

Direzione

Gianvito Giannelli, Ugo Patroni Griffi, Antonio Felice Uricchio

Comitato scientifico

Sabino Fortunato (**coordinatore**) - Lorenzo De Angelis - Pietro Masi - Cinzia Motti - Antonio Nuzzo - Luigi Filippo Paolucci - Salvatore Patti - Michele Sandulli - Gustavo Visentini

Redazione di Bari

Emma Sabatelli, Giuseppina Pellegrino, Eustachio Cardinale, Francesco Belviso, Rosella Calderazzi, Barbara Francone, Anna De Simone, Valentino Lenoci, Enrico Scoditti, Emma Chicco, Claudio D'Alonzo, Giuditta Lagonigro, Manuela Magistro, Francesco Salerno, Concetta Simone, Rocco Lombardi

Redazione di Foggia

Michele Bertani, Andrea Tucci, Giuseppe Di Sabato, Corrado Aquilino, Pierluigi Pellegrino, Grazia Pennella, Annalisa Postiglione

Redazione di Lecce

Maria Cecilia Cardarelli, Alessandro Silvestrini, Giuseppe Positano, Andrea Sticchi Damiani

Redazione di Napoli

Andrea Patroni Griffi, Alfonso M. Cecere, Nicola De Luca, Carlo Iannello, Sergio Marotta, Francesco Sbordone, Pasquale Serrao d'Aquino

Redazione di Roma

Giustino Enzo Di Cecco, Paolo Valensise, Vincenzo Vitalone, Valeria Panzironi, Ermanno La Marca, Valentina Depau, Davide De Filippis

Redazione di Taranto

Daniela Caterino, Giuseppe Labanca, Cira Grippa, Gabriele Dell'Atti, Giuseppe Sanseverino, Pietro Genoviva, Francesco Sporta Caputi, Barbara Mele

Direzione

Piazza Luigi di Savoia n. 41/a
70100 – BARI - (Italy)
tel. (+39) 080 5246122 • fax (+39) 080 5247329
direzione.ibattellidelreno@uniba.it

Coordinatore della pubblicazione on-line: Giuseppe Sanseverino
Redazione: presso il Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo:
Società, Ambiente, Culture - Sezione di Economia -
Via Lago Maggiore angolo Via Ancona
74121 - TARANTO - (Italy)
tel (+39) 099 7720616 • fax (+39) 099 7723011
redazione.ibattellidelreno@uniba.it
giuseppe.sanseverino@uniba.it

ISSN 2282-2461 I Battelli del Reno [on line]

I Battelli del Reno, rivista on line di diritto ed economia dell'impresa, è registrata presso il Tribunale di Bari (decreto n. 16/2012)

La rivista è licenziata con Creative Commons Attribuzione – Non commerciale - Non opere derivate 3.0 Italia (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Giuseppe Positano

LA COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI «MINORE»

DOPO IL D.LGS. 83/2022

QUALI OPPORTUNITA' PER LE IMPRESE «NON FALLIBILI»

SOMMARIO: 1. Il piano d'indagine e il perimetro normativo della disciplina - 2. Notazioni preliminari: il lessico del legislatore - 2.1. Segue: il trattamento dell'impresa agricola - 3. La ratio sottesa alla disciplina delle imprese minori - 4. Il presupposto soggettivo della composizione negoziata «minore» - 4.1. Segue: la regolarità dell'impresa - 4.2. Segue: le start up innovative - 4.3. Segue: l'impresa sociale - 4.4. Segue: l'impresa in liquidazione - 5. Il presupposto oggettivo - 6. La condizione oggettiva della risanabilità dell'impresa - 7. Le condizioni ostative - 8. La nomina dell'esperto nella composizione «minore» - 9. Requisiti e funzioni dell'esperto nella composizione «minore» - 10. Le opportunità offerte dalla composizione negoziata alle imprese minori - 10.1. Segue: l'anticipazione delle misure protettive alla fase delle trattative - 10.2. Segue: la conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal Tribunale - 10.3. Segue: l'accesso alle misure premiali di tipo fiscale - 10.4. Segue: la sottrazione agli obblighi di ricapitalizzazione e la inoperatività delle cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale - 11. I possibili sbocchi della composizione negoziata «minore» - 11.1. Segue: il successo delle trattative - 11.2. Segue: l'insuccesso delle trattative.

1. *Il piano d'indagine e il perimetro normativo della disciplina.* Il presente contributo si propone di ricostruire la disciplina della composizione negoziata della crisi dettata per le imprese minori o sotto soglia alla luce della recente entrata in vigore del D.lgs. n. 83 del

17.06.2022¹, di attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20.06.2019 (c.d. Direttiva Insolvency)².

Il contesto normativo della disciplina in commento prende l'abbrivio dall'art. 17 del D.L. n. 118 del 24.08.2021, nel testo coordinato con la legge di conversione n. 147 del 21.10.2021, recante «misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale», passando per l'art. 24 quater dello Schema di D.Lgs. A.G. n. 374 approvato dal Consiglio dei Ministri il 17.03.2022, per arrivare poi al testo definitivo dell'art. 25 quater del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (di seguito, CCII) così come aggiornato e modificato dal detto D.Lgs. n. 83/2022³.

2. *Notazioni preliminari: il lessico del legislatore.* Da una prima lettura delle relative norme di riferimento, una prima notazione di tipo lessicale riguarda l'utilizzo da parte del legislatore dell'espressione «imprese sotto soglia» in uso fra gli operatori del diritto, in luogo di quella (ormai) codificata dal CCII all'art. 2, comma 1, lett. d), di «impresa minore»⁴.

¹ Come noto nella Gazzetta Ufficiale n. 152 del 01.07.2022 è stato pubblicato il d.lgs. n. 83 del 17.06.2022, recante «Modifiche al codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza di cui al decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019, 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)», entrato in vigore il 15.07.2022 (v. art. 389, comma 1, CCII, come modificato dal D.L. n. 36 del 30.04.2022, di attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza). Lo slittamento dal 16.05.2022 (previsto dall'art. 1 del D.L. n. 118 del 24.08.2021) al 15.07.2022 della data di entrata in vigore del Codice della crisi e dell'insolvenza, si è reso necessario in considerazione delle significative modifiche contenute nello schema di decreto legislativo di attuazione della Direttiva Insolvency UE/2019/1023 che l'Italia si era impegnata a recepire entro il 17 luglio.

² In argomento, fra gli altri, S. Ambrosini, *Il codice della crisi dopo il D.lgs. n. 83 / 2022. La nozione di crisi, la gestione dell'impresa e il concordato preventivo*, in *Dir. Fall.*, 2022, n. 5; AA.VV., *Studi sull'avvio del codice della crisi, Speciale Riforma*, a cura di L. De Simone, M. Fabiani e S. Leuzzi, *Diritto della Crisi*, Numero Speciale settembre 2022, 4 ss.; G. D'Attorre, *I principi generali del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, ivi, 6 ss.; Id., *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Giappichelli, 2022, 1 ss.; S. Pacchi e S. Ambrosini, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, 2° ed., Zanichelli, 2022, 1 ss.

