

# Presupposti “interni” ed “esterni” della composizione negoziata della crisi d’impresa ed avvio del procedimento \*

## *Negotiated settlement for the solution of the business crisis: “internal” and “external” assumptions to access the “out of court procedure”*

Rolandino Guidotti \*\*

---

---

### ABSTRACT

L’articolo analizza il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi introdotto nel nostro ordinamento dal d.l. 24 agosto 2021, n. 118, avente ad oggetto misure di emergenza per le imprese individuali e collettive in difficoltà. Particolare attenzione è posta nella fase iniziale del procedimento in cui l’imprenditore può richiedere – alla Camera di Commercio – la nomina di un esperto indipendente che possa agevolare le trattative con i creditori.

**PAROLE CHIAVE:** crisi – attività commerciale e agricola – composizione negoziata.

*The paper analyses the new crisis resolution mechanism introduced in Italy by Law Decree August 24<sup>th</sup> 2021, no. 118, establishing emergency measures for individual and companies in distress when the crisis appears to be recoverable. Specific focus is brought to the initial phase of the process, during which the entrepreneur may request to the competent Chamber of Commerce the appointment of an independent expert who can facilitate negotiations with creditors.*

**KEYWORDS:** crisis – commercial / agricultural business – negotiated settlement.

---

---

\* Si tratta della relazione tenuta presso la Camera di Commercio di Modena al Convegno dedicato a *La “Mini-Riforma” della legge fallimentare*, in data 8 ottobre 2021, con l’aggiunta delle note e con gli adattamenti resi necessari dall’approvazione della legge di conversione il cui contenuto ovviamente al momento dell’esposizioni orale non si conosceva ancora.

\*\* Professore associato di Diritto commerciale e Diritto della crisi d’impresa presso l’*Alma Mater Studiorum* – Università di Bologna, Dipartimento di Scienze Giuridiche.

---

## SOMMARIO:

1. Premessa. – 2. – I presupposti “interni”: la crisi. – 3. I presupposti “interni”: requisiti dimensionali e natura dell’impresa. – 4. Limiti “esterni” all’avvio del percorso. – 5. L’esperto. – 6. L’avvio del percorso. – 7. La sospensione della regola del c.d. “ricapitalizza o liquida”. – 8. Una nota conclusiva.

## 1. Premessa

Non bisogna stupirsi dell’acceso dibattito che è in corso sul provvedimento che ha introdotto nel nostro ordinamento la composizione negoziata della crisi, ovvero il d.l. 24 agosto 2021, n. 118, rubricato *Misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia*<sup>1</sup>, poi convertito, con modificazioni, in l. 21 ottobre 2021, n. 147<sup>2</sup>.

Quando si verifica un fatto nuovo, e questo è davvero un fatto nuovo, studiosi e operatori del diritto esprimono opinioni diverse e propongono interpretazioni difformi. Ho già ricordato altrove<sup>3</sup>, e mi piace ripeterlo anche in questa sede, che quanto accade è da valutare positivamente perché, come tutte le scienze, «il diritto nasce dalle critiche»<sup>4</sup> anche quando sono particolarmente severe<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Tra i vari primi commenti alla riforma si possono leggere quelli di: PANZANI, *Il d.l. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *dirittodellacrisi.it*, 25 agosto 2021; AMBROSINI, *La “mini riforma” del 2021: rinvio (parziale) del c.c.i. composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, 901 ss.; GUIDOTTI, *La crisi d’impresa nell’era Draghi: la composizione negoziata e il concordato semplificato*, in *Ristr. aziendali*, 8 settembre 2021; PAGNI-FABIANI, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021.

<sup>2</sup> E v. AMBROSINI, *La l. 147/2021 di conversione del d.l. 118: primi, brevi, appunti in ordine sparso*, in *Ristr. aziendali*, 26 settembre 2021; GUIDOTTI, *La composizione negoziata nel “decreto Pagni” sulla crisi d’impresa*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Sabino Fortunato*.

<sup>3</sup> E v. GUIDOTTI, *Di alcune possibili modifiche al disegno di legge n. 2371 relativo alla conversione del d.l. 24 agosto 2021, n. 118, sulla disciplina della crisi d’impresa*, in *Ristr. aziendali*, 5 ottobre 2021, 11.

<sup>4</sup> COTTINO-WEIGMANN, *Le società di persone*, in COTTINO-WEIGMANN-SARALE, *Società di persone e consorzi*, in COTTINO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2004, 13, nota n. 13.

<sup>5</sup> Tra gli autori che hanno criticato la riforma si segnala LICCARDO, *Neoliberalismo concorsuale e le svalutazioni competitive: il mercato delle regole*, in *giustiziainsieme.it*, 7 settembre 2021, al quale ha poi replicato JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di*

Come si evince dalla *Relazione* al decreto legge, con riferimento al nuovo istituto della composizione negoziata della crisi, la «scelta compiuta è quella di affiancare all'imprenditore un esperto nel campo della ristrutturazione, terzo e indipendente, munito di specifiche competenze, al quale è affidato il compito di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa».

Trattative che vedono solo come *eventuale* l'intervento dell'autorità giudiziaria e che vengono condotte con modalità di natura privatistica all'infuori *tendenzialmente* di un procedimento giurisdizionale. Siamo quindi di fronte ad un percorso: stragiudiziale, riservato e (sicuramente) volontario<sup>6</sup>.

