

LE NUOVE LEGGI CIVILI COMMENTATE

RIVISTA BIMESTRALE
ANNO XLVII

fondata da
GIORGIO CIAN
ALBERTO MAFFEI ALBERTI
PIERO SCHLESINGER

3/2024

 edicolaprofessionale.com/NLC

Direzione:

G. Balena, M. Campobasso, M. Cian, G. De Cristofaro,
M. De Cristofaro, F. Delfini, G. Guerrieri, M. Meli,
S. Menchini, E. Minervini, S. Pagliantini, D. Sarti

Redattore capo:

A. Finessi

Data Governance Act

Disciplina delle opere fuori commercio

**Brevetto europeo ad effetto unitario e corte unificata
dei brevetti**

Risarcimento del danno per violazioni del GDPR

**Trascrizione di domande giudiziali e coordinamento
con il sistema tavolare**

**Prodotti pericolosi e rimedi esperibili
dall'acquirente-consumatore**

La crisi della composizione negoziata

Euro digitale e corso legale della moneta

La nuova dir. 2023/2225/UE sul credito al consumo



Wolters Kluwer

MARIA CONSIGLIA DI MARTINO
Professoressa nell'Università della Campania "Luigi Vanvitelli"

LA CRISI DELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA

SOMMARIO: 1. L'introduzione della composizione negoziata della crisi. – 2. Il carattere spontaneo della composizione negoziata. – 3. La collocazione stragiudiziale dell'istituto. – 4. *Segue*: la posizione dell'esperto rispetto alla gestione aziendale. – 5. Spunti di riflessione: analisi empirica, di bilancio e predittiva.

1. *L'introduzione della composizione negoziata della crisi.*

A partire dalla riforma del diritto fallimentare del 2005, il legislatore nazionale si è posto l'obiettivo di promuovere una rapida emersione e gestione delle situazioni di crisi aziendale, al fine di incrementare le possibilità di ripristino dell'equilibrio economico-finanziario e di ridurre le ipotesi di perdita di valore delle imprese ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ La stessa esigenza di tempestività è stata avvertita e sospinta in ambito comunitario: sin dalla racc. della Commissione Europea del 12 marzo 2014, n. 135, su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, [sulla quale, v. JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione Europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fall.*, 2015, p. 1070 ss.; LO CASCIO, *Il rischio d'insolvenza: le nuove frontiere europee*, *ivi*, 2014, p. 733 ss.; MACRÌ, *La raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza. Un commento a prima lettura*, *ivi*, p. 2014, 393; PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE n. 848/2015 sulle procedure d'insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 537 ss.], passando per il reg. UE 2015/848, che ha sostituito il Reg. 2000/1346 sui procedimenti d'insolvenza [BARIATTI e CORNO, *Il Regolamento (Ue) 2015/848 del parlamento europeo e del consiglio del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione). Una prima lettura*, in *www.ilfallimentarista.it*, p. 1 ss.; DE CESARI, *Il Regolamento 2015/848 e il nuovo approccio all'insolvenza*, in *Fall.*, 2015, p. 1028; MONTELLA, *L'ambito di applicazione del Regolamento 2015/848*, in DE CESARI e MONTELLA (a cura di), *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa, il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure d'insolvenza*, Torino, 2017, p. 15 ss.] e, infine, con la dir. 2019/1023/UE (c.d. Direttiva Insolvency), il legislatore comunitario ha sostenuto e favorito la "cultura dell'allerta", tradotta nell'impulso affinché gli stati membri prevedano strumenti idonei ad individuare ed anticipare quanto più possibile l'intervento di risoluzione della crisi di impresa. L'idea di fondo è quella che il successo di un risanamento aziendale dipende da quando l'azione viene intrapresa: solo le iniziative prese ai primi segnali di crisi possono aspirare al ritorno all'equilibrio finanziario dell'impresa e, nondimeno, solo la previsione di opportuni incentivi può persuadere l'im-

Tale intento legislativo si è tradotto in un frastagliato e pervasivo intervento di riforma che – sotto il profilo dell’agire tempestivo – è culminato con l’introduzione della composizione negoziata della crisi ad opera del d.l. 24 agosto 2021, n. 118 (convertito nella l. 21 ottobre 2021, n. 147); misura, questa, che – dopo appena un anno di vita – è confluita con (lievi) modifiche nel Codice della crisi (ad opera del d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83), in sostituzione della composizione assistita⁽²⁾.