³ A. Cimolai, *Le novità sulla composizione negoziata*, in AA.VV., *Studi sull'avvio del codice*, cit., 30 ss., il quale rileva come «con l'introduzione degli articoli da 12 a 25-undecies ad opera dell'articolo 6, comma 1, del D. Lgs. 17 giugno 2022 n. 83, il Titolo II° della Parte prima del Codice della crisi, che aveva introdotto un complesso e articolato apparato finalizzato ad intercettare anticipatamente la crisi, anche mediante l'intervento coattivo di strutture esterne all'impresa, risulta ora completamente riconfigurato». In argomento cfr. G. D'Attorre, *Manuale di diritto*, cit., 1 ss.

⁴ Art. 2, comma 1, lett. d) CCII: «impresa minore»: l'impresa che presenta congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo

2.1. *Segue: il trattamento dell'impresa agricola.* La seconda notazione di ordine, invece, sistematico, concerne l'imprenditore agricolo, storicamente allineato (a prescindere dalle dimensioni della sua impresa) all'impresa minore (o piccola secondo la diversa terminologia impiegata dall'art. 2083 c.c.)⁵ nel trattamento concorsuale, in quanto escluso - per via dell'oggetto dell'attività esercitata (art. 2135 c.c.) - dalle procedure concorsuali c.d. tradizionali (quali il fallimento ed il concordato preventivo: v. art. 1, comma 1 e 2, l. fall. e art. 2221 c.c.)⁶ ed assoggettato per contro alle nuove procedure (concorsuali) di composizione della crisi da sovraindebitamento (v. art. 6, della legge n. 3 del 27.01.2012)⁸.

Nella composizione negoziata della crisi, invece, l'imprenditore agricolo sopra soglia non è assimilato all'imprenditore minore (come sempre è avvenuto, con la sola eccezione costituita dalla possibilità di accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182 bis ammessa dall'art. 23, comma 43, del D.L. n. 98/2011), ma è assoggettato alla

annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila».

⁵ Norma, quella dell'art. 2083 c.c., la cui valenza è ormai circoscritta alla nozione civilistica di piccolo imprenditore, senza alcuna interferenza con la nozione di impresa minore rilevante ai fini concorsuali (per tutti cfr. A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Giappichelli, 2021, 74; G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, 1, *Diritto dell'impresa*, Utet, 2013, 61 ss.).

⁶ Art. 2221 c.c. «Fallimento e concordato preventivo», secondo il quale «Gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori, sono soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali»; norma abrogata dall'art. 384 del CCII.

⁷ Scelta giudicata dai più anacronistica stante il processo di industrializzazione che ha coinvolto l'impresa agricola che tende sempre più ad assumere la forma di impresa agro-alimentare, come tale non più distinguibile dall'impresa commerciale in ragione della (minore) dimensione degli scambi dalla stessa posti in essere sul mercato (così A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi*, cit., 69 ss.).

⁸ Sulla natura «concorsuale» delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, di cui alla legge n. 3 del 2012, cfr. Corte cost., n. 245 del 29.11.2019, in *Giur. it.*, 2020, 606 ss., con nota di L. Boggio, che ha dichiarato «costituzionalmente illegittimo l'art. 7, comma 1, terzo periodo, della legge 27 gennaio 2012, n. 3, in riferimento all'art. 3 Cost., limitatamente alle parole "all'imposta sul valore aggiunto", poiché la differenza di disciplina che caratterizza il concordato preventivo e l'accordo di composizione dei crediti del debitore civile non fallibile, sul piano della falcidia dell'Iva, dà luogo ad una ingiustificata e irragionevole disparità di trattamento, attese, per un verso, la comune riconduzione al genus delle procedure concorsuali esdebitatorie e, per altro verso, la negata imposizione sempre e comunque dell'integrale riscossione della risorsa secondo la normativa eurounitaria»; A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi*, cit., 608, per i quali si tratta di procedure concorsuali in senso tecnico, comportando sia una regolamentazione coattiva dei rapporti creditori - debitore, sia l'imposizione di vincoli sul patrimonio di quest'ultimo.

disciplina della composizione negoziata «ordinaria» al pari degli imprenditori commerciali sopra soglia⁹.

Si tratta quindi di un vistoso disallineamento rispetto alla disciplina della composizione della crisi da sovraindebitamento di cui alla legge n. 3 del 2012 ove l'impresa agricola, anche di grandi dimensioni, è assoggettabile (al pari dell'impresa minore) alle sole procedure ivi previste (e cioè al concordato minore e alla liquidazione controllata)¹⁰.

Evidentemente, il legislatore nel dettare la disciplina della composizione negoziata della crisi ha voluto disegnare due diversi percorsi¹¹, uno dei quali (quello per le imprese minori) leggermente più agevole e semplificato (ed anche meno costoso in un certo senso)¹², in funzione della grandezza dell'impresa e non dell'oggetto della stessa (se agricola o commerciale). Il che significa che l'assimilazione operata fra grande impresa commerciale e agricola resta confinata al tipo di percorso accessibile, fermo restando che le imprese agricole sopra soglia, all'esito negativo della composizione della crisi «ordinaria», potranno accedere alle sole procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento¹³ e cioè al

⁹ V. infatti l'art. 23, comma 2, lett. d) CCII, relativo ai possibili sbocchi della composizione negoziata «maggiore» dell'impresa agricola, nel caso di insuccesso della trattative.

¹⁰ A. Rossi, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Diritto della Crisi*, 2021, 5.

¹¹ Che la composizione negoziata della crisi non costituisca una procedura concorsuale neppure nell'accezione più evoluta ed elastica (dei c.d. “cerchi concentrici”) seguita dalla giurisprudenza più recente [a proposito degli accordi di ristrutturazione dei debiti cfr. Cass., 12.04.2018, n. 9087, in *Fallimento*, 2018, 984; Cass., 08.05.2019, n. 12064, ivi, 2019, 1327 ss., con commento di C. Trentini, “Saturno contro”: *sugli accordi di ristrutturazione dei debiti si rinfocola il contrasto tra legittimità e merito (e non solo)*] o della concorsualità c.d. “liquida” elaborata dalla più autorevole dottrina (G. D'Attorre, *La concorsualità “liquida” nella composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2022, 301), cfr. fra gli altri S. Ambrosini, *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23.08.2021, 12; Id., *La “miniriforma” del 2021: rinvio (parziale) del CCI, composizione negoziata e concordato semplificato*, in *Dir. fall.*, 2021, 919; I. Pagni - M. Fabiani, *Introduzione alla composizione negoziata*, in *Fallimento*, 2021, 1480 ss.; S. Bonfatti, *Profili della composizione negoziata della crisi d'impresa. Natura giuridica, presupposti e valutazioni comparative*, in *Diritto della Crisi*, 2022, 6 ss.; F. Lamanna, *Composizione negoziata e nuove misure per la crisi d'impresa*, *Il Civilista*, Giuffrè, 2021, 25 s. Nella stessa direzione anche la Relazione illustrativa al D.L. 118/2021, dalla quale si desume che la composizione negoziata della crisi non è altro che uno strumento per consentire ad un'impresa, che versi in uno stato di pre-crisi o di crisi di svolgere senza intralci le trattative con i suoi creditori per giungere ad una soluzione negoziata che consenta di risanarsi.

¹² V., ad esempio, l'alleggerimento documentale previsto dall'art. 25 quater, comma 2, CCII, per le imprese minori che sono dispensate (almeno sino a quando non facciano richiesta delle misure protettive) dall'obbligo di depositare anche il piano finanziario previsto dall'art. 17, comma 3, lett. b) per le imprese maggiori.

