

**D.L. 118/2021**

**Convertito con modificazioni nella Legge 147/2021**

# **La gestione dell'impresa in pendenza delle trattative**

***di Antonino Trommino***

*Presidente Associazione ADR e CRISI  
Commercialisti & Avvocati*



**Associazione ADR e Crisi  
Commercialisti & Avvocati**

***[www.associazioneadr-crisi.it](http://www.associazioneadr-crisi.it)***

***Corso per Esperto della Composizione Negoziata  
della Crisi d'impresa  
ai sensi de Decreto Dirigenziale  
Ministero della Giustizia 28/09/2021***

**ODCEC BRESCIA  
04/02/2022**

## Norme e prassi di riferimento

- D.L. 24 agosto 2021, n. 118, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, Legge 21 ottobre 2021, n. 147
- Decreto Dirigenziale Ministero della Giustizia 28 settembre 2021 ( ed allegati)
- Fondazione Nazionale dei Commercialisti – documento di ricerca del 4/11/2021
- Nota Ministero della Giustizia del 29/12/2021
- R.D. 16 marzo 1942, n. 267
- Legge 27 gennaio 2012, n. 3
- D.Lgs. 2 gennaio 2019, n. 14

# La composizione negoziata della crisi



## FINALITA'

L'aumento delle imprese in crisi o insolventi generato dalla crisi economica in atto non può essere gestito unicamente con gli istituti del regio decreto del 16 marzo 1942, n. 267, vigenti. La legge fallimentare contiene infatti una disciplina risalente che, pur modificata dai numerosi interventi normativi susseguitsi nel tempo, è pensata e strutturata in relazione ad una situazione economica e industriale del tutto diversa dall'attuale. Essa inoltre, ruotando principalmente intorno agli istituti del concordato preventivo e del fallimento, non fornisce strumenti che incentivano l'emersione anticipata della crisi e, anzi, scoraggia l'imprenditore dal fare ricorso alle procedure in essa previste, aventi natura prevalentemente giudiziale. Senza considerare che il ricorso massiccio ad istituti concorsuali che impediscono il pagamento spontaneo dei creditori rischia di sottrarre risorse finanziarie al sistema delle imprese.

Mantenere la disciplina della legge fallimentare infine espone lo Stato italiano alla procedura di infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in quanto si tratta di normativa non in linea con la direttiva (UE) 2019/1023, *del Parlamento europeo e del Consiglio riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza).*

**Le disposizioni della direttiva (UE) 2019/1023 devono essere recepite entro il termine già prorogato del 17.7.2022**

# La composizione negoziata della crisi *segue*



## *La flessibilità dello strumento*

Le regole del D.L. n. 118/2021 producono un radicale cambio di impostazione rispetto al CCII, semplificando i vari passaggi del procedimento volto a raggiungere la composizione della crisi, attraverso una composizione **stragiudiziale e volontaria, completamente di tipo privatistico**. Viene quindi posticipata l'entrata in vigore del nuovo codice al **16 maggio 2022** e vengono rinviate al **31 dicembre 2023** le collegate procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.

**N.B.** *Le norme in materia di procedure di ristrutturazione richiamate nel D.L. 118 /2021 sono quelle di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267 ( L.F.) e non al nuovo D.lgs.14/ 19 CCII.*

**\* Nella procedura di composizione negoziata, la redazione del Piano di risanamento rappresenta il presupposto per l'effettuazione delle negoziazioni, nonché lo strumento principale per la verifica della sostenibilità delle stesse.**

# ART. 9 Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative



1. Nel corso delle trattative l'imprenditore **conserva la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa.**

L'imprenditore in stato di crisi gestisce l'impresa in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività.

Quando, **nel corso (\*)** della composizione negoziata, **risulta che l'imprenditore è insolvente** ma esistono concrete prospettive di risanamento, **lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori.**

Restano ferme le responsabilità dell'imprenditore.

*(\*) NB L'incarico dell'esperto si **conclude decorsi 180 giorni** dall'accettazione della nomina (salva eventuale proroga concordata tra le parti)*

Per fruire delle misure , il percorso di composizione negoziata può dirsi avviato solo con l'accettazione dell'esperto che di detto percorso costituisce il 'motore'.

[Trib. Brescia, sez. IV, ord., 2/12/2021](#)

# ART. 9 Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative ...segue



«Quando, nel corso della composizione negoziata, **risulta che l'imprenditore è insolvente ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori.**»

Osservazione: nel caso in cui il debitore si trovi nella situazione di insolvenza sopra indicata e debba gestire, essendoci concrete prospettive (future?) di risanamento, come gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori?

**a)** osservando il principio di parità di trattamento, compreso il principio che differenzia creditori chirografari e creditori privilegiati?

in questo caso, deve pagare dapprima i creditori privilegiati perché sarebbero costoro a essere preferiti in caso di fallimento (o di esecuzione singolare),

**b)** o deve pagare i creditori chirografari in quanto meno garantiti, facendo affidamento sul fatto che poi, a fallimento dichiarato, i creditori privilegiati saranno trattati meglio?

