

Dipartimento
di Giurisprudenza

Cattedra Diritto delle Crisi di impresa

L'insolvenza prospettica e il sistema dell'allerta nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Chiar.mo Prof. Vincenzo De Sensi

RELATORE

Chiar.mo Prof. Giorgio Meo

CORRELATORE

Stefano Egidio Risi
Matr.146953

CANDIDATO

Anno Accademico 2020/2021

L'insolvenza prospettica e il sistema dell'allerta nel nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza

Sommario

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I	6
Storia e dottrina a confronto: l'evoluzione del concetto di insolvenza6	
1.1) <i>L'Introduzione dell'Insolvenza, il R.D. 16 marzo 1942, n. 267.....</i>	6
1.2) <i>Il Regolamento 1346/2000</i>	13
1.3) <i>La Raccomandazione espressa dalla Commissione Europea il 12 marzo 2014</i>	23
1.4) <i>Il Regolamento UE 2015/848</i>	28
1.5) <i>La Direttiva Insolvency (UE) 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio Europeo.....</i>	37
1.6) <i>I Principi della Legge Delega 155/2017</i>	46
1.7) <i>Il D.lgs. 14/2019 e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza.....</i>	52
CAPITOLO II	60
L'insolvenza prospettica e l'apparato dell'allerta del Codice della Crisi . 60	
2.1) <i>La teorica sovrapposizione temporale tra stato di crisi e insolvenza prospettica</i>	60
2.2) <i>Sintomi (indici) dell'insolvenza prospettica</i>	69
2.2.1) <i>(Segue): Gli indici elaborati dal CNDCEC.....</i>	81
2.2.2) <i>(Segue): gli indici personalizzati</i>	89
2.3) <i>I doveri della c.d. allerta interna</i>	91
2.3.1) <i>(Segue): il ruolo delle banche e l'ultimo comma dell'articolo 14 .</i>	105

2.4) <i>La segnalazione esterna dei creditori pubblici qualificati</i>	110
CAPITOLO III	123
3.1) <i>Il nuovo 2086 c.c., tra doveri specifici...</i>	123
3.1.1) <i>(Segue):...e insindacabilità della Business Judgment Rule</i>	142
3.2) <i>L'ausilio dell'OCRI nella composizione della crisi</i>	147
CONCLUSIONI	161
Bibliografia	163
Giurisprudenza	172

INTRODUZIONE

Il presente elaborato è diretto ad analizzare l'impatto e la rivoluzione copernicana prodotta all'interno dell'ordinamento italiano dal nuovo Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza, il D.lgs. n. 14 del 2019, nonché le successive modifiche apportate dal Decreto Correttivo n. 147 del 2020.

La domanda alla base dello studio a cui si intende dare risposta è cosa sia l'insolvenza prospettica, creazione dottrinale e giurisprudenziale, che non trova (almeno espressamente) collocamento all'intento del Codice della Crisi di impresa, ma, nonostante ciò, riveste un ruolo fondamentale all'interno di esso e della nuova normativa, ponendosi come chiave di lettura ulteriore rispetto ai concetti definiti di crisi e di insolvenza.

Il centro dell'analisi è riservato alla disciplina di cui al Titolo II della parte prima del codice, il c.d. Sistema dell'allerta, di cui all'art. 12 del Codice della Crisi, volendo evidenziare come questa impostazione sia un effettivo cambio di rotta di cui il codice intende essere la stella polare, dopo più di settantacinque anni dall'entrata in vigore della legge fallimentare del 1942, passando da un'impostazione punitiva dell'imprenditore insolvente, ad una nella quale al centro vi è il monitoraggio costante dell'attività.

Il dissesto che ha colpito l'imprenditore e la sua attività non è più visto come il frutto di una condotta sbagliata, bensì è valutato più come una malattia che può naturalmente avvenire e su cui è necessario intervenire prima che si giunga ad una fase irreparabile.

Su questi spunti si è voluto inoltre approfondire il quadro della disciplina di supporto al debitore, basata sull'introduzione degli indici ed indicatori di allerta, ad opera del legislatore, di cui all'art. 13 del Codice della Crisi di impresa, oggetto, da una parte, del costante controllo da parte dei soggetti facenti parte l'impresa, e, dall'altra, frutto dei continui studi disposti dal Consiglio dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC).

Infine, lo studio approfondisce la tematica dei nuovi doveri sussistenti tanto in capo all'imprenditore individuale, che a quello che opera collettivamente: quelli improntati ad un'ottica *ex ante* di cui all'art. 2086 c.c., uno dei principali interventi di modifica operati sulla disciplina di diritto societario; che in un'ottica *ex post*, ovvero i doveri di

segnalazione di cui agli artt. 14 e 15 del Codice della crisi d'impresa, fulcro, rispettivamente della disciplina della c.d. allerta interna e allerta esterna.

Stante il quadro ora presentato, l'elaborato è strutturato in tre capitoli: nel primo l'attenzione è rivolta all'evoluzione storica e culturale del concetto di insolvenza, in relazione tanto alla normativa interna che ai lavori della Comunità europea, evidenziando quindi il mutamento di pensiero e le sue varie fasi, poi culminate nel C.C.I.; nel secondo capitolo ci si addentra maggiormente nell'argomento centrale, l'insolvenza prospettica, analizzando quindi *in prima facie* la nascita di tale concetto dottrinale, la sua applicazione giurisprudenziale e i possibili sviluppi applicativi legati al Codice della Crisi, analizzando struttura generale dello stesso, ponendo poi l'attenzione sulla disciplina dell'allerta, sul nuovo sistema di indici ed indicatori della crisi, sull'apporto del CNDCEC e sugli obblighi di segnalazione interna ed esterna; infine nel terzo capitolo si tratterà il tema dei doveri organizzativi e gestionali imposti in tema di rilevazione tempestiva della crisi, nonché dell'ausilio dell'Organismo di composizione della crisi.

L'obiettivo principale sarà quello di cercare di fornire un quadro completo della disciplina, cercando di evidenziare l'importanza della tempestiva emersione della crisi in un quadro mutato nella quale si cerca di addivenire ad una soluzione che possa risollevare le sorti dell'impresa trovata in una fase di dissesto prima che giunga ad una fase di decozione, tutelando allo stesso tempo le esigenze e i diversi interessi collegati.

CAPITOLO I

Storia e dottrina a confronto: l'evoluzione del concetto di insolvenza

Sommario: 1.1 L'Introduzione dell'Insolvenza, il R.D. 16 marzo 1942, n. 267 - 1.2 Il Regolamento 1346/2000 - 1.3 La Raccomandazione espressa dalla Commissione Europea il 12 marzo 2014 - 1.4 Il Regolamento UE 2015/848 - 1.5 La Direttiva Insolvency (UE) 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio Europeo - 1.6 I Principi della Legge Delega 155/2017 - 1.7 Il D.lgs. 14/2019 e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza

1.1) L'Introduzione dell'Insolvenza, il R.D. 16 marzo 1942, n. 267

Ai sensi dell'articolo 5 del R.D del 16 marzo 1942, n 267 (definito anche come “legge fallimentare”) *«l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza¹ è dichiarato fallito²; lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori, i*

¹ Si tratta di una svolta rispetto all'abrogato Codice del Commercio del 1882, nella quale si applicava come presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento non l'insolvenza, bensì la «cessazione dei pagamenti» («ai sensi dell'articolo 683 «il commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in stato di fallimento»); per approfondimenti del confronto storico tra i due codici si veda G. TERRANOVA, *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, pp. 30 e ss.

² L'analisi del primo comma di suddetto articolo ha portato a diversi dibattiti, ad esempio secondo G. TERRANOVA «la portata di questo articolo può sembrare, oggi, piuttosto misteriosa: molti autori, infatti,

*quali dimostrino che l'imprenditore non è più in grado di assolvere regolarmente le proprie obbligazioni»*³. È il presupposto oggettivo posto a fondamento dell'intero sistema concorsuale e da cui si desume, al primo esame, il carattere principale: la irreversibilità della situazione patologica in cui versa l'imprenditore⁴.

Di fatto il concetto di insolvenza, secondo le intenzioni del legislatore del '42, è ricondotto sotto la condizione oggettiva di incapacità economica e finanziaria (strutturale e peraltro non meramente transitoria), ricorrente tutte le volte in cui l'imprenditore non sia in grado di fronteggiare tempestivamente, regolarmente e con mezzi ordinari, le proprie obbligazioni, per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito indispensabili all'esercizio dell'attività di impresa.

L'attenzione e lo studio degli interpreti in relazione all'intero sistema della norma analizzata hanno condotto a due teorie: la teoria "patrimonialistica" e la teoria "personalistica"⁵. Alcuni autori ricollegano il concetto di insolvenza sotto «*l'incapacità patrimoniale ad adempiere*», ovvero una condizione che coinvolge il patrimonio del debitore e che assume rilevanza esterna in relazione ai rapporti con tutti i creditori⁶; al

lo considerano un enunciato meramente descrittivo privo di qualsivoglia incidenza pratica»; ma allo stesso tempo smentisce questa ultima affermazione definendo la stessa norma come descrittiva e costitutiva di status giuridici; nuovamente Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento, cit., pp. 2 e ss.

³ Il modello di riferimento della norma era l'articolo 1 del c.d. "Progetto Bonelli" del 1921 secondo cui «*La cessazione dei pagamenti si verifica allorché da fatti di inadempienza ingiustificata o da altri indizi si fa manifesto che l'commerciantente non è più in grado di far fronte ai propri debiti*»; nuovamente G. TERRANOVA, *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento, cit.*, p. 47.

⁴ G. F. CAMPOBASSO (a cura di), *Diritto Commerciale Contratti Titoli di Credito Procedure Concorsuali*, V ed., Vol. III, Milano, 2013, pp. 343 e ss.

⁵ In tal senso R. PROVINCIALI «*Oggettivamente considerata, quale risultante di un processo di depauperamento del patrimonio, l'insolvenza è un «fatto», ma nel caso di insolvenza provocata da ragioni soggettive è un «atto» del debitore, senza che abbia rilievo che la legge fallimentare si riferisca indiscriminatamente a uno «stato» d'insolvenza, ad esempio, negli art. 5 e 7. Infatti, la situazione patrimoniale che si designa con tale espressione è sempre la stessa, quale che sia la sua causa, o gli obiettivi fattori di collasso che corrodono dall'interno il patrimonio, o la deliberata esterna volontà dell'imprenditore*» in *Insolvenza Civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1971.

⁶ In ciò rintracciando una prima ed importante differenza rispetto all'inadempimento la cui dimensione è ricollegabile ai rapporti con un singolo creditore, o comunque con un numero limitato, al

contrario, altri autori pongono l'attenzione, almeno *prima facie*, sulla condotta del debitore, non più in grado di adempiere concretamente alle sue obbligazioni, mantenendo comunque una impostazione oggettivistica, analizzando la situazione del deterioramento finanziario (impotenza funzionale dovuta ad una condizione di mancanza di liquidità)⁷.

Muovendo da queste iniziali considerazioni occorre soffermarsi sul secondo comma dell'articolo 5, da cui emergono due domande molto importanti: la prima è da cosa si desume il c.d. "stato di insolvenza"? Come scritto sopra "*si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori*", delineando la necessaria esteriorizzazione dell'insolvenza tramite determinati fatti sintomatici che la legge indica specificamente (inadempimenti) oppure in generale (atti)⁸. *In primis* occorre chiaramente distinguere tra inadempimenti e insolvenza: 1) riconoscendo i primi come «fatti-evento» del secondo («fatto-situazione»)⁹, quindi indizi o elementi che servono ai fini dell'accertamento, ma che non assumono valore assoluto; 2) sul piano pratico poi la sola presenza di inadempimenti non comporta in maniera rilevante il riconoscimento della decozione¹⁰ («*il debitore può essere dichiarato fallito, anche se non ha ancora interrotto i pagamenti; e, viceversa, la presenza di uno o più inadempimenti non implica necessariamente l'apertura di una procedura concorsuale*»)¹¹. La condizione di impotenza può essere

contrario della dimensione plurisoggettiva che assume l'insolvenza. Per approfondimenti si veda V. DE SENSI, *Il concetto di insolvenza*, in *archivioceradi.luiss.it*, pp. 6 e ss. (<https://archivioceradi.luiss.it>).

⁷ V. DE SENSI, *Il concetto di insolvenza*, cit., p. 7.

⁸ Cass., sez. I, 11 Maggio 1967, n. 960, in *IlCaso.it* (ilcaso.it); Trib. Trani 18 Luglio 2013 in *IlCaso.it* (ilcaso.it); V. DE SENSI, *Il concetto di insolvenza*, cit.

⁹ G. TERRANOVA, *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento*, cit., p. 64.

¹⁰ Per quanto anche la presenza di un singolo inadempimento può essere considerato come indice di tale condizione, Cass., sez. VI, 03 Aprile 2019, n. 9297, in *IlCaso.it* (ilcaso.it); «*gli inadempimenti e gli altri fatti esteriori sono pure e semplici manifestazioni, meri sintomi, di uno stato di fatto*» secondo G. TERRANOVA, *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento*, cit., p. 52.

¹¹ G. TERRANOVA, *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento*, cit., p. 69 e ss.; peraltro vi possono essere cause o motivazioni diverse legate al mancato adempimento delle obbligazioni, ad esempio secondo M. ARATO – F. CHIODINI – L. GUTTILLA «*l'inadempimento non comporta necessariamente insolvenza. Si pensi al caso "del debitore che volontariamente rifiuti di adempiere alla propria obbligazione contestandone l'an o il quantum", oppure a quello "che si trovi nella sola temporanea impossibilità di soddisfare alcuni creditori, quando possa prospetticamente valutarsi che tale situazione superabile, ad*

desunta anche dall'analisi del dato contabile. Anche in questo caso bisogna fare le dovute precisazioni: da una parte è chiaro che l'eccedenza del passivo rispetto all'attivo (*squilibrio patrimoniale*)¹² potrebbe essere condizione sufficiente per l'accertamento dell'insolvenza, ma allo stesso tempo non è identificativo necessariamente come fase conclusiva del deterioramento che ha colpito l'attività, poiché l'imprenditore può comunque continuare a godere di credito; dall'altra parte è parimenti, fuor di dubbio, che anche la situazione inversa (eccedenza dell'attivo rispetto al passivo), dovuta alla presenza di una adeguata quantità di beni patrimoniali, non agevolmente liquidabili, e l'incombente di obbligazioni da adempiere potrebbe essere sintomatico del deterioramento¹³.

La seconda domanda, peraltro correlata alla prima, su cui occorre porre l'attenzione riguarda il significato dell'avverbio "regolarmente". Innanzitutto, risulta appurata, e probabilmente superata, la conclusione che l'avverbio *de quo* si lega tanto al carattere temporale di adempimento delle obbligazioni, che alla normalità (legale) delle stesse (nel caso di mancanza di liquidità)¹⁴:

- a) In termini di esattezza dei pagamenti il legislatore del '42 e gli interpreti non si interessano al fatto che un singolo adempimento viene effettuato in ritardo, ma l'attenzione è posta sul fatto che «*l'attività solutoria, nel suo complesso, venga effettuata senza sospensioni o interruzioni, in modo da ingenerare nei creditori il ragionevole affidamento che il debitore sia ancora in grado di pagarli tutti*»¹⁵.
- b) Per il concetto di regolarità dei mezzi di pagamento, o la qualificazione come "anormali", bisogna invece rinviare a quanto indicato dal secondo comma dell'articolo 67 l.f. che «*si polarizza sul parametro dei mezzi comunemente*

esempio, con la riscossione di crediti di certo realizzo, che lo stesso vanta nei confronti di terzi" da *Insolvenza attuale, prospettica e crisi: riflessi operativi*, in *dirittobancario.it*.

¹² G. F. CAMPOBASSO (a cura di), *Diritto Commerciale Contratti Titoli di Credito Procedure Concorsuali*, cit., p. 344; Cass, sez. I, 14 Marzo 1963, n. 646, in *IlCaso.it* (ilcaso.it)

¹³ Cass., sez. I, 20 Novembre 2018, n. 29913; Cass., sez VI, 20 Gennaio 2020, n 1069, in *IlCaso.it* (ilcaso.it).

¹⁴ V. DE SENSI, *Il concetto di insolvenza*, cit., p. 11 e ss.

¹⁵ G. TERRANOVA, *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento*, cit., p. 58.

accettati nella comune pratica commerciale, considerata rispetto a un dato periodo temporale e rispetto a una data zona di mercato»¹⁶.

Acciocché si comprenda il significato è necessario porre come fondamento la considerazione che si tratta pur sempre di un'attività organizzata, basata sull'esistenza di flussi di cassa, logicamente caratterizzati da dinamismo e non da immobilismo. Di conseguenza risulta imprescindibile un giudizio prognostico al riguardo della "futura capacità complessiva" di adempimento. Futura in quanto non sarebbe conveniente, o quantomeno vantaggioso, limitarsi ad una analisi della situazione nel singolo momento di difficoltà finanziaria (qualora si potesse riscontrare il suo carattere transitorio), o del singolo inadempimento¹⁷. A supporto, esegetico peraltro, di quanto appena scritto è l'utilizzo dell'espressione «*far fronte*», poiché «*si riferisce alla totalità dei debiti*» e allo stesso tempo «*implica una programmazione dell'attività solutoria, con una conseguente preparazione dei mezzi necessari ad espletarla*»¹⁸.

Un particolare aspetto del concetto di insolvenza è da ricondurre sotto quello "più generale" *stato di crisi* indicato come presupposto del *concordato preventivo* ex art 160 l.f., di cui il primo comma indica di come possa essere proposto dall'imprenditore che versi in una situazione non ancora irreparabile, quindi antecedente rispetto al deterioramento finanziario; ma allo stesso tempo aggiungendo (all'attuale terzo comma) come venga ricompresa la stessa decozione dell'imprenditore per la presentazione della proposta¹⁹.

Per poter comprendere al meglio il c.d. "*stato di crisi*" vi è la necessità di una premessa. Innanzitutto, la crisi è valutata come una condizione patologica che può ("naturalmente") caratterizzare il ciclo vitale dell'impresa e a cui occorre porre rimedio tempestivamente, prima che sopraggiunga ad una fase irreparabile e definitiva. Una classificazione adottata per descrivere il collocamento della stessa è quella che considera quattro stadi:

¹⁶ Cass., sez VI, 11 ottobre 2019, n 25725, in *ilFallimentarista* (ilfallimentarista.it)

¹⁷ G. TERRANOVA, *Le procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli Editore, 2019, p. 423 e ss; ma è lo stesso autore che non nega la possibilità che anche il singolo inadempimento possa condurre ad un accertamento dello stato di insolvenza;

¹⁸ G. TERRANOVA, *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento*, cit., p. 48.

¹⁹ Trib. Mantova, 25 Agosto 2005, in *ilCaso.it* (ilcaso.it)

- 1) Disturbi ed inefficienza evidenziate nell'impresa, solitamente dovuti all'obsolescenza dei mezzi tecnologici utilizzati;
- 2) la presenza di perdite, causate da squilibri finanziari;
- 3) l'insolvenza, manifestazione ed esteriorizzazione della crisi; ed infine
- 4) il dissesto²⁰.

Da un punto di vista giuridico la si definisce come una «*situazione patologica dell'impresa, che genera una divaricazione nel rapporto tra finalità dei soci e dei creditori*» e che, se non risolta tempestivamente, può andare a ledere il fragile equilibrio di interessi in gioco tra le parti. Da un punto di vista economico, «*l'impresa è in stato di crisi quando mostra una stabile presenza di meccanismi capaci, se non contrastanti, di condurre, a seconda delle circostanze, in tempi più o meno brevi a crescenti tensioni finanziarie, e quindi all'insolvenza*»²¹. Da questa definizione si comprende il carattere dinamico e a più fasi del fenomeno.

Il punto centrale è il deterioramento che ha colpito l'impresa e che può peraltro assumere tre tipologie di squilibrio: economico, patrimoniale ed infine finanziario. Innanzitutto, la prima difficoltà che può caratterizzare la vita dell'impresa è quella di tipo economico, caratterizzata dal fatto che i ricavi dell'impresa non coprono i costi di gestione. Si tratta di una situazione nella quale vi è un appesantimento della debitoria, e per cui sarebbe sufficiente intervenire sulla struttura finanziaria dell'impresa per evitare la degenerazione²².

Il deterioramento di carattere patrimoniale è evidenziato all'interno del conto economico, e a quel punto l'impresa si trova nella possibilità che nel breve-medio periodo possa sfociare nell'ultimo stadio, ovvero la crisi finanziaria, la più vicina all'insolvenza.

²⁰ Classificazione proposta da N.C. DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2009, p. 8

²¹ S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa (modelli attuali e prospettive di sviluppo)*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, Giuffrè Editore, 2017, pp. 30 e ss.

²² Nell'ipotesi in cui non si dovesse intervenire tempestivamente «*si genereranno perdite di gestione che intaccheranno il patrimonio ino a mettere a rischio la capacità dell'imprenditore di onorare alla scadenza gli impegni assunti*»; nuovamente S.DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p. 34.

Si ha infatti squilibrio patrimoniale nel momento in cui l'insieme dell'attivo dovesse risultare inferiore al passivo (conseguenza del precedente squilibrio economico).

Infine, vi è l'ultimo stadio, che si ha nel momento in cui valutando complessivamente le attività in bilancio si riscontri che non saranno probabilmente sufficienti a coprire le obbligazioni e gli ulteriori costi alla scadenza.

Da questa ultima considerazione si comprende quale sia il rapporto tra la crisi di impresa e l'insolvenza soprattutto in relazione a quanto indicato all'interno del terzo comma dell'articolo 160 l.f. («*Ai fini del primo comma per stato di crisi si considera anche lo stato di insolvenza*»). La crisi risulta configurabile nel momento in cui «*esista una incapacità (patrimoniale o finanziaria) di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*» e che allo stesso tempo non presenta i caratteri di definitività ed irreparabilità, potendo essere anche superata se le condizioni risultano tali da permetterlo²³. Si tratta quindi di un vero e proprio *stato* che, come tale, può subire profondi ed importanti mutamenti, tanto in positivo (con il superamento dello stesso) oppure in negativo (degenerazione in insolvenza).

Questo è certamente l'aspetto (ma non l'unico) che maggiormente differenzia le due condizioni di difficoltà: la temporaneità della crisi (l'imprenditore non è attualmente in grado di adempiere alle sue obbligazioni, ma non è detto che non risulti nuovamente in futuro), che la rende altresì definibile come «*probabilità di insolvenza*»²⁴. L'attenzione è posta su un giudizio prognostico, alla luce però dei dati attuali.

²³ N.C. DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore, op.cit.*, p. 9

²⁴ N.C. DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore, op.cit.*, p. 10 e ss.

1.2) Il Regolamento 1346/2000

L'insolvenza, e più in generale la situazione debitoria dell'imprenditore commerciale, hanno da sempre riguardato una moltitudine di interessi ben oltre il singolo soggetto considerato. Con il fenomeno della globalizzazione e l'apertura delle frontiere l'attività imprenditoriale ha avuto un sempre maggiore interesse al di fuori dei propri confini nazionali.

L'Unione Europea, conscia della necessità di migliorare una disciplina fino ad allora totalmente rimessa alla diversità di vedute dei singoli Stati, è intervenuta cercando finalmente quella coerenza normativa che sarà alla base anche dei futuri interventi.

I problemi applicativi nel rapporto internazionale, con riguardo alla disciplina concorsuale, erano evidenti, chiaramente a causa della difficoltà degli Stati a cedere e ricercare un compromesso. Fondamentali furono in tal senso due eventi. Il primo è legato al lavoro della Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale, *UNCITRAL*²⁵. Nel suo operato è possibile distinguere diverse tecniche legislative, vincolanti e non²⁶: Convenzione, Modelli di legge e Regole Uniformi²⁷. Tra i lavori più importanti di questo organismo merita di essere citata la *Model Law on Cross-Border Insolvency*²⁸.

²⁵ Acronimo di United Nations Commission on International Trade Law. Commissione permanente fondata nel 1966 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, nel cui intento vi era la volontà di rimuovere quanto più possibile gli ostacoli per l'armonizzazione della disciplina economica internazionale. Si veda in tal senso *uncitral.un.org*. (<https://uncitral.un.org>); E. LANDOLFI, *Mai sentito parlare dell'Uncitral?*, in *diritto.it*, 1999; J.P. DIETZ, *Introduction: Development of the UNCITRAL Arbitration Rules.* "The American Journal of Comparative Law 27", in *JSTOR.org*, pp. 449-452 (<https://www.jstor.org/stable/840045>).

²⁶ Nuovamente E. LANDOLFI, *Mai sentito parlare dell'Uncitral*, *op.cit.*

²⁷ Più precisamente le tecniche utilizzate sono «*conventions; model laws; legislative guides; and model provisions*», secondo quanto indicato all'interno del *Guide to UNCITRAL Basic facts about the United Nations Commission on International Trade Law*, pp. 13 e ss, (<https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/12-57491-guide-to-uncitral-e.pdf>).

²⁸ H. BURMAN-J.L. WESTBROOK, "UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW: MODEL LAW ON CROSS-BORDER INSOLVENCY." *International Legal Materials*, vol. 36, no. 5, 1997, pp. 1386-1398, in *JSTOR*, (www.jstor.org/stable).

Il modello utilizzato, da una parte, riconosceva una certa discrezionalità, di fatto non richiedendo la ratifica formale da parte degli Stati Membri e consentendo modifiche; e dall'altra, risultava più funzionale ad essere utilizzato in settori nei quali emergeva tale profonda disomogeneità. Con lo scopo proprio di aiutare gli Stati a costituire un quadro armonico e univoco, applicabile nei casi di insolvenza transfrontaliera, la MLCBI ricercava il coordinamento al posto della unificazione, ritenuta una meta difficile da raggiungere a causa della ostinazione delle giurisdizioni discordanti²⁹.

I punti chiave identificati nell'elaborato dell'Uncitral sono: 1) *Accesso*, con riguardo alla facoltà di avviare procedure di insolvenza in Stati diversi; 2) *Riconoscimento* di ordinanze e provvedimenti emessi da autorità straniere; 3) *Assistenza*; 4) *Coordinamento e Cooperazione*, con l'autorizzazione, contenuta all'interno della stessa legge, per i tribunali di diversa giurisdizione a cooperare e comunicare tra loro, al fine di favorire la celerità e la correttezza del o dei procedimenti³⁰.

Una ulteriore svolta si ebbe con il *Trattato di Amsterdam* del 1999, modificativo del *Trattato sull'Unione Europea*. Il lungo e acceso dibattito alla base di questo importante cambiamento, si fondava, per quanto concerne i fini della trattazione, sull'esigenza di un miglior funzionamento della disciplina, in particolar modo per quanto riguardava il primo e il terzo pilastro «al tempo rispettivamente legati alla dimensione comunitaria e alla cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni³¹». Rilevanti elementi del terzo pilastro da quel momento vennero fatti rientrare all'interno del primo, in questo modo garantendo allo stesso organo sovranazionale di operare con una maggiore incisività anche dal punto di vista della disciplina economica³². Alla luce

²⁹ «*The Model Law is designed to assist States to equip their insolvency laws with a modern legal framework to more effectively address cross-border insolvency proceedings concerning debtors experiencing severe financial distress or insolvency. It focuses on authorizing and encouraging cooperation and coordination between jurisdictions, rather than attempting the unification of substantive insolvency law, and respects the differences among national procedural laws.* (https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/modellaw/cross-border_insolvency).

³⁰ Per un approfondimento si veda il *Digest of Case Law on the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency* (<https://uncitral.un.org>).

³¹ In questo senso si veda www.infoleges.it (<http://www.infoleges.it>).

di quanto affermato dall'Articolo 61 lettera c): «*Allo scopo di istituire progressivamente uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, il Consiglio adotta misure nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile*». In tale contesto si colloca il Regolamento europeo 1346/2000. Il regolamento introduce un sistema coerente di norme legali che disciplinano le procedure di insolvenza transfrontaliere³³. Esso permette inoltre di attuare disposizioni coordinate in materia di beni di un debitore insolvente situati in diversi paesi dell'UE. Tali disposizioni riguardano:

- 1) Il giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza e la legge applicabile
- 2) Il riconoscimento della procedura di insolvenza
- 3) La relazione tra le diverse procedure di insolvenza relative allo stesso debitore; nonché
- 4) L'insinuazione dei crediti da parte di creditori stranieri.

Il Regolamento venne adottato dal 31 maggio 2002 da parte degli Stati Membri con esclusione della Danimarca³⁴. L'obiettivo principale, garantire il buon funzionamento del mercato interno, avrebbe dovuto essere raggiunto mirando ad un coordinamento di quelle

³² Tale pratica prende il nome di “comunitarizzazione”, definita come «trasferimento di un settore dal metodo intergovernativo al metodo comunitario»; per approfondire si veda *Convenzione Europea* (<http://european-convention.europa>); D. SAVY, *Profili di “comunitarizzazione” del Terzo Pilastro*, in *Iris.it*, 2009, pp. 96 ss (<http://hdl.handle.net>).

³³ Peculiarità di questo regolamento è che ricalca quanto affermato nella Convenzione di Bruxelles sulle procedure di insolvenza del 23 novembre 1995, il cui naufragio su attribuito alla mancata firma del Regno Unito, entro il termine stabilito all'articolo 49 della stessa convenzione. Si veda in tal senso la Relazione sulla Convenzione del 23 Novembre 1995 relativo alle procedure di insolvenza, in *europarl.europa.eu* (<https://www.europarl.europa.eu/sides/>); R. CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro Italiano*, 2002.

³⁴ Ai sensi del *considerando* n 33 del Regolamento «*La Danimarca a norma degli articolo 1 e 2 del protocollo sulla posizione della Danimarca allegato al trattato sull'Unione europea ed al trattato che istituisce la Comunità europea, non partecipa all'adozione del presente regolamento e di conseguenza non è vincolata da esso, né è soggetta alla sua applicazione*» (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=celex%3A32000R1346>).

problematiche considerate di primaria importanza (tra le quali rientrano anche l'insolvenza transfrontaliera e le procedure concorsuali): 1) la necessità di un atto comunitario coordinativo, in grado di garantire la cooperazione civile prevista dall'Articolo 65 del Trattato CE; 2) limitare in tutti i modi la pratica del *forum shopping*. Per quanto il primo punto sia meritevole di interesse, il regolamento manca di un articolo che possa fornire una chiara e precisa definizione di "insolvenza", o per meglio dire, ha inteso lasciare agli Stati membri un'ampia discrezionalità. È quanto emerge sulla base dell'analisi dei primi due articoli del Regolamento (rubricati rispettivamente come «*Campo di applicazione*» e «*Definizioni*»). Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione, il primo comma dell'articolo 1 stabilisce «*Il presente regolamento si applica alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore*». Vengono quindi comprese specificamente quelle procedure concorsuali che presentano determinati caratteri: «a) *la concorsualità*; b) *l'insolvenza del debitore*; c) *lo spossessamento totale o parziale del debitore*; d) *la designazione di un curatore*»³⁵. A ciò si lega poi quanto indicato nelle definizioni *ex art 2*, tra cui l'allegato A relativo alle procedure di insolvenza indicate fa espresso rinvio, e al cui interno l'Italia ha fatto rientrare le tradizionali figure di procedure concorsuali disciplinate nel nostro ordinamento con il regio decreto 267 del 1942 (il fallimento, il concordato preventivo, e la liquidazione coatta amministrativa) e quelle successivamente introdotte (l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - legge n. 95 del 1979 e D.lgs. n. 270 del 1999); e l'amministrazione controllata, soppressa poi nella riforma del 2006). Da ciò comprendiamo quale sia la peculiarità, e allo stesso tempo la limitazione che caratterizza gli anni nella quale si inserisce il Regolamento. Il primo articolo fa espresso rinvio alle procedure basate sull'insolvenza, mancando però di definirne i contorni, o addirittura il concetto; e, di conseguenza, il giudice o l'autorità nazionale continuano ad applicare la definizione propria dell'ordinamento. Di conseguenza «*ci si muove, su due piani diversi, quello della nozione autonoma e quello*

³⁵ R. CAPONI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, *op.cit.*, p. 2.

della nozione di diritto interno: due piani che, però, non necessariamente debbono essere in contrasto»³⁶.

Il secondo punto era invece la volontà di impedire la pratica del *forum shopping*, quindi quella condotta basata sulla «scelta indiscriminata del foro e conseguentemente del giudice a cui attribuire la potestas iudicandi»³⁷, andando quindi a minare le regole sulla competenza, ricercando un trattamento migliore di quello che altrimenti ci si aspetterebbe³⁸.

Prima di continuare la trattazione della disciplina comunitaria è importante indicare quale sia la procedura applicata nell'ordinamento italiano e come abbia inciso la normativa analizzata.

Il concetto di competenza in ambito concorsuale nel nostro ordinamento era rimesso all'articolo 9 della *Legge Fallimentare* del 1942 che identifica la competenza nel luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa³⁹, ovvero dove viene svolta l'attività di amministrazione e direzione. Importante sottolineare come tale identificativo non si riferisce al luogo in cui viene svolta la maggior parte dell'attività, bensì a quello nella quale vengono prese le più importanti decisioni. Di fatto il nostro, al pari di altri ordinamenti, poggia sulla teoria *dell'universalità*⁴⁰. Contrapposta ad essa vi è la teoria della *territorialità*, secondo cui in ogni ordinamento in cui si intendano conseguire gli effetti tipici della procedura d'insolvenza dovrà aprirsi uno specifico ed autonomo procedimento⁴¹. Tale teoria era riconducibile al precedente secondo comma (precedente

³⁶ P.DE CESARI – G.MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali - Monografie*, IPSOA Wolters Kluvers, 2009, pp. 62 e ss.

³⁷ Trib. Rimini, 18 maggio 2020, in *ilForo.it*.

³⁸ È quanto emerge anche dal *considerando* n. 4 del Regolamento, secondo cui «E' necessario, per un buon funzionamento del mercato interno, dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una migliore situazione giuridica».

³⁹ Trattasi di competenza funzionale ed inderogabile, il cui difetto è rilevabile anche d'ufficio nel rispetto delle preclusioni stabilite dall'articolo 38 c.p.c applicabile anche al procedimento fallimentare. Così B. ARMELI, *Giurisdizione e Competenza*, in *Il Fallimentarista .it*, 2016, p. 3.

⁴⁰ Ciò era dovuto ad una marcata concezione del fallimento, quella che si potrebbe definire come la teoria universalistica del fallimento, di fatto una dimostrazione della volontà degli Stati di costituire un proprio schema in materia concorsuale.

⁴¹ Trib. Venezia 25 settembre 1956, in *JSTOR.org* (<https://www.jstor.org/stable/23146635?seq=1>)

in quanto oggetto di modifica nella riforma del 2006⁴²) e attuale terzo: «*L'imprenditore, che ha all'estero la sede principale dell'impresa, può essere dichiarato fallito nella Repubblica italiana anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero*⁴³». Ciò comportava senza alcun dubbio una serie di problemi applicativi.

Un breve cenno alla Legge 218/1995⁴⁴, a questo punto, è doveroso per un collegamento all'ambito comunitario. Tale legge, inerente alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, è applicabile anche alla disciplina concorsuale, dal punto di vista processuale e procedimentale: rilevante risulta, quindi, l'Articolo 3 della suddetta legge, che, al secondo comma, prevede la giurisdizione italiana anche sulla base dei criteri di competenza, come precedentemente evidenziato, in questo modo rendendo quella del giudice una competenza giurisdizionale⁴⁵.