Percorso che può chiudersi con il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio, con domanda al tribunale che deve essere proposta entro sessanta giorni dalla relazione finale dell'esperto; semplificato perché privo sia della figura dell'attestatore sia di quella del commissario giudiziale, sia della fase di ammissione, sia di quella del voto (art. 18).

Il tutto non vuol necessariamente dire, come si è già osservato<sup>7</sup>, che si vogliono smantellare i due "pilastri" sui quali si regge il Codice della Crisi: da un lato, l'allerta, come meccanismo di incentivazione ad una precoce emersione della crisi e, dall'altro, un irrobustimento del ruolo dell'autorità giudiziaria sia giudicante, sia requirente.

A questo proposito si può aggiungere che non pare neppure che il provvedimento voglia intervenire sull'acquisita "cultura" dell'organizzazione di cui all'art. 2086, secondo comma, c.c.<sup>8</sup>, posto che in nessuna fase del nuovo per-

---

*maestrale soffia sulla riforma*, in *dirittodellacrisi.it*, 1° ottobre 2021; si possono leggere le critiche anche di GALLETTI, *È arrivato il venticello della controriforma? Così è se vi pare*, ne *ilfallimentarista.it*, 27 luglio 2021, e la replica di FABIANI, *La proposta della commissione Pagni all'esame del governo: valori, obiettivi e strumenti*, in *dirittodellacrisi.it*, 2 agosto 2021, che peraltro non pare aver fatto mutare opinione all'autore: e v. GALLETTI, *Breve storia di una (contro)riforma annunciata*, in *ilfallimentarista.it*, 1° settembre 2021.

<sup>6</sup>La riforma era necessaria anche in considerazione del fatto che – si legge sempre nella *Relazione* che accompagna il decreto – molte imprese non saranno in grado di garantire la propria continuità una volta venute meno le misure straordinarie di sostegno tramite le quali lo Stato è intervenuto a seguito della pandemia; queste imprese non hanno «idonei mezzi o strumenti per analizzare e comprendere la situazione in cui si trovano né per evitare che la crisi degeneri in dissesto irreversibile. Tale constatazione è particolarmente evidente per le micro, piccole e medie imprese, che rappresentano il substrato del sistema produttivo nazionale e che possono essere efficacemente sostenute se le si accompagna in un processo di presa di coscienza della situazione aziendale esistente e delle soluzioni praticabili per prevenire la crisi o per raggiungere il risanamento aziendale in caso di crisi, o di insolvenza, già esistente».

<sup>7</sup>E v. FABIANI, *La proposta della commissione Pagni*, cit., 2.

<sup>8</sup>Sulla quale, da ultimo, CERRATO, *L'obbligo di istituire assetti adeguati nel prisma della "crisi" (dal Codice al d.l. 24 agosto 2021, n. 118)*, in questa *Rivista*, 2021, 1298 ss.

corso gli obblighi di cui alla norma citata vengono in alcun modo sospesi o disattivati.

È inutile poi nascondersi che siamo di fronte ad una riforma dai connotati spiccatamente privatistici per quella che pare essere una espressa scelta di politica legislativa.

Lo scenario è nuovo ed interessante; e tanto anche in considerazione del fatto che il mutamento del clima culturale<sup>9</sup> sembra propizio anche ad una rivisitazione della disciplina della bancarotta<sup>10</sup> per adeguare le norme penali al nuovo contesto che è ormai da anni radicalmente mutato.

## 2. I presupposti “interni”: la crisi

Il legislatore sembra essersi discostato dalla definizione di crisi di cui all'art. 2, primo comma, lett. a), c.c.i. perché oggi non siamo più di fronte allo stato di «squilibrio economico-finanziario che rende *probabile* l'*insolvenza* del debitore, e per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate».

Nel decreto si dice che «[l']imprenditore commerciale e agricolo che si trova in condizione di squilibrio patrimoniale o economico – finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza, può chiedere al segretario della camera di commercio [...] la nomina di un esperto indipendente [...]»<sup>11</sup>; siamo

---

<sup>9</sup> Cfr., per questo profilo, già: PACCHI, *Le misure urgenti in materia di crisi d'impresa e risanamento aziendale (ovvero: i cambi di cultura sono sempre difficili)*, in *Ristr. aziendali*, 9 agosto 2021.

<sup>10</sup> Il riferimento è ovviamente alla istituzione di Commissione per la riforma dei reati di bancarotta presieduta da Bricchetti secondo il quale la disciplina attuale ha costruito le figure di reato in funzione dell'espulsione dell'impresa dal mercato, mentre l'attuale disciplina, e tanto a far tempo dal 2005 – 2006, ha come obiettivo diverso ovvero quello della conservazione dell'impresa (e v. *Il Sole 24* del 29 settembre 2021). Sulla necessità di intervenire sulla disciplina penale v. già, di recente, GUIDOTTI, *La crisi d'impresa nell'era Draghi*, cit., 4 ss.; in argomento diffusamente CAVALLINI, *La bancarotta patrimoniale tra legge fallimentare e codice dell'insolvenza – Disvalore di contesto e soluzioni negoziali della crisi nel sistema penale concorsuale*, Milano, 2019.

<sup>11</sup> Nell'emendamento del Ministero della Giustizia all'art. 2 si proponeva di sostituire le parole «in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza» con quelle «in stato di crisi o in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che la rendono probabile» (ovviamente la crisi). Nella bozza di relazione tecnica a detta modifica si leggeva che ci proponeva di eliminare il riferimento all'insolvenza in quanto concetto già ricompreso in quello di crisi. Si trattava di una variazione che riprendeva la tecnica legislativa di cui all'art. 160 l. fall.; l'idea di modifica è però poi stata abbandonata.

quindi in una fase in cui la crisi è probabile, ma non ancora in atto (e v. l'art. 2, primo comma)<sup>12</sup>.

