

L'ESPERTO NEGOZIATORE: UNA CONCRETA OPPORTUNITÀ PER LE IMPRESE IN CRISI? *

GIANLUCA MUCCIARONE

SOMMARIO: 1. Il problema. – 2. Il caso dell'imprenditore senza consulenti. – 2.1. L'imprenditore, l'esperto e l'indipendenza. – 2.2. L'esperto, i creditori e l'ausiliario del giudice. – 2.3. L'esperto e le responsabilità. – 3. Il caso dell'imprenditore assistito: i vantaggi del procedimento al di là dell'esperto.

1. Il problema.

Dato il titolo dell'incontro, "L'esperto negoziatore: un'opportunità per le imprese in crisi", il tema a me assegnato, nei termini in cui è definito, "L'esperto negoziatore: una concreta opportunità per le imprese in crisi?", non può non suonare come una provocazione al relatore.

Accolgo la provocazione e – dati i limiti della sede e nell'idea che una buona disciplina della gestione delle crisi esige anzitutto interventi profondi in quella bancaria – rispondo con triviali provocazioni ed estremismi, passando per brutali semplificazioni: opportunità per cosa, dunque?

Ma, prim'ancora, cosa dovrebbe essere un'opportunità? L'esperto negoziatore ovvero il procedimento di composizione negoziata della crisi, del quale l'esperto è parte?

E opportunità per cosa?, dicevo; per risolvere la crisi senza procedure ⁽¹⁾?

* Relazione tenuta nel *webinar* su *L'esperto negoziatore: un'opportunità per le imprese in crisi*, organizzato il 17 febbraio 2022 da ACB S.p.A, con aggiunta di note.

¹ Rilievo autorevolmente diffuso che il procedimento di composizione negoziata della crisi non costituisce una procedura concorsuale: S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 23 agosto 2021, p. 12; I. PAGNI e M. FABIANI, *La transizione dal Codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Diritto della crisi*, 2 novembre 2021, p. 9; S.

2. Il caso dell'imprenditore senza consulenti.

Facciamo il caso dell'imprenditore sotto-strutturato – pochi davvero in Italia – e senza *advisor* del settore: a questo tipo è di per sé diretto l'istituto della composizione negoziata della crisi introdotto dal Decreto 118 ⁽²⁾: se l'imprenditore è assistito da *advisor* specializzati, in effetti, non dovrebbe aver bisogno di un procedimento incardinato su di un esperto negoziatore: li ha già in casa.

2.1. L'imprenditore, l'esperto e l'indipendenza.

Primo punto. Ma il piccolo imprenditore senza consulenti si fida di un terzo?

Certo, c'è la professionalità, il segreto, l'indipendenza (art. 4 Decreto 118). L'indipendenza.

“Terzo” verso tutti, viene detto: ma è l'incarnazione del conflitto d'interessi. Pagato dall'imprenditore, deve verificare se l'impresa è risanabile, deve condurre le trattative, deve opporsi ad atti dell'imprenditore nocivi per i creditori, deve attestare, nel caso, la fattibilità del risanamento ⁽³⁾. Da che parte sta? Dell'imprenditore? Dei creditori?

BONFATTI, intervento alla Tavola Rotonda su *Decreto 118: composizione negoziata della crisi e concordato semplificato*, 12 novembre 2021, nel Master su *Crisi Insolvenza Sovraindebitamento* organizzato dall'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano, a.a. 2020/21; L. STANGHELLINI, *Le fonti della disciplina delle crisi e le linee*, 18 febbraio 2022, lezione nel Master *cit.*, a.a. 2021/22; L. PANZANI, *La crisi e gli strumenti di soluzione: concetti di base*, 19 febbraio 2022, lezione nel Master *cit.*

Il che, se sgrava una successiva procedura di prededuzioni, lascia correre il tempo anche a favore del consolidamento di atti pregiudizievole: A. DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 17 novembre 2021, p. 12; N. SOLDATI, *Composizione negoziata della crisi e concordato semplificato*, 4 marzo 2022, lezione nel Master *cit.*

² Cfr. la Relazione al disegno di legge per la conversione in legge del decreto-legge 24 agosto 2021 n. 118 recante misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale: “Molte delle imprese che non saranno in grado di garantire la propria continuità aziendale una volta venute meno tali misure non hanno, ad oggi, idonei mezzi o strumenti per analizzare e comprendere la situazione in cui si trovano né per evitare che la crisi degeneri in dissesto irreversibile. Tale constatazione è particolarmente evidente per le micro, piccole e medie imprese, che rappresentano il substrato del sistema produttivo nazionale e che possono essere efficacemente sostenute se le si accompagna in un processo di presa di coscienza della situazione aziendale esistente e delle soluzioni praticabili per prevenire la crisi o per raggiungere il risanamento aziendale in caso di crisi, o di insolvenza, già esistente”.

