

CRISI D'IMPRESA

L'IMPRENDITORE E L'ESPERTO NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI: DICOTOMIA O ENDIADI?

MARCO GREGGIO

Avvocato del Foro di Padova

1. IL DUALISMO TRA IMPRENDITORE ED ESPERTO.

All'indomani dell'entrata in vigore dell'istituto della composizione negoziata della crisi (lo scorso 15 novembre), introdotto con il d.l. 118/21 (convertito con legge n. 147/21), si registrano già varie richieste di intervento dell'Autorità giudiziaria per la conferma delle misure protettive previste dall'art. 6 e finanche le prime pronunzie intervenute al riguardo.¹

In ogni caso, il ricorso al nuovo istituto rischia di incrementare sempre più nel primo semestre del 2022, allorché – esauriti gli interventi pubblici di sostegno previsti dai decreti emergenziali – lo stato di crisi delle c.d. *zombie firms* è destinato, inevitabilmente, a venire alla luce. Al riguardo si veda il recente *paper* di Banca d'Italia del novembre 2021², che analizza come il numero delle imprese *zombie* – stimato alla fine del 2019 in circa il 3-5% delle società esistenti – sia destinato post Covid-19 ad aumentare significativamente. Cruciale per la virtuosa applicazione dell'istituto risulta il **rappporto tra l'imprenditore e l'esperto durante la fase delle trattative**. Rapporto nella composizione negoziata che può essere metaforicamente rappresentato come un **Giano Bifronte**, la divinità dell'antica Roma degli inizi e del cambiamento da cui, peraltro, deriva la propria etimologia il mese di gennaio (*Januarius*) che apre le porte del nuovo anno; dio raffigurato con due volti, uno che guarda al futuro e l'altro al passato.

La (necessaria) **dualità** tra l'imprenditore e l'esperto dovrà essere composta in unità (*e pluribus unum*) per una virtuosa applicazione dell'istituto; le due teste (esperto/imprenditore) dell'istituto, che hanno ruoli e funzioni diverse, dovranno fattivamente collaborare per la riuscita delle trattative, dialogare e capirsi; il passato, a cui naturalmente tende l'imprenditore in crisi (memore dei "bei tempi antichi") dovrà coniugarsi con il futuro, cui dovrà guardare l'esperto (analizzando il *business plan* e le prospettive di continuità aziendale e di risanamento); al vecchio, dovrà sostituirsi il nuovo, in un'ottica di cambiamento e *turnaround*.

Per fare ciò è necessario un **cambio culturale** di non poco momento, sia imprenditoriale che professionale:

- **imprenditoriale**, affinché gli imprenditori non guardino con diffidenza i professionisti che rivestono il ruolo degli esperti (come spesso accade nelle procedure disciplinate dalla legge fallimentare), ma li considerino quasi al pari di "ausiliari" dell'impresa il cui compito è *aiutare* l'imprenditore stesso a uscire dalle sabbie mobili della crisi;
- **professionale**, in quanto l'esperto non è (e deve capire di non essere) un curatore o un commissario giudiziale.

Sarà quindi necessario formare dei professionisti con una nuova *forma mentis*, diversa da quella di veri e propri *undertakers*, vicini (e non ostili) all'impresa, preparati nel campo della continuità aziendale (e non esperti della sola discontinuità e liquidazione dei beni), considerato che – allo stato – la figura dell'esperto come descritta nel d.l. pare più esistere nella mente del legislatore che nel mondo dei professionistesperti della materia.

2. IL RAPPORTO TRA LE DUE "TESTE" E IL PRINCIPIO DI BUONA FEDE.

Il principio su cui si fonda il rapporto esperto/imprenditore è che il primo *non* si sostituisce al secondo. L'imprenditore mantiene la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa (art. 9, comma 1).

D'altronde la stessa Relazione illustrativa al d.l. 118/21 specifica come "*l'istanza di nomina dell'esperto non apre il concorso dei creditori e non determina*

alcuno spopolamento del patrimonio dell'imprenditore"³.

