o quando il contratto diviene oggetto di una nuova negoziazione. Questa tecnica può essere percorsa sia attraverso via extragiudiziali che giudiziali.

Passando alla rassegna delle tecniche innovative, la prima è la cartolarizzazione che consiste nella cessione a titolo oneroso di crediti da parte del cedente, detto originator, a un altro soggetto creato appositamente, detto *Special Purpose Vehicle* (SPV), che finanzia l'acquisizione emettendo titoli, gli *Asset Backed Securities* (ABS²⁹¹) per un importo equivalente al valore di cessione della attività.

Con la cartolarizzazione dei crediti deteriorati si ottengono due obiettivi: uno di carattere economico, perché cedendo i crediti non performanti si acquisisce nuova liquidità e l'altro di natura gestionale, in quanto le esposizioni deteriorate vengono controllate in modo più efficiente essendo vengono assegnate a soggetti specializzati (la banca cedente infatti amministra in modo più efficace le esposizioni in bonis e non deve usare risorse per il recupero dei crediti non performanti.²⁹²)

Il secondo strumento è costituito dal GACS (garanzie sulla cartolarizzazione delle sofferenze): sono garanzie concesse dallo Stato volte a facilitare lo smobilizzo dei crediti in sofferenza presenti nei bilanci delle banche e degli intermediari finanziari aventi sede legale in Italia, ovvero a promuovere le transazioni aventi ad oggetto lo *stock* di crediti deteriorati sul mercato secondario.

²⁹⁰ Per un'analisi più ampia, si rimanda a G.GALLO, i crediti deteriorati. *Tecniche di gestione negoziale: cessione e ristrutturazione* in Rivista non solo diritto bancario, 2021

²⁹¹ Le asset backed security (ABS) sono strumenti emessi a fronte di operazioni di cartolarizzazione da un particolare intermediario denominato special purpose vehicle (SPV). Questo intermediario emette ABS per finanziare l'acquisto del portafoglio di attività oggetto dell'operazione di cartolarizzazione; pertanto, viene ad esistere un legame diretto tra le attività presenti nel portafoglio segregato e le ABS: i flussi di cassa provenienti dagli asset presenti nel portafoglio ceduto vengono utilizzati per rimborsare interessi e valore nominale dei titoli emessi dallo SPV.

²⁹² M. MARIANI, *Impresa, banche e rischio di credito. Tecniche innovative nella gestione dei non performing*, Milano, 2006

La garanzia è concessa dal Ministero dell'Economia e delle Finanze (Mef) nell'ambito di operazioni di cartolarizzazione (Art. 1 L. n. 130/1999) a fronte della cessione da parte delle banche dei crediti classificati come “sofferenze” a una società veicolo (“*Special Purpose Vehicle*” o “*SPV*”).²⁹³

Il terzo strumento è il Fondo di Investimento Alternativo (FIA) denominato Fondo Atlante. Si tratta di un'iniziativa proveniente dal settore privato, costituita da una società di gestione del risparmio indipendente che raccoglie capitali di istituzioni finanziarie (banche, assicurazioni e fondazioni che partecipano su base volontaria).²⁹⁴

La quarta tecnica è rappresentata dai derivati creditizi: essi sono strumenti che consentono il trasferimento del rischio di credito senza l'effettivo trasferimento materiale dell'azienda.

Il vantaggio che una banca può trarre da questa operazione è quello di gestire un portafoglio crediti effettivamente rischioso ma senza farsi sopraffare da un eventuale e sfavorevole evento creditizio, quali insolvenza e inadempienza del debito o dalla diminuzione del valore del credito sottostante legato al rischio di credito trasferito, ed infatti nel caso in cui uno di questi eventi si manifesti scatterebbe l'obbligo di protezione da parte di chi l'ha venduto.

Il quinto strumento è rappresentato dalle vendite dei prestiti, note come *loan sales*.

È un'operazione attraverso cui un soggetto, la banca, trasferisce a terzi il diritto parziale o totale sui flussi di rimborso relativi ad un prestito o ad un insieme di prestiti originati in precedenza.

A differenza della tecnica tradizionale di cartolarizzazione non è necessario procedere con la vendita in blocco di una pluralità di crediti, in quanto, in questo caso, è possibile trasferire anche un solo singolo credito e non si avrà creazione di nuovi titoli.

Il mercato delle *loan sales* è un mercato secondario, in contrapposizione al primario nel quale sono concessi i prestiti oggetto poi di vendita sul secondario.

1.3.3 La direttiva 2167/2021: gestione e cessione dei crediti deteriorati

Il 24 novembre 2021 il Parlamento europeo ha finalmente accolto la versione finale della direttiva EU 2021/2167 riguardante la disciplina sui gestori e sugli acquirenti di crediti, nota anche come “*direttiva NPL*”.²⁹⁵

A seguito della pubblicazione della Direttiva in Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, gli stati membri dovranno recepirli nei rispettivi ordinamenti giuridici entro il 29 dicembre 2023.

Il processo di approvazione è stato piuttosto lungo: le discussioni sulle prime bozze sono avvenute fin dal 2018. Oggi, probabilmente, abbiamo il testo finale solo grazie alla recente accelerazione nelle negoziazioni dovuta alla crescita degli NPL a causa della pandemia da Covid.

²⁹³ Definizione presente nel sito ufficiale del Ministero dell'Economia e delle Finanze, Dipartimento del Tesoro, sezione Interventi finanziari a sostegno dei cittadini e delle imprese (<https://www.mef.gov.it/index.html>)

²⁹⁴ Definizione presente nel sito ufficiale “Italia domani” piano nazionale di ripresa e resilienza

²⁹⁵ P. CARRIÈRE, *La Direttiva su “gestori” e “acquirenti” di NPL: prospettive per il mercato italiano*, in <https://www.dirittobancario.it/>, 2021

L'obiettivo principale della direttiva NPL è quello sia di favorire lo sviluppo dei mercati secondari dei crediti tramite il controllo di special servicer sia di ridurre gli NPL rafforzando la stabilità del sistema.²⁹⁶

Per raggiungere tale obiettivo è fondamentale rimuovere i vincoli che ostacolano il trasferimento di NPL tra i vari stati membri e semplificare il più possibile i requisiti di accesso dei gestori dei crediti che prestano attività di riscossione, rinegoziazione e gestione dei crediti.

È risaputo che una delle maggiori cause che ha portato alla crescita esponenziale di NPL derivi proprio dalle barriere di accesso al mercato di NPL da parte di investitori non bancari.

Un fattore che viene ulteriormente ritenuto scoraggiante per l'accesso di nuovi investitori al mercato europeo dei NPL viene individuato nell'assenza di un mercato unico di "gestori di crediti".

Dopo le varie opzioni di intervento, la scelta adottata nel 2018 è stata quella di prevedere un quadro vincolante di armonizzazione (c.d. "common standards"), sia delle regole di accesso che delle norme di comportamento.

Si è dunque fatto ricorso allo strumento della direttiva, ai sensi e per gli effetti degli artt. 53 e 114 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione, che lascia quindi agli Stati Membri un margine di discrezione nel valutare le misure di recepimento che meglio possano conciliarsi con il vigente quadro normativo.

Come già precisato, la direttiva è finalizzata a rendere più agevole la cessione a terzi di crediti deteriorati, delineando un mercato caratterizzato da attori competenti, autorizzati e specializzati, fermo restando la necessità di tutela degli interessi multipli in gioco.

Entrando nel dettaglio della direttiva, si desume come il legislatore europeo voglia assegnare un ruolo dominante ai gestori dei crediti stabilendo il loro ruolo, i requisiti e le norme di comportamento verso debitori, acquirenti dei crediti e fornitori di servizi.

I "Gestori dei Crediti"²⁹⁷, definiti come coloro che svolgono i compiti di recupero, rinegoziazione e di informativa nei confronti dei debitori, sono la categoria probabilmente più rilevante della nuova regolamentazione. Per essi viene introdotta un'autorizzazione preventiva rilasciata dall'Autorità competente dello Stato Membro d'origine, autorizzazione subordinata al possesso di precisi requisiti di onorabilità, competenza, professionalità nonché requisiti organizzativi interni.

Accanto all'autorizzazione, sono previste delle specifiche norme che definiscono il rapporto del gestore con il debitore, con l'acquirente e con i fornitori di servizi.

Nel rapporto con il debitore, la direttiva richiede che il gestore svolga la propria attività con professionalità e buona fede istituendo e garantendo un dialogo senza violenze o disturbi, nonché obblighi di comunicazione in caso di cessione²⁹⁸.

²⁹⁶ La dimensione degli stock di crediti NPL è da diversi anni, soprattutto a causa della pandemia, una preoccupazione crescente per gli istituti di credito. La Banca Centrale Europea ha recentemente avvertito che si potrebbe arrivare ad un picco di NPL pari a 1400 miliardi di euro entro la fine del 2022.

²⁹⁷ L'Art. 3 definisce i gestori di crediti come "gestore di crediti una persona giuridica che, nel quadro della sua attività d'impresa, gestisce e fa rispettare i diritti e gli obblighi legati ai diritti del creditore derivanti da un contratto di credito deteriorato o al contratto di credito deteriorato stesso, per conto di un acquirente di crediti, e svolge almeno una o più delle attività di gestione dei crediti".

²⁹⁸ La direttiva introduce nuovi obblighi: da un lato prevede nuovi obblighi di informativa nei confronti degli acquirenti, obblighi di notificazione nei confronti dei debitori ceduti e obblighi di segnalazioni alle autorità di vigilanza, dall'altro

Dall'altro lato, la relazione con l'acquirente viene in effetti tipizzata sia dal punto di vista formale che sostanziale, tramite l'introduzione di alcune previsioni contrattuali.

L'acquirente può, poi, palesare a terzi, con un accordo scritto, parte delle attività di sua competenza, garantendo però il rispetto di tutte le disposizioni previste nel regolamento.

La direttiva definisce altresì gli obblighi in capo agli enti creditizi. Questi, infatti, sono obbligati a conferire ai potenziali acquirenti tutte le informazioni utili per condurre una precisa *due diligence*.

Ma non solo, essi sono obbligati a trasmettere all'Autorità Competente, con cadenza semestrale, le operazioni di cessione effettuate, individuando l'acquirente e i relativi saldi.

Dopo questa breve digressione sulle principali novità previste dalla Direttiva, viene spontaneo chiedersi quanto la vigente normativa italiana sia già coerente con le proposte della Comunità e quali effetti avrà per il mercato interno degli NPL.

La legislazione italiana, che possiede una disciplina già stringente in materia di NPL, riserva *l'attività di servicing*, soprattutto nelle operazioni di cartolarizzazione, a banche e agli intermediari finanziari iscritti all'albo ex Art. 106 (T.U.B)²⁹⁹ sottoposti direttamente alla vigilanza della Banca d'Italia e riserva l'attività di *special servicer* ai titolari di licenza ex Art. 115 TULPS³⁰⁰ rilasciata dal Questore.

Dunque, alcune delle disposizioni più innovative appaiono già in atto nel nostro Paese.

La speranza è che, come riportato testualmente nel testo della Direttiva, venga attuata da tutti gli stati membri *“una strategia globale per affrontare la questione dei crediti deteriorati”*, in quanto essa appare sempre di più *una priorità per l'Unione*.

Ma, per una effettiva risposta rispetto alle disposizioni della Direttiva, si rimanda a gennaio 2024.

lato prevede l'introduzione di nuovi requisiti specifici da rispettare nelle trattative con i debitori e nella redazione dei contratti con gli acquirenti dei crediti. La direttiva parte dalla considerazione che per risolvere il problema degli NPL è necessario creare efficienti mercati secondari.

²⁹⁹ Secondo la vigilanza sono intermediari finanziari ex Art. 106 i soggetti, iscritti nel relativo elenco, che esercitano nei confronti del pubblico l'attività di concessione di finanziamenti, di assunzione di partecipazioni, di intermediazione in cambi, così come definite dal Decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze del 17 febbraio 2009, n. 29

Il 4 settembre 2010 è stato pubblicato il Decreto Legislativo 13 agosto 2010 n. 141, attuativo della Direttiva comunitaria n. 48/2008, che riforma la disciplina del credito al consumo.

Il decreto prevede l'istituzione di un albo unico degli intermediari finanziari che esercitano nei confronti del pubblico l'attività di concessione di finanziamenti sotto qualsiasi forma e ne affida la tenuta alla Banca d'Italia.

³⁰⁰ Le agenzie di affari sono disciplinate dagli articoli da 115 a 120 del TULPS e sono tenute a presentare una Segnalazione Certificata di Inizio Attività (SCIA) ex Art. 19 della legge 241/1990 e s.m.i.

2 La sorveglianza degli Npl

2.1 Screening degli Npl e il sistema dei controlli

Come già ampiamente affermato, i crediti deteriorati condizionano notevolmente la solidità delle banche.

Proprio per questo è stato istituito un processo di revisione e di valutazione prudenziale, noto come *supervisory review and evaluation process*³⁰¹ (SREP), che viene svolto ogni anno per ogni singola banca.

In breve, gli esperti di vigilanza della BCE tengono sotto un controllo stringente il livello degli NPL detenuti dagli enti e controllano se questi amministrano correttamente i propri crediti e se gli enti stessi siano muniti di strategie, strutture di governance e processi idonei.

La BCE, a tal proposito, ha delineato delle linee guida utili per tutte le banche proprio su come gestire i crediti di cattiva qualità e sui livelli adeguati di accantonamento.

Le Linee Guida forniscono tre differenti forme di controllo.