Il Decreto 118 è stato convertito in legge con legge 21 ottobre 2021, n. 147.

³ Quella “sottoscrizione”, prevista dall'art. 11, co. 1, lett. c, considerati gli effetti, vale almeno attestazione della fattibilità: se non di più.

Non c'è un unico modo di risanamento, mai, o quasi: i punti di equilibrio tra gli interessi sono vari; non c'è un'unica giustizia.

Non può far bene l'interesse dell'imprenditore: è terzo. Come può l'imprenditore fidarsi di lui? Un piccolo imprenditore affida l'impresa di una vita ad uno sconosciuto?

Il segreto, poi.

Secondo il legislatore le stesse trattative, l'intero "percorso può restare del tutto riservato finché non sia chiesta la concessione di misure protettive" ⁽⁴⁾: sulla carta, è vero, a parte il fatto che uno dei principali vantaggi del procedimento è l'immediata richiesta delle misure protettive ⁽⁵⁾; comunque, ho sempre pensato che gli *NDA* nelle trattative, salvo rari casi, non servono pressoché a niente.

Quanto al segreto dell'esperto sui dati dell'impresa. Dovrebbe esserci una tale intimità nella *mens legis* tra imprenditore ed esperto... quasi un prete è l'esperto: l'imprenditore deve informarlo se intende compiere – prima di farlo, ché "i maggiori peccati si commettono nella mente" – pagamenti non coerenti con il risanamento (art. 9, co. 2); ma poi l'esperto deve fare la spia (commi 3-5) ⁽⁶⁾, alla faccia del segreto: con o senza assoluzione, direi che poco conta a quel punto. Difficile che un imprenditore si possa fidare dell'esperto, quando, si sa, fa fatica a fidarsi anche dei consulenti che ha scelti lui. Ma ogni tanto qualche imprenditore si fiderà.

2.2. L'esperto, i creditori e l'ausiliario del giudice.

Secondo punto, allora. I creditori si fidano dell'esperto? Al di là del declamato dovere di banche e cessionari di *utp* e *npl* di partecipare alle trattative (art. 4 Decreto 118) ⁽⁷⁾, quante facce può avere l'esperto?

⁴ Relazione *cit.* in nota 2; annovera la riservatezza tra i tratti caratterizzanti l'istituto S. AMBROSINI, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, cit., p. 3.

⁵ Di diciassette istanze di nomina dell'esperto presentate da imprenditori con sede in Lombardia, solo una non era inizialmente corredata dell'istanza di misure protettive: il dato è fornito da G. PRESTI, *Composizione negoziata della crisi: i soggetti, la piattaforma, l'avvio del procedimento*, 4 marzo 2022, lezione nel Master su *Crisi Insolvenza Sovraindebitamento* cit., a.a. 2021/22.

⁶ "Intonare il *De profundis*": L. PANZANI, *La crisi e gli strumenti di soluzione: concetti di base*, cit.

⁷ E cosa mai potrebbe loro capitare per il puro fatto di non essersi seduti al tavolo? La Relazione *cit.* spiega: "La violazione di tali obblighi da parte dei creditori può venire in rilievo nell'ambito delle eventuali azioni risarcitorie che, nel caso in cui il dissesto dell'impresa derivi da comportamenti omissivi ingiustificati o non corretti delle parti coinvolte nelle trattative, possono essere esercitate, ad esempio, dal curatore fallimentare.

Non può far bene, non al massimo, l'interesse dei creditori: perché non è il consulente dei creditori. Di quali poi? Centomila, uno, nessuno.

Pare quasi un mediatore familiare. Ma se deve mediare, perché non un giudice? Certo, mille e una ragioni contro. Ma dove sono tutti questi esperti? ⁽⁸⁾

D'altro canto, anche il giudice, quando (più che "se") viene coinvolto nel procedimento ovvero nel concordato semplificato – e sono interventi cruciali –, dell'esperto può non fidarsi ovvero proprio non deve fidarsi: può oppure deve nominare un proprio ausiliario, prevedono gli articoli 9, comma 4, 10, comma 3, e 18, comma 3, del Decreto 118. Ma l'esperto non era tale e pure terzo? Perché il giudice deve nominare un altro esperto?