In conclusione, la teoria dell'universalità essendo pressochè simile anche all'interno di altri stati dell'Unione, vi poteva essere uno "scontro" di competenze, mentre quella della territorialità comportava l'apertura di una molteplicità di procedimenti, in considerazione dei beni dell'imprenditore sparsi al di fuori del territorio nazionale.

Andando a disporre l'immediata individuazione del tribunale competente si vuole quindi garantire ulteriormente quella certezza agli operatori che intendono agire ed operare al di fuori dei semplici confini nazionali. Tra il dodicesimo e il tredicesimo *Considerando*, e successivamente anche negli articoli del regolamento, viene spiegato quale sia il criterio che, almeno nelle intenzioni del legislatore europeo, avrebbe dovuto impedire la condotta del *forum shopping* sopracitata. Si tratta del *c.d. COMI (Center of Main Interest)* definito al *Considerando* n. 13 come «*il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi*». E, come detto poc' anzi, anche l'articolo 3 ("Competenza Internazionale") identifica il foro

⁴² «*Gli attuali commi secondo, terzo, quarto e quinto così sostituiscono gli originari commi secondo e terzo ai sensi di quanto disposto dall'art. 7, D.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con la decorrenza indicata nell'art. 153 dello stesso decreto*».

⁴³ Per il resto dell'articolo lo si può visionare su Legge Fallimentare, in *Altalex.com*

⁴⁴ Il testo integrale della L 218 del 1995 è reperibile presso *Normattiva.it* (<https://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:legge:1995;218>).

⁴⁵ Nuovamente B. ARMELI, *op.cit.*, pp. 3 e ss.

competente nel luogo in cui risulta situato il centro di interesse dell'imprenditore⁴⁶, ma allo stesso tempo garantisce la possibilità di aperture di procedure secondarie. Infatti, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo è possibile che vengano aperte più procedure concorsuali nel momento in cui risulti una *dipendenza*⁴⁷ all'interno di altro Stato Membro, seppur con effetti limitati. Da qui è possibile comprendere, però, un criterio diverso e ulteriore rispetto a quelli della *territorialità* e *dell'universalità*, ovvero quello *dell'universalità attenuata*, di fatto in posizione intermedia rispetto ai precedenti criteri⁴⁸. Le notevoli difficoltà applicative che sarebbero state legate all'introduzione, o all'imposizione, di un unico modello per le procedure concorsuali hanno quindi condotto all'applicazione di questo ultimo. In questo modo il debitore avrebbe potuto essere assoggettato alla procedura "principale" nello Stato Membro in cui risiede il Centro dei suoi interessi, sulla base quindi di quanto previsto nei *considerando* e nell'articolo 3 del Regolamento; sarebbe altresì consentita l'apertura di procedure "secondarie" riguardanti il patrimonio, o meglio la porzione di patrimonio, del debitore situato all'interno di altro Stato Membro⁴⁹ (con contestuale applicazione di un criterio quindi territoriale).

Al fine di poter individuare correttamente il *COMI* è richiesta «un'attenta valutazione delle informazioni fattuali rilevanti⁵⁰», e nella interpretazione dei primi anni gli interpreti hanno ricollegato ad esso il concetto di sede legale, nella quale vengono di fatto prese le decisioni più incisive ai fini della vita della stessa attività, ponendo in una posizione meramente secondaria la sede sociale⁵¹. In relazione proprio all'individuazione

⁴⁶ Viene, inoltre, applicata una specifica presunzione con riguardo alle persone e alle società, ricollegando il *Comi* con il luogo in cui si trova la sede statutaria dell'impresa. R.M. MORRESI-I. URSO, *La competenza del giudice e la legge applicabile nelle procedure d'insolvenza all'estero: il nuovo regolamento ue 2015/848*, in *MercatoGlobale.it* (<https://www.mglobale.it>)

⁴⁷ Il concetto di dipendenza ex art 2 del Regolamento si riferisce «a qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni».

⁴⁸ P. DE CESARI – G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., pp. 52 e ss.

⁴⁹ B. ARMANI, *l'Insolvenza Transfrontaliera*, in *ilFallimentarista.it*, 2016 (<https://ilfallimentarista.it>)

⁵⁰ S. BARIATTI-G. CORNO, *Centro degli interessi principali*, in *ilFallimentarista.it*, 2016 (<https://ilfallimentarista.it>).

⁵¹ Si porrebbe quindi al centro dell'attenzione la sede principale dell'attività nel caso di persone fisiche o giuridiche esercenti attività imprenditoriali, e la residenza per quanto riguarda i consumatori,

della sede e alle presunzioni applicabili in ragione dell'applicazione dell'articolo 3 del Regolamento, nella nota sentenza *Eurofood* la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha disposto e statuito riguardo l'interpretazione di tale articolo. Brevemente i fatti: *Eurofood* era una società con sede statutaria in Irlanda, facente parte del gruppo *Parmalat* (con sede in Italia) e gestita dallo stesso. La società su sottoposta, quasi contemporaneamente, a procedura concorsuale sotto la giurisdizione di ambedue gli Stati membri, di cui in Irlanda poiché riconosciuta come sede del COMI, mentre in Italia in relazione alla presenza della capogruppo. La Corte di Giustizia dell'Unione europea nella *Causa C-341/04*⁵² ha sentenziato che «*la presunzione contenuta nell'art. 3, n. 1, del regolamento (CE) 2000 n. 1346, secondo la quale il centro degli interessi principali di tale controllata è collocato nello Stato membro in cui si trova la sua sede statutaria, può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione nella detta sede statutaria*».⁵³

La legge applicabile alle procedure aperte dovrebbe, sulla base del Regolamento, essere quella dello Stato che ha avviato la procedura principale: questo è quanto emerge dal combinato disposto del *Considerando* n. 23 e dell'articolo 4⁵⁴. In particolare, secondo il primo «*dovrebbe applicarsi la legge dello Stato membro che ha aperto la procedura (lex concursus). Tale regola sul conflitto di leggi dovrebbe applicarsi sia alla procedura principale sia alla procedura locale. La lex concursus determina tutti gli effetti della procedura d'insolvenza, siano essi procedurali o sostanziali, sui soggetti e sui rapporti giuridici interessati. Essa disciplina tutte le condizioni di apertura, svolgimento e chiusura delle procedure d'insolvenza*».

ARMANI, *l'Insolvenza Transfrontaliera*, *op.cit.*; S. BARIATTI-G. CORNO, *Centro degli interessi principali*, *op.cit.*

⁵² Per il testo integrale della causa si veda *Eur-Lex* (eur-lex.europa.eu)

⁵³ G. MONTELLA, *La Corte di Giustizia e il COMI: eppur (forse) si muove!*, in *ilFallimentarista*, 01 Marzo 2012 (ilfallimentarista.it).

⁵⁴ La determinazione del giudice competente individua anche la legge applicabile, ai sensi dell'articolo 4, comma 1, del Regolamento. In particolare, tanto per la procedura principale che per quella secondaria risulterebbe applicata la legge dello Stato che ha avviato la procedura; Corte giust. CE (grande sezione), 21 gennaio 2010, C-444/07, punto 25, in *curia.europa* (<https://curia.europa.eu>)

Altro elemento interessante riguarda il contenuto dell'articolo 16 del regolamento (rubricato «*Riconoscimento delle procedure di insolvenza*») secondo cui: ai sensi del primo comma l'apertura di una procedura *principale* di insolvenza (ai sensi dell'articolo 3 del Regolamento) deve essere riconosciuta da parte delle autorità degli altri Stati membri; mentre il secondo comma garantisce l'applicazione del principio del riconoscimento anche nel caso di aperture di procedure *secondarie* (termine evidenziato all'interno dello stesso paragrafo) ai sensi del secondo comma dell'articolo 3. Al fine di poter comprendere la portata e l'importanza del principio del riconoscimento espresso bisogna soffermarsi sulla analisi esegetica della norma, in particolar modo sull'assenza di qualsiasi riferimento a modalità attraverso cui vi debba esservi il dispiegamento degli effetti. Si tratta di due caratteristiche fondamentali, automatismo ed immediatezza, e che trovano ulteriore supporto nel *Considerando* n. 22 secondo cui «*Il presente regolamento dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura, allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza che rientra nel suo ambito d'applicazione, nonché delle decisioni strettamente collegate con detta procedura d'insolvenza. Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura della procedura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri*»⁵⁵. Trova conferma il mutuo riconoscimento anche la già citata sentenza Eurofood nella quale la Corte ha disposto che non solo l'apertura di una procedura principale debba essere riconosciuta dalle autorità degli altri Stati membri⁵⁶, ma gli stessi non potranno «*controllare la competenza del giudice dello Stato di apertura*».

Infine, l'insinuazione di crediti da parte di creditori stranieri, disciplina contenuta nel Capitolo IV del Regolamento, ma anche in articoli precedenti ad esso.

Innanzitutto, l'articolo 39 (rubricato «*Diritto di insinuazione dei crediti*») che legittima i creditori (nonché autorità fiscali ed organismi di previdenza sociale), aventi la residenza, domicilio o abitazione, in uno Stato membro della comunità europea, ad insinuarsi per il proprio credito all'interno della procedura di insolvenza. E allo stesso

⁵⁵ *Considerando* 22 del Regolamento 1346/2000

⁵⁶ In forza anche di una priorità di carattere cronologico di cui al punto 49 della sentenza sulla base dell'analisi esegetica del *considerando* 22.

tempo il primo comma dell'articolo 32 riconosce la possibilità ai creditori di insinuarsi tanto nella procedura principale (di insolvenza) che secondaria (di liquidazione)⁵⁷. Di fatto la disciplina attinente al trattamento dei creditori si pone (come era logico ritenere) nell'ottica della tutela e del miglior soddisfacimento degli stessi, cercando di garantire loro un trattamento paritario⁵⁸, legandosi peraltro a quanto affermato in precedenza in relazione agli effetti della *lex concursus*, le cui regole sono però parzialmente limitate.

L'eccezione è data ad esempio dagli obblighi informativi previsti dall'articolo 40 del Regolamento secondo cui compito dell'autorità che ha avviato la procedura è quello di informare, senza indugio, i creditori (chiaramente quelli conosciuti e conoscibili) di altro Stato membro, al fine di garantire loro la possibilità di ottemperare all'onere di presentazione della domanda di insinuazione per poter partecipare al recupero dell'attivo. In particolar modo il secondo comma che prevede ed indica il contenuto che l'informativa deve possedere, derogando appunto alla legge nazionale e risultando applicabile *in loco*.

Nonostante il Regolamento presenti caratteri veramente innovativi, dati dalla necessità di procedure di caratura universale che siano in grado di applicare effetti all'interno di più stati, allo stesso tempo non è orfano di difetti. In particolare, proprio con riguardo all'individuazione del COMI. L'assenza nel dettato normativo di una chiara ed univoca definizione, frutto probabilmente di una eccessiva prudenza per un argomento, quello dell'insolvenza transfrontaliera, ha dato vita un grande dibattito giurisprudenziale e dottrinale⁵⁹. Di fatto ciò che emerge da questo primo tentativo effettivo di regolamentazione della materia da parte dell'Unione è che vi sia stata una presa di coscienza sulle potenzialità "destabilizzanti" che l'insolvenza, in particolar modo negli aspetti transfrontaliera, può assumere. Una sempre maggiore incisività caratterizzerà gli

⁵⁷ G. CORNO, *La disciplina della verifica del passivo nel Regolamento CE n. 1346/2000. Teoria, pratica e prospettive di riforma*, in *ilFallimentarista*, 20 marzo 2012 (ilfallimentarista.it).

⁵⁸ Il *considerando* 21 del Regolamento conferma questa intenzione: «Ciascun creditore, che abbia la sua residenza abituale, il suo domicilio o la sede statutaria nella Comunità, dovrebbe avere il diritto di insinuare i suoi crediti in ciascuna delle procedure di insolvenza pendenti nella Comunità sul patrimonio del debitore».

⁵⁹ Cass., Sez. I, 15 dicembre 2011, C-191/10, in *Curia* (<https://curia.europa.eu/>); Cass., Sez. I, 20 ottobre 2011, C-396/09, in *Curia* (<https://curia.europa.eu/>).

interventi degli organi europei, in particolare nei lavori della Commissione e del Parlamento Europeo.

1.3) La Raccomandazione espressa dalla Commissione Europea il 12 marzo 2014

La linea di pensiero del legislatore, tanto nazionale quanto internazionale, è stata decisamente orientata verso un chiaro e importante cambiamento; obiettivo primario, alla luce della raccomandazione della commissione europea del 12 Marzo 2014, non è più quello di addivenire ad una liquidazione del patrimonio, bensì quello di rafforzare ed uniformare le soluzioni contrattuali preconcorsuali e assicurare una ripartenza⁶⁰.

Lo strumento utilizzato è molto specifico, non essendo vincolante, ma avendo come scopo quello di indicare quale è il disegno che la Comunità intende suggerire⁶¹. Indubbiamente i risultati non troppo positivi legati al precedente Regolamento, hanno condotto la Commissione Europea verso un nuovo approccio, incominciato con la Risoluzione del parlamento Europeo del 15 novembre 2011⁶².

Le criticità evidenziate riguardavano la presenza di una elevata disparità tra le legislazioni dei diversi Stati Membri in materia di insolvenza⁶³(*Considerando A*) 2), la portata sempre maggiore assunta dall'insolvenza transfrontaliera, anche dovuta all'aumento dei membri dell'Unione⁶⁴ (*Considerando H*) 3), la necessità di procedure non più "punitiva" per l'imprenditore fallito, ma improntate ad un risanamento e alla ripresa

⁶⁰ Di questo parere S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit, pp. 28 e ss.

⁶¹ Nuovamente S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit.

⁶² Per il testo della Raccomandazione si veda *Eur-Lex* (<https://eur-lex.europa.eu>).

⁶³ Questo produceva effetti tanto vantaggiosi quanto il contrario, causando quindi incertezza e disparità di trattamento, aumentando inoltre la pratica del forum shopping.

⁶⁴ Ad inizio millennio il numero dei paesi membri era 12, ma il numero è progressivamente aumentato fino a diventare 27.

dell'attività dopo una fase negativa⁶⁵; con un interesse chiaramente legato alla «*facilitazione della ristrutturazione delle imprese in difficoltà finanziaria, applicando meccanismi di «early intervention» prima ancora che si manifesti lo stato di insolvenza⁶⁶».*

Queste importanti posizioni analizzate all'interno della Risoluzione sono state poi recepite nella Raccomandazione.

Interessante novità è sicuramente la considerazione riservata al concetto stesso di insolvenza: il precedente Regolamento europeo non si preoccupava di evidenziarne i caratteri o le problematiche, ma si limitava agli aspetti di carattere processuale, legati per lo più alla legge applicabile e alla scelta del foro competente, dando per scontato lo scenario.

La prospettiva è totalmente cambiata: i protagonisti della scena non sono più l'insolvenza e la liquidazione (*chiaramente creditor-oriented*), ritenute legate a interventi carenti di tempestività. Non vi sono riferimenti né alla prima, come presupposto oggettivo, né alla seconda, se non in chiave di situazioni da evitare.

Il nuovo approccio è ben evidente nella Raccomandazione, il cui obiettivo, esplicito nel primo punto, è «*incoraggiare gli Stati membri a istituire un quadro giuridico che consenta la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria e di dare una seconda opportunità agli imprenditori onesti*». La prima urgenza è quindi garantire un quadro comunitario univoco in tema di insolvenza («*Le norme nazionali in materia di*

⁶⁵ All'interno del *Legislative Observatory*: «*Scope: the scope of this Regulation should extend to proceedings which promote the rescue of economically viable but distressed businesses and which give a second chance to entrepreneurs. The new rules also cover: - proceedings which provide for the restructuring of a debtor at a stage where there is only a likelihood of insolvency - proceedings which leave the debtor fully or partially in control of his assets and affairs - proceedings providing for a debt discharge or a debt adjustment of consumers and self-employed persons for example by reducing the amount to be paid by the debtor or by extending the payment period granted to the debtor.*» Per poter continuare la lettura del documento si veda: *oeil.secure.europarl.europa.eu* (<https://oeil.secure.europarl.europa.eu/>).

⁶⁶ V. DE SENSI, *Orientamenti Comunitari ed Evoluzione della disciplina italiana della Crisi di Impresa*, in *StudioDeSensi.it*, p. 799 e ss (<http://www.studiodesensi.it>).

*insolvenza variano notevolmente quanto alla gamma di procedure di cui possono avvalersi i debitori in difficoltà finanziaria per ristrutturare la loro impresa*⁶⁷).

Si distinguevano Stati in cui le procedure volte alla ristrutturazione intervengono in una fase tardiva e altri, nei quali, anche presentando un carattere più anticipatorio, tali procedure sono caratterizzate da criticità operative (soprattutto nelle procedure formali richieste). Queste diversità procedurali erano causa di notevole incertezza tra gli operatori, con riguardo alle procedure di insolvenza, alle modalità di insinuazione al passivo nel caso di procedimenti di carattere transnazionale, ed al tempo necessario e utile al fine della esdebitazione⁶⁸.

Quindi nessuna delle procedure nazionali presentava elementi idonei secondo la nuova prospettiva, incardinata ad estendere e rendere possibile il salvataggio di quelle imprese meritevoli ed economicamente valide, in una fase anteriore rispetto alla dichiarazione di insolvenza e al fallimento.

Il *focus* della Raccomandazione diviene il significato stesso di “risanamento”, ponendo quest’ultimo, da una parte, come elemento fondante di tutta quella serie di interventi volti ad evitare che la crisi (trattasi di quella situazione, successiva al sovraindebitamento, nella quale sussiste lo squilibrio finanziario che rende probabile l’insolvenza) sfoci in una fase allarmante di irrecuperabilità; dall’altra associandolo alla finalità della «*conservazione dei posti di lavoro e con il mantenimento dei livelli produttivi, e più in generale con il perseguimento di un obiettivo di benessere sociale*»⁶⁹. Vengono inoltre specificate quali siano le condizioni necessarie per l’attuazione degli interventi di risanamento, ossia che: 1) si tratti di imprese sane in difficoltà finanziarie; 2) esista il pericolo, ma non sussista ancora, l’insolvenza⁷⁰.

⁶⁷ Raccomandazione della Commissione Europea del 12 Marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e dell’insolvenza, pp. 65 e ss, in *Eur-Lex* (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content>).

⁶⁸ G. CORNO, *L’armonizzazione comunitaria della normativa in materia di crisi di impresa*, in *ilFallimentarista*, 2014.

⁶⁹ Nuovamente V. DESENSI, *Orientamenti Comunitari ed Evoluzione della disciplina italiana della Crisi di Impresa*, *op.cit.*, p. 801.

⁷⁰ S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Il diritto della Crisi e dell’insolvenza*, *op.cit.*, p. 29; S.PACCHI, *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all’insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015*, in *GiustiziaCivile.com* (<https://giustiziacivile.com/>).

Tra le definizioni indicate nel quinto comma della Raccomandazione spicca quella di “Debitore”: *«la persona fisica o giuridica che versa in difficoltà finanziaria e per la quale sussiste una probabilità di insolvenza»*. Muta il presupposto oggettivo, che diviene la difficoltà finanziaria, legata maggiormente al concetto di crisi, anziché a quello di insolvenza. Si passa da procedure legate ad una totale impotenza o incapacità economica e finanziaria, non transitoria e assolutamente strutturale, ad un’attenzione maggiormente rivolta verso un deterioramento ancora in uno stadio risolvibile. Per quanto ne manchi una chiara ed univoca definizione, la crisi in fondo altro non è che uno “squilibrio”, che può assumere vari tratti, non inquadrati rigidamente dalla stessa Raccomandazione e rimessi alla discrezionalità degli Stati. Ciononostante, anche mostrando interesse verso un intervento in fase precoce, è necessario evitare ogni sorta di abuso, come evidenziato dal *Considerando n. 16* (*«onde evitare potenziali rischi di abuso della procedura, è necessario che le difficoltà finanziarie del debitore comportino con tutta probabilità l’insolvenza del debitore e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l’insolvenza e garantire la redditività dell’impresa»*).

Altro argomento di rilievo all’interno del primo obiettivo è sicuramente la tempestività⁷¹. Come accennato precedentemente le procedure concorsuali e gli interventi nazionali all’interno dell’intero panorama europeo sono caratterizzati da problematiche temporali tali da necessitare di una revisione e unificazione. È quanto è emerso anche alla luce della Comunicazione *«Atto per il mercato unico II⁷²»* nella quale è stata espressa l’esigenza di una modernizzazione delle discipline alla luce anche delle crisi susseguitesì nel periodo considerato.

⁷¹ Nuovamente S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Il diritto della Crisi e dell’insolvenza, op.cit.*

⁷² *«La crisi economica e finanziaria ha fatto emergere altre sfide e ha reso ancora più indispensabili riforme strutturali fondamentali. A causa dei persistenti elevati tassi di disoccupazione, in particolare tra i giovani, e della situazione di povertà in cui vive una parte della popolazione europea, la crisi economica diventa anche crisi sociale.»*, introduzione della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo del 2012, rinvenibile in *Eur-Lex* (<https://eur-lex.europa.eu>).

Infine, l'ultimo consiglio promosso dalla Raccomandazione riguarda la flessibilità, prevedendo un intervento del giudice solo in pochi casi⁷³, caratterizzati da bisogno o urgenza⁷⁴.

Ulteriore necessità avvertita è stata quella di garantire una seconda opportunità, al fine di favorire gli imprenditori ritenuti onesti e economicamente meritevoli. Questo *target* viene confermato all'interno dello stesso testo della Raccomandazione, mostrando come sia chiaro interesse dell'Unione favorire gli investimenti transnazionali e l'accesso alla esdebitazione⁷⁵. Segnatamente, nel *Considerando n. 20*: «*Gli effetti del fallimento, in particolare la stigmatizzazione sociale, le conseguenze giuridiche e l'incapacità di far fronte ai propri debiti sono un forte deterrente per gli imprenditori che intendono avviare un'attività o ottenere una seconda opportunità, anche se è dimostrato che gli imprenditori dichiarati falliti hanno maggiori probabilità di avere successo la seconda volta. È opportuno, pertanto, adoperarsi per ridurre gli effetti negativi del fallimento sugli imprenditori, prevedendo la completa liberazione dai debiti dopo un lasso di tempo massimo*». È consigliato che l'imprenditore, al fine di limitare gli effetti estremamente debilitativi dati dalla procedura concorsuale, acceda ad un quadro di norme che gli consenta di avviare nuovamente l'attività. Nel *paragrafo 30* è espresso in 3 anni il termine entro cui l'imprenditore dovrebbe poter accedere al beneficio dell'integrale liberazione dai debiti; periodo di tempo che inizierebbe a decorrere diversamente a seconda della procedura avviata: «*a) nel caso di una procedura conclusasi con la liquidazione delle attività del debitore, dalla data in cui il giudice ha deciso sulla domanda di apertura*

⁷³ Si vedano in tal senso il *considerando 17* (intervento a tutela degli interessi dei creditori) o con riguardo all'omologazione dei quadri di ristrutturazione preventiva del *Paragrafo 6* della Raccomandazione.

⁷⁴ L. PANZANI, *La Raccomandazione 12 marzo 2014 della Commissione europea per l'adozione di una disciplina uniforme in materia di insolvenza*, in *QuestioneGiustizia.it* (<https://www.questionegiustizia.it>).

⁷⁵ L'esdebitazione è un particolare e specifico beneficio concesso all'imprenditore fallito *persona fisica* che si sia dimostrato, nel corso dello svolgimento della procedura concorsuale, meritevole di accedervi, alla luce di specifici requisiti di carattere oggettivo e soggettivo: tra i più importanti requisiti di meritevolezza bisogna considerare la cooperazione con gli organi della procedura e l'assenza di comportamenti fraudolenti a danno dei creditori. Sul punto G. F. CAMPOBASSO (a cura di), *Diritto Commerciale Contratti Titoli di Credito Procedure Concorsuali*, cit., pp. 404 e ss.

della procedura di fallimento; b) nel caso di procedura che comprenda un piano di ammortamento, dalla data in cui è iniziata l'attuazione del piano⁷⁶». In merito a questo ultimo punto la Commissione ha espresso il pensiero tanto a vantaggio dell'imprenditore onesto che contro i comportamenti disonesti.

Per non sfociare in abusi o in comportamenti fraudolenti, agli Stati è stata riconosciuta comunque una certa discrezionalità nell'imporre modalità o condizioni al fine di dissuadere tali condotte.

1.4) Il Regolamento UE 2015/848

Culmine di una serie di interventi legislativi avviati dall'inizio del nuovo millennio è rappresentato dal Regolamento UE 2015/848. Esso trova la sua ragion d'essere in una esigenza di continuazione con quanto fatto con il precedente Regolamento 1346/2000, in particolare per quanto riguarda gli aspetti attinenti ai conflitti di giurisdizione, alle procedure transfrontaliere e il riconoscimento delle sentenze in materia di insolvenza in ambito europeo⁷⁷. L'iter storico e giuridico che ha condotto a tale introduzione è stato avviato con il lavoro della Commissione nel 2012 ed è culminato nell'operato del 2015. Trattasi di una rifusione⁷⁸ della normativa di inizio secolo, anche nell'ottica di continuare quanto affermato nella Raccomandazione della Commissione Europea del 2014. In effetti il *focus* del lavoro portato avanti dai legislatori europei in questo contesto è stato sicuramente un miglioramento dal punto di vista processuale delle procedure inerenti

⁷⁶ Raccomandazione della Commissione Europea del 12 Marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e dell'insolvenza, p. 69, in Eur-Lex (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content>).

⁷⁷ «La specificazione degli obiettivi perseguiti dalla Commissione sono stati indicati nel «piano di azione sulla imprenditorialità 2000» adottato il 9 gennaio 2013, dove gli stati membri sono stati invitati a ridurre il tempo per concedere la discharge agli imprenditori onesti falliti e, in secondo luogo, ad offrire strumenti di supporto, in particolare alle PMI per consentire loro una ristrutturazione precoce» S. PACCHIS-AMBROSINI, *Il diritto della Crisi e dell'insolvenza*, op.cit., p. 26.

⁷⁸ Si parla di rifusione quando una nuova direttiva raggruppa e integra tutte le precedenti norme vigenti su una determinata materia, *Ilsole24ore.com* (<https://argomenti.ilsole24ore.com>).

all'insolvenza transfrontaliera. Probabilmente nelle intenzioni del legislatore europeo non vi era solo quella di suggerire un'evoluzione dal punto di vista normativo in materia concorsuale: da qui il passaggio da una fonte non vincolante, quale appunto la Raccomandazione, ad una che, ai sensi dell'articolo 249 del Trattato CE, è fonte vincolante per gli Stati Membri.

Provando a specificare quali siano i punti, o meglio, gli obiettivi alla base del regolamento sicuramente si potrebbe considerare:

1. La necessità di regolare in maniera più chiara ed univoca l'insolvenza al fine di tutelare il mercato interno e il suo corretto funzionamento⁷⁹;
2. dissuadere gli imprenditori, sia persone fisiche che giuridiche, dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno stato all'altro al fine di ottenere specifici benefici⁸⁰ (pratica del c.d. *forum shopping*, oggetto anche del precedente Regolamento 1346/2000);
3. estendere l'ambito di applicazione del regolamento a procedure che prevedono o promuovono il salvataggio dell'impresa, non ancora dichiarata fallita, ancora economicamente valida⁸¹: al centro dell'attenzione risultano poste le procedure volte alla ristrutturazione di imprese che non versano in uno stato di insolvenza, agendo quindi in una fase precoce e anteriore;
4. incoraggiare ulteriormente la concessione della seconda opportunità, sempre in un'ottica di *fresh start*.

L'ambito oggettivo di applicazione del Regolamento è individuabile e analizzabile sulla base dell'articolo 1 («*Il presente regolamento si applica alle procedure concorsuali pubbliche, comprese le procedure provvisorie, disciplinate dalle norme in materia di insolvenza e destinate a fini di salvataggio, ristrutturazione del debito, riorganizzazione o liquidazione*»); di conseguenza i requisiti per l'applicabilità della normativa sono: a) che si tratti di una procedura concorsuale, anche provvisoria, pubblica; b) disciplinato dalle norme in materia di insolvenza c) le cui finalità siano nell'ordine salvataggio, ristrutturazione, riorganizzazione e infine liquidazione d) nella quale avvenga lo

⁷⁹ Considerando n.3 e 4 del Regolamento 848/2015.

⁸⁰ Considerando n.5 del Regolamento 848/2015.

⁸¹ Considerando n 10 del Regolamento 848/2015.

spossessamento, anche parziale del debitore, o comunque il controllo degli affari e dei beni da parte del giudice, o che preveda la sospensione delle azioni esecutive e cautelari individuali da parte dei singoli creditori⁸².

L'articolo 2 riveste un ruolo chiarificatore di quanto indicato nell'articolo precedente. Viene infatti individuato il concetto di "procedura concorsuale", come «*una procedura che comprende tutti o una parte significativa dei creditori di un debitore a condizione che, nel secondo caso, la procedura non pregiudichi i crediti dei creditori non interessati dalla procedura stessa;*»⁸³, e risulta ancor più specificato sulla base del *Considerando n. 14*, ma che allo stesso tempo lascia trasparire una notevole lacuna del Regolamento⁸⁴.

Infatti, la normativa, per quanto *prima facie* sembri comprendere i singoli aspetti della procedura, tralascia di indicare quali debbano essere i rapporti e il trattamento dei singoli creditori, o delle singole categorie, rimettendo tutto alla discrezionalità degli Stati Membri. All'interno del nostro ordinamento i rapporti tra creditori sono regolati dall'articolo 52 della Legge Fallimentare⁸⁵, sotteso a sua volta al principio della *par condicio creditorum* dell'articolo 2741 c.c. («*I creditori hanno egual diritto di essere soddisfatti sui beni del debitore, fatte salve le cause legittime di prelazione*»)⁸⁶.

Tra le novità riscontrabili sulla base del primo articolo del Regolamento vi sono alcune che meritano particolare attenzione. Una di queste riguarda l'incremento del novero delle procedure concorsuali, comprensivo anche di importanti cambiamenti, già

⁸² Si tratta di un cambiamento importante rispetto al precedente Regolamento 1346/2000, nella quale venivano espressamente disciplinate, sempre all'articolo 1, «*le procedure fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale.*

del debitore stesso e la designazione di un curatore». P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa Il regolamento (UE) 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza*, Torino, Giappichelli Editore, 2017, pp. 16 e ss.

⁸³ G. CORNO, *L'applicazione del Regolamento 848/2015 alle procedure di crisi o di insolvenza italiane*, in *IlFallimentarista.it*, 2018.

⁸⁴ Nuovamente P. DE CESARI-G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, op.cit.

⁸⁵ «*Il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito*» Primo comma dell'articolo 52 della Legge Fallimentare. Per approfondimenti si veda G. F. CAMPOBASSO (a cura di), *Diritto Commerciale Contratti Titoli di Credito Procedure Concorsuali*, cit., pp. 369 e ss.

⁸⁶ L. CAMPIONE, *Concorso dei Creditori*, in *ilFallimentarista.it*, 2019 (<https://ilfallimentarista.it>).

visti nel corso della Raccomandazione. Non sono necessariamente legate alla verifica dell'ultimo stadio del deterioramento economico, patrimoniale e finanziario, che ha colpito il debitore, di fatto alla verifica dello stato di insolvenza. Il Regolamento, infatti, risulta applicabile da una parte «*alle procedure disciplinate dalle norme in materia di insolvenza*⁸⁷», ma dall'altra anche «*alle procedure che sono avviate da situazioni in cui il debitore attraversa difficoltà di natura non finanziaria*⁸⁸, a condizione che tali difficoltà comportino una reale e grave minaccia per la capacità effettiva o futura del debitore di pagare i suoi debiti in scadenza⁸⁹». La condizione di insolvenza, alla luce di questi ultimi due *considerando* e dell'ultimo comma dell'articolo 1, non risulta l'unico presupposto applicativo della normativa⁹⁰: novità rilevante rispetto al precedente Regolamento 1346 del 2000, la cui applicazione era fondata sul riconoscimento della sola condizione di insolvenza, quindi in una fase ormai tardiva per il salvataggio⁹¹, e che riguardava singole procedure con annesso spossessamento parziale o totale del debitore. Un'ipotesi di intervento diversa⁹² peraltro, anche da quella prevista nel nostro ordinamento ai sensi della legge fallimentare, basata su un preciso e chiaro significato di insolvenza, legato ad un *pattern* finanziario. Per inquadrare meglio la questione bisogna evidenziare come non risulti rinvenibile l'insolvenza secondo l'accezione del nostro ordinamento, riconducibile

⁸⁷ *Considerando n. 16 del Regolamento 848/2015.*

⁸⁸ Delineando uno schema dinamico, in un orizzonte temporale antecedente alla dichiarazione di fallimento, su un aggravamento progressivo della situazione del debitore o dell'imprenditore, si potrebbe qualificare come "difficoltà di natura non finanziaria" anche un appesantimento della debitoria, una situazione incipiente con difficoltà di carattere economico, che se non risolte tempestivamente, potrebbero sfondare verso la sfera patrimoniale, ma non ancora finanziaria.

⁸⁹ *Considerando n. 17 del Regolamento 848/2015.*

⁹⁰ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa*, op.cit., p. 21.

⁹¹ Ai sensi dell'articolo 1, primo comma, del Regolamento 1342/2000: «*Il presente regolamento si applica alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale del debitore stesso e la designazione di un curatore*».

⁹² Per poter assoggettare un debitore alla procedura concorsuale del fallimento è necessario che lo stesso ricada nella definizione di "imprenditore insolvente", facendo quindi riferimento all'art 5, secondo comma, della legge fallimentare italiana. Non si può dichiarare il fallimento italiano di un debitore che sia, nella situazione, del secondo comma dell'art 1 del regolamento, anche se a livello comunitario è definita come insolvenza. Nuovamente P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa: il Regolamento (UE) 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza*, op. cit.

ovviamente all'articolo 5, secondo comma, della legge fallimentare («*Lo stato di insolvenza con inadempimenti o altri fattori esteriori, i quali dimostrano che l'imprenditore non è in grado di soddisfare regolarmente le sue obbligazioni*»). Senza ricercare quindi un perimetro, un'assenza di contorni ben definiti, probabile conseguenza del fatto che le autorità europee si siano maggiormente preoccupate di “indicare una via” agli Stati Membri, per una necessità di uniformità della disciplina processuale e procedimentale, ma senza accedere alla fase successiva, vale a dire definire concretamente l'insolvenza europea⁹³. Ulteriore elemento interessante, sempre inerente al primo articolo del Regolamento, è l'elenco delle finalità delle procedure concorsuali pubbliche (salvataggio, ristrutturazione, riorganizzazione e infine liquidazione). La posizione finale e quasi residuale nella quale ricade la liquidazione - che fino ad inizio millennio rientrava come la priorità nelle modalità di tutela dei creditori - evidenzia quel cambio di rotta, i cui accenni erano già percepibili nella Raccomandazione del 2012⁹⁴.

Al tema della competenza giurisdizionale il Regolamento dedica gli articoli dal 3 («*Competenza Giurisdizionale Internazionale*») al 6 («*Competenza per le azioni che derivano direttamente dalla procedura d'insolvenza e che vi si inseriscono strettamente*»), mostrando una maggior completezza rispetto al singolo articolo dedicato nella precedente normativa oggetto di rifusione⁹⁵. Risulta quindi applicato nuovamente il criterio dell'*universalità attenuata (o limitata)*, sulla base di quanto indicato anche nella Model Law dell'Uncitral del 1997, ricercando quindi una portata sostanzialmente universale degli effetti legati all'apertura del procedimento *principale* all'interno di un determinato Stato Membro, ma allo stesso tempo consentendo ulteriori aperture, seppur

⁹³«*Sembra difficile comprendere la finalità tecnica nel riferimento alla normativa in tema di insolvenza: tutto, infatti, sembra ridursi ad una tautologia, ossia all'affermazione per la quale il regolamento sulle procedure di insolvenza si applica a quelle procedure che nei vari diritti nazionali intervengono nei casi di insolvenza*». Questo il parere di P. DE CESARI-G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa: il Regolamento (UE) 848/2015 relativo alle procedure di insolvenza*, cit, pp. 20 e ss.