Ci si sarebbe potuti spingere ancora un poco più indietro ed utilizzare l'espressione «rendere *possibile* la crisi», ma ovviamente – così facendo – il rischio di “falsi positivi” sarebbe ulteriormente aumentato; “falsi positivi” che però se “trattati” realmente nella situazione di riservatezza, che il dettato legislativo sembra permettere, non avrebbero creato particolari problemi al sistema perché destinati ad uscire dal percorso di composizione negoziata senza necessità di alcun intervento.

Ma, forse, *anche* per evitare il rischio di non utilizzo tempestivo del nuovo strumento o, al contrario, dell'utilizzo prematuro dello stesso si prevede l'istituzione di una “piattaforma telematica nazionale” nella quale è inserito, tra l'altro, un *test* pratico per la verifica della perseguibilità concreta del risanamento (art. 3, secondo comma).

È da ritenere – anche perché la norma fotografa il “momento iniziale” dal quale è possibile accedere al nuovo istituto, ma non “quello finale” (che sembra essere quello della dichiarazione di fallimento o dell'accesso a diversa procedura prevista dall'ordinamento) – che l'istituto sia utilizzabile anche in situazioni di crisi e / o di insolvenza conclamata.

Il fatto che lo strumento della composizione negoziata della crisi sia utilizzabile anche per i casi di insolvenza è, tra l'altro, reso evidente dalla norma (art. 6, quarto comma) che dispone gli effetti sospensivi sulla dichiarazione di fallimento (che ovviamente l'insolvenza presuppone logicamente). Analogamente, sotto il profilo che qui interessa, l'art. 9, primo comma, dispone in merito alla gestione dell'impresa nel momento in cui ci si rende conto che l'imprenditore è insolvente, senza prevedere che l'insolvenza debba verificarsi strada facendo, ma potendo ovviamente pre-esistere.

A quanto sopra esposto si può aggiungere che lo stesso Ministero della Giustizia nel decreto del 28 settembre 2021, nella sezione III, § 2, dedicato al *test* pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, al punto 2.4, dispone espressamente che se l'esperto ravvisa, anche a seguito dei primi confronti, la presenza di uno stato di insolvenza, «questo non necessariamente gli impedisce di avviare la composizione negoziata».

È però sempre necessaria una «concreta prospettiva di risanamento»<sup>13</sup>. Si

---

<sup>12</sup> In argomento, da ultimo, IRRERA-RIVA, *La convergenza tra le indicazioni del codice della crisi e del d.l. 118/2021: is cash still king? DSCR e TdR a confronto*, in *Ristr. aziendali*, 20 ottobre 2021.

<sup>13</sup> L'espressione ricorda l'art. 27, d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, ove ci si esprime, analogamente, nei seguenti termini: «[l]e imprese dichiarate insolventi (...) sono ammesse alla proce-

dovrà trattare ovviamente di una insolvenza reversibile perché temporanea (si pensi, ad esempio, alla chiusura dell'attività a seguito di normativa emergenziale). In alternativa, in caso di insolvenza sarà necessario un apporto esterno, di cui si dovrà verificare l'adeguatezza, durante la composizione negoziata, al fine di evitare la dichiarazione di fallimento e quindi l'utilità per il percorso di risanamento.

Sempre in caso di insolvenza sembra poi potersi sostenere che l'accesso al percorso possa essere chiesto anche quando lo stesso permetta in tempi brevi di cedere l'azienda e / o alcuni rami della stessa. In quest'ultimo caso, l'imprenditore una volta "uscito" dalla composizione negoziata potrà scegliere di depositare istanza di fallimento in proprio.

### 3. I presupposti "interni": requisiti dimensionali e natura dell'impresa

L'obiettivo della composizione negoziata della crisi è quello di permettere alle imprese di individuare le varie alternative percorribili per la ristrutturazione, il risanamento o la liquidazione anche *ex art. 18* ovvero per il tramite del concordato semplificato di nuovo conio. La composizione negoziata è uno strumento che persegue finalità di riservatezza, di tipo negoziale e stragiudiziale; la negoziazione è, per tutta la durata del percorso, una prerogativa dell'imprenditore<sup>14</sup>, che la coltiva con l'ausilio dei propri consulenti.

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<sup>15</sup>, ivi comprese quindi le società agricole.

Si può incidentalmente dire che forse il dibattito ad oggi non ha messo sufficientemente in luce il fatto che correttamente il legislatore della novella ha opportunamente parzialmente "smarcato" l'impresa agricola dalla parte del diritto della crisi d'impresa approntato per il debitore civile, nonostante il feno-

---

dura di amministrazione straordinaria qualora presentino concrete prospettive di recupero dell'equilibrio economico delle attività imprenditoriali» (primo comma).

<sup>14</sup> Il nuovo istituto non può essere attivato né da un creditore, né dal collegio sindacale.

<sup>15</sup> Ai sensi dell'art. 12, quarto comma, c.c.i., per contro e tra l'altro (si v. anche il quinto comma della norma appena citata), gli strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, esclusi le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati o in sistemi multilaterali di negoziazione autorizzati dalla Consob, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal Regolamento della predetta Commissione; un cenno alle ragioni di detta esclusione lo si rinviene in GUIDOTTI, *Le società con azioni quotate – Alcune regole di funzionamento*, Milano, 2021, 11 ss.

meno della progressiva industrializzazione al quale si assiste da tempo con riferimento a tale tipo di impresa<sup>16</sup>.