Affiancandosi all'imprenditore, l'**esperto** viene nominato per (cercare di) perseguire il risanamento dell'impresa; a tal fine, **agevola le trattative** tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, onde individuare una soluzione per il superamento della situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza (art. 2, comma 1). L'esperto **assiste** l'imprenditore nel dialogo con i creditori e le altre parti interessate per tutta la durata della procedura di composizione negoziata: la sua figura, in forza della *terzietà* ed *indipendenza* dovrebbe fornire ai creditori e alle parti interessate un maggiore affidamento sull'assenza di intenti dilatori o poco trasparenti dell'imprenditore in crisi, essendo chiamato a verificare (i) la funzionalità delle trattative rispetto al risanamento e (ii) l'assenza di atti pregiudizievoli per i creditori.⁴

In generale, il rapporto tra l'imprenditore e l'esperto, al pari del rapporto con tutte le parti coinvolte nelle trattative, dovrà essere improntato ai principi di **buona fede e correttezza**. Trattasi del canone previsto dagli articoli 1175 e 1137 del codice civile: vera e propria "**clausola generale**" di comportamento delle parti nelle trattative e nel percorso di composizione negoziata in generale. Nell'applicare tale principio, in particolare, da un lato **l'imprenditore** ha il dovere di rappresentare la propria situazione all'esperto - oltre che ai creditori e agli altri soggetti interessati - in modo **completo e trasparente**, fornendogli tutte le **informazioni** utili o necessarie all'espletamento del proprio incarico (laddove tra le "informazioni" v'è da ricomprendere anche tutta la documentazione richiesta dall'esperto), nonché di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori (comma 5). Dall'altro lato, **l'esperto** dovrà operare in modo professionale, riservato, imparziale e indipendente (art. 4): ciò dovrebbe essere garanzia per l'imprenditore che le informazioni date all'esperto non siano utilizzate impropriamente e fuoriescano dal perimetro della composizione negoziata. Lo stesso Decreto dirigenziale del Ministero della giustizia emanato in data 28.9.21 (il "Decreto dirigenziale") precisa (art. 8.4) che l'esperto "*salvo consenso della parte dichiarante o dalla quale provengono le informazioni, è tenuto alla riservatezza rispetto alle dichiarazioni rese e alle informazioni acquisite durante le trattative*"⁵.

3. I DOVERI DELL'IMPRENDITORE IN PENDENZA DELLE TRATTATIVE.

Per evitare che la dualità del rapporto imprenditore/esperto diventi un ossimoro, il d.l. 118 disciplina partitamente alcuni aspetti riguardanti il rapporto tra l'imprenditore e l'esperto, imponendo precisi **doveri**.

Ove risulti nel corso della composizione negoziata che l'impresa è insolvente, ma sussistono concrete prospettive di risanamento, l'impresa deve essere gestita nel prevalente interesse dei creditori (art. 9, comma 1, secondo periodo). A tal riguardo il Decreto dirigenziale precisa che (articolo 7.5) "*non vi è di norma pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della*

³ La composizione negoziata non va annoverata tra le procedure concorsuali: cfr. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, www.ilcaso.it, 23 agosto 2021.

⁴ Sul ruolo dell'esperto cfr. RIVA, *Ruoli e funzioni dell'esperto facilitatore*, in *Ristrutturazioni Aziendali* www.ilcaso.it, 30 settembre 2021.

⁵ Sempre nell'ottica della riservatezza, l'esperto potrà redigere un "sintetico verbale" degli incontri con l'imprenditore e le parti interessate, contenente l'elenco (non il contenuto) della documentazione trasmessa (art. 8.5 del Decreto dirigenziale) e, "in ogni caso l'esperto non è 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" (salvo quanto previsto dall'articolo 7, comma 4).+

¹ Trib. Brescia, 2 dicembre 2021, est. Pernigotto, in www.dirittodellacrisi.it.

² Ci si riferisce al *paper* di Banca d'Italia n. 650 del novembre 2021, *Zombie firms and the take-up of support measures during Covid-19*, a cura di M. Pelosi, G. Rodano e E. Sette.

L'IMPRENDITORE E L'ESPERTO NELLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI: DICOTOMIA O ENDIADI?

SEGUE DA PAGINA 16

composizione negoziata ci si attende un margine operativo lordo positivo, al netto delle componenti straordinarie, o quando, in presenza di margine operativo lordo negativo, esso sia compensato dai vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale (ad esempio, attraverso un miglior realizzo del magazzino o dei crediti, il completamento dei lavori in corso, il maggior valore del compendio aziendale rispetto alla liquidazione atomistica dei beni che lo compongono). Con le trattative in corso e ancora sussistendo concrete prospettive di risanamento, la gestione, in caso di insolvenza, dovrà avvenire nel prevalente interesse dei creditori."

L'imprenditore dovrà dunque agire in un'ottica conservativa: si tratta pertanto dello stesso dovere già vigente in presenza di una causa di scioglimento della società (artt. 2446, 2447, 2482-bis, 2482-ter, 2484 c.c.).