¹³ A. Mancini, *Composizione negoziata e sovraindebitamento (Note intorno all'art. 17 dl. 118/2021)*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 07.02.2022, 5; L. De Bernardin, *Le imprese sottosoglia nel decreto legge n. 118/2021: nuove opportunità*,

concordato minore e alla liquidazione controllata (oltre al concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25 sexies CCII e all'accordo di ristrutturazione dei debiti ex artt. 57, 60 e 61 CCII). Una chiara indicazione in tal senso è ora fornita dall'art. 23, comma 2, lett. d), ultimo capoverso, CCII, ove si chiarisce - trattando degli sbocchi della composizione negoziata «maggiore» - che «l'imprenditore agricolo può accedere agli strumenti di cui all'articolo 25 quater, comma 4» ovvero agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza previsti per le imprese sotto soglia.

3. *La ratio sottesa alla disciplina delle imprese minori.* Il legislatore ha voluto predisporre uno strumento di ausilio per tutti gli imprenditori¹⁴ non ponendo requisiti dimensionali di accesso a questo nuovo percorso di risanamento dell'impresa¹⁵. Evidentemente nel predisporre la disciplina il legislatore nazionale non poteva non tener conto della grave situazione di crisi causata dalla pandemia avvertita maggiormente proprio dalle piccole imprese. Sotto questo profilo, come è stato opportunamente rilevato¹⁶, il legislatore nazionale ha seguito le indicazioni della Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che evidenzia come le piccole e medie imprese rappresentino il 99 % di tutte le imprese dell'Unione e che esse hanno maggiore probabilità di essere liquidate anziché ristrutturate perché spesso non dispongono delle risorse economiche necessarie per sostenere i costi della ristrutturazione e degli strumenti per farvi fronte.

Questa esigenza è ancora più avvertita ove si consideri che le piccole imprese non dispongono di regola di organi di controllo (art. 2477 c.c.) capaci di intercettare in tempo i sintomi della crisi¹⁷ e che l'imprenditore minore non ha nemmeno il timore di poter subire

in *Diritto della Crisi*, 2021, 2 s. Per la fallibilità dell'impresa agricola, invece, G. Allegretti, *Codice della Crisi, fallibile l'imprenditore agricolo sopra soglia*, *Il Sole 24 ore*, 29.09.2021.

¹⁴ S. Bonfatti, *Profili della composizione negoziata*, cit., 8 e s., per il quale «in termini negativi, si può affermare che sono esclusi dalla legittimazione ad avvalersi della Composizione negoziata esclusivamente i non - imprenditori (regolari)». [...] «Trattasi infatti, come già segnalato, principalmente di un istituto che si pone come alternativa all'avvio di una trattativa extragiudiziale da parte di una impresa che intravede la "probabilità" di una crisi (cfr. art. 2, co. 1, d. l. n. 118/2021)»; con riferimento all'applicabilità della nuova disciplina anche alle società pubbliche cfr. D. De Filippis, *Composizione negoziata della crisi e società pubbliche. Spunti per un'interpretazione «adeguata»*, in *I Battelli del Reno*, 26.04.2022, 5, per il quale «Se le società pubbliche sono imprenditori commerciali quando svolgono un'attività di questo tipo e, in quanto tali, sono assoggettabili a fallimento o alle altre procedure concorsuali, non vi sarebbero ragioni per negare a esse, al pari di quelle di diritto comune, l'accesso alla composizione negoziata per la soluzione della crisi».

¹⁵ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 26.

¹⁶ M. Spadaro, *La composizione negoziata della crisi delle imprese sotto soglia*, in *Fallimento*, 2022, 1 e s.

¹⁷ E. Brodi - T. Orlando, *Nomina dell'organo di controllo nelle S.R.L.: un esercizio di quantificazione alla luce dei nuovi parametri dimensionali*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 25.02.2019, 3 s., hanno rilevato come «nel quadro previgente, circa 14.300 s.r.l. (pari a poco meno del 3 per cento del totale delle imprese analizzate) fossero

il «fallimento» e con esso di poter incappare nei reati «fallimentari»¹⁸ (v. però ora l'art. 268, comma 2, CCII, che nel caso di insolvenza legittima anche il creditore a proporre domanda di apertura della liquidazione controllata del sovraindebitato e l'art. 344 CCII¹⁹ che disciplina i reati commessi dal debitore nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento)²⁰.

Del resto, anche le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi che si sarebbero dovute svolgere dinanzi agli OCRI previste dal vecchio Titolo II del CCII erano accessibili (salvo talune esclusioni) a tutte le imprese (art. 12, comma 4), comprese le imprese minori e quelle agricole (sia piccole che grandi), per le quali però residuava la competenza degli OCC per la gestione della fase successiva alla segnalazione degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati (v. art. 12, comma 7, CCII)²¹.

Certamente queste esigenze del legislatore comunitario (recepite da quello nazionale) non sembra, almeno sinora, che siano state compiutamente recepite dalle imprese sotto soglia (e non solo), se è vero che alla data del 2 settembre 2022, stando ai dati pubblicati da Unioncamere, risultano presentate in tutta Italia 358 istanze di nomina dell'esperto indipendente, di cui solo 27 da parte di imprese minori.

4. *Il presupposto soggettivo della composizione negoziata «minore».* Ai sensi dell'art. 25 quater, comma 1, CCII, può chiedere la nomina dell'esperto indipendente «l'imprenditore commerciale e agricolo che presenta congiuntamente i requisiti di cui all'articolo 2, comma 1, lettera d)». Quindi, per potervi accedere occorre avere la qualità di imprenditore commerciale o agricolo, così come previsto per la composizione negoziata «ordinaria» dall'art. 12, comma 1, CCII, ed in più il possesso congiunto dei requisiti richiesti dall'art. 2, comma 1, lett. d), CCII, per l'impresa minore (che sono i medesimi previsti dall'art.

obbligate alla costituzione dell'organo di controllo, in base ai criteri quantitativi di cui alla lett. c). Poco più della metà di queste (circa 7.300, pari all'1,5 per cento del totale delle imprese analizzate) era incluso in tale insieme in virtù dei soli criteri relativi all'attivo e ai ricavi, non eccedendo la soglia prevista per i dipendenti». Sul punto F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 19 s.

¹⁸ In tal senso M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 2.

¹⁹ Sui profili sanzionatori delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento alla luce del CCII, cfr. M. Bellini, *OCC: funzioni e responsabilità*, in AA.VV., *La nuova disciplina del sovraindebitamento*, diretto da M. Irrera e S.A. Cerrato, Zanichelli, 2021, 469 ss.

²⁰ Parla di nuova «allerta interna light», F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 18, che rileva la scarsa efficienza del sistema di allerta disegnato dal D.L. n. 118/2021, che lascia fuori non solo le imprese individuali, ma anche la maggior parte di quelle societarie, che non hanno un organo interno di controllo (su cui v. supra).

²¹ Sull'argomento M. Ferro, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. n. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fallimento*, 2019, 419 ss.

1, comma, 2, l. fall.). Circa la prova del possesso dei requisiti dimensionali deve ritenersi - stante il tenore letterale dell'articolo 25 quater, comma 1, CCII - come non trovi applicazione la regola della distribuzione dell'onere della prova prevista dall'art. 121 CCII sulla liquidazione giudiziale, ove è il debitore a dover dimostrare (così come previsto del resto dall'art. 1, comma 2, l.fall.) di non superare i limiti dimensionali e che in difetto di prova da parte sua, è considerato fallibile (rectius assoggettabile a liquidazione giudiziale).