# ART. 9 Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative ...segue



A proprio avviso, nel caso di uno scenario di insolvenza, anche se non ancora dichiarata giudizialmente, il «**gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori**» deve essere inteso come adozione di una condotta prudente e già allineata a una possibile distribuzione coattiva delle risorse. Vanno soddisfatti i creditori privilegiati sino a quando c'è liquidità per soddisfarli tutti e per intero; poi vanno remunerati gli altri in misura proporzionale; il tutto fino a quando le «prospettive di risanamento» non comincino a concretizzarsi

# Art. 9 Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative ... segue



## Atti di ordinaria amministrazione

Il legislatore ha omesso di definire la linea di confine tra gli atti di “**ordinaria amministrazione**” e quelli di “**straordinaria amministrazione**”, per cui parte della dottrina e della giurisprudenza hanno tentato di **classificarli**; generalmente si ritiene che un atto sia di “amministrazione ordinaria” quando dal suo compimento discendano effetti esclusivamente sul **reddito** (e resta inalterato il patrimonio).

## Atti di straordinaria amministrazione

Gli atti di “straordinaria amministrazione” (o eccedenti l'ordinaria amministrazione) sono tradizionalmente quelli di “alienazione”, dovendosi intendere questa espressione come riferita non solo alla compravendita in senso stretto (vale a dire al negozio con cui avviene lo scambio di cosa con prezzo) bensì, come comprensiva di tutti gli atti dispositivi del patrimonio idonei a produrre effetti analoghi a quelli dell'alienazione.

L'attuale orientamento ormai consolidato del Giudice di legittimità, è quello di confermare il parametro essenziale per distinguere l'atto di ordinaria amministrazione da quello di straordinaria amministrazione è la conseguenza che lo stesso provoca sul patrimonio dell'impresa. Precisamente, tutti gli atti di “comune gestione” e quelli che – ancorché comportanti una spesa – migliorino o siano funzionali a conservare il patrimonio dell'impresa sono qualificabili di ordinaria amministrazione; al contrario, ricadono nei confini della straordinarietà gli atti che riducano il patrimonio o lo gravino di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità.

# Art. 9 Gestione dell'impresa in pendenza delle trattative ... segue



In pendenza della composizione negoziata, permane il **dovere di vigilanza** previsto dall'[art. 2403](#) c.c. dell'organo di controllo che sarà sentito dall'esperto o potrà interloquire con lui nel corso delle trattative.

E' stata prevista anche la possibilità per l'imprenditore istante, il quale versi in uno stato di crisi o pre-crisi, di richiedere il "congelamento temporaneo" delle **norme in tema di riduzione del capitale e di scioglimento della società** sino al completamento delle trattative o all'archiviazione della composizione negoziata (cfr. [art. 8](#), [D.L. 118/2021](#)). La richiesta è formalizzata dall'imprenditore tramite **autodichiarazione**, contestualmente o successivamente, all'istanza di nomina dell'esperto.

L'accesso alla composizione negoziata non costituisce di per sé causa di **revoca degli affidamenti bancari** concessi all'imprenditore. Tale previsione, da un lato, pare utile al fine di evitare una crisi di liquidità all'imprenditore, dall'altro lato, soprattutto in situazioni di una certa gravità, gli istituti di credito possono giustificare altrimenti e in maniera fondata la decisione di revocare gli affidamenti concessi. Si rileva che la norma nulla dice circa l'eventuale decisione assunta dalle banche circa la **riduzione della misura degli affidamenti**; il che rende in parte incompleta la protezione che il legislatore vorrebbe concedere all'imprenditore.

# ART. 9 Gestione dell'impresa

## in pendenza delle trattative... segue



2. **L'imprenditore informa preventivamente l'esperto, per iscritto, del compimento di atti di straordinaria amministrazione** nonché dell'esecuzione di pagamenti che non sono coerenti rispetto alle trattative o alle prospettive di risanamento.
3. L'esperto, quando ritiene che l'atto può arrecare pregiudizio ai creditori, alle trattative o alle prospettive di risanamento, **lo segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo.**
4. Se, nonostante la segnalazione, l'atto viene compiuto, l'imprenditore ne informa immediatamente l'esperto il quale, nei successivi dieci giorni, **può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. Quando l'atto compiuto pregiudica gli interessi dei creditori, l'iscrizione è obbligatoria.**

N.B. *l'iscrizione del dissenso ha un duplice effetto: il primo, sostanziale, è che l'atto, se compiuto, è in ogni caso revocabile ex [artt. 66](#) e [67 l. fall.](#), laddove successivamente l'imprenditore sia dichiarato fallito; il secondo, formale, rende pubblica la pendenza della composizione negoziata, atteso che, fino alla predetta iscrizione, solo l'imprenditore e l'esperto oltre agli eventuali creditori già coinvolti nella trattativa (e vincolati dall'obbligo di riservatezza) possono conoscere dell'avvio del procedimento in esame.*

5. Quando sono state concesse misure protettive o cautelari l'esperto, iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, procede alla segnalazione di cui all'articolo 7, comma 6. (**revoca o riduzione termini**)

# Il ruolo dell'esperto come delineato

nel «Protocollo» di cui al Decreto Dirigenziale Ministero della Giustizia 28/9/2021



## PUNTO 7. *La gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata*

7.1. In pendenza della composizione negoziata, **la gestione ordinaria e straordinaria dell'impresa compete all'imprenditore**, nel rispetto dei principi generali e ferme le responsabilità civili e penali dello stesso.