Va escluso che, sempre con riferimento alle imprese agricole, la riforma abbia voluto introdurre il principio di fallibilità delle stesse anche se sopra le soglie previste dalla legge fallimentare; il dubbio, che non aveva ragione di esistere anche prima della conversione del decreto, ma che pur si è posto, è stato fugato definitivamente in sede di conversione con l'integrazione dell'art. 11, terzo comma, lett. *c*), per il quale l'uscita dal percorso, per le imprese agricole, può avvenire con le procedure di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni disciplinate dagli artt. 7 e 14 *ter* della l. 27 gennaio 2012, n. 3.

#### 4. Limiti “esterni” all'avvio del percorso

L'istanza di composizione negoziata della crisi, non può essere presentata in pendenza del procedimento introdotto con domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione, in presenza di pre-accordo di ristrutturazione, o una volta presentato il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, anche con riserva (art. 23, secondo comma); per gli imprenditori agricoli il nuovo percorso è inibito, oltre che dalla fattispecie di cui all'art. 182 *bis* l. fall., anche in pendenza di accordo di ristrutturazione dei debiti o di liquidazione dei beni (artt. 7 e 14 *ter*, l. 27 gennaio 2012, n. 3).

Si tratta di un “presupposto negativo” che condiziona l'accesso alla composizione negoziata; l'esistenza di questo presupposto negativo dovrà essere dichiarato dall'imprenditore nel momento in cui chiede l'accesso al percorso di risanamento: art. 5, terzo comma, lett. *d*). Detto presupposto andrà verificato, anche per il tramite di una visura camerale aggiornata, dalla commissione di nomina dell'esperto prima di provvedere a quest'ultimo incombente.

In considerazione del tenore letterale della disposizione contenuta nel decreto nulla sembra impedire che l'imprenditore, che abbia già depositato una domanda di concordato in bianco, di concordato pieno, di accordo di ristruttu-

---

<sup>16</sup> Alla possibilità di accesso agli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l. fall.) è, allo stato, affiancata la possibilità – già prevista dalla l. n. 3 del 2012 nella versione originaria – di utilizzare le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento; estensione confermata anche dal Codice della Crisi e da ultimo dalla recente modifica alla legge sopra citata del 2012 ad opera della l. 18 dicembre 2020, n. 176; in argomento, da ultimo, IRRERA-CERRATO-PASQUARIELLO (a cura di), *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, Bologna, 2021; di recente sulla fallibilità o meno dell'impresa agricola v. Cass., 21 gennaio 2021, n. 1049.

razione dei debiti o pre-accordo, possa rinunciarvi per sfruttare la diversa e nuova opportunità offerta dall'ordinamento; non sembra permettere di opinare il contrario il fatto che il già citato art. 5, terzo comma, lett. d), preveda che la dichiarazione del debitore debba contenere l'attestazione in merito al non aver depositato i ricorsi di cui si è detto sopra, ben essendo possibile che il debitore dichiari di aver depositato un ricorso e poi di avervi rinunciato, per guadagnare il diritto all'accesso al nuovo percorso.

In questi casi per le imprese costituite in forma societaria è opportuna una revoca della delibera o della determina dell'organo amministrativo con le quali si era deciso l'accesso alle procedure tradizionali.

Pur non essendo previsto dalla legge, è sicuramente opportuno che anche la decisione di accedere al nuovo percorso venga, in ogni caso, deliberata dal consiglio di amministrazione (se esistente), ovvero verbalizzata come determina dell'amministratore unico.

## 5. L'esperto

Come si legge nella *Relazione* che accompagna il decreto, la presenza dell'esperto non ha lo scopo (e la funzione) di sostituire l'imprenditore nel dialogo con i suoi creditori, «ma serve a dare forza e credibilità alla posizione dell'impresa ed a rassicurare i creditori e le altre parti interessate».

La figura terza, imparziale ed indipendente, dell'esperto<sup>17</sup>, è chiamata a verificare costantemente la funzionalità e utilità delle trattative rispetto al risanamento e l'assenza di atti pregiudizievoli per i creditori, e conferisce alle trattative stesse un elevato livello di sicurezza; dovrebbe poi eliminare il dubbio sull'esistenza di possibili atteggiamenti dilatori o poco trasparenti tenuti dalle parti coinvolte; si tratta di una figura *sui generis* non riconducibile a nessuna delle figure protagoniste del diritto della crisi conosciute fino a oggi.

Ovvio, a questo proposito, lo si dice incidentalmente, che il buon funzionamento dell'istituto dipenderà dalla nomina quali esperti di soggetti ai quali gli «ambienti di riferimento» riconoscono le qualità necessarie per svolgere l'incarico e la scelta di persone inadatte, al di là dei profili puramente formali anche di formazione, potrà essere una ragione di mancato successo dell'istituto<sup>18</sup>; si può ancora osservare sotto il profilo pratico che la nomina dell'e-

---

<sup>17</sup> Possono rivestire il ruolo di esperti, tra gli altri, i dottori commercialisti e gli avvocati, che abbiano «maturato precedenti esperienze nel campo della ristrutturazione aziendale e della crisi di impresa» e che abbiano adempiuto agli obblighi informativi.