Lo strumento in oggetto deve ritenersi precluso agli altri debitori sovraindebitati²², diversi dalle imprese (agricole e commerciali)²³, quali il consumatore, il professionista, gli enti non profit che non svolgono attività d'impresa, gli enti pubblici (già esclusi dall'ambito di applicazione del CCII dall'art. 1, comma 1)²⁴, i soci illimitatamente responsabili anche di società di persone, in quanto non sono imprenditori²⁵.

4.1. *Segue: la regolarità dell'impresa.* L'impresa (commerciale o agricola) deve essere iscritta nel R.I. Requisito non espresso, ma desunto dal fatto che a questo percorso le imprese (anche minori) possono accedere solo tramite la piattaforma telematica istituita presso le Camere di Commercio²⁶.

²² Sul perimetro soggettivo delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento, cfr. S. Leuzzi, *La procedura da "sovraindebitamento": profili generali*, in AA.VV., *Il nuovo sovraindebitamento dopo il Codice della crisi di imprese e dell'insolvenza*, 2019, 15 ss.

²³ Come è stato affermato, sono esclusi dalla legittimazione ad avvalersi della composizione negoziata esclusivamente i non - imprenditori (R.G. Guidotti, *La composizione negoziata e la direttiva Insolvency: prime note*, in *Diritto della Crisi*, 2.2.2022, 7).

²⁴ V. Gunnella, *I confini degli enti pubblici sottratti alle procedure concorsuali*, in *Osservatorio sulle crisi di impresa*, 2019, 1 ss. Per le società pubbliche cfr. invece, D. De Filippis, *Composizione negoziata*, 1 ss.

²⁵ In senso critico rispetto alla scelta del legislatore di lasciare fuori dal perimetro soggettivo dell'istituto i debitori privi della qualità imprenditoriale, A. Rossi, *I presupposti della CNC, tra debiti dell'imprenditore e risanamento dell'impresa*, in *Diritto della Crisi*, 2021, 6, per il quale «si tratta di una differenza poco spiegabile, specie per un istituto avulso dal contesto della legge fallimentare o del CCII, anche perché l'intervento di un facilitatore nelle trattative e l'esito negoziale di una crisi da sovraindebitamento potrebbe essere del tutto plausibile anche al di fuori del contesto imprenditoriale, in considerazione della normale ristrettezza dei soggetti da coinvolgere nelle trattative, e potrebbe comunque generare i benefici sistemici cui tende la CNC: la soluzione della situazione di sovraindebitamento nel rispetto dei diritti soggettivi dei creditori (rimodulati solo su base squisitamente volontaria) e senza quell'intervento di apparati giudiziari che comunque costituisce un costo sociale. È auspicabile, dunque, che, magari all'esito di una positiva esperienza applicativa della CNC nell'ambito imprenditoriale oggi riservatole, si rifletta sulla possibilità di estenderne l'applicazione anche al di fuori di siffatto ambito».

²⁶ A. Mancini, *Composizione negoziata*, cit., 3; M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 315; S. Ambrosini, *La nuova composizione*, cit., 5.

Sono esclusi, quindi, gli imprenditori irregolari, le società di fatto, le imprese cancellate dal R.I. anche se non è decorso l'anno dell'art. 33 CCII²⁷. Si deve ritenere che siano esclusi anche quegli imprenditori che, pur formalmente iscritti nel R.I., abbiano di fatto cessato l'attività d'impresa con comunicazione formale effettuata in Camera di Commercio, perché solo per l'impresa in esercizio può avere senso l'obiettivo del risanamento sotteso alla composizione negoziata²⁸.

4.2. *Segue: le start up innovative.* Il D.L. n. 118/2021 non menzionava espressamente le start up innovative che, come è noto, non sono assoggettabili a procedure concorsuali diverse da quelle di composizione della crisi da sovraindebitamento ai sensi dell'art. 31 della legge n. 221/2012²⁹.

Lo Schema di D.Lgs. di attuazione della Direttiva 2019/1023 - AC 374, approvato dal Consiglio dei Ministri il 17.3.2022, all'art. 25 quater, invece, aveva previsto che gli imprenditori agricoli e commerciali di cui all'art. 2, comma 1, lett. c), del Codice, che si trovavano in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico - finanziario, potevano chiedere la nomina dell'esperto. E poiché la lettera c) del CCII nel definire il perimetro soggettivo del «sovraindebitamento» includeva (ed include) espressamente anche le start up innovative, queste dovevano ritenersi certamente legittimate ad accedere alla composizione negoziata «minore».

Oggi, l'art. 25 quater del CCII, nell'ultima versione aggiornata al D.Lgs. n. 83/2022, non fa più rinvio agli imprenditori di cui alla lett. c) dell'art. 2, comma 1, CCII, per cui non è ancora ben chiaro se anche le start up possano o meno accedere a questo nuovo percorso di risanamento.

Ragioni di coerenza sistematica che muovono dalla ratio sottesa alla nuova disciplina e dalle chiare indicazioni di matrice comunitaria (di cui sopra) inducono ad accogliere la soluzione più permissiva, consentendo anche a questo tipo di impresa l'accesso al nuovo strumento³⁰. Resta inteso che a prescindere dal percorso intrapreso (se quello «ordinario» delle imprese sopra soglia o quello «minore» delle imprese sotto soglia), gli sbocchi nel

²⁷ M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 315.

²⁸ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 27; A. Mancini, *Composizione negoziata*, cit. 3.

²⁹ Sul tema A. Farolfi, *Considerazioni sulla non fallibilità delle start up innovative*, in *Fallimento*, 2022, 420 ss.; G.P. Macagno, *Esenzione temporanea delle start-up innovative dall'applicazione delle procedure concorsuali e accesso al procedimento di composizione della crisi da sovraindebitamento*, in *Fallimento*, 2020, 1136 ss.

³⁰ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 99.

caso di insuccesso della composizione negoziata dovrebbero essere quelli previsti dalle procedure di sovraindebitamento³¹.

4.3. *Segue: l'impresa sociale.* L'impresa sociale che agisce senza scopo di lucro e per finalità di utilità sociale, in caso di insolvenza, ai sensi dell'art. 14 del D.lgs. n. 112/2017, non è fallibile, ma assoggettabile solo alla liquidazione coatta amministrativa³². Invero, la non fallibilità dell'impresa sociale non acquisita rilievo ai fini dell'applicabilità della composizione negoziata, ragion per cui è ragionevole ritenere che rientrando l'impresa sociale fra le imprese commerciali (in forza della c.d. concezione residuale dell'impresa commerciale rispetto a quella agricola dell'art. 2135 c.c.³³) e non costituendo quindi un *tertium genus*³⁴, anch'essa possa accedere al nuovo strumento, fermo restando che gli sbocchi della composizione negoziata (sia «ordinaria» che «minore») non dovrebbero essere diversi dalla liquidazione coatta amministrativa³⁵.