I controlli cd. *di primo livello* assicurano la corretta collocazione della posizione creditizia nel rispettivo gruppo di appartenenza. In particolare, tramite questi controlli ci si assicura che la strategia scelta sia idonea in base al livello di rischio del singolo credito e che eventualmente vengano poste in essere tutte quelle azioni atte a riportare i rapporti che presentano anomalie alla normalità.

L'oggetto della verifica riguarda, quindi, la presenza di un eventuale stato di difficoltà finanziaria.

Questo controllo risulta agevole grazie ad un sistema informativo³⁰² che fa in modo che gli esperti siano in possesso di informazioni di tipo qualitativo e/o quantitativo.

Sempre dalle Linee Guida si desume l'esistenza di un altro strumento che rientra nei controlli di primo livello e che facilita il controllo dei crediti deteriorati. Si tratta di un sistema di preavviso, cui dovrebbero essere collegati flussi di lavoro automatici per la gestione delle posizioni. *«Tale sistema deve includere indicatori di andamento del rapporto creditizio, da monitorare almeno mensilmente,*

³⁰¹ Le autorità di vigilanza svolgono un regolare esercizio di valutazione e misurazione dei rischi a livello di singola banca. Questo momento fondamentale dell'attività di vigilanza, denominato "processo di revisione e valutazione prudenziale" (supervisory review and evaluation process, SREP), consiste nel sintetizzare i risultati emersi dall'analisi per un dato anno e nell'indicare alla banca le azioni da intraprendere. Nello specifico, lo SREP mette a fuoco la situazione dell'intermediario in termini di requisiti patrimoniali nonché di gestione dei rischi. Nella decisione SREP, che l'autorità di vigilanza invia alla banca a conclusione del processo, si definiscono gli obiettivi fondamentali per fronteggiare le problematiche riscontrate. La banca deve quindi effettuare un intervento correttivo nei tempi previsti dal sito ufficiale della Banca Centrale Europea (www.bankingsupervision.europa.eu)

³⁰² Dal paragrafo 8 delle Linee Guida dell'EBA del gennaio 2018: "dovrebbero essere disponibili in maniera organizzata: 1. le informazioni che consentano di verificare lo stato di avanzamento delle procedure gestionali/di recupero e i relativi interventi effettuati, a partire dai primi segnali di anomalia fino alle eventuali procedure esecutive attribuite a legali esterni e/o società specializzate, con i possibili riflessi sulle valutazioni dei cespiti a garanzia (ad esempio, la sequenza di aste giudiziarie e la relativa variazione dei valori a base d'asta, ecc.); 2. le informazioni di dettaglio relative alle garanzie che assistono le posizioni e che consentano di effettuare una valutazione sui flussi di cassa attesi, e quindi, sul grado di recuperabilità delle esposizioni stesse"

basati su dati interni (tra cui: giorni di scaduto; grado di utilizzo delle linee di credito aperte) nonché informazioni quali-quantitative provenienti da fonti esterne (per esempio, Centrale dei rischi, dati di bilancio, registri pubblici su procedure legali, perizie relative alle garanzie, dati sui settori economici di appartenenza dei debitori). L'emergere di segnali dal sistema di preavviso dà luogo alle opportune azioni gestionali da parte delle unità competenti secondo quanto stabilito dalle politiche e procedure aziendali, che prevedono anche adeguate e formalizzate procedure di comunicazione e segnalazione ai livelli gerarchici superiori» (Cfr. par. 3.3)

I controlli di secondo livello hanno uno scopo diverso: verificare l'efficacia dei processi e la loro conformità con le politiche di governance interne, con particolare riguardo all'accertamento della corretta classificazione dei crediti deteriorati.

Gli esperti devono rapportare i risultati ottenuti della singola posizione creditizia con gli obiettivi prefissati nel piano operativo.

Gli esperti possono servirsi di un set, chiamato *Key Performance Indicators* (KPI)³⁰³, che li aiuta nell'individuazione delle azioni fondamentali per garantire la corretta catalogazione dei crediti.

I criteri per la classificazione dei crediti sono riportati in maniera molto chiara nel punto 5³⁰⁴ delle suddette Linee Guida.

Infine, vi sono i controlli di terzo livello che sono del tutto peculiari rispetto ai primi due.

Innanzitutto, essi sono gestiti dagli audit interni³⁰⁵ delle imprese. Questi vigilano e controllano costantemente la coerenza dei processi aziendali di gestione dei crediti deteriorati rispetto alle norme interne e alle stesse Linee Guida.

Gli audit possono incentivare la messa in atto di adeguamenti e di aggiornamenti, qualora lo ritenessero necessario.

³⁰³ “Un indicatore chiave di prestazione (KPI – Key Performance Indicators) è un valore misurabile che dimostra l'efficacia con cui un'azienda sta raggiungendo gli obiettivi aziendali principali.

Le organizzazioni utilizzano KPI a più livelli per valutare il loro successo nel raggiungimento di quanto prefissato.” I KPI di Alto Livello tendenzialmente si concentrano sulle prestazioni complessive del business, mentre i KPI di Basso Livello misurano i processi dei singoli reparti o dipartimenti come vendite, marketing, risorse umane, customer care e altri, in <https://strategiedigitali.net/>

³⁰⁴ Il punto 5 delle Linee Guida per le banche sui crediti deteriorati è intitolato “Rilevazione degli NPL: finalità e quadro di insieme”. L'obiettivo di questo capitolo è fornire una breve panoramica su alcune questioni specifiche concernenti la definizione e la rilevazione delle NPE conformemente alla definizione dell'ABE e offrire alcuni esempi di buone prassi per ridurre le differenze in termini di applicazione.

³⁰⁵ Un audit aziendale è una serie di procedure che costituiscono un'attività di carattere consulenziale, al fine di garantire che i processi interni di gestione funzionino in maniera efficace, sia per quanto riguarda la governance dell'azienda, ma anche per la gestione dei rischi. L'auditing interno ha il delicato compito di fornire un'attività di consulenza progettata per la creazione di valore, e per un miglioramento delle operazioni, a ogni livello.

L'audit interno introduce un approccio sistematico e disciplinato per la valutazione e il miglioramento di processi di gestione e controllo. Questa operazione ha il grande merito di fornire informazioni basate su analisi, nonché sulla valutazione di dati e processi aziendali su vari argomenti. Il suo raggio d'azione è piuttosto ampio, e comprende vari argomenti, in <https://www.almalaboris.com/>.

2.2 L'elaborazione del piano operativo

Per sviluppare un'efficace strategia di recupero è necessario che la banca si sia dotata di un piano operativo.

Per elaborare tale piano, la banca deve esaminare una serie di fattori.³⁰⁶

Innanzitutto, va effettuata un'analisi interna ed in particolare va analizzata la capacità di gestire e di ridurre i crediti deteriorati in un certo periodo di tempo rispetto alla dimensione degli NPLs, alla struttura organizzativa dell'impresa, alle procedure che quest'ultima adotta e ai sistemi informativi e personali di cui è dotata.³⁰⁷

Questo tipo di analisi deve essere svolta con una certa periodicità e le informazioni raccolte vanno trasmesse di anno in anno all'Autorità di vigilanza.

In seguito, si proseguirà con un'analisi esterna tenendo conto di alcuni elementi che sono portati a mutare nel tempo: le condizioni di mercato, gli aspetti fiscali, il quadro di riferimento normativo e giudiziario.

Infine, andranno esaminate le eventuali conseguenze patrimoniali prodotte proprio dalle decisioni gestionali e strategiche degli NPLs e l'effetto che avranno sulla sostenibilità del rischio assunto dalle banche.

Dopo aver analizzato il contesto operativo da un punto di vista interno ed esterno, le banche potranno preparare la strategia da utilizzare, fissando gli obiettivi, i tempi e le modalità di gestione e controllo.

A questo punto, le Linee Guida danno la possibilità di:

- Tenere ferme le posizioni in bilancio
- Abbassare gradualmente le esposizioni attraverso le tecniche innovative o tradizionali
- Modificare la tipologia di esposizione tramite la trasformazione in titoli azionari o tramite l'escussione delle garanzie
- Ricorrere a procedure legali giudiziarie o stragiudiziali.

Per scegliere la strategia più idonea bisogna fare riferimento al caso concreto e, in particolare, all'arco temporale entro il quale si vogliono raggiungere gli obiettivi prefissati.

L'attività di stesura del piano si svolge tipicamente nel periodo dicembre-marzo di ogni anno.

³⁰⁶ Il piano operativo per gli NPL dovrebbe contenere almeno: • chiare finalità e chiari obiettivi con precise scadenze; • attività da svolgere articolate sulla base della segmentazione di portafoglio; • assetto di governance, inclusi attribuzioni e meccanismi di reportistica per le attività identificate e i relativi risultati; • standard qualitativi che possano assicurare il conseguimento di risultati; • esigenze in termini di organico e risorse; • piano per il necessario rafforzamento dell'infrastruttura tecnica; • previsioni di spesa a livello granulare e consolidato per l'attuazione della strategia per gli NPL; • piano di interazione e comunicazione con controparti interne ed esterne (ad esempio per le cessioni, per il servicing, per il miglioramento dell'efficienza ecc.)

³⁰⁷ F. CALLEGARO "La gestione delle non performing e forborne exposures nelle nuove Linee Guida EBA in consultazione", in <https://www.dirittobancario.it/>

La scadenza di fine marzo è inderogabile salvo diversa indicazione da parte delle Autorità di Vigilanza.

Gli obiettivi della strategia vengono monitorati con cadenza almeno trimestrale, al fine di attivare tempestivamente opportuni interventi correttivi.³⁰⁸

Il piano dovrebbe chiaramente definire le modalità con cui le banche attueranno sotto il profilo operativo le rispettive strategie di gestione su un periodo che va da 1 a 3 anni.

Inoltre, il piano operativo deve essere attuato senza discostamenti.

Invero, qualsiasi deviazione rispetto al piano andrebbe evidenziata e segnalata con tempestività all'organo di amministrazione e con l'indicazione di adeguati interventi correttivi da attuare.

Le banche che dispongono di NPL elevati dovrebbero comunicare la propria strategia per la gestione dei crediti deteriorati, incluso il piano operativo, ai rispettivi gruppi di vigilanza congiunti (GVC)³⁰⁹ nel primo trimestre di ciascun anno solare.

2.2.1 *Gli accantonamenti*

La banca potrebbe riuscire ad elaborare un piano operativo efficace e potrebbe scegliere una strategia idonea ad evitare una perdita sui prestiti che essa stessa ha erogato, ma non è detto che tali adempimenti siano sufficienti.

Infatti, in ogni caso la banca deve prepararsi all'eventualità di subire un tale pregiudizio.

Per affrontare l'eventuale rischio di credito, la banca calcola le perdite future che si aspetta sui crediti e registra un accantonamento corrispondente.

Attraverso questa operazione la banca accerta una perdita sui crediti prima che essa possa verificarsi.

Le banche per coprire queste perdite utilizzano il proprio capitale. Registrando l'accantonamento è come se la banca contabilizzasse una perdita in quanto sottrarrà dal suo patrimonio l'ammontare che non riuscirà ad incassare dal cliente.

Le banche non devono contabilizzare accantonamenti per l'intero valore di un credito deteriorato, perché potrebbero comunque ricevere nuovi rimborsi dal cliente o riuscire a recuperare una parte dell'importo del prestito vendendo attività o immobili ricevuti in garanzia dal cliente.

Soltanto la perdita netta attesa dovrebbe essere coperta. La quota dei crediti deteriorati coperta dagli accantonamenti è definita "*copertura degli NPL della banca*". Essa indica in quale misura la banca ha già contabilizzato le perdite attese sui crediti deteriorati.³¹⁰

Per garantire che le banche abbiano livelli di accantonamenti sufficienti, il diritto dell'Unione europea (UE) fissa una percentuale di copertura minimo³¹¹ che le banche sono tenute a rispettare.

³⁰⁸ Banca Centrale Europea, Linee guida per le banche sui crediti deteriorati, marzo 2017.

³⁰⁹ I gruppi di vigilanza congiunti (GVC) si occupano della vigilanza giornaliera degli enti significativi. Sono composti da personale della BCE e delle ANC dei paesi in cui risiedono gli enti creditizi, le filiazioni bancarie o le succursali transfrontaliere significative di un dato gruppo bancario.

³¹⁰ Banca Centrale Europea, Comunicazione in merito alle aspettative di vigilanza sulla copertura delle NPE

³¹¹ Il requisito di copertura previsto dal diritto dell'UE ("livelli minimi di primo pilastro") è vincolante per tutte le banche nell'UE e si applica ai prestiti concessi a partire dal 26 aprile 2019. I prestiti precedenti a questa data sono

Se una banca non ha destinato al fondo accantonamenti una somma sufficiente per ricoprire i nuovi crediti deteriorati, dovrà sottrarre dal capitale la somma mancante.

Questa operazione potrebbe portare problemi alla banca qualora non disponesse di riserve di capitale sufficienti oltre ai requisiti minimi previsti per agire in sicurezza.

Le banche devono far in modo di coprire i crediti deteriorati rapidamente. A tal fine, sono stati creati vari meccanismi per garantire che gli accantonamenti per perdite su crediti siano non solo sufficienti ma anche tempestivi. Tra questi, il più importante e forse il più efficace è il *calendario predefinito degli accantonamenti* che costituisce, appunto, uno strumento di garanzia contro una copertura insufficiente degli NPL.³¹²

Il calendario determina il livello di copertura richiesto a diverse scadenze, a partire dalla data in cui il credito diventa deteriorato. Quanto più a lungo un credito resta deteriorato, tanto minore è la probabilità che cessi di esserlo e tanto maggiore dovrebbe essere l'accantonamento. Il tasso di copertura richiesto quindi aumenta gradualmente nel tempo fino a raggiungere il 100%.

