

La composizione negoziata della crisi tra conservazione dell'impresa e tutela del ceto creditorio



di Adriano del Bene

Magistrato addetto all'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione, già componente della Commissione Regionale della Campania per la Composizione Negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

It

Il contributo intende affrontare alcuni nodi problematici relativi al nuovo istituto della composizione negoziata della crisi, offrendo non solo la disamina delle norme del codice della crisi di impresa che ne tratteggiano i principali caratteri ma anche la citazione di alcune pronunce della giurisprudenza di merito che si è cimentata su alcune questioni per provare a fornire strumenti interpretativi degli effetti pratici e di sistema dell'impatto del predetto istituto nell'ambito del codice della crisi di impresa e di insolvenza.



crisi di impresa, codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza

Eng

This paper aims to address some problematic issues related to new institution of the negotiated crisis composition, offering not only an analysis of the provisions of the business crisis code that outline its main features, but also citing some decisions of the lower courts that have tackled specific questions in order to provide interpretive tools on the practical and systemic effects of the impact of the aforementioned institution within the code of business crisis and insolvency.



corporate crisis, Italian Code of Business Crisis and Insolvency

Sommario

1. Introduzione – 2. Il rapporto con gli altri strumenti di regolazione della crisi – 3. I caratteri ed il procedimento della composizione negoziata – 4. Le misure protettive e cautelari – 5. Il ruolo dell'esperto – 6. Gli esiti della composizione negoziata

1. Introduzione

Il d.l. n. 118/2021 ha introdotto nel codice della crisi di impresa l'istituto della composizione negoziata della crisi, che si profila come una procedura assolutamente innovativa per l'ordinamento nazionale, la cui genesi origina dall'abbandono del sistema dell'allerta ma soprattutto della composizione assistita davanti agli organismi di Composizione della Crisi d'Impresa (OCRI).

Per comprendere l'istituto in esame e le sue finalità soccorre la seguente definizione: *"La composizione negoziata è in linea con la Direttiva Insolvency, ma non è uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza"*.

Due le informazioni chiave per addentrarci alla scoperta del presente istituto che la pratica suggerisce essere uno strumento a cui sempre di più intendono ricorrere gli imprenditori, al fine di superare lo stato di crisi o di insolvenza.

Da una parte quindi il riferimento unionale consistente nella Direttiva Insolvency (recepita dal D. lgs. n. 83 del 17 giugno 2022) che di fatto ha implementato nel nostro ordinamento quello che è stato definito il diritto della crisi d'impresa inaugurato con la legge delega n. 155 del 2017 (Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza), dall'altra una definizione in negativo, per escludere che siamo innanzi ad uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Ed allora che cosa è la composizione negoziata della crisi?

Sembra che la felice intuizione del legislatore del codice della crisi possa essere riassunta nel tentativo di regolamentare quello spazio in cui si avvertono i primi segnali della crisi e quindi di uno squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dell'impresa senza che si attivi uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza (nei tanti, invero, appontati dal codice della crisi).

In questa fase "crepuscolare" in cui l'impresa impatta con la pre-crisi "caratterizzata da tensione finanziaria, segnali di difficoltà e aggravamento degli indici di rischio"² ma non è ancora attanagliata dal dissesto, si intende favorire un percorso stragiudiziale che ha come obiettivo il risanamento dell'azienda.

La conservazione del valore dell'impresa è un bene-interesse che può essere preservato con diversi istituti, ora che nella logica del legislatore della crisi di impresa la liquidazione giudiziale è l'inevitabile stigma di una patologia difficilmente sanabile.

Tra questi istituti spicca, nella fase della cd. precrisi o in fase di crisi o di insolvenza reversibile, la composizione negoziata della crisi, fondata sul paradigma delle trattative tra il debitore ed i creditori mediate da un esperto professionalmente attrezzato che possa accompagnare tale percorso.

Lo strumento, importato nel CCII dal D. lgs. 17 giugno 2022, n. 83, ha una portata applicativa estremamente vasta, atteso che possono presentare istanza di accesso tutte le imprese, sia commerciali che agricole, indipendentemente dai requisiti dimensionali dell'impresa, per cui possono avvalersene anche quelle c.d. sottosoglia.

Se l'obiettivo allora è quello del risanamento e della tutela della continuità aziendale al fine di non disperdere un valore che è stato costruito negli anni sulla base di un progetto imprenditoriale (individuale o collettivo), comunque il legislatore non intende perseguirlo sacrificando l'interesse del ceto creditorio.

L'intermediazione dell'esperto – la cui competenza va valutata anche già dalla preliminare disamina della coerenza del piano di risanamento prospettato al fine di emergere dalle pastoie della crisi – serve a non lasciare solo l'imprenditore nella fase negoziale delle trattative con i creditori. E la sua terzietà diventa garanzia fondamentale per lo stesso ceto creditorio che – se apprezza la professionalità ed il contributo dell'esperto

– può affidarsi alle sue cure ed al suo know-how per addivenire ad un accordo che offra una soddisfazione concreta degli interessi dei creditori rispetto al verosimile tracollo che porta con sé la liquidazione giudiziale³.

In buona sostanza, con la composizione negoziata della crisi si introduce un nuovo modello di relazione nei rapporti tra l'imprenditore ed i suoi creditori e le altre parti interessate, in cui l'intervento giurisdizionale è soltanto incidentale, mentre decisivo diventa il ruolo dell'esperto, terzo ed imparziale, che non è paragonabile ad un curatore o ad un commissario giudiziale, ma è colui che è investito del ruolo di agevolare le trattative con l'obiettivo concreto di accompagnare l'impresa fuori "dalle nebbie" della crisi per rivedere la luce del risanamento.