2.3. L'esperto e le responsabilità.

Terzo punto. L'esperto può fidarsi di sé? Nessuno si fida di lui, invero. La composizione negoziata è davvero un'opportunità per l'esperto negoziatore? Lui, che non è né carne né pesce, o carne e pesce insieme, si trova schiacciato tra l'incudine e il martello: non può fare veramente, fino in fondo, l'interesse di alcuno e rischia che l'uno o gli altri gli imputino che qualcosa è andato storto: quando archivia o, magari peggio, quando non archivia. Al problema, grave, delle responsabilità, anche penali, è dedicata

[S]e l'impresa non riesce a perseguire il risanamento e viene dichiarata fallita per la mancata collaborazione delle parti chiamate al tavolo delle trattative o, peggio ancora, per comportamenti ostruzionistici, le conseguenti responsabilità potranno essere oggetto di accertamento giudiziale.”. Osserva F. LAMANNA, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa*, Milano, 2021, p. 66: “Se l'appello alla collaborazione delle parti coinvolte nelle trattative appare alquanto ingenuo e solo l'ennesimo annuncio-manifesto, il richiamo alla 'collaborazione attiva' che l'art. 4, comma 6, fa alle banche e agli altri intermediari finanziari, ai loro mandatari e ai cessionari dei loro crediti, sembra condurci addirittura in un mondo più onirico che reale, una sorta di isola tropicale di *Fantasilandia*”. In effetti, non v'è, di regola, obbligo di far credito nell'ordinamento italiano (anche per riferimenti, G. MUCCIARONE, *Finanziamenti: istruttoria del credito e monitoraggio del cliente*, in *Trattato dei contratti*, dir. da V. Roppo, V, Milano, 2014, p. 785 ss.): sicché mancherebbe, salve ipotesi particolari, il nesso di causalità (art. 1223 c.c.) tra inadempimento all'obbligo di partecipare al tavolo ed il danno (tutto da provare) mancherebbe.

⁸ A febbraio 2022 risultano iscritti negli appositi elenchi circa novecento esperti: ne informa S. PETTINATO, *La qualità del "buon" Esperto Negoziatore*, relazione tenuta nel webinar su *L'esperto negoziatore: un'opportunità per le imprese in crisi*, cit.; solo in Lombardia si contano già 188 iscritti: questo dato è fornito da G. PRESTI, *Composizione negoziata della crisi: i soggetti, la piattaforma, l'avvio del procedimento*, cit.

“Delude [...], nel nuovo procedimento di nomina dell'esperto, il declassamento del giudice” A. JORIO, *Alcune riflessioni sulle misure urgenti: un forte vento di maestrale soffia sulla riforma*, in *Diritto della crisi*, 1 ottobre 2021, p. 5.

successiva relazione, di chi è incomparabilmente più esperto di me ⁽⁹⁾. Davvero il gioco – la giustizia, la soddisfazione personale, il compenso, già, il compenso, un po' sottovalutato? – davvero il gioco vale la candela?

3. Il caso dell'imprenditore assistito: i vantaggi del procedimento al di là dell'esperto.

Veniamo al caso dell'imprenditore assistito da consulenti capaci. Loro non hanno bisogno dell'esperto negoziatore.

Ma possono trarre vantaggio dalla procedura. Non perché le banche e cessionari di *npl* vengono al tavolo grazie all'esperto negoziatore, si è detto.

L'imprenditore potrebbe ottenere le misure protettive (artt. 6-7 Decreto 118) ⁽¹⁰⁾: peraltro, iniziano a girare nella prassi letture che ne deprimono la portata ⁽¹¹⁾: *contra literam* ⁽¹²⁾ e *contra mentem legis* ⁽¹³⁾, per quel che vale,

⁹ M. ARATO e F. CHIODINI, *La responsabilità dell'esperto negoziatore*. In merito anche F. Lamanna, *Composizione negoziata* cit., pag. 107 ss.

¹⁰ Sul punto v. anche nota 5.

¹¹ Riferisce L. CIPOLLA, *Composizione negoziata: misure protettive e iniziative dei creditori*, in *Dirittobancario.it*, 2022, che una sentenza del Tribunale di Milano ed una del Tribunale di Roma hanno ritenuto che le misure protettive non possano essere generalizzate, ma debbano riguardare le specifiche azioni di individuati creditori, perché “ciò appare corrispondere alla *voluntas legis*”.

Provvedimenti “errati” per L. PANZANI, *La crisi e gli strumenti di soluzione: concetti di base*, cit.; “discutibili” per G. PRESTI, *Composizione negoziata della crisi: i soggetti, la piattaforma, l'avvio del procedimento*, cit. Per il blocco generalizzato, già L. PANZANI, *Il D.l. “Pagni” e la lezione (positiva) del Covid*, in *Diritto della crisi*, 25 agosto 2021, 27; A. DIDONE, *Appunti su misure protettive e cautelari nel d.l. 118/2021*, cit., p. 8.