4.4. *Segue: l'impresa in liquidazione.* Il dubbio circa l'accessibilità alla composizione negoziata da parte di imprese in stato di liquidazione scaturisce dal fatto che l'obiettivo dichiarato dell'istituto (v. Part. 12 e Part. 25 quater CCII) è il risanamento dell'impresa³⁶. Eppure, non sembra che la liquidazione costituisca condizione ostativa³⁷ anche perché ai sensi dell'art. 12, comma 2, del CCII, il risanamento può essere perseguito «anche mediante il trasferimento dell'azienda o di rami di azienda». Della composizione negoziata possono peraltro avvalersi anche imprenditori in stato d'insolvenza, quantomeno quando essa sia reversibile³⁸. L'obiettivo del legislatore è cioè il risanamento dell'impresa in termini

³¹ A. Mancini, *Composizione negoziata*, cit., 5.

³² E. Sabatelli, *Qualche riflessione sull'impresa sociale insolvente*, in *Dir. Fall.*, 2019, I, 32 ss.

³³ Su cui cfr. per tutti G.F. Campobasso, *Diritto commerciale*, cit., 56 ss.

³⁴ Così invece G. Bonfante, *Cooperative sociali, imprese sociali e lca: un tertium genus di imprese*, in *Società*, 2021, 802 ss.; in giurisprudenza di recente v. Trib. Siracusa, 05.05.2021, in *Società*, 2021, 799, secondo il quale “la cooperativa sociale in quanto impresa sociale di diritto, in caso di insolvenza, è sottoposta alla sola procedura di liquidazione coatta amministrativa e non alla dichiarazione di fallimento trattandosi di impresa che opera nel sociale diversa dalle imprese commerciali”. Contra, fra gli altri, A. Nigro, *Gli imprenditori collettivi non societari nel diritto della crisi*, in *Riv. Società*, 2020, 1523 ss.

³⁵ M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 316.

³⁶ Quello che la dottrina (F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 28), chiama “requisito funzionale – teleologico”.

³⁷ A. Rossi, *I presupposti della CNC*, cit., 5.

³⁸ Così L. Panzani, *Il d.l. “Pagni” ovvero la lezione (positiva) del covid*, in *Diritto della Crisi*, 2021, 10. Sul tema, A. Dentamaro, *Composizione negoziata della crisi: mancata nomina dell'esperto e autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili ex art. 10, primo comma, d.l. 118/2021. Brevi riflessioni*, in *I Battelli del Reno*, 16.05.2022, 10.

oggettivi e non soggettivi, per cui è perseguibile anche con la dismissione dell'azienda ovvero attraverso operazioni straordinarie nell'ambito, ad esempio, di una composizione negoziata della crisi di gruppo³⁹.

5. *Il presupposto oggettivo.* Il presupposto oggettivo della composizione negoziata «minore» è il medesimo di quella «ordinaria» e cioè la condizione di squilibrio patrimoniale o economico - finanziario che rende probabile la crisi o l'insolvenza, quando risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento⁴⁰. L'art. 25 quater, comma 1, riproduce pertanto l'art. 12, comma 1, CCII, anticipando di fatto la possibilità di accedere al nuovo percorso anche allo stato di pre-crisi⁴¹ o di crisi «intima», come la definisce parte della dottrina⁴². Se lo stato di pre-crisi è il momento iniziale a partire dal quale poter accedere alla composizione negoziata, il momento finale è costituito evidentemente dall'insolvenza, la quale - come già rilevato - non è necessariamente incompatibile con l'obiettivo di risanamento dell'impresa sotteso al nuovo strumento⁴³.

6. *La condizione oggettiva della risanabilità dell'impresa.* L'art. 25 quater, comma 1, riproducendo quanto già previsto per le imprese sopra soglia dall'art. 12, comma 1, CCII,

³⁹ A. Mancini, *Composizione negoziata*, cit., 6; F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 27; A. Rossi, *I presupposti della CNC*, cit., 5, per il quale «addirittura, è immaginabile il ricorso alla nomina dell'esperto anche da parte di una società in liquidazione, purché mantenga una organizzazione d'impresa suscettibile del risanamento previsto dall'art. 2».

⁴⁰ Oltre al presupposto oggettivo dello «squilibrio patrimoniale o economico finanziario», il legislatore richiede pertanto la sussistenza di un ulteriore requisito di carattere funzionale - teleologico costituito dalla «ragionevole perseguibilità del risanamento dell'impresa»: F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 28.

⁴¹ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 28 ss. Il D.L. n. 118/2021 ha voluto evidentemente anticipare gli spazi di intervento del nuovo strumento, introducendo - come affermato efficacemente dalla dottrina (L. Panzani, *Il d.l. "Pagni"*, cit., 10) - il concetto di «probabilità della probabilità d'insolvenza». Si vuole favorire l'accesso alla composizione negoziata in una fase assolutamente preliminare, quando le possibilità di trovare una soluzione con i creditori sono più elevate, seguendo una linea di politica legislativa che è conforme agli *standard* internazionali ed agli stessi principi cui è ispirato il Codice della crisi.

⁴² A. Rossi, *I presupposti della CNC*, cit., 8, per il quale l'anticipazione della situazione rilevante alla crisi «intima» reca poi con sé importanti implicazioni di governance dell'impresa e, soprattutto, incide sul sistema dell'allerta interna.

⁴³ A. Mancini, *Composizione negoziata*, cit., 6; S. Ambrosini, *La nuova composizione*, cit., 7; S. Bonfatti, *Profili della composizione negoziata*, cit., 13, per il quale anche l'imprenditore già insolvente ovvero anche l'imprenditore di cui si accerti l'insolvenza nel corso delle trattative avviate con la collaborazione dell'esperto è legittimato a ricorrere alla (ed a continuare ad avvalersi della) composizione negoziata. In senso parzialmente difforme, F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 34, per il quale solo l'insolvenza che sussiste all'inizio delle trattative è circostanza ostativa, mentre quella che emerge successivamente «nel corso delle trattative» non ne preclude la prosecuzione, sempreché emergano concrete prospettive di risanamento.

parrebbe introdurre un altro presupposto oggettivo (oltre alla condizione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario) per poter accedere al percorso della composizione negoziata (anche «minore»), costituito dalla ragionevole risanabilità dell'impresa. Invero, più che di presupposto o requisito di accesso alla composizione negoziata (non è previsto infatti un effettivo controllo in ingresso da parte della Camera di Commercio), forse è più corretto parlare di «condizione per la sua perseguibilità e/o per l'inizio delle trattative»⁴⁴, il cui accertamento è rimesso all'esperto (evidentemente già nominato)⁴⁵. L'esperto, infatti, non appena dovesse verificarne la mancanza è tenuto ai sensi dell'art. 17, comma 5, CCII (richiamato per le imprese minori dall'art. 25 quater, comma 5, CCII), a dare immediata comunicazione all'imprenditore ed al Segretario generale della Camera di Commercio, che dispone l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata.

