

Crisi e risanamento n. 48/2021

Appetibilità per l'imprenditore del nuovo istituto della composizione negoziata della crisi: spunti di riflessione

di Alessandro Solidoro – dottore commercialista e revisore legale

Il nuovo istituto della composizione negoziata della crisi affianca all'imprenditore un "esperto" nel campo della ristrutturazione, terzo e indipendente, munito di specifiche competenze, al quale è affidato il compito di agevolare la trattativa con i creditori per il risanamento dell'impresa.

La strada indicata dal Legislatore sembra chiara: riconoscere valore alle esigenze "buone", "di mercato" del soggetto in crisi, a cui viene data l'opportunità di non compromettere ulteriormente le possibilità di restare utilmente sul mercato.

Premessa

Il D.L. 118/2021, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 202 del 24 agosto 2021, ha per prima cosa sancito l'ennesimo rinvio dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (Codice) di cui al D.Lgs. 14/2019 al 16 maggio 2022.

Non solo, ma le disposizioni di cui al Titolo II della parte I del Codice, concernenti le procedure di allerta e la composizione assistita della crisi avanti all'Ocri, sono ulteriormente rinviate al 31 dicembre 2023.

La crisi economica conseguente all'emergenza Covid ha inferto un duro colpo anche alla attesa riforma del diritto fallimentare prevista dal nuovo Codice.

I meccanismi di allerta interna ed esterna previsti dal medesimo Codice e l'estensione delle attività degli Ocri sono diventati da uno strumento virtuoso, idoneo a realizzare l'obiettivo ideale di ogni riforma concorsuale, l'emersione tempestiva della crisi e il contenimento conseguente della misura del danno che essa infligge a tutti gli *stake holders*, a uno strumento destinato ad accelerare l'aggravamento del dissesto, pregiudicando il possibile risanamento dell'impresa e di ristrutturazione del suo debito.

Va preliminarmente osservato che non può non convenirsi sulla logicità degli strumenti e sulla razionalità della sequenza degli interventi posti in essere dal Legislatore per arginare la crisi economica

pandemica, primi tra tutti gli aiuti di tipo finanziario, poi gli interventi di tipo societario, modificando la normativa sulla continuità aziendale e sull'obbligo di ricapitalizzazione, il blocco e proroga dei termini interni delle procedure concorsuali, la proroga degli acconti sui versamenti tributari, la sospensione dei versamenti di Iva, ritenute e contributi, la sospensione dell'attività di riscossione dell'Agenzia delle entrate, le moratorie sui mutui bancari alle imprese, solo per citarne alcuni.

Non vi è però chi non veda che quanto fino a oggi sospeso dovrà necessariamente riprendere il proprio flusso ordinario e che questa mole di costi/pagamenti sospesi acquisterà la natura di debiti scaduti. Allora cosa accadrà?

Non è difficile profetizzare che molte imprese non emergeranno da una insolvenza irreversibile e si avvieranno tristemente a una definitiva chiusura.

Diverse altre si troveranno invece a fronteggiare squilibri finanziari ed economico-patrimoniali non necessariamente destinati a sfociare nell'insolvenza se le imprese saranno messe in grado di disporre di strumenti in grado di analizzare compiutamente in termini quantitativi la situazione in cui versano e di elaborare previsioni sempre di natura economico – patrimoniale e poi finanziarie idonee a identificare un possibile percorso di risanamento aziendale.

La valutazione, ancora una volta, corretta del Legislatore è che le pmi, che rappresentano una gran parte del sistema produttivo nazionale, non posseggono le competenze e gli strumenti necessari per affrontare questa necessaria analisi, né tantomeno per formulare una successiva prognosi.

In questo contesto sommariamente sintetizzato si collocano 2 tipologie di interventi:

1. il nuovo strumento denominato “*composizione negoziata della crisi*”, destinato alla platea più ampia possibile di imprenditori, senza alcun limite discriminante di dimensioni minime e ricomprendendo anche gli imprenditori agricoli;
2. l'anticipazione di alcune disposizioni modificative della Legge Fallimentare, utili ad affrontare la crisi economica in atto, in particolare con riguardo all'articolo [180](#), [182-bis](#) comma 8, [182-quinques](#), [182-septies](#), [182-octies](#), [182-novies](#), [182-decies](#), [186-bis](#) e [236](#), L.F..