2. Il rapporto con gli altri strumenti di regolazione della crisi

L'opzione del legislatore della novella di "istituzionalizzare" la fase delle trattative agevolando percorsi negoziali compositivi e creando tavoli di facilitazione allargati a tutti i creditori o comunque a determinati creditori (come imprese bancarie ed intermediari finanziari) è stata fondata sul presupposto che la composizione negoziata deve anticipare il ricorso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Il chiarimento è stato apportato dal Correttivo ter (D. Lgs. n. 136 del 13 settembre 2024) che ha previsto la modifica dell'art. 2 comma 1 lett. m-bis) che nel delineare il perimetro applicativo della composizione negoziata ne ha sancito uno spazio preliminare e si potrebbe affermare in un certo senso propedeutico ad alcuni strumenti di regolazione della crisi, che sono stati definiti: "le misure, gli accordi e le procedure, diversi dalla liquidazione giudiziale e dalla liquidazione controllata volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi".

Nella visione prospettica del legislatore del codice della crisi ed in attesa che lo stesso soggetto imprenditoriale prenda confidenza con un istituto che anticipa i segnali di allarme alla fase della pre-crisi, la composizione negoziata si pone in chiave alternativa ed incompatibile con gli strumenti di regolazione della crisi e con la stessa liquidazione giudiziale e tale conclusione è il precipitato delle scelte sulla natura dell'istituto, frutto di un approdo volontario dell'imprenditore ed al di fuori di ogni tipo di controllo (nemmeno omologatorio dell'autorità giudiziaria).

Il carattere stragiudiziale postula l'opzione di fondo valoriale che privilegia la fase delle trattative come cuore pulsante dell'autonomia negoziale, relegando ai margini gli interventi selettivi dell'autorità giudiziale (in caso di conferma o revoca delle misure protettive e di eventuali autorizzazioni rimesse alla valutazione dell'organo giudicante ai sensi dell'art. 22 ccii) e lasciando il campo ai possibili abusi dello strumento che non possono essere sanzionati nemmeno dalla commissione regionale di cui all'art. 13 del ccii, il cui unico compito è confinato alla nomina ed all'eventuale sostituzione dell'esperto.

Le prime applicazioni dell'istituto in esame hanno interrogato la giurisprudenza sui rapporti della composizione negoziata con gli altri strumenti di regolazione della crisi. E le prime pronunce sul tema si sono orientate in maniera concorde anticipando l'opportuna integrazione del correttivo ter e focalizzando l'attenzione sul rilievo preliminare che deve assumere la composizione negoziata, poiché, sebbene il passaggio dalla stessa all'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi potrebbe definirsi fisiologico (e certamente lo è il caso dell'archiviazione in caso di fallimento delle trattative che può sfociare nel concordato semplificato ex art. 25 sexies ccii), tuttavia, tale accesso non è ammissibile sino a che non sia chiusa la composizione negoziata⁴.

L'indicazione tassativa positivizzata con il correttivo *ter* intende evitare che l'iter di uno degli strumenti di regolazione della crisi possa mescolarsi con il percorso della composizione negoziata, poiché trattasi di modelli diversi con i quali il legislatore ha inteso affrontare fasi distinte della crisi dell'impresa.

Invero, tale opzione certifica l'attenzione del legislatore nello scandire i diversi momenti della crisi, non più declinata come momento patologico dell'impresa, ma piuttosto come fase fisiologica nella quale lo sforzo dell'imprenditore – ma si potrebbe dire dell'intero ordinamento della crisi d'impresa – è quello di puntare all'obiettivo del recupero della continuità aziendale.

Con riferimento alla liquidazione giudiziale, non va ignorata la previsione di cui all'art. 17 comma 3 lett. d) del ccii, secondo la quale alla domanda di nomina dell'esperto deve essere allegata (tra gli altri documenti che servono ad istruire la pratica al completo nonché ad offrire un quadro trasparente ed inequivoco della reale situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa che intende accedere alla composizione negoziata), una dichiarazione attestante l'eventuale pendenza, nei suoi confronti, di ricorsi per la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale, per l'accertamento dello stato di insolvenza, o di domande di concordato, anche con riserva, o di concordato minore.

La giurisprudenza di merito – che si è interrogata sui possibili abusi dello strumento funzionali soltanto a dilazionare il momento dichiarativo del dissesto – si è pronunciata nel senso che il solo deposito dell'istanza di nomina dell'esperto non è di per sé sufficiente ad impedire la dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale e che l'effetto preclusivo decorre solo dalla pubblicazione nel registro delle imprese dell'istanza di cui all'art. 18 comma 1 CCII con accettazione dell'esperto, ai sensi dell'art. 18, comma 4, con la conseguenza che la concessione di un rinvio dell'udienza del procedimento di apertura della liquidazione giudiziale per attendere la nomina dell'esperto e la pubblicazione ai sensi degli artt. 18, commi 1 e 4, CCII non è soggetta ad alcun automatismo ed è rimessa al prudente apprezzamento del giudice⁵.

3. I caratteri ed il procedimento della composizione negoziata

Come è stato icasticamente definito dal legislatore, il nuovo strumento si atteggia a "percorso di risanamento"⁶ di carattere stragiudiziale esterno al circuito delle procedure concorsuali.

La disciplina normativa contenuta negli artt. 12 e ss. del codice della crisi d'impresa e d'insolvenza descrive un percorso a cui l'impresa (individuale o collettiva) accede in maniera volontaria, senza l'apertura di un procedimento di regolazione della crisi, che – come abbiamo visto – può essere attivato soltanto all'esito della definizione della composizione negoziata. Tale scansione temporale è stata puntualizzata da autorevole dottrina che ha ritenuto che il tempestivo ricorso alla composizione negoziata nonostante l'esito infruttuoso, comunque in ragione dell'intervento dell'esperto e del conseguente avvio delle trattative con i creditori, comunque può "consentire uno svolgimento più rapido ed efficiente del successivo strumento o procedura"⁷.