7. *Le condizioni ostative.* L'art. 25 quater, al comma 5, richiama le condizioni ostative all'accesso alla composizione negoziata previste dall'art. 25 quinquies CCII costituite dalla pendenza di un procedimento di cui all'art. 40 CCII per l'accesso ad uno degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, anche se con riserva. Per quanto riguarda in particolare le imprese minori, costituisce condizione ostativa la pendenza di una proposta di concordato minore prevista dall'art. 74 CCII o di una domanda di accesso alla liquidazione controllata di cui all'art. 268 CCII. Con specifico riguardo alle imprese minori, la pendenza si dovrebbe avere solo col deposito della proposta di concordato minore o della domanda di liquidazione controllata dei beni presso il Tribunale competente e non con la semplice istanza di nomina dell'OCC. La nomina dell'OCC, infatti, attiene ad una fase meramente stragiudiziale e non prelude necessariamente all'apertura di una procedura di sovraindebitamento, essendo la relativa iniziativa rimessa sempre alla discrezionalità del debitore (con l'ausilio dell'OCC). L'istanza di nomina dell'esperto inoltre non può essere presentata nemmeno dall'imprenditore che, nei quattro mesi precedenti, abbia rinunciato ad una delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza di cui sopra.

Ulteriore circostanza ostativa è quella prevista dall'art. 17, comma 9, richiamato per le imprese minori dall'art. 25 quater, comma 5, CCII, che per il caso di archiviazione del

⁴⁴ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 37, che parla al riguardo di «requisito funzionale ad efficacia ritardata»; S. Ambrosini, *La nuova composizione*, cit., 10.

⁴⁵ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 37, il quale rileva peraltro come il giudizio valutativo dell'esperto sia, di fatto, insindacabile, non essendo previste delle forme di tutela dell'imprenditore che voglia contestare la valutazione negativa dell'esperto. Difetto di tutela oggi parzialmente colmato dalla possibilità prevista dal D.Lgs. n. 83/2022 all'art. 17, comma 6, CCII, che la Commissione regionale possa sostituire l'esperto, su segnalazione anche dell'imprenditore, non solo per carenza del requisito dell'indipendenza (già prima cfr. l'art. 5, comma 6, del D.L. n. 118/2021), ma anche a seguito di altre contestazioni mosse al suo operato (fra le quali dovrebbe potersi fare rientrare anche un erroneo giudizio negativo sulla ragionevole perseguibilità del risanamento).

procedimento, impedisce all'imprenditore di presentare una nuova istanza prima che sia decorso un anno dall'archiviazione.

Si tratta evidentemente di condizioni (di carattere processuale)⁴⁶ che mirano ad evitare abusi⁴⁷ dello strumento da parte dei debitori che hanno già optato per un altro strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza (per le imprese minori, il riferimento è alle procedure di sovraindebitamento) oppure che abbiano già scontato un recente insuccesso della composizione negoziata e che, ove ricorrono, determinano l'inammissibilità⁴⁸ o l'improponibilità⁴⁹ dell'istanza di nomina dell'esperto.

8. *La nomina dell'esperto nella composizione «minore».* Il D.Lgs. n. 83 del 2022 ha finalmente fatto chiarezza su chi sia il soggetto deputato alla nomina dell'esperto per le imprese minori, disponendo - al comma 2 dell'art. 25 quater CCII - come anche per le imprese minori l'istanza di nomina debba essere presentata - sempre tramite la piattaforma telematica - al Segretario generale della Camera di commercio nel luogo dove si trova la sede legale dell'impresa. Il D.L. n. 118/2021, invece, all'art. 17, comma 2, prevedeva che l'istanza potesse essere presentata alternativamente all'OCC competente per territorio oppure al Segretario generale della Camera di commercio e all'art. 17, ultimo comma, disponeva conseguentemente che il compenso dell'esperto venisse liquidato dal soggetto che aveva provveduto alla nomina (quindi dall'OCC o dal Segretario generale della Camera di commercio che lo aveva nominato)⁵⁰.

Anche lo Schema di D.Lgs. AC 374 approvato dal Consiglio dei ministri il 17.03.2022 all'art. 25 quater, comma 2, manteneva l'alternativa OCC - Segretario generale della Camera di Commercio, così come anche la previsione dell'ultimo comma sulla liquidazione del compenso dell'esperto da parte del soggetto che aveva fatto la nomina.

La previsione, come è noto, ha suscitato una serie di difficoltà ermeneutiche fra gli studiosi e gli operatori del diritto sia per quanto riguardava le modalità di presentazione dell'istanza (se attraverso la piattaforma telematica istituita presso le Camere di commercio ovvero direttamente all'OCC competente tramite una pec⁵¹), sia per quanto riguardava i requisiti

⁴⁶ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 35; S. Ambrosini, *La nuova composizione*, cit., 9.

⁴⁷ Parla di requisito anti-abusivo di carattere processuale, F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 35.

⁴⁸ M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 317.

⁴⁹ M. Montanari, *I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali*, in *Diritto della Crisi*, 2021, 12; S. Ambrosini, *La nuova composizione*, cit., 9.

⁵⁰ M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 318 ss.

⁵¹ In questo senso A. Mancini *Composizione negoziata*, cit., 3.

dell'esperto indipendente e l'albo dal quale attingere il suo nominativo (se quello istituito presso l'OCC competente ovvero l'elenco tenuto presso la Camera di Commercio del Capoluogo di Regione)⁵².

Alla luce del nuovo CCII, l'istanza di nomina va fatta solo alla Camera di commercio del luogo dove è la sede legale dell'impresa, esclusivamente mediante la piattaforma informatica. L'iter procedimentale da seguire è sostanzialmente lo stesso delle imprese maggiori, vi è solo un alleggerimento del compendio documentale che deve essere allegato alla domanda, non richiedendosi per le imprese minori il «piano di risanamento» e la «relazione sintetica sull'attività in concreto esercitata recante il piano finanziario per i successivi sei mesi e le iniziative che si intende adottare» (art. 17, comma 3, lett. b)⁵³. L'intento del legislatore è evidentemente quello di non onerare l'impresa sotto soglia di ulteriori costi e di attività particolarmente complesse non compatibili con la speditezza del procedimento⁵⁴.

Se però l'imprenditore minore chiede le misure protettive dell'art. 18 CCII, è tenuto, anche lui, in forza dell'art. 19, comma 2, lett. d), richiamato dall'art. 25 quater, comma 5, CCII, a produrre il piano finanziario per i successivi sei mesi e un prospetto delle iniziative che intende adottare⁵⁵.

La nomina dell'esperto avviene ad opera del Segretario generale della Camera di commercio al quale è presentata la istanza (art. 25 quater, comma 2, CCII); quindi, non dalla Commissione regionale (costituita da tre membri effettivi e tre supplenti) prevista dall'art. 13, comma 6, CCII, che infatti non viene opportunamente richiamato, per le imprese minori, dall'art. 25 quater, comma 5, CCII.

Il compenso dell'esperto è liquidato dallo stesso Segretario della Camera di commercio che lo ha nominato (art. 25 quater, comma 7, CCII) e non quindi, a differenza di quanto previsto per le imprese maggiori, dalla Commissione regionale di cui all'art. 13, comma 6, CCII. Solo per un mero refuso è stata mantenuta - all'art. 25 quater, comma 7, CCII - la previsione originaria sulla liquidazione del compenso dell'esperto anche da parte del responsabile dell'OCC che lo ha nominato.

⁵² Nel secondo senso A. Mancini, *Composizione negoziata*, cit., 7; M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 319.

⁵³ Invero, il testo originario del D.L. n. 118/2021, prima della legge di conversione, prevedeva per le imprese minori un obbligo di produzione documentale sensibilmente più ridotto rispetto alle imprese di maggiori dimensioni.

⁵⁴ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 100; M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 320.

⁵⁵ M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 320, nota 59.

