

## **LA COMPOSIZIONE NEGOZIALE: UNO STRUMENTO VIRTUOSO DI SOLUZIONE DELLA CRISI**

di GIANFRANCO BENVENUTO

Il 24 agosto 2021 è stato pubblicato in G.U. il D.L. n 118 recante “Misure urgenti in materia di crisi d’impresa e di risanamento aziendale nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia”.

La ragione del provvedimento normativo risiede nella necessità da un lato di offrire agli imprenditori colpiti dalla crisi pandemica uno strumento efficace e rapido per promuovere l’uscita dalle difficoltà e dall’altra di assicurare l’adeguamento della normativa nazionale al regolamento UE 2019/1023 per evitare di esporre lo Stato italiano a procedure di infrazione.

Si è ritenuto che l’applicazione immediata del Codice della Crisi (la cui entrata in vigore era fissata per il 01/9/2021), con l’introduzione della procedura d’allerta esterna ed interna (rispettivamente affidata all’Ag.E. / INPS e all’organo di controllo interno), in questa fase di debolezza del tessuto imprenditoriale colpito dalla pandemia Covid, avrebbe costituito uno strumento eccessivamente “energico” in rapporto alla condizione di precarietà di molti imprenditori al punto da rappresentare per la loro sopravvivenza un pericolo di difficile superabilità che ha suggerito un suo ulteriore differimento.

In questo contesto il Governo, attraverso la Commissione “Pagni”, insediata il 22 aprile di quest’anno dal Ministro di Giustizia Cartabia, si è proposto di perseguire tre obiettivi:

a) Differire l’ingresso del Codice della Crisi (di seguito: CCI) al 16/05/2022 con l’eccezione del titolo II disciplinante l’allerta che entrerà in vigore il 31/12/2023;

b) Anticipare l'applicazione di alcuni moduli più elastici di soluzione della crisi, già presenti nel corpo del CCI, riferiti prevalentemente all'Accordo di Ristrutturazione dei debiti (di seguito: ADR);

c) Prevedere un nuovo strumento definito di "composizione negoziale della crisi" che entrerà in vigore il 15/11/2021, lasciato alla piena disponibilità delle imprese in alternativa al procedimento di "Composizione assistita" previsto nel titolo II del CCI il cui ingresso è legato alla nascita degli OCRI.

In questo contesto divulgativo prenderò in esame il nuovo strumento di cui confido di far conoscere la flessibilità e facilità di accesso al fine di stimolarne la possibilità di impiego.

Lo strumento, come già chiarito, è totalmente libero ed accessibile ad iniziativa dell'imprenditore commerciale e agricolo; **requisito per l'utilizzo** è che il debitore si trovi nella situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rende "probabile la crisi o l'insolvenza".

Il CCII ha dato indicazioni per capire se l'imprenditore si trovi nella condizione richiesta dalla legge: **ha definito la crisi** come la condizione manifestata dall'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate (art 2 a) CCII), mentre **l'insolvenza** è quello stato che si manifesta con inadempimenti o altri fatti esteriori i quali dimostrino che l'imprenditore non è più (in senso definitivo e non episodico) in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Il CCII ha chiarito che sono **indicatori di crisi** gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta, i quali, tenuto conto della data di inizio dell'attività, diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o in ogni caso nei sei mesi successivi.

A propria volta, il concetto di "**continuità aziendale**" è legato alla capacità dell'impresa di costituire un complesso di beni di funzionamento in grado di produrre reddito prospetticamente per i successivi 12 mesi (questo per lo IAS 570).

Altri indicatori di crisi sono dati dalla inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi così come i ritardi nei pagamenti reiterati e significativi sia riguardo ai fornitori che ai dipendenti.

Per la **verifica** dell'esistenza del requisito della crisi o dell'insolvenza è istituita presso il sito di ciascuna C.C.I.A.A. una piattaforma telematica accessibile a tutti gli imprenditori iscritti che offre indicazioni operative per l'eventuale piano di risanamento e un **test pratico** per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento (secondo requisito).

In altre parole lo strumento della Composizione negoziata della crisi è per molti ma non per tutti; ovverosia non è per coloro che hanno superato la soglia della crisi e perduto le possibilità di risanamento: questo dovrebbe indurre i più diligenti ad esperire lo strumento in una fase anticipata di complicazioni finanziarie, aiutando l'imprenditore a sviluppare la sensibilità verso la prevenzione della crisi affrontando un dialogo con i propri creditori al fine di riacquistare rapidamente l'equilibrio finanziario perduto.

In questo percorso la legge affianca all'imprenditore la figura di un "**esperto**" in risanamento nominato da una commissione istituita presso la C.C.I.A.A. composta da un magistrato, un membro designato dalla stessa C.C.I.A.A. e da un membro designato dal Prefetto.

Si coglie in questa scelta l'impronta della **privatizzazione dell'istituto** che opera su un terreno non giurisdizionalizzato ma familiare all'imprenditore qual è quello presidiato dalla Camera di Commercio.

Le trattative non vengono tenute dall'esperto, ma dall'imprenditore con i suoi professionisti; l'esperto ha però il compito di agevolarle e rappresenta una figura arbitrale capace di abbassare la reciproca diffidenza tra le parti o ridurre gli atteggiamenti utilitaristici che possono caratterizzare la condotta dei diversi attori del dialogo, ritardandone o impedendone le soluzioni finali.

L'esperto chiarisce (avendone gli strumenti) che nell'assenza del dialogo ciascuno ha da perdere qualcosa anche in quanto il proprio mandato si consuma in un tempo limitato di 180 gg.

superato il quale solo la volontà comune delle parti può permettere la protrazione del suo incarico.