Come noto, infatti, quest’ultima procedura, originariamente prevista nel Titolo II (parte prima) del Codice della crisi, era da più parti criticata: la presenza di tre componenti dell’OCRI sembrava eccessiva, a causa dei costi che comportava a carico dell’imprenditore in crisi; le misure protettive e cautelari, nonché le relative modalità di concessione, apparivano troppo rigide⁽³⁾; i meccanismi di allerta esterna e interna erano visti come il frutto della sfiducia legislativa sull’auto-responsabilità dell’imprenditore nella gestione dell’impresa in crisi⁽⁴⁾; l’intera procedura si innestava, tra l’altro, su

prenditore ad avviare precocemente un processo di ristrutturazione. Al riguardo, cfr., anche, ARMELI, *Insolvenza, ristrutturazione e sgravio dei debiti: la proposta di Direttiva*, in *www.iffallimentarista.it*, 16 maggio 2017, p. 1 ss.; PANZANI, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fall.*, 2017, p. 129 ss.; STANGHELLINI, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, *ivi*, 2017, p. 873 ss.; PACCHI, *La ristrutturazione dell’impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. fall.*, 2019, I, p. 1259 ss.; VELLA, *La spinta innovativa dei quadri di ristrutturazione preventiva europei sull’istituto del concordato preventivo in continuità aziendale*, in *www.ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it*, 2 gennaio 2022, p. 1 ss.; in prospettiva comparatistica, ROTARU, *The Restructuring Directive: a functional law and economics analysis from a French law perspective*, September 30, 2019, available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3461716>, p. 1 ss.

⁽²⁾ Sebbene il nuovo Codice (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14) sia entrato in vigore solo il 15 luglio 2022, a mente del comma 2° dell’art. 389 c.c.i.i. sono già entrate in vigore il «trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale» del d.lgs. n. 14 del 2019 una serie di norme che hanno novellato il Codice civile (artt. 371, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384 c.c.i.i.), il Testo unico sulle spese di giustizia (art. 366 c.c.i.i.), nonché il d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, in materia di garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (artt. 385, 386, 387, 388), definendo anche le modalità di certificazione dei debiti contributivi e tributari (artt. 363 e 364 c.c.i.i.).

⁽³⁾ Cfr. quanto stabilivano gli artt. 24 e 25 c.c.i.i. Infatti, il comma 1° dell’art. 24 prevedeva che l’iniziativa del debitore non era tempestiva se l’istanza per la composizione tempestiva della crisi veniva avanzata oltre il termine di tre mesi dal verificarsi di determinati eventi sintomatici della gravità della crisi (indicati dallo stesso art. 24). La tempestività che, su richiesta dello stesso debitore, poteva essere attestata dal Presidente del Collegio degli esperti dell’OCRI, consentiva poi di accedere alle misure premiali fissate dal successivo art. 25.

⁽⁴⁾ L’accesso alla composizione assistita poteva discendere da segnalazioni *i)* dell’organo di controllo societario, del revisore contabile e delle società di revisione; ovvero *ii)* di alcuni prestatori qualificati, come l’Agenzia delle Entrate e gli enti previdenziali. In merito alle segnalazioni endo-societarie, era chiesto di avvisare immediatamente l’organo gestorio di

una nozione di crisi definita dall'art. 2, comma 1°, lett. *a*, c.c.i.i. come stato di squilibrio economico-finanziario, ossia come insufficienza di flussi di cassa prospettici a soddisfare le obbligazioni assunte, ricomprendendo situazioni di illiquidità che avevano colpito la maggior parte delle imprese nel periodo della pandemia da Covid 19⁽⁵⁾. Più di tutte, poi, era guardata con perplessità la previsione che in caso di insuccesso della composizione assistita, il fascicolo venisse trasmesso al p.m. per la successiva istanza di ammissione alla liquidazione giudiziale⁽⁶⁾: così, l'inarrestabile sequenza "allerta-composizione assistita-procedura concorsuale (in caso di *no deal*)" si era tradotta in un pericoloso deterrente all'accesso alla misura⁽⁷⁾.

In breve, l'intero sistema della composizione assistita appariva fortemente burocratizzato e *creditor oriented*⁽⁸⁾, col rischio che anziché favorire

fondati indizi della crisi, consistenti nel superamento di alcuni parametri finanziari (es. indice di liquidità, di rotazione di magazzino e leva finanziaria), con soglia di allarme individuata dal legislatore delegato. Qualora non vi fosse stata risposta da parte degli amministratori, o in caso di risposta insoddisfacente, sindaci e revisori erano tenuti ad avviare una procedura di allerta e composizione assistita – coordinata da appositi Organismi di composizione della crisi (OCRI) incardinati presso le Camere di commercio – a pena di responsabilità civile per le conseguenze pregiudizievoli che fossero derivate dall'inerzia. Invece, la segnalazione formulate dai creditori qualificati – in presenza di alcuni rilevanti inadempimenti – era propedeutica all'assunzione di opportuni provvedimenti (come una soluzione concordata ovvero l'estinzione del debito). Qualora l'imprenditore non si fosse attivato entro tre mesi dalla segnalazione, veniva costretto ad inserirsi in una procedura di allerta e composizione, supervisionata dagli Organismi di composizione della crisi. Inoltre, in caso di inerzia dei creditori era prevista una sanzione consistente nella perdita dei privilegi che assistevano le loro pretese. In entrambi i casi, l'intento legislativo era quello di favorire l'emersione e la gestione delle difficoltà, con regole "rigide" che portassero ad una soluzione conciliativa in sei mesi. Peraltro, in caso non si fossero individuate misure idonee a superare la crisi e fosse proclamato lo stato di insolvenza, l'Organismo era tenuto a darne notizia al pubblico ministero, per l'eventuale avvio del procedimento di liquidazione. Sullo stretto legame tra le procedure di allerta e di composizione assistita, cfr. NIGRO e VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Torino, 2021, p. 92.