9. *Requisiti e funzioni dell'esperto nella composizione «minore».* L'art. 25 quater, comma 5, CCII, rinvia alle norme dettate per le imprese maggiori, per quanto attiene alle funzioni dell'esperto (in particolare all'art. 12, comma 2, CCII, che conferisce all'esperto il compito di agevolare le trattative tra l'imprenditore, i creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento della crisi), alla redazione della relazione finale (art. 17, comma 8, CCII), che deve essere inserita nella piattaforma telematica e comunicata all'imprenditore e al Tribunale, se sono state concesse misure protettive o cautelari.

Le attività dell'esperto nella composizione negoziata «minore» sono pertanto sostanzialmente le stesse previste per le imprese di maggiori dimensioni⁵⁶.

Ragioni di ordine sistematico inducono poi a ritenere che anche i criteri da seguire per la nomina dell'esperto (rotazione, trasparenza e curriculum professionale), dovrebbero trovare applicazione per le imprese sotto soglia, benché l'art. 25 quater, comma 5, CCII, non richiami espressamente l'art. 13, comma 7, CCII, dettato per le imprese maggiori. Il limite dei due incarichi contemporanei per esperto previsto per le imprese maggiori dall'art. 17, comma 4, CCII, è invece espressamente richiamato per le imprese sotto soglia dall'art. 25 quater, comma 5, CCII.

10. *Le opportunità offerte dalla composizione negoziata alle imprese minori.*

10.1. *Segue: l'anticipazione delle misure protettive alla fase delle trattative.* Uno dei profili maggiormente innovativi della disciplina della composizione negoziata delle imprese sotto soglia è indubbiamente costituito dalla opportunità riconosciuta per la prima volta alle imprese minori di beneficiare delle misure protettive a tutela del proprio patrimonio già nel corso delle trattative con i creditori. La legge n. 3 del 2012 infatti non concedeva questa opportunità, dal momento che nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento l'automatic stay scatta(va) solo con il decreto di apertura della procedura, non prima (cfr. l'art. 10, comma 2, lett. c) per l'accordo e l'art. 14 quinquies, comma 2, lett. b) per la liquidazione del patrimonio). Ed è ben noto come fra la nomina dell'OCC ed il decreto di apertura della procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento trascorrono di regola diversi mesi, durante i quali l'imprenditore minore è privo dell'ombrello protettivo ed è alla mercé delle iniziative dei singoli creditori.

Oggi, invece, è sufficiente, per le imprese minori, pubblicare nel R.I. l'istanza di applicazione delle misure protettive del patrimonio ex art. 18, comma 1, CCII, perché operi il blocco delle azioni esecutive e cautelari. Ferma restando la necessità per l'impresa

⁵⁶ M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 320; F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 99. Sulle funzioni ed i requisiti dell'esperto indipendente, cfr. A. Guiotto, *La figura dell'esperto e la conduzione delle trattative nella composizione negoziata della crisi*, in *Fallimento*, 2021, 1527 ss.

di chiedere al Tribunale, entro il giorno successivo alla pubblicazione dell'istanza, con le forme e le modalità dell'art. 19 CCII, la conferma o la modifica delle misure protettive o l'adozione dei provvedimenti cautelari necessari per portare a termine le trattative⁵⁷.

Per gli altri imprenditori sovra-indebitati che non possono accedere alla composizione negoziata della crisi, l'unica alternativa per poter beneficiare in via anticipata delle misure protettive, è quella di proporre un concordato minore «con riserva» o «prenotativo», ove questa modalità di presentazione del concordato preventivo (art. 44 CCII) venga ritenuta applicabile anche alla procedura minore⁵⁸.

10.2. *Segue: la conservazione degli effetti degli atti autorizzati dal Tribunale.* L'art. 25 quater, comma 6, colmando una lacuna del D.L. n. 118/2021⁵⁹ espressamente dispone che gli atti autorizzati dal Tribunale (quali finanziamenti prededucibili anche da parte dei soci, cessioni di azienda o di rami di azienda in deroga al 2560, comma 2, c.c., ferme restando le tutele dell'art. 2112 c.c.) conservano i propri effetti anche se successivamente dovesse intervenire un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato (per le imprese agricole), un concordato minore omologato, l'apertura della liquidazione controllata o un concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio omologato di cui all'art. 25 sexies CCII.

10.3. *Segue: l'accesso alle misure premiali di tipo fiscale.* Anche le imprese minori potranno giovare delle misure premiali di tipo fiscale previste dall'art. 25 bis CCII per le imprese maggiori in forza del richiamo a quest'ultima norma operato dall'art. 25 quater, comma 5, CCII.

10.4. *Segue: la sottrazione agli obblighi di ricapitalizzazione e la inoperatività delle cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale.* Al netto di quanto previsto dalla

⁵⁷ F.M. Cocco, *L'effetto dirompente dell'anticipazione delle misure protettive per le imprese sotto soglia nella composizione negoziata*, in *Diritto della Crisi*, 2021, 1 ss. Come è stato opportunamente osservato, «lo strumento del c.d. concordato in bianco - molto utilizzato in passato per ottenere l'inibitoria delle azioni esecutive (c.d. automatic stay), nelle more della predisposizione della domanda di concordato o degli accordi di ristrutturazione - nel contesto del nuovo Codice è destinato a subire la concorrenza della Composizione Negoziata ex art. 12 ss. CCII, che pure consente di fruire delle misure protettive regolate dall'art. 18 CCII, estese anche alle imprese sotto soglia» (A. Mancini, *Sovraindebitamento: dall'accordo ex L. 3/2012 al concordato minore*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, 29.08.2022, 45).

⁵⁸ A. Mancini, *Sovraindebitamento*, cit., 49 e 50, per il quale in senso affermativo deporrebbe, pur in difetto di una previsione normativa espressa, il rinvio che l'art. 65 CCII, in tema di «Ambito di applicazione delle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento», fa alle disposizioni sul procedimento unitario previste al titolo III del Codice, nell'ambito delle quali l'art. 54 CCII prevede espressamente la possibilità di disporre le «misure cautelari e protettive» anche prima del deposito della domanda di concordato, presentando, appunto, la domanda di accesso alla composizione negoziata o di concordato c.d. con riserva (comma 4).

⁵⁹ A. Mancini, *Sovraindebitamento*, cit., 50.

normativa emergenziale Covid per tutte le imprese (anche le minori), quella in esame (prevista dall'art. 20 CCII richiamato dall'art. 25 quater, comma 5, CCII) costituisce certamente un'opportunità che non era prevista dalla legge sul sovraindebitamento, ma riservata solo alle imprese maggiori (cfr. l'art. 182 sexies l. fall. sul concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti).

11. *I possibili sbocchi della composizione negoziata «minore».* L'art. 25 quater, al comma 3, CCII, prevede gli sbocchi della composizione negoziata minore nel caso venga individuata una soluzione idonea al superamento della crisi, mentre il comma 4 individua gli sbocchi nella diversa ipotesi di esito negativo delle trattative con mancato raggiungimento dell'accordo.

Si tratta di strumenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza che parzialmente divergono da quelli previsti per le imprese maggiori dall'art. 23 CCII, che certamente ampliano il novero delle soluzioni praticabili da parte delle imprese sotto soglia.