⁹⁴ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa.*, op. cit. pp. 22-23

⁹⁵ Z.C. REGHIZZI, *Ue e disciplina dell'insolvenza (I parte) – la disciplina della giurisdizione in materia di: il REG. UE N. 2015/848*, in *Giur. It.*, 2018, 1, 222.

con effetti limitati, o per meglio dire *territoriali*, all'interno di altro Stato⁹⁶ (*procedure secondarie*).

Vengono infatti ripresi i medesimi criteri di ripartizione della competenza, ai sensi della prima parte dell'articolo 3: «*Sono competenti ad aprire la procedura d'insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore («procedura principale di insolvenza»).*». Individuato il COMI viene quindi aperto un procedimento nei confronti di un imprenditore e, indipendentemente dalle finalità sottese alla sua apertura, è affidato al giudice il compito d'ufficio di verificare la sua competenza⁹⁷, ovvero anche una “*dipendenza*”⁹⁸(sulla base della definizione *ex art 2 comma 10 del Regolamento*⁹⁹). Tuttavia, il compito non è rimesso soltanto al giudice, in quanto nel momento in cui «*le circostanze della questione diano adito a dubbi quanto alla competenza del giudice, questi dovrebbe esigere dal debitore ulteriori prove a sostegno delle sue asserzioni e, se consentito dalla legge applicabile alla procedura d'insolvenza, dare ai creditori del debitore l'opportunità di esprimersi sulla questione della competenza*¹⁰⁰».

Tra l'altro il legislatore europeo si è interessato anche di quelle procedure aperte in assenza di una figura che assuma la qualifica di giudice *ex art 2* («*l'autorità giudiziaria o qualsiasi altro organo competente di uno Stato membro legittimato ad aprire una procedura d'insolvenza, a confermare l'apertura o a prendere decisioni nel corso della procedura*»), disponendo che, in sua assenza, sia l'amministratore della procedura ad occuparsi del compito sopradescritto riguardante l'individuazione della sua competenza o la dichiarazione di mancanza della stessa¹⁰¹. Con riguardo alla definizione di COMI, il Regolamento 848/2015 è il frutto di quegli interventi giurisprudenziali e di quelle

⁹⁶ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, op. cit. pp. 90 e ss.

⁹⁷ Combinato disposto dell'Articolo 4 e del Considerando n. 27 del Regolamento 848/2015.

⁹⁸ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, op. cit. pp. 40 e ss.

⁹⁹ «*La nozione di dipendenza, cioè, presuppone a carico del centro di operazioni di cui all'art. 2, n. 10, l'assenza di una personalità giuridica distinta da quella del debitore soggetto in altro Paese membro alla procedura principale e che della dipendenza è titolare*», quanto affermato da P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, op. cit. p. 55.

¹⁰⁰ Considerando n. 30 del Regolamento 848/2015.

¹⁰¹ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, op. cit. pp. 40 e ss.

sentenze (legate all'interpretazione del precedente Regolamento 1346/2000)¹⁰²: *The Center of Main Interest* è riconoscibile, sulla base della seconda parte del primo comma dell'articolo 3, come il «luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi», disponendo che venga richiesto riscontro ai soggetti interessati, vale a dire i creditori¹⁰³. Da qui una serie di presunzioni specifiche inerenti alla figura non tanto dell'imprenditore, quanto del *debitore*, in questo modo ampliando il novero dei soggetti nei cui confronti può essere applicata la disciplina comunitaria.

Vengono elencate tre distinte presunzioni, basate sui soggetti analizzati: 1) società e persone giuridiche; 2) persone fisiche che esercitano attività imprenditoriale o professionale indipendente; 3) le altre persone fisiche. Per le società e le persone giuridiche il *COMI* risulta coincidente con la sede legale (lasciando peraltro alla discrezionalità degli Stati la sua corretta identificazione); per le persone fisiche invece bisogna distinguere perché nel primo caso (persone fisiche che esercitano un'attività imprenditoriale) il *COMI* coincide con la sede principale dell'attività di impresa; mentre nel secondo caso risulta coincidente con la residenza¹⁰⁴. Le presunzioni ivi considerate sono sottoposte ad un preciso *test temporale*¹⁰⁵: infatti non si applica tale presunzione «*se una società, una persona giuridica o una persona fisica che esercitano un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, abbia spostato la sede legale o la sede principale di attività in un altro Stato membro entro un periodo di tre mesi precedente la domanda di apertura della procedura d'insolvenza, oppure laddove il debitore, nel caso di una persona fisica che non esercita un'attività imprenditoriale o professionale indipendente, abbia spostato la sua residenza abituale in un altro Stato membro entro un*

¹⁰² In particolar modo con i casi *Eurofood*, *Interedil* e *Rastelli*; S. BARIATTI - G. CORNO, *Centro degli interessi principali*, in *ilFallimentarista.it*, 2016.

¹⁰³ *Considerando n. 28 del Regolamento 848/2015*; P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, *op. cit.*

¹⁰⁴ «*Per superare le presunzioni citate, i creditori istanti dovranno provare l'esistenza di elementi che escludono, per le società, la coincidenza fra COMI e sede legale, senza che si possa attribuire alla società l'onere di provare l'effettività del trasferimento della sede*», secondo S. BARIATTI - G. CORNO, *Centro degli interessi principali*, *op. cit.*

¹⁰⁵ P. DE CESARI - G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, *op. cit.*, pp. 48 e ss

periodo di sei mesi precedente la domanda di apertura della procedura d'insolvenza¹⁰⁶». Di conseguenza le presunzioni ivi considerate non verrebbero valutate nel momento in cui vi sia stato lo spostamento della sede legale, ovvero della sede principale o della residenza, nel corso dei tre o dei sei mesi antecedenti, portando di conseguenza a non considerare l'eventuale nuova localizzazione. Ma ciò serve più che altro a precisare meglio la considerazione stessa che si ha del COMI, come criterio puramente empirico, utile per facilitare l'individuazione dello Stato competente, e di conseguenza della legge applicabile, ma sempre come presunzione che non assume una valenza assoluta, come tale passibile di prova contraria¹⁰⁷. Infatti, all'interno dello stesso Regolamento viene ulteriormente precisato tale concetto: *«le presunzioni che la sede legale, la sede principale di attività e la residenza abituale siano il centro degli interessi principali dovrebbero essere superabili e il giudice competente di uno Stato membro dovrebbe valutare attentamente se il centro degli interessi principali del debitore sia situato veramente in quello Stato membro¹⁰⁸».*

Quindi cercando, di elencare e allo stesso tempo di sintetizzare le diverse modalità procedurali: 1) una volta individuato il giudice competente (sulla base di presunzioni, opponibili mediante prova contraria), sarà egli stesso tenuto a provare la sua competenza internazionale in relazione alla corretta individuazione del *COMI* all'interno dello Stato Membro considerato; 2) in caso di riscontro positivo sarà fornito di competenza internazionale; o 3) in caso di riscontro negativo dovrà dichiarare la sua incompetenza¹⁰⁹. Le norme contenute nel Regolamento 848/2015 offrono peraltro una parziale disamina anche sulla regolamentazione dei conflitti di competenza internazionale, ma con una importante differenza tra quelli di carattere positivo e quelli

¹⁰⁶ Considerando n. 32 del Regolamento 848/2015.

¹⁰⁷ Nuovamente P. DE CESARI- G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, op. cit, p. 49.

¹⁰⁸ Considerando n. 30 del Regolamento 848/2015.

¹⁰⁹ P. DE CESARI- G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*., op. cit, pp. 57 e ss.

negativi¹¹⁰. Infatti, i primi sono regolati e disciplinati secondo quanto indicato dal primo comma dell'articolo 19 («*La decisione di apertura della procedura di insolvenza da parte di un giudice di uno Stato membro competente in virtù dell'articolo 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri dal momento in cui essa produce effetto nello Stato di apertura*»); manca invece una norma in grado di definire le modalità di azione nel caso in cui vi sia una tale inerzia procedimentale¹¹¹.

Ultimo argomento da esaminare riguarda le norme disciplinanti l'eventuale conflitto di legge, ovverosia l'individuazione della legge applicabile alla procedura concorsuale. Ruolo centrale è assunto dall'articolo 7 del Regolamento, secondo cui «*salvo disposizione contraria del presente regolamento, si applica alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura (lo «Stato di apertura»)*», disponendo invece nel secondo comma un elenco di istituti o aspetti procedurali sottoposti alla *lex concursus*¹¹². Non si tratta di una norma inderogabile, al contrario sono previste espressamente delle eccezioni, tra cui quella della facoltà di far valere la compensazione da parte del debitore nei confronti di uno dei suoi creditori «internazionali»¹¹³. Lo stesso istituto della compensazione è poi sottoposto a precisi limiti, dati dal fatto che sia concessa a condizione che risulti ammessa dalla legge del debitore, senza andare a considerare invece la legge del creditore *in bonis*¹¹⁴. Infine, la stessa disciplina *ex art 9* rimanda all'articolo 7 precedentemente analizzato nel momento in cui dispone che non possano venir pregiudicate le eventuali azioni collegate all'apertura del procedimento («*azioni di annullamento, di nullità o di inopponibilità di cui all'articolo 7*»).

¹¹⁰ Sussiste il conflitto positivo nel momento in cui i giudici di due Stati diversi rivendicano contemporaneamente la propria competenza; al contrario sarà conflitto negativo nel momento in cui ambedue si ritengano incompetenti.

¹¹¹ P. DE CESARI- G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, op. cit., pp.66 e ss.

¹¹² P. DE CESARI- G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, op. cit., pp. 122 e ss.

¹¹³ Articolo 9 del Regolamento 848/2015: «*L'apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito di un debitore, quando la compensazione è consentita dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente*».

¹¹⁴ P. DE CESARI- G. MONTELLA, *Il nuovo diritto europeo della Crisi di impresa*, op. cit., p. 123.

1.5) La Direttiva Insolvency (UE) 2019/1023 del Parlamento e del Consiglio Europeo

«L'obiettivo della presente direttiva è contribuire al corretto funzionamento del mercato interno nonché eliminare gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali, quali la libera circolazione dei capitali e la libertà di stabilimento, che derivano dalle differenze tra le legislazioni e procedure nazionali in materia di ristrutturazione preventiva, insolvenza, esdebitazione e interdizioni¹¹⁵». Questo è quanto affermato dalla prima parte del primo *considerando* della Direttiva 1023/2019 del Parlamento e del Consiglio Europeo, definita anche come direttiva «*Insolvency*». Varata formalmente il 6 giugno 2019, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea venti giorni dopo, e altrettanti ne sono passati per la sua entrata in vigore¹¹⁶. Un ulteriore tassello, probabilmente il più importante, verso una armonizzazione¹¹⁷ e una unificazione comunitaria della disciplina delle procedure concorsuali, sulla scorta dei precedenti lavori (Raccomandazione del 2014 e Regolamento 848/2015)¹¹⁸.

Questi presentavano però delle criticità: da una parte un'attenzione limitata agli aspetti relativi agli eventuali conflitti di giurisdizione e ai procedimenti legati all'insolvenza transfrontaliera e al riconoscimento, nonché al dispiegarsi, degli effetti delle sentenze¹¹⁹; dall'altra l'approccio di *soft law* non aveva portato ai risultati sperati, come evidenziato all'interno della Relazione al Provvedimento della Commissione

¹¹⁵ Per vedere il testo completo della Direttiva si veda *EUR-Lex* (<https://eur-lex.europa.eu>).

¹¹⁶ Da quel momento entro Luglio 2021 gli stati membri sono tenuti a recepire le nuove disposizioni, S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, *op.cit.*, p. 30.

¹¹⁷ L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *DirittoBancario*, 14 ottobre 2019 (<https://www.dirittobancario.it>).

¹¹⁸ F. MAROTTA, *L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza*, in *ilCaso.it*, 17 Aprile 2019 (<http://www.ilcaso.it/articoli>).

¹¹⁹ E come evidenziato nei *Considerando nn. 12 e 13* la Direttiva non è destinata a sostituirsi al precedente Regolamento, bensì ad essere pienamente compatibile con esso.

Europea¹²⁰. Infatti, il problema era rimasto lo stesso, come evidenziato dal *Considerando n. 4*: esistono ancora troppe differenze significative tra i vari diritti concorsuali europei, riguardo quei meccanismi e strumenti che consentano all'imprenditore di intervenire per evitare la totale incapacità di assolvere regolarmente alle obbligazioni contratte.

Prima di continuare la disamina della Direttiva *Insolvency*, è bene precisare quale sia il pensiero politico ed economico da cui si sviluppa l'operato del legislatore comunitario¹²¹. Il contesto imprenditoriale considerato è tale da necessitare di una precisa spinta verso l'armonizzazione, poiché «*la materia dell'insolvenza ha una forte dimensione UE. In un mercato unico sempre più interconnesso, con una dimensione digitale sempre più grande, le imprese puramente nazionali sono pochissime se si considerano aspetti quali la clientela, la catena di approvvigionamento, la portata delle attività, gli investitori e la base di capitale*¹²²». Tra i preoccupanti dati analizzati dalla Commissione Europea spicca quello sulla resistenza vitale delle imprese, con almeno il 50% delle imprese che non riesce ad andare oltre i 5 anni¹²³; e la chiara preferenza degli

¹²⁰«*Da tali riesami è emerso che, pur avendo costituito un'utile guida per gli Stati membri impegnati in riforme nel settore dell'insolvenza, la raccomandazione non ha ottenuto l'impatto auspicato in termini di modifiche rilevanti in tutti gli Stati membri volte a facilitare il salvataggio delle imprese in difficoltà finanziarie e offrire una seconda opportunità agli imprenditori*» Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio del 22 Novembre 2016, rinvenibile in *Eur-Lex*, p. 8 (<https://eur-lex.europa.eu>).

¹²¹ «*Il pensiero economico (e politico) che ha alimentato questo intervento comunitario sorge sulla base dell'osservazione che gli scambi economici intercomunitari sono di gran lunga la maggioranza mentre le imprese puramente nazionali sono pochissime se si considerano aspetti quali la clientela, la catena degli approvvigionamenti, la portata delle attività, gli investitori e la base del capitale*» Questo è il pensiero espresso da G. BENVENUTO – S. MEANI in *Direttiva UE n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, esdebitazione ed insolvenza: prime valutazioni*, in *ilFallimentarista*, 30 Luglio 2019 (<https://ilfallimentarista.it/articoli/>).

¹²² Contesto europeo evidenziato all'interno della *Proposta di direttiva*.

¹²³ Nuovamente F. MAROTTA: «*I dati, del resto, parlano a chiare lettere: più della metà delle imprese ha un emiciclo vitale non più lungo di cinque anni, con un numero di fallimenti che si aggira intorno alle 200.000 unità per anno5 negli Stati dell'Unione Europea*» *L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza: la nuova direttiva europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, op.cit.,.* Più nello specifico nella *Proposta* le stime indicano il fallimento di

Stati per una soluzione “punitiva” quale appunto la liquidazione anziché l’intervento correttivo, in una fase nella quale è ancora possibile. Quindi la complessa dinamica da cui è caratterizzata l’attività aziendale richiede una valutazione dei dati, non solo contabili, ma anche prospettici, molto più ampia, che garantirebbe quella previsione necessaria per l’emersione anticipata della crisi e la conseguente ristrutturazione, evitando di intervenire all’emergere del *trigger event*.

Tornando ad analizzare la Direttiva o, più precisamente, l’ambito oggettivo di applicazione della stessa, l’articolo 1 dispone che venga applicata: «a) ai quadri di ristrutturazione preventiva per il debitore che versa in difficoltà finanziarie e per il quale sussiste una probabilità di insolvenza, al fine di impedire l’insolvenza e di garantire la sostenibilità economica del debitore; b) alle procedure che portano all’esdebitazione dai debiti contratti dall’imprenditore insolvente; e c) alle misure necessarie per aumentare l’efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione». Vi è poi un ulteriore obiettivo da considerare, legato ad un interesse mostrato anche all’interno della Proposta, ossia la riduzione dei crediti deteriorati¹²⁴, evitandone l’accumulo all’interno dei bilanci delle banche.

Tre i macroargomenti trattati all’interno della direttiva: a) la Ristrutturazione preventiva (Titolo II), quelle norme frutto della *rescue culture* europea, da una parte le norme «sull’allerta, sulle agevolazioni delle trattative, sull’iter del piano, sulla tutela dei finanziamenti e delle operazioni volte alla ristrutturazione» e dall’altra connesse ai nuovi obblighi dei dirigenti; b) l’esdebitazione (Titolo III) e le procedure che portano alla liberazione dell’imprenditore decorso uno specifico periodo di tempo, sempre nell’ottica del *fresh start*; c) le misure per aumentare l’efficienza delle procedure (Titolo IV)¹²⁵. Si tratta indubbiamente di strumenti volti a garantire la conservazione del complesso

almeno 200.000 mila imprese l’anno, praticamente 600 al mese, con conseguente perdita di almeno 1,7 milioni di posti l’anno.

¹²⁴ Considerando n. 3 della Direttiva 1023/2019; S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell’insolvenza*, op.cit., p. 31.

¹²⁵ S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell’insolvenza*, op.cit., p. 32; G. BENVENUTO-S. MEANI, op.cit.

aziendale e dell'impresa¹²⁶; ma allo stesso tempo si palesa una cruda realtà di fondo, ossia non perseguire ad ogni costo la continuità aziendale: nel momento in cui manchino i presupposti economici e finanziari per poterlo fare, si dovrà procedere alla liquidazione, che potrebbe comunque garantire la conservazione del complesso aziendale¹²⁷.

Spostando ora l'attenzione sull'ambito soggettivo di applicazione, la Direttiva fa riferimento alla figura del *debitore* (Articolo 1, par 1, lett a), precisandone però il perimetro nel punto successivo a quella dell'imprenditore insolvente, comprendendo anche la figura dell'imprenditore agricolo e eccezionalmente anche la figura del professionista intellettuale (in quanto inserito nella definizione di «*imprenditore*» dell'articolo 2 comma 1 par 9, al contrario della tradizionale esclusione da suddetta categoria nell'ordinamento italiano¹²⁸) e l'impresa collettivamente gestita (riferimento ai «*detentori di strumenti di capitale*» di cui all'articolo 2 comma 1 par 2)¹²⁹. Sembrerebbe mancare invece un riferimento, almeno all'interno degli articoli, alla figura del consumatore e al problema del sovraindebitamento¹³⁰, con il solo *Considerando n. 21* che evidenzia come anche questa sia una problematica di grande valore all'interno del

¹²⁶ S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall.*, 2019, I pp. 1258 e ss.

¹²⁷ Nuovamente S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, *op.cit.*

¹²⁸ «*Volendo sondare il livello di adeguatezza del nostro Codice della crisi rispetto al presupposto soggettivo come fissato dalla Direttiva, possiamo segnalare una divergenza tra l'unico binario concorsuale del legislatore europeo, percorribile da parte di tutti coloro che rientrano nell'area degli imprenditori da una parte e il duplice binario di quello Italiano, retaggio di un'impostazione storica ancora non abbandonata, nonostante che, con particolare riferimento all'imprenditore agricolo, la differenza di trattamento appaia da tempo superata*»; Pensiero di S.PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, *op.cit.*

¹²⁹ S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, *op.cit.*, pp. 32 e ss.

¹³⁰ Definita come una situazione di perdurante squilibrio economico a cui per farvi fronte è necessario che si effettui un giudizio prognostico «*al fine di verificare se, sulla base delle fonti di reddito presenti e future del debitore questi (il debitore) potrà procedere con regolarità al pagamento dei propri creditori*» Trib. Napoli Nord, 2018, in *ilCaso.it* (<http://www.ilcaso.it/giurisprudenza/archivio/21031.pdf>).

panorama comunitario¹³¹. In realtà la Direttiva se ne preoccupa in ottica di *seconda chance*, proponendo agli Stati Membri l'estensione della disciplina dell'esdebitazione¹³² (Articolo 1 paragrafo 4). L'articolo 4 invece definisce l'ambito oggettivo di applicazione della Direttiva: «*Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione¹³³ preventiva che gli consenta la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la loro sostenibilità economica, fatte salve altre soluzioni volte a evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale*»¹³⁴. Quindi il procedimento di ristrutturazione dovrebbe essere applicato nel momento in cui il debitore si trovi in una situazione di difficoltà finanziaria (riprendendo quanto indicato all'interno

¹³¹ Anche all'interno della Proposta di Direttiva, il *Considerando n. 15* pone l'attenzione sul sovraindebitamento del debitore («*Il sovraindebitamento del consumatore è un problema di grande rilevanza economica e sociale ed è strettamente correlato alla riduzione dell'eccesso di debito*»).

¹³² S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall*, *op.cit.*

¹³³ Concetto di «ristrutturazione» ex art 2: «*Misure che intendono ristrutturare le attività del debitore che includono la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi;*».

¹³⁴ In questo senso vi è una critica, o meglio una osservazione mossa contro il legislatore europeo, data dal fatto di essersi limitato ad indicare cosa debbano fare gli Stati al fine di tutelare l'imprenditore non ancora in stato di insolvenza, senza nel concreto precisare quali strumenti o come debba funzionare tale quadro, L. PANZANI, *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, *op.cit.*

della Raccomandazione del 2014 nel mutamento del presupposto applicativo), quando vi siano (elevate o meno¹³⁵) probabilità che vi sia insolvenza (*insolvency likelihood*)¹³⁶.

Il focus è la “pre-insolvenza”, «fase anticipata nella quale la ristrutturazione deve operare»¹³⁷, ricollegabile anche a quanto indicato all’interno del *Considerando n. 22*, secondo cui quanto prima il debitore risulti in grado di comprendere la sua situazione, tanto prima potrà evitare l’insolvenza (incapacità totale di assolvere regolarmente alle obbligazioni), ovvero gestire al meglio l’eventuale procedimento di liquidazione. Qui emerge però una critica avanzata da parte degli Stati membri per l’assenza di una formula precisa ed omnicomprensiva; e, per altro verso, sembrerebbe limitarsi la facoltà di intervenire solo al sorgere della difficoltà finanziaria, mancando di considerarne altre tipologie (crisi di carattere reddituale, economico o anche industriale¹³⁸). Senonché in questo quadro emerge il concetto di *early warning*, non chiaramente precisato all’interno della Direttiva, bensì nella Proposta del 2016, ossia tutta quella serie di strumenti che permettano di ravvisare un peggioramento della competitività dell’impresa, così da permettere di intervenire tempestivamente per risanare una condizione di maggior equilibrio¹³⁹. Lo stesso *Considerando* sopracitato pone l’attenzione sulla necessità che vi

¹³⁵ Una critica mossa da EIDENMULLER riguarda proprio l’assenza di una percentuale necessaria per identificare “la probabilità di insolvenza” («*What is meant by ‘likelihood’ is not further specified in the draft RD, which is unfortunate as there always is ‘a’ likelihood of insolvency, however small. A reasonable construction might be an assessment according to which there is a greater than 50% probability that the debtor becomes insolvent on a cash flow basis in the reasonably foreseeable future*»), in *Contracting for an European Insolvency Regime*, in *SpringerLink.com*, 2017 (<https://link.springer.com/article/10.1007/s40804-017-0067-1>).

¹³⁶ L. PANZANI, *op.cit.*; M. TERENGI, *Crisi di impresa e insolvenza*, in *ilFallimentarista*, 30 Luglio 2019 (<https://ilfallimentarista.it>).

¹³⁷ S. PACCHI - S. AMBROSINI, *op.cit.*

¹³⁸ S. PACCHI, *La ristrutturazione dell’impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall*, *op.cit.*

¹³⁹ Articolo 3 della *Proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio* del 22 novembre 2016; L. PANZANI, *Conservazione dell’impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di Direttiva in tema di Armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *ilCaso.it*, 11 novembre 2017 (<http://www.ilcaso.it>); S. BASTIANON, *Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d’impresa*, in *ilFallimentarista*, 14 Maggio 2019; G. BRANCADORO, *Crisi sistemiche e rilevanza giuridica nelle discipline delle crisi di impresa*, in *Dir.Fall*, 19 maggio 2019.

siano «informazioni chiare, aggiornate, concise e di facile consultazione sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili e predisporre uno o più strumenti di allerta precoce per incoraggiare i debitori che cominciano ad avere difficoltà finanziarie ad agire in una fase precoce». Per andare più nello specifico l'articolo 2 della direttiva precisa, al fine di meglio inquadrare la definizione di "ristrutturazione": «misure che intendono ristrutturare le attività del debitore che includono la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi»¹⁴⁰. Da tale definizione si comprende l'ampia gamma di misure necessarie per la ristrutturazione, comprendenti quelle riorganizzative, quelle volte alla ristrutturazione della debitoria e infine quelle volte alla continuità diretta ed indiretta¹⁴¹.

In merito all'ingresso nella procedura di ristrutturazione l'imprenditore (persona fisica o giuridica che sia) dovrebbe potervi accedere in una fase anteriore rispetto all'insolvenza¹⁴², ma allo stesso tempo devono esserci elevate probabilità (anche se manca una precisa percentuale¹⁴³) che la stessa possa colpirlo nel breve-medio termine¹⁴⁴. Quindi il sistema di allerta che il legislatore europeo ha inteso indicare all'interno della Direttiva, auspicando nella pronta collaborazione degli stati, è «composito e multilivello,

¹⁴⁰ «La direttiva dimostra che...preservare la continuità aziendale risulta un elemento di strategica importanza per scongiurare l'insolvenza delle imprese»; N. SOLDATI, *Le modifiche per dare attuazione alla disciplina europea*, da *Codice della Crisi di impresa – il correttivo*, in *Il Sole24 ore*, Milano, marzo 2021, p. 11.

¹⁴¹ S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall*, *op.cit.*, p. 1272.

¹⁴² Oltretutto l'accesso non dovrebbe essere impedito neanche agli imprenditori a causa dell'inadeguatezza o la mancanza delle informazioni legate agli obblighi di contabilità, secondo quanto indicato dal *Considerando n. 27 della Direttiva 1023/2019*.

¹⁴³ Nuovamente EIDENMULLER in *Contracting for an European Insolvency Regime*, *op.cit.*

¹⁴⁴ *Considerando n. 24 della Direttiva 1023/2019*; S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall*, *op.cit.*, p. 1270.

nella quale l'informazione assume il ruolo di pietra angolare, e i cui destinatari dovrebbero essere soprattutto il debitore e i rappresentanti dei lavoratori»¹⁴⁵.

Altro obiettivo è quello di comprendere come effettivamente funzioni il processo di ristrutturazione una volta avviato e in tal senso la Direttiva pone degli snodi ben precisi. Innanzitutto, per quanto riguarda la direzione della impresa, nel momento in cui si entra nella fase di ristrutturazione, la Direttiva muove dal presupposto americano del *debtor in possession* del *Chapter 11*¹⁴⁶ e nel *Considerando n.30* è appunto indicato che il debitore rimanga nel possesso della sua attività, accordando nel contempo la possibilità agli Stati di disporre casi in cui la nomina di un professionista risulti necessaria, o addirittura obbligatoria¹⁴⁷. Il secondo snodo riguarda la sospensione delle azioni esecutive, riconosciuta al debitore nell'articolo 6, con l'intento di poter agevolare la conduzione delle trattative senza al contempo causare un pregiudizio ai creditori o alla stessa procedura¹⁴⁸. E, proprio al fine di evitare ciò, da una parte il meccanismo non risulta automatico, ma si basa sulla richiesta presentata da parte del debitore e dell'annessa

¹⁴⁵ S. PACCHI - S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, op.cit., pp. 36 e ss.

¹⁴⁶ «Per creare un sistema efficiente da applicare all'interno dell'Unione, il legislatore europeo ha fatto propri numerosi istituti del *Chapter 11*, "sebbene non faccia mai esplicitamente menzione di questa procedura in nessun lavoro preliminare o nei considerando della direttiva". In particolare, proprio i punti principali dei quadri di ristrutturazione preventiva della direttiva sono elementi fondamentali della procedura di riorganizzazione statunitense: la possibilità per i creditori di fare istanza per l'accesso ad una procedura; la gestione durante la procedura in capo al debitore (*debtor-in-possession*); l'*automatic stay*; il *best interest test* per valutare la convenienza del piano per i creditori dissenzienti; e la possibilità di far valere il *cramdown* sulle classi dissenzienti»; considerazione fatta da F. CARELLI, *L'influenza del Chapter 11 sulle legislazioni della crisi d'impresa e le differenze con gli strumenti previsti dal CCI*, in *IlCaso.it*, 25 settembre 2020 (<https://blog.ilcaso.it>).

¹⁴⁷ Ai sensi del *Considerando n. 31*: «Gli Stati membri dovrebbero prevedere la nomina obbligatoria di un professionista qualora un'autorità giudiziaria o amministrativa conceda al debitore una sospensione generale delle azioni esecutive individuali, purché in tal caso un professionista sia necessario per tutelare gli interessi delle parti, il piano di ristrutturazione debba essere omologato da un'autorità giudiziaria o amministrativa mediante ristrutturazione trasversale dei debiti, la nomina sia stata richiesta dal debitore o sia richiesta da una maggioranza di creditori».

¹⁴⁸ S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall*, op.cit.; S. PACCHI - S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, op.cit.

approvazione da parte del giudice o dell'amministratore della procedura¹⁴⁹; dall'altra potrebbe essere disposta comunque la sospensione, ma imponendola solo ad alcuni creditori della procedura¹⁵⁰.

Gli effetti della sospensione sono poi disciplinati dall'articolo 7 della Direttiva: «1) *sospende l'obbligo del debitore di presentare istanza di apertura di una procedura di insolvenza*; 2) *sospende l'apertura di una procedura d'insolvenza richiesta da uno o più creditori*; 3) *gli stati membri possono derogare (ai punti precedentemente segnalati) se il debitore diventi incapace di adempiere le obbligazioni in scadenza, a meno che l'autorità possa decidere di mantenere la sospensione delle azioni esecutive se valuti che la liquidazione del patrimonio del debitore non sarebbe «nell'interesse generale dei creditori»*; 4) *la scadenza del periodo di sospensione delle azioni esecutive senza che l'accordo sia stato raggiunto non determina apertura necessariamente delle procedure di insolvenza, a meno che non sussistano altre condizioni»*¹⁵¹.

Ultimo snodo da analizzare riguarda i finanziamenti, che all'interno della Direttiva vengono distinti in due tipologie¹⁵²: 1) i nuovi finanziamenti, ossia finanziamenti ottenuti da creditori esistenti, o anche nuovi, necessari per l'attuazione del piano di ristrutturazione e inclusi all'interno di esso; 2) il finanziamento «temporaneo», una tipologia a breve termine, necessaria al fine di far fronte ad immediate esigenze di liquidità, in particolar modo per mantenere i livelli di competitività¹⁵³. Ovviamente in caso di finanziamenti sorge la necessità di tutelare gli eventuali soggetti che si assumono il rischio legato all'insuccesso della procedura. L'articolo 17 stabilisce che in caso di successiva insolvenza dell'imprenditore tali finanziamenti (indipendentemente dalla tipologia) non possano essere dichiarati nulli, annullabili o anche inopponibili e che possa essere riconosciuto, nei confronti dei concessori, da parte degli Stati, il pagamento in via prioritaria. Con questa breve analisi della Direttiva si può comprendere come il Legislatore europeo abbia cercato un approccio moderno, ma allo stesso tempo non

¹⁴⁹ S. PACCHI, *La ristrutturazione dell'impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall*, *op.cit.*, p. 1286.

¹⁵⁰ S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, *op.cit.*, p. 38.

¹⁵¹ S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, *op.cit.*, p. 39.

¹⁵² *Articolo 2 par 1 n 7 e n 8 della Direttiva 1023/2019*.

¹⁵³ S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, *op.cit.*, p. 40.

aggressivo, mostrando in diversi punti della normativa di lasciare alla discrezionalità degli Stati le scelte “particolari” da perseguire. È evidente però il cambio di prospettiva riguardante la vita delle imprese, senza valutare la “crisi” come un evento negativo da addossare interamente alla responsabilità dell’imprenditore, bensì come una situazione patologica tipica dei rischi imprenditoriali. Il legislatore europeo continua a mostrarsi preoccupato di tutti gli aspetti legati all’insolvenza transfrontaliera, in particolar modo quello dei creditori, ma senza più considerarlo come «condizione assoluta per la ristrutturazione»¹⁵⁴. Di conseguenza in questo quadro sorge spontaneo chiedersi se l’interesse dei creditori non debba dunque traslare da limite esterno negativo a fine interno positivo, legato all’interesse dell’imprenditore di continuare l’attività.

1.6) I Principi della Legge Delega 155/2017

Anche il legislatore italiano si è proteso decisamente in avanti sulla necessità di rinnovare il tessuto normativo nazionale delle procedure concorsuali, rimasto immutato, quantomeno nelle fondamenta, sin dal 1942. Una serie di riforme, dagli effetti più o meno limitati si sono succedute nel tempo¹⁵⁵, dalla riforma del 2006 alla “rivoluzione copernicana” degli ultimi anni e oggetto di trattazione. Nello specifico il punto di partenza è il 2015, anno in cui il Ministro della Giustizia nomina, con Decreto ministeriale del 28 gennaio, la Commissione presieduta dal magistrato Renato Rordorf, con il compito di elaborare dei precisi principi di delega¹⁵⁶; l’obiettivo è modellare un ordinamento che,

¹⁵⁴ S. PACCHI, *La ristrutturazione dell’impresa come strumento per la continuità nella Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2019/1023*, in *Dir. Fall, op.cit.*, p. 1294.

¹⁵⁵ Per essere più precisi dalla XIV Legislatura all’attuale XVIII Legislatura sono stati emanati più di venti tentativi di riforma della legge fallimentare, tra decreti-legge, decreti legislativi e leggi; N. SOLDATI, *Il Codice della crisi e dell’insolvenza un cantiere in continua evoluzione*, da *Codice della Crisi di impresa – il correttivo*, in *Il Sole24 ore*, Milano, marzo 2021, pp. 8 e ss.

¹⁵⁶ S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell’insolvenza, op.cit.*, pp. 2 e ss; F. DI LORENZO, *Rordorf: verso il traguardo*, in *Diritto.it*, 18 settembre 2018 (<https://www.diritto.it/rordorf-verso-traguardo/>).

da una parte, risulti al passo con gli importanti cambiamenti che stanno caratterizzando il panorama comunitario, e che dall'altra, sia maggiormente funzionale rispetto ai problemi legati al contesto economico¹⁵⁷.

Nel novembre dello stesso anno viene presentato un primo progetto, una prima bozza dello schema di disegno legge. Il lavoro della Commissione termina con il disegno di legge delega, presentato nel febbraio 2016, approvato nell'ottobre 2017 e infine tradotto nella Legge 155 del 2017 («Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza»), al cui interno sono contenuti i «*principi di delega a cui si è poi attenuto il legislatore delegato nel redigere il Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza*¹⁵⁸». Con suddetta legge il Parlamento richiede che il Governo si adoperi al fine di emanare, entro due anni da quel momento, uno o più decreti modificativi della disciplina delle procedure concorsuali del regio decreto del 1942 n 267 e anche delle tre ulteriori disciplinate nella legge n 3 del 2012; tutti gli istituti dovevano essere “investiti” dalla riforma: fallimento, concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, liquidazione coatta amministrativa da una parte; accordo di ristrutturazione, piano del consumatore e liquidazione dei beni dall'altra.