<sup>18</sup> Varie sono le ipotesi in cui la dir. (Ue) 2019/1023 prevede la designazione di un esperto che assista il debitore nella negoziazione coi propri creditori.



sperto potrà permettere ai tribunali di non essere “investiti” da un numero rilevante di procedimenti.

Il compito dell’esperto viene fotografato, con efficace sintesi, dall’art. 2, secondo comma, dove si prevede che deve agevolare «le trattative tra l’imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento» della condizione di squilibrio patrimoniale o economico finanziario che ne rendono probabile la crisi o l’insolvenza, quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell’impresa – si noti bene, lo si è già ricordato – «anche mediante il trasferimento dell’azienda o di rami di essa»<sup>19</sup>.

L’esperto deve essere in possesso dei requisiti di indipendenza<sup>20</sup> previsti dall’art. 2399 c.c.<sup>21</sup>. Deve operare in modo professionale, riservato, imparziale ed indipendente e «può chiedere all’imprenditore e ai creditori tutte le informazioni utili o necessarie e può avvalersi di soggetti dotati di specifica competenza, anche nel settore economico in cui opera l’imprenditore, e di un revisore legale, non legati all’impresa o ad altre parte interessate all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale» (art. 4, secondo comma); i costi di questi soggetti rimangono a carico dell’esperto il cui compenso, di natura prededucibile, è dettagliatamente determinato nell’ammontare<sup>22</sup>.

Chi ha svolto l’incarico di esperto non può intrattenere rapporti professionali con l’imprenditore, se non sono decorsi almeno due anni dall’archiviazione della composizione negoziata (art. 4, primo comma).

Ad eccezione del momento in cui – ai sensi dell’art. 7, quarto comma, – il

---

<sup>19</sup> Ai sensi della sezione III, § 2.7, del decreto del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021, in ogni caso, l’esperto dovrà tener conto delle concrete manifestazioni di interesse eventualmente ricevute dall’imprenditore o da terzi. Analoga espressione, a quella dell’art. 2, secondo comma, riportato nel testo, si trova anche nella disciplina della liquidazione del patrimonio del concordato semplificato che pur essendo un concordato liquidatorio sembra avere come finalità proprio la prosecuzione dell’attività seppur, ovviamente, in modo “indiretto”, e quindi attraverso il trasferimento dell’azienda: art. 19.

<sup>20</sup> Ai sensi della sezione III, § 1.4, del decreto citato alla nota precedente è opportuno che l’esperto sottoponga alle parti qualsiasi circostanza che possa astrattamente compromettere la sua indipendenza.

<sup>21</sup> «E non deve essere legato all’impresa o ad altre parti interessate all’operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore dell’imprenditore né essere stati membri di organi di amministrazione o controllo dell’impresa né aver posseduto partecipazioni in essa» (art. 4, primo comma).

<sup>22</sup> E v. l’art. 16.

tribunale lo sente nel corso della valutazione dell'emissione di provvedimenti cautelari e / o misure protettive, e quindi per finalità proprie del percorso di risanamento, l'esperto, ai sensi dell'art. 4, terzo comma, «non può essere tenuto a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità»<sup>23</sup>.

La lettura della disposizione porta la mente a quanto dispone invece – seppur, bisogna darne atto, in contesto parzialmente diverso – il disposto di cui all'art. 21, quarto comma, c.c.i., con riferimento al procedimento di composizione assistita della crisi, in punto di utilizzabilità dei relativi atti e documenti in fase di eventuale liquidazione giudiziale o di un procedimento penale; il cambio di approccio è nelle cose ove si consideri che manca poi totalmente nella nuova disciplina una norma analoga a quella che in determinati casi impone, nell'art. 22 c.c.i., l'obbligo di segnalazione al pubblico ministero.

Presso la camera di commercio di ciascun capoluogo di regione è formato un elenco di esperti<sup>24</sup> che devono dimostrare anche il possesso di specifica formazione definita nel dettaglio dal già citato decreto del Ministero della Giustizia del 28 settembre 2021.

La nomina dell'esperto può avvenire anche al di fuori dell'ambito regionale e così – se ben si è compreso – la commissione regionale (composta da un magistrato, da un membro designato dal presidente della camera di commercio e da un membro designato dal prefetto) può attingere il nominativo da membri iscritti anche in altre regioni.

Ogni esperto non può svolgere più di due incarichi contestualmente. Non è prevista la nomina di più esperti nella situazione di particolare complessità, ipotesi alla quale si sarebbe invece potuto pensare, in sede di conversione, con riferimento a crisi relative ad imprese di dimensioni rilevanti per le quali avrebbero potuto essere individuate le relative soglie.

Nulla dice il provvedimento in merito alla responsabilità dell'esperto. Il tema non ha solo rilevanza sistematica e classificatoria, ma sarebbe stata opportuna disposizione apposita al fine di perimetrare la responsabilità e permettere ai professionisti di conoscere nel dettaglio anche i rischi a cui possono essere esposti; ovviamente il successo dell'istituto dipende anche dall'accettazione del ruolo di esperti di persone con particolari capacità tecniche e, lo si è detto, credibilità nell'ambiente in cui operano.

---

<sup>23</sup> Si applicano al proposito anche le disposizioni di cui all'art. 200 c.p.p., relativo al segreto professionale, e le garanzie di libertà previste per il difensore dall'art. 103 c.p.p., in quanto compatibili.

<sup>24</sup> E v. l'art. 3.