Le scadenze variano a seconda che il prestito sia o meno garantito da attività o immobili. Se il prestito non è garantito, la banca deve coprirlo interamente al più tardi entro tre anni. Per i prestiti garantiti la copertura integrale deve essere costituita entro sette o nove anni.

Questo meccanismo si applica però soltanto ad una condizione, condizione che potrebbe sembrare scontata ma indispensabile: il prestito deve essere classificato tra i crediti deteriorati. A questo proposito, le banche devono tenere sempre sotto controllo i prestiti che hanno concesso, identificare tempestivamente quelli che sono a rischio di diventare deteriorati e classificarli di conseguenza.

2.3 L'allerta interna delle banche sul credito del debitore: l'eventuale concessione/revoca del credito

Prima di procedere, è doveroso soffermarsi sui casi e sul modo in cui le banche decidono di concedere o di revocare un credito.

Tale attività richiede, innanzitutto, una raccolta completa di tutte quelle informazioni utili per definire la controparte “*rischiosa*” o meno.

Le banche possono scegliere tra due strumenti alternativi:³¹³

soggetti alle aspettative non vincolanti della Vigilanza bancaria della BCE (“aspettative di secondo pilastro”) che adottano una logica simile. Per maggiori dettagli sull'interazione tra i requisiti vincolanti e le aspettative di vigilanza non vincolanti, si rimanda alla comunicazione delle aspettative di vigilanza sulla copertura dell'agosto 2019.

³¹² Per un maggior approfondimento, si rimanda a S. PADOVANI – A. GUADAGNIN, *Il calendar provisioning: la gestione delle NPE anche alla luce della crisi da Covid.19*. in *Rivista Non solo diritto bancario*, 2021

³¹³ Le regole per la predisposizione del sistema di valutazione sono previste in Basilea II. (documento *International Convergence of Capital Measurement and Capital Standards* firmato a Basilea nel 2004. È un accordo internazionale di vigilanza prudenziale, maturato nell'ambito del Comitato di Basilea, riguardante i requisiti patrimoniali delle banche, in base al quale, le banche dei Paesi aderenti devono accantonare quote di capitale proporzionate al rischio assunto, valutato attraverso lo strumento del rating)

- lo strumento classico costituito da rating esterni emessi dalle agenzie specializzate come ad esempio *Standard & Poor's*, *Moody's*, *Fitch e Lince*³¹⁴
- Il metodo basato sui rating interni (*IRB International Rating Based*³¹⁵) tramite il quale le banche possono costruirsi un proprio modello che deve, però, essere autorizzato dagli Organi di Vigilanza.

La finalità di questi due metodi³¹⁶ è quella di individuare il livello di affidabilità del cliente ovvero la sua capacità di rimborsare un prestito in un determinato periodo di tempo.

La determinazione del *rating* prende in considerazione sia il merito creditizio della controparte (c.d. *rating* di controparte) che le caratteristiche dell'operazione in termini di importo, durata, garanzie (c.d. *rating* operazione).

Le informazioni di tipo quantitativo sono tutte quelle ottenibili in maniera oggettiva tramite documenti e tramite fonti interne ed esterne. Si fa riferimento a tutti i documenti contabili sia consuntivi che prospettici (business plan, piani previsionali etc.), ai risultati presenti nelle banche dati esterne (es dalla Centrale Rischi *Bankit*)³¹⁷, a quelli ricavabili dai sistemi informativi e a tutte le notizie estrapolabili da altre tipologie di fonti (*Cerved*³¹⁸, Centrale dei Bilanci³¹⁹, stampa etc.).

³¹⁴ Le agenzie sopra citate sono agenzie di rating che generano un giudizio o una valutazione, detto *rating*, riguardante la solidità e la solvibilità di una società emittente titoli sul mercato finanziario.

I "rating" sono dei voti su una scala predeterminata, generalmente espressa in termini di lettere e/o altri simboli.

Queste imprese nascono per affrontare i problemi di asimmetria informativa presenti sul mercato al fine di aumentarne l'efficienza a livello globale fornendo informazioni utili d'investimento. Gli investitori si affidano infatti alle valutazioni emesse da queste agenzie di rating al fine di decidere quali titoli comprare e in che misura, a seconda della predisposizione al rischio dei soggetti investitori.

³¹⁵ In base alle linee guida di Basilea II, le banche possono utilizzare i propri parametri di rischio stimato ai fini del calcolo del patrimonio di vigilanza. Questo è noto come approccio basato sui rating interni (IRB) ai requisiti patrimoniali per il rischio di credito. Solo le banche che soddisfano determinate condizioni minime, requisiti di informativa e l'approvazione della propria autorità di vigilanza nazionale possono utilizzare questo approccio nella stima del capitale per varie esposizioni

³¹⁶ Il rating è un giudizio che viene espresso da un soggetto esterno e indipendente, l'agenzia di rating, sulle capacità di una società di pagare o meno i propri debiti. Si tratta quindi di una valutazione sintetica del profilo di rischio di credito della società e riassume le informazioni quantitative e qualitative che la banca ha a disposizione sull'impresa, in relazione all'insieme delle informazioni disponibili sulla totalità delle imprese clienti e sul loro comportamento di rimborso nel corso del tempo.

³¹⁷ La Centrale dei Rischi (CR), gestita dalla Banca d'Italia, è una base dati - cioè un archivio di informazioni - sui debiti di famiglie e imprese nei confronti del sistema bancario e finanziario. La CR è alimentata dalle informazioni che gli intermediari partecipanti (banche, società finanziarie e altri intermediari) trasmettono relativamente ai crediti e alle garanzie concessi alla propria clientela, alle garanzie ricevute dai propri clienti e ai finanziamenti o garanzie acquistati da altri intermediari. Attraverso di essa, la Banca d'Italia comunica agli intermediari del cliente affidato, il monte fidi accordato ed i suoi utilizzi, suddivisi per tipologia di linea di credito, in <https://www.bancaditalia.it/>

³¹⁸ *Cerved spa*, provvede alla rilevazione dei dati presenti nei prospetti contabili e rileva come dato extracontabile il numero dipendenti. I bilanci rilevati da *Cerved spa* sono sottoposti ad una serie di controlli automatici compatibili con quelli effettuati dalla *Centrale dei Bilanci*. L'Archivio Elettronico è integrato da una rilevazione approfondita della situazione economico-finanziaria delle società quotate e delle altre imprese maggiori. Essa copre attualmente 1300 imprese. L'acquisizione e la rilevazione annuale è compiuta dalla *Centrale dei Bilanci* e dagli aderenti al SIEF; la Centrale provvede direttamente all'acquisizione e rilevazione dei bilanci delle società quotate (con esclusione delle

Il documento chiave è sicuramente il bilancio. Grazie a questo si viene a conoscenza delle più varie informazioni: il grado di indebitamento, la redditività, la patrimonializzazione, la liquidità e la capacità di generare adeguati flussi di cassa a servizio del debito.

Diverse sono le analisi qualitative che derivano direttamente dal rapporto con il cliente.

Tutte queste informazioni rappresentano dei segnali di tensione finanziaria sulla base dei quali le banche possono agire per tempo esaminando le cause e prendendo le misure adeguate.

Il vero obiettivo del sistema di valutazione è quello di rilevare eventuali criticità ancora prima di concedere il credito (cd. *anomalie early warning*).

In altri termini, per valutare il rating di controparte la banca utilizza tutte le informazioni utili a calcolare le probabilità che il debitore non rispetti i propri impegni in un arco temporale definito.

Dopo la raccolta di queste informazioni, gli istituti posseggono un quadro completo per tutelare il rischio del credito in maniera dinamica ma al tempo stesso sicuro.

La concessione di un credito, però, è sempre anticipata da una fase istruttoria volta a verificare che il cliente sia degno di fiducia, sia per le sue capacità reddituali sia per le sue capacità morali.

Si tratta di una fase più o meno complessa a seconda della tipologia della controparte e del tipo di credito richiesto.

Il rating di controparte, anche se non risulta perfettamente omogeneo per tutte le banche, si piazza di regola all'interno della medesima fascia di rischio: basso, medio-basso, medio, medio-alto, alto.

Dal momento che la banca è un'impresa che persegue, come le altre, gli obiettivi della redditività, ne deriva che essa sarà più propensa ad agevolare l'accesso al credito alle imprese con rating migliori alle quali verranno apposte delle condizioni di pricing più convenienti; viceversa, più il finanziamento sarà rischioso, più alto sarà l'onere a carico del cliente.

In sintesi, l'accesso al credito dovrebbe consentire all'impresa di autovalutarsi, di conoscere i propri punti di forza e le proprie fragilità.

Infine, la capacità di autovalutazione del proprio rischio di credito dovrebbe migliorare il dialogo banca-impresa in modo da ottimizzare lo scambio di informazioni.

Oltre all'attività di concessione del credito esiste anche la possibilità di revocare il credito, con conseguente cancellazione dello stesso.

società bancarie ed assicurative). Definizione presa da <https://www.bankpedia.org/>, sito ufficiale della Associazione Nazionale Enciclopedia della Banca e della Borsa.

³¹⁹ La banca Centrale dei Bilanci è un'organizzazione specializzata nella raccolta e nell'elaborazione dei bilanci di società. La Centrale dei bilanci S.r.l., con sede a Torino, è stata costituita nel maggio del 1983 con capitale interamente sottoscritto dalla Banca d'Italia, dall'ABI e da numerosi enti creditizi. La società ha organizzato un archivio dei bilanci di circa 40.000 società italiane di capitale operanti in tutti i settori produttivi. I dati disponibili partono dall'esercizio 1981 e vengono aggiornati annualmente. La rilevazione dei dati è effettuata sulla base di un piano dei conti di circa 800 voci, i dati rilevati sono sottoposti ad una serie di verifiche effettuate dai software di controllo qualitativo predisposti dalla *Centrale dei Bilanci* sulla base di una esperienza pluriennale nel trattamento dati. Definizione presa da <https://www.bankpedia.org/>, sito ufficiale della Associazione Nazionale Enciclopedia della Banca e della Borsa.

Le Linee Guida chiariscono che le autorità di vigilanza devono definire una politica generale per la cancellazione tempestiva dei crediti non recuperabili e che esse stesse hanno l'onere di assistere gli intermediari nella formulazione di solidi criteri di cancellazione.

L'importanza delle cancellazioni è insita nell'IFRS 7, ai sensi del quale i criteri di cancellazione devono essere resi noti, mentre è l'IFRS 9 che fornisce una definizione generale della cancellazione.³²⁰

Chiaramente la cancellazione non comporta la rinuncia da parte della banca al diritto giuridico di recuperare il credito.

2.4 Asimmetria tra indici di allerta e criteri di classificazione dei crediti bancari nella percezione della crisi.

Prima di concludere tale parte della trattazione è opportuno parlare dell'evidente asimmetria che sussiste tra l'attività bancaria e l'attività imprenditoriale nonché tra le rispettive normative di riferimento.

Lo scopo di queste normative è il medesimo: evitare la crisi dell'impresa agevolando l'imprenditore tramite il supporto di sistemi di rilevazione, classificazione e tramite la messa a disposizione di strumenti idonei ad avvisarlo preventivamente circa il rischio di insolvenza eventuale e futuro.

I sistemi, inoltre, sono improntati sul medesimo interesse che è quello di tutelare il credito e di garantire la stabilità economico-finanziaria.

Entrando, però, nel merito della disciplina si percepisce come, da un lato, il Codice della Crisi di impresa, nella sezione dedicata al sistema di allerta, si preoccupi di rendere responsabile l'imprenditore/debitore mentre, dall'altro lato, le normative europee in tema di gestione e controllo del credito, mirino essenzialmente ad assicurare una certa solidità della banca.

Inoltre, è evidente che i destinatari delle due normative siano soggetti nettamente diversi.

Infatti, le norme europee sono rivolte a soggetti di grandi dimensioni, di imprese soggette a controlli da parte di enti specifici e di certificatori esterni.³²¹

Le norme del Codice della Crisi sono, invece, rivolte nei confronti di tutte le imprese italiane. Si tratta specialmente di PMI (micro, piccole e medie imprese che hanno un fatturato annuo o un totale di bilancio annuo non superiore a 19 milioni di euro e hanno meno di 50 occupati).

Da questa differenza emerge che un eventuale crisi di una delle piccole medio imprese non ha forti impatti sull'economia nazionale mentre, nel caso in cui una banca o un intermediario finanziario versino in stato di crisi, l'impatto sul mercato sarà visibile.

Ulteriore differenza sta nel fatto che il codice della Crisi d'Impresa mette a disposizione dell'imprenditore periodi di tempo molto brevi per individuare eventuali azioni correttive dopo il

³²⁰ In base all'IFRS 9 il valore contabile lordo di un'attività finanziaria è ridotto quando non vi sia alcuna aspettativa ragionevole di recupero. La cancellazione costituisce un evento di eliminazione contabile e può riguardare l'attività finanziaria nella sua totalità o parte di essa.

³²¹ Ad esempio, il controllo da parte degli Organi di Vigilanza (BCE, BANKIT), della Consob, delle società di revisione, società internazionali di rating etc. Si tratta di organi particolarmente rilevanti ai fini della stabilità economica e finanziaria, sia in ambito europeo che internazionale, e che, per tale ragione, devono essere dotate di strutture organizzative e di capacità professionali adeguate.

periodo dell'allerta (3 mesi più eventuali 3 mesi di proroga) mentre, la normativa europea dà alle banche un periodo di almeno 24 mesi per verificare la solvenza dell'impresa ed eventualmente formulare azioni di allerta.