All'interno di essa vengono recepiti le idee e gli obiettivi espressi dal legislatore comunitario, dalla Model Law dell'Uncitral al Regolamento 848/2015¹⁵⁹, e infine anche la Proposta di Direttiva del Consiglio e del Parlamento Europeo n. 2016/359 (in particolare la necessità di introdurre a livello europeo un «quadro giuridico armonizzato» sia in materia di prevenzione, nell'ambito della ristrutturazione di tipo europeo, nonché esdebitazione e *seconda chance*), mediante le modifiche introdotte con il decreto correttivo n 147 del 2020¹⁶⁰. La legge delega si compone di 16 articoli, macro-argomenti

¹⁵⁷ «La mancanza di una visione organica e la persistente tendenza degli imprenditori a non prendere coscienza a tempo debito della propria situazione di difficoltà, impedendo così la tempestiva emersione della crisi» Il pensiero di S. PACCHI, *op.cit.*

¹⁵⁸ S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, *op.cit.*, p. 4.

¹⁵⁹ *Ex Art 1* della Legge Delega 155 del 2017.

¹⁶⁰ «*I principi espressi all'interno della Direttiva mirano a garantire “alle imprese e agli imprenditori sani che sono in difficoltà finanziarie la possibilità di accedere a quadri nazionali efficaci in materia di ristrutturazione preventiva che consentano loro di continuare a operare, agli imprenditori onesti insolventi o sovraindebitati di poter beneficiare di una seconda opportunità mediante l'esdebitazione”*»;

con la quale vengono espressi i principi delega recepiti poi all'interno del Codice della crisi e dell'insolvenza. Ai fini della trattazione si intende effettuare un approfondimento di alcuni punti chiave della normativa.

Ai fini della trattazione si intende effettuare un approfondimento di alcuni punti chiave della normativa. L'Articolo 2 identifica, ancor più nello specifico, l'oggetto della delega, la riforma «organica» delle procedure concorsuali (sopracitate), nel rispetto di alcune precise linee guida. Una delle più importanti è sicuramente la soppressione del vocabolo «*fallimento e dei suoi derivati*» in favore della «*liquidazione giudiziale*»¹⁶¹; un cambiamento dalla valenza non solo lessicale, ma che assume notevoli risvolti applicativi e sociali, legata all'abbandono della concezione obsoleta dell'insolvenza come “*colpa dell'imprenditore*”, verso un nuovo approccio più interessato alle vicissitudini patologiche che possono (naturalmente) colpire l'attività imprenditoriale¹⁶². In aggiunta a ciò, al fine di rispondere ad uno dei dibattiti che ha maggiormente caratterizzato l'ordinamento italiano, il Parlamento ha richiesto anche una chiara definizione della “*Crisi*” (come «*probabilità di futura insolvenza*»¹⁶³ rispetto al fenomeno dell'insolvenza (di cui all'articolo 5 della legge fallimentare).

Vengono poi disciplinati anche gli aspetti procedurali: da un lato imponendo un unico modello processuale da applicare a tutte le categorie di debitori¹⁶⁴, sia esso

pensiero espresso da N. SOLDATI, *Le modifiche per dare attuazione alla disciplina europea*, in *Il Sole24 ore*, Milano, pp. 11 e ss.

¹⁶¹ Articolo 2, primo comma, lett. a) della Legge Delega 155/2017; S. DE MATTEIS, *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, in *Unicost*, 23 Maggio 2019, pp. 4 e ss (<https://www.unicost.eu>).

¹⁶² «*La stessa Comunicazione della Commissione COM (2007) 584 del 5.10.2007 (“Superare la stigmatizzazione del fallimento aziendale – per una politica della seconda possibilità”, che si inseriva nella “attuazione del partenariato di Lisbona per la crescita e l'occupazione”)* rilevava, sotto l'aspetto della prevenzione dell'insolvenza, che la stigmatizzazione del fallimento è uno dei

motivi che inducono le imprese a nascondere le difficoltà anziché anticiparle per risolverle, mentre (all'opposto) è necessaria un'azione tempestiva per l'emersione e la risoluzione della crisi e che la ristrutturazione è in molti casi preferibile alla liquidazione» S. DE MATTEIS, *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, op.cit.

¹⁶³ Articolo 2, primo comma, lett c) della Legge Delega 155/2017.

¹⁶⁴ N. SOLDATI, *Le modifiche per dare attuazione alla disciplina europea*, op.cit., p. 14.

«persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente attività commerciale, artigianale o agricola¹⁶⁵»; dall'altro lato, ai fini dell'accertamento dello stato di crisi e di insolvenza, è richiesto di adottare un unico modello processuale, quindi la «costituzione dello status di debitore insolvente o in crisi conseguirà ad un procedimento che dovrà essere caratterizzato da particolare celerità»¹⁶⁶.

Infine, sempre nell'ambito degli aspetti processuali, ai fini dell'individuazione dell'autorità competente a conoscere della procedura concorsuale è indicata l'applicazione e il riconoscimento del criterio del COMI¹⁶⁷ (lettera f). Il Capo II della Legge Delega riguarda invece i «Principi e i criteri direttivi per la riforma della disciplina delle procedure di crisi e di insolvenza»; all'interno di tale capo emerge una delle più interessanti novità introdotte dal legislatore delegante: la previsione delle Procedure di allerta e composizione assistita della crisi ex Articolo 4. Punto nevralgico dell'operato della Commissione Rordorf, che, con la previsione di procedure volte di «natura non giudiziale e confidenziale¹⁶⁸», dovrebbe risultare in grado di individuare anche le misure, o meglio gli strumenti, utili ai fini dell'emersione anticipata della crisi¹⁶⁹.

¹⁶⁵ Articolo 2, primo comma, lett d) ed e) della Legge Delega 155/2017; Secondo M. GABOARDI, tale universalità della fase di accertamento, estesa a tutte le categorie di debitori (con esclusione degli enti pubblici) porta a ritenere la fase di accertamento una sorta di «vaglio preliminare, completamente avulso dalla questione relativa alla selezione della strategia di soluzione della crisi o dell'insolvenza dell'imprenditore», in *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: aspetti processuali*, in *Rivista delle Società*, 2018, p. 145.

¹⁶⁶ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: aspetti processuali*, *op.cit.*, p. 144.

¹⁶⁷ Evidente il recepimento della normativa comunitaria in materia di insolvenza transfrontaliera, con il collegamento alla Model Law dell'Uncitral, al Regolamento 1346/2000 e alla sua rifusione nel Regolamento 848/2015; risulterebbe quindi superato il precedente criterio basato sull'articolo 9 della Legge Fallimentare «il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa», S. DE MATTEIS, *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, *op.cit.*, pp. 7 e ss.

¹⁶⁸ Ex Articolo 4, primo comma, della Legge Delega 155/2017; secondo M.GABOARDI è evidente la natura privatistica della procedura.

¹⁶⁹ S. DE MATTEIS, *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, *op.cit.*, p. 13.

Questo è ovviamente una derivazione del recepimento degli *early warning tools* approvati all'interno dell'ambito comunitario, correlati alla facilità di accesso che deve essere garantita al debitore, nonché la loro efficacia sulla base delle caratteristiche della singola circostanza analizzata¹⁷⁰. Avviata la procedura, sarà poi gestita da un organismo, nominato proprio allo scopo di assistere il debitore nella procedura, composto di tre membri, scelti «dall'albo dei soggetti...destinati a svolgere funzioni di gestione e controllo nell'ambito delle procedure concorsuali»¹⁷¹(di cui all'*Articolo 2 comma 1 lett. o*); uno dovrà essere nominato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente per il luogo in cui l'imprenditore ha sede, un altro dalla camera di commercio e infine il terzo dalle associazioni di categoria¹⁷²; il tutto al fine di arrivare ad una celere (entro massimo sei mesi) soluzione concordata tra debitore e creditori, che sia efficace ai fini della stabilizzazione della situazione di crisi e scongiurare un peggioramento. Peculiarità del carattere privatistico (o meglio confidenziale) della procedura è data dall'ampio spettro di soluzioni che possono eventualmente essere ricercate tra le parti; allo stesso tempo l'eventuale risultato negativo delle trattative potrà comportare il sorgere dell'insolvenza, e in quel caso compito dell'organismo sarà quello di informare il tribunale competente al fine di avviare le operazioni necessarie all'accertamento della stessa¹⁷³.

Al fine di migliorare ulteriormente la procedura volta alla tempestiva emersione della crisi è ampliato il ventaglio di soggetti, facenti parte della società, che possono provvedere alla segnalazione: 1) è posto a carico «*degli organi di controllo societari, del*

¹⁷⁰ M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: aspetti processuali, op.cit.*, pp. 156-157.

¹⁷¹ Dovrebbero peraltro ritenuti applicabili i criteri di cui all'articolo 28 della legge fallimentare per l'assegnazione del ruolo di curatore N. SOLDATI, *Le modifiche per dare attuazione alla disciplina europea, cit.*, p. 14.

¹⁷² *Ex Articolo 4 primo comma lettera c*); Tale procedimento sembra apparire troppo forse troppo complesso, in quanto la nomina dei componenti del collegio che assisterà il debitore nella procedura non è effettuata dall'organismo di assistenza, ma mediante il concorso di tre distinti atti di nomina provenienti dagli organi sopracitati, S. DE MATTEIS, *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali, op.cit.* p. 21 e ss.

¹⁷³ *Ex Articolo 4 primo comma lettera b*); M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: aspetti processuali, op.cit.*, p. 158.

revisore contabile e delle società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, l'obbligo di avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società riguardo la presenza di fondati indizi della crisi». Oltretutto gli stessi soggetti sopracitati dovranno eventualmente agire *in loco* dell'organo amministrativo (in caso di omessa o inadeguata risposta) e presentare la segnalazione all'organismo di assistenza;¹⁷⁴ 2) l'obbligo di segnalazione è disposto anche nei confronti *«dei creditori pubblici qualificati, tra cui l'Agenzia dell'entrate, gli enti previdenziali e gli agenti di riscossione»*, che dovranno aver cura di segnalare tanto al debitore, quanto all'organo amministrativo della società (ed eventualmente anche all'organismo assistenziale) la presenza di inadempimenti di importo rilevante, il tutto a pena di inefficacia degli eventuali privilegi legati alla loro posizione creditoria¹⁷⁵. La segnalazione tempestiva è peraltro legata ad una serie di ulteriori vantaggi a favore degli stessi soggetti, in ambito di responsabilità che nell'ambito dello svolgimento e conclusione della procedura. È peraltro richiesta una precisa individuazione dei criteri di responsabilità per gli organi societari, al fine di evitare l'imposizione di una colpa solidale tra sindaci e amministratori¹⁷⁶.

Il quadro si completa poi con due ulteriori novità: la tutela delle trattative e le misure premiali. Infatti, il debitore, al fine di salvaguardare la bontà e la proficuità delle trattative, può richiedere che vengano disposte «misure protettive» adeguate al fine di poterle portare a termine¹⁷⁷. Infine, le misure premiali, di tipo patrimoniale o legate alla

¹⁷⁴ *Ex Articolo 4 primo comma lettera c).*

¹⁷⁵ *Ex articolo 4 primo comma lettera d);* manca in tal senso una effettiva indicazione sulle modalità di qualificazione dell'importo rilevante (dimensione dell'impresa, natura o altri eventuali rilevatori della condizione di squilibrio patrimoniale e finanziario in cui versa l'impresa); M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: aspetti processuali, op.cit.*, p. 159 e ss.

¹⁷⁶ *Articolo 4 primo comma lettera f).*

¹⁷⁷ *Articolo 4 primo comma lettera g);* «*Accanto alla possibilità di ottenere la sospensione delle azioni esecutive e cautelari individuali...per la salvaguardia delle trattative volte alla formazione dell'accordo di ristrutturazione, la tutela del patrimonio debitorio al momento dell'apertura della procedura di composizione assistita può essere assicurata mediante l'esenzione della revocatoria fallimentare degli atti funzionali allo svolgimento delle trattative e all'esecuzione dell'accordo di composizione»*, considerazione di M. GABOARDI, *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: aspetti processuali, op.cit.*, p. 160 e ss.

responsabilità, che dovrebbero essere garantire all'imprenditore che 1) «*ha tempestivamente proposto l'istanza di composizione della crisi*» o 2) «*abbia proposto un concordato preventivo giudiziale*»¹⁷⁸; il tutto al fine di incentivare al meglio l'imprenditore, persona fisica o giuridica che sia, a mantenere un controllo costante della sua esposizione debitoria nonché adoperarsi per segnalare tempestivamente l'emersione della crisi¹⁷⁹.

1.7) Il D.lgs. 14/2019 e il Codice della Crisi e dell'Insolvenza

Quanto contenuto all'interno della legge delega 155/2017 («*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*») è stato poi recepito dagli operatori all'interno del D.lgs. n.14 2019¹⁸⁰, unitamente al Regolamento UE 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza, alla Raccomandazione 2014/135 e alla Model Law dell'Uncitral¹⁸¹, e oggetto di modifiche e integrazioni recenti inserite con il D.lgs. n.147/2020. La prima parte di suddetto decreto è nominata «*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*», composta di dieci titoli, suddivisi a loro volta in capi¹⁸².

Innanzitutto, le «*Disposizioni Generali*»¹⁸³, primo titolo del D.lgs. n.14/2019, al cui interno viene evidenziata l'impostazione sistemica che il legislatore ha inteso

¹⁷⁸ Articolo 4 primo comma lettera h).

¹⁷⁹ Questo dovrebbe, almeno nelle intenzioni del legislatore, porre fine da una parte al comportamento sbagliato portato avanti in passato dagli imprenditori, che dichiaravano in ritardo la condizione di insolvenza; ma dall'altra dovrebbe mutare la concezione stessa della crisi, non più come colpa da attribuire, ma una condizione patologica che può colpire l'impresa.

¹⁸⁰ Per il testo completo del Decreto Legislativo si veda *la Gazzetta Ufficiale* (<https://www.gazzettaufficiale.it>).

¹⁸¹ N. SOLDATI, *Tra conferme e novità il CCI modificato in vigore dal 1° settembre*, in *ilSole24ore*, marzo 2021, p. 16.

¹⁸² S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, *op.cit.*, p. 6.

¹⁸³ Il concetto delle «Disposizioni generali» è un chiaro richiamo ai codici, con espressioni similari tanto all'interno del Codice Civile («Disposizioni sulla legge in generale») e del Codice di Procedura Civile («Disposizioni Generali»).

apportare alla normativa¹⁸⁴. Per quanto riguarda l'ambito di applicazione (Capo I della Parte Prima) viene ripreso quanto indicato nella legge delega, con precisazione tanto dell'ambito oggettivo che soggettivo: *«Il presente codice disciplina le situazioni di crisi o insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici»*¹⁸⁵.

Oltretutto la prima vera “rivoluzione copernicana” legata al nuovo CCI è sicuramente riconducibile all'elenco *ex Articolo 2* e alle modifiche introdotte con l'*Articolo 349*, poiché rappresentative da una parte della nuova concezione lessicale, ma anche delle nuove fondamenta (dopo più di settant'anni) su cui andrà a poggiare l'intera disciplina. Vengono infatti confermate le aspettative della legge delega, con l'eliminazione (o per meglio dire la sostituzione) dei termini *«fallimento, «procedura fallimentare», «fallito», nonché le espressioni dagli stessi termini derivate»* in favore, rispettivamente, delle espressioni *«liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato»*¹⁸⁶; vengono inoltre introdotte puntuali definizioni necessarie agli interpreti ai fini di una più corretta applicazione della stessa normativa: tra di esse ovviamente spicca quella di *«crisi»*, ossia una situazione di perdurante squilibrio economico o finanziario¹⁸⁷, che rende probabile l'insolvenza del debitore e *«che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate»*¹⁸⁸.

Ma il vero *focus* in questa sezione del Codice è il Capo II, rubricato *«Principi generali»*, articolato in quattro sezioni, assolutamente rilevanti non solo dal punto di vista

¹⁸⁴ Cercando di porre fine alla frammentarietà caratterizzante la disciplina fallimentare, G. NEGRI, *la Continuità aziendale è stella polare della riforma*, in *ilSole24ore*, 23 gennaio 2019 (<https://www.ilsole24ore.com>).

¹⁸⁵ *Articolo 1 del D.lgs. 14/2019*; V. CRUSI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Crusi&Partners*, 10 ottobre 2019.

¹⁸⁶ *Articolo 349 del D.lgs. 14/2019*.

¹⁸⁷ Inizialmente la definizione era legata alle «difficoltà economico-finanziaria», modificata successivamente mediante il Decreto Legislativo n 147 del 2020 (*«Disposizioni integrative e correttive»*).

¹⁸⁸ Viene invece mantenuta la definizione di *«insolvenza»* della legge fallimentare, valutandola sempre come l'incapacità (totale) dell'imprenditore di assolvere regolarmente alle obbligazioni.

delle innovazioni introdotte (nel rispetto di quanto indicato precedentemente nella legge delega), ma anche per l'utilità dal punto di vista interpretativo, garantendo una maggiore chiarezza alle norme poste successivamente¹⁸⁹. In particolare l'Articolo 3 («Doveri del debitore»), che esprime due concetti centrali dell'intero nuovo sistema normativo: a) *l'emersione tempestiva della crisi*, principio che discende direttamente dalla necessità che non venga ritardata la presa di coscienza, da parte del debitore, sulla sua esposizione debitoria e sulla capacità di adempiere le proprie obbligazioni (chiaramente anche mutuando quanto affermato in ambito comunitario della Raccomandazione del 2014 e nella Direttiva del 2019); b) *l'obbligo di adottare adeguati assetti organizzativi*, il principio è altresì richiamato nella parte della normativa attinente alle modifiche del Codice civile. In queste disposizioni si evince il *nexus* funzionale tra adeguatezza degli assetti prospettici e tempestiva adozione e attuazione delle misure per il superamento della crisi¹⁹⁰. Specificazione di quanto appena affermato è il Titolo II, attinente alle «*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*». Il sistema di allerta previsto dal codice presenta delle caratteristiche specifiche¹⁹¹, riprendendo quanto indicato dal legislatore nella legge delega, in particolare negli *Articoli 13 e 14*. Il primo, antecedente rispetto alla disciplina dell'allerta, stabilisce quali siano i *c.d. «indicatori della crisi»*: «*gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e infine finanziario*¹⁹², *rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i*

¹⁸⁹ S. AMBROSINI, *Principi generali*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, collana de *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019, p. 29.

¹⁹⁰ Si veda per approfondimenti anche S. AMBROSINI, *I "principi generali" nel Codice della crisi d'impresa*, in *ilCaso.it*, 26 gennaio 2021 (<https://blog.ilcaso.it/>).

¹⁹¹ Sempre nello spirito che solo un intervento preciso ma soprattutto *tempestivo* sia in grado di salvaguardare i valori dell'impresa e dell'attività.

¹⁹² Riprende in questo senso una scala crescente negativa di valori, la prima crisi è di carattere reddituale, si verifica quando la società non produce più ricchezza, e più viene ignorata più il rischio di peggioramento aumenta, perché diventerà di carattere patrimoniale e infine finanziario, stadio che più si avvicina allo stato di insolvenza.

sei mesi successivi»; precisando poi, al secondo comma, che il compito di controllare, con cadenza trimestrale e, nel caso, modificare e integrare suddetti indici, è un ruolo riservato al Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili (CNDCEC); nonostante questa impostazione, il legislatore non intende altresì imporre senza alternativa il rispetto degli indici elaborati da questo organo, garantendo al contrario la possibilità che vengano disposti, a discrezionalità della stessa impresa, quelli più adatti alle proprie caratteristiche (ma in questo caso è necessario ottenere l'attestazione da parte di un professionista indipendente, che dovrà essere allegata alla nota integrativa del bilancio) ¹⁹³. Invece *l'Articolo 14* prevede un obbligo specifico in capo agli organi della società (nello specifico «organi di controllo, revisore contabile e società di revisione»): 1) Verificare che l'organo amministrativo monitori costantemente l'adeguatezza degli assetti contabili, finanziari e organizzativi¹⁹⁴, nonché della correttezza del flusso di informazioni necessarie¹⁹⁵ al fine di valutare la continuità dell'impresa e la sua capacità di auto-mantenersi sul mercato 2) in caso di riscontro di «fondati indizi della crisi» segnalarne immediatamente la presenza¹⁹⁶.

¹⁹³ Ulteriori indici dovranno essere elaborati in relazione a soggetti particolari, come le start up innovative, le PMI innovative e le imprese costituite da almeno due anni. L. PANZANI, *Allerta interna, indicatori ed indici. Alcune riflessioni sulla disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza e sulla disciplina delle società a controllo pubblico*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, ne I Quaderni di in eXecutivis, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019, pp. 71 e ss.

¹⁹⁴ Trattasi presumibilmente di monitoraggio di secondo grado, sulla relativa attività e solerzia dell'organo amministrativo nel verificare l'adeguatezza dell'assetto su base continuativa e l'andamento della gestione. Questo è un obbligo precipuo dell'organo di controllo.

¹⁹⁵ Flusso informativo necessario in quanto la stessa struttura societaria si compone di organi con funzioni diverse e integrative l'una dell'altra, ed è altresì necessario che siano adeguati alla struttura e alla natura dell'attività. La loro inadeguatezza è preconditione per l'impossibilità di valutare correttamente l'andamento della società, risultando più complicato, se non addirittura impossibile verificare la continuità aziendale.

¹⁹⁶ Ulteriore precisazione viene fornita da L. PANZANI, *Allerta interna, indicatori ed indici. Alcune riflessioni sulla disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza e sulla disciplina delle società a controllo pubblico, cit.*, secondo cui la segnalazione dovrà essere motivata, disposta con qualunque mezzo che assicuri la prova dell'avvenuta ricezione, e deve altresì indicare un termine congruo entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in merito alle soluzioni ricercate o trovate.

Il presupposto applicativo rimane sempre e comunque la *continuità aziendale*, valutata come una sorta di condizione vitale dell'attività, che chiaramente può venir meno. Compito degli amministratori sarà quindi intervenire in una fase ancora crepuscolare delle difficoltà, quindi in una condizione in cui sono stati rivelati tempestivamente i segnali negativi. Nel caso in cui gli amministratori non dovessero adempiere correttamente alle funzioni loro riservate, entro un termine congruo pari a sessanta giorni, allora saranno proprio gli altri organi societari ad effettuare la segnalazione all'Organismo di composizione della crisi¹⁹⁷; facendo ciò tali soggetti saranno esentati da responsabilità solidale rispetto agli amministratori per la condotta tenuta da questi ultimi¹⁹⁸. Infine, si segnala il Titolo III attinente alla disciplina delle «*Procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza*».

Per quanto riguarda la restante struttura del codice si segnalano: a) Il Titolo IV («*Strumenti di regolazione della crisi*») a cui è demandata la disciplina degli accordi stragiudiziali (oggetto o meno di omologazione), delle «*procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento*» e infine della procedura di *concordato preventivo*; b) Il Titolo V («*Liquidazione Giudiziale*») nella quale vengono individuati i presupposti applicativi riguardanti l'apertura della procedura liquidativa e i conseguenti effetti, con distinzione tra debitore, creditore e infine atti pregiudizievoli; c) Il Titolo VI («*Disposizioni relative ai gruppi di impresa*»); d) I Titoli VIII («*Liquidazione giudiziale e misure cautelari penali*») e XIV («*Disposizioni Penali*») con riguardo tanto ai reati imputabili all'imprenditore in liquidazione giudiziale ma anche a soggetti diversi; e) il Titolo X («*Disposizioni per l'attuazione del codice della crisi e dell'insolvenza, norme di coordinamento e disciplina transitoria*») prevede «*l'adeguamento e il coordinamento tra le varie discipline coinvolte dalle norme di nuova attuazione*»¹⁹⁹.

¹⁹⁷ La cui definizione è indicata dall'Articolo 2: «*Gli organismi di composizione della crisi d'impresa, disciplinati dal capo II del titolo II del presente codice, che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi*».

¹⁹⁸ L. PANZANI, *Allerta interna, indicatori ed indici. Alcune riflessioni sulla disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza e sulla disciplina delle società a controllo pubblico*, cit. pp. 71 e ss.

¹⁹⁹ S. PACCHI- S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, op.cit., pp. 7 e ss.

Ulteriore novità introdotta dal D.lgs. n.14/2019 è costituito dalle modifiche apportate al Codice Civile: trattasi delle norme della seconda parte del decreto, in vigore dal 16 marzo 2019, in attuazione di quanto disposto all'interno della legge delega nell'Articolo 14 (*«Il Governo procede alle modifiche delle seguenti disposizioni del codice civile»*), tra ci quelle attinenti *«al dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e della continuità aziendale»*²⁰⁰). Tra queste norme integrative, o altresì modificative, meritano una sommaria analisi gli *Articoli 375 e 377*, rispettivamente attinenti agli *«Assetti organizzativi dell'impresa»* e *«Assetti organizzativi societari»*.

Il primo modifica e integra l'articolo 2086 del c.c. (rubricato ora come *«Gestione dell'Impresa»*) introducendo il nuovo e attuale secondo comma: *«l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*. Tale obbligo è imposto anche alle imprese che per le caratteristiche o la dimensione sono sottratte al codice della crisi: sicchè l'obbligo di costituire un assetto organizzato è una norma universale, che riguarda anche quelle imprese che vi sono sottratte per caratteristiche qualitative e quantitative; ma sembra per certi versi un manifesto di un principio già insito nel metodo economico, ossia disporre tutti gli atti preparatori necessari al fine di ottenere il pareggio nel bilancio tra costi e ricavi.

L'articolo 375 si collega al 377 che in tema di assetti organizzativi richiama il nuovo 2086 stabilendo dei nuovi e precisi doveri attinenti alla costituzione e alla gestione dell'organigramma aziendale; e che inoltre procede ad *«una riscrittura degli articoli in*

²⁰⁰ Articolo 14, primo comma, lett. b) legge delega 155/2017.

*tema di amministrazione delle società personali, azionarie e a responsabilità limitata*²⁰¹» imponendo di fatto una serie di obblighi: 1) verifica di secondo grado sull'organo amministrativo, in merito alla valutazione che l'organo amministrativo compie delle prospettive di continuità aziendale; 2) verifica dei fondati indizi della crisi e immediata segnalazione all'OCRI in caso di inerzia dell'organo amministrativo. Oltretutto da segnalarsi è chiaramente l'impatto che ha avuto questa norma nel momento in cui stabilisce che la gestione dell'impresa spetti solo agli amministratori, specificando con riferimento ai modelli societari possibili, che nelle società di persone l'amministrazione della società spetta a ciascuno dei soci. Indubbiamente si tratta di importanti cambiamenti dell'intero panorama concorsuale italiano, che sarebbero dovuti entrare in vigore intorno all'agosto 2020, ma purtroppo non è stato così. Infatti, tra le considerazioni che hanno al differimento di un anno della operatività del nuovo decreto vi è anche l'impatto destrutturante che tali modifiche avrebbero comportato, e con il Decreto liquidità n. 23 del 2020 l'intera riforma sarebbe dovuta entrare in vigore non prima del settembre 2021.

Successivamente, con l'emanazione del d.l. n. 118 del 24 agosto 2021, l'entrata in vigore del C.C.I è stata postergata in due frangenti temporali diversi: ai sensi dell'art. 1 del d.l. è stato disposto il differimento dell'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa al 16 maggio 2022; allo stesso tempo, l'entrata in vigore del Titolo II della parte Prima del codice non entrerà in vigore prima del 31 dicembre 2023.

Nonostante queste problematiche, si tratta di una riforma che assumerebbe i toni e i caratteri di una rivoluzione copernicana, in grado di smussare le fondamenta caratterizzanti le procedure concorsuali, e ancor di più l'intera concezione della attività imprenditoriale.

²⁰¹N. ABRIANI, *Le modificazioni al Codice Civile introdotte dal D.lgs. n.14/2019*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, ne *I Quaderni di in eXecutivis*, cit., pp. 37 e ss.

CAPITOLO II

L'insolvenza prospettica e l'apparato dell'allerta del Codice della Crisi

Sommario: 2.1 La teorica sovrapposizione temporale tra stato di crisi e insolvenza prospettica - 2.2 Sintomi (indici) dell'insolvenza prospettica - 2.2.1 (Segue): Gli indici elaborati dal CNDCEC - 2.2.2 (Segue): gli indici personalizzati - 2.3 I doveri della c.d. allerta interna - 2.3.1 (Segue): il ruolo delle banche e l'ultimo comma dell'articolo - 2.4 La segnalazione esterna dei creditori pubblici qualificati

2.1) La teorica sovrapposizione temporale tra stato di crisi e insolvenza prospettica

A seguito della c.d. Riforma Rordorf e della conseguente emanazione del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, di cui al D.lgs. 14/2019, si assiste ad una vera e propria rivoluzione nella disciplina concorsuale che sarà dunque mirata al risanamento ed al salvataggio dell'impresa. Fino ad ora, infatti, l'intervento del legislatore era limitato ad evitare che ricadessero sui creditori le conseguenze pregiudizievoli delle scelte imprenditoriali che avevano condotto il debitore allo stato di decozione.

Nel mutato approccio, sulla scia della normativa comunitaria più recente (la Raccomandazione del 12 marzo 2014, il Regolamento Europeo UE 2015/848 e infine la Direttiva UE 1023/2019²⁰²), si delinea un'ottica diversa nella quale non si cerca di punire

²⁰² M. SPIOTTA «A livello europeo si possono individuare tre step che, come in un climax ascendente, rivelano una sempre maggiore attenzione e sensibilità rispetto alla salvaguardia della continuità aziendale, "obiettivo strategico" menzionato timidamente dalla Raccomandazione 135/2014, entrato prepotentemente nel Regolamento n. 848/2015 e perseguito quasi con ossessione dalla proposta di Direttiva del 2016 e dalla riforma delle procedure concorsuali in itinere nel nostro Paese», in *Ue e*

l'imprenditore che versa in difficoltà, bensì di risanare quanto possibile l'attività, mirando alla continuità aziendale, la quale può sussistere, venir meno, o anche esser compromessa, sebbene non sia ancora estinta. Tutto ciò chiaramente in una nuova filosofia secondo cui le difficoltà fanno parte della vita "biologica" dell'impresa, dell'attività imprenditoriale, e intervenire precocemente risulta fondamentale per evitare il dissesto; infatti *«da un lato, è stata abbandonata la concezione in base alla quale l'impresa insolvente è necessariamente una malattia del sistema economico e, dall'altro, la crisi è vista oggi come una situazione oggettiva di difficoltà in cui l'imprenditore si è venuto a trovare e non più come un fatto colpevole da sanzionare, nonostante il fatto che, al contempo, il legislatore ha inasprito le norme in materia di responsabilità degli organi sociali nei confronti dei soci e dei creditori sociali per ottenere una tempestiva emersione dalla crisi»*²⁰³.

Proprio su tali presupposti si è ritenuto indispensabile fornire una chiara e compiuta definizione di stato di crisi²⁰⁴ (che ai sensi dell'articolo 2 lett. a) del Codice della Crisi - rubricato come *«definizioni»* - è definita come *«lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni»*²⁰⁵),

Disciplina dell'insolvenza (I Parte) – la continuità aziendale: una nuova stella polare per il legislatore, in *Pluris*, 2018.

²⁰³ N. SOLDATI, *Tra conferme e novità il CCI modificato in vigore dal 1° settembre*, cit.

²⁰⁴ Necessità di una definizione espressa concretamente anche all'interno della Legge delega n 155 del 2017, all'interno della quale i *«Principi Generali»* di cui all'articolo 2 fissano il compito di disporre una chiara e precisa definizione di crisi di impresa, mantenendo allo stesso tempo quella di insolvenza sulla base dell'articolo 5 della legge fallimentare.

²⁰⁵ La norma in sé contiene un elemento definitorio (*«lo stato di squilibrio economico finanziario»*) e una precisa sintomatologia a cui ricollegare la prima parte (*«inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici»*); secondo il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili (CNDCEC) *«Lo stato di crisi risiede nella inadeguatezza delle disponibilità liquide attuali e dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni esistenti ed a quelle previste. Tale indicazione, anche tenuto conto, dell'orizzonte temporale breve (sei mesi) scelto dal legislatore, è evidentemente riduttiva rispetto alle possibili definizioni di crisi suggerite dalla dottrina aziendalistica ma costituisce l'unica giuridicamente apprezzabile ai fini della costruzione del sistema dell'allerta»*; per approfondimenti si veda S. DE MATTEIS, *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, in *UniCost*, 20 aprile 2021.

distinguendolo dallo stato di insolvenza (che - riprendendo la definizione di cui all'articolo 5 l.f., è individuata come «*lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*») ²⁰⁶. Attraverso l'utilizzo di un metodo oggettivo basato su indici che permettano di analizzare circostanze di carattere economico – giuridico che possano portare l'impresa verso un'insolvenza *stricto sensu* si può cogliere concretamente l'adesione del legislatore europeo alla *Rescue Culture* ²⁰⁷.

Ne deriva una vera e propria graduazione degli stadi dell'esposizione debitoria dell'imprenditore: in una prima fase il debitore verserà in (i) una situazione di difficoltà che non ha ancora assunto caratteri definitivi, ma che evidenzia una «*probabilità di futura insolvenza*», che potrà essere superata esclusivamente mediante un tempestivo intervento di risanamento. Si tratterà dunque di una condizione di insolvenza non ancora conclamata e attuale, ma che, in chiave prospettica, assumerà i caratteri di «*imminente verifica ed è sostanziale certezza*»; in mancanza di un mirato intervento si sfocerà in (ii) uno stato di insolvenza concreta e attuale, caratterizzata da gravi inadempimenti del debitore.

Proprio dalla definizione fornita poc'anzi ricordata è possibile comprendere il concetto oggetto della trattazione: «*l'insolvenza prospettica*» è il pericolo della decozione, «*ossia dell'insolvenza prevedibile e di probabile verifica nell'immediato futuro*» ²⁰⁸, definita anche come stato in cui potrebbe versare l'imprenditore, e che si verifica «*ogniquale volta risulti che il debitore è destinato, nell'immediato futuro, a essere incapace di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, ancorché non lo sia all'attualità*» ²⁰⁹.

²⁰⁶ Secondo A. GUIOTTO «*L'imprenditore in crisi in difficoltà economica e soprattutto finanziaria, ma non ancora insolvente: la definitiva impossibilità ad adempiere alle proprie obbligazioni solo prospettica, ancorché probabile, perché è prevedibile che i flussi di cassa prodotti dalla gestione non saranno sufficienti, in futuro, a fare fronte ai pagamenti pianificati*», in *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, ne *il Fallimento*, aprile 2019.

²⁰⁷ Vedi *supra* par. 1.3.

²⁰⁸ F. DI MARZIO, *L'insolvenza nel "Codice della Crisi e dell'insolvenza"*, in *GiustiziaCivile.com*, 25 Maggio 2020 (giustiziacivile.com).

²⁰⁹ S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit, p. 54; Secondo P. BASTIA «*Si introduce così un concetto probabilistico di insolvenza, che implica una vigilanza preventiva su questo rischio, sollevando l'esigenza da parte*

Di fatto si tratta di un accertamento della capacità dell'imprenditore di far fronte alle obbligazioni (quindi un'analisi delle condizioni per la dichiarazione di insolvenza) non sulla base delle condizioni attuali, bensì alla luce di una valutazione prognostica in un arco temporale più limitato.