Manca, inoltre, completamente la disciplina della eventuale possibilità sostituzione dell'esperto, per il caso in cui lo stesso risulti del tutto inadatto al compito che gli è stato assegnato; è prevista solo la possibilità di sostituzione in caso di mancata accettazione.

Tra gli emendamenti apportati in sede di conversione ve ne sono stati alcuni rivolti ad incrementare, intervenendo sull'art. 4, la terzietà e l'indipendenza dell'esperto; specificazioni opportune, ma che, all'evidenza, non affrontano e risolvono il problema della responsabilità dell'esperto stesso.

## 6. L'avvio del percorso

L'istanza di accesso al percorso di composizione negoziata della crisi è ricevuta non dal segretario della camera di commercio del capoluogo di regione, ma da quello nel cui ambito territoriale si trova la sede dell'impresa che – ricevuta l'istanza – la comunica, nei successivi due giorni (art. 3, settimo comma), alla commissione<sup>25</sup> per la nomina per l'esperto «unitamente ad una nota sintetica contenente il volume di affari, il numero dei dipendenti e il settore in cui opera l'impresa istante»<sup>26</sup>.

L'esperto, una volta nominato dalla commissione, accettato l'incarico, convoca senza indugio l'imprenditore per valutare l'esistenza di una concreta prospettiva di risanamento, anche eventualmente alla luce delle informazioni assunte dall'organo di controllo e dal revisore legale (art. 5, quinto comma)<sup>27</sup>.

---

<sup>25</sup> Costituita con cadenza biennale presso la sede della camera di commercio del capoluogo di regione.

<sup>26</sup> Entro i cinque giorni successivi la commissione, a maggioranza, deve nominare l'esperto (secondo criteri che assicurino trasparenza e rotazione, criterio – quest'ultimo – che andrà utilizzato con prudenza) e, se non vi provvede (o non vi provvede tempestivamente), viene “sostituita” dal presidente della camera di commercio del capoluogo di regione che deve, a sua volta, provvedervi nei successivi due giorni lavorativi; nulla è previsto in caso di inerzia del presidente della camera di commercio (al quale è pervenuto l'obbligo di nomina a causa, per esempio, del mancato raggiungimento della maggioranza all'interno della commissione), ma è ipotizzabile un ordine *ex art. 700 c.p.c.* a suo carico da parte dell'autorità giudiziaria, mentre sembra difficile pensare che quest'ultima possa sostituirsi nella nomina diretta dell'esperto stesso in assenza di qualsivoglia riferimento normativo in tal senso. L'esperto designato, entro due giorni dalla comunicazione della nomina, comunica la sua accettazione all'imprenditore e contestualmente inserisce la dichiarazione dell'accettazione “nella piattaforma” della camera di commercio. In caso contrario – prosegue l'art. 5, quarto comma, – ne dà comunicazione riservata al soggetto che lo ha nominato perché provveda alla sua sostituzione con le medesime modalità attraverso le quali è avvenuta la nomina.

<sup>27</sup> Entro tre giorni dalla convocazione di cui sopra è possibile per le parti presentare osser-

Disciplina apposita è dettata per il caso di conduzione delle trattative con riferimento ad un gruppo di imprese sia con riferimento al procedimento, sia con riferimento ai compiti dell'esperto / degli esperti (art. 13).

Si aprono a questo punto due possibilità: (a) quella in cui l'esperto, dopo una sommaria verifica della situazione, si convinca che non vi sono concrete prospettive di risanamento; (b) quella, opposta, in cui ritenga che le prospettive di risanamento siano "concrete" (art. 5, quinto comma).

Nella prima ipotesi – quella in cui non vi sono prospettive concrete di risanamento (a) –, all'esito della convocazione di cui sopra o, meglio, in un momento successivo, l'esperto ne dà notizia all'imprenditore e al segretario generale della camera di commercio che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

Nella seconda ipotesi – quella in cui ritiene vi siano prospettive concrete di risanamento (b) – l'esperto, fissando le riunioni con cadenza periodica ravvicinata: (b1) incontra anche le altre parti interessate al processo di risanamento; (b2) ha il compito di prospettare possibili strategie di intervento (che presumibilmente nelle situazioni più complesse potranno anche essere la "sintesi" delle indicazioni dei professionisti dei vari attori della vicenda).

La logica del sistema così come pensato dal legislatore, al di là della schematizzazione di cui sopra, impone di considerare "la concreta prospettiva di risanamento" come condizione implicita per la prosecuzione del percorso che potrà essere interrotto dall'esperto, in qualsiasi momento, ove lo stesso maturi la convinzione che la concreta prospettiva di cui sopra sia venuta meno, o non sia *ab origine* esistita per ragioni di cui non si erano potute valutare appieno le conseguenze<sup>28</sup>.

L'incarico dell'esperto si considera normalmente concluso se – decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, il percorso può durare però

---

vazioni sull'indipendenza dell'esperto al segretario della camera di commercio (il decreto non specifica se quello del capoluogo di regione o il quello del luogo in cui la società ha sede) che riferisce alla commissione affinché – valutate le circostanze e sentito l'esperto – eventualmente lo sostituisca; ove la commissione non provveda si ripete il meccanismo che in sede di nomina vede coinvolto il presidente della camera di commercio. La presentazione di osservazioni in merito all'indipendenza dell'esperto di per sé non impone una sospensione del procedimento, ma forse la consiglia per ragioni di opportunità fino alla pronuncia sul punto.