Sul punto, v. CASONATO, *Allerta interna, allerta esterna e tecnocrazia della crisi d'impresa*, in *Dir. fall.*, 2019, p. 390.

⁽⁵⁾ Cfr. CARATTA, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione 'anticipate' nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2020, p. 267.

⁽⁶⁾ Sul punto, F. PASQUARIELLO, *Note generali. La gestione dell'impresa*, in IRRERA e CERRATO (diretto da), *La crisi dell'impresa e le nuove misure di risanamento, d.l. 118/2021 conv. in l. 147/2021*, coordinato da F. Pasquariello, Bologna, 2022, p. 14, alla quale si deve anche il riferimento alla "sequenza" indicato in testo.

⁽⁷⁾ In particolare, la segnalazione al p.m. (ex art. 22, comma 1°, c.c.i.i.) era prevista in caso di: omessa collaborazione nel termine di novanta giorni (salvo proroga) concesso ai sensi dell'art. 19, comma 1°, c.c.i.i.; mancata comparizione del debitore; mancata istanza di composizione assistita, nel caso in cui l'OCRI non avesse archiviato le segnalazioni di allerta; mancata domanda di accesso a procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, in caso di insuccesso delle trattative di cui all'art. 21 c.c.i.i. ed entro i trenta giorni assegnati.

⁽⁸⁾ Cfr., sulle insidiose caratteristiche della composizione assistita, tra molti, DESANA,

la tempestiva emersione della crisi per agevolare la risoluzione, si traducesse in un disincentivo in grado di allontanare la realtà dall'esito sperato.

A questi inconvenienti è stata chiamata a rispondere la composizione negoziata della crisi. A differenza della composizione assistita, infatti, quella negoziata non rappresenta un "trampolino" verso la liquidazione giudiziale, visto che può essere archiviata (finanche per assenza di presupposti o per mancato accordo) senza che ne discendano conseguenze automatiche; non innesca un'endiade tra l'azione del debitore e le segnalazioni interne dell'organo di controllo (possibili solo ove presente) ed esterne dei creditori qualificati (rivolte all'imprenditore e, ove esistente, all'organo di controllo interno)⁽⁹⁾; prevede la nomina di un solo professionista facilitatore delle trattative, con notevole risparmio di spese a carico dell'impresa; amplia la possibilità di accesso alla misura a qualunque imprenditore che "si trova in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza" (art. 12, comma 1°, c.c.i.i.)⁽¹⁰⁾.

In effetti, i tratti distintivi del nuovo istituto sono stati delineati proprio con l'intento di superare le principali problematiche riscontrate nel suo precedente normativo. E sebbene l'obiettivo sia stato centrato⁽¹¹⁾, risulta sorprendente che, a distanza di circa due anni dalla sua entrata in vigore, l'adozione della composizione negoziata della crisi rimanga ancora limitata, con una differenza delle istanze presentate tra regioni del nord e del sud; tra impresa individuale e societaria; tra società di capitali e

Le misure di allerta tra vecchio e nuovo diritto della crisi: la tela di Penelope, in <https://ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it>, p. 1 ss.; LUCIANO, *Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi» e governo delle società per azioni*, in *Riv. dir. soc.*, 2021, p. 368 ss.; RANALLI, *La riforma della crisi d'impresa. Dalla preallerta sino all'istanza al tribunale passando attraverso le procedure di composizione assistita. I presidi organizzativi e le regole di governo previste dalla riforma*, 2018, disponibile su www.osservatorio-oci.org, p. 1 ss.; ID., *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità*, 2017, in www.il-fallimentarista.it, p. 1 ss.; e, sugli interventi normativi e la loro entrata in vigore, v. AMBROSINI, *Il (doppio) rinvio del cci: quando si scrive "differimento" e si legge "ripensamento"*, in <https://ristrutturazioniaziedali.ilcaso.it>, p. 3 ss.

⁽⁹⁾ Sulle comunicazioni delle banche e degli altri intermediari finanziari, cfr. PISANI, *Prime riflessioni su banche e composizione negoziata*, in CESARINI e BECCALLI (a cura di), *Prospettive del credito per una ripresa sostenibile*, Bologna, 2024, p. 101 ss.; CRIVELLARI, *Un nuovo ruolo per le banche nella composizione negoziata della crisi d'impresa*, *ivi*, p. 131 ss.

⁽¹⁰⁾ Sulla nozione di crisi all'esito degli interventi correttivi al Codice, v. DE LUCA, *Insolvenza e crisi. Dalla relazione di continenza alla definizione di un rischio "più probabile che non"*, in M. CAMPOBASSO e DI MARTINO (a cura di), *La gestione della crisi*, Napoli, in corso di pubblicazione, consultato per gentile cortesia dell'Autore.

⁽¹¹⁾ Su alcune delle difficoltà superate dalla disciplina della composizione negoziata della crisi si tornerà nel prosieguo. E, in particolare, v. §§ 2 e 3.