L'opzione del legislatore è inequivoca, chi accede alla composizione negoziata deve sapere che non subirà alcuno spopolamento dei beni dell'impresa e conserverà la gestione della medesima, senza alcun blocco di crediti e debiti ed in assenza della previsione di un ordine di distribuzione (l'assenza di regole distributive del valore tra il ceto creditorio se da una parte rimarca il carattere non concorsuale della composizione, dall'altra ne accentua il profilo di atipicità).

Il *dominus* della procedura è quindi esclusivamente l'esperto nominato dalla commis-

sione regionale di cui all'art. 13 ccii⁸, che si deve interfacciare quindi con un imprenditore (nella piena titolarità delle sue facoltà per tutta la fase della composizione) e con il ceto creditorio, senza che sia indispensabile – e ciò deve essere rimarcato – il coinvolgimento di tutti i creditori; invero l'esperto potrebbe intavolare le trattative soltanto con alcuni dei creditori o con alcune categorie di essi.

Si è detto che l'imprenditore conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa anche se, ove sussista probabilità di insolvenza, l'imprenditore deve gestire «in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico finanziaria dell'attività» (art. 21, comma 1).

È di palmare evidenza che nei casi di cd. insolvenza reversibile, l'imprenditore è chiamato ad orientare la gestione al rispetto della sostenibilità economico-finanziaria, poiché ovviamente si muove su un crinale estremamente scivoloso, in cui è facile prevedere che un passo falso possa cagionare il dissesto.

Il correttivo ter è intervenuto per chiarire che ove nel corso della composizione negoziata emerga l'insolvenza dell'impresa, «ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori», al netto dei profili di responsabilità che ne dovessero residuare (cfr. art. 21 comma 1 seconda parte).

Maggiori vincoli sono previsti per l'esercizio degli atti di gestione straordinaria per i quali è prevista la necessaria preventiva informazione all'esperto, che va garantita nella forma scritta per lasciarne traccia e consentire al professionista nominato una valutazione che sia conforme con le trattative intraprese e non pregiudizievole per il successo delle stesse (cfr. art. 21 comma 2).

L'esperto non ha un potere di veto, tuttavia nei casi in cui ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo, il quale potrà ovviamente anche autonomamente denunciare l'atto al tribunale anche ex art. 2409 c.c. nel caso in cui l'atto venga successivamente comunque compiuto.

Se nonostante la segnalazione l'atto viene compiuto, l'imprenditore è tenuto ad informare immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria (cfr. art. 21 comma 4 ccii).

Tale condotta dell'imprenditore segna una brusca frattura nei rapporti con l'esperto, incrinandone il rapporto fiduciario e verosimilmente disvelando la natura abusiva dell'iniziativa assunta dall'imprenditore pregiudicando in maniera difficilmente reversibile il buon esito della composizione negoziata.

Sotto il profilo strettamente procedimentale, l'accesso alla composizione negoziata si effettua mediante istanza di nomina dell'esperto attraverso una piattaforma telematica nazionale gestita dal sistema delle camere di commercio⁹.

La predetta piattaforma offre un supporto concreto alla predisposizione dell'istanza. Tra gli strumenti messi a disposizione dell'imprenditore che intende avvalersi dello strumento in esame spicca il test pratico previsto nella sezione 2 del Decreto del ministero della Giustizia del 21.3.2023.

Non si tratta di un test funzionale ad individuare una situazione di crisi ma ha l'obiettivo di permettere all'imprenditore di valutare in che misura (e con quali modalità) sia ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa.

L'indice determinato dal test fotografa la misurazione del grado di difficoltà del percorso che l'imprenditore è chiamato ad affrontare per il risanamento e in che misura il successo dell'operazione dipenda dall'adozione di iniziative in discontinuità rispetto al passato. Informazioni che potrebbero risultare di assoluta utilità anche all'esperto per comprendere se vi siano (e quanto siano probabili) le prospettive di risanamento.

Non vi è dubbio che la valutazione della complessità del risanamento, all'esito delle

trattative programmate con l'ausilio dell'esperto, emerge dal rapporto tra l'entità del debito che deve essere ristrutturato e quella dei flussi finanziari netti prospettici che potranno essere destinati al risanamento.

Gli esiti del test costituiscono elementi informativi essenziali per tutti gli attori coinvolti nel percorso negoziale, consentendo di rendere evidente, non solo quindi all'esperto ed all'imprenditore, il grado di difficoltà (o l'effettiva possibilità) di positiva soluzione della crisi.

Se il test, quindi, appronta il bagaglio informativo necessario per affrontare il percorso negoziale guidato dall'esperto, è rimesso al dovere dell'imprenditore di rappresentare all'esperto, ai creditori e tutti i soggetti interessati, in modo completo e trasparente la situazione patrimoniale nel suo dinamico divenire (art. 16 comma 4 CCII).

4. Le misure protettive e cautelari

Le misure protettive e cautelari segnano uno degli interventi giurisdizionali nell'ambito del percorso di composizione negoziata della crisi con una parentesi in cui l'autorità giudiziaria non esercita alcun controllo sulla procedura, ma si limita a verificare le condizioni per l'adozione delle predette misure strumentali al raggiungimento degli obiettivi della composizione.

Invero, se le misure protettive sono preordinate ad assicurare l'esito positivo delle trattative nei termini previsti dalla norma evitando che iniziative di singoli creditori possano pregiudicare gli accordi negoziali sui quali si misura il successo della procedura, d'altro canto, i provvedimenti cautelari, la cui adozione è rimessa ad un provvedimento dell'autorità giudiziaria, hanno una funzione idonea a preservare il buon esito delle trattative. Su questo versante, il correttivo ter è intervenuto in primo luogo chiarendo meglio l'estensione dell'ombrello aperto dalle misure protettive, precisando che i divieti cui sono soggetti i creditori si estendono anche alle banche ed agli intermediari finanziari¹⁰.