7.2. 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.



## PUNTO 7. *La gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata*

7.3. In via esemplificativa, rientrano tra gli atti che eccedono l'ordinaria amministrazione:

- le operazioni sul capitale sociale e sull'azienda;
- la concessione di garanzie;
- i pagamenti anticipati delle forniture;
- la cessione *pro soluto* di crediti;
- l'erogazione di finanziamenti a favore di terzi e di parti correlate;
- la rinuncia alle liti e le transazioni;
- le ricognizioni di diritti di terzi;
- il consenso alla cancellazione di ipoteche e la restituzione di pegni;
- l'effettuazione di significativi investimenti;
- i rimborsi di finanziamenti ai soci o a parti correlate;
- la creazione di patrimoni destinati e forme di segregazione del patrimonio in generale;
- gli atti dispositivi in genere.



## PUNTO 7. *La gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata*

### **7.4. Si suggerisce di fare particolare attenzione ai pagamenti diversi dai seguenti:**

- il pagamento di retribuzioni a dipendenti;
- il pagamento di provvigioni ad agenti e di compensi a collaboratori coordinati e continuativi;
- il pagamento di debiti fiscali e contributivi;
- il pagamento di debiti commerciali, nei confronti di coloro che non siano parti correlate, e comunque nei termini d'uso o se finalizzati a non pregiudicare il ciclo degli approvvigionamenti di beni o servizi;
- il pagamento di rate di mutuo e canoni di *leasing* alle scadenze contrattuali, quando non sia in essere una moratoria dei pagamenti;
- tutte le ipotesi in cui il mancato pagamento determini la perdita del beneficio del termine in caso di rateazione.



## PUNTO 7. *La gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata*

7.5. Dinanzi ad uno stato di crisi, è opportuno che l'esperto ricordi all'imprenditore che deve gestire l'impresa per evitare pregiudizio alla sostenibilità economico-finanziaria dell'attività. A tal riguardo, non vi è di norma pregiudizio per la sostenibilità economico-finanziaria quando nel corso della 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.



## PUNTO 7. *La gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata*

- 7.6. Quando ritiene che l'atto o il pagamento pregiudichino l'interesse dei creditori, le trattative o le prospettive di risanamento, l'esperto lo segnala, per iscritto e tramite la Piattaforma Telematica, all'imprenditore e all'organo di controllo. L'esperto, nel valutare il pregiudizio ai creditori, tiene anche conto di quanto indicato al **par. 7.5** della presente Sezione.
- 7.7. Se nonostante la segnalazione, l'atto o il pagamento vengono compiuti, l'esperto può iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese. L'esperto deve iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese quando l'atto o il pagamento pregiudichino l'interesse dei creditori e non soltanto le trattative e le prospettive di risanamento.
- 7.8. Si ricorda all'esperto che i finanziamenti eseguiti in favore di società controllate oppure sottoposte a comune controllo, in qualsiasi forma pattuiti dopo la presentazione dell'istanza di cui all'articolo 2, comma 1, sono esclusi dalla postergazione di cui agli articoli 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile, a condizione che l'imprenditore abbia informato preventivamente l'esperto e questi non abbia iscritto il proprio dissenso nel registro delle imprese, previa segnalazione di cui al seguente punto 7.9.



## PUNTO 7. *La gestione dell'impresa in pendenza della composizione negoziata*

7.9. Se l'esperto ritiene che l'atto possa arrecare pregiudizio ai creditori lo segnala all'imprenditore, il quale può fornire chiarimenti in proposito. Se l'esperto, nonostante i chiarimenti, conferma il convincimento che l'atto arreca pregiudizio ai creditori, deve iscrivere il proprio dissenso nel registro delle imprese.

Non vi è pregiudizio, ad esempio, quando i finanziamenti 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.**

7.10. Per gli atti diversi da quelli di cui al punto 7.8, nel caso in cui l'imprenditore non abbia dato informativa preventiva quando necessaria, 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.



Associazione ADR e Crisi  
Commercialisti & Avvocati

# Grazie per l'attenzione

*[www.associazioneadr-crisi.it](http://www.associazioneadr-crisi.it)*

***Antonino Trommino***

***Presidente Associazione ADR e CRISI  
Commercialisti & Avvocati***