I due sistemi, nonostante le divergenze, hanno entrambi lo scopo di reagire alla crisi e, pertanto, si troveranno ad operare contemporaneamente e con la stessa finalità.

Ma il problema principale sta nel fatto che, da un punto di vista temporale, i due sistemi difficilmente saranno in armonia.

Ciò deriva da una semplice constatazione: gli indici di allerta vengono individuati attraverso una valutazione a consuntivo (cioè solo sui bilanci passati) mentre la classificazione dei crediti avviene tramite una valutazione prospettica (e quindi in un arco temporale molto più esteso)

Questo aspetto è evidente, soprattutto, grazie alla classificazione degli Utp.

«Tale differente impostazione rischia di generare un ritorno negativo sull'allerta, laddove appunto il deterioramento del credito venga percepito molto tempo prima da parte delle banche che non a seguito della rilevazione della crisi attraverso gli indici di allerta. Percezione anticipata che sarà tanto più acuta quanto più il contesto economico soffre, come accade in quello attuale per la profonda crisi di liquidità in atto a seguito della nota pandemia.

Sotto questo profilo ravvisiamo la dimensione più critica dell'allerta che può metterne in discussione l'efficacia.

Efficacia che può essere compromessa su due piani: quello della tempestiva emersione della crisi appunto, e quello della restrizione del credito alla impresa in allerta davanti ad un Organismo di composizione assistita della crisi (OCRI). In questa delicata fase è abbastanza evidente che, per quanto possano essere preziose le skills dei componenti dell'OCRI, queste non potrebbero sortire alcun benefico effetto se non si riuscissero a trovare fonti di finanziamento.»³²²

Inoltre, se è vero che le banche sono portate a cedere gli Utp ad un acquirente che non ha interesse al perseguimento della continuità aziendale, la procedura di composizione della crisi verrebbe ostacolata.

Sarebbe più semplice se, al fine di ridurre questa disarmonia, i due sistemi riuscissero a dialogare e a trovare una modalità operativa comune più efficace.

Ci si augura un avvicinamento tra i due sistemi che potrebbe, senz'altro, dare luogo ad un processo di dialogo tra banca e imprenditore che concederebbe alle due parti la possibilità di far incontrare i rispettivi bisogni che in effetti, attualmente, sono asimmetrici.

³²² V. DE SENSI, "Allerta, crediti deteriorati e crisi sistemiche", articolo pubblicato sulla Rivista telematica dell'esecuzione forzata In Executivis, 2022.

3 NPL e crisi d'impresa

Come già ampiamente detto, quando un'impresa non è più in grado di pagare i propri debiti alle banche, quest'ultime accumulano crediti deteriorati e subiscono perdite.

La presenza di alti valori di NPLs nei bilanci delle banche porta ad una riduzione della redditività.

Infatti, se una banca accumula in bilancio troppi crediti di cattiva qualità, dovrà accantonare maggiori risorse come rete di sicurezza nel caso in cui dovesse registrare, in un certo momento, una cancellazione parziale o totale del prestito da parte dell'imprenditore in stato di crisi.

La gestione degli NPLs da parte delle banche dovrebbe essere effettuata in modo efficace e coerente rispetto al nuovo contesto regolamentare e di supervisione sugli NPLs.

Tra le banche e le imprese c'è un forte legame e questo è dimostrato innanzitutto dai dati numerici.

Infatti, in Italia il 30% del totale attivo delle banche è composto da prestiti alle imprese mentre il 56% dei debiti finanziari delle imprese è costituito da prestiti bancari.

La crisi scatenata dalla pandemia da Covid-19 ha certamente fatto riemergere la preoccupazione per la crescita dei crediti deteriorati.

Alla luce di questo legame, è molto importante che il rapporto non si indebolisca: in questo caso le conseguenze negative si riverseranno sia nei confronti dell'imprenditore sia nei confronti della banca a cui l'imprenditore si è rivolto.

La domanda da porsi è: come si gestisce il rapporto tra banche ed imprenditore quando quest'ultimo si trova in uno stato di crisi?

Quando l'insolvenza è irreversibile non vi è molto da specificare, in quanto l'unica risposta a questo tipo di insolvenza è la celere liquidazione dell'impresa in dissesto.³²³

Per raggiungere tale risultato nel più breve tempo possibile ciò che serve è un serio perfezionamento dei tempi dell'esecuzione civile.

Da questo punto di vista la legge delega per la riforma del processo civile³²⁴ ha individuato molti strumenti che ottimizzano la disciplina esistente. Altri interventi si attendono con l'entrata in vigore del processo telematico e della gara telematica.

È chiaro che si tratta di interventi che non sono finalizzati a risolvere il problema dei crediti deteriorati, ma che possono comunque concorrere a dimezzare i tempi di soddisfacimento dei creditori.

Un profilo completamente diverso è affrontato dalle norme che regolano il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi, introdotto dal D.L. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge 147/21, di cui si è ampiamente parlato nelle pagine precedenti.

³²³ L. PANZANI *Il diritto della crisi ed il fenomeno NPL. Spunti per un'analisi*, in *Rivista Diritto della Crisi*, 2022

³²⁴ LEGGE 26 novembre 2021, n. 206 Delega al Governo per l'efficienza del processo civile e per la revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie e misure urgenti di razionalizzazione dei procedimenti in materia di diritti delle persone e delle famiglie nonché in materia di esecuzione forzata.

La definizione di crisi presente nel D.L. e più volte richiamata, rispecchia i concetti di inadempienza probabile e di sofferenza previsti dalla Circolare n.272 della Banca d'Italia del 30 luglio 2008.

Infatti, quando l'impresa accede alla cnc o a qualsiasi altra procedura di allerta, i crediti vantati dalla banca coinvolta diventano di default inadempienze probabili (UTP)

In altri termini, in questi casi, prima che i crediti diventino NPL sono considerati UTP perché essi non sono ancora insoluti e perciò necessitano di un trattamento diverso rispetto ai crediti considerati già deteriorati.

Quale è, allora, la strategia per contrastare il fenomeno dell'accumulo dei crediti deteriorati nel contesto di una composizione negoziata della crisi?

Come richiamato più volte dal governatore della Banca d'Italia³²⁵ è fondamentale la sorveglianza sui crediti deteriorati. A tal proposito, le banche devono individuare in tempi rapidi i potenziali NPL o le sofferenze dei debitori in modo da avviare rapidamente il processo di risoluzione e di cessione degli stessi.

3.1 L'utilizzo della cnc in presenza di NPLs e UTP.

È opportuno, a questo punto, considerare l'impatto che l'accesso da parte dell'impresa alla procedura di composizione negoziata della crisi può avere rispetto alle politiche creditizie delle banche.³²⁶

Si parte dal presupposto oggettivo del ricorso alla composizione negoziata della crisi ovvero «*le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza*».

Viene da sé che l'impresa che si trova in queste condizioni non può essere considerata un'impresa in bonis e non importa se questa abbia rapporti finanziari regolari presso banche o intermediari finanziari o se questa abbia dei rapporti finanziari scaduti (anche non deteriorati, ovvero da non oltre 90 giorni) presso banche o intermediari finanziari.

Ci si chiede, a questo proposito, come le banche debbano classificare le imprese clienti una volta che queste accedano alla composizione negoziata della crisi.

Nonostante la composizione negoziata non sia una procedura concorsuale, è possibile applicare, in via analogica, le disposizioni previste dalla disciplina di vigilanza³²⁷ per le ipotesi di ricorso a

³²⁵ Ignazio Visco. Nato a Napoli il 21 novembre 1949. Nominato Governatore della Banca d'Italia dal 1° novembre 2011 (D.P.R. del 24 ottobre 2011 pubblicato nella G.U. n. 253 del 29 ottobre 2011); confermato nella nomina dal 1° novembre 2017 (D.P.R. del 27 ottobre 2017).

³²⁶ S.RIZZO *Il quadro regolamentare delle esposizioni bancarie (nei confronti delle imprese "in crisi")*, in Rivista Diritto della Crisi, 2022.

Il contributo, opportunamente rielaborato, sarà incluso nell'opera collettanea "Il ruolo dell'Esperto nella Composizione Negoziata della Crisi d'Impresa", a cura di S. Bonfatti e R. Guidotti, in corso di pubblicazione à Giappichelli.

³²⁷ Si fa riferimento alla Circolare 272/2008 della Banca d'Italia, *Avvertenze generali*, Sezione B, paragrafo 2, "Qualità del Credito".

La Circolare contiene le regole per la compilazione delle segnalazioni statistiche di vigilanza, su base individuale, che le banche italiane e le filiali italiane di banche estere trasmettono alla Banca d'Italia.

procedure di concordato preventivo ex artt.160 ss L. fall. o di accordi di ristrutturazione ex Art. 182-bis L. fall.

Pertanto, applicando tali disposizioni, la catalogazione delle esposizioni creditizie dovrà essere, di default, quella di inadempienza probabile (*Unlikely to Pay*), quanto meno fino a che non sarà terminata la procedura e sempre che non ricorrano elementi diversi tali da portare le banche a classificare l'esposizione come una "*sofferenza*" o se l'esposizione fosse già classificata come "*sofferenza*" ancora prima che l'impresa ricorra alla procedura di composizione negoziata della crisi.

La classificazione dell'esposizione bancaria ad "*inadempienza probabile*" comporterà l'obbligo di determinare i corrispondenti accantonamenti.

È bene puntualizzare che si giungerebbe alla stessa conclusione nel caso in cui un'impresa, durante la procedura, richiedesse alle banche creditrici una moratoria su tutti i finanziamenti.

In questa circostanza, la banca sarà tenuta a trasformare la classificazione dell'esposizione bancaria prima ritenuta in bonis ad "*inadempienza probabile*", con l'ulteriore specificazione che così catalogata verrebbe affiancata dall'attributo forborne non performing, dato che si tratterebbe di un'esposizione oggetto di concessione deteriorata.

Un'altra situazione estremamente complessa e che ha destato particolari discussioni è il caso in cui l'impresa in composizione negoziata chieda al Tribunale, ai sensi dell'art 10, co. lett. a)³²⁸ del d.l. 118/2021, l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art 111 della l. fall.³²⁹

Per l'impresa in crisi ricevere tali finanziamenti rappresenta la chiave per continuare l'attività e per sconfiggere lo stato di crisi in cui si trova.

Nonostante tale scopo possa essere ritenuto valido, il fatto che i finanziamenti concessi siano assistiti dal beneficio della prededuzione non può essere valutato come elemento sufficiente per depennare la classificazione dell'esposizione come inadempienza probabile e trasformarla in una esposizione *in bonis*.

Al massimo, il beneficio della prededuzione, che rappresenta una garanzia, potrebbe portare a ridurre gli accantonamenti che erano destinati a coprire la posizione di rischio.

A tal proposito, difficilmente la banca è portata a concedere questo supporto finanziario.

Il flusso informativo è denominato "matrice dei conti" perché è organizzato in righe (le "voci") e colonne (gli "attributi informativi"), come una matrice.

Lo schema comprende quattro sezioni che contengono dati statistici, di bilancio nonché informazioni relative a patrimonio di vigilanza e coefficienti prudenziali (rischio di credito e di controparte, grandi rischi, rischi di mercato, rischio operativo e posizione patrimoniale).

Fonte: sito ufficiale della Banca d'Italia, <https://www.bancaditalia.it/>

³²⁸ Per comodità di lettura si riporta l'art 10 del d.l. 118/2021 "*I. Su richiesta dell'imprenditore il tribunale, verificata la funzionalità degli atti rispetto alla continuità aziendale e alla migliore soddisfazione dei creditori, può:*

a) autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'articolo 111 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267;"

³²⁹ La disposizione in commento disciplina un aspetto fondamentale della distribuzione delle somme, determinando l'ordine di soddisfazione dei diversi creditori. In particolare, la norma sancisce la prevalenza assoluta dei crediti prededucibili, cioè quelli che la legge definisce tali o sono connessi alla procedura (e non sono quindi debiti del fallito), da <https://www.brocardi.it/>

Passando all'analisi di un altro tema particolarmente problematico, ci si chiede se le banche possano, a seguito della richiesta da parte dell'impresa di accesso alla composizione negoziata della crisi, revocare o modificare una linea di credito concesso all'imprenditore o rifiutarsi di eseguire un contratto pendente.³³⁰

L'art 6, co 5 del d.l. 118/2021, in tema di misure protettive, dispone 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 rispetto alla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1.*».

Da questa previsione normativa emerge che le banche e gli intermediari finanziari non possono revocare le linee di credito, né modificarle rendendole più onerose a danno delle imprese.

La modifica delle linee di credito o l'aumento delle condizioni economiche sarà ammissibile solo nel caso in cui le banche reputino tali variazioni contrattuali sufficienti ad evitare il ricorso delle imprese alla procedura di composizione.

In caso contrario, la banca non potrà far altro che subire un duplice danno: l'aumento dell'esposizione nominale da appostare a credito deteriorato (inadempienza probabile) e, di conseguenza, la necessità di maggiori accantonamenti.

3.1.1 I doveri dei creditori e la collaborazione con l'imprenditore

Le parti, durante le trattative e in tutto il percorso della composizione negoziata della crisi, hanno dei precisi doveri da rispettare.

Innanzitutto, per parti si intendono tutte coloro che partecipano alla composizione negoziata per la risoluzione della crisi: imprenditore, creditori (comprese le banche e gli intermediari finanziari) e l'esperto.

L'art 4 ai commi 4 e 7³³¹ del D.L. n.118/2021 rispecchia le norme presenti nel codice della crisi negli artt. 3 e ss³³², sempre in tema di doveri delle parti.³³³

Invero, durante le trattative le parti devono comportarsi secondo buona fede e correttezza.