Al fine di poter comprendere ulteriormente il significato di “insolvenza prospettica” è opportuno analizzare una recente pronuncia del Tribunale di Milano (cfr. decreto 1357/2019), nella quale è stata ampiamente dibattuta la possibilità di dichiarare il fallimento di un'impresa non sulla base di un'impotenza attuale della stessa, bensì, in forza di una incapacità imminente - «*in uno spazio inferiore ad un anno*»²¹⁰ - di adempiere alle proprie obbligazioni.

Più nel dettaglio, nel caso in esame i ricorrenti hanno denunciato il comportamento tenuto dalla società convenuta, che, secondo quanto affermato dagli istanti, avrebbe posto in essere operazioni di vendita con termini più svantaggiosi rispetto a quelli di mercato²¹¹, depauperando il patrimonio sociale e determinando un pregiudizio per i creditori. Su tali presupposti i creditori hanno dunque presentato un'istanza di fallimento chiedendo in via principale l'accertamento dello stato di insolvenza attuale, e, in subordine, l'accertamento dell'insolvenza «*prospettica, cioè imminente, in uno spazio inferiore all'anno*».

Ai fini della presente trattazione si ritiene rilevante comprendere le ragioni che hanno portato il tribunale a respingere l'istanza presentata.

In relazione all'analisi dello stato attuale di insolvenza il collegio ha ampiamente motivato la sua decisione, che si sostanzia nell'assenza di quegli elementi che – ai sensi dell'articolo 5 l.f. e trasposti nel Codice della Crisi all'articolo 2 comma 1 lett b) –

*dell'organo amministrativo di contrastare un rischio di insolvenza, che può essere previsto sulla base di opportuni parametri e indizi rivelatori. Si vuole quindi internalizzare, con l'istituzionalizzazione di un nuovo profilo di rischio (il “rischio” di insolvenza futura), un'attività di presidio rafforzata, condotta dall'imprenditore o dall'organo amministrativo, con la vigilanza, ai fini di eventuali segnalazioni, degli organi di controllo», da Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 27 luglio 2021 ([ristrutturazioniazendali](#)).*

²¹⁰ Per approfondire meglio i fatti analizzati nel decreto si veda in Trib Milano, 3 ottobre 2019, in *IlCaso.it*.

²¹¹ Nello specifico si sarebbe basato sulla cessione dei natanti di maggior valore posseduti, sostituiti successivamente con pezzi di minor valore.

dovrebbero sussistere, ossia gli inadempimenti o gli altri fattori esteriori. Mancherebbero quindi i sintomi a cui ricollegare l'esteriorizzazione dell'incapacità dell'imprenditore di far fronte, attualmente, ai debiti, e che mostrino l'irreversibilità di detta condizione²¹².

Da qui il secondo riscontro, subordinato peraltro al primo (precedentemente definito), riguardo le capacità future dell'impresa di adempiere regolarmente alle obbligazioni; ma anche in tal senso il collegio si è espresso contrariamente alla volontà delle parti ricorrenti, non per la carenza di elementi su cui fondare la possibilità di una futura decozione, bensì per il fatto che ad essi si aggiungerebbero una serie di ulteriori fattori che aumenterebbero i profili di incertezza sull'andamento (*«quanto più la prognosi è lontana nel tempo, tanto più si possono inserire nel meccanismo imprenditoriale fattori nuovi ed imprevedibili»*²¹³) tanto in negativo, ma anche in positivo (in relazione al possibile superamento delle difficoltà finanziarie). È quindi necessario che il giudizio prognostico sia contenuto in *«un orizzonte temporale semestrale, utilizzato come situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata all'organo di controllo, o giustifica la segnalazione esterna affidata ai grandi creditori istituzionali»*²¹⁴.

Appurate le considerazioni adottate dal collegio per respingere l'istanza presentata dai ricorrenti, il decreto in questione offre comunque numerosi spunti di interesse su cui soffermarsi.

²¹² Nota di R. DELLA SANTINA alla decisione del Trib. di Milano 3 ottobre del 2019, *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore, questioni aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del d.lgs. n 14/2019*, in *ilCaso.it.*; *«in tema di dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, è da intendersi come situazione irreversibile, e non già come una mera temporanea impossibilità di regolare l'adempimento delle obbligazioni assunte»* Cass., sez I, 27 maggio 2015, n. 10952, in *ilCodicedeiConcordati* (www.ilcodicedeiconcordati.it).

²¹³ Trib. Milano, 3 ottobre 2019, in *ilCaso.it*.

²¹⁴ Come ulteriormente precisato da S. SANZO *«L'insolvenza prospettica» è nozione acquisita nel Codice della Crisi di prossima entrata in vigore: essa si fonda su una valutazione prognostica di breve termine (sei mesi) e non giustifica la dichiarazione di fallimento, bensì soltanto l'attivazione delle procedure di allerta*, da *«Istanza di fallimento ed insolvenza prospettica: ovvero le regole della crisi prima che entri in vigore la disciplina dell'allerta»*, in *ilFallimentarista*, 18 ottobre 2019.; R. DELLA SANTINA, *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore, questioni aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del d.lgs. n 14/2019*, *op.cit.*, p. 5; Trib Milano, 3 Ottobre 2019, *cit.*

- 1) Innanzitutto, il ribaltamento del rapporto *genus – species* tra crisi e insolvenza. All'interno del Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza risulta delineato uno specifico parametro che pone al centro l'insolvenza, e «*lo stato di crisi diviene una particolare tipologia di insolvenza, non attuale né di imminente verifica, ma prospettica in quanto diagnosticabile con una ragionevole probabilità*»²¹⁵.

Vi sono peraltro delle chiare difficoltà legate all'individuazione di un perimetro per la differenziazione dello stato di crisi rispetto all'insolvenza. Leggendo attentamente le due definizioni si coglie come il confine, tra le condizioni in cui potrebbe versare l'imprenditore, sia piuttosto labile.

L'inadeguatezza dei «*flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate*» risulta molto simile all'impossibilità di adempiere, ponendo quasi al centro dell'attenzione l'inesorabilità della sorte dell'imprenditore. In realtà la *ratio legis* è un'altra: la crisi è effettivamente valutata come «*probabilità di una insolvenza futura*», ma proprio per questo presenta numerosi profili di incertezza (motivazione anche all'interno del decreto sopracitato) e come tale riconducibile ad interventi di carattere anticipatorio, nella prospettiva del risanamento dell'attività²¹⁶.

Conseguenza inevitabile dell'avvicinamento (almeno teorico) della crisi all'insolvenza è l'attenzione data al piano temporale che deve fungere come sottostante, con la individuazione di un chiaro e preciso spiraglio temporale a cui ricollegare l'esposizione del debitore. In tal senso il legislatore, all'interno del codice (negli articoli 13 e 24) ha individuato nei «*sei mesi successivi*» il *range* temporale di riferimento. In questo modo il *focus* non risulta sulla crisi di carattere industriale, di maggior indeterminatezza, bensì su quella finanziaria, molto più vicina all'insolvenza²¹⁷.

²¹⁵ Nuovamente R. DELLA SANTINA, *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore, questioni aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del d.lgs. n 14/2019*, cit.

²¹⁶ S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 55; L. FRUSCIONE, *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la "twilight zone" e lo "stato di crisi". Riflessioni sistematiche sul Codice della crisi*, in *ilCaso.it*, 02 luglio 2020 (ilcaso.it).

²¹⁷ A. DANOVI – A. QUAGLI, *Gestire la crisi di impresa Processi e strumenti di risanamento*, in *IPSOA Guide Operative*, 2021.

Nonostante i dibattiti che si sono svolti in dottrina sul punto, si tratta di un importante cambio di rotta rispetto alla concezione antecedente al codice, in quanto nella legge fallimentare l'insolvenza costituiva una specificazione del più ampio *genus* della crisi; ciò si evince dalla semplice lettura dell'articolo 160 l.f., il quale prevede che «*per stato di crisi si considera anche lo stato di insolvenza*»²¹⁸. È una evidente conseguenza del mutato approccio alla esposizione debitoria dell'imprenditore e alle modalità e tempi di intervento.

Fino ad ora dunque il requisito oggettivo di fallibilità è sempre stato legato ad una *attuale* incapacità di adempimento; mentre con il C.C.I.I., invece, «*in assenza di una situazione di inadempimento delle obbligazioni in corso ma in presenza di un deterioramento della situazione patrimoniale e reddituale, sintomatica di una seria difficoltà a far fronte nel prossimo futuro alle obbligazioni assunte, la negligenza del debitore nella attivazione delle misure previste dal c.c.i.i. per la prevenzione e soluzione della crisi, può essere indizio dell'avveramento di una situazione di insolvenza secondo un rapporto causale, calcolabile, in tempi prospettivamente vicini*»²¹⁹.

L'attenzione data ai flussi di cassa ed al loro intrinseco carattere dinamico ha quale finalità ultima quella di permettere un intervento in una fase precoce al fine di evitare il definitivo dissesto dell'impresa.

Detta fase, che prende il nome di *twilight zone*, o zona crepuscolare, è un'area economico-temporale che precede una situazione di crisi vera e propria, considerata come una zona mediana tra impresa in condizioni normo-tipiche e quella in situazioni di crisi acuta. Si ritiene si possa effettivamente parlare di *twilight zone* quando l'impresa veda ridursi il proprio capitale o soffra consistenti perdite economiche²²⁰. Allo stesso modo, la si può ricondurre ai momenti di particolare decremento dei flussi reddituali e di

²¹⁸ Bisogna specificare che la legge fallimentare non contiene nessuna definizione di "crisi".

²¹⁹ B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Contratto e Impresa*, 2020.

²²⁰ Nuovamente L. FRUSCIONE: «La dottrina è solita riferirsi a quell'area economico-temporale antecedente ad una situazione di crisi in senso tecnico, sita in uno stadio prodromico sospeso tra il rischio di insolvenza e le prospettive di risanamento», in *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la "twilight zone" e lo "stato di crisi"*, *op. cit.*

temporanea difficoltà ad adempiereLa peculiarità effettiva legata alla *twilight zone* risiede proprio nella sua collocazione temporale, antecedente rispetto allo *stato di crisi* definito all'interno dell'articolo 2 del C.C.I; ed è proprio su questa constatazione che si muove una importante e rilevante critica avanzata contro tale definizione. Il frangente a cui ricondurre la condizione di «*inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici*», colloca l'obbligo di segnalazione, e conseguentemente di intervento, in un momento in cui l'insolvenza risulta pressoché inesorabile.

Porre l'attenzione sulle condizioni poste dal legislatore per la definizione dello stato di crisi, legato al superamento degli indici di cui all'articolo 13 del codice, comporterebbe un problema di sovrapposizione non dal punto di vista giuridico (ciò poiché è lo stesso C.C.I che qualificherebbe suddetta situazione come di crisi), ma dal punto di vista finanziario (con conseguente e dannosa apertura di procedimenti inadeguati rispetto alla gravità della situazione)²²¹.

Particolare rilievo assume quindi l'esteriorizzazione della sintomaticità del deterioramento che ha colpito l'impresa. Il deterioramento può caratterizzarsi per una diversa gravità o esposizione²²² (economico – patrimoniale – finanziario) ma soprattutto può legarsi ad una esposizione dei sintomi o essere addirittura asintomatica. Proprio in questo ampio spettro devono concentrarsi le attenzioni riguardanti le condizioni future dell'impresa, riconoscendo l'insolvenza prospettica come una «*situazione in cui è ragionevole prevedere che l'imprenditore attualmente in grado di adempiere regolarmente le obbligazioni assunte, entro un prevedibile futuro non ne sarà più in grado, non essendovi prospettive di ripristino della continuità aziendale*»²²³.

- 2) In relazione invece alle conseguenze legate alla nuova impostazione dello stato di crisi in rapporto alla più ampia insolvenza, il nuovo codice non prevede degli effetti liquidatori, e di conseguenza distruttivi, del complesso aziendale.

²²¹ A. ROSSI, *Dalla Crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in *ilCaso.it*, 2019 (ilcaso.it).

²²² Vedi *supra* par. 1.1.

²²³ S. FORTUNATO, *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in *dirittofallimentaresocietà.it* (dirittofallimentaresocietà.it).

L'insolvenza prospettica si inserisce come nuovo ponte di collegamento tra lo stato di crisi e l'insolvenza attuale e conclamata, la cui sussistenza non conduce alla liquidazione giudiziale, è da considerarsi invece come *«il presupposto per l'accesso alle varie procedure di sua regolazione, e rappresenta anche il trigger event che fa scattare gli obblighi interni di segnalazione previsti dall'art. 14, e che in sintesi sta alla base del nuovo meccanismo dell'allerta»*²²⁴.

Le misure di prevenzione della crisi e dell'insolvenza, oggetto dei doveri del debitore, hanno *«lo scopo di prevenire la situazione di crisi e non certo quello di consentire una declaratoria di fallimento indiscriminata di tutti coloro che, in prospettiva anche abbastanza prossima (sei mesi appunto), potrebbero non essere in grado di far fronte alle scadenze dei propri debiti programmati»*²²⁵.

Di conseguenza anche in assenza di inadempimenti, e di ulteriori forme di esteriorizzazione, ma con la sussistenza di deterioramento di carattere patrimoniale o finanziario il comportamento tenuto dal debitore, su cui grava l'obbligo di attivare una delle misure previste all'interno del codice, può essere identificativo di una condizione di incapacità di adempimento in un futuro ragionevolmente vicino²²⁶.

I doveri del debitore sono elencati all'articolo 3 del C.C.I, il cui primo comma prevede che *«l'imprenditore individuale debba adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte»*²²⁷, nonché dalla Relazione illustrativa al Codice dalla quale emerge che la tempestiva emersione della crisi è:

- 1) in ottica *creditor oriented* (*«l'obbiettivo principale delle procedure disciplinate dal codice è il miglior soddisfacimento dei creditori»*);

²²⁴ M. TERENCE, *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed "indici di allerta" tra Legge Fallimentare e nuovo CCII*, in *ilFallimentarista*, 20 febbraio 2020 (ilfallimentarista.it).

²²⁵ I. TERMINE, *Insolvenza prospettica illustre sconosciuta*, in *IusLetter*, 13 novembre 2019.

²²⁶ B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, *cit*, p. 622.

²²⁷ In relazione a tale concetto B. INZITARI: *«Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, *cit*, p. 623.

- 2) volta al salvataggio dell'impresa, nell'ottica di preservare la continuità aziendale («vanno privilegiate quelle concordate con i creditori dirette al mantenimento della continuità aziendale»)²²⁸.

Rileva a tal fine anche quanto previsto dall'articolo 375, che ha aggiunto un secondo comma all'articolo 2086 del Codice Civile in relazione ai doveri posti in capo all'imprenditore, ma ciò sarà oggetto di trattazione nei paragrafi successivi.

2.2) Sintomi (indici) dell'insolvenza prospettica

Tra le novità più rilevanti introdotte con il Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza, un posto di rilievo merita il Titolo II dedicato alle «*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*», cui il legislatore ha affidato uno dei capisaldi della nuova disciplina, la tempestiva emersione della crisi.

Presupposto applicativo della disciplina è legato alla presenza di squilibri economici dovuti all'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici, in altre parole lo stato di crisi, a cui si può coniugare, con tutte le critiche legate a tale applicazione²²⁹, la condizione dell'insolvenza prospettica. Prima di analizzare specificamente gli indici

²²⁸ Relazione illustrativa al Codice della Crisi e dell'insolvenza (osservatorio-oci.org); S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit, pp.18 e ss; In relazione a tale concetto B. INZITARI: «*il primario obiettivo perseguito dalla disciplina delle procedure concorsuali non è quello di rimediare ex post al pregiudizio causato da una insolvenza conclamata e risalente, ma di favorire l'emersione tempestiva della crisi per evitare che essa si verifichi o per ridurre l'impatto ed il conseguente pregiudizio per i creditori*» in *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, cit, p. 623.

²²⁹ Vedi *supra* par 2.1.

delineati all'interno dell'articolo 13, e la normativa attinente al sistema dell'allerta, è necessario fare una introduzione riguardante un inquadramento generale sulla disciplina e il relativo ambito di applicazione.

Come anticipato nel paragrafo precedente, la situazione migliore per rendere effettivamente valida, ma soprattutto utile, l'applicazione della disciplina attinente alla tempestiva emersione della crisi, è la c.d. *twilight zone*. Infatti, la possibilità di intervenire in una fase antecedente la crisi di carattere finanziario è perfettamente in linea con il principio della *early warning* espresso a livello comunitario dalla Proposta di Direttiva del 2016²³⁰ e nella Direttiva (UE) 2019/1023, è la necessità di *tools* in grado di ravvisare un peggioramento della capacità nonché della competitività dell'impresa, in vista di un intervento precoce e risanatore²³¹.

Prima di tutto, al fine di poter introdurre il contenuto e la disciplina di cui al Titolo II del C.C.I., vi è il bisogno di richiamare quanto detto a proposito della Legge delega 155/2017, nel cui articolo 4 viene illustrato il compito del Governo di adottare ed introdurre una disciplina basata sulla tempestiva emersione e l'accesso a specifiche tipologie di procedure di allerta e composizione assistita della crisi. Vengono peraltro delineate le caratteristiche che devono avere tali procedure, ovvero la natura non giudiziale e confidenziale, e l'interesse a che il debitore risolvi personalmente le sue

²³⁰ Articolo 3 della suddetta proposta – rubricato «Allerta» - «*Gli Stati membri provvedono affinché i debitori e gli imprenditori abbiano accesso a strumenti di allerta in grado di individuare un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare al debitore o all'imprenditore la necessità di agire con urgenza*».

²³¹ Secondo il focus di L. A. BOTTAI «*a livello europeo, dapprima la Raccomandazione della Commissione UE del 12 marzo 2014 "su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza", che perseguiva l'obiettivo primario di "garantire a imprese sane in difficoltà finanziaria l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce, in modo da evitare l'insolvenza e proseguire l'attività", e poi la Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2019/1023 sui quadri di ristrutturazione preventiva (preventive restructuring frameworks) e l'esdebitazione, ribadiscono la necessità di "una cultura del salvataggio più forte, che aiuti le imprese economicamente sostenibili a ristrutturarsi e a continuare a operare, incanalando al contempo le imprese senza possibilità di sopravvivenza verso una rapida liquidazione, e che offra agli imprenditori onesti in difficoltà una seconda opportunità"*» in *Gli assetti organizzativi dell'impresa nell'attuale fase di pandemia*, in *Il Fallimentarista*, 27 Dicembre 2020.

difficoltà, in piena e libera trattativa con i creditori, con ausilio da parte di appositi organismi.

Sono da considerare come strumenti di ausilio dell'imprenditore per analizzare le cause del malessere economico e finanziario dell'impresa, destinato poi a risolversi in un vero e proprio servizio. Le procedure vengono viste come servizio reso all'imprenditore, funzionale alla negoziazione. L'obiettivo è stato quello di creare un luogo di incontro tra le esigenze di imprenditore e creditore, assistito da organismi professionalmente dedicati ad una ricerca della soluzione, con intervento giudiziario relegato ad un ruolo residuale, solo quando necessario per la realizzazione concreta.

Proprio la confidenzialità è l'aspetto che rende più innovativa la disciplina: stante infatti tale natura, il debitore, o meglio l'imprenditore, potrà avviare tanto la fase di allerta (con rispetto degli obblighi di segnalazione indicati dall'Articolo 12 e dagli Articoli 14 e 15) che le procedure di composizione della crisi, al sorgere dei primi segnali della stessa. In questo si delinea un particolare aspetto temporale che sarà precisato più avanti, in relazione all'assenza di indicazioni specifiche nel dettato normativo riguardanti scadenze temporali imposte.

L'articolo 2 del Codice della crisi riconduce il presupposto applicativo nello stato di crisi, definendolo prima (nel decreto legislativo n.14 del 2019) come «*lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza*», per poi invece concentrare l'attenzione (con le modifiche del decreto legislativo n.147 del 2020) con lo «*squilibrio economico finanziario*», mantenendo allo stesso tempo l'apprezzamento per una definizione più giuridica che aziendalistica²³².

Secondo le precisazioni fatte nel paragrafo precedente, il contesto temporale di riferimento è la fase crepuscolare della *twilight zone*, ulteriore constatazione riguarda le

²³² R. DELLA SANTINA, *Indicatori e indici della crisi nel sistema degli strumenti di allerta: l'interpretazione sistematica e di metodo offerta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili*, in *ilCaso.it*, 23 Gennaio 2020 (ilcaso.it); lo stesso autore aggiunge «*Tale definizione, che è chiaramente orientata al modello del debito, riconduce la crisi nell'alveo dell'insolvenza*¹³. In questo senso eloquente è la previsione che vede la manifestazione esteriore della crisi rappresentata dall'insufficienza prospettica dei flussi di cassa ad adempiere con regolarità alle obbligazioni pianificate (intese come esistenti e previste), in ciò riecheggiandosi la definizione di insolvenza (attuale) di cui alla lettera b) del medesimo art. 2 CCI».

accurate decisioni che si devono prendere in merito all'organigramma aziendale: «a) la scelta dell'organizzazione; b) il ruolo dell'informazione e dei controlli; c) i rischi assunti e assumibili; d) l'importanza dei segnali d'allarme sull'inadeguatezza degli assetti»²³³.

Detto ciò, ulteriore premessa necessaria riguarda l'articolo 12 del C.C.I.I. – rubricato come «Nozione, effetti e ambito di applicazione» - cui è demandato il ruolo di introduzione della disciplina attinente al monitoraggio costante dell'attività di impresa, in ottica di interventi tempestivi ai primi segnali di squilibrio. Più precisamente la norma introduce il concetto degli «strumenti di allerta».

Tali strumenti, secondo quanto indicato dalla normativa analizzata, sono finalizzati alla «tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione»²³⁴.

Nella Relazione illustrativa al codice della crisi di impresa e dell'insolvenza viene spiegato come l'articolo in questione funga da raccordo tra le regole ivi contenute e negli articoli antecedenti (in particolar modo i «Doveri» di cui all'articolo 3) e successivi, e quanto affermato all'interno del Codice Civile, anche alla base delle modifiche apportate recentemente. In particolar modo è precisato come rientrino «nella categoria degli strumenti di allerta sia gli obblighi di segnalazione degli indizi di crisi posti a carico di alcuni soggetti qualificati, che, unitamente agli sia gli obblighi organizzativi posti dal codice civile a carico dell'imprenditore, in quanto entrambi concorrono al perseguimento dell'obiettivo di una precoce rilevazione della crisi dell'impresa, in vista della tempestiva adozione delle misure idonee a superarla o regolarla»²³⁵.

Continuando l'analisi dell'articolo, ai sensi dei commi 4 e 5 l'ambito di applicazione soggettivo riguarda (generalmente) i «debitori che svolgono attività

²³³ L. A. BOTTAI, *op.cit.*

²³⁴ A. GUIOTTO, in *op.cit.*: «Elemento fondamentale del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è la volontà del legislatore di fornire alle imprese strumenti che consentano e agevolino l'emersione tempestiva della crisi, nel presupposto che un intervento precoce possa aumentare, in modo molto significativo, la possibilità di successo del risanamento aziendale».

²³⁵ Il primo comma dell'articolo 12 fa espresso riferimento ad ambedue le discipline codicistiche citate: «Costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione».

imprenditoriale», comprendendo tanto quelli che operano in forma individuale che in forma collettiva, con estensione all'imprenditore agricolo e alle imprese minori; oltretutto è possibile delimitare un perimetro di operatività per esclusione, mantenendo fuori:

- 1) le grandi imprese;
- 2) i gruppi di imprese di rilevante dimensione;
- 3) le società con azioni quotate in mercati regolamentati, o diffuse fra il pubblico in misura rilevante, o in sistemi multilaterali di negoziazione autorizzati dalla CONSOB;
- 4) banche, società capogruppo di banche e componenti il gruppo bancario;
- 5) intermediari finanziari;
- 6) istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento;
- 7) società di intermediazione mobiliare, SGR, Sicav, Società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e componenti il gruppo;
- 8) Fondi comuni di investimento;
- 9) Fondazione bancaria;
- 10) Cassa depositi e prestiti;
- 11) Fondi pensione.²³⁶

Singularità rilevante dell'articolo testé analizzato è l'assenza di un chiaro e preciso presupposto temporale applicativo, non evidenziato nel testo normativo, ma che pare (almeno a prima vista) riferibile allo stato di crisi, come si «*evinces non solo dal tenore della rubrica del Titolo II, ma anche da una nutrita serie di disposizioni che fanno tutte, invariabilmente, riferimento allo stato di crisi*»²³⁷.

Il *focus* rimane sempre e comunque il mantenimento della continuità aziendale, in relazione a fattori di carattere gestionale o finanziario, sulla base del dogma specifico dell'autocontrollo²³⁸. Ciò perché è la stessa attività imprenditoriale che richiede una valutazione omnidirezionale; in questo senso vi possono essere vari fattori da cui poter partire al fine di valutare la sussistenza delle prospettive "di vita" dell'impresa. Vi sono

²³⁶ S. PACCHI - S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 61.

²³⁷ S. PACCHI - S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 55.

²³⁸ L. A. BOTTAI, *op.cit.*

vari modelli presi a riferimento al fine di valutare le prospettive di continuazione dell'esercizio.

In via generale si potrebbe tener conto del mantenimento delle aspettative dei soci; il rispetto del metodo economico, ovverosia agire e operare in maniera da ottenere il pareggio nel bilancio tra costi ed entrate; il mantenimento dell'equilibrio monetario, inteso «*come attitudine dell'azienda a preservare i prevedibili flussi di entrate monetarie con caratteristiche quantitative e temporali idonee a fronteggiare i deflussi di mezzi monetari necessari per l'acquisizione di fattori di produzione*»²³⁹. Ma, per essere più specifici si può tener conto del Principio di Revisione internazionale (ISA 570) che individua ed elenca varie ipotesi o circostanze (all'interno di un elenco chiaramente non esaustivo, vista la mole della stessa materia di riferimento), la cui comparsa può risultare pregiudizievole, distinguendo:

- 1) «*Indicatori finanziari*»: situazione di deficit patrimoniale o di capitale circolante netto negativo; bilanci storici o prospettici che mostrano flussi di cassa negativi; incapacità di pagare i debiti alla scadenza.
- 2) «*Indicatori gestionali*»: perdita di personale rilevante, o di soggetti con funzioni dirigenziali senza adeguata sostituzione; perdita di mercati fondamentali o di contratti importanti di distribuzione
- 3) «*Altri indicatori*»: Riduzione del capitale al di sotto dei limiti indicati dalla legge²⁴⁰.

Lo *screening* assiduo consente quindi che l'imprenditore, che operi individualmente o collegialmente, non si ritrovi improvvisamente, a causa di sintomi prodromici, in una situazione di deterioramento ormai avanzata e le cui prospettive di recupero siano ridotte al minimo (situazioni nelle quali la liquidazione giudiziale potrebbe risultare l'ultima possibilità per i creditori),.

Nell'ottica del monitoraggio ruolo centrale è svolto dall'articolo 13 del Codice della Crisi e dell'Insolvenza – rubricato «Indicatori della crisi» - che identifica quali siano, ai sensi della legge, gli indicatori della crisi. Più precisamente, ai sensi del primo

²³⁹ S. PACCHI - S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 62-63.

²⁴⁰ Per approfondimenti si veda *Principio di revisione internazionale (ISA Italia) 570 Continuità aziendale*, in *Revisione Legale* ([revisionelegale](#)).

comma «costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24»²⁴¹.

Tale disposizione è stata oggetto delle modifiche apportate con l'ultimo decreto correttivo, il D.lgs. 147 del 2020, che è intervenuto «sull'articolo 13, comma 1, precisando la funzione degli indici e in particolare, a tal fine, sostituendo all'espressione "sostenibilità" dei debiti quella di "non sostenibilità." ed all'espressione "adeguatezza" quella di "inadeguatezza", così recependo le osservazioni critiche di numerosi commentatori ed esperti di discipline aziendalistiche che hanno fatto notare l'ambiguità di una definizione declinata alla forma affermativa, posto che l'obiettivo è quello di intercettare "l'inadeguatezza dei flussi prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate" (così l'articolo 2, comma 1, lettera a) e dunque l'insostenibilità dell'indebitamento e la situazione di assenza di continuità aziendale»²⁴².

Anche in questo caso occorre fare un *excursus* su quanto contenuto all'interno della Legge delega 155/2017, in particolare all'articolo 4: 1) l'obbligo a carico di organi di controllo societari ovvero del revisore contabile e delle società di revisione di «avvisare immediatamente l'organo con funzioni amministrative l'esistenza di fondati

²⁴¹ Nuovo primo comma dell'articolo 13, sulla base delle modifiche introdotte con il decreto legislativo 26 ottobre 2020 n 147, visualizzabile su tavola sinottica in *DirittoBancario.it* (dirittobancario.it); L. DE BERNARDIN, *Allerta interna e nuovi assetti societari*, in *Commento al Codice della Crisi d'impresa e di insolvenza*, ne *I Quaderni di in eXecutivis*, op.cit., pp. 81 e ss.

²⁴² Sul punto N. FERRI dall'articolo *Imprenditore incentivato a determinare lo strumento più conveniente per i creditori*, in *Il Sole24 ore*, Milano, marzo 2021.

indizi della crisi» (contenuto lettera c); prevedere misure premiali a vantaggio dei soggetti che abbiano effettuato la segnalazione tempestivamente (lettera h).

Ritornando sull'articolo sopracitato, esso pone due obblighi precisi in capo all'imprenditore, individuale o che operi collettivamente: uno antecedente rispetto alla sussistenza di squilibri di carattere economico, patrimoniale e finanziario, ed uno in presenza degli stessi. Vi è innanzitutto un dovere specifico di monitoraggio della continuità aziendale, tanto per l'imprenditore che operi individualmente, che in capo agli amministratori nel caso di società; e sugli stessi grava il dovere d'intervenire senza indugio non appena siano rilevati segnali premonitori di uno stato di crisi o insolvenza con l'utilizzo degli strumenti messi a disposizione dal legislatore.

Alla luce di quanto precede si può comprendere come l'attenzione sia da porre:

- 1) *Agli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale e finanziario, rapportati alle specifiche conformazioni dell'attività imprenditoriale analizzata*²⁴³: il primo squilibrio è quello di carattere reddituale, ravvisabile nel momento in cui vi è il venir meno «*della capacità dell'impresa di creare valore, ovvero diminuzione del ROS (Return on sales) o aumento dell'incidenza dei costi operativi, ossia inidoneità dei ricavi alla copertura dei costi derivanti dalla gestione operativa*»²⁴⁴; il secondo squilibrio, quello patrimoniale, è ravvisabile nella situazione nella quale la debitoria complessiva dell'azienda è sovrabbondante rispetto all'attivo, evidenziabile all'interno del bilancio, nello stato patrimoniale²⁴⁵; infine gli squilibri finanziari, basati su uno stato, evidenziato sempre all'interno del bilancio nel conto economico, di perdurante squilibrio tra

²⁴³ In relazione al primo fattore valutato dal C.C.I. sono rilevati tali squilibri mediante appositi indici basati 1) sulla sostenibilità dei debiti nei sei mesi successivi (*range* temporale di riferimento dell'insolvenza prospettica); 2) sulle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso.

²⁴⁴ G. RACUGNO, *Gli indicatori della crisi di impresa*, in *DirittoFallimentaresocietà.it*, giugno 2019 (www.dirittofallimentaresocietà.it).

²⁴⁵ Oltretutto G. RACUGNO, afferma, in relazione alla stesura del documento contabile, che «*lo squilibrio patrimoniale, può emergere (o, meglio, essere dissimulato) anche da una non corretta iscrizione in bilancio di alcune poste attive: in particolare dei crediti, specie nei confronti della clientela*» da *Gli indicatori della crisi di impresa, op.cit.*

le obbligazioni assunte e il patrimonio liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente qualora non si dovesse intervenire con tempestività.

- 2) *Alla non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare*²⁴⁶: si tratta di un'impostazione evidentemente *forward-looking* nella quale si tiene conto del rapporto tra i flussi di cassa generati e generabili dall'impresa e il *quantum* dei debiti finanziari che l'impresa si troverà a sostenere²⁴⁷.

Chiaramente si tratta di una valutazione matematica ed economica per cui è necessario che la liquidità sia almeno in grado di coprire i debiti attuali e prospettici.

- 3) *Ai ritardi dei pagamenti reiterati e significativi*²⁴⁸: è da porsi la domanda su quando un ritardo può considerarsi ad una tale soglia critica da causare l'*alert*.

Significativo in questo senso è il collegamento con l'articolo 24 del C.C.I - «*Tempestività dell'azione*» - che prevede due presunzioni di cui alla lettera a) («*l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni*») e alla lettera b) («*l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti*»); allo stesso tempo, anche senza andare a valutare gli indici di cui all'articolo 24, è comunque

²⁴⁶ Si ricollega alla definizione di stato di crisi di cui all'Articolo 2 lett a) del Codice.

²⁴⁷ ²⁴⁷ R. DELLA SANTINA, *Indicatori e indici della crisi nel sistema degli strumenti di allerta: l'interpretazione sistematica e di metodo offerta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili*, cit., pp. 22-23; lo stesso autore pone l'attenzione sulla modifica apportata dal decreto correttivo che ha portato alla sostituzione del termine «*sostenibilità*» con «*non sostenibilità*» ponendo l'attenzione sull'accertamento della condizione negativa.

²⁴⁸ S. BASTIANON, *op.cit.*

necessario, nell'ambito delle regole e dei principi della *governance*, che sia lo stesso organo con funzione di supervisione strategica a monitorare la gravità dei ritardi²⁴⁹.

Ognuno dei tre fattori ivi considerati presenta un tratto caratteristico, cioè l'autonomia rispetto agli altri due, quindi anche il riconoscimento di uno solo di essi comporterà come conseguenza l'adozione delle misure previste dal codice.

Si tratta di «*di tecniche e metodi di analisi e raffronto dei dati contabili e di bilancio che possono dare evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità per l'esercizio in corso o per i sei mesi successivi*»²⁵⁰.

Il secondo comma dell'articolo 13, invece, stabilisce che «*il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, elabora con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al comma 1 che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa. Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili elabora indici specifici con riferimento alle start-up innovative di cui al decreto-legge 18 ottobre 2012, n.179, convertito dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, alle PMI innovative di cui al decreto-legge 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2015, n. 33, alle società in liquidazione, alle imprese costituite da meno di due anni. Gli indici elaborati sono approvati con decreto del Ministero dello sviluppo economico*»²⁵¹.

Un breve approfondimento morfologico risulta necessario, in quanto l'utilizzo di due termini diversi («indicatori» nel primo comma e «indici» nel secondo) non è una semplice scelta stilistica. Bensì con il primo termine si intende un'accezione più ampia del problema, andandosi ad individuare situazioni «*che segnano di per sé il momento di*

²⁴⁹ R. DELLA SANTINA, *Indicatori e indici della crisi nel sistema degli strumenti di allerta: l'interpretazione sistematica e di metodo offerta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili*, cit., p.17.

²⁵⁰ V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, ne *i quaderni di inExecutivis*, 20 aprile 2020.

²⁵¹ Tavola sinottica del Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza in *Dirittobancario.it* (dirittobancario.it).

*discrimine tra situazioni di crisi che assumono rilevanza per gli obblighi segnalatici e situazioni che non lo assumono ancora*²⁵²» e sono identificati nei tre casi sopracitati. Ognuno dei tre presenta un'ampia autonomia, cosicché la presenza di uno di loro è sintomatico di un deterioramento significativo, tale da comportare l'adempimento degli obblighi di cui all'articolo 14. Diverso è il discorso con il secondo termine, che identifica, in un'ottica marcatamente eziologica, nuovamente dei precisi sintomi, ma allo stesso tempo profondamente diversi, poiché più ristretti nell'ambito di applicazione, e soprattutto la sola esistenza di uno di essi non basta per l'attivazione degli *alert* e l'adempimento degli obblighi di segnalazione, poiché sarà necessario che vengano superate determinate soglie, in relazione a parametri economici-patrimoniali-finanziari²⁵³.