Come è stato autorevolmente opinato da una parte della dottrina, con le misure protettive non si chiede al giudice un provvedimento in funzione di un diritto, ma un provvedimento "contra ius in funzione della regolazione della crisi"¹¹.

Tale definizione offre una prospettiva illuminante sul reale obiettivo delle predette misure, il cui fine ultimo va ravvisato in quello di evitare che le azioni dei creditori possano pregiudicare la soluzione della situazione di crisi, tanto che con esse non si chiede al giudice un provvedimento in relazione all'esistenza o alla parvenza d'esistenza di un diritto, intendendosi piuttosto impedire un'azione in funzione della regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Tra le finalità delle misure protettive, mette conto segnalare la pronuncia del tribunale di Roma che nel confermare le misure protettive domandate con l'istanza di accesso alla composizione negoziata

ne ha valorizzato l'obiettivo di mettere al riparo la continuazione dell'attività d'impresa e le trattative con i creditori da iniziative pregiudizievoli del ceto creditorio, bilanciando gli interessi dei creditori e quelli ordinamentali alla conservazione del valore e delle potenzialità individuali delle imprese in crisi¹².

L'intervento dell'autorità giudiziaria si giustifica nell'ottica esclusiva di salvaguardare il percorso di risanamento, senza che si debbano inaugurare le scansioni procedimentalizzate spesso complesse e defatiganti di una procedura concorsuale.

Ed infatti, contestualmente (o con successiva richiesta) alla presentazione dell'istanza per la nomina dell'esperto, l'imprenditore può richiedere l'applicazione delle misure protettive presso la camera di commercio (cfr. art. 17 comma 1 ccii).

L'effetto protettivo del patrimonio è immediato, tuttavia ha carattere provvisorio e comunque condizionato ad una successiva verifica giudiziale.

Al contrario, per il procedimento per l'applicazione delle misure cautelari non è previsto un effetto automatico connesso alla presentazione dell'istanza, ma alla richiesta con ricorso segue l'eventuale provvedimento di concessione del tribunale, sentite le parti e compiuti gli eventuali atti di istruzione indispensabili.

Infatti, ai sensi dell'art. 19 comma 1 ccii, l'imprenditore "con ricorso presentato al tribunale competente ai sensi dell'articolo 27, entro il giorno successivo alla pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto, chiede la conferma o la modifica delle misure protettive e, ove occorre, l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per condurre a termine le trattative".

Il procedimento si svolge nelle forme previste dagli artt. 669 *bis* c.c. (e successivamente secondo il disposto di cui all'art. 669 *terdecies* c.p.c.)¹³ e si caratterizza per il fatto che, entro il giorno successivo alla comunicazione alle parti, il tribunale deve altresì comunicare i suoi provvedimenti al registro delle imprese.

L'omesso o ritardato deposito del ricorso in tribunale, per la conferma delle misure protettive, è causa di inefficacia delle stesse, così come l'iscrizione dell'istanza è cancellata dal registro delle imprese nel caso in cui – entro trenta giorni dal deposito dell'istanza di cui all'art. 6, comma 1 - l'imprenditore non richieda anche la pubblicazione nel registro delle imprese del numero di ruolo generale del procedimento instaurato (cfr. art. 19 comma 1 ccii).

Il legislatore, quindi, intende sanzionare un comportamento inerte o tardivo, sintomatico di un uso abusivo dello strumento che non deve pregiudicare gli interessi dei creditori, che potrebbero vedere ostacolate le proprie iniziative individuali.

Non vi è dubbio che la convalida o meno delle misure protettive condiziona la fase successiva alle trattative, infatti, qualora il tribunale non revochi le misure protettive preventivamente richieste dall'imprenditore, non sarà possibile procedere con le varie soluzioni approntate dal codice della crisi e dell'insolvenza, con particolare riferimento alla liquidazione giudiziale o all'accertamento dello stato di insolvenza.

Giova precisare che le misure protettive possono riguardare tutti i creditori o solo una parte degli stessi o una parte delle iniziative degli stessi (ove l'imprenditore ne chieda la limitazione), ad eccezione dei diritti di credito dei lavoratori che non possono essere bloccati con le misure protettive.

Dal giorno della pubblicazione dell'istanza di applicazione delle misure protettive e fino alla conclusione delle trattative o all'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata, la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale o di accertamento dello stato di insolvenza non può essere pronunciata, salvo che il tribunale disponga la revoca delle misure protettive¹⁴.

Nel contesto del procedimento di conferma delle misure protettive, il correttivo ter ha arricchito il contenuto del parere che l'esperto è chiamato a rendere al fine di offrire al giudice il più ampio ventaglio di informazioni volto ad orientare il contenuto del provvedimento di conferma e fissazione della durata delle misure richieste. Difatti, è stato previsto che l'esperto, quando è sentito dal tribunale, deve non solo rappresentare lo stato delle trattative, indicare le attività svolte e riferire in ordine all'esito del test pratico di cui all'art. 13, comma 2, ma anche esplicitare quali attività intende svolgere per il superamento della condizione di squilibrio, crisi o insolvenza.

Nella pratica è stato registrato un uso massiccio delle misure protettive correlate alla istanza di composizione negoziata della crisi.

Infatti, il recente osservatorio semestrale predisposto da Unioncamere¹⁵ ha evidenziato che l'80% delle imprese ha richiesto l'applicazione delle misure protettive, mentre il 52% si è avvalso delle misure sospensive di cui all'articolo 20 del Codice della crisi e

dell'insolvenza (preordinate a disattivare le disposizioni in materia di obblighi di ricostituzione del capitale in caso di perdite di esercizio, nonché quelle sulle cause di scioglimento di cui agli artt. 2484, comma 1, n. 4) e 2545-duodecies del codice civile).