Le caratteristiche del nuovo istituto – Una visione dal lato dell'imprenditore in crisi

Prendendo spunto dalla valutazione di difficoltà delle imprese di piccole e medie dimensioni a dotarsi di adeguati strumenti di analisi e di pianificazione, il Legislatore ha scelto 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 la trattativa con i creditori per il risanamento dell'impresa.

Come recita la relazione illustrativa al D.L. 118/2021:

“La presenza dell’esperto non ha dunque 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 e a assicurare i creditori e le altre parti interessate. La figura terza e indipendente dell’esperto, chiamato a verificare costantemente la funzionalità e utilità delle trattative rispetto al risanamento e l’assenza di atti pregiudizievoli per i creditori, conferisce alle trattative un elevato livello di sicurezza ed elimina il dubbio sull’esistenza di possibili atteggiamenti dilatori o poco trasparenti tenuti dalle parti coinvolte. La competenza nelle tecniche di facilitazione richiesta all’esperto agevolerà lo svolgimento di tali funzioni”.

Prima considerazione caratterizzante - La caratteristica di volontarietà

Il percorso della composizione negoziata è esclusivamente di tipo volontario, solo l’impresa può decidere di farvi ricorso.

Si tratta di un percorso che non apre il concorso dei creditori e non causa lo spossessamento del patrimonio dell’imprenditore.

Questi è chiamato a una gestione che non sia pregiudizievole degli interessi dei creditori e resta ovviamente obbligato alle prescrizioni dell’[articolo 2086](#), cod. civ.; egli continua nella propria gestione ordinaria e straordinaria dell’impresa e può proseguire a effettuare pagamenti spontanei ai creditori anche pregressi.

In aggiunta, fintantoché non emerge la necessità di ottenere misure protettive del patrimonio, il percorso della composizione negoziata è completamente riservato.

Non sussiste infatti l’esigenza di ricorrere al Tribunale, visto che le trattative sono “mediate” dalla presenza dell’esperto, che da un lato ha il compito di agevolarle e dall’altro sovrintende l’utilità delle stesse e verifica che non si arrechi inutile pregiudizio ai creditori.

Tale esigenza di intervento giudiziale si appalesa solo nel caso in cui si rendono necessari interventi per la protezione del patrimonio del debitore.

Queste misure protettive si attuano con istanza depositata al Registro Imprese (quindi pubblica). Dalla data di pubblicazione i creditori non possono acquisire diritti di prelazione senza il consenso del debitore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari. Non sono altresì procedibili azioni esecutive, o cautelari nei confronti del debitore, rispetto al quale i creditori non possono neppure rifiutare l’adempimento delle proprie obbligazioni, o risolvere unilateralmente i contratti in corso, motivati solo dal fatto di vantare nei confronti del debitore stesso crediti non soddisfatti.

Il Tribunale è poi chiamato, in apposita udienza fissata su ricorso del debitore, alla conferma di dette misure.

Ulteriore intervento dell'Autorità giudiziaria è regolato nei casi della richiesta di finanziamenti prededucibili, o nell'ipotesi di cessione dei complessi aziendali per assicurare la continuità dell'attività di impresa, così come quando il Tribunale è chiamato a rideterminare il contenuto dei contratti a esecuzione continuata, o periodica, o a esecuzione differita divenuti eccessivamente onerosi per effetto della emergenza economica conseguente alla pandemia Covid-19.

In sintesi, il Legislatore ha inteso incidere su quegli aspetti degli istituti giuridici attuali o prospettici individuati dal Codice che suscitano le maggiori resistenze nelle imprese, impedendo alle stesse di approcciare tempestivamente una crisi economico-finanziaria o, meno tempestivamente, una insolvenza reversibile.

Si è pertanto inciso sui profili della volontarietà, della riservatezza, del minimo coinvolgimento dell'Autorità giudiziaria – limitato all'esercizio di funzioni autorizzative, solo nei casi dove l'autonomia negoziata dall'imprenditore più facilmente può sfociare in abuso o pregiudizio delle ragioni dei creditori pregressi – di un'assistenza professionale di un esperto qualificata terza, indipendente, ma focalizzata alla stipula di accordi con i creditori idonei a consentire il risanamento, senza potere utilizzare le informazioni ottenute dal debitore a danno del medesimo.

Infatti, solo ed esclusivamente nel procedimento che si rende necessario per l'ottenimento dei provvedimenti cautelari a protezione del patrimonio del debitore:

“... L'esperto non può essere tenuto a deporre il contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle sue funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria, né davanti ad altra autorità. Si applicano le disposizioni dell'articolo 200, c.p.p. e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103, c.p.p. in quanto compatibili”.