Mentre gli indicatori della crisi elaborati dal Consiglio Nazionale offrono una griglia oggettivizzata che consente, tramite valutazioni oggettivo-numeriche, di capire se l'indicatore della crisi esiste o meno, la nozione di indizi della crisi è connotata da indeterminatezza che rimanda alla nozione di stato di crisi. Quindi se l'organo di controllo accerta che non esistano indizi della crisi il compito è svolto, oppure deve valutare l'esistenza di altri indizi, al di fuori delle valutazioni numeriche? In questo modo l'adempimento risulta molto più gravoso, in quanto si deve compiere una prognosi più generale sullo stato di crisi. Per quanto siano possibili e giustificate le esigenze degli organi di controllo di avere un parametro, la prevalenza legislativa è orientata in un senso diverso. L'uso di strumenti di allerta e obblighi organizzativi porta a dire che gli organi di controllo non possono limitarsi a verificare gli indici della crisi, ma anche a verificare se sussistono degli indizi ulteriori e diversi rispetto agli indicatori della crisi.

Il C.C.I. attribuisce espressamente al Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili (da ora CNDCEC) il compito di individuare gli indici della crisi necessari per il completamento del sistema dell'allerta, da cui desumere la

²⁵² Nuovamente R. DELLA SANTINA, *Indicatori e indici della crisi nel sistema degli strumenti di allerta: l'interpretazione sistematica e di metodo offerta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili*, cit., p. 7.

²⁵³ R. DELLA SANTINA, *Indicatori e indici della crisi nel sistema degli strumenti di allerta: l'interpretazione sistematica e di metodo offerta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili*, cit., p. 8.

sussistenza di uno stato di deterioramento in cui versa l'imprenditore, e, unitamente all'inquadramento generale dell'articolo 12 e agli obblighi di segnalazione di cui agli articoli 14 e 15, completa il quadro delle procedure volte all'emersione tempestiva della crisi²⁵⁴.

Prima dell'analisi degli indici individuati dal CNDCEC risulta necessario un breve quadro conclusivo. Il fine ultimo del Codice della Crisi è chiaramente incentivare l'attenzione e il monitoraggio costante dell'attività da parte dell'imprenditore (individuale o che operi collettivamente); da qui un articolato schema operativo che mira a raggiungere questo risultato: *«dall'individuazione di indici rivelatori della crisi, all'imposizione di precisi obblighi i capo all'organo amministrativo e all'organo di controllo di rilevare suddetti indici, alla delineazione del modello operativo che conduce – in caso di rilevazione degli indici della crisi – o all'individuazione di una soluzione adeguata alla ragione della crisi nell'ambito delle dinamiche interne all'impresa ovvero all'attivazione di un procedimento dinanzi all'OCRI, organismo esterno all'impresa»* sempre però rivolto alla ricerca e alla contestuale attivazione pratica di una soluzione, che sia in grado di contemperare i vari interessi in gioco (dell'imprenditore, nella prosecuzione dell'attività, e chiaramente dei creditori)²⁵⁵.

Una critica mossa contro gli indici riguarda la loro adeguatezza, secondo cui *«nonostante i vari tentativi di renderli efficienti, i c.d. indicatori della 'crisi', così come previsti, sembrano fortemente inadeguati. Da un lato, essi rappresentano situazioni che danno evidenza della conclamata sussistenza dello stato di crisi (e non costituiscono elementi di 'allerta' preventiva). Dall'altro, sembrano intrinsecamente inappropriati, posto che tendono a rendere omogenei elementi di merito che non colgono le peculiarità*

²⁵⁴ Sulla base di una lettura congiunta di ambedue i commi è possibile riscontrare due condizioni che devono sussistere per l'elaborazione degli indici: il primo comma pone l'attenzione dell'operatore sui tre fattori già citati (squilibri - non sostenibilità degli oneri – ritardi dei pagamenti); mentre il secondo comma richiede che dai suddetti indici sia possibile *«presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa»*.

²⁵⁵ L. DE BERNARDIN, *Allerta interna e nuovi assetti societari*, ne *I Quaderni di in eXecutivis*, op.cit., p. 81. La critica mossa contro gli indici della crisi proviene da L. FAUSTINI da *Il necessario rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: verso una riforma organica che non può tralasciare i reati fallimentari, la normativa regolamentare del credito e l'istituto dell'Amministrazione Straordinaria*, in *Giurisprudenza Penale*, 17 giugno 2021.

delle singole imprese, delle relative strutture patrimoniali e della varianza delle caratteristiche del ciclo economico finanziario delle imprese. L'impianto oggi prospettato paventa il rischio dell'applicazione di "indicatori" standardizzati, asettici e teorici, incapaci di cogliere le caratteristiche dell'azienda e della tipologia di attività, rimandando la definizione della fase di crisi non a un'anamnesi puntuale e 'personalizzata' dell'azienda, ma a trigger generici e potenzialmente fuorvianti e comunque tutt'altro che anticipatori»²⁵⁶. Ulteriore criticità riguardante gli indici della crisi attiene ad una particolare contraddizione, data dal fatto che nonostante il presupposto di applicazione sia lo stato di crisi, la sussistenza di squilibri economico-finanziari che rendono probabile l'insolvenza, vengono qualificati come indici della crisi sintomi che potrebbero essere maggiormente collegati ad uno stato di insolvenza, quantomeno prospettica (secondo la concezione ante codice dovrebbe trattarsi propriamente di insolvenza oramai imminente, nella quale si mira a salvaguardare il più possibile il complesso aziendale per finalità puramente liquidatorie)²⁵⁷.

2.2.1) (Segue): Gli indici elaborati dal CNDCEC

Il lavoro del CNDCEC si è basato sullo studio e l'analisi di più fattori, e che ha tenuto in considerazione validi elementi e ambiti gestionali trasposti dalla scienza aziendalistica tramite cui comprendere e valutare non solo i segnali a cui ricollegare la

²⁵⁶ L. FAUSTINI – C. FERRIANI – C. A. GIOVANARDI, *Il necessario rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: verso una riforma organica che non può tralasciare i reati fallimentari, la normativa regolamentare del credito e l'istituto dell'Amministrazione Straordinaria*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 17 giugno 2021.

²⁵⁷ S. PACCHI - S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, *op.cit.*, p. 70.

sintomatologia, ma anche le soglie di criticità rilevanti per l'adozione delle misure previste²⁵⁸.

Vi sono sette importanti indici da tenere sotto stretta osservazione e da cui è ragionevole presumere la sussistenza di uno stato di crisi di impresa, al momento del superamento delle soglie critiche riferite per ciascuno di essi:

1) *Il Patrimonio Netto*

Innanzitutto, una definizione chiara e precisa di patrimonio netto non è presente nel nostro ordinamento. Essa è comunque desumibile sulla base dei principi espressi all'interno del Codice Civile nell'articolo 2424 e dall'OIC (Organismo italiano contabilità), un ente (o meglio una «*fondazione di diritto privato*») che dal 2014 si occupa di emanare i principi necessari per la redazione del bilancio, il documento contabile che rappresenta la situazione patrimoniale e finanziaria della società, nonché il risultato dell'esercizio al termine dello stesso. All'interno di esso, più precisamente in uno dei quattro documenti di cui è composto – Stato Patrimoniale, Conto Economico, Rendiconto Finanziario e infine Nota Integrativa – figura la voce del Patrimonio netto la cui definizione, contenuta nell'OIC 28, prevede che corrisponda al risultato della differenza tra l'attivo e il passivo di bilancio.

Più precisamente l'indice è rilevabile sulla base del rapporto dato dal patrimonio netto cui «*sottrarre i crediti verso soci per versamenti ancora dovuti, ed eventuali dividendi deliberati non ancora contabilizzati*»²⁵⁹.

²⁵⁸ Secondo quanto spiegato all'interno del documento del CNDCEC, tale organo ha considerato all'incirca cinquanta *ratios* riconducibili sotto precisi ambiti gestionali: 1) sostenibilità degli oneri finanziari e dell'indebitamento; 2) grado di adeguatezza patrimoniale e composizione del passivo per natura delle fonti; 3) equilibrio finanziario; 4) redditività; 5) sviluppo; 6) indicatori di specifici ritardi, da *Crisi di impresa e Indici di allerta*, in *commercialisti.it* (commercialisti.it); sul punto si veda anche C. SOTTORIVA – A. CERRI, *Codice della crisi: il rinvio dell'applicazione degli obblighi di segnalazione ai tempi del Covid-19*, in *ilFallimentarista*, 13 marzo 2020 (ilfallimentarista.it).

²⁵⁹ CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, in *commercialisti.it*.

Basandosi su queste risultanze, il patrimonio netto è negativo, o al di sotto del limite legale sulla base dell'accertamento riguardante il «valore differenziale unitario»²⁶⁰, e in questo senso ciò è già di per sé un segnale di crisi, risolvibile mediante una ricapitalizzazione²⁶¹, ma se non si dovesse intervenire tempestivamente si rischierebbe comunque la liquidazione giudiziale²⁶².

Se altrimenti il patrimonio netto dovesse risultare positivo occorrerà porre l'attenzione sul secondo indice, ossia il DSCR (*Debt service coverage ratio*)²⁶³.

2) Il DSCR

Il *Debt service coverage ratio* («rapporto di copertura del servizio del debito») è un indice specifico «volto a misurare la sostenibilità finanziaria del debito aziendale, ovvero la capacità di un'impresa di onorare il proprio debito finanziario (tipicamente a medio lungo termine)²⁶⁴». È uno strumento chiaramente prognostico, dato dal rapporto tra i *cash flow* operativi «nei sei mesi successivi che sono disponibili per il rimborso dei debiti previsti nello stesso arco temporale²⁶⁵».

Vi sono due approcci legati all'accertamento di suddetto indice:

- 1) L'approccio basato sul budget di tesoreria che rappresenti le entrate ed uscite prognostiche, ovvero nel termine dei sei mesi. In questo senso la frazione ottenuta è tale che

²⁶⁰ P. CEROLI, *Patrimonio Netto*, in *ilFallimentarista*, 24 aprile 2018 (ilfallimentarista.it).

²⁶¹ S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 63.

²⁶² V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, cit.

²⁶³ S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 63; CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, op.cit.; V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, cit.

²⁶⁴ F. PASINETTI, *DSCR: cos'è, calcolo e perché è così importante nella gestione d'impresa*, in *money.it* (www.money.it).

²⁶⁵ CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, op.cit.; V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, cit.

Totale delle entrate di liquidità previste nei sei mesi successivi (giacenze comprese) – le uscite di liquidità previste

Uscite previste per il rimborso dei debiti finanziari

2) Il secondo approccio si basa sull'analisi dei *cash flow*

Flussi al servizio del debito (*free cash flow from operations* e disponibilità liquide iniziali)

«Debito operativo che deve essere rimborsato nei sei mesi successivi»
(scadenze previste da rispettare e debiti fiscali e contributivi)²⁶⁶.

Il compito di monitorare suddetti indici spetta all'organo amministrativo delegato, su cui grava l'onere del monitoraggio costante dell'attività e delle prospettive per la continuazione dell'esercizio.

Sul piano gestionale l'attenzione degli amministratori deve essere alla continuità. I doveri assumono una connotazione anticipata (evidenziata anche dal fatto che i dati si riferiscono ad un giudizio marcatamente rivolto al futuro).

Una volta analizzato il DSCR occorre analizzare il risultato del rapporto:

- a) Se il valore ottenuto è superiore a 1, allora la società mostra concrete possibilità di prosecuzione dell'attività nei sei mesi successivi;
- b) Altrimenti qualora il valore dovesse essere inferiore ad uno, scatteranno gli *alert* aziendali.

Al fine di poter ottenere un risultato quanto mai attendibile è necessario che il sistema dei flussi informativi su cui deve fondarsi l'attività sia efficiente.

Quali sono i c.d. flussi informativi da tenere in considerazione? Mediante una lettura precisa delle norme del codice della crisi, nonché delle regole di condotta antecedenti rispetto a quest'ultimo, è possibile indicarne alcuni:

²⁶⁶ CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, op.cit.

- 1) «*affidabile informativa sull'andamento aziendale ancorato al principio della forward looking*», con la imprescindibile compilazione di *plan* adeguati (*Capital Plan, Funding plan, Contingency funding plan*)²⁶⁷
- 2) «*L'assessment dell'equilibrio finanziario sulla base di procedure per la sua rilevazione*»²⁶⁸
- 3) «*una completa ed efficace valutazione in continuo del grado di rispetto degli indici della crisi individuati dal CNDCEC*»²⁶⁹

Il sistema dei flussi informativi è necessario perché ci sono competenze e funzioni diverse, le dimensioni della continuità aziendale potranno essere valutate nella misura in cui viene garantito il flusso informativo. La carenza dei flussi informativi tra amministratori, collegio sindacale e organo di revisione è una precondizione per l'impossibilità di monitorare la continuità aziendale.

Di conseguenza nel caso in cui tale indice non dovesse essere ritenuto affidabile, si dovrà ricorrere agli indici settoriali.

3) *Indici di settore*

L'ultima applicazione riguarda gli indici settoriali, nel caso in cui il patrimonio netto risulti positivo e il DSCR dia come risultato un valore superiore all'unità ovvero non si ritengano affidabili i dati ottenuti mediante il sistema dei flussi informativi²⁷⁰.

²⁶⁷ R. RANALLI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi. Indicatori e prevenzione della crisi tra tecnica e diritto*, in ranallieassociati.it (www.ranallieassociati.it); ad esempio «*Il Capital planning è il budget creato per mettere insieme i piani a lungo termine di un'azienda e i suoi investimenti. Al pari di un budget per gli investimenti importanti, spesso il capital plan indica se tali spese sono sostenibili*» da *Il Glossario di CCH Tagetik*, in *Wolters Kluwer* (www.wolterskluwer.com).

²⁶⁸ R. RANALLI, *op.cit.*

²⁶⁹ R. RANALLI, *op.cit.*

²⁷⁰ R. DELLA SANTINA, *Indicatori e indici della crisi nel sistema degli strumenti di allerta: l'interpretazione sistematica e di metodo offerta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili, cit.*, pp. 30 e ss.

Si tratta di cinque indici, o meglio «*quozienti i cui valori limite sono stati individuati per categorie settoriali*» da parte dello stesso Consiglio Nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, nella quale si tiene conto di specifiche voci del bilancio, facenti parte dei documenti in cui esso è suddiviso:

- *Indice di sostenibilità degli oneri finanziari*

Si tratta di un «indice di riclassificazione del conto economico, necessario per analizzare il rapporto tra oneri finanziari e fatturato:

$$\frac{\text{Ammontare complessivo di interessi e altri oneri finanziari}}{\text{Ammontare complessivo degli oneri finanziari (Ricavi Netti)}}$$

In questo modo si ottiene l'incidenza causata dalla copertura degli oneri finanziari sulle disponibilità lorde dell'impresa, andando di conseguenza a valutare la sua redditività nel medio lungo periodo²⁷¹.

- *Indice di Adeguatezza patrimoniale*

Si tratta di un indice che assume come base sottostante non il Conto Economico (come invece il precedente), ma lo Stato Patrimoniale, in relazione al rapporto tra il patrimonio netto (c.d. passivo ideale) e i debiti totali dell'impresa (c.d. passivo reale).

$$\frac{\text{Patrimonio netto – crediti verso soci (per conferimenti ancora dovuti)}}{\text{Debiti (compresi ratei e risconti passivi)}}$$

- *Indice di ritorno liquido dell'attivo*

²⁷¹ CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, op.cit.; V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, cit.; S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 63.

Riguarda il rapporto tra *cash flow* e totale dell'attivo²⁷². Si basa su una valutazione puramente finanziaria e (al contrario degli altri indici) stimata sul breve termine, alla scadenza dell'esercizio considerato. Il cash flow ottenuto è dato dalla somma del risultato dell'esercizio e dei costi non monetari (ammortamenti, svalutazioni), da cui dedurre i ricavi non monetari (rivalutazioni, imposte anticipate); e rapportare quanto ottenuto al totale dell'attivo dello stato patrimoniale.

Cash Flow (esercizi + costi non monetari – ricavi non monetari)

Totale dell'attivo dello stato patrimoniale

- *Indice di liquidità*

Basato sul rapporto tra «attività a breve termine e passivo a breve termine»²⁷³. Nello specifico si tratta sempre di una valutazione della capacità dell'impresa di mantenersi competitiva, nuovamente nel breve termine. Si tratta infatti di analizzare non masse immobilizzate dello stato patrimoniale, bensì le voci dell'attivo circolante, destinate a non permanere all'interno del bilancio²⁷⁴, e i ratei e risconti attivi²⁷⁵ (si tratta di voci dell'attivo a breve termine); e successivamente rapportarli ai debiti la cui scadenza è prevista per

²⁷² S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 63; CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, op.cit.

²⁷³ S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 63.

²⁷⁴ «Si definisce attivo circolante ogni elemento patrimoniale non destinato ad essere «utilizzato durevolmente» nell'impresa» da E. BOCCHINI, *Diritto della contabilità delle imprese, Bilancio di esercizio*. 4. Ed., Torino, UTET Giuridica, 2016.

²⁷⁵ Nuovamente E. BOCCHINI «i ratei (attivi e passivi) sono entrate e uscite numerarie presunte, che misurano, rispettivamente, quote di ricavi e di costi, stimate di competenza dell'esercizio in chiusura e, perciò, imputate allo stesso, ma per le quali non si sono ancora verificati gli eventi numerari dell'incasso o del pagamento. I risconti (attivi e passivi) sono, a loro volta, spese o rendite già riscosse o pagate, ma di competenza di esercizi successivi», op.cit.

l'esercizio in corso e ai ratei e risconti passivi (anche in questo caso si tratta di voci del passivo a breve termine)²⁷⁶:

Attivo circolante + Ratei e Risconti attivi

Debiti con scadenza nell'esercizio + Ratei e Risconti passivi

La peculiarità di questo indice è il carattere dinamico dei fattori considerati²⁷⁷, poiché destinati alla vendita o allo smobilizzo nel breve termine, e per questo suscettibili di mutamenti di valore suscettibili di mutamenti di valore nel corso dell'esercizio, anche rispetto al valore di realizzazione desumibile dall'andamento del mercato²⁷⁸.

- *Indice di indebitamento previdenziale e tributario*

L'ultimo degli indici riguardanti il valore dato dal totale dell'indebitamento previdenziale e tributario e il totale dell'attivo. Peculiarità di questo indice è il necessario collegamento con quanto indicato all'interno dell'articolo 15, secondo comma, che indica quali siano le soglie dell'esposizione debitoria allarmanti affinché scatti l'obbligo di segnalazione per i creditori pubblici qualificati (quali l'Agenzia dell'Entrate, l'INPS e l'Agente per la riscossione). L'indebitamento tributario è costituito dai debiti tributari (con o senza scadenza nell'esercizio in corso), evidenziati all'interno del passivo dello stato patrimoniale; quello previdenziale da debiti verso istituti di previdenza e assistenza sociale²⁷⁹

Indebitamento tributario e previdenziale

²⁷⁶ CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, op.cit.; V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, cit.

²⁷⁷ V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, cit.

²⁷⁸ Definito all'interno dell'OIC 13 come «la stima del prezzo di vendita delle merci e dei prodotti finiti nel corso della normale gestione, avuto riguardo alle informazioni desumibili dal mercato, al netto dei presunti costi di completamento e dei costi diretti di vendita».

²⁷⁹ CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, op.cit.; V. DE SENSI, *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, cit.; *Gli indici di allerta previsti dal Codice della Crisi. Come attrezzarsi*, in studiosimone.com (www.studiosimone.com).

Tali indici per poter essere considerati utili ai fini della individuazione di un pregiudizio alla continuità aziendale devono essere valutati unitariamente, e solo al superamento delle specifiche segnalate per ciascuno di essi per il rilevamento degli *alert*.

Allo stesso tempo, il superamento delle soglie non è necessariamente un'indubitabilità di un deterioramento ormai in atto, ma si tratta di una spia di allarme, a cui ricollegare però le specifiche dell'attività e del complesso imprenditoriale oggetto di analisi.

2.2.2) (Segue): gli indici personalizzati

Il terzo ed ultimo comma dell'articolo 13, peraltro modificato dal decreto legislativo n. 147 del 2020, prevede una importante possibilità di deroga rispetto a quanto affermato nel primo e secondo comma: *«L'impresa che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche, gli indici elaborati a norma del comma 2 ne specifica le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio e indica, nella medesima nota, gli indici idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del suo stato di crisi. Un professionista indipendente attesta l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa. L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti a decorrere dall'esercizio successivo»*.

Nella relazione illustrativa al codice è spiegata suddetta deroga con la considerazione che non tutte le imprese potrebbero ritenere idonei gli indici elaborati dal CNDCEC in relazione alle specificità di cui sono caratterizzate; in tal senso il legislatore si è occupato di garantire la possibilità di fare riferimento ad indici personalizzati con l'annessa condizione che essi siano valutati, in quanto ad adeguatezza, da parte di un professionista indipendente²⁸⁰.

²⁸⁰ Secondo A. GUIOTTO in *op.cit.*: *«Al fine di evitare un utilizzo abusivo di questa possibilità attraverso l'adozione di indici manifestamente inadeguati allo scopo, il legislatore ha previsto la necessità che l'adeguatezza degli indici tailor-made debba essere attestata da un professionista indipendente»*.

È un'alternativa chiaramente utile, se non addirittura *preziosa per gli imprenditori che ritengano non efficace, o addirittura dannosa, l'applicazione di default degli indici standard a causa della possibilità che essi possano causare segnalazioni infondate e innescare un pericoloso percorso dialettico con gli organi di controllo e finanche con l'OCRI.*²⁸¹

La garanzia data dalla possibilità di creare indici personalizzati dovrebbe anche permettere un discostamento rispetto alle critiche mosse contro gli stessi indici; come scritto precedentemente viene evidenziato il carattere standardizzato e *aseptique*, basato su trigger generici e che non tengono conto delle differenziazioni (in quanto a dimensioni, mercato di riferimento, o modalità di produzione e qualsiasi altro fattore inerente alla dimensione industriale).

Chiaramente la definizione di professionista indipendente è riconducibile alla definizione di cui all'articolo 2 lettera o), secondo cui vi sono dei precisi requisiti che deve possedere: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; inoltre non deve aver prestato attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore.

Ponendo l'attenzione sulla valutazione che deve essere compiuta di tali indici personalizzati, il professionista deve considerare diversi fattori:

- 1) l'adeguatezza in relazione ai principi della *early warning*;
- 2) devono essere ritenuti adeguati in relazione al controllo dei flussi di cassa;
- 3) l'equilibrio necessario tra mezzi disponibili e debiti/obbligazioni.

²⁸¹ A. GUIOTTO in *op.cit.*

Anche in questo caso però, al pari degli indici standardizzati previsti dal CNDCEC, è necessario che vi sia un adeguato flusso di informazioni tra i vari organi, al fine di rendere l'indice prescelto e i dati su cui esso si basa, il più attendibile possibile²⁸².

2.3) I doveri della c.d. allerta interna

Come anticipato nei paragrafi precedenti tra le principali novità delineate dal Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza rientrano gli obblighi di segnalazione, posti a carico di soggetti diversi, alla luce dei quali è possibile distinguere tra l'allerta interna (Articolo 14) e l'allerta esterna (Articolo 15).

Il sistema di allerta è necessario per la rilevazione tempestiva della crisi, che avviene sostanzialmente usando gli indici della società di cui si è fatto cenno, e per la quale è necessario il costante monitoraggio da parte dei soggetti a cui sono ricondotti gli obblighi di segnalazione.

L'allerta interna riguarda i doveri degli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione.

Il primo comma dell'articolo 14 indica espressamente i soggetti e l'obbligo imposto loro in relazione alla rilevazione tempestiva della crisi: «*Gli organi di controllo societari,*

²⁸² A. GUIOTTO in *op.cit.*; lo stesso autore esclude dal campo della valutazione del professionista «*l'esistenza di altri e migliori indici della crisi, dovendosi limitare al giudizio (positivo o negativo) su quelli a lui sottoposti dalla società. Altrettanto da escludere, inoltre, l'attività finalizzata all'espressione di un giudizio sulla veridicità dei dati aziendali: tale giudizio non richiesto dalla norma non appare logicamente correlata alla funzione dell'attestazione richiesta dal comma 3 dell'art. 13*».

il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi»²⁸³.

È previsto di fatto che gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, verifichino obbligatoriamente che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa risulti adeguato, se sussista l'equilibrio economico finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione, nonché segnalino immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.

L'articolo 14 pone dei doveri in positivo e anche dei doveri impliciti. Da un lato significa che l'organo amministrativo deve continuamente verificare l'adeguatezza degli assetti e deve assumere anche laddove i risultati non siano totalmente positivi tutte le iniziative necessarie per mantenere la competitività; dall'altra identifica lo svolgimento di mansioni legate all'accertamento di qualsiasi forma di manifestazione della "malattia" che potrebbe colpire l'impresa.

Questa imposizione di obblighi è indubbiamente legata con altre norme contenute nello stesso codice e al di fuori di esso; innanzitutto, i doveri del debitore, o dell'imprenditore individuale - definiti dall'articolo 3 precedentemente analizzato -

²⁸³ B. INZITARI «L'intervento degli organi di controllo (sindaci, revisore contabile e società di revisione) al contrario può risultare più precoce. Su di essi ricade infatti l'obbligo di verificare nel continuo, assumendo le idonee iniziative, se l'organo amministrativo si sia dotato di un assetto organizzativo, se questo sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione. Essi debbono, se del caso, segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi di crisi e nel caso di omessa o inadeguata risposta da parte di questo, procedere ad una formale e motivata comunicazione informativa all'OCRI», in *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, cit.; L. DE BERNARDIN, *Le misure di allerta interna ed esterna nel nuovo codice della crisi di impresa*, in giustiziainsieme.it (www.giustiziainsieme.it).

ovvero dell'imprenditore collettivo, ai sensi del secondo comma dello stesso articolo, nonché in relazione al combinato disposto degli articoli 375 del C.C.I e del 2086 del C.C, che devono impegnarsi al fine di rilevare la crisi *in fieri* e adottare uno degli strumenti previsti per il recupero della continuità aziendale. In aggiunta, nell'articolo 4 lettera b) è indicata – tra i c.d. «*Doveri delle parti*» - anche la necessità di assumere tempestivamente le iniziative idonee alla rapida definizione della procedura, anche al fine di non pregiudicare i diritti dei creditori.

Conseguenza (probabilmente positiva) di questo nuovo *asset* è considerare la traslazione dell'interesse dei creditori da limite esterno negativo a fine interno positivo, legato all'interesse dei soci alla massimizzazione dell'apporto.

La realizzazione degli interessi dei creditori non è quindi più un limite esterno che frena l'attività: al contrario, in una chiave dinamica e attiva, essi assumono una qualifica interna e "benefica". Tutto questo consente di spostare l'asse temporale di questi doveri su un assetto dinamicamente prognostico, chiaramente in funzione di quella che si può definire come l'esteriorizzazione dell'ambito delle funzioni societarie. I doveri più che cambiare assumono un nuovo contenuto, quello della prognosi, ed è la stessa norma ad affermare che questi doveri dell'articolo 14 non mutano i doveri e gli obblighi degli amministratori, che piuttosto vengono conformati in un risvolto diverso ed ulteriore.

In pratica, impresa collettiva e organizzazione adeguata finiscono per fondersi, nel senso che è necessaria una organizzazione adeguata a creare un'impresa collettiva.

Il tutto deve essere proporzionato a dimensione e natura dell'impresa. Non esiste un unico assetto organizzativo standardizzato, si può trattare di imprese piccole o di attività ridotte. Inoltre, bisogna dire con fermezza che adeguatezza non significa applicazione rigida delle direttive, né adeguarsi forzatamente alle *best practice*²⁸⁴ o a

²⁸⁴ Per quanto in realtà un standardizzazione sia possibile (almeno per ipotesi), secondo quanto scritto da L. A. BOTTAI, *op.cit.*: «*in estrema sintesi il quadro può essere delineato in maniera semplice: - nelle s.p.a. gli amministratori delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia consona alla natura e dimensioni dell'impresa e presentano, almeno ogni sei mesi, una relazione al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale (non al revisore contabile, il quale non è organo della società) sul come la gestione sia svolta e come prevedibilmente si svolgerà;*

- il consiglio di amministrazione valuta la relazione degli organi delegati e quindi anche l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile (art. 2381, comma 3, c.c.),

programmi di valutazione del rischio non adeguati²⁸⁵. L'ottica degli assetti è ben più ampia rispetto alla prospettiva stantia del semplice monitoraggio dell'attività economica, dell'andamento.

Allo stesso tempo bisogna considerare le regole di condotta delineate all'interno della fonte alternativa al C.C.I., ossia il Codice Civile, oggetto di implementazione, tramite cui vengono delineate precise indicazioni, dall'imposizione del rispetto delle leggi e dello statuto, al rispetto dei principi di corretta amministrazione, alle varie delimitazioni della *Governance* aziendale; bisogna infatti differenziare gli organi su cui ricadono i doveri di controllo e monitoraggio degli atti compiuti da parte degli amministratori²⁸⁶:

- *Il modello tradizionale*: il consiglio di amministrazione, ai sensi del 2380 bis c.c. è l'organo con funzione di supervisione strategica, cui spetta il compito di definire l'asset societario; il collegio sindacale, ai sensi del 2403 c.c., detiene le funzioni di controllo, cui spetta il compito di verificare il rispetto delle norme di legge e regolamentari, nonché verificare la corretta amministrazione e l'adeguatezza degli assetti amministrativi, organizzativi e contabili. Peculiarità di questo sistema riguarda la funzione di *internal audit* («*l'internal audit ha il compito di valutare l'adeguatezza dei controlli interni di un'organizzazione finalizzati alla corretta gestione dei rischi aziendali - c.d. funzione di assurance - e di fornire consulenze*

- mentre il collegio sindacale vigila attraverso un controllo periodico, non in astratto, ma sul suo concreto funzionamento (art. 2403 c.c.)».

²⁸⁵ Questi obblighi sono simili a quelli previsti nel Testo Unico delle società a partecipazione pubblica (D.lgs. 175 del 19 agosto 2016) che ai sensi dell'Articolo 6 comma 2 «*Le società a controllo pubblico predispongono specifici programmi di valutazione del rischio di crisi aziendale e ne informano l'assemblea nell'ambito della relazione di cui al comma 4*»; L. PANZANI, *Allerta interna, indicatori ed indici. Alcune riflessioni sulla disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza e sulla disciplina delle società a controllo pubblico*, ne *I Quaderni di in eXecutivis*, 2019.

²⁸⁶ Per un approfondimento si veda V. DE SENSI, *Lineamenti di governance della crisi: organi di controllo e circolazione delle informazioni*, secondo cui: «*Governance che si arricchisce del concetto di adeguato assetto organizzativo che l'organo amministrativo ha il dovere di istituire per una duplice finalità: quella di cogliere in tempo i fattori di crisi e di perdita di continuità aziendale; e quella di attivarsi tempestivamente per adottare ed attuare uno degli strumenti normativi previsti per il superamento*», ne *I Quaderni di in eXecutivis*, 2019.

su tematiche specifiche»²⁸⁷), poiché nel modello tradizionale il consiglio manca di un vero e proprio comitato di informazioni, e tale compito è invece riservato al collegio sindacale. In questo vi è un importante limite nel sistema di flussi informativi che potrebbe pregiudicare l'adeguatezza del monitoraggio dell'attività.

- *Il modello dualistico* – consiglio di gestione, cui spetta, al pari del consiglio di amministrazione, la gestione dell'impresa e la definizione degli assetti societari; e il consiglio di sorveglianza, simile al collegio sindacale, seppur con possibilità di ampliamento, secondo quanto indicato dall'articolo 2409-terdecies, che, tra i vari compiti, rinvia all'articolo 2403 («*Doveri del collegio sindacale*») per il rispetto e l'osservanza delle leggi e dello statuto e chiaramente sull'adeguatezza degli assetti.
- *Il modello monistico* – quest'ultimo modello presenta diverse similitudini con il modello tradizionale, ma con una differenza peculiare: l'assenza di un organismo alternativo al consiglio di amministrazione espressamente deputato al controllo, poiché manca il collegio sindacale. Infatti, tale funzione è convergente all'interno dello stesso consiglio, ed è svolta da un comitato interno, il c.d. comitato per il controllo sulla gestione. Questo ultimo dovrà chiaramente vigilare sull'adeguatezza degli assetti, e garantire l'idoneità dei flussi informativi.

Il rapporto tra organo amministrativo e di controllo è affermato anche dall'articolo 153 TUF secondo cui «*il collegio sindacale, il comitato di sorveglianza e il comitato per il controllo sulla gestione riferiscono dell'attività di vigilanza svolta e sulle omissioni e i fatti censurabili rilevati dall'assemblea convocata per l'approvazione del bilancio di esercizio ovvero ai sensi del 2364bis, comma 2, del Codice Civile*».

Ennesima conferma dell'importanza attribuita al sistema dei controlli è riscontrabile sulla base del nuovo sesto comma dell'articolo 2477 - «*Sindaco e Revisione legale dei conti*» - tale per cui si applicherà la procedura di denuncia per gravi irregolarità di cui

²⁸⁷ G. NUCCI, *Un nuovo ruolo per l'internal audit*, in *riskcompliance.it*, 23 ottobre 2020 (www.riskcompliance.it).

all'articolo 2409 anche per quelle società prive dell'organo di controllo come le s.r.l.²⁸⁸. Il secondo articolo citato prevede infatti che nel caso in cui vi sia anche il solo sospetto che gli amministratori abbiano agito in danno alla società, compiendo gravi irregolarità, potranno essere denunciati al tribunale, che allo stesso tempo avrà la possibilità di far condurre ispezioni in danno all'amministrazione della società.

Indipendentemente dal modello prescelto, la complessità delle necessità richieste dall'impresa e dal modello societario, ha richiesto un ampliamento della stessa disciplina, volto a garantire che le funzioni di controllo siano svolte oltre che dai rispettivi organi, anche dalla c.d. funzioni di controllo interno²⁸⁹, definiti anche come un «*insieme di meccanismi, procedure e strumenti – controlli – predisposti dalla direzione per assicurare il conseguimento degli obiettivi aziendali*»

Tra esse si considerano, ai fini della trattazione, la funzione di *internal audit*, di cui scritto sopra, e a cui si ribadisce che riguarda l'adeguatezza dei controlli; e la funzione di *risk management*, con compiti riguardanti prettamente la gestione dei rischi, nell'ottica di costituire «*uno strumento che risultasse adatto alla gestione integrata del rischio d'impresa associata ai processi di risk assessment e di risk management e da ultimo, con l'adozione dell'approccio risk-based in sede di progettazione e valutazione dei controlli interni*»²⁹⁰.

Lo strumento attraverso cui può essere garantito un'osservazione costante sull'andamento dell'attività è chiaramente il bilancio, tramite cui gli amministratori, ai sensi del primo e secondo comma dell'articolo 2423, indicano (rispettando dei rigidi doveri di chiarezza, correttezza e veridicità) quale sia la situazione patrimoniale e finanziaria della società nonché il risultato dell'esercizio. A ciò si deve aggiungere quanto

²⁸⁸ S. PACCHI-S. AMBROSINI, in *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 65.