Il dovere di buona fede è già stabilito in via generale dagli artt. 1175³³⁴ e 1137 del Codice civile che prevedono che tale onere vada rispettato già nella fase precontrattuale.

³³⁰ In questa sede si vuole solo, sinteticamente, dare una risposta al quesito posto ma per un'analisi più approfondita si rimanda ad uno specifico paragrafo del presente capitolo. (v. *infra* § 3.2.1)

³³¹ Per comodità di lettura si riporta l'art 7 del dl 118 ai commi richiamati: “*Durante le trattative le parti si comportano secondo buona fede e correttezza*” e “*Tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto e rispettano l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative da questi assunte o programmate e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative. Le medesime parti danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata*”

³³² Il CCII al capo II “*principi generali*” nella sezione I “*obblighi dei soggetti che partecipano alla regolazione della crisi o dell'insolvenza*” sono contenuti nell'Art. 3 “*Adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa*”; 4 “*doveri delle parti*”; nell'art 5 “*trasparenza ed efficienza delle nomine e trattazione prioritaria delle controversie*”; e così via

³³³ È evidente come il legislatore del d.l. 118 voglia anticipare alcune novità del codice della crisi di impresa.

Non sarebbe, dunque, stato necessario ribadire il concetto, ma per l'importanza di questa clausola la ripetizione è condivisibile.

Tralasciamo in questa sede gli obblighi dell'esperto e dell'imprenditore, che sono argomenti già ampiamente trattati nei capitoli precedenti³³⁵ e concentriamoci sui doveri dei creditori.

I creditori hanno il dovere di comportarsi secondo correttezza, devono collaborare lealmente e tempestivamente con l'imprenditore e con l'esperto e devono rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione dell'imprenditore, sulle iniziative assunte e sulle informazioni acquisite nel corso delle trattative.

Inoltre, tutti i creditori hanno il dovere di collaborare alle trattative. Questo dovere non è da intendersi come la necessità che i creditori diano consenso a qualsiasi iniziativa dell'imprenditore ma piuttosto come il dovere di non impedire le trattative con un qualsiasi atteggiamento ostruzionistico o respingendo il contraddittorio sulle richieste del debitore.

Per ciò che qui interessa, nelle trattative aventi ad oggetto i crediti deteriorati capita molto spesso che la negoziazione si arresti perché le banche non comunicano la loro risposta o mostrano scarsa attenzione o addirittura disinteressamento.

L'obbligo giuridico di rispondere alle proposte del debitore viene visto con estremo favore non solo per i profili di responsabilità che possono derivarne, quanto perché favorisce lo svolgimento delle trattative, ne riduce i tempi e nella maggior parte dei casi consente di arrivare, al termine delle trattative, a risultati positivi.

Tutti i doveri in capo alle banche, specialmente il dovere di correttezza, faranno sì che queste tengano dei comportamenti formalmente corretti anche se ciò non significa che esse o i *servicer* debbano mostrarsi interessate nelle trattative.

La violazione dei doveri, per mancanza di interesse, provocherà la possibilità dell'imprenditore di agire nei confronti del creditore con l'azione di risarcimento dei danni.³³⁶

Il dovere di collaborare fa parte sostanzialmente del generale dovere di comportamento secondo correttezza e buona fede.

Tale obbligo, come già detto, si trova anche nel codice della crisi di impresa e pertanto vale per tutte le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

La composizione negoziata della crisi ha una chiara matrice di natura fiduciaria e presenta molti dei principi della disciplina della mediazione e della negoziazione.

Come già approfondito nei precedenti capitoli, è presente, altresì, l'obbligo di riservatezza che è finalizzato alla massima tutela dell'imprenditore nell'ambito delle trattative con particolare riguardo all'utilizzo abusivo dei dati e delle informazioni che quest'ultimo andrà a fornire al ceto creditorio.³³⁷

³³⁴ Articolo 1175 del Codice civile: "*il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*"

³³⁵ (v. *infra* § 2 par.2.4)

³³⁶ La curatela potrà agire nei confronti del creditore tramite l'azione di danno solo se sarà in grado di provare che il silenzio o il ritardo nella risposta ha causato come minimo un aggravamento del dissesto

³³⁷ Si richiama Il D.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 che impone una rigida disciplina a tutela del diritto alla privacy, vietando il trattamento dei dati personali in assenza di consenso e obbligando il titolare del trattamento ad adottare

In effetti, il legislatore, con questa disposizione, ha voluto annientare ogni manovra di utilizzo irregolare e abusivo dell'istituto della composizione negoziata della crisi da parte dei creditori.

La diffusione di questi dati, nonché il loro utilizzo improprio, potrebbe infatti aggravare la situazione dell'impresa, danneggiando ulteriormente la crisi già in atto.³³⁸

Il debitore, infatti, durante le trattative funzionali ad individuare una soluzione concordata della crisi, deve essere posto nelle condizioni di condividere notizie complete e veritiere senza avere timore di una eventuale diffusione a soggetti non coinvolti nella procedura.³³⁹

L'obbligo di riservatezza a carico dei creditori funge da contrappeso al dovere del debitore «*di illustrare la propria situazione in modo completo, veritiero e trasparente, fornendo ai creditori tutte le informazioni necessarie ed appropriate allo strumento di regolazione della crisi o dell'insolvenza prescelto*»

In altri termini, da un lato all'imprenditore è richiesta la diffusione tempestiva dello stato di crisi ai propri creditori, dall'altro è doveroso che questi ultimi non diffondano le informazioni acquisite durante le trattative.

3.1.2 Il ruolo delle banche e degli intermediari nella cnc.

Il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari è chiaro al legislatore della legge 147/2021 tanto che l'articolo 4 stabilisce che «*Le banche, gli intermediari finanziari, i loro mandatari e cessionari sono tenuti a partecipare alle trattative in modo attivo e informato.*»

A differenza di quanto accade nelle negoziazioni informali, gli istituti di credito sono assoggettati ad un espresso obbligo di legge, ovvero alla partecipazione in modo attivo ed informato alle trattative di rinegoziazione del debito dell'impresa e tale obbligo si estende anche ai loro mandatari, ad esempio, ai servicer³⁴⁰ e ai cessionari dei loro crediti.

Il legislatore ha, quindi, incluso nella disposizione sopra menzionata tutti i portatori di interessi opposti a quelli del debitore.

Le banche, quindi, non possono sottrarsi a tale partecipazione né essere passive nell'attività di rinegoziazione.

cautele tecniche ed organizzative idonee a trattare i dati altrui in modo sicuro, nel rispetto dei diritti e delle libertà personali nonché della dignità dell'interessato.

Sono previste sanzioni in caso di trattamento non conforme alla legge sia sotto il profilo civile che sotto il profilo penale.

³³⁸ Il codice della crisi non prevede alcuna sanzione per la violazione del dovere di riservatezza o del dovere di leale collaborazione ma la risposta ad una violazione dell'Art. 4, comma 3, CCII non può limitarsi a una sanzione di tipo «meramente etico o deontologico, dal momento che quando la violazione dei doveri incide, pregiudicandoli, sui diritti dei terzi, si aprono le praterie della responsabilità e delle conseguenze risarcitorie» La violazione dei doveri di leale collaborazione e di riservatezza ammette dunque la configurabilità di un diritto al risarcimento del danno (capace di riflettersi anche sul piano cautelare).

³³⁹ D. LENZI, *i doveri dei creditori nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in Rivista Il caso.it 2021 (<https://blog.ilcaso.it/home>)

³⁴⁰ Il Servicer è il soggetto incaricati della riscossione dei crediti ceduti, dei servizi di cassa e di pagamento nonché il soggetto che ha il compito di verificare e monitorare la rispondenza dell'operazione di cartolarizzazione alla normativa vigente e al prospetto informativo.

Ripercorrendo il decreto-legge n.188/2021 le banche sono destinatarie di una serie di norme che, in realtà, in base alle quali vengono loro imposte delle limitazioni.

In primis, l'Art. 6 del D.L. ove è previsto che l'imprenditore possa chiedere delle misure protettive che *«impediscono ai creditori di acquisire diritti di prelazione, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio di impresa e dell'imprenditore.»*

L'articolo che menziona i creditori fa chiaramente riferimento anche alle banche, alle quali si impedisce di esercitare i loro diritti per evitare che vengano negativamente condizionate le possibilità di raggiungere un accordo in grado di sanare l'impresa.³⁴¹

Esprime ancora meglio l'idea il contenuto del sesto comma dove si prevede che i creditori non possono in alcun modo *«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 rispetto alla pubblicazione dell'istanza di cui al primo comma».*

Seguendo questa disposizione, le banche non potranno privare l'imprenditore del loro aiuto creditizio per tutta la durata della procedura.

Tuttavia, le banche durante le trattative hanno il potere di chiedere agli imprenditori maggiori garanzie di cui potrebbero godere una volta intrapresa la composizione negoziata della crisi.

Gli istituti di credito, infatti, potrebbero timore che il rischio di perdita del credito aumenti sempre di più e che a causa della breve durata della composizione negoziata (180 giorni salvo proroga) vi possa essere una compressione dei loro diritti.³⁴²

In aggiunta, al comma 7 dell'articolo 6 del d.l. 118 è stata introdotta una novità *«le medesime parti (tra cui le banche) danno riscontro alle proposte e alle richieste che ricevono durante le trattative con risposta tempestiva e motivata»* tenendo conto che hanno il dovere di *«collaborare lealmente ed in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto».*

Appare di un certo rilievo la previsione che contiene il dovere di dare riscontro alle proposte e alle richieste dell'imprenditore, formulate durante le trattative, con risposta tempestiva e motivata.

In questo il ruolo delle banche si discosta da ciò che le stesse sono tenute a fare nella diversa ipotesi nei piani attestati di risanamento dove, infatti, le banche non fanno delle controproposte ma si limitano semplicemente ad accettare o meno le proposte dell'imprenditore. (art 67 lett. d) L.fall).

Nella composizione negoziata della crisi, invece, si chiede alle banche di avere un ruolo proattivo. A volte, questo tipo di attività porta le banche a svelare delle informazioni riservate che di norma devono essere tenute nascoste³⁴³. Sia l'esperto che il giudice potrebbero, a quel punto, pretendere l'acquisizione di tali dati.

³⁴¹ D. CRIVELLARI, *LE BANCHE E LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLE CRISI D'IMPRESA EX LEGE 147/21*, in <https://www.advisora.it/portal/>.

³⁴² La durata complessiva delle misure protettive non può superare i 240 gg., comprese eventuali proroghe, su istanza delle parti ed acquisito il parere dell'esperto, per il tempo necessario ad assicurare il buon esito delle trattative (Art. 7, comma 5). In ogni caso la durata iniziale non può essere inferiore a 30 gg.

³⁴³ Per quanto riguarda le informazioni riservate, si fa spesso riferimento al NBV (il valore netto contabile di un'immobilizzazione materiale è il valore al quale il bene è iscritto in bilancio al netto di ammortamenti e svalutazioni dell'esercizio e di esercizi precedenti.)

Per di più, i creditori, comprese le banche, possono presentare un'istanza al giudice che ha emesso i provvedimenti di conferma, modifica o revoca delle misure protettive (cfr. Art. 7 co.4 d.l. n. 118/2021), per chiedere la revoca o l'abbreviazione delle misure protettive o delle misure cautelari nel caso in cui «esse non soddisfino l'obiettivo di assicurare il buon esito delle trattative o appaiano sproporzionate rispetto al pregiudizio arrecato ai creditori istanti»³⁴⁴

Questa disposizione rimarca l'obbligo delle banche di collaborare non solo in maniera leale e tempestiva, ma anche in modo risolutivo in quanto esse, come anche tutti i creditori, hanno interesse a che la procedura si chiuda con il risanamento dell'impresa.

E talvolta la banca è addirittura tenuta ad accettare le pessime condizioni in cui si trova il suo credito.

Tuttavia, a tutela dei creditori vi è la regola secondo la quale sia il giudice, quando è chiamato in causa, sia l'esperto, nella relazione finale, devono accogliere solo le soluzioni che non riservino un trattamento peggiore rispetto a quello che si conseguirebbe nel caso in cui si avviasse una liquidazione giudiziale.

Una banca che si è vista costretta a cambiare la classificazione del suo credito, da credito in bonis a “*inadempienza probabile*” ed ha la consapevolezza che sarà difficile recuperare il suo credito, è inevitabile che riponga nei confronti dell'imprenditore, nonché nei confronti dei terzi, poca fiducia.

Ed è per questo che la figura dell'esperto è estremamente importante dovendo quest'ultimo deve cercare di creare una certa empatia tra imprenditore e banche.

Infine, di particolare interesse è la disposizione prevista dall'art 13 del d.l. n 118 in tema di gruppi di imprese. Infatti, la possibilità dell'esperto di dirigere delle trattative unitarie per i gruppi garantisce alle banche un profitto in termini di spazio di manovra.³⁴⁵

³⁴⁴ Le istanze per attenuare gli effetti delle misure protettive o cautelari sono frequenti e non favoriscono speditezza ed efficienza del procedimento di composizione negoziata in quanto si produrranno elementi di incertezza poco compatibili con i 180 giorni nei quali la composizione negoziata dovrebbe concludersi.

³⁴⁵ Anche se al di fuori della regolamentazione della composizione negoziata, nella legge 147/21 vi sono altre norme che riverberano sulla vicenda delle banche e dei loro clienti critici.

In particolare, la numero 2) dell'articolo 20, primo comma, che va a modificare l'articolo 182 quinquies della Legge fallimentare in tema di rate di mutuo.