Tra le pronunce che si sono interrogate sulla durata massima delle misure protettive e la compatibilità di siffatto termine con l'esito positivo delle trattative, va sottolineato il provvedimento del Tribunale di Padova del 09.12.2024 che ha statuito che: *“La consumazione del termine massimo delle misure protettive nella composizione negoziata non osta all'adozione di misure cautelari, del medesimo contenuto delle misure protettive, per conservare i risultati già conseguiti in caso di trattative avanzate ai fini dell'individuazione di una soluzione negoziata della crisi, quale presupposto per il sacrificio imposto ai creditori destinatari delle misure cautelari”*.

Il provvedimento del tribunale patavino assume rilievo giacché delinea un profilo di continuità tra le misure protettive e quelle cautelari onde garantire i risultati positivi del percorso negoziale in fase di trattative avanzate.

Il rafforzamento dell'autonomia negoziale con l'ulteriore intervento dell'autorità giudiziaria sacrifica l'interesse dei creditori sull'altare della buona riuscita della composizione negoziata e ciò nell'ottica che anche se non si dovesse raggiungere il successo della composizione negoziata, l'imprenditore si troverebbe agevolato nello scegliere lo strumento di regolazione della crisi più confacente alle possibilità anche di salvaguardare la continuità aziendale ed evitare il dissesto.

Per quanto riguarda invece il contenuto delle misure cautelari, non è stato predeterminato dalla legge per rispondere alla esigenza di individuare quelle misure più idonee per condurre a termine le trattative in base alle circostanze del caso concreto, onde coprire ogni bisogno di tutela che non sia assicurato dalle misure protettive¹⁶.

Infine, in tema di concorso tra le misure cautelari e quelle protettive, la giurisprudenza di merito si è attestata su posizioni contrastanti, ma invero sembra preferibile la tesi che privilegiando il carattere di flessibilità dell'istituto della composizione negoziata si è espressa in questi termini: *“In tema di composizione negoziata, è ammissibile la formulazione di istanze cautelari non solo contestualmente alla richiesta di conferma o modifica delle misure protettive ma anche con separato ricorso, nonché la riproposizione di domande di altre misure cautelari precedentemente non concesse. Ciò in quanto: (i) non sono ravvisabili limitazioni cosiffatte nella disciplina normativa, che sarebbero incoerenti con un iter negoziale di risanamento che si estende sino a 120 giorni prorogabili; (ii) l'art. 19, comma 3, prevede espressamente la riproposizione di domande di altre misure cautelari, ove precedentemente non concesse (iii) l'art. 19, comma 7, si riferisce a tutti i procedimenti indicati nella norma stessa e non soltanto all'unico procedimento iniziale e (iv) l'esigenza di garantire la cristallizzazione del patrimonio non può che essere soddisfatta con il riconoscimento della possibilità di accedere alle misure cautelari inibitorie e di invocare la tutela cautelare secondo il procedimento previsto dagli artt. 669 e ss c.p.c., richiamati dall'art. 19”*¹⁷.

5. Il ruolo dell'esperto

La figura dell'esperto realizza l'idea della negoziazione professionale, affidata alle cure di un soggetto attrezzato professionalmente, che una parte della dottrina¹⁸ ha affiancato ad un modello di un altro ordinamento normativo, quello del mandataire ad hoc transalpino, prevista dal codice di commercio francese.

L'esperto che ha accettato l'incarico, entro due giorni lavorativi dalla ricezione della nomina da parte della commissione regionale, individua la soluzione strategica per uscire dallo squilibrio in cui versa l'impresa perché il compito dell'esperto, nel caso delle aziende “sotto-soglia”, è quello di elaborare l'intero piano di soluzione utile per superare la crisi in atto, diversamente da quanto accade per le imprese definite “so-

pra-soglia” in cui egli è un ausilio anche durante le trattative.

Sulla elaborazione del progetto di piano di risanamento che l'art. 17 comma 3 rimette alla redazione da parte dell'imprenditore, soccorre un'interessante pronuncia di merito che propone un'interpretazione evolutiva del prefato disposto normativo, ritenendo che la compiuta elaborazione e definizione di un piano in seno alla composizione negoziata non è attività rimessa unicamente al debitore e ai suoi professionisti, ma è un compito ascrivibile allo stesso esperto, nel concerto fra debitore e creditori, sulla base del progetto depositato dall'imprenditore¹⁹.

La suddetta pronuncia intende favorire una lettura dell'ordito normativo che disciplina la composizione negoziata volta ad attribuire all'esperto un ruolo cardine nel percorso di risanamento.

In effetti, soltanto l'esperto che conduce le trattative con i creditori e gli altri soggetti interessati può valutare in concreto se il progetto di risanamento che l'imprenditore ha formulato con l'istanza di accesso alla composizione negoziata sia compatibile con lo svolgimento delle trattative in conformità al rispetto della continuità aziendale. Ne consegue che soltanto l'esperto che ha una visione prospettica del risultato del percorso negoziale può intervenire sul piano di risanamento per adattarlo alla buona riuscita della composizione, tenendo conto delle dinamiche emerse durante le trattative, ma anche segnalando quali creditori appaiono decisivi e strategici per il buon esito delle stesse.

Se il piano di risanamento redatto dall'imprenditore fotografa una realtà cristallizzata al momento dell'accesso allo strumento negoziale, nel corso della procedura quella medesima realtà subirà degli assestamenti e degli scossoni tipici delle aziende che vivono una situazione di squilibrio economico-finanziario e pertanto solo un esperto, che interpreta il suo ruolo in maniera attiva e consapevole e che comprende che la fase di crisi o di pre-crisi deve essere riletta come qualcosa in divenire e sempre cangiante, si può rendere conto dell'esigenza di modificare il progetto di risanamento per evitare il rischio del fallimento delle trattative.