Il comma 2 dell'art. 9 dispone che l'imprenditore debba **informare preventivamente l'esperto** del compimento di atti di straordinaria amministrazione, nonché dell'esecuzione di pagamenti che non siano coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento. A tal fine il Decreto dirigenziale precisa (articolo 7.2) che "è opportuno che l'esperto, nel corso del primo incontro, faccia presente all'imprenditore che, con preavviso adeguato, deve informarlo preventivamente **per iscritto e tramite la Piattaforma Telematica** quando intenda porre in essere atti di straordinaria amministrazione e tutte le volte che i pagamenti che intende eseguire possano non risultare coerenti con l'andamento delle trattative e le prospettive di risanamento. A tal fine è opportuno che l'esperto indichi i **tempi** in cui l'informativa dovrà intervenire". In ogni caso è certamente auspicabile che l'imprenditore coinvolga *ab ovo* i propri consulenti nel rapporto con l'esperto, per instaurare una fattiva **interlocuzione** volta ad evitare da un lato il compimento di atti non consentiti dalla norma, dall'altro le relative conseguenti responsabilità. Difficile, anche per tale verso, ipotizzare per il debitore l'accesso ad una composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa senza l'assistenza di un professionista di fiducia durante tutto il "percorso" della composizione negoziata.

4. I DOVERI DELL'ESPERTO.

Nella fase delle trattative l'esperto ha precisi doveri in relazione agli atti che l'imprenditore sta per compiere. Anzitutto **deve segnalare per iscritto – e attraverso la Piattaforma Telematica** (meglio descritta nella Sezione 5 del Decreto dirigenziale) - all'imprenditore e all'organo di controllo (se nominato) l'atto che ritiene possa arrecare pregiudizio (i) ai creditori, (ii) alle trattative o (iii) alle prospettive di risanamento. L'imprenditore può fornire chiarimenti in proposito (art. 7.9 del Decreto dirigenziale) e allorquando ritenga ugualmente di compiere l'atto, nonostante la predetta segnalazione, l'esperto **può** iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese nei successivi dieci giorni. Tale facoltà diviene invece un preciso **dovere** allorquando l'atto compiuto pregiudica gli *interessi dei creditori*.

Alcune considerazioni, in ordine sparso, riguardo i doveri dell'esperto.

Il Decreto dirigenziale evidenzia (articolo 7.6) che l'esperto, nel valutare il **pregiudizio ai creditori**, tiene *anche* conto della sostenibilità economico-finanziaria dell'impresa e dei vantaggi per i creditori, derivanti, secondo una ragionevole valutazione prognostica, dalla continuità aziendale. Non vi è pregiudizio, ad esempio, quando i finanziamenti richiesti siano necessari ad assicurare la continuità aziendale e l'impresa sia in grado di rimborsare i finanziamenti attraverso i soli flussi derivanti dalla continuità stessa. Vi è viceversa pregiudizio, ad esempio, quando le utilità per i creditori vengano compromesse, anche solo parzialmente, dalla maggiore esposizione debitoria derivante dal finanziamento (art. 7.9 del Decreto dirigenziale).

Inoltre il Decreto dirigenziale precisa, in più parti, ciò che "è opportuno" l'esperto compia (per es. agli articoli 1.4, 3.5, 3.6, 7.2, 7.5, 8.7, 8.10, 8.12 etc.), limitando così di fatto la discrezionalità dell'azione dell'esperto, imbrigliato in veri e propri *pattern* comportamentali.

5. LA RESPONSABILITÀ DELL'IMPRENDITORE IN CASO DI MANCATA INFORMAZIONE ALL'ESPERTO

I doveri dell'esperto indicati dall'art. 9 sono invero collegati e, in qualche modo, subordinati, al preciso **dovere di informazione** che ha l'imprenditore: informazione all'esperto *ex ante* rispetto all'atto che vuole compiere ovvero

ex post laddove, nonostante la segnalazione dell'esperto, l'imprenditore abbia ritenuto ugualmente di compiere l'atto.

L'art. 9 si limita a disciplinare le conseguenze degli atti compiuti dall'imprenditore *nonostante* il dissenso dell'esperto (previamente notiziato degli atti stessi), ma nulla prevede in caso di mancata informazione da parte dell'imprenditore (scientemente ovvero per negligenza, imprudenza o ancora imperizia) degli atti che ricadono nell'ambito del comma 2.