L'articolo 20 della legge 147/ 21 introduce nella Legge fallimentare anche l'articolo 182 novies sugli “*accordi di ristrutturazione agevolati*” dove è prevista la riduzione alla metà della percentuale di cui all'articolo 182 bis, primo comma, quando il debitore abbia rinunciato alla moratoria di cui all'articolo 182 bis, primo comma lettere a) e b), non abbia presentato il ricorso previsto all'articolo 161, sesto comma, e non abbia richiesto la sospensione prevista all'articolo 182 bis, sesto comma.

Di rilievo anche la modifica prevista al punto e) dello stesso articolo apportata all'articolo 182 septies sempre della Legge fallimentare dove, proprio in tema di banche, il debitore può chiedere che gli effetti dell'accordo siano estesi ai creditori non aderenti appartenenti alla stessa categoria. Alla lettera f) dell'articolo 20 si introduce nella Legge fallimentare l'articolo 182 octies sulla “*convenzione di moratoria*”, uno degli esiti positivi previsti per la composizione negoziata, dove al terzo comma si specifica che “*in nessun caso, per effetto della convenzione, ai creditori della medesima categoria non aderenti possono essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi affidamenti*”.

(D.CRIVELLARI, *op cit.*)

3.2 L'accesso al credito bancario per l'impresa in crisi

Prima di analizzare il tema dell'accesso bancario durante il percorso della composizione negoziata è opportuno riprendere, molto sinteticamente, il tema della finanza bancaria nella gestione dell'impresa.³⁴⁶

L'art 9 comma 1 d. l. n. 118/2021, afferma che «*nel corso delle trattative l'imprenditore conduce la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa*».

Pertanto, l'imprenditore, nella gestione ordinaria dell'impresa può:

- proseguire l'esecuzione dei contratti di finanziamento in corso.
- chiedere l'erogazione di nuovi finanziamenti.

Secondo l'art 10, co.2 del D.L. n.118/2021, su richiesta dell'imprenditore il Tribunale può:

- autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'Art. 111 L. fall.;
- autorizzare l'imprenditore a contrarre finanziamenti dai soci prededucibili ai sensi dell'Art. 111 L. fall.;
- autorizzare una o più società appartenenti ad un gruppo di cui all'articolo 13 d. L n. 118/2021 a contrarre finanziamenti prededucibili ai sensi dell'Art. 111 L. fall.;
- Autorizzare l'imprenditore a trasferire in qualunque forma l'azienda o uno o più suoi rami senza gli effetti di cui all'art 2560 co, 2 c.c.

L'esperto può invitare le parti a rideterminare, secondo buona fede, il contenuto dei contratti ad esecuzione continuata o periodica ovvero ad esecuzione differita, *se la prestazione è divenuta eccessivamente onerosa per effetto della pandemia da Covid-19*: in mancanza di accordo, su domanda dell'imprenditore, il tribunale, acquisito il parere dell'esperto e tenuto conto delle ragioni dell'altro contraente, *può rideterminare equamente le condizioni del contratto*, per il periodo strettamente necessario e come misura indispensabile ad assicurare la continuità aziendale.

Passiamo ora al tema principale, quello della nuova finanza per l'impresa che versi in una situazione di crisi.

Un'impresa che si trova a dover affrontare una situazione di crisi o che vuole anticipare tale situazione sente necessariamente il bisogno di ricorrere a forme di sostegno economico.

Tale sostegno può derivare da due attività:

- 1) la conservazione dell'aiuto finanziario fino a quel momento garantito da terzi (banche, soci, investitori)
- 2) l'aumento di nuove forme di ausilio finanziario o di forme di sostegno finanziario "*pendenti*" da contratti di finanziamento già in corso.

Per quanto riguarda il primo punto, la conservazione dei contratti bancari di credito pendenti è un'attività che rientra nella gestione ordinaria dell'imprenditore.

³⁴⁶ S. BONFATTI, *la nuova finanza bancaria* in *Rivista Diritto della Crisi*, 2021

In via generale, l'accesso alla composizione negoziata della crisi non comporta particolari sconvolgimenti ai rapporti giuridici in corso.

L'imprenditore ha interesse, però, al loro consolidamento e per raggiungere tale obiettivo le parti devono comportarsi secondo buona fede e correttezza (art 4 co, 4 d.l.)

In particolare, le banche e gli intermediari finanziari devono partecipare alle trattative «*in modo attivo ed informato*»; si esclude che l'accesso al procedimento di cnc costituisca di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari (v. *infra* § 3.21.); nei casi di eccessiva onerosità della prestazione derivata dalla pandemia l'esperto può definire nuovamente il contenuto dei contratti; ma per le banche resta vietato rifiutare l'adempimento, la risoluzione o la scadenza anticipata di un contratto pendente, a causa del mancato pagamento dei crediti anteriori derivante dall'acquisizione da parte dell'imprenditore di misure protettive.

I “*contratti pendenti*” (anche quelli di credito) possono, dunque, continuare ad essere attuati regolarmente, compresa l'esecuzione dei pagamenti dovuti e nonostante l'eventuale appello a misure protettive³⁴⁷.

Veniamo adesso al secondo punto, quello della concessione di nuova finanza.

L'imprenditore che chiede l'apertura di nuove linee di credito siano essi finanziamenti prima inesistenti o non attivi, compie un atto rientrante nell'ordinaria amministrazione e contestualmente nella straordinaria gestione dell'impresa.

Per la prima ipotesi, l'esempio più calzante è rappresentato dalle linee di credito cc.dd. “*autoliquidanti*”³⁴⁸, in quanto sono finanziamenti finalizzati a ridare disponibilità finanziarie liquide già in possesso dell'impresa, con l'esecuzione delle prestazioni effettuate dai clienti in maniera rateizzata, ma scadenti in un momento successivo.

Rappresentano, invece, esempi della seconda categoria i finanziamenti a medio-lungo termine volti a sorreggere degli investimenti che rappresentano atti di amministrazione straordinaria, per l'importo, per la natura, per il carattere non ricorrente.

Per tali ultimi finanziamenti resta ferma la validità e la opponibilità degli effetti ma è vi è l'obbligo di informazione preventiva all'esperto e la conseguente disciplina (art 9, co.4³⁴⁹), la segnalazione

³⁴⁷ Si fa riferimento all'Art. 6, co. 1, ult. parte: “Non sono inibiti i pagamenti”

³⁴⁸ Per linee di credito c.d. autoliquidanti si intendono quelle attraverso cui una banca effettua un'anticipazione di denaro a fronte dell'attestazione dell'esistenza di crediti commerciali che saranno poi incassati dall'istituto di credito stesso in virtù di un patto di compensazione accessorio al contratto bancario

Cass. Civ. 15 giugno 2020, n. 11524, In tema di contratti pendenti di finanziamento autoliquidanti tra presente e futuro, secondo la quale “in ogni caso, anche ove si volesse ritenere che l'attività di incasso dei crediti del cliente verso i terzi rientrasse tra le obbligazioni della banca, si tratterebbe comunque di una prestazione di natura accessoria, non idonea ad incidere sulla nozione di compiuta esecuzione della prestazione a norma dell'Art. 72 l.fall.” e dell'Art 169-bis l.fall.;

³⁴⁹ Segue infatti l'obbligo di informazione dell'esperto dell'eventuale compimento dell'atto, nonostante il dissenso ricevuto (Art. 9, co. 4) e l'iscrizione del dissenso dell'esperto nel Registro delle Imprese, entro 10 giorni (dalla comunicazione del compimento dell'atto non condiviso), *possibile* – in via generale -; o *necessaria*, “quando l'atto pregiudica gli interessi dei creditori”;

all'imprenditore e all'organo di controllo della considerazione che l'atto non arrechi «pregiudizio al creditore, alle trattative o alle prospettive di finanziamento».

Infine, pare opportuno sottolineare che gli atti di straordinaria amministrazione sono esenti dall'azione revocatoria fallimentare ex Art. 67 L.fall. se sono coerenti con le trattative e con le prospettive di risanamento. Inoltre, devono essere oggetto di informativa preventiva all'esperto (Art. 9, co. 2), nonché devono essere accompagnati dalla condivisione da parte di questi, o almeno, dalla mancata pubblicizzazione del suo eventuale dissenso.

In conclusione, l'accesso al credito per le imprese in crisi è uno dei motivi per cui è conveniente ricorrere alla composizione negoziata della crisi.

Difatti nella maggior parte delle procedure concorsuali, le banche potrebbero revocare gli affidamenti e richiedere il rientro immediato delle linee di credito.

Invece, con il ricorso alla composizione negoziata le banche hanno l'obbligo di partecipare in modo attivo ed informato alle trattative di negoziazione del debito e, come più volte sottolineato, l'imprenditore può chiedere l'adozione di misure protettive da cui scaturirà l'obbligo per le banche di ripristinare o di mantenere gli affidamenti.

3.2.1 L'assenza di revoca degli affidamenti a seguito dell'accesso alla cnc.

Come già accennato, il comma 6 dell'articolo 4 del Decreto-legge n. 118/2021 prevede che «l'accesso alla composizione negoziata della crisi non costituisce di per sé causa di revoca degli affidamenti bancari concessi all'imprenditori».

La novità che caratterizza la composizione negoziata della crisi è evidente se si tiene a mente la disciplina generale dei fidi bancari. La regola generale prevede che al variare delle condizioni di mercato, delle garanzie o ancora all'evidenza di mancanza di liquidità o di difficoltà nell'incasso dei crediti, la banca può revocare gli affidamenti concessi.

Emerge, quindi, in maniera lampante, il mutamento operato nel contesto della composizione negoziata della crisi d'impresa.

Innanzitutto, è bene analizzare il termine “*affidamenti*”. Ci si chiede se in tale espressione vadano compresi i mutui e i prestiti e fino a dove si estenda la categoria dei fidi.³⁵⁰

La dottrina maggioritaria³⁵¹ è incline a ritenere che l'espressione “*affidamenti*” debba comprendere qualsiasi forma di concessione di credito che instauri un rapporto tra banca-impresa in cui, da un lato, la banca abbia erogato un certo credito e, dall'altro, l'impresa abbia l'obbligo di rimborsare una certa somma entro una data prestabilita.

³⁵⁰ L.CIPOLLA, *composizione negoziata della crisi: brevi note sul divieto di revoca dei fidi* in Rivista ius letter, 2021 (<https://iusletter.com/>)

³⁵¹ In questo senso si è espressa anche la migliore dottrina (cfr. SIDO BONFATTI) secondo la quale nella nozione di affidamento sono comprese “*tutte le linee di credito che possono interessare il sostegno finanziario dell'attività d'impresa, a prescindere dalla forma che possono assumere*” e perciò, ad esempio, “*tanto i fidi di cassa quanto i fidi di firma; tanto le linee di credito semplici, quanto quelle rotative*”.

È chiaro, però, che non si può includere nella categoria degli affidamenti bancari qualsiasi fattispecie che contempa una minima variazione nei rapporti di credito/debito tra la banca e i propri clienti. Questa estensione risulterebbe davvero eccessiva.

Sempre per delimitare l'ambito di applicazione degli affidamenti, il divieto di revoca riguarda solo i finanziamenti già eseguiti.

Sarebbe impensabile invece introdurre il divieto di revoca con riguardo a prestazioni ancora da eseguire.

In secondo luogo, appare opportuno soffermarsi sui destinatari di questa norma.

L'Art. 4 del D.L., infatti, si riferisce ai soli affidamenti bancari, creando così un'asimmetria tra i creditori finanziari da un lato e tutte le altre controparti dell'imprenditore dall'altro.

Inoltre, la banca, così come gli altri creditori, viene a conoscenza dell'accesso alla composizione negoziata della crisi solo nel momento in cui l'esperto li invita a partecipare alla negoziazione: è allora che entra in funzione il divieto di revoca degli affidamenti.

C'è, però, un'eccezione a questa regola: se l'imprenditore richiedesse la concessione di una misura protettiva o cautelare, la conoscenza di tale richiesta avverrebbe in un momento precedente rispetto alla convocazione dei creditori da parte dell'esperto.

Si potrebbe porre un problema nel caso in cui la banca venga di fatto a sapere dell'avvio della procedura ma non in via non ufficiale, ossia senza ricevere l'effettiva comunicazione da parte dell'esperto. È discusso se, in questo caso, si attivi ugualmente il divieto di revoca degli affidamenti.³⁵²

Sotto questo profilo, potrebbe essere lecito chiedersi se il comportamento di una banca che revochi l'affidamento, nonostante sia al corrente dell'avvio della composizione, possa essere considerato negativamente in virtù del principio per cui *«tutte le parti coinvolte nelle trattative hanno il dovere di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore e con l'esperto»* (Art 4, co. 7 D.L. n.118/2021).

In realtà, non esiste, in tema di composizione negoziata per la risoluzione della crisi, una sanzione specifica ma la condotta sleale della banca porterebbe, al massimo, ad una responsabilità per danni. Altro argomento particolarmente delicato è rappresentato dalla discussa possibilità della banca di interrompere il rapporto contrattuale perché non siano state fatte valere istantaneamente cause di risoluzione contrattuali o di revoca dei fidi. Il tema resta ancora aperto.

In effetti, le banche non hanno l'obbligo di motivare il recesso dalle linee di credito in corso e sarebbe difficile contestare un'eventuale interruzione delle concessioni di credito successive alla composizione negoziata.

Un tale comportamento da parte della banca sarebbe distruttivo per l'impresa che ha intrapreso la via della composizione negoziata proprio per perseguire la continuità aziendale.

³⁵² Secondo una parte, maggioritaria, della dottrina scatterebbe comunque il divieto di revoca degli affidamenti bancari in quanto si persegue l'obiettivo della tutela dell'impresa e non la disciplina delle modalità con le quali le banche e tutti i creditori, vengano a conoscenza dell'esistenza della composizione negoziata della crisi.