Seconda considerazione – La semplificazione della procedura

Altro beneficio che l'imprenditore in crisi dovrebbe ricevere dalla composizione negoziale è quello della semplificazione della procedura, da un lato caratterizzata da una naturale relativa informalità del processo negoziale al quale è chiamato a partecipare l'esperto, ma soprattutto, dall'altro lato, contraddistinta da una evidente volontà di standardizzazione dei set documentali e informativi sui quali basare l'analisi della situazione, la redazione del piano di risanamento e la verifica della sua coerenza. A questo giudizio porta la lettura del *“Documento allegato al decreto dirigenziale direttore generale degli affari interni del 28 Settembre 2021, dell'Ufficio legislativo del Ministero della Giustizia”*.

In primo luogo, standardizzazione e semplificazione sono plasticamente identificate della necessità di effettuare un *test* pratico per la verifica della ragionevole utile perseguibilità del risanamento.

Detto *test*, preliminare alla predisposizione di un piano da parte della impresa, mira a valutare la complessità del risanamento, identificata attraverso il rapporto tra le entità del debito da ristrutturare e flussi finanziari annuali liberi da porsi al suo servizio.

Si sottolinea la non coincidenza tra questo strumento e gli indici della crisi previsti dal Codice, in quanto l'obiettivo non è individuare soglie di disequilibrio da cui decorrano gli obblighi di intervento, ma semplicemente la difficoltà del processo di risanamento.

Il presupposto necessario è che le società sia in equilibrio economico – finanziario e quindi generi flussi finanziari annui positivi al servizio del debito.

Se detto presupposto si realizza, il grado di difficoltà del risanamento è rappresentato dal rapporto tra debito da ristrutturare e flussi finanziari liberi, con i seguenti possibili risultati:

- rapporto < 2 = difficoltà contenute;
- rapporto $2 < x \leq 3$ = difficoltà collegata all'esito delle iniziative industriali poste in essere;
- rapporto $3 < x \leq 6$ = difficoltà che inducono a ritenere necessari interventi straordinari, compresa la possibile cessione dell'azienda;
- rapporto $x > 6$ = difficoltà che impongono forti elementi di discontinuità gestionale.

Tuttavia, l'attesa unicità e chiarezza assoluta della indicazione che si dovrebbe ottenere dal *test* non si realizza in concreto, dal momento che lo stesso si fonda principalmente sui dati di flusso a regime che possono corrispondere, alternativamente e a scelta dell'imprenditore, a quelli correnti, ovvero derivare dall'esito delle iniziative industriali in corso di attivazione, o che l'imprenditore intenda adottare.

Ben si comprende come la qualità di elaborazione del dato atteso, ove si opti per la seconda soluzione sopra prospettata, incide in maniera decisiva sul risultato del *test* e sulla sua attendibilità.

Ove poi si passi alla *check-list* particolareggiata per la redazione del piano di risanamento e per le analisi della sua coerenza, si vede che il *set* informativo richiesto all'imprenditore (tipico delle *best practices* del settore) è molto articolato e analitico, nonché mirato alla identificazione:

- del requisito della (adeguata) organizzazione della impresa;
- della corretta rilevazione della situazione contabile e dell'andamento corrente;
- della individuazione delle strategie di intervento atte a rimuovere le cause della crisi;
- della proiezione dei flussi finanziari;
- della modalità di risanamento del debito.

Vengono individuati complessivamente 56 punti di analisi e di verifica, di cui solo 7 sono affidati all'esperto e i restanti 49 gravano tutti in capo all'imprenditore.

Questo dato, ovviamente significativo solo in prima approssimazione non tenendosi conto della diversa complessità/onerosità dei diversi accertamenti o verifiche da condursi, dà tuttavia il convincimento che da un lato la responsabilità della costruzione del processo di risanamento resti fundamentalmente in capo all'imprenditore e che, dall'altro, quest'ultimo difficilmente potrà affrontarlo con la propria struttura organizzativa affiancato dal solo esperto, eventualmente assistito dai suoi coadiutori.

Ad avviso di chi scrive, tenuto conto della struttura organizzativa dei piccoli e medi imprenditori nazionali è pressoché impossibile che l'imprenditore in crisi affronti la composizione negoziale senza l'assistenza di un professionista specializzato nella redazione dei piani economico – finanziari e nel loro monitoraggio. Tale presenza risponderebbe a una logica di efficienza della procedura, consentendo all'esperto non certo di spogliarsi delle proprie attribuzioni di verifica critica circa il piano e le sue effettive funzionalità allo sdebitamento, ma di interloquire con maggior efficacia con un altro professionista e consentendo all'esperto stesso una più ampia focalizzazione sulla negoziazione con i creditori.