Tali conseguenze sono ricavabili comunque da una lettura sistematica delle norme.

A) Come precisato dal Decreto dirigenziale (art. 7.10), l'esperto, venuto a conoscenza dell'atto o del pagamento, può esprimere in ogni momento il proprio **dissenso**, se ne sussistono i presupposti, attraverso l'iscrizione nel registro delle imprese. Facile prevedere come tale iscrizione, visibile a qualsiasi interessato, possa avere effetti deleteri per l'impresa debitrice.

B) L'art. 12, comma 4, del d.l. 118/21 prevede la "**responsabilità dell'imprenditore per gli atti compiuti**" (e quindi ancor più nonostante la segnalazione per iscritto dell'esperto).

responsabilità civile non solo per violazione dei doveri di informazione imposti dall'art. 9 ma anche dei più generali doveri di comportarsi secondo buona fede e correttezza (art. 4, comma 4) e di gestire il patrimonio e l'impresa senza pregiudicare ingiustamente gli interessi dei creditori (art. 4, comma 5). E il danno causato da tale omissione sarà commisurato al pregiudizio causato agli interessi dei creditori;

(iii) vi saranno inoltre eventuali **responsabilità penali**, ricavabili *a contrario* dall'ultimo comma dell'art. 12, laddove si prevede l'inapplicabilità dei reati di bancarotta fraudolenta e di bancarotta semplice per i pagamenti e le operazioni compiute nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto effettuati in coerenza con l'andamento delle trattative e nella prospettiva di risanamento dell'impresa (nonché per gli atti autorizzati dal tribunale a norma dell'art. 10);

(iv) infine, ma non da ultimo, gli atti di straordinaria amministrazione ed i pagamenti effettuati nel periodo successivo all'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, compiuti nonostante l'esperto dissenso dell'esperto iscritto nel registro delle imprese, sono assoggettati all'azione **revocatoria** ordinaria e fallimentare (artt. 66 e 67 l.f.). Al riguardo, l'art. 12 comma 3 lascia aperta la possibilità di revocatoria anche per gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere nel corso del percorso di composizione negoziata laddove *non* coerenti con l'andamento e lo stato delle trattative e con le prospettive di risanamento esistenti.

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

È evidente che il successo del nuovo istituto della composizione negoziata si misurerà in gran parte sul comportamento degli *stakeholders* nel corso della fase delle trattative, e in particolare degli istituti di credito, oltre che dell'imprenditore (anche – e soprattutto – nei confronti dell'esperto).

Fermo restando che l'accesso all'istituto *non* può costituire causa di *revoca* degli affidamenti concessi alla società debitrice (art. 4, comma 6), v'è da evidenziare tuttavia la problematica dei mancati rinnovi degli affidamenti stessi alla loro scadenza naturale nella fase delle trattative. Bisognerà valutare, sul piano empirico, quale sarà la concreta reazione degli istituti di credito nei confronti delle imprese che accederanno alla composizione negoziata: vero è che l'art. 6 prevede il dovere delle parti di comportarsi secondo buona fede e correttezza nel corso delle trattative (comma 4) e di collaborare lealmente e in modo sollecito con l'imprenditore (comma 7), ma tali clausole generali rischiano di divenire "di stile" nella concreta applicazione dell'istituto, laddove nulla pare impedire agli istituti di rifiutare il rinnovo degli affidamenti a seguito della loro scadenza. A tacer del fatto che la norma parla soltanto di "revoca" e non menziona l'ipotesi della "sospensione" degli affidamenti stessi. Per altro verso, cruciale sarà – come detto – il rapporto tra l'imprenditore e l'esperto, anch'esso – nella penna del legislatore – improntato ai principi di buona fede e collaborazione: principii, che si estrinsecano in un preciso /e costante) dovere di informazione in capo all'imprenditore, la cui concreta applicazione andrà valutata caso per caso. Il Decreto dirigenziale al riguardo sembra condurre per mano l'esperto nella propria attività, fornendo una serie di suggerimenti riguardo comportamenti "opportuni", divenendo un vero e proprio *vademecum* di *best practice* la cui inosservanza potrà comportare la responsabilità dell'esperto. Certamente siamo di fronte ad un istituto che rivoluziona il diritto della crisi d'impresa, colloca al di fuori delle aule giudiziarie le risoluzioni delle difficoltà in cui molte aziende si trovano. Tutti auspichiamo che il legislatore abbia colto nel segno, arginando la marea montante di quella "pandemia economica" che molti purtroppo vedono alle porte.