Poco perspicua la letteratura che si era formata sulle misure protettive previste dal Codice della Crisi (art. 20) per la composizione assistita, dove peraltro queste sono definite come “misure ... per evitare che *determinate* azioni...” (art. 2, co. 1, lett. *p*): per aperture a letture late sino al blocco generalizzato delle esecuzioni, S. SANZO, *La disciplina procedimentale. Le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Il nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di S. Sanzo e D. Burrioni, 2019, p. 95; N. NISIVOCIA, *La composizione assistita della crisi*, in *Il Fallimentarista*, 2020, p. 8; per una indicazione restrittiva D. VATTERMOLI, *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'OCRI*, in *Il Fallimento*, 2020, p. 898.

¹² In particolare, art. 7, co. 4, Decreto 118: “*Su richiesta dell'imprenditore [...] le misure possono essere limitate a determinate iniziative intraprese dai creditori [...] o a determinati creditori o categorie di creditori*”.

¹³ Relazione *cit.* nota □: “Con il ricorso l'imprenditore può chiedere la conferma delle misure protettive e la loro modifica, *potendo* dette misure essere circoscritte a determinate azioni oppure a specifici creditori”; enfasi aggiunta.

ma soprattutto contro i principi ⁽¹⁴⁾, *contra rationem* e contro il buon senso ⁽¹⁵⁾ devo dire, pur se non voglio essere io a difendere l'istituto.

Con le misure protettive si guadagna tempo: la composizione negoziata può essere avviata pur dopo la presentazione di una domanda di concordato non omologato (art. 23, co. 2, Decreto 118).

Si guadagna tempo e senza la sorveglianza di un commissario giudiziale ovvero il rischio, teorico almeno, di reati fallimentari, come sarebbe usando direttamente un concordato.

E sull'opportunità di comprare tempo potrebbero concordare anche alcuni creditori.

Inoltre, come ormai rilevato diffusamente, passando per la composizione negoziata e solo passando di qui, l'imprenditore può avere il concordato liquidatorio semplificato (articolo 18 Decreto 118) ⁽¹⁶⁾: non è chiaro se la regola della mera uguaglianza del soddisfo concordatario e di quello fallimentare valga, in tal caso, anche per le transazioni fiscali e previdenziali ⁽¹⁷⁾.

Nel caso dell'imprenditore che usi l'istituto per guadagnare solo tempo od anche il concordato semplificato, l'esperto potrebbe essere un problema. Al di là del costo, potrebbe intralciare il lavoro. Potrebbe pure chiedere illegittimamente l'archiviazione, interferire nella gestione. Comunque, meno di un commissario, mi pare, una volta che si sia superato lo scoglio dell'archiviazione.

¹⁴ Se la misura non è generalizzata, si riduce la *par condicio creditorum*, che è un principio, pur se di dimensione per più versi relativa: G. MUCCIARONE, *L'opposizione alla fusione di società*, Milano, 2014, p. 70 ss.

¹⁵ *Ratio*: preservare il patrimonio per un risanamento: qualunque escussione può essere deleteria, magari per il tempo, anche quella per un credito assistito da causa di prelazione. Certo, non può bloccarsi il credito fondiario, non valendo per esso neppure il divieto dell'articolo 51 l.f.

D'altro canto, dopo l'istanza di misure protettive, nessun creditore può iscriverne ipoteche giudiziali né chiedere il fallimento: questi sono blocchi generalizzati: non si vede perché non dovrebbe essere generalizzato il divieto di avviare azioni esecutive individuali.

Proprio perché generalizzato, qualunque creditore può intervenire nel procedimento per la conferma delle misure protettive.

¹⁶ Come rimarca L. PANZANI, *Il D.l. "Pagni" e la lezione (positiva) del Covid*, cit., p. 38 s., di disciplina ulteriormente semplificatoria beneficerebbe il concordato in continuità indiretta. In effetti, quale la valida giustificazione della limitazione della disciplina semplificatoria al concordato liquidatorio?

¹⁷ Per le quali, di regola, è richiesta la maggiore convenienza dello strumento alternativo al fallimento: art. 182-ter, co. 1, e 180, co. 4, l.f.

Ma se invece l'esperto non intralcia e l'imprenditore è ben strutturato, allora, la composizione negoziata potrebbe essere una opportunità anche per l'esperto negoziatore: dovrebbe lui fidarsi e seguire l'imprenditore.

Naturalmente, ho solo ceduto alla provocazione degli organizzatori: in che altro modo avrei potuto vincerla?