Terza considerazione – La velocità del procedimento

Ulteriore punto di rilievo per misurare la concreta idoneità dell'istituto a sortire gli effetti sperati, ovvero di fare in modo che l'imprenditore in crisi si attivi tempestivamente per la sua soluzione con l'aiuto di un esperto, è valutare quale sia la velocità del processo di composizione.

Infatti, è esperienza diffusa tra gli operatori professionali che i tempi necessari oggi per la soluzione negoziata della crisi d'impresa siano troppo lunghi, tanto da minare concretamente la praticabilità delle soluzioni prospettate dall'imprenditore e dai suoi *advisors*.

Si ha addirittura la sensazione che spesso i creditori qualificati, come il ceto bancario, individuino nello scorrere del tempo l'effettivo modo di misurare la sostenibilità di una realtà imprenditoriale, come a dire che, al di là di quanto prospettato dall'imprenditore e attestato dall'esperto, solo la resilienza effettiva dell'impresa nel corso del lunghissimo periodo di negoziazione – spesso compreso tra uno e due anni – sia il vero *test* di realizzabilità del piano.

Si tratta evidentemente di una visione miope. Il tempo senza interventi programmati sul debito modifica le condizioni di realizzabilità del piano con i risultati, a tutti noti, di quasi immediati *breach* dei *convenants* e, nei casi più gravi, dell'innescarsi di una successione di procedure in capo allo stesso imprenditore nell'arco di pochi anni.

La composizione negoziata coglie questo aspetto critico.

Infatti, salvo una chiusura anticipata per il venir meno della concreta possibilità di risanamento e/o al contrario per il successo delle trattative, il termine per esaurire le trattative stesse è fissato in 180 giorni dall'accettazione della nomina da parte dell'esperto.

Purtroppo, deve essere notato che detto termine non è perentorio. Infatti, può essere prorogato se tutte le parti e l'esperto stesso concordano sulla necessità di un maggior termine.

In più, per valutare l'effettiva velocità del procedimento, occorre considerare a quale delle conclusioni possibili del processo si è pervenuti.

Nulla quaestio se la procedura si chiude in maniera definitiva, ovverosia con la:

- conclusione di un contratto con uno o più creditori che produce gli effetti di cui all'[articolo 14](#), D.L. 118/2021 se, secondo la relazione dell'esperto è idoneo ad assicurare la continuità aziendale per un periodo non inferiore a 2 anni;
- conclusione di una convenzione di moratoria ex [articolo 182-octies](#), L.F.;
- conclusione di un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto che produce, senza necessità di attestazione, gli effetti di cui all'[articolo 67](#), L.F..

Altrettanto pacifica è la durata del procedimento di negoziazione se essa si conclude con il ricorso a una procedura disciplinata dalla Legge Fallimentare, o dal D.Lgs. 270/1999, o dalla L. 39/2004, oppure con il nuovo istituto del concordato semplificato.

Qualche perplessità invece è legittima ove l'esito del procedimento di negoziazione assistita sia la predisposizione di un piano attestato ex articolo 67, comma 3, lettera d), L.F., o la richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi degli articoli [182-bis](#), [182-septies](#), [182-novies](#), L.F..

In detti casi, infatti, non è necessario che l'accordo sia stato perfezionato, ma è possibile, se le parti lo autorizzano, che si dia conto della mera puntuazione (*term-sheet*) sulla quale sia stato manifestato il consenso.

Resta confinato in un limbo di incertezza, che ad avviso di chi scrive mina l'efficacia dello strumento sotto il profilo del contenimento dei tempi di ristrutturazione, sia il livello di cogenza del *term-sheet*, sia la sua durata di esecuzione.

Se tale perplessità risultasse confermata, il rischio che la composizione negoziata risulti una ulteriore tappa di un lungo processo negoziale di ristrutturazione del debito apparirebbe concreto.

Quarta considerazione – Le misure premiali

Ultimo profilo che si ritiene necessario affrontare per valutare l'appetibilità del nuovo strumento negoziale per l'imprenditore e quindi provare a comprendere quale possa esserne il concreto utilizzo è quello delle misure premiali.

Le misure premiali sono previste dall'[articolo 14](#), D.L. 118/2021 e riguardano specificatamente i debiti tributari.