In senso opposto, un'altra parte della dottrina ritiene che sia preferibile una interpretazione restrittiva, sostenendo che non può non rilevarsi come, in questo modo, il divieto potrebbe scattare in tempi diversi a seconda delle fonti attraverso le quali si ha notizia della composizione negoziata.

Ultimo aspetto da sottolineare è come il divieto di revoca degli affidamenti bancari si possa accordare con il principio generale del divieto di imporre l'erogazione del credito e con la normativa di vigilanza che impone di valutare il merito creditizio.³⁵³

Il nuovo CCII ha trovato un equilibrio tra le due contrapposte esigenze ammettendo la revoca degli affidamenti se richiesto dalla disciplina di vigilanza prudenziale, con una comunicazione dell'istituto che deve dare conto delle ragioni della decisione assunta.³⁵⁴

Dopo questa breve disamina emerge chiaramente la ratio della norma: l'introduzione di un divieto di risoluzione di un contratto di finanziamento bancario ha lo scopo di evitare all'imprenditore in crisi o in difficoltà finanziaria di dover rimborsare immediatamente l'intero credito, aggravando così la crisi di liquidità.

³⁵³ La valutazione del merito creditizio è un metodo che utilizzano le banche per verificare se il cliente è in grado di restituire la somma oggetto di prestito. L'obbligo di effettuare la valutazione del merito creditizio delle imprese e dei professionisti si ricava:

Sia dal principio della *“sana e prudente gestione”* di cui all' 5 TUB, trasfuso dalla giurisprudenza nella necessità di svolgere *“una corretta erogazione del credito, nel rispetto non soltanto delle ragioni dell'utenza, ma di quelle delle altre imprese inserite nel sistema, con privilegio per le comunicazioni e le informazioni reciproche”* (Cass. n. 343/1993; Cass. n. 5562/1999)

Sia dal quadro normativo europeo delineato dal Regolamento (UE) n. 575/2013 e Direttiva 2013/36/UE, che, oltre a vietare alle banche di detenere crediti complessivamente troppo rischiosi stabilisce dei criteri predittivi in grado di valutare il merito creditizio del cliente.

G. CASTELLI, *la valutazione del merito creditizio e il Decreto liquidità*, 2020 in Studio Legale Stefanelli (<https://www.studiolegalestefanelli.it/it>)

³⁵⁴ Si tratta dell'Art. 14, comma 4, il quale prevede che *“Le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti”*.

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

Gli approfondimenti svolti consentono di evidenziare come la composizione negoziata della crisi sia un istituto del tutto nuovo ed originale e dalle notevoli potenzialità nell'ambito del nostro ordinamento giuridico e, in particolare, nell'ambito del diritto della crisi di impresa.

Del resto, non poteva essere diversamente ove si pensi al contesto sociopolitico in cui tale istituto è sorto, contesto caratterizzato da una crisi economica senza precedenti nella storia per effetto dei tragici eventi conseguenti alla pandemia mondiale da covid.

Più nello specifico, con grande favore va giudicata l'introduzione della figura, innovativa anche questa, dell'esperto che, ricoprendo un ruolo da mediatore appare, senza dubbio, la figura centrale e determinante della composizione negoziata della crisi.

Il giudizio sulla scelta legislativa - indubbiamente finalizzata ad un'accelerazione dei tempi di risoluzione delle controversie - di strutturare la composizione negoziata della crisi come una procedura essenzialmente extragiudiziale è da considerarsi con estremo favore, in quanto riconosce all'imprenditore, senza la necessaria presenza del Tribunale, la possibilità di decidere quale strada intraprendere in caso di crisi.

Si tratta di una scelta che non solo rende la procedura della CNC meno onerosa rispetto agli strumenti già messi a disposizione dell'imprenditore dall'ordinamento, ma che finisce per privilegiare l'autonomia negoziale delle parti.

Inoltre, il proposito del legislatore di prevedere delle misure di protezione del patrimonio dell'imprenditore cui potere ricorrere prima di avviare le trattative con i creditori, al fine di evitare che qualcuno dei creditori possa avvantaggiarsi rispetto agli altri e vanificare l'obiettivo del superamento della crisi appare rispettoso del principio della par condicio creditorum.³⁵⁵

Il tutto è accompagnato dalla scelta, senza dubbio degna di apprezzamento, di mettere a disposizione dell'imprenditore strumenti telematici ed elettronici che gli consentano di autodiagnosticare la sua situazione economica e finanziaria e che conferiscono alla procedura i caratteri della speditezza e della modernizzazione.

A fronte di tali e tante novità strutturali, il percorso negoziale disegnato dalla nuova legge resta tuttavia caratterizzato - e ciò ne rappresenta un ulteriore dato positivo - dal rispetto dei principi di buona fede e di correttezza e fondato su una concreta prospettiva di risanamento dell'impresa.

Invero, la CNC è applicabile a molteplici categorie di creditori: possono accedervi tutti gli imprenditori, anche quelli agricoli che non sono normalmente soggetti alle ordinarie procedure concorsuali; inoltre, essa è caratterizzata da semplicità, stragiudizialità, segretezza, innovatività ed è contraddistinta da un processo di modernizzazione.

L'imprenditore che sceglie di aderire alla procedura non perde poi la gestione ordinaria dell'attività e potrà anche chiedere di essere autorizzato al compimento di atti di straordinaria amministrazione; le banche non potranno revocare gli affidamenti concessi e, contestualmente, l'imprenditore potrà

³⁵⁵ A. ROSSI, *i presupposti della composizione negoziata della crisi, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Rivista Diritto della Crisi*, Bologna, 2021

richiedere nuova finanza o rideterminare, grazie all'esperto o al tribunale, il contenuto dei contratti di finanziamento.

La CNC non inibisce il potenziale successivo ricorso al concordato preventivo; laddove, infatti, non si giunga ad un accordo con i creditori, è comunque possibile far ricorso all'istituto del concordato preventivo con cessione dei beni, istituto che opererà in via semplificata rispetto a quella che è l'ordinaria disciplina prevista dalla legge.

L'avvio della procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa produce altresì vantaggi di natura tributaria e fiscale, previsti dall'articolo 14 del Decreto-legge n. 118/2021, tra i quali: sanzioni tributarie in misura minima e riduzione alla metà di sanzioni e interessi sui debiti fiscali sorti prima del deposito dell'istanza

Solo passando per la composizione negoziata della crisi si può godere del concordato liquidatorio semplificato: una soluzione giudiziale alternativa al fallimento, d'iniziativa del debitore e non fondata sull'accordo con i creditori, figura che trova la sua matrice nel piano del consumatore.

In definitiva, dunque, può dirsi che, mentre la stabilità del sistema imprenditoriale italiano è in crisi sotto la pressione della pandemia e delle successive conseguenze, l'utilizzo del nuovo strumento potrebbe essere la soluzione per risolvere o, quanto meno, per ridurre i debiti delle imprese.

Tuttavia, come emerge chiaramente dall'elaborato, la buona riuscita del nuovo istituto dipende dal coordinamento delle condotte di tutti i soggetti coinvolti: gli imprenditori da un lato, ai quali si richiederà una maggiore attenzione preventiva nell'affrontare e segnalare le situazioni di crisi, e i creditori dall'altro, che dovranno collaborare con i primi nella ricerca di soluzioni che scongiurino l'insolvenza e, nel mezzo, l'esperto che dovrà assistere e guidare adeguatamente creditori e debitori. Pertanto, per poter effettuare un primo bilancio consuntivo e potere quindi trarre conclusioni meno approssimative sull'effettiva efficacia e funzionalità del nuovo istituto occorrerà attendere lo sviluppo che avrà lo strumento della CNC nei prossimi anni.

Ci si attende, infatti, che siano circa 40 mila i professionisti abilitati che alimenteranno gli elenchi regionali degli esperti: un numero che consentirà di avere una scelta molto ampia per l'individuazione del giusto professionista, a vantaggio del buon esito finale del provvedimento.

Si stima che la piattaforma possa essere utilizzata, nel giro di un anno, da 10 mila imprenditori che chiederanno la collaborazione di un esperto per ristrutturare l'azienda evitando così di ricorrere alle tradizionali strade giudiziali.

Di particolare importanza nel contesto della CNC è il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari, in quanto solo quando le banche non chiudono i c.d. "rubinetti" del credito alle imprese, queste ultime sono poste nelle condizioni di continuare l'attività aziendale e di uscire più facilmente dallo stato di difficoltà.

Fermo restando che quando l'impresa accede alla composizione negoziata della crisi i crediti vantati dalla banca diventano di default inadempienze probabili (UTP), nella procedura della CNC è stata individuata una efficace strategia per contrastare il fenomeno dell'accumulo dei crediti deteriorati non gravando eccessivamente sull'imprenditore.

Infatti, quando l'imprenditore sceglie di aderire a tale procedura, gli è garantito che né le banche né gli intermediari finanziari possano revocare le linee di credito, né tanto meno modificarle rendendole più onerose a danno dell'imprenditore.

Da valutare con estremo favore sono le disposizioni in tema di doveri delle banche di prendere parte alle trattative attivamente e secondo buona fede e correttezza, così da assicurare al debitore che

accede alla CNC di potere tranquillamente ricercare una soluzione concordata della crisi senza avere timore di eventuali manovre pregiudizievoli da parte dei creditori.

È pur vero che gli istituti di credito hanno il potere di ottenere dagli imprenditori maggiori garanzie, ma è altrettanto vero che esse non potranno privare l'imprenditore del loro aiuto creditizio per tutta la durata della procedura.

Inoltre, mentre nella maggior parte delle procedure concorsuali le banche sono solite richiedere il rientro immediato delle linee di credito e non immaginano neanche la possibilità di concedere nuovi finanziamenti, nella composizione negoziata è proprio la facoltà di nuovo accesso al credito che costituisce incentivo alle imprese per ricorrere a tale procedura.

Orbene, in conclusione, si può certamente affermare che la composizione negoziata per la risoluzione della crisi di impresa è un percorso adatto a far acquisire alla cultura imprenditoriale italiana l'idea che fallire può essere, in qualche modo, vantaggioso perché è proprio dalla crisi che l'imprenditore impara ed è nella crisi che il sistema si rigenera.

Sarebbe, tuttavia, illusorio credere che una procedura così rivoluzionaria come la CNC sia del tutto immune da difetti o, comunque, da problematiche applicative.

Ci si chiede, innanzitutto, come l'imprenditore possa fidarsi talmente tanto di un terzo - l'esperto - al punto da comunicargli tutti i dati, anche i più segreti, dell'impresa e tale difficoltà si comprende agevolmente ove si pensi che questo terzo, proprio per il ruolo che ricopre, è chiamato ad essere il più possibile imparziale nelle scelte gestorie che gli competono e giammai potrà agire nell'esclusivo interesse dell'imprenditore.

Un altro aspetto che mette in discussione la validità della procedura è l'eccessivo utilizzo degli strumenti informativi e dell'intelligenza artificiale.

Se da un lato, invero, la piattaforma telematica risponde ad una logica di efficienza e modernità tramite un percorso rapido e tecnologico, dall'altro, difficilmente una macchina potrà sostituire il lavoro di consulenti specializzati in crisi di impresa con competenze economiche, giuridiche e manageriali.

Inoltre, considerato che le imprese italiane hanno la maggior esposizione debitoria nei confronti del fisco, rappresentano ostacoli insormontabili per la diffusione della composizione negoziata l'assenza della possibilità di raggiungere accordi transattivi con i creditori pubblici qualificati, al pari degli istituti di regolazione della crisi quali il concordato e l'accordo di ristrutturazione, nonché lo scarso appeal delle misure protettive disciplinate nell'art. 25-bis del Codice della crisi.

Per di più, il funzionamento della procedura di composizione della crisi è certamente costituita dalla prevedibile difficoltà del ceto bancario, e in generale del ceto creditorio, di giungere ad un accordo in tempi non eccessivamente lunghi, con il concreto rischio che, se poi l'accordo non sarà trovato, la procedura andrà archiviata con gran spreco di energia.

Per ovviare a questo inconveniente si potrebbe immaginare l'adozione di un piano di ristrutturazione che sia frutto di una votazione a maggioranza.

D'altronde esiste già un simile modello cui ispirarsi: nella riforma del Companies Act 2014 è stato introdotto lo Small Company Administrative Rescue Process (SCARP), che prevede che il piano di ristrutturazione si dia per approvato se riceve il consenso di tanti creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto e di almeno una classe di creditori, mentre solo l'opposizione dei creditori dissenzienti attiva l'intervento del tribunale.

Si riscontra, dunque, una certa diffidenza per questo strumento da parte degli imprenditori in crisi.

Ed invero, al 10 febbraio 2023 i dati diffusi da Unioncamere indicano che la composizione negoziata non ha conosciuto, almeno in questo primo anno, l'utilizzo sperato, perché limitato è stato il numero delle imprese che hanno fatto accesso allo strumento e limitato è stato il numero delle composizioni concluse con esito favorevole (11 istanze su 595 totali presentate).³⁵⁶

Solo parzialmente positivo è il giudizio sul recentissimo nuovo intervento del legislatore che, con il decreto-legge “PNRR 3” pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 24 febbraio 2023 (d.l. n. 13/2023) ha introdotto nuove misure volte a favorire il successo della CNC.³⁵⁷

Tra queste le novità più importanti sono: l'estensione del piano di rateazione in caso di comprovata e grave situazione di difficoltà dell'impresa e l'introduzione di un accesso più semplificato in fase di presentazione dell'istanza, nel senso che è ora consentito all'imprenditore di depositare una dichiarazione sostitutiva con la quale attesta di avere richiesto, almeno 10 giorni prima dell'istanza di nomina dell'esperto, il certificato unico dei debiti tributari e dei debiti contributivi ed assicurativi. Rispetto a quanto previsto nella bozza circolata del decreto-legge PNRR, invece, desta perplessità l'espunzione della facoltà riconosciuta all'imprenditore istante di formulare, nel corso delle trattative, una proposta di accordo transattivo con l'Agenzia delle entrate, l'Inps e l'Inail.