<sup>28</sup> Da porre in evidenza come ai sensi dell'art. 12, quinto comma, le disposizioni di cui all'art. 216, terzo comma, l. fall., e di cui all'art. 217 l. fall., vengano espressamente disapplicate: (a) con riferimento ai pagamenti ed alle operazioni compiuti nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto se coerenti con l'andamento delle trattative e effettuati nella prospettiva del risanamento dell'impresa valutata dall'esperto; (b) e con riferimento ai pagamenti e alle operazioni effettuate previa autorizzazione del tribunale.

di più – le parti non hanno individuato una soluzione adeguata al superamento della situazione di malessere dell’impresa descritta nell’art. 2, primo comma.

E ovviamente se, per contro, è stata individuata una soluzione idonea al superamento della situazione appena citata anche in un momento precedente.

In ogni caso, al termine dell’incarico l’esperto redige una relazione finale che inserisce nella “piattaforma” e comunica all’imprenditore (art. 5, ottavo comma).

La soluzione – la c.d. “conclusione delle trattative” – si può concretizzare con varie modalità operative descritte dall’art. 11, primo comma, ovvero: (a) con un contratto, con uno o più creditori, idoneo a produrre gli effetti premiali di cui all’art. 14, che secondo la relazione finale dell’esperto (art. 5, ottavo comma) sia idonea ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore ai due anni; (b) con la conclusione di una convenzione di moratoria ai sensi dell’art. 182 *octies* l. fall. ovviamente nel testo di nuovo conio introdotto dall’art. 20 del decreto in esame (cfr. l’art. 62 c.c.i.); (c) con un accordo sottoscritto dall’imprenditore, dai creditori e dall’esperto (che non necessita di attestazione) che produce gli effetti di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall.

La fase di composizione negoziata per la soluzione della crisi viene valorizzata al massimo dal legislatore ove si consideri che oltre alle tre modalità in cui può concretizzarsi la soluzione di cui sopra, l’imprenditore può, all’esito delle trattative, chiedere: l’omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis* l. fall.; l’omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182 *septies* l. fall. (accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari), con la percentuale prevista dal secondo comma, lett. c), ridotta al sessanta per cento se il raggiungimento dell’accordo risulta dalla relazione finale dell’esperto; l’omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell’art. 182 *novies* l. fall., relativo agli accordi di ristrutturazione agevolati.

O, ancora, in ulteriore alternativa: (a) predisporre un piano attestato di risanamento di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d), l. fall., questa volta – sembra di capire – munito dell’attestazione prevista dalla stessa disposizione; (b) proporre la domanda di concordato semplificato di cui all’art. 18<sup>29</sup>; (c) accedere alle altre procedure disciplinate dalla l. fall. o, per le imprese agricole, dalla l.

---

<sup>29</sup> Sul quale BOZZA, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021*, in *dirittodellacrisi.it*, 5 ottobre 2021; ARATO, *La soddisfazione dei creditori privilegiati nel concordato preventivo, anche alla luce del d.l. 24 agosto 2021, n. 118*, in *Ristr. aziendali*, 14 ottobre 2021; LEUZZI, *Analisi differenziale fra concordati: concordato semplificato vs ordinario*, in *dirittodellacrisi.it*, 9 novembre 2021; FICHERA, *Sul nuovo concordato semplificato: ovvero tutto il potere ai giudici*, *ivi*, 11 novembre 2021.

27 gennaio 2012, n. 3; (d) accedere alla soluzione disciplinata dal d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270, per le grandi imprese in stato di insolvenza; (e) accedere alla soluzione disciplinata dal d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, così come convertito dalla l. 18 febbraio 2004, n. 39.

## 7. La sospensione della regola del c.d. “ricapitalizza o liquida”

Nell’art. 8 del provvedimento si dispone che con l’istanza di nomina dell’esperto o con dichiarazione successivamente presentata con le modalità di cui all’art. 5, primo comma, il debitore possa chiedere la sospensione delle norme sulla ricapitalizzazione: la norma<sup>30</sup>, così come emendata in sede di conversione, prevede, che l’imprenditore possa dichiarare che, sino alla conclusione delle trattative o all’archiviazione dell’istanza di composizione negoziata, non si applichino nei suoi confronti gli artt. 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 *bis*, quarto, quinto e sesto comma, e l’art. 2482 *ter* c.c.; è poi prevista la possibilità di sospendere la relativa causa di scioglimento.

L’istanza di nomina dell’esperto, con la dichiarazione di volersi avvalere del beneficio della sospensione, o la dichiarazione successiva contenente solo quest’ultima dichiarazione sono «pubblicate nel registro delle imprese» e i loro effetti decorrono dalla data di pubblicazione in detto registro<sup>31</sup>.

Ci si deve interrogare sul tipo di pubblicità commerciale al quale va ascritta

---

<sup>30</sup> Sulla quale diffusamente GUIDOTTI, *La sospensione degli obblighi relativi al capitale e della causa di scioglimento collegata*, in IRRERA-CERRATO-PASQUARIELLO (a cura di), in corso di pubblicazione per i tipi della Zanichelli. Sulla normativa emergenziale che ha permesso la sospensione della regola del c.d. “ricapitalizza o liquida” si possono consultare: ABRIANI-BUTTIGNON, *Legge di bilancio 2021 e patrimonio netto di bilancio nelle società di capitali in Italia: spunti per il superamento di un paradigma*, in *IlSocietario.it*, 17 febbraio 2021; BUSANI, *Il quinquennio di grazia per le perdite emerse nel 2020*, in *Società*, 2021, 208 ss.; G. FERRI JR., *La sospensione dell’obbligo di riduzione del capitale per perdite tra passato prossimo e futuro remoto*, in *Riv. not.*, 2021, 3 ss.; GUIDOTTI, *Le società con azioni quotate*, cit., XVII ss. ove ulteriori riferimenti, nonché ASSONIME, *Il regime speciale di perdite Covid: rilevanza delle perdite inferiori ad un terzo*, in *Il Caso*, 6/2021, e – precedentemente – ID., *Circolare 3/2021, Legge di bilancio 2021: la nuova disciplina sulla sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in caso di perdite significative*.