Le caratteristiche dell'operato dell'esperto sono la **professionalità, la riservatezza, l'imparzialità, l'indipendenza, la competenza**: quelle del confronto tra le parti sono la **buona fede e la correttezza**; l'imprenditore deve rappresentare la propria situazione in modo completo e trasparente e le banche (così ogni altro creditore) sono tenute a partecipare alle trattative in modo attivo ed informato e tutti hanno il dovere di collaborare lealmente e sollecitamente con l'imprenditore e con l'esperto.

Quelle sottolineate sono tutte condotte obbligatorie vere e proprie dalla cui violazione od omissione possono derivare conseguenze dannose fonte di responsabilità che, in caso di fallimento, un curatore può esaminare come ragione risarcitoria ove ritenga (e ne abbia ovviamente le prove) che il comportamento ostruzionistico di taluno abbia impedito il raggiungimento di un accordo vantaggioso per la collettività dei creditori più di quanto si riveli la procedura d'insolvenza.

*Last but not least*, a sottolineare la riservatezza del compito dell'esperto, la legge chiarisce come costui **non possa deporre** sul contenuto delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità.

Quello a cui accedono le parti nella Composizione negoziata della crisi è dunque un terreno neutro nel quale nessuno deve o può avvantaggiarsi a danno dell'altro e tutti sviluppano l'interesse ad una celere e reciprocamente vantaggiosa soluzione della crisi.

A tale riguardo la legge cerca di disinnescare uno dei principali motivi di ritrosia dell'imprenditore ad affidarsi a strumenti di soluzione della crisi negando la revocabilità degli **affidamenti bancari** e chiarendo che nessuno può chiedere la risoluzione o la decadenza dal beneficio del termine dei contratti anche in caso di mancato pagamento dei loro crediti anteriori.

La (terza) condizione perché la procedura si avvii (oltre ai primi due requisiti già ricordati) è che l'esperto all'atto della nomina, una volta acquisite dall'imprenditore e dall'organo di

controllo o dal revisore (ove in carica) le informazioni utili ad esprimere un giudizio, ravvisi **“concrete prospettive di risanamento”**.

Il punto è delicato e costituisce un punto decisivo in quanto, il giudizio sfavorevole dell'esperto sulle “concrete prospettive di risanamento” porta all'archiviazione della procedura da parte del segretario della C.C.I.A.A. a cui l'esperto riferisce.

Al riguardo è ben vero che la situazione dell'impresa proponente può anche essere d'insolvenza (e dunque assai più grave di quella nella quale -nelle intenzioni del legislatore- si dovrebbe trovare il candidato “tipo” dello strumento negoziale), tant'è vero che la legge stessa prevede la sospensione delle domande di fallimento eventualmente depositate nel corso della procedura, tuttavia data la delicatezza dello snodo, dalla decisione dell'esperto potrebbero derivare responsabilità a suo carico per non aver saputo arginare l'abuso dello strumento e per i danni che il ritardo provocato dall'avvio sconsiderato di una procedura, può generare.

Si consideri infatti che l'imprenditore che riesce ad accedere allo strumento, per 120 gg può agire in perfetta autonomia senza limiti nei pagamenti, nell'ordinaria e finanche nelle operazioni di straordinaria amministrazione (salvo una possibile “reprimenda” dell'esperto) operando in una “bolla felice”, assicurato da **misure protettive** che lo pongono al riparo dalle misure esecutive o cautelari e dai tentativi di acquisire diritti di prelazione dei creditori o dalla revoca dei fidi e perfino esentato dall'obbligo di chiedere lo scioglimento per la perdita del capitale sociale.

Dunque, l'attenzione della riflessione dell'esperto che accende disco verde all'impresa insolvente accogliendo la scommessa della sua capacità di risanamento è grande.

Ritengo che l'esperto abbia tuttavia un paracadute nella propria decisione rappresentato dal **“test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento”** messo a disposizione dalla piattaforma ministeriale, discostandosi dal quale, la curva delle possibili responsabilità si impenna pericolosamente.

Il rischio professionale dell'esperto rappresenta dunque il più

elevato freno contro l'abuso dello strumento negoziale della crisi e il più semplice indicatore per l'imprenditore della necessità di ricorrere a strumenti alternativi di argine della crisi-insolvenza quali l'ADR o il Concordato preventivo.

A tale riguardo sarebbe anzi curioso sapere se tra le autorizzazioni alla consultazione delle banche dati di cui agli artt. 492 *bis* c.p.c. e 155 *sexies* d.a. c.p.c. il curatore potrà accedere anche al portale del ministero istituito presso la camera di commercio: infatti se l'indagine portasse ad accertare che l'imprenditore prima del fallimento aveva svolto senza successo il test di risanamento, a costui (alla luce della necessità *ex art.* 2086 c.c. di dotarsi di assetti volti ad avvertire preventivamente i sintomi della crisi) potrebbe essere addebitata la responsabilità del ritardo nell'adozione degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale; di converso data la semplicità di accesso alla piattaforma, anche dalla mancata consultazione in fase di crisi si potrebbero ricavare argomenti per l'attribuzione di responsabilità.

Pertanto in un modo o nell'altro, ritengo che l'intuizione del legislatore di affidare ad un *tool* di facile impiego il compito di dare una prima e facile indicazione di allerta costituisca uno strumento di selezione con cui l'imprenditore dovrà misurarsi aiutandolo ad abbracciare percorsi virtuosi capaci di spingerlo verso scelte preventive, meno influenzate da valutazioni soggettive di irriducibile ottimismo verso la perseguibilità del cammino imprenditoriale.