In tal modo, in particolare, sarebbe stato possibile, al ricorrere di alcune condizioni, il pagamento parziale o dilazionato del debito anche se già affidato in carico all'agente della riscossione, sebbene a condizioni che le trattative fossero in corso e si stessero svolgendo secondo correttezza e buona fede.

La mancata previsione di tale facoltà nel testo definitivo del decreto potrebbe ulteriormente favorire lo stallo della composizione negoziata, il cui poco appeal sembra doversi rintracciare anche nella scarsa consistenza delle misure premiali limitate, per lo più, a mere dilazioni.

In conclusione, dunque, l'impressione finale è che con l'introduzione dell'istituto della composizione negoziata si sia persa una grande occasione, essendo più che concreto il rischio che uno strumento così formidabile, pensato per risolvere qualsiasi situazione di crisi di impresa e per risollevarne l'economia nazionale, resti invece di fatto inattuato e confinato a rimanere solo oggetto di approfondimenti teorici da parte degli studiosi della materia.

L'auspicio è dunque che il legislatore chiamato a convertire in legge il decreto PNRR 3 possa ripensarci ed introdurre nuovamente la possibilità di concludere accordi transattivi anche con il fisco, al fine di rendere lo strumento più “appetibile” per tutti gli imprenditori in difficoltà.

³⁵⁶ C. CECHELLA, La riforma del diritto della crisi dell'impresa al tempo dell'epidemia Covid, in Tratt. Codice della Crisi e dell'insolvenza dell'impresa, Nuova Editrice Universitaria 2021.

³⁵⁷ DECRETO-LEGGE 24 febbraio 2023, n. 13 Disposizioni urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR) e del Piano nazionale degli investimenti complementari al PNRR (PNC), nonché per l'attuazione delle politiche di coesione e della politica agricola comune.

INDICE BIBLIOGRAFICO

AA.VV.

1. PAGNI. I- FABIANI. M, *la transazione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in Rivista Diritto della crisi, 2021.
2. SANCETTA.G.- BARATTA.I - L. SICURO, *gli strumenti di allerta e le funzioni dell'organismo di composizione della crisi*, in Rivista il Societario, 2019.
3. GRIGOLIN. E – PERACIN. G -BASILE.S - CAVALIERE. A, *L'attestazione dell'esperto negli accordi di ristrutturazione del debito e nei piani di risanamento*, articolo pubblicato dall'ordine dei commercialisti di Padova.
4. SOTTORIVA.C - CERRI.A, *Uno sguardo d'insieme sulla composizione negoziata all'esito della conversione del D.L. 118/2021* in Rivista Il fallimentarista 2021.
5. ARTUSO. E – BOGONI. R, *brevi spunti ricostruttivi sugli obblighi delle banche nella crisi d'impresa, alla luce della nuova composizione negoziata della crisi*, in Rivista Diritto della crisi, 2022.
6. PADOVANI. S – GUADAGNIN. A, *Il calendar provisioning: la gestione delle NPE anche alla luce della crisi da Covid.19.* in Rivista Non solo diritto bancario, 2021.
7. BONFATTI. S –GUIDOTTI. R *"Il ruolo dell'Esperto nella Composizione Negoziata della Crisi d'Impresa"*, in corso di pubblicazione Giappichelli.
8. IRRERA. M – CERRATO. S *La crisi d'impresa e le nuove misure di risanamento d.l. 118/2021 conv. In l. 147/2021*, in Rivista le riforme del diritto italiano, Zanichelli, 2022.

A

9. AMBROSINI S. *la nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti* in Riv. Ristrutturazioni aziendali, 2021.

B

10. BASTIANON, S, *Allerta precoce e ristrutturazione preventiva: Codice della crisi e Direttiva 2019 a confronto*, in Ilfallimentarista.it.
11. BIARELLA. L, *procedura d'allerta nel codice della crisi d'impresa* in Rivista Fisco e Tasse, 2020.
12. BONFATTI.S, *profili della composizione negoziata della crisi d'impresa- natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative* in Rivista Diritto della Crisi, 2022.
13. BONFATTI. S, *la nuova finanza bancaria* in Rivista Diritto della Crisi, 2021.

14. BOZZA. G, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2022*, in *Rivista Diritto della Crisi*, 2022.
15. BUFFETTI. G, *La cessione dei beni, dell'azienda o di rami di essa, nella composizione negoziata della crisi: aspetti fiscali ai fini delle imposte dirette*, in *Rivista Diritto della crisi*.

C

16. CALLEGARO. F “*La gestione delle non performing e forborne exposures nelle nuove Linee Guida EBA in consultazione*”, in <https://www.dirittobancario.it/>.
17. CARRIÈRE. P, *La Direttiva su “gestori” e “acquirenti” di NPL: prospettive per il mercato italiano*, in <https://www.dirittobancario.it/>, 2021.
18. CASTELLI. G, *la valutazione del merito creditizio e il Decreto liquidità*, 2020 in *Studio Legale Stefanelli* (<https://www.studiolegalestefanelli.it/it>).
19. CIPOLLA. L, *composizione negoziata della crisi: brevi note sul divieto di revoca dei fidi* in *Rivista ius letter*, 2021 (<https://iusletter.com/>)1, in <https://www.advisora.it/portal/>.
20. CHIARUTTINI S, *composizione negoziata della crisi di impresa e concordato semplificato il ruolo dell'esperto e la gestione dell'impresa*, da corso di aggiornamento csm, Chiaruttini e associati dottori commercialisti del 25 gennaio 2022.
21. CRIVELLARI, *LE BANCHE E LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLE CRISI D'IMPRESA EX LEGE 147/2*.

D

22. D'ATTORE. G, *il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Rivista Il fallimento* 2021.
23. DE MAJNO, L *Alcune riflessioni circa il ruolo che il legislatore ha affidato al “terzo esperto” nelle procedure preventive di superamento della crisi* in *Rivista 4cLegalTask*, 2022.
24. DE SANTIS. F, *le misure protettive e cautelari nella soluzione negoziata della crisi d'impresa*, in *Rivista il Fallimento*, 2021.
25. DE SENSI. V, “*Allerta, crediti deteriorati e crisi sistemiche*”, articolo pubblicato sulla *Rivista telematica dell'esecuzione forzata In Executivis*.
26. DIFINO, F “*Introduzione ai principi contabili Internazionali e il coordinamento con le norme fiscali. Scuola di Alta Formazione*”, i quaderni 9/2007.
27. DI MARZIO. F, *l'insolvenza nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. Civile*, 2020.

F

28. FABIANI. M, *la ratio dell'intervento compiuto col DL 24 agosto 2021, n.118, conv. In L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti*, corso del CSM Roma.

29. FAROLFI. A, *Le novità del D.L. 118/2021: considerazioni sparse “a prima lettura”*, in *Rivista Diritto della crisi*, Ravenna, 2021.

30. FAROLFI. A, *La “nuova finanza” nella fase introduttiva del concordato preventivo e dell’accordo di ristrutturazione dei debiti*, in *Rivista Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, Bologna, 2017, 823 ss.

G

31. GALLETTI, *Breve storia di una (contro) riforma annunciata*, nel *Fallimentarista*, 1° settembre 2021.

32. GALLO. G, *i crediti deteriorati. Tecniche di gestione negoziale: cessione e ristrutturazione* in *Rivista non solo diritto bancario*, 2021.

33. GUIDOTTI. R *la sospensione degli obblighi relativi al capitale e della causa di scioglimento collegata*, corso tenuto dal CSM Roma, 2022.

34. GUIDOTTI. R, *la crisi d’impresa nell’era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, corso tenuto dal CSM Roma, 2021.

35. GUIOTTO. A, *la figura dell’esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Rivista il fallimento* 2021.

I

36. INTROZZI. M, “*Crediti deteriorati (Npl): cosa sono e quali categorie comprendono*”, febbraio 2019.

L

37. LA CROCE. G, *Dalla negoziazione assistita al concordato semplificato*, in *La crisi d’impresa*, a cura di M. Pollio, 2021, p. 261.

38. LA MARCA E, *Associato di diritto commerciale nell’Università degli Studi della Tuscia, saggio Insolvenza, crisi e precrisi nel Codice della crisi, a valle della emanazione del Decreto Attuativo della Direttiva Insolvency*, in *Rivista Diritto della crisi*.

39. LENZI. D, *i doveri dei creditori nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, in *Rivista Il caso.it* 2021 (<https://blog.ilcaso.it/home>).

40. LEUZZI. L *il concordato semplificato: uno sguardo d’insieme*, corso del csm, Roma 2022.

M

41. MARIANI. M *Impresa, banche e rischio di credito. Tecniche innovative nella gestione dei non performing*, Milano, 2006.

42. MICHELOTTI. V, *la gestione dell’impresa e il ruolo dell’esperto* in *Rivista. Il fallimento*, 2021

43. MINERVINI. V *composizione negoziata, norme unionali e (nuovo Codice della crisi)* in *Rivista di diritto fallimentare* n. 1/2022, ROMA Tor Vergata, 2022.
44. MONTALENTI, *Business crisis and corporate recovery: preliminary remarks*, in *Il nuovo diritto delle società*, 10/2021.
45. MORRI. S, *il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio* in *Rivista Il Fallimentarista*, 2022.
46. MUCCIARONE.V *la composizione negoziata della crisi: prime note su effettività e benefici* in *Rivista Non solo diritto bancario*, Milano, 2022.

P

47. PAGLIUGHI. C *obiettivi dell'allerta secondo la Direttiva 1023/2019, il CCI e il D.L. 118/2021: similitudini e divergenze* in *Rivista. Il fallimentarista*, 2021.
48. PAGNI. I *la ratio dell'intervento compiuto col DL 24 agosto 2021, n.118, conv. In L. 21 ottobre 2021, n. 147, tra composizione negoziata e tutela dei diritti*, corso del CSM Roma, 2022.
49. PANZANI. L, *Presidente della Corte d'Appello di Roma, saggio la composizione negoziata della crisi: il ruolo del giudice*, in *Rivista Diritto della Crisi* 2022.
50. PANZANI. L, *gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Rivista Il Fallimento* 2021.
51. PANZANI. L, *Il diritto della crisi ed il fenomeno NPL. Spunti per un'analisi*, in *Rivista Diritto della Crisi*, 2022.
52. PETRIELLO. M, *Il Concordato liquidatorio: le novità introdotte dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Rivista Il Fallimentarista*, 18 marzo 2019.

R

53. RANA. G, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al d.l. n. 118/2021*, in *Rivista. Il diritto fallimentare*, Giappichelli, 2021.
54. RANALLI. R *il protocollo dell'esperto, strumento indispensabile per l'efficace operare dell'esperto*, in *Rivista. Il fallimento*, 2021.
55. RANALLI.R, *Il test pratico di ragionevole perseguibilità del risanamento e l'emersione della crisi. L'insolvenza reversibile*, in documento estrapolato dal corso di aggiornamento del csm, Roma 2022.
56. RANALLI. R, *il comportamento dell'imprenditore ed il ruolo dell'esperto anche alla luce del decreto dirigenziale*, in *Rivista il fallimento* 2021.

57. RANALLI. R, Dottore Commercialista in Torino - Componente della Commissione ministeriale di riforma in *dall'allerta alla composizione negoziata. Flessibilità, semplificazione e trasparenza del nuovo strumento* in Rivista Diritto della crisi.
58. RIZZO. S, *Il quadro regolamentare delle esposizioni bancarie (nei confronti delle imprese "in crisi")*, in Rivista Diritto della Crisi, 2022.
59. ROSAPEPE. R La composizione assistita della crisi, in Giur. commerciale., 2021, I, 963.
60. ROSSETTI. M, *crisi d'impresa: la rivoluzione è l'early warning*, osservatorio insolvenza, 20
61. ROSSI. A, *i presupposti della cnc, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa* in Rivista Diritto della crisi, 2021.
62. ROSSI. A, *Il presupposto oggettivo, tra crisi dell'imprenditore e risanamento dell'impresa* in Rivista Il Fallimento, Roma, 2021, p. 1508.

S

63. SANTANGELI. F, *le finalità della composizione negoziata per le soluzioni della crisi d'impresa* in *Diritto della crisi*, Catania, 2022.

T

64. TREGLIA. G, *Composizione negoziata della crisi d'impresa: la sorte del rapporto di lavoro*, - Copyright Wolters Kluwer Italia s.r.l.

V

65. VELLA. P, *le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII in il fallimento e le altre procedure concorsuali*, in Rivista Il Fallimento Roma, IPSOA Wolters Kluwer, 2021 p. 1489.
66. VELLA. P, *L'epocale introduzione degli strumenti di allerta*, cit.; su tale direttiva, in relazione alla disciplina degli strumenti di allerta.

Z

67. ZANICHELLI. V, *commento a prima lettura del decreto legislativo 17 giugno 2022 n.83 pubblicato in G.U. il 1° luglio 2022* in Rivista Diritto della Crisi, 2022.

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA

- 1.** Cass. civ., sez. I, 30 giugno 2021 (ord.), n. 18610.
- 2.** Cass. n. 343/1993; Cass. n. 5562/1999
- 3.** Cass. Civ. 15 giugno 2020, n. 11524