<sup>31</sup> È da chiedersi quale potrebbe essere l’interesse dell’imprenditore di non avvalersi della facoltà concessagli dalla legge. Sembra corretto ipotizzare che l’unico motivo possa essere quello in cui la fattispecie concreta sia molto lontana da una ipotesi di applicazione delle norme sul capitale e quindi, forse anche per ragioni di natura reputazionale, l’imprenditore non voglia dichiarare di volersi avvalere del beneficio a seguito della necessità di iscrizione dell’istanza nel registro delle imprese.

la norma in esame<sup>32</sup> anche in considerazione del fatto che la terminologia giuridica utilizzata dal legislatore sul punto non aiuta alla qualificazione del tipo di pubblicità adottato.

Dalla lettura della norma sembra che la sospensione venga poi meno solo a seguito dell'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata o della conclusione delle trattative.

Sarà poi ovviamente necessaria anche la pubblicazione nel registro delle imprese dell'avvenimento (chiusura del percorso) che fa venir meno gli effetti; è ipotizzabile che l'imprenditore sia onerato anche di far pubblicare quindi una *contro*-dichiarazione nella quale dà atto espressamente del venir meno degli effetti della dichiarazione di sospensione.

Il venir meno degli effetti non è però legato, correttamente, alla pubblicazione nel registro delle imprese, ma a fatti storici antecedenti ad essa; con una evidente differenza di metodo tra la modalità, da un lato, con la quale la dichiarazione permette al debitore di beneficiare degli effetti che ne conseguono, ovvero la pubblicazione nel registro delle imprese, e, dall'altro, relativa al momento finale del beneficio.

Da ultimo va ricordato che non viene meno l'obbligo degli amministratori di convocare senza indugio l'assemblea nelle situazioni di perdita del capitale superiore al terzo perché la norma di nuovo conio nulla dice sul punto e quindi sulla necessità di rendere edotta l'assemblea di quanto sta accadendo.

Va osservato ulteriormente come non sia precluso in ogni caso all'assemblea, se lo ritiene, di porre in essere operazioni sul capitale sia per il tramite di una ricapitalizzazione, sia di una riduzione per perdite.

Non sembra neppure preclusa la possibilità di mettere la società in liquidazione, perché non pare che lo stato di liquidazione sia in ogni caso preclusivo alla prosecuzione delle trattative; ovvio che la liquidazione volontaria comporterebbe il mutamento del contesto di base relativo alle regole di comportamento da adottare anche per l'organo gestorio.

L'art. 8 del provvedimento rimette alla decisione dell'imprenditore il dichiarare, o meno, con l'istanza di nomina dell'esperto, o con comunicazione successiva presentata con le modalità di cui all'art. 5, di volersi anche avvalere e della disapplicazione della causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484, primo comma, n. 4) e 2545 *duodecies* c.c.<sup>33</sup>.

---

<sup>32</sup> Sull'argomento, in generale, da ultimo si consulti IBBA, *Il registro delle imprese*, in IUDICA-ZATTI (a cura di), *Tratt. di dir. privato*, Milano, 2021, 167 ss.

<sup>33</sup> Anche con riferimento a quest'ultimo aspetto della disposizione ci si permette richiamare GUIDOTTI, *La sospensione degli obblighi relativi al capitale*, cit.

## 8. Una nota conclusiva

Da ultimo è da chiedersi se, vista l'importanza del provvedimento legislativo anche sotto il profilo culturale, sia urgente, o meno, riscrivere i manuali di diritto della crisi d'impresa. E tanto anche in considerazione di due ulteriori elementi di valutazione che vanno enfatizzati.

Il primo è che il decreto, poi convertito, di cui si discute non potrà non avere effetti indiretti sull'interpretazione delle norme oggi in vigore, spesso lette, implicitamente o esplicitamente, anche alla luce delle disposizioni "virtuali" del Codice della Crisi.

Il secondo è che non può sfuggire anche ad un lettore disattento come le norme sul concordato semplificato di cui all'art. 18 del decreto richiamano le sole disposizioni della legge fallimentare (e non a quelle del Codice della Crisi) e tanto fa sorgere alcuni dubbi.

In estrema sintesi, le ipotesi che si possono fare sono varie: (a) si dà per scontato che il rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi verrà ulteriormente allungato, o che lo stesso sia destinato a non entrare in vigore; (b) si considera possibile la sopravvivenza di un istituto - la composizione negoziata della crisi - mediante il richiamo a norme non più in vigore della legge fallimentare; (c) si immagina che la composizione negoziata della crisi e il concordato semplificato restino in vigore solo fino al momento dell'entrata in vigore del Codice della Crisi e siano con esso incompatibili; (d) si dà per scontato un nuovo provvedimento legislativo che sostituisca i richiami alla legge fallimentare con richiami alle corrispondenti previsioni del Codice della Crisi.

Siamo, di sicuro, di fronte ad un cantiere che rimarrà aperto ancora per molto.