Innanzitutto, le sanzioni tributarie per le quali è prevista l'applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine sono ridotte alla misura minima se il termine di pagamento scade dopo la presentazione dell'istanza di accesso alla composizione.

Le altre misure agevolative dipendono dall'esito della composizione.

Gli interessi sono ridotti al tasso legale per la durata della procedura se la composizione si chiude con il contratto con i creditori che assicuri la continuità aziendale per almeno 2 anni, ovvero con una moratoria, ovvero con accordo con i creditori sottoscritto anche dall'esperto al posto del piano attestato o accordo di ristrutturazione anche a efficacia estesa o agevolata.

In caso di successivo fallimento o accertamento dello stato di insolvenza le riduzioni commentate vengono meno.

Le sanzioni e gli interessi sorti prima dell'accesso alla composizione sono dimezzati nelle ipotesi di conclusione previste dall'[articolo 11](#), commi 2 e 3, D.L. 118/2021, cioè accordo di ristrutturazione, piano attestato, concordato semplificato, concordato preventivo, accordo di ristrutturazione, fallimento o amministrazione straordinaria.

Un ulteriore beneficio è rappresentato dalla rateazione fino a 72 rate mensili delle somme dovute e non versate a titolo di imposte sul reddito, ritenute alla fonte, Iva e Irap, non ancora iscritte a ruolo.

Questo bonifico spetta se la conclusione della negoziazione è:

- a) un contratto tra imprenditore e uno o più creditori con una prospettiva di continuità aziendale, validato dall'esperto di almeno 2 anni;
- b) un accordo tra imprenditore, creditori ed esperto con gli effetti di un piano attestato.

Ultimo profilo fiscale che merita di essere menzionato è che dalla pubblicazione nel Registro Imprese del contratto, dell'accordo o degli accordi di ristrutturazione, si applicano l'[articolo 88](#), comma 4-ter, Tuir in materia di sopravvenienze attive e l'[articolo 101](#), comma 5, Tuir in materia di perdite su crediti. Limitato invece il contenuto premiale di tipo penalistico, non rendendosi applicabili le disposizioni in materia di bancarotta semplice o preferenziale in relazione agli atti e ai pagamenti effettuati nel corso

della negoziazione, a condizione che siano coerenti con l'andamento delle trattative e delle prospettive di risanamento.

Conclusioni

Lo sforzo del Legislatore di avvicinarsi all'imprenditore e cogliere le sue esigenze legittimamente tutelabili nel quadro della risoluzione di una crisi di impresa è rilevante.

Alcuni temi considerati di ostica trattazione, come "l'allergia" alle soluzioni giudiziali, il ruolo del Tribunale, il ricorso ad ambiti più privatistici, l'esistenza di un esperto professionale, la riservatezza delle trattative sono stati affrontati senza pregiudizi e cercando di temperare gli stessi con una adeguata tutela del ceto creditorio.

La procedura, pur non essendovi espressamente riservata, è tuttavia chiaramente destinata alle imprese in crisi, piuttosto che a quelle insolventi. In questa direzione depone anche l'assenza di misure premiali che contemplino stralci significativi nei confronti del creditore Erario, così come una salvaguardia penale limitata agli atti endoprocedurali.

La strada indicata dal Legislatore sembra chiara: riconoscere valore alle esigenze "buone", "di mercato" dell'imprenditore in crisi, a cui viene data la possibilità di non compromettere ulteriormente le possibilità di restare utilmente sul mercato, senza tuttavia mettere a disposizione dello stesso, strumenti nuovi e agevolati per lo stralcio del debito - tolto il concordato semplificato che però torna con l'omologa sotto il controllo dell'Autorità giudiziaria.

In sintesi, se si è in situazione di insolvenza, le strade da seguire rimangono quelle preesistenti all'ultimo intervento normativo.

In ordine all'effettiva portata delle semplificazioni, della standardizzazione di prassi e della velocizzazione dei tempi, il giudizio di chi scrive resta sospeso, in parte perché la oggettiva complessità e varietà delle situazioni di crisi è un ostacolo oggettivo a una soluzione che non sia adeguatamente personalizzata e in parte perché, sotto il profilo dei tempi della procedura, una scelta più decisa per limitare i tempi di negoziazione avrebbe aiutato imprenditori, professionisti, esperti e creditori a dare maggiore incisività e concretezza alla propria azione; fattori questi che si traducono naturalmente in una maggiore efficacia del processo di risanamento e di composizione del debito.