Fermo restando che l'esperto non ha compiti gestori²⁰, comunque svolge una funzione di controllo sul buon esito delle trattative e quindi sul successo della composizione, tentando di comprendere quali siano le cause che abbiano condotto l'impresa alla situazione di pre-crisi o crisi ed affiancando l'imprenditore in tutta l'articolata e (spesso) defaticante fase di negoziazione, soprattutto a fronte di un numero considerevole di creditori.

L'efficacia della composizione negoziata è strettamente correlata da una parte alla preparazione aziendale dell'esperto, ma dall'altra anche alla sua esperienza e conoscenza dei modi di affrontare le crisi d'impresa.

Egli è chiamato infatti ad analizzare rapidamente la situazione dell'impresa per evitare l'avvio di trattative inutili se non vi sono prospettive concrete di risanamento e deve possedere altresì le conoscenze e la preparazione necessarie per garantire che le trattative siano costantemente orientate alla soluzione della crisi d'impresa.

È bene chiarire che l'esperto non svolge un ruolo di assistenza dell'imprenditore (in antitesi con il diverso modello della composizione assistita), ma ha il compito di stimolare e facilitare le trattative ed agevolare la definizione degli accordi.

Il successo del suo intervento postula quindi non solo la competenza e preparazione professionale, ma anche l'attitudine a coadiuvare le parti nella comunicazione, nella comprensione dei problemi e degli interessi di ciascuna, cercando di svenire il clima dalle tensioni che connotano spesso questo tipo di rapporti e si pongono in chiave ostativa al buon esito delle trattative.

Se dunque l'esperto va considerato l'architrave della composizione negoziata, è altrettanto necessario per una buona riuscita dell'istituto che l'imprenditore si possa affidare *in toto* a tale figura terza ed indipendente, fornendogli tutte le informazioni necessarie

in ordine alla condizione finanziaria della propria impresa e non omettendo nulla. Solo optando, nel rispetto del principio di buona fede e correttezza²¹, per l'adozione di un simile comportamento collaborativo, l'imprenditore può consentire all'esperto di condurre in maniera efficace e tempestiva le trattative ed individuare la via per raggiungere il risanamento dell'impresa.

Come esplicito nella citata relazione di accompagnamento al d.l. n.118/2021, l'esperto svolge il ruolo di garante della sicurezza delle trattative e dell'assenza di atteggiamenti dilatori o poco trasparenti: ciò implica che il suo coinvolgimento deve essere costante e protrarsi per tutta la durata della procedura, non potendosi arrestare al solo primo incontro finalizzato ad ottenere parere positivo all'accesso alla procedura e la non archiviazione immediata della composizione²².

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 formativi idonei a creare una professionalità ad ampio spettro nel difficile compito di muoversi su più versanti.

Invero, la conoscenza del diritto dei contratti, della crisi d'impresa, del diritto processuale (con particolare riferimento anche al procedimento relativo alle misure protettive e cautelari ove può essere chiamato a rilasciare un parere decisivo per l'autorità giudiziaria), le competenze aziendalistiche rappresentano un bagaglio conoscitivo necessario, ma non sufficiente per svolgere con competenza il ruolo dell'esperto, se non si acquisiscono quelle doti di mediazione fondamentali per far convergere gli interessi delle parti e che sono garantite dalla terzietà ed indipendenza dell'esperto, che gli consentono di conquistare realmente la fiducia dei suoi interlocutori.

L'incarico dell'esperto si considera normalmente concluso se – decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina – le parti non hanno individuato una soluzione adeguata al superamento della situazione di crisi descritta nell'art. 2, comma 1. E ovviamente se, per contro, è stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione appena citata anche in un momento precedente.

Ai sensi dell'art. 17 comma 7 ccii, "l'incarico può proseguire per non oltre centottanta giorni quando lo richiedono l'imprenditore o le parti con le quali sono in corso le trattative e l'esperto vi acconsente, oppure quando l'imprenditore ha fatto ricorso al tribunale ai sensi degli articoli 19 e 22 oppure pendono le misure protettive o cautelari o è necessario attuare il provvedimento di autorizzazione concesso dal tribunale".

6. Gli esiti della composizione negoziata

Per concludere, occorre procedere alla disamina degli esiti del percorso negoziale inaugurato con la composizione negoziata.

La soluzione positiva all'esito della conclusione delle trattative condotte dall'esperto si può concretizzare con varie modalità operative descritte dall'art. 23, comma 1, ccii ovvero: (a) con un contratto, con uno o più creditori oppure con una o più parti interessate all'operazione di risanamento, che produce gli effetti di cui all'articolo 25 bis, comma 1, se, secondo la relazione dell'esperto di cui all'articolo 17, comma 8, è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a due anni; (b) con la conclusione di una convenzione di moratoria di cui all'art. 62 ccii.; (c) con un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori aderenti e dalle altre parti interessate all'operazione di risanamento che vi hanno aderito nonché dall'esperto che produce gli effetti di cui agli articoli 166, comma 3, lettera d), e 324. Con la sottoscrizione dell'accordo l'esperto dà atto che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Quanto al contratto di cui alla lett. a) del citato art. 23, secondo una parte della dottrina²³, tale accordo negoziale si profila come pienamente valido ed efficace anche sen-

za la relazione “asseverativa” dell’esperto, funzionale invero a fruire degli effetti di cui all’art. 25 bis comma 1 ccii (cd. misure premiali).

La differenza tra il contratto testé citato e l’accordo sottoscritto ai sensi della lett. c) dell’art. 23 si apprezza nel fatto che quest’ultimo atto negoziale viene sottoscritto anche dall’esperto, che non assume obblighi negoziali, ma vi appone la propria firma per certificare che il piano di risanamento appare coerente con la regolazione della crisi o dell’insolvenza.