²⁸⁹ L. PALMA, *Ruoli e Responsabilità nel sistema di controllo interno nei modelli di amministrazione e controllo della società*, in *Odcec.roma.it* (www.odcec.roma.it); secondo G. LEONARDI, «*Il Sistema dei Controlli Interni (c.d. SCI) è un elemento fondamentale del complessivo sistema di governo dell'impresa; esso assicura che l'attività aziendale sia in linea con le strategie e gli obiettivi di business, sia coerente con le politiche aziendali, sia conforme ai requisiti cogenti e volontari e sia improntata a canoni di sana e prudente gestione*», in *Cos'è il sistema dei controlli interni*, in *Portale231* (www.portale231.com).

²⁹⁰ G. LEONARDI, *Cos'è il sistema dei controlli interni*, cit.

ulteriormente indicato dall'articolo 2423bis («*Principi di Redazione del bilancio*»), il cui primo comma alla lettera A prevede che «*la valutazione delle voci sia fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività*».

L'analisi del bilancio assume rilevanza assoluta in relazione alla prevenzione della crisi, nell'ottica chiaramente del monitoraggio basato non soltanto sulla stesura del documento di chiusura dell'esercizio, ma anche sul controllo costante dei «*dati offerti dal controllo di gestione, mediante una distinzione dei conti destinati al calcolo del reddito e dei conti destinati al calcolo del capitale, considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, indicazione di rotazione dei crediti, indice di rotazione del magazzino e indice di liquidità*»²⁹¹.

La rilevanza della verifica è incentivata dalla previsione di un obbligo di redazione semestrale del c.d. *bilancio di periodo*, secondo le indicazioni date dall'OIC 30, tale per cui esso debba contenere: «*1) stato patrimoniale alla fine del periodo di riferimento e comparato con lo stato patrimoniale dell'ultimo bilancio annuale; 2) conto economico del periodo intermedio di riferimento e progressivo dell'esercizio in corso, comparato con i conti economici del corrispondente periodo intermedio (del periodo e progressivo) dell'esercizio precedente*»²⁹².

Si tratta di ispezionare aspetti di natura prettamente finanziaria e contabile, compito che in assenza di delega ad altro organo, rientra tra quelli del revisore che – al contrario del collegio sindacale (o del comitato per il controllo sulla gestione o del consiglio di sorveglianza) - non ha doveri né poteri di vigilanza né responsabilità solidale con gli amministratori, ma ha solo l'incarico di esprimere un giudizio corretto sull'attendibilità del bilancio, provvisorio o annuale, dopo aver acquisito ogni elemento probatorio necessario a tale scopo²⁹³.

Nonostante questo inquadramento, «*fra gli elementi probativi è compreso l'accertamento del presupposto della continuità aziendale ma solo alla data del bilancio, oggetto del giudizio. Oltretutto, la valutazione di informazioni contabili infrannuali e prospettiche, sebbene prevista da altri principi professionali, esula dai principi di*

²⁹¹ G. RACUGNO, *Gli indicatori della crisi di impresa*, op.cit.

²⁹² Redazione del bilancio basato sull'OIC 30; L. A. BOTTAI, op.cit.

²⁹³ A. DANOVÌ – A. QUAGLI, *Gestire la crisi d'impresa: processi e strumenti di risanamento*, IPSOA, Milano, Wolters Kluwer, 2021, p. 188.

revisione applicabili nella revisione legale e non rientra nelle funzioni né è remunerata dal compenso spettante al revisore legale. Pertanto, l'intervento richiesto dal CCI, avente natura di vigilanza, è estraneo alle funzioni del revisore legale, delimitate con precisione dai principi di revisione»²⁹⁴.

Dalle considerazioni fino ad ora svolte possiamo comprendere un importante aspetto del lavoro svolto dalla commissione Rordorf: la implementazione delle mansioni, con annessa valorizzazione, degli organi di vigilanza o esterni, al fine di coinvolgere quello con funzioni di supervisione strategica (implicitamente e sempre nell'ottica di una maggiore efficienza); questo ultimo ha invece il compito di costituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato, e soprattutto assicurativo di un costante e corretto flusso di informazioni.

L'esistenza di indizi di squilibrio è infatti evidenziabile su diversi piani: gestionale e legale (quindi maggiormente interno all'organizzazione della società) oppure contabile e finanziario (riscontrabile sulla base dell'intervento di un organo esterno che effettui una corretta valutazione); di conseguenza è risultata necessaria *«la valorizzazione della collaborazione interorganica nella circolazione delle informazioni sulle risultanze contabili e quindi sulle evidenze economico-finanziarie che da esse emergono»²⁹⁵.*

Individuati i soggetti che dovranno ottemperare agli obblighi di diligenza e monitoraggio costante, si tratta ora di individuare l'oggetto dell'obbligo.

Si tratta di un dovere di segnalazione che gli organi, precedentemente analizzati, devono effettuare ai sensi del secondo comma dell'articolo 14: *«La segnalazione deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese. In caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI, fornendo ogni elemento*

²⁹⁴ A. DANOVI – A. QUAGLI, *Gestire la crisi d'impresa: processi e strumenti di risanamento*, cit., pp. 188-189.

²⁹⁵ V. DE SENSI, *Lineamenti di governance della crisi: organi di controllo e circolazione delle informazioni*, cit.

utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del Codice civile e dell'articolo 9-bis, commi 1 e 2, del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 quanto all'obbligo di segretezza. Gli organi di controllo societari, quando effettuano la segnalazione, ne informano senza indugio anche il revisore contabile o la società di revisione; allo stesso modo, il revisore contabile o la società di revisione informano l'organo di controllo della segnalazione effettuata»²⁹⁶.

Da queste prime battute è possibile constatare l'articolazione in più tappe della crisi aziendale, concetto dinamico e ampiamente dibattuto nella quale emergono non solo *alert* diversi, ma soprattutto doveri diversi in capo ai soggetti precedentemente analizzati.

La prima fase non è una vera e propria crisi, si tratta piuttosto di una flessione delle capacità dell'impresa, entro limiti minimi sia gestionali che produttivi (ancora probabilmente di poco conto in quanto al pregiudizio al *going concern*).

Attori protagonisti della scena sono chiaramente gli amministratori, che dovranno valutare attentamente gli strumenti dati loro a disposizione, ad esempio valutando e analizzando il *business plan*²⁹⁷ (documento che «contiene parole, numeri, tabelle e grafici che hanno la capacità di trasferire a chi legge un'immagine dell'organizzazione nel suo insieme, del suo vantaggio competitivo e di come la stessa si colloca sul mercato in un certo periodo di tempo»²⁹⁸).

Allo stesso tempo, gli organi con funzioni di controllo avranno degli incisivi oneri di vigilanza sul comportamento dell'organo amministrativo, richiedendo e disponendo che venga assicurato che vi sia un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile, in relazione soprattutto: 1) alla strutturazione degli adeguati flussi informativi in grado di garantire un costante monitoraggio interno; 2) alla ispezione e analisi di tutti gli indicatori ed indici della crisi previsti e delineati dall'articolo 13 del C.C.I.²⁹⁹.

²⁹⁶ L. DE BERNARDIN, *le misure di allerta interna ed esterna nel nuovo codice della crisi di impresa*, cit.

²⁹⁷ È alla base dell'intera mappa organica dell'impresa, frutto di un processo evolutivo e ponderato con la quale vengono evidenziati quali siano gli obiettivi di breve e medio-lungo periodo.

²⁹⁸ A. BOVE, *Il business plan, Guida alla costruzione di un business plan vincente con la metodologia dei 7 step*, HOEPLI, 2013.

²⁹⁹ P. RIVA, *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020, pp. 596-597.

Interessarsi ad una fase embrionale risulterebbe per i membri della società decisivo per evitare che si sfoci in uno stadio di maggior allerta, ossia la maturazione della crisi. È un'involuzione importante, da cui si comprende come la negligenza degli amministratori ha causato uno sfondamento sul piano delle risorse. Da difficoltà puramente limitate al piano gestionale si passa ad un primo intaccamento economico, con conseguente danneggiamento dal punto di vista reddituale e patrimoniale, ravvisabile all'interno del bilancio.

Il rapporto tra i due organi in questo contesto è tale che i sindaci debbano verificare «*che gli amministratori siano coscienti della esistenza di una criticità più rilevante che nella fase precedente e della necessità di intraprendere un percorso ben individuato per evitare il consolidamento di una situazione di crisi*»³⁰⁰.

Si tratta dello stadio che si potrebbe definire di collegamento tra la sussistenza degli indicatori, situazioni che segnano uno spartiacque tra lo stato di crisi e difficoltà superate, o degli indici, condizionati ad una valutazione dell'entità degli stessi sulla base di parametri *standard*, e degli obblighi di segnalazione di cui alla prima parte del secondo comma dell'articolo 14.

Il collegio sindacale, in ottemperanza alle sue funzioni, dovrà inviare una comunicazione (ma che più che con tale veste, assume quella di avvertimento) sull'esistenza di un *signe de danger* nei confronti degli amministratori, avvisando contestualmente l'altro organo con funzione di vigilanza, il revisore contabile, ovvero sarà quest'ultimo a dover effettuare la segnalazione e il contestuale avviso; in ambedue i casi la segnalazione deve essere motivata (presentata mediante mail PEC o raccomandata AR) e mediante essa deve essere fissato un termine, individuato nell'articolo 14 in trenta giorni; a questo punto compito dei "controllati" sarà quello di ricercare innanzitutto una soluzione, o anche più di una, parametrata alle dimensioni e alla produttività dell'impresa, e che sia in grado di risollevarla tempestivamente dalla condizione di difficoltà in cui versa³⁰¹.

³⁰⁰ P. RIVA, *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, op.cit., pp. 598-599.

³⁰¹ L'obbligo di segnalazione di fatto non muta il posizionamento del collegio sindacale, in quanto organo che svolge funzioni specifiche, non tenute ad esprimere un giudizio sulla continuità, bensì solo a rilevare l'eventuale presenza di indici della crisi. Di fatto in una fase anticipata, non legata alla

Di fatto nel sistema delineato dai primi due commi dell'articolo in commento è previsto che gli organi di controllo ed i revisori abbiano «*un dovere di vigilanza sull'assetto organizzativo ai fini della rilevazione della crisi, e anche un pregnante dovere di segnalazione all'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi*»³⁰².

Nella Relazione illustrativa al C.C.I è spiegato come la segnalazione risulti necessaria al fine di avviare la componente dialettica per ricercare la soluzione migliore della crisi riscontrata e le «*iniziative concretamente praticabili*»³⁰³.

Il discorso potrebbe concludersi qui, ma solo nel caso in cui si pervenisse ad una soluzione che risulti adeguata rispetto alla situazione constatata e sulla base di tutte le informazioni in possesso delle parti.

Al contrario, nella situazione in cui l'organo con funzione di supervisione strategica (c.d. organo amministrativo) rimanga inerte, ovvero in caso di mancata o inadeguata esecuzione, o qualora «*non adottati nei successivi sessanta giorni le misure che l'organo di controllo o i revisori ritengono necessario per superare lo stato di crisi*» sarà compito di questi ultimi soggetti ad avviare la segnalazione all'organo esterno, l'OCRI, corredata dalle informazioni necessarie (andando oltre gli obblighi di segretezza e riservatezza previsti)³⁰⁴. Rispetto allo stadio precedente, la società/l'impresa si trova in una situazione evidente di crisi, non più latente in quanto a sintomatologia (per la presenza di squilibri non più solo di carattere reddituale o patrimoniale, bensì finanziario, avvicinandosi sempre di più ad uno stato irreversibile di deterioramento), nel concreto stato di crisi

manifestazione dell'insolvenza, un'ottica pro-attiva in chiave preventiva. Il collegio però deve sempre mantenere la sua condotta solo al fine di informare o sollecitare l'organo amministrativo, fermo restando di dover attivare la composizione assistita presso l'OCRI in caso di incapacità o di inerzia da parte dello stesso; P. RIVA, *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, op.cit., p. 599; L. DE BERNARDIN, *le misure di allerta interna ed esterna nel nuovo codice della crisi di impresa*, cit.

³⁰² L. PANZANI, *Allerta interna, indicatori ed indici. Alcune riflessioni sulla disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza e sulla disciplina delle società a controllo pubblico*, cit., p. 73.

³⁰³ Relazione illustrativa al Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza.

³⁰⁴ Relazione illustrativa al Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza; L. PANZANI, *Allerta interna, indicatori ed indici. Alcune riflessioni sulla disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza e sulla disciplina delle società a controllo pubblico*, cit., p. 73.

delineato dall'articolo 2, e con la presenza di «*inadeguati flussi di cassa per far fronte alle obbligazioni pianificate*».

Si entra in una fase di dialogo diversa rispetto a quella precedente, dallo stadio di allerta interna *strictu sensu* «*informale*», nella quale il dialogo è perlopiù interorganico, quindi interno alla stessa struttura, si passa ad una fase più «*formale*», fase in cui invece il flusso di informazioni deve estendersi a vantaggio di soggetti esterni, come ad esempio i finanziatori, e tutti i soggetti con cui la società si trova ad intrattenere rapporti di affari (clienti, fornitori o *stakeholders*)³⁰⁵.

Differenziando nuovamente tra controllori e controllati: i primi dovranno essere in grado di dimostrare «*che esistono elementi di forza — di tipo industriale o commerciale — e/o che sono stati programmati interventi straordinari — operazioni di riorganizzazione interna, di ristrutturazione dei costi, di riposizionamento strategico, di partnership con nuovi soggetti, di ricapitalizzazione da parte dei soci stessi o di terzi — tali da permettere di classificare gli squilibri individuati come temporanei*»³⁰⁶. Allo stesso tempo, il compito degli amministratori non si limita a ricercare, di comune accordo con gli altri organi e con i soggetti direttamente influenzati dalle vicende dell'impresa, le soluzioni teoricamente applicabili per il superamento dello stato di crisi; su di loro grava anche il compito di metterle in pratica entro sessanta giorni (*range* temporale indicato dall'articolo 14, secondo comma, seconda parte), e in difetto di ciò si disporranno le conseguenti segnalazioni in capo ai controllori

Questi ultimi dovranno nuovamente effettuare le valutazioni, e nel caso in cui dovesse risultare inadeguata la soluzione o le soluzioni rintracciate e prospettate, o nel caso in cui non vengano effettivamente realizzate, informerà «*senza indugio*» l'Organismo di Composizione della Crisi (OCRI)³⁰⁷.

³⁰⁵ P. RIVA, *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, op.cit., p. 600; L. DE BERNARDIN, *le misure di allerta interna ed esterna nel nuovo codice della crisi di impresa*, cit.

³⁰⁶ P. RIVA, *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, op.cit., p. 600.

³⁰⁷ Più precisamente tale segnalazione dovrà essere effettuata, secondo quanto indicato dalla seconda parte del secondo comma dell'articolo 14, «*in caso di omessa o inadeguata risposta, ovvero di mancata*

Concludendo nuovamente: quando l'organo di controllo ravvisa gli indizi della crisi deve segnalarne la presenza all'organo amministrativo ai sensi dell'articolo 14, fissando un congruo termine non superiore a 60 giorni entro il quale deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle misure intraprese. Segnalazione quindi dell'organo di controllo a quello amministrativo, e qualora questi non adottasse le opportune misure diventa operativo il controllo di secondo livello, quindi l'obbligo entro 30 giorni alle autorità competenti di segnalare, senza indugio, fornendo ogni elemento utile. Il legislatore dispone che l'obbligo di segnalazione all'OCRI sorge sia tanto caso di omessa risposta che nel caso di mancata adozione nei 60 giorni successivi delle misure ritenute necessarie, e infine anche nel caso di inadeguata risposta. Quando la risposta è adeguata o no? Quando sussiste o no l'adeguatezza? Parametro connotato da un suo ineludibile tasso di generalità. L'obbligo degli organi di controllo di segnalare i fondati indizi della crisi e successivamente ed eventualmente segnalare e fornire la segnalazione all'OCRI di aprire la procedura di allerta, è ritenuto così centrale e caratterizzante da essere accompagnato da un importante incentivo, previsto nuovamente all'interno della stessa norma fino ad ora analizzata.

Previsto all'interno del terzo comma dell'articolo 14, *«La tempestiva segnalazione all'organo amministrativo ai sensi del comma 1 costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente realizzate dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2, sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI. Non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico la segnalazione effettuata a norma del presente articolo»*.

Si realizza un esonero da responsabilità per le conseguenze pregiudizievoli dovute alle omissioni poste in essere dagli organi di controllo che non siano conseguenza dei comportamenti tenuti prima della segnalazione. L'esonero da responsabilità opera solo per i fatti compiuti dagli amministratori che non abbiano ottemperato ai doveri loro imposti dalla normativa, rischiando di causare di aggravare un dissesto, mentre non opera

adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi, i soggetti di cui al comma 1 informano senza indugio l'OCRI».

per le precedenti condotte poste in essere dagli organi di controllo o per eventuali inadempimenti dell'organo di controllo diversi da quelli legati all'aggravamento del disequilibrio.

Nel caso del collegio sindacale si può rilevare come l'obbligo di verifica si inserisca in una trama di doveri legati al Codice civile, ad esempio il 2403, primo comma, laddove impone di vigilare anche sull'osservanza dei principi di corretta amministrazione³⁰⁸, tra cui quello di amministrare con il costante monitoraggio degli assetti rispetto ad un pericolo di crisi, vuoi della capacità dell'impresa di garantire la continuità (2447 e 2486).

Nel caso di collegio sindacale la legittimazione ad effettuare la segnalazione sia all'organo amministrativo che all'OCRI spetta al singolo socio o al collegio?

Dovrebbe essere un potere garantito all'organo e deciso ed esercitato nelle forme della maggioranza. Il singolo sindaco non potrebbe effettuare individualmente la segnalazione.

Potrebbe però essere dissenziente rispetto alla scelta della maggioranza. Quali sono le eventuali conseguenze? Bisogna distinguere tra le ipotesi di responsabilità per segnalazione intempestiva e i casi di esonero da responsabilità. Se il sindaco è dissenziente e la segnalazione si rivelasse illegittima, e nei ristretti limiti si potrebbe delineare una responsabilità dell'organo di controllo, evidentemente ci sarebbe esonero.

Se la segnalazione è invece corretta e i sindaci possono beneficiare dell'esonero questo esonero copre anche il sindaco dissenziente? La risposta sarebbe inevitabilmente negativa, il singolo non può beneficiare dell'esonero da responsabilità. Se di fatto è una misura premiale il dissenso del singolo non configura un corretto adempimento e non gli dovrebbe consentire di beneficiare di tale esonero.

E nel caso del revisore? Qualora il piano di risanamento prospettato dall'organo amministrativo non risulti adeguato alla situazione emersa, compito del revisore, o della società di revisione, sarà quello di effettuare tempestiva segnalazione all'OCRI, su cui ricadrà il dovere di ricercare una soluzione extragiudiziale (o, nella peggiore delle ipotesi, dovrà occuparsi *tout court* della fase liquidatoria); chiaramente la tempestività della

³⁰⁸ Per essere più chiari il primo comma dell'articolo 2403 dispone che «*Il collegio vigila sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione ed in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, e sul suo corretto funzionamento*».

comunicazione a suddetto organismo esterno sarà giusta causa di esonero dalla responsabilità aquiliana per tali soggetti³⁰⁹.

2.3.1) (Segue): il ruolo delle banche e l'ultimo comma dell'articolo 14

Nell'ultimo comma dell'articolo 14 è previsto un ulteriore obbligo di comunicazione previsto a favore delle banche e degli intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del TUB, più precisamente hanno il dovere di comunicare al cliente «*eventuali variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti ne danno notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti*».

Si tratta di «*un coinvolgimento "attivo" di banche ed intermediari finanziari che attribuisce a tali soggetti un obbligo informativo nei confronti degli "organi di controllo societari" avente ad oggetto vicende relative agli "affidamenti" concessi*»³¹⁰.

È normale che chi esercita un'attività imprenditoriale sia titolare di un conto corrente presso una banca. L'apertura di credito è fondamentale per l'imprenditore, avendo a disposizione un cuscinetto di soldi da poter utilizzare tra la sopportazione dei costi e l'incasso dei ricavi; rende disponibile il deposito del cliente per ordini di addebiti od accrediti verso altri conti di clienti della stessa banca o di altre banche commerciali per eseguire pagamenti, interagire con i fornitori e poter gestire adeguatamente la sua attività.

E tanto nella precedente legge fallimentare, che nel codice della crisi, vengono tenute in grande considerazione le vicende che legano il cliente/debitore ai rapporti bancari.

Chiaramente nell'impostazione antecedente al C.C.I. l'attenzione era rivolta al *break point*, alla fase di insolvenza oramai conclamata e nell'ottica della revocatoria, di cui all'articolo 67 l.f.

³⁰⁹ V. CRUSI, *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Crusi&Partners*, op.cit.

³¹⁰ G. FALCONE, *Il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari nelle procedure di allerta e di composizione assistita delle crisi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Pacini Giuridica, aprile 2019.

Una volta fallito il titolare del conto, il contratto si scioglie automaticamente come previsto dall'art 78 della legge fallimentare. Sono inefficaci tutte le operazioni in qualunque modo eseguite sul conto dal giorno della dichiarazione di fallimento. Allo stesso tempo, il curatore deve però valutare se chiedere o meno la revocatoria fallimentare delle rimesse affluite sul conto, ossia dei versamenti effettuati dal debitore poi fallito sul proprio conto corrente durante il periodo sospetto.

La legge in generale sottrae alla revocatoria fallimentare le rimesse eseguite dal fallito sul proprio conto corrente, ammettendola in via di eccezione per quelle rimesse che hanno ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca (art 67.3 lett. b L.F).

L'impostazione del codice è ovviamente diversa, poiché non interessata principalmente a finalità liquidatorie, ma è improntata al salvataggio del complesso; di conseguenza non si tratta di interventi "disgregativi" o che potrebbero danneggiare l'imprenditore, ma si tratta di atti precoci volti alla costituzione di un piano di salvataggio, sempre nell'ottica dello scambio di informazioni.

Queste ultime riguardano, come scritto sopra, «*variazioni, revisioni o revoche degli affidamenti*».

È una dimensione più esterna rispetto a quella attinente al flusso di informazioni di cui al combinato disposto degli articoli 13, secondo comma, e 14, primo e secondo comma; anche se in realtà attiene comunque alle dinamiche interne dell'attività imprenditoriale.

Parallelamente, bisogna specificare che non si tratta di un vero e proprio obbligo di segnalazione, ma assume tutti i tratti di un obbligo di comunicazione, concretizzandosi in «*una sorta di funzione "ancillare" rispetto all'obbligo di segnalazione facente capo all'organo di controllo, nel senso che la comunicazione di tali informazioni all'organo di controllo è intesa a rendere più agevole a quest'ultimo la stessa individuazione di eventuali indizi di crisi, e, conseguentemente, il puntuale adempimento del proprio obbligo di segnalazione*»³¹¹.

Di seguito una breve digressione per un più corretto inquadramento della disciplina.

³¹¹ G. FALCONE, *op.cit.*

Cosa sono gli affidamenti? Concessione di linee di credito che il cliente, privato o societario, può utilizzare nei limiti della concessione stessa. Il cliente potrà operare all'interno della stessa, ma solo entro questa. Qualora il soggetto dovesse avere un fido di cassa o scoperto di conto corrente, e la banca dovesse effettuare una riduzione, allora sarà compito della stessa comunicare le ragioni per le quali è stata fatta tale variazione.

Saranno quindi parte di quei flussi informativi, fulcro su cui poggia la gran parte del corretto funzionamento del meccanismo dell'allerta che, al fine di poter incrementare l'efficacia degli interventi, dovranno essere estesi anche a ragguagli che, come scritto precedentemente, non sono propriamente interni all'attività, ma che sono comunque ad essa ricollegati.

Nell'ottica dell'approccio *forward looking* «questa informativa consente all'organo di controllo di completare il quadro informativo già acquisito all'interno della società con quello esterno, relativo alla capacità del debitore di acquisire o mantenere linee di credito»³¹².

L'intero sistema bancario, in contemporanea alle riforme del sistema concorsuale, è stato implementato, sotto questo aspetto, con le linee guida dell'EBA (*European Banking Authority*). Una premessa sul ruolo dell'EBA risulta necessaria, vista la sua importanza all'interno del panorama europeo; essa è un organismo delegato dell'Unione, costituito con il regolamento 1093/2010, dipendente rispetto alla Commissione, e svolge una rilevante funzione normativa tramite: norme tecniche di regolamentazione, norme tecniche di attuazione, nonché mediante *guidelines* (rilevanti ai fini della trattazione) e infine pareri³¹³.

L'Autorità ha di recente adottato, proprio alla luce del *forward looking*, delle nuove linee guida, entrate in vigore nel luglio 2021, che tra i punti centrali evidenzia il «monitoraggio della vita del credito (basato su precisi parametri quantitativi e

³¹² B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, cit.

³¹³ Le norme tecniche di regolamentazione vengono attuate mediante atti delegati (ex art 290 TFUE) dalla Commissione, mentre le norme tecniche di attuazione vengono adottate (sempre dalla Commissione) mediante atti di esecuzione (ex art 291 TFUE).

qualitativi, tra cui l'adeguatezza delle garanzie prestate o l'evoluzione di indicatori precisi di rating)»³¹⁴.

Tale dissertazione si basa su un preciso approccio alla materia, chiaramente orientata verso una *sensitivity analysis*, ovvero un'esecuzione più che mai scrupolosa delle regole e della policy dell'ente creditizio, comprensivo di parametri ed indicatori economici, patrimoniali nonché finanziari, rivolti a delineare “simulate” condizioni in cui potrebbe ritrovarsi il cliente/imprenditore³¹⁵.

Di fatto unendo le impostazioni date dalle nuove *guidelines* dell'EBA alle regole introdotte nel Codice della Crisi e l'implementazione di quelle già esistenti nel Codice Civile, si assiste ad una completa rivoluzione copernicana.

La creazione di *early warning tool* attinenti a ciascuno dei settori di rilievo all'interno del complesso aziendale (gestionale – finanziario – economico – reddituale) dovrebbe servire, nelle intenzioni degli operatori, a garantire un quadro più armonico nell'ambito della *restructurative framework*, non solo in grado di analizzare internamente le aspettative, ma anche collegando ad essa l'apporto e la collaborazione di soggetti esterni, quali appunto le banche.

Chiaramente in un contesto quale quello delineato fino ad ora all'interno di tale scritto, «*un ruolo fondamentale può essere svolto anche dalla balanced scorecard che, in ambienti complessi e turbolenti, rappresenta un'evoluzione del concetto di «controllo di gestione», nel quale la tradizionale management accounting (budget, contabilità analitica e reporting) ha mostrato limiti e lacune*³¹⁶.

³¹⁴ P. CAMANZI, *L'importanza del forward looking e del monitoraggio periodico nel rapporto tra banca e azienda*, in *AnalisiAziendale.it*, 18 maggio 2021 (www.analisiaziendale.it).

³¹⁵ Secondo una definizione fornita W. KENTON «*Sensitivity analysis determines how different values of an independent variable affect a particular dependent variable under a given set of assumptions. In other words, sensitivity analyses study how various sources of uncertainty in a mathematical model contribute to the model's overall uncertainty. This technique is used within specific boundaries that depend on one or more input variables*», *Sensitivity Analysis*, in *Investopedia*, 28 maggio 2020 (www.investopedia.com); P. CAMANZI, *L'importanza del forward looking e del monitoraggio periodico nel rapporto tra banca e azienda*, cit.

³¹⁶ Definita anche come «*Scheda di valutazione bilanciata*» si tratta di uno strumento assolutamente imprescindibile per il controllo e il monitoraggio dell'adeguatezza della pianificazione strategica di un'impresa, valutando complessivamente indici e *benchmark* finanziari e non; P. CAMANZI, *Pianificare*,

Conclusa questa breve digressione sul rapporto intercorrente tra banche e imprese, occorre ora tornare sull'oggetto della trattazione, ossia l'obbligo comunicazione imposto dall'ultimo comma dell'articolo 14, rivolto agli organi con funzione di supervisione strategica costituiti all'interno dell'apparato societario.

Con il rischio di sembrare ripetitivo è quindi utile rimarcare la impellenza di un adeguato organigramma aziendale, con una perfetta compartimentazione dei compiti e dei doveri (basati sempre e comunque sulla diligenza) dei vari organi: il controllo rimane in capo a soggetti individuati dall'imprenditore, quindi sono loro ad essere coinvolti nella *governance* e che devono mantenere queste opportunità e su di essa confrontarsi, senza snaturare in alcun modo i doveri che fanno capo ai vari e diversificati organi, amministrativi, di controllo o "esterni" che siano.

Con l'imposizione e l'indicazione di tale obbligo per le banche e gli intermediari finanziari di comunicare ogni tipologia di variazione o diminuzione dell'affidamento finisce per essere *«un ulteriore indicatore segnaletico, che va oltre la meccanica verifica di sostenibilità ottenuta mediante gli indici di cui all'art. 13, ma misura la disponibilità del sistema creditizio a sovvenire e assistere l'attività, costituendo in questo modo la principale sfera di valutazione esterna all'impresa»*³¹⁷.

Nel contempo, suddetto dovere di comunicazione mancherebbe di una sanzione (anche indiretta) a cui collegare l'eventuale inadempimento, o l'inesatto adempimento, del dovere di *«dare notizia anche agli organi di controllo societari»*: la domanda da porsi è se non debba basarsi l'eventuale responsabilità dell'intermediario finanziario proprio sulla funzione "strumentale" riservata alla sua comunicazione, ricollegandolo al più ampio (ed esplicitamente sanzionato) obbligo di segnalazione imposto agli organi societari³¹⁸. Questa possibilità apre, allo stesso tempo, molteplici scenari: nel caso cui, mancando di ottemperare all'obbligo di comunicazione di variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, sia stata impedita la tempestiva rilevazione dei fondati indizi della crisi

programmare e controllare. Il sistema di pianificazione, programmazione e controllo di gestione come fulcro dell'attività imprenditoriale, in *AnalisiAziendale.it*, 6 settembre 2019 (analisiaziendale.it).

³¹⁷ B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, *op.cit.*

³¹⁸ G. FALCONE, *op.cit.*

da parte degli organi societari competenti, ciò potrebbe comportare «una responsabilità aquiliana dell'intermediario nell'inadempimento (contrattuale) dell'organo di controllo»³¹⁹; ovvero si potrebbe qualificare la medesima condotta omissiva dell'intermediario pregiudizievole e fonte di danno «ingiusto» per i terzi (nello specifico i creditori) e come tale qualificarla ai sensi dell'articolo 2043 c.c. - «Risarcimento per fatto illecito» tale per cui «Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno» - come responsabilità per lesione del diritto di credito³²⁰; infine un'ulteriore ipotesi, almeno in teoria, è quello della responsabilità per “danno specifico”, tradotto nell'ordinamento italiano nel criterio della “probabilità prevalente” ponendo l'attenzione sul fatto che «il danno si considera derivante da un fatto se le probabilità che il danno sia la conseguenza di quel fatto siano maggiori delle probabilità che non lo sia», giacché, mancando di effettuare le dovute comunicazioni, l'intermediario ha privato l'organo competente di informazioni rilevanti per la programmazione aziendale³²¹.

2.4) La segnalazione esterna dei creditori pubblici qualificati

A differenza dell'allerta interna l'allerta esterna opera in tutti i casi in cui si sia in presenza di un imprenditore, in quanto prescinde dall'esistenza di un organo di controllo. Questa allerta è posta a carico dei creditori pubblici qualificati, ed è definita all'interno

³¹⁹ G. FALCONE, *op.cit.*; lo stesso autore scrive «a tale riguardo si potrebbe prefigurare una responsabilità a liana dell'intermediario nell'inadempimento (contrattuale) dell'organo di controllo – ciò peraltro dovendo pur presupporre una consapevolezza, in capo all'intermediario, del danno arrecato per effetto di una comunicazione omessa o non veritiera; ovvero, senza necessità di ricorrere alla categoria del dolo, si potrebbe ipotizzare una responsabilità della banca per “lesione del diritto di credito” sul presupposto che l'omissione della comunicazione, ritardando l'attivazione degli strumenti di allerta, abbia avuto una efficienza causale nell'aggravamento della crisi, ledendo, in ultima analisi, la possibilità di soddisfacimento da parte degli altri creditori».

³²⁰ G. FALCONE, *op.cit.*;

³²¹ C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, V, *la Responsabilità*, III ed., Giuffrè Editore, Milano, 2012; G. FALCONE, *op.cit.*

dell'articolo 15 del C.C.I (la cui modifica apportata dal d.l. 22 marzo 2021 n 41 verrà spiegata in seguito), secondo cui: «L'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione hanno l'obbligo, per i primi due soggetti a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari, per il terzo a pena di inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione, di dare avviso al debitore, all'indirizzo di posta elettronica certificata di cui siano in possesso, o, in mancanza, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento inviata all'indirizzo risultante dall'anagrafe tributaria, che la sua esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante di cui al comma 2 e che, se entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso egli non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito con le modalità previste dalla legge o se, per l'Agenzia delle entrate, non risulterà in regola con il pagamento rateale del debito previsto dall'articolo 3-bis del decreto legislativo 18 dicembre 1997, n. 462 o non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, essi ne faranno segnalazione all'OCRI, anche per la segnalazione agli organi di controllo della società».

Sin da queste prime battute si può comprendere la struttura dell'istituto dell'allerta esterna dei creditori pubblici qualificati, con una chiara e precisa indicazione di quali siano i soggetti a cui è imposto l'obbligo di segnalazione, a cui si lega anche una pesante sanzione dovuta all'inosservanza dei doveri loro imposti, basati più che altro sulla perdita di una posizione privilegiata da essi vantata nei confronti dell'imprenditore/debitore.

Il rilievo dato a tale impostazione è il frutto della presa di coscienza del legislatore italiano sulla condotta che ha caratterizzato gli imprenditori individuali, o anche che operino in forma collettiva (con protagonisti gli amministratori), restii, *in primis* a valutare stabilmente le condizioni in cui operano, ed *in secundis* a prendere atto dell'eventuale stato di crisi in cui versano (non secondo l'accezione ex art 2 C.C.I, ovvero in presenza già di una condizione di inadeguatezza dei flussi di cassa, ancorché prospettici, bensì ancora nella fase di incubazione e prima maturazione del deterioramento)³²².

³²² F. PLATANIA, *Gli obblighi di segnalazione previsti dall'art.15 del codice della crisi e dell'insolvenza a carico dell'Agenzia dell'entrate, una disarmonia normativa fonte di possibili contenziosi*,

Il risultato di questo comportamento non salutare ha condotto, in primo luogo, alla strutturazione di una serie di doveri, ravvisabili tanto in capo al singolo debitore/imprenditore, che in capo ai soggetti sovrintendenti l'organigramma societario; allo stesso tempo disponendo, a copertura delle eventuali inosservanze proprio dei primi, doveri in capo ad entità, interne ed esterne (oggetto di trattazione in questo paragrafo) per evitare che si giunga ad una fase irreversibile per un intervento risanatore, se non addirittura peggio in una condizione in cui l'unica soluzione risulterebbe la liquidazione.