11.1. *Segue: il successo delle trattative.* Nel dettaglio, il legislatore prevede che nel caso di esito positivo delle trattative, le parti potranno concludere un contratto privo di effetti nei confronti dei terzi e idoneo ad assicurare la continuità aziendale, un accordo avente il contenuto della convenzione di moratoria di cui all'art. 62 CCII oppure un accordo sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre le misure premiali previste dall'art. 25 bis, comma 5, CCII.

Con riferimento al «contratto privo di effetti nei confronti dei terzi e idoneo ad assicurare la continuità aziendale» (lett. a), giova rilevare come la fattispecie appaia, da un lato, estremamente semplificata e agevolata rispetto alla variante prevista per le imprese sopra soglia dall'art. 23, comma 1, lett. a), CCII, non essendo previsto né il limite minimo di due anni di continuità aziendale, né l'attestazione dell'esperto contenuta nella relazione finale di cui all'art. 17, comma 8, CCII; dall'altro lato, risulta penalizzante per le imprese minori, non essendo richiamati, a differenza delle imprese maggiori (art. 23, comma 1, lett. a) gli effetti premiali di cui all'art. 25 bis, comma 1, CCII, sulla riduzione degli interessi sui debiti tributari. Orbene, mentre l'esigenza di semplificazione procedimentale prevista per le imprese minori potrebbe al più giustificare la rimozione del limite biennale alla continuità aziendale⁶⁰ e dell'attestazione dell'esperto⁶¹, la mancata produzione degli effetti premiali in

⁶⁰ F. Lamanna, *Composizione negoziata*, cit., 100; L. De Bernardin, *Le imprese sottosoglia*, cit., 5

⁶¹ Diversamente V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Diritto della Crisi*, 2021, 23; M. Spadaro, *La composizione negoziata*, cit., 324, per i quali si tratterebbe piuttosto di una imprecisione normativa che andrebbe colmata in via interpretativa applicando la corrispondente disciplina delle imprese più grandi di cui all'art. 23, comma 1, lett. a), CCII.

ambito tributario appare ingiustificata anche alla luce del rinvio operato dall'art. 25 quater, comma 5, CCII, all'intero art. 25 bis CCII, nei limiti della compatibilità⁶².

L'accordo «avente il contenuto dell'articolo 62» (lett. b), a differenza della corrispondente previsione delle imprese maggiori (art. 23, comma 1, lett. b), non è la tipica «convenzione di moratoria» capace di spiegare i propri effetti anche nei confronti dei creditori non aderenti appartenenti alla medesima categoria (art. 62, comma 1, CCII), ma è piuttosto un normale accordo (privo quindi di effetti nei confronti dei terzi) che può avere ad oggetto la «dilazione delle scadenze dei crediti, la rinuncia agli atti o la sospensione delle azioni esecutivi e conservative e ogni altra misura che non comporti rinuncia al credito»⁶³.

L'accordo «sottoscritto dall'imprenditore, dai creditori e dall'esperto, idoneo a produrre gli effetti di cui all'articolo 25 bis, comma 5, CCII» (lett. c), è un accordo (vincolante anch'esso solo fra le parti) che può produrre le misure premiali previste dagli artt. 88, comma 4 ter e 201 comma 5 del TUIR (d.p.r. n. 917/1986) sul trattamento fiscale delle sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione dei debiti dell'impresa accordata dai creditori.

11.2. *Segue: l'insuccesso delle trattative.* Se invece all'esito delle trattative non è stato possibile raggiungere l'accordo, l'imprenditore minore potrà accedere al concordato minore di cui all'art. 74 CCII, chiedere la liquidazione controllata dei beni ai sensi dell'art. 268 CCII oppure presentare la domanda di concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio di cui all'art. 25 sexies CCII.

Per la sola impresa agricola (anche di minori dimensioni) viene riservata la possibilità, sinora prevista dall'art. 23, comma 43, della legge n. 111/2011 (di conversione del D.L. n. 98/2011)⁶⁴, di domandare anche l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi degli artt. 57, 60 e 61.

Indubbiamente, la maggiore opportunità offerta alle imprese minori per il caso di insuccesso delle trattative condotte dall'esperto, pare essere costituita dalla possibilità di accedere al nuovo istituto del concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio previsto dall'art. 25 sexies CCII⁶⁵, che presumibilmente rappresenterà per le imprese sotto

⁶² A. Mancini, *Composizione negoziata*, cit., 8; A. Mancini, *Le "imprese sotto soglia" nel d.l. 118/2021: interazioni con il sovraindebitamento*, in *IlCaso.it*, 01.09.2021, 12.

⁶³ V. Zanichelli, *Gli esiti possibili*, cit., 23.

⁶⁴ Norma abrogata dall'art. 374 del CCII, perché evidentemente assorbita dalle nuove previsioni normative (l'art. 57 del CCII rende infatti accessibili gli accordi di ristrutturazione dei debiti a tutti gli imprenditori, anche non commerciali, con esclusione dei soli imprenditori minori).

⁶⁵ Su cui G. D'Attorre, *Il concordato semplificato per la liquidazione del patrimonio*, in *Fallimento* 2021, 1603 ss.

soglia una valida alternativa alla liquidazione controllata di cui all'art. 268 CCII⁶⁶, la quale verrà a costituire all'atto della omologazione da parte del Tribunale (art. 25 sexies, comma 5, CCII) il parametro (il metro) per poter misurare la convenienza (per i creditori) della proposta di concordato semplificato rispetto all'ipotesi liquidatoria⁶⁷.

⁶⁶ Sui tratti distintivi e sulle potenzialità e i limiti del concordato semplificato cfr. P.F. Censoni, *Il concordato «semplificato»: un istituto enigmatico*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 22.02.2022, 1 ss.; sulla natura giuridica del nuovo istituto cfr. in particolare G. D'Attorre, *Il concordato semplificato*, cit., 106 ss., il quale rileva come mentre possa darsi per acquisita la concorsualità del concordato semplificato, discussa ne è la sua natura giuridica. Tre - prosegue l'Autore - potrebbero essere le possibili risposte. Una prima ipotesi potrebbe essere quella di ricondurre il concordato semplificato all'interno del concordato preventivo, del quale costituirebbe una variante (o un sotto-tipo). Una seconda ipotesi potrebbe essere quella di ricondurlo all'ampia categoria delle procedure concordatarie, ma considerandolo autonomo rispetto al concordato preventivo. Una terza ipotesi sarebbe quella di non qualificare il concordato semplificato come variante del concordato preventivo e nemmeno come appartenente alla più ampia categoria delle procedure concordatarie, ma di configurarlo come una procedura autonoma e non concordataria. Delle tre opzioni, l'Autore ritiene certamente più percorribile quella che qualifica il concordato semplificato come una procedura concordataria (ancorché) autonoma rispetto al concordato preventivo ordinario (in tal senso già G. Bozza, *Il concordato semplificato introdotto dal d.l. n. 118 del 2021, convertito, con modifiche dalla l. n. 147 del 2021*, in *Diritto della Crisi*, 09.11.2021, 4), individuando nell'assenza della votazione il tratto distintivo rispetto al concordato preventivo.

⁶⁷ Sulle nuove opportunità che il concordato semplificato, quale possibile sbocco della composizione negoziata, riserva alle imprese minori rispetto all'alternativa della liquidazione dei beni di cui all'art. 14 *ter* della legge n. 3 del 2012, cfr. A. Mancini, *Composizione negoziata*, cit., 15 ss.