Ulteriore peculiarità di siffatto accordo è costituita dalla produzione di effetti assimilabili a quelli di un piano attestato di risanamento, che garantiscono all’imprenditore di godere di una certa stabilità degli atti e pagamenti in esecuzione dell’accordo nonché di essere esentato da profili di responsabilità penale.

Altri possibili sbocchi della composizione negoziata sono stati previsti dall’art. 23 comma 2 come modificato dal correttivo ter²⁴.

Invece, spostando l’attenzione sugli esiti negativi della composizione negoziata, mette conto segnalare l’assoluta irrilevanza concorsuale della archiviazione del procedimento, in quanto la relazione negativa dell’esperto o la chiusura della procedura per scadenza del lungo termine (previsto fino a 180 gg.) può al massimo comportare la cessazione degli effetti delle misure protettive e cautelari concesse da parte del giudice, senza peraltro alcuna segnalazione al pubblico ministero: sempre l’imprenditore potrà presentare nei sessanta giorni successivi un concordato per la liquidazione dei beni a norma dell’art. 25 sexies ccii.

Il nuovo concordato è una procedura utilizzabile dal solo imprenditore che ha seguito il percorso negoziale, senza che le trattative abbiano portato ad una soluzione positiva; l’unica ipotesi percorribile è quella liquidatoria e può quindi essere adito il tribunale con ricorso in cui si chiede l’omologazione di un concordato con cessione dei beni.

Il tribunale ha un ruolo in parte diverso e in parte accresciuto rispetto alla procedura di concordato ordinaria; infatti, acquisisce la relazione finale dell’esperto unitamente anche ad un parere dell’esperto avente ad oggetto i presumibili risultati della liquidazione e le garanzie offerte.

Inoltre, il tribunale è chiamato – nelle forme del decreto – a valutare la ritualità della proposta ed a nominare un ausiliario ai sensi dell’art. 68 c.p.c.; ordina altresì che la proposta, unitamente al parere dell’ausiliario (al quale dovrà essere concesso ovviamente il tempo necessario per redigerlo) e alla relazione finale ed al parere dell’esperto, venga comunicata a cura del debitore – ove possibile a mezzo posta elettronica certificata – ai creditori, ai quali deve essere fornita anche l’indicazione del luogo in cui possono essere reperiti i dati per la valutazione della proposta; infine fissa la data dell’udienza di omologazione²⁵.

All’esito del giudizio il concordato è omologato se, respinte le eventuali opposizioni e in ossequio alla regolarità del contraddittorio, la proposta rispetta l’ordine delle cause legittime di prelazione, se il piano è fattibile e se la proposta non arreca pregiudizio ai creditori rispetto all’alternativa della liquidazione giudiziale o della liquidazione controllata, assicurando comunque un’utilità a ciascun creditore.

Il concordato semplificato ha natura esclusivamente liquidatoria; si appalesa come lo sbocco naturale una volta che si profila l’impossibilità di addivenire ad un accordo con i creditori o comunque di reperire altre soluzioni concordate e pertanto non essendovi alcun interesse a proseguire l’attività d’impresa, l’unica via che rimane è quella della liquidazione del patrimonio.

Nella pratica però si è registrato un uso distorto della composizione negoziata, procedura non raramente richiesta non per aprire un confronto franco ed autentico con i creditori, ma al solo scopo di ottenere una relazione negativa dell’esperto necessaria per accedere al concordato semplificato.

È stato efficacemente evidenziato come tale “scivolamento funzionale” ha determinato

una crescente attenzione della giurisprudenza che ha cominciato ad esercitare un controllo più incisivo sulla buona fede procedimentale e sull'effettiva esistenza di un confronto negoziale²⁶.

In quest'ottica si segnala una recente pronuncia del Tribunale di Bologna, che ha considerato il concordato semplificato quale *extrema ratio* della composizione negoziata, preferibile solo alla liquidazione giudiziale. Secondo i giudici bolognesi, affinché l'imprenditore possa farvi accesso, è necessario che siano soddisfatti tutti i requisiti posti a baluardo contro l'abuso dello strumento, rappresentati dalla completezza, dalla coerenza della relazione finale dell'esperto e dalla credibilità della proposta formulata alle parti interessate nel corso delle negoziazioni²⁷.

Note

1. Pagni, I., L'impresa collettiva tra squilibrio patrimoniale o economico-finanziario, crisi o insolvenza: opportunità e criticità della composizione negoziata, in *Le Società* 2/2024, 234.
2. Montalenti, P., La gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale, in *Rivista di diritto societario*, 2011, 5, 820 e ss.
3. Cfr. relazione di accompagnamento al D. Lgs. n. 118/2021 ove si legge testualmente: "la presenza [dell'esperto] non ha lo scopo e la funzione di sostituire l'imprenditore nel dialogo con i suoi creditori o con le altre parti interessate, ma serve a dare forza e credibilità alla posizione dell'impresa ed a rassicurare i creditori e le altre parti interessate".
4. Cfr. Tribunale Salerno del 28.03.2024 in *ilcaso.it*, che ha escluso che durante la fase delle trattative possa essere avanzata una domanda di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi per vedere garantita una continuità tra le misure protettive di cui all'art. 18 CCI e quelle di cui all'art. 54 CCI.
5. Cfr. Corte di Appello Bologna del 04.04.2025, in *il caso.it*, in tale provvedimento la corte bolognese ha statuito che la scelta di subordinare l'operatività delle misure protettive (tra cui l'inibizione alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale) alla pubblicazione in luogo della presentazione dell'istanza rappresenta il contemperamento tra esigenza di protezione e conoscenza (conoscibilità) dell'impedimento da parte del creditore, che non può che essere garantita dalla pubblicazione nel registro.
6. Cfr. Decreto Dirigenziale 28 settembre 2021, *Composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, previsto dal decreto-legge 24 agosto 2021 n. 118*, Sezione II, settembre 2021
7. Cfr. D'Attorre, G. (2024), *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, Giappichelli, III ed., pag.48.
8. L'art. 13 ccii al comma 6 prevede che: "La nomina dell'esperto avviene ad opera di una commissione che resta in carica per due anni. La commissione costituita presso le camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura dei capoluoghi di regione e delle province autonome di Trento e di Bolzano, dei cui uffici di segreteria si avvale per lo svolgimento dei suoi compiti, ed è composta da:
 - 1.a) due magistrati, uno effettivo e uno supplente, designati dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la camera di commercio che ha ricevuto l'istanza di cui all'articolo 17;
 - 2.b) due membri, uno effettivo e uno supplente, designati dal presidente della camera di commercio presso la quale è costituita la commissione;
 - 3.c) due membri, uno effettivo e uno supplente, designati dal prefetto del capoluogo di regione o della provincia autonoma di Trento o di Bolzano nel cui territorio si trova la camera di commercio che ha ricevuto l'istanza di cui all'art.17.
9. Cfr. art. 13 comma 1 ccii: "La piattaforma è gestita dal sistema delle camere di commercio, per il tramite di Unioncamere, sotto la vigilanza del ministero della Giustizia e del ministero dello Sviluppo economico".

10. Cfr. art. 17 comma 5 che espressamente prevede che: "I creditori, ivi compresi le banche e gli intermediari finanziari, i loro mandatari e i cessionari dei loro crediti, nei cui confronti operano le misure protettive non possono, unilateralmente, rifiutare l'adempimento dei contratti pendenti, provocarne la risoluzione, anticiparne la scadenza o modificarli in danno dell'imprenditore oppure revocare in tutto o in parte le linee di credito già concesse per il solo fatto del mancato pagamento di crediti anteriori rispetto alla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1. I medesimi creditori possono sospendere l'adempimento dei contratti pendenti dalla pubblicazione dell'istanza di cui al comma 1 fino alla conferma delle misure richieste. Restano ferme in ogni caso la sospensione e la revoca delle linee di credito disposte per effetto dell'applicazione della disciplina di vigilanza prudenziale. La prosecuzione del rapporto non è di per sé motivo di responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario".
11. Fabiani, M., "Misure cautelari e protettive nel Codice della Crisi", in *Rivista di diritto processuale*, 2019.
12. Cfr. Tribunale di Roma del 21.11.2022, in www.ildirittodellacrisi.it, nella quale il tribunale capitolino aveva confermato le misure finalizzate, peraltro, a sospendere il rilascio forzato dei locali aziendali soltanto per il tempo concesso al debitore ad un terzo per confermare l'acquisto di un nuovo plesso aziendale per la prosecuzione dell'attività.
13. Cfr. art. 19 comma 7 ccii.
14. Cfr. art. 18 comma 4, ccii.
15. Cfr. Osservatorio semestrale – settima edizione del 15.05.2025.
16. Cfr. D'Attorre, G. (2024), *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, Giappichelli, III ed., pag.40.
17. Cfr. Trib. Torino, 5 dicembre 2023, in www.dirittodellacrisi.it.
18. Cfr. Leuzzi, S., "Allerta e composizione negoziata nel sistema concorsuale ridisegnato dal d.l. n. 118 del 2021", in www.dirittodellacrisi.it.
19. Cfr. Trib. Bergamo del 8 maggio 2023.
20. Farolfi, A., "Composizione negoziata della crisi", in *Crisi d'Impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso, O. e Panzani, L., Tomo I, II ed., UTET.
21. Cfr. art. 4 comma 1 ccii.
22. Cfr. Trib. Milano del 14.05.2022, in Dejure.it.
23. Cfr. Farolfi, A., *Composizione negoziata della crisi*, in *Crisi d'Impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso, O. e Panzani, L., Tomo I, II ed., UTET, pagg. 1041-1042.
24. L'art. 23 comma 2 prevede infatti che: "Oltre ai contratti o agli accordi di cui al comma 1, l'imprenditore può anche, alternativamente:
 1. a) predisporre il piano attestato di risanamento di cui all'articolo 56;
 2. b) chiedere l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli articoli 57, 60 e 61. La percentuale di cui all'articolo 61, comma 2, lettera c), è ridotta al 60 per cento se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'esperto o se la domanda di omologazione è proposta nei sessanta giorni successivi alla comunicazione di cui all'articolo 17, comma 8;
 3. c) proporre la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'articolo 25 sexies;
 4. d) accedere ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal presente codice, dal decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 o dal decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004, n. 39. L'imprenditore agricolo può accedere agli strumenti di cui all'articolo 25 quater, comma 4".
25. Cfr. art. 25 sexies commi 3 e 4 ccii.
26. Cfr. Peracin, G., "Composizione negoziata: luci e ombre tra prassi e diritto vivente", in *Fisco, Crisi d'impresa ESG*, a cura di Corasaniti, G., Casartelli, G., Galessio, S., Schiesari, R., il Sole 24 ore, 2025.
27. Cfr. Trib. Bologna del 18.02.2025, che ha chiarito che – onde evitare un uso strumentale della composizione negoziata – per addivenire al concordato semplificato è necessario che l'esperto nella relazione prevista dall'art. 25 sexies CCII non si limiti a dichiarare la conformità della condotta tenuta nel corso delle trattative dall'imprenditore a correttezza e buona fede, ma lo stesso deve dare invece conto degli elementi fattuali propedeutici a tale affermazione, in particolare, alle modalità di svolgimento dell'incarico ricevuto, dell'atteggiamento avuto dalle parti nel corso delle trattative e quindi delle ragioni utili alla spiegazione del loro insuccesso nell'ottica suddetta.