Come anticipato poc'anzi i protagonisti dell'articolo ivi citato sono i c.d. creditori pubblici qualificati³²³: l'Agenzia dell'Entrate, l'Istituto Nazionale della Previdenza sociale, e l'Agente della riscossione delle imposte, che devono agire nel momento in cui una società, o un imprenditore, abbiano una critica condizione economica, (evidenziata all'interno del secondo comma); ciò al fine di stimolare in questi ultimi l'intenzione di risollevarsi dalla situazione di deterioramento in cui versano, regolarizzando la sua esposizione, e allo stesso tempo garantendo comunque la tutela degli ulteriori interessi coinvolti. Il tutto con l'avvertimento che, in caso di inottemperanza o di inadeguatezza della risposta presentata, sarà dato avviso all'organismo di composizione della crisi che sarà istituito presso ciascuna camera di commercio, e questi potrà a propria volta convocare il debitore al fine di valutare l'esistenza della sua condizione critica³²⁴.

Di fatto si tratta in tutto e per tutto di due obblighi di segnalazione diversi:

- 1) Nei confronti del debitore/imprenditore e dovuto al raggiungimento di eventuali soglie rilevanti (di cui sotto)
- 2) Nei confronti dell'Organismo di composizione della crisi nel caso in cui la situazione non dovesse migliorare, o addirittura dovesse giungere un peggioramento.

Principi generali, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, collana de *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019, p. 92; S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., pp. 65-66;

³²³ E. MIGLIORINI, *Obbligo di segnalazione della crisi per i creditori pubblici qualificati*, in *Fiscomania.com*, 14 marzo 2020 (fiscomania.com); S. PACCHI-S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit., p. 65; V. CRUSI, *op.cit.*;

³²⁴ F. PLATANIA, *op.cit.*, p. 92.

Nonostante la funzione deterrente delle segnalazioni, interne ed esterne, garantiscano una copertura ed un controllo effettivo, esse si collocano in due momenti o fasi diverse.

L'allerta interna infatti attiene ad una fase antecedente rispetto allo stato di crisi definito dall'articolo 2, trattandosi di quella crepuscolare della c.d. *twilight zone*, nella quale la degradazione non ha ancora raggiunto livelli allarmanti; al contrario l'allerta esterna, proveniente dai creditori pubblici qualificati, attiene ad una condizione oramai di *plight*, evidenziata da un'esposizione debitoria rilevante, tale per cui l'equilibrio economico-finanziario sarà, qualora non lo sia già, compromesso nel breve termine³²⁵.

Questi hanno l'obbligo di dare avviso al debitore che la sua esposizione debitoria ha superato un importo rilevante, indicato dal codice, e entro 90 giorni il debitore non avrà estinto o regolarizzato per intero il debito, o non avrà presentato domanda di composizione della crisi, i creditori dovranno fare segnalazione all'OCRI; tali obblighi devono essere adempiuti:

- 1) a pena di inopponibilità del credito *«per spese ed oneri di riscossione»* per l'agente della riscossione
- 2) a pena di inefficacia *«del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari»*³²⁶ per l'Agenzia dell'Entrate e per l'Istituto Nazionale della previdenza sociale³²⁷.

Nello specifico il secondo comma (modificato dal decreto correttivo D.lgs. n.147 del 2020) indica quali siano gli importi rilevanti, distinguendo a seconda del soggetto:

- a) *«per l'Agenzia delle entrate, quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'articolo 21-bis del decreto-legge*

³²⁵ Quindi prima si chiede al debitore di intervenire, anche presentando domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e se ciò non si verifica il creditore sarà tenuto ad effettuare la segnalazione; B. INZITARI, *op.cit.*

³²⁶ S. PACCHI - S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, *cit.*, p. 65

³²⁷ Nella relazione illustrativa al codice è previsto che *«La differenziazione si è resa necessaria in considerazione del fatto che è parso iniquo penalizzare l'ente impositore, degradando il credito al rango chirografario, per omissioni imputabili all'agente incaricato della riscossione»*.

31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, è superiore ai seguenti importi: euro 100.000, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore ad euro 1.000.000; euro 500.000, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore ad euro 10.000.000; euro 1.000.000 se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente è superiore ad euro 10.000.000;»³²⁸

Il precedente comma, anziché basarsi su precise soglie indicate, si riferiva «*ad almeno il 30 per cento del volume d'affari*», soglia che risulterebbe in realtà impossibile da raggiungere nel trimestre considerato per la comunicazione della liquidazione periodica di cui all'articolo 21-bis della legge n. 122 del 30 luglio 2010³²⁹; il risultato è che ora non si basa più su parametri percentuali/proporzionali, bensì su valori assoluti, con la conseguenza che le possibilità di intervento dell'Agenzia dell'Entrate risulta ridotto a casi in cui è palese l'evasione fiscale³³⁰.

Anche l'indicazione di un *range* temporale di riferimento, in relazione alla segnalazione di questo istituto, è stato oggetto di modifica del Decreto Correttivo.

Il terzo comma, alla lettera a) riferita all'Agenzia dell'Entrate, antecedentemente alla modifica, non indicava un «limite temporale decorrente dal superamento della soglia critica, prevedendo invece che la segnalazione fosse inviata contestualmente a quella prevista dalla normativa fiscale, in relazione alla verifica automatica delle dichiarazioni

³²⁸ D. FICO, *Procedure di allerta: rinvio dell'obbligo di segnalazione da parte dell'Agenzia delle Entrate*, in *ilFallimentarista*, 1 aprile 2021 (ilfallimentarista.it).

³²⁹ La disposizione citata prevede che «*I soggetti passivi dell'imposta sul valore aggiunto trasmettono, negli stessi termini e con le medesime modalità di cui all'articolo 21 (ossia entro l'ultimo giorno del secondo mese successivo ad ogni trimestre), una comunicazione dei dati contabili riepilogativi delle liquidazioni periodiche dell'imposta effettuate ai sensi dell'articolo 1, commi 1 e 1-bis, del d.P.R. 23 marzo 1998, n. 100, nonché degli articoli 73, primo comma, lettera e), e 74, quarto comma, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633. Restano fermi gli ordinari termini di versamento dell'imposta dovuta in base alle liquidazioni periodiche effettuate*»; sul punto, N. FERRI, *op.cit.*

³³⁰ S. SISIA, *Le modifiche introdotte dal Decreto Sostegni all'obbligo di segnalazione da parte di creditori qualificati e in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *ilFallimentarista*, 30 giugno 2021 (ilfallimentarista.it)

IVA, di cui all'articolo 54-bis del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n 633³³¹; mentre, mediante il decreto correttivo è stato aggiunto un riferimento temporale ulteriore, simile alla disciplina prevista per gli altri creditori, basata su «sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 1 dell'articolo 54-bis».

Proprio su questo *link* tra disposizioni codicistiche e fiscali si era istaurato un importante dibattito, riguardante due problemi:

- 1) Uno di carattere temporale, poiché nella disposizione precedente si faceva riferimento alla comunicazione di irregolarità della procedura automatizzata ex 54-bis, all'interno del quale però non è previsto alcun termine in modo espresso, mantenendo quindi la tempestività dell'iniziativa in capo all'Agenzia dell'Entrate³³²; d'altronde «è indubbio che un termine deve essere previsto in quanto è inconcepibile che il legislatore preveda la sanzione per il mancato adempimento ad un obbligo (invio della comunicazione di irregolarità) se non vi è un termine per detto adempimento»³³³

³³¹ F. PLATANIA, *op.cit.*; lo stesso autore cerca di giustificare la scelta di adottare come parametro di riferimento solamente il mancato pagamento dell'iva, basandosi sulla maggior facilità di «rilevazione dell'omissione di pagamento di questa imposta, sottolineando però che la mancata segnalazione determina la perdita del privilegio per tutte le imposte amministrative» dallo stesso creditore qualificato; a questa considerazione si aggiunge quanto affermato dalla Relazione illustrativa al C.C.I, che segue la medesima lunghezza d'onda, disponendo che «si è ritenuto opportuno limitare il monitoraggio alla sola IVA, in quanto calcolata sulla base delle dichiarazioni periodiche redatte dagli stessi contribuenti, calibrando la soglia di rilevanza in relazione alle dimensioni dell'impresa, quali si evincono dal suo volume d'affari, e fissando comunque una soglia minima sufficientemente elevata onde evitare che l'estensione troppo ampia dell'obbligo di effettuare la segnalazione generi un effetto contrario rispetto a quello auspicato, paralizzando l'attività degli organismi cui compete gestire tali segnalazioni».

³³² N. FERRI, *op.cit.*; G. RUSSOTTO, *Brevi note esegetiche sull'obbligo di segnalazione dell'Agenzia dell'Entrate*, in *IlCaso.it*, 6 giugno 2019 (ilcaso.it); secondo V. ZANICHELLI, «Il problema sorge perché non è previsto espressamente un termine per l'invio della lettera di compliance, posto che il provvedimento del direttore dell'Agenzia delle entrate si limita ad indicare le modalità con cui il debitore viene reso edotto della criticità riscontrata e di quelle con cui può controllare la sua situazione fiscale ma nulla dice sui termini entro in quali il controllo deve esser effettuato e la lettera di conseguenza inviata», da *La segnalazione dei creditori pubblici qualificati: quod sine die debetur numquam debetur?*, in *IlCaso.it*, 26 marzo 2019 (ilcaso.it).

³³³ Nuovamente, V. ZANICHELLI, *op.cit.*

2) L'altro riguarda il contenuto della disposizione presa come sottostante, il quale prevede un obbligo di comunicazione, ma solo a condizione che vengano rilevati errori materiali e di calcolo, sulla base delle dichiarazioni presentate e sui dati dell'anagrafe tributaria, provvedendo *in primis* a correggere gli eventuali riscontri, ed *in secundis* ad effettuare la comunicazione dell'esito della liquidazione al contribuente.

Posti i problemi di carattere temporale già analizzati (e risolti dal legislatore), è da tempo affermata la convinzione che *«in materia di riscossione, l'invio al contribuente della comunicazione di irregolarità, al fine di evitare la reiterazione di errori e di consentire la regolarizzazione degli aspetti formali, è dovuta solo ove dai controlli emerga un risultato diverso rispetto a quello indicato nella dichiarazione ovvero un'imposta o una maggiore imposta»*³³⁴.

E nel caso di omessi o tardivi pagamenti?

Non sussiste alcun obbligo in capo all'Agenzia, poiché la *«la comunicazione preventiva all'iscrizione a ruolo è necessaria solo quando vengano rilevati degli errori nella dichiarazione, mentre in caso di riscontrata regolarità dichiarativa non vi è alcun obbligo di preventiva informazione se il contribuente ha poi omesso di versare gli importi dichiarati o se non sussistano incertezze su aspetti rilevanti della dichiarazione»*³³⁵; di conseguenza, quello che, a tutti gli effetti, è il presupposto applicativo dell'articolo 15, il mancato pagamento delle imposte nei valori delineati dal C.C.I, non è invece contemplato nella normativa a cui lo stesso articolo è riferito³³⁶. Si tratterebbe di una grave lacuna a cui porre rimedio al fine di evitare un eccessivo ricorso all'interpretazione analogica.

Infine ultima modifica degna di menzione, introdotta con il c.d. Decreto Sostegni (D.L. 22 marzo 2021 n.41) riguarda il settimo comma dell'articolo 15, la decorrenza dell'obbligo di cui al primo comma, tale per cui esso decorrerà a partire *«dalle comunicazioni della liquidazione periodica Iva relative al secondo anno di imposta, anziché al primo, successivo all'entrata in vigore del CCI, attualmente fissata al 1°*

³³⁴ F. PLATANIA, *op.cit.*;

³³⁵ Cass., sez. trib., 9 gennaio 2019, n 375.

³³⁶ F. PLATANIA, *op.cit.*;

settembre 2021», ponendo l'attenzione sulle comunicazioni delle liquidazioni periodiche IVA del trimestre del 2023, e non più al 2022³³⁷.

- b) *«per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, quando il debitore è in ritardo di oltre sei mesi nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente e superiore alla soglia di euro 50.000»*

L'attenzione del legislatore in questo caso è rivolta verso i c.d. contributi previdenziali.

La contribuzione previdenziale, secondo quanto definito dallo stesso INPS, serve ad assicurare *«il lavoratore contro eventi che possono renderlo non idoneo alla prestazione lavorativa. Tra prestazioni e contributi c'è un rapporto di corrispondenza (concezione assicurativa del rapporto previdenziale), quindi alcune prestazioni previste per i lavoratori dipendenti di un settore di attività possono non esserlo per altri settori»*.

L'esegesi della norma porta a ritenere che debbano essere considerati “coperti” da essa *«i contributi dovuti a tutte le gestioni Inps (ad esempio, una stessa azienda può essere in ritardo nel versamento a più gestioni avendo sia dipendenti che collaboratori coordinati)»*³³⁸.

Si tratta, inoltre, di una previsione da considerare anche per quanto riguarda il suo rapporto con la complessiva disciplina dell'obbligazione contributiva e le conseguenze che l'inadempimento della stessa (omissione, evasione) determina.

L'interesse al riguardo di tali elementi fiscali non è una novità dell'ordinamento italiano, in quanto all'interno della disciplina concorsuale antecedente al codice, soprattutto a livello giurisprudenziale, gli operatori si sono sempre interessati al versamento di suddetti contributi.

Trova infatti applicazione il c.d. *«principio dell'integrità della retribuzione»* tale per cui, in *«In caso di fallimento dell'azienda, il lavoratore, qualora il datore di lavoro*

³³⁷ S. SISIA, *op.cit.*; T. BAGNULO, *Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza: in vista dell'ulteriore slittamento dell'entrata in vigore*, in *FiloDiritto*, 9 luglio 2021 (www.filodiritto.com).

³³⁸ A. PANDOLFO FIELDFISHER, *«Codice della crisi di impresa: i debiti previdenziali segnalano la crisi»*, in *Lavorosi*, 6 settembre 2019 (www.lavorosi.it).

non abbia pagato la retribuzione (o vi abbia provveduto in ritardo) ovvero non abbia effettuato i versamenti contributivi o, comunque, abbia operato ritenute non dovute, può chiedere direttamente - in via prudenziale o in caso di inerzia dell'INPS nell'esercizio dell'azione ex artt. 93 e 101 della legge fall. - l'ammissione al passivo, oltre che di quanto a lui spettante a titolo di retribuzione, anche della somma corrispondente alla quota dei contributi previdenziali posti a carico del medesimo, rispondendo tale soluzione al principio dell'integrità della retribuzione»³³⁹.

Nell'ottica della innovativa spartizione delle competenze l'attenzione è ora rivolta ad una fase antecedente rispetto a quella fino ad ora considerata, chiaramente sempre nell'ottica della *early warning*.

Nel caso dell'obbligo di segnalazione previsto per l'INPS non vi è stata una introduzione postuma di limiti temporali; il terzo comma dell'articolo 15 prevede che l'avviso al debitore/imprenditore debba essere inviato entro sessanta giorni dal verificarsi delle condizioni di cui al comma precedente³⁴⁰, e in caso di inottemperanza a tali doveri scatterà la perdita dei benefici garantiti, ovvero la perdita dei privilegi spettanti ai suoi crediti.

- c) *«Per l'agente della riscossione, quando la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione dopo la data di entrata in vigore del presente codice, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni superi, per le imprese individuali, la soglia di euro 500.000 e, per le imprese collettive, la soglia di euro 1.000.000»*

È chiaro che si sia in presenza di un obbligo preciso in capo all'agente della riscossione, che *«scatterà solo quando la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni,*

³³⁹ Cass., sez. IV, 27 maggio 2010, n 12964, in *Unijuris* (www.unijuris.it); M. PARISI, *Fallimento. Al lavoratore retribuzione e contributi*, in *Consulentidellavoro*, 13 novembre 2019 (consulentidellavoro.mi.it).

³⁴⁰ F. PLATANIA, *op.cit.*; S. PACCHI - S. AMBROSINI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza. Aggiornato alla l. 40/2020 («Decreto Liquidità»)*, cit, p. 65.

supererà, per le imprese individuali, la soglia di euro 500.000 e, per le imprese collettive, la soglia di euro 1.000.000»³⁴¹.

Nella relazione illustrativa al codice della crisi è precisato che l'impostazione data con l'indicazione di tali parametri monetari è volta ad evitare che vi sia un livello di segnalazione eccessivo rispetto a quanto si otterrebbe così («*un'esposizione debitoria superiore porterebbe la platea dei possibili soggetti interessati alla segnalazione ad un numero superiore ai ventimila, contro un totale di circa 2000 stimabili sulla base delle soglie recepite dalla norma*»).

Questa impostazione è stata peraltro oggetto di critica, in quanto limitativa delle possibilità di intervento per soggetti esterni rispetto all'impresa (con i limiti parametrati evidenziati in precedenza), con una chiara preferenza verso l'istituto dell'allerta interna e l'incentivazione (o per certi versi la costrizione) verso la costituzione di un adeguato assetto societario rivolto alla tempestiva rilevazione della crisi e della (eventuale) segnalazione da parte degli organi di controllo.

Anche in questo caso è necessaria una esegesi della norma, ponendo l'attenzione in particolar modo sull'uso del termine «*definitivamente*», in relazione all'accertamento della natura del credito, e in ragione del termine di novanta giorni imposto dal secondo comma.

Quali sono i crediti definitivi considerati? Al fine di poter considerare un credito come definitivamente accertato esso dovrebbe risultare tale sulla base di una sentenza passata in giudicato, da qui il carattere di definitività. Allo stesso tempo risulterebbero però esclusi «*i crediti tributari derivanti da avvisi di accertamento non impugnati nei termini*» (il cui carattere definitivo è solamente atecnico, poiché semplicemente inoppugnabili)³⁴².

Da qui la seconda questione riguardante il *dies a quo* da cui far decorrere i fatidici novanta giorni indicati dalla normativa. È chiaramente legata a stretto giro con il riconoscimento della definitività del credito, quindi almeno ad una prima analisi, il

³⁴¹ F. LAMANNA, *Il Codice concorsuale in dirittura d'arrivo con le ultime modifiche ministeriali al testo della Commissione Rordorf*, in *Il Fallimentarista*, 17 ottobre 2018 (ilfallimentarista.it).

³⁴² A. PERRONE, *Nuova disciplina della "crisi d'impresa" e obbligo di segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati (agenzie fiscali e INPS): primissime riflessioni*, in *Riv. dir. trib.*, 30 ottobre 2019 (rivistadirittotributario.it).

termine dovrebbe decorrere dal momento in cui venga accertato tale stato caratterizzante il credito³⁴³.

Un'ultima considerazione esegetica riguarda anche l'utilizzo del termine «*credito*», non facendo preciso ed espresso riferimento ai tributi, in questo senso risulterebbero compresi, al fine di valutare il superamento della soglia critica, anche le sanzioni e gli interessi³⁴⁴.

Il termine (definito dal terzo comma) per l'avviso al debitore in questo caso è «*entro sessanta giorni dalla data di superamento delle soglie di cui al comma 2, lettera c)*».

Definito il primo obbligo di segnalazione (creditore pubblico qualificato - imprenditore/debitore), occorre valutare anche la seconda tipologia di segnalazione, riguardante quella nei confronti dell'OCRI, di cui al quarto comma dell'articolo 14, tale per cui essa sussiste nel momento in cui il debitore (entro il termine di novanta giorni) non abbia:

- Dato prova di aver estinto il debito
- Di averlo regolarizzato in altro modo con le modalità previste dalla legge
- Di essere in regola con il pagamento rateale di cui all'articolo 3-bis del decreto legislativo 18 dicembre 1997 n. 462
- Di aver presentato istanza di composizione della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

Al contrario, secondo quanto previsto invece dal quinto comma i creditori pubblici qualificati non sono tenuti alla segnalazione nel momento in cui il debitore «*documenta di essere titolare di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni risultanti dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni*»

³⁴³ Secondo L. GAMBI: «*Per quanto concerne i carichi affidati all'agente della riscossione, sono ipotizzabili, fra l'altro – ai fini della regolarizzazione della posizione debitoria del contribuente –, la rateizzazione del debito ex art. 19, D.P.R. n. 602/1973, nonché le compensazioni ex artt. 28-ter e 28-quater, D.P.R. n. 602/1973*», da *La fase dell'allerta esterna nel Codice della crisi*, in *ilFallimentarista*, 15 Maggio 2019 (ilfallimentarista.it); A. PERRONE, *op.cit.*

³⁴⁴ A. PERRONE, *op.cit.*

per un ammontare complessivo che non risulti inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato³⁴⁵.

La relazione illustrativa al codice spiega in tal senso che *«si vuole così tener conto della situazione patrimoniale complessiva dell'imprenditore ed evitare ulteriori conseguenze pregiudizievoli derivanti dal ritardo nel pagamento da parte della stessa amministrazione»*.

Si lega inoltre a quanto affermato anche l'articolo 18 – rubricato *«Audizione del debitore»* - tale per cui il collegio nominato dall'OCRI disporrà l'archiviazione *«quando l'organo di controllo societario, se esistente o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesta l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'articolo 15, comma 2, lettere a), b) e c)»*; di conseguenza in assenza di valutazione corretta da parte dei creditori pubblici qualificati, sarà comunque compito dell'OCRI disporre l'archiviazione per la situazione in realtà positiva in cui si trova l'imprenditore.

Quanto scritto fino ad ora, tanto in relazione all'allerta interna che a quell'esterna sembrerebbe condurre ad una conclusione piuttosto peculiare, poiché la segnalazione assume il doppio ruolo di obbligo – è la lettera della norma che induce a ritenere ciò – e di onere – poiché legato alla necessità di evitare conseguenze negative legate al non ottemperamento (esonero da responsabilità nel caso dell'allerta interna – e la non perdita, ovvero la conservazione dei privilegi nel caso di quella esterna).

³⁴⁵ V. ZANICHELLI, in *op.cit.*, afferma che *«Non può non osservarsi che l'esenzione dalla comunicazione, se ha un senso se esiste un controcredito fiscale in quanto può essere compensato, non ne ha se il credito è vantato nei confronti di altra pubblica amministrazione, e quindi non compensabile, in quanto non si vede quale differenza vi sia se il credito che l'imprenditore in crisi non riesce ad incassare è verso un soggetto pubblico o piuttosto nei confronti di un qualunque fornitore: la situazione di crisi derivante da un perdurante disallineamento tra costi e ricavi non cambia»*; S. BASTIANON, *op.cit.*

CAPITOLO III

I nuovi doveri organizzativi e l'intervento dell'organismo di composizione della crisi

Sommario: 3.1. Il nuovo 2086 c.c., tra doveri specifici... - 3.1.1. (Segue):...e insindacabilità della Business Judgment Rule - 3.2. L'ausilio dell'OCRI nella composizione della crisi

3.1) Il nuovo 2086 c.c., tra doveri specifici...

Tutto il sistema del codice è funzionale, sulla base anche delle indicazioni contenute nelle direttive europee, ad un contesto normativo in cui tutto è orientato alla conservazione del valore aziendale. Se questa è la logica che muove l'articolato, e i principi volti ad evitare quegli interventi solo liquidativi, l'entrata in vigore, differita al 16 maggio 2022 del codice della crisi (mentre è stato rinviato al 31 dicembre 2023 il Titolo II sulle misure di allerta) ha portato numerosi disagi in dottrina, analizzati nei paragrafi precedenti.

Il decreto legislativo del 2019 ha previsto una serie di norme di immediata applicazione che sono intervenute sul tessuto del Codice civile, cercando di rendere poi i vari interventi, nella fase fisiologica prima e poi patologica, coerenti.

Alcune di esse hanno ripristinato istituti che erano stati espunti dal punto di vista soggettivo, e soprattutto, mediante le modifiche apprestate è stato «*codificato il principio*

di responsabilizzazione dell'azione dell'imprenditore, imponendo oneri di diligenza nella predisposizione di misure atte a scongiurare la perdita di continuità aziendale»³⁴⁶.

In effetti anche prima della novella legislativa vi erano diversi istituti che si riferivano al dovere degli amministratori in relazione alla *corporate*:

- 1) il terzo comma dell'articolo 2381 c.c., ad esempio, indica che il consiglio di amministrazione deve valutare sulla base delle informazioni ricevute l'adeguatezza degli assetti organizzativi, propriamente elaborando e di conseguenza esaminando «*piani strategici, industriali e finanziari*» e infine disporrà una valutazione sul generale andamento della gestione. Quindi nell'articolo de quo vi era una spia di riferimento che già prima del codice della crisi indicava questo obbligo di costituzione di adeguati assetti organizzativi e di e vigilanza sugli stessi.
- 2) All'interno dello stesso articolo poi, il quinto comma prevede che gli organi delegati curino «*che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate*».
- 3) A proseguire l'articolo 2403 c.c., modificato dal D.lgs. 6/2003, definisce il perimetro dei doveri del collegio sindacale, avente dunque il compito di vigilare sull'osservanza delle norme, di legge e statutarie, sul rispetto del principio di corretta amministrazione (una delle cui estrinsecazioni è ravvisabile nell'articolo precedentemente citato) nonché sull'adeguatezza dell'assetto adottato dalla società e il suo concreto funzionamento³⁴⁷.

³⁴⁶ A. NICOLINI, *Per la maggioranza delle Srl diventa obbligatoria la nomina dell'organo di controllo*, da *Codice della Crisi di impresa – il correttivo*, in *Il Sole24 ore*, Milano, marzo 2021, p. 119.

³⁴⁷ V. DE SENSI, *Adeguati assetti e businnes judgment rule*, in *Diritto della Crisi*, 16 aprile 2021; lo stesso autore scrive che l'uso dell'avverbio «*particolare armonizza i due periodi, dando al secondo, quello relativo agli adeguati assetti appunto, un significato di specificazione e delimitazione del primo*»; «*la responsabilità dei sindaci è ricollegabile non solo al mancato svolgimento dei compiti di mero controllo*

- 4) È possibile infine affermare che nel Codice civile vi siano già obblighi di costituzione di assetti adeguati, portato applicativo del dover agire con la diligenza professionale: gli artt. 2392 c.c. per le SPA, e 2476 c.c. per le SRL statuiscono, infatti, che gli amministratori «*debbano adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze*» (avendo peraltro il dovere di rispettare il c.d. obbligo di agire informati)³⁴⁸.

Prima della novella legislativa, il dovere di adeguare gli assetti alla gestione di una impresa era già presente, ma rimesso alla sollecitazione di meccanismi basati sull'autonomia privata. Con il codice è declinata l'obbligazione incombente sugli organi amministrativi e quelli di controllo, quegli stessi organi che potevano prima essere dedotti sulla base del Codice civile³⁴⁹.

Una vera innovazione è che l'organo amministrativo, anche al di fuori del modello azionario, deve articolarsi al crescere della dimensione dell'impresa. E questo processo deve evolversi sulla falsariga dell'articolo 2381 c.c., che riserva all'organo con funzione di supervisione strategica (nella sua collegialità) compiti divisi nell'ambito operatività in continuità della gestione e vigilanza del controllo amministrativo. Quindi l'organizzazione interna può essere anticipata e allineata rispetto all'evolversi delle decisioni, guadagnandone in termini di tempestività ed efficienza (con controlli di natura *ex ante* ed *ex post*)³⁵⁰. Sostanzialmente tutte queste disposizioni impongono all'organo

*contabile e formale, ma altresì alla violazione del più generale dovere di controllo dell'amministrazione della società, stabilito dall'art. 2403 comma 1 cod. civ. e di vigilanza sull'osservanza della legge e dell'atto costitutivo, con attribuzione del correlativo potere dovere di procedere ad atti di ispezione e di chiedere agli amministratori tutte le notizie necessarie per una verifica sostanziale della rispondenza della rappresentazione formale degli atti di gestione al reale svolgimento di questa» da Cass., sez. I, 24 marzo 1999, n 2772, in *ilCaso.it* (ilcaso.it); Cass., sez. II, 10 luglio 2020, n. 14708, in *ilCaso.it* (ilcaso.it).*

³⁴⁸ Cass., sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441, in *ilCaso.it* (ilcaso.it); Cass., sez. II, 18 settembre 2020, n19556, in *ilCaso.it* (ilcaso.it).

³⁴⁹ V. DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, in *Diritto della Crisi*, 16 aprile 2021.

³⁵⁰ In relazione al controllo di natura *ex post* viene in rilievo il 2446 c.c. – rubricato «*Riduzione del capitale per perdite*» - tale per cui in caso di perdita del capitale di oltre un terzo è necessario che venga convocata senza indugio l'assemblea al fine di prendere i provvedimenti necessari.

amministrativo di valutare la prospettiva debitoria dell'impresa, della continuità aziendale.

Allo stesso tempo prevede, al quinto comma, che «*Gli organi delegati curano che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa e riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate*»: di conseguenza, da un lato, al Consiglio di Amministrazione è attribuito il compito di valutare l'adeguatezza degli assetti sulla base delle informazioni ricevute; mentre, dall'altro lato, il collegio sindacale (o in base al modello prescelto, il consiglio di sorveglianza o il comitato per il controllo sulla gestione) ha il compito di verificare (costantemente) la loro adeguatezza³⁵¹.

Le novità introdotte sono in vigore a partire dal marzo del 2019 («*il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale*») e si tratta in particolar modo di tre articoli modificativi del tessuto normativo del Codice civile:

- L'articolo 375 che ha modificato la rubrica dell'articolo 2086 c.c. – da «*Direzione e gerarchia dell'impresa*» a «*Gestione dell'impresa*» - introducendo anche un nuovo secondo comma destinato a trovare applicazione in relazione a tutte le imprese in forma societaria e collettiva³⁵²;
- l'articolo 377 riguardante invece la disciplina dell'amministrazione delle società di persone, della società per azioni e della società a responsabilità limitata³⁵³;
- l'articolo 378, il cui primo comma inserisce un nuovo sesto comma nell'articolo 2476 c.c.– rubricato «*Responsabilità degli amministratori e*

³⁵¹ A. PANIZZA, *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 11 agosto 2021 (www.appartners.it).

³⁵² N. ABRIANI, *Le modificazioni al Codice civile introdotte dal D.lgs. N. 14/2019*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, collana de *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019, p. 36; A. NICOLINI, *op.cit.*; B. INZITARI, *op.cit.*

³⁵³ N. ABRIANI, *op.cit.*, p. 36.

controllo dei soci» - disponendo l'azione di responsabilità dei creditori sociali nei confronti degli amministratori; mentre il secondo comma modifica e amplia la disciplina del 2486 c.c. - «Poteri degli amministratori» - per cui gli amministratori risulteranno «personalmente e solidalmente responsabili dei danni arrecati»³⁵⁴.

Nella lettera di accompagnamento degli schemi di decreti attuativi inviata al Ministro è specificato che *«nei principi generali sono enunciati non solo i diritti e gli obblighi del debitore in crisi o insolvente ma anche i doveri delle altre parti in causa, dei professionisti e delle autorità preposte. Si tratta in larga parte di clausole generali, come tali suscettibili di ampia applicazione e, soprattutto, destinate a fornire un'importante chiave interpretativa per tutte le ulteriori più specifiche disposizioni del Codice»³⁵⁵.*

Non solo rappresentano quindi il frutto di un lavoro ben orientato, ma anche l'attuazione di quanto disposto all'interno della legge delega n. 155/2017, il cui articolo 14 – rubricato «Modifiche al Codice civile – prevedeva (alla lettera b) *«il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché' di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»³⁵⁶.*

Le intenzioni del legislatore, indubbiamente, sono volte alla esigenza di coordinamento tra il precetto declinato dall'articolo 3 del C.C.I - «*Doveri del debitore»* - riguardante l'imprenditore individuale, ai sensi del primo comma, (*«l'imprenditore individuale debba adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte»*), e quanto indicato all'interno del secondo comma, nel quale vi è una espansione nei confronti dell'imprenditore che operi in forma collettiva, con un espresso rinvio all'articolo 2086 (modificato) del Codice civile, a cui è imposto il pregnante obbligo di costituire un

³⁵⁴ N. ABRIANI, *op.cit.*, p. 36.

³⁵⁵ Al fine di leggere il testo completo della lettera si veda *OsservatorioOci* (www.osservatorio-oci.org); E. CECCHERINI, *L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi: riflessioni sul riformato art. 2086 c.c.*, in *ilFallimentarista*, 18 ottobre 2019.

³⁵⁶ Si veda anche R. GUIDOTTI, *La governance delle società nel codice della crisi di impresa*, in *ilCaso.it*, 9 marzo 2019 (blog.ilcaso.it).

adeguato assetto³⁵⁷, volto alla rilevazione *in fieri* dello stato di crisi³⁵⁸; bisognerebbe quindi dire che la funzione dell'articolo 3 è quella di rendere esplicita la diretta correlazione che deve sussistere in merito all'adeguatezza degli assetti ai fini della rilevazione tempestiva della crisi

Tra queste norme quella che ha costituito il maggior interesse è l'articolo 375 del C.C.I., che ha introdotto il nuovo secondo comma del 2086 c.c. Le opinioni riguardo questa innovazione sono però divergenti. Secondo parte della giurisprudenza, positiva verso l'innovazione, «*il legislatore della riforma societaria ha quindi voluto sostituire il generico e problematico dovere di vigilanza sul generale andamento dell'attività con doveri ben specificati ed enucleati in termini di adeguatezza organizzativa, agire informato e rispetto dei principi di buona amministrazione*»³⁵⁹.

Il legislatore è quindi intervenuto su una norma che aveva una rubrica già ben definita, andando a render ancor più esplicito, quasi pletorico, ciò che sembra non una responsabilità *ex ante*, come deducibile da una prima lettura della norma, bensì un principio già insito nella natura dell'attività economica dell'imprenditore; secondo alcuni autori si tratterebbe più che altro di «*un dovere a contenuto generico, applicabile a qualsiasi imprenditore, ponendosi quindi come un principio transtipico*»³⁶⁰.

Il metodo economico, ovverosia agire e operare in maniera da ottenere il pareggio nel bilancio tra costi ed entrate, già richiede che siano attuati tutti gli atti preparatori indicati nel modificato articolo.

In ogni caso, al di fuori di qualsivoglia considerazione pratica, occorre analizzare più nello specifico la modifica apportata, dal punto di vista esegetico e non solo.

³⁵⁷ A. NICOLINI, *op.cit.*, p. 119; a ciò si lega anche quanto affermato dall'articolo 4 del C.C.I che prevede espressamente che «*L'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del Codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative*»; E. CECCHERINI, *op.cit.*

³⁵⁸ Anche in questo contesto nella lettera di accompagnamento è evidenziata la necessità dell'introduzione di siffatta impostazione normativa con la mira di incentivare l'imprenditore ad un duplice scopo, il primo antecedente all'altro, ossia la rilevazione tempestiva della crisi e la conseguente adozione di uno degli strumenti messi a disposizione nell'ordinamento.

³⁵⁹ Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Diritto24.ilsole24ore* (ntplusdiritto.ilsole24ore);

³⁶⁰ G. GENNARI, *La businnes judgment rule e la clausola dell'adeguatezza degli assetti organizzativi*, in *SalvisJuribus*, 17 ottobre 2020 (www.salvisjuribus.it).

L'articolo nel primo comma indica l'imprenditore come capo dell'impresa (*«l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori»*): la gestione e la gerarchia dell'impresa si identifica in capo ad esso.

Questa norma, contenuta nell'ambito del libro quinto del Codice civile, è stata poi vista come una norma di limitata applicazione, ma che ora viene rimessa al centro del diritto dell'impresa, come fonte di un dovere, individuato nel secondo comma, di disporre un adeguato assetto.

L'art. 375 riforma, infatti, il testo dell'articolo 2086, disponendo all'interno del nuovo secondo comma che: *«L'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale nonché' di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale»*³⁶¹.

L'ambito di applicazione risulta particolarmente ampio, con un riferimento a tutte le categorie di imprenditori collettivi e societari, non andando invece a circoscrivere ad un determinato tipo societario³⁶².

Allo stesso tempo però, stupisce l'assenza di riferimenti all'imprenditore individuale nel novero dei soggetti tenuti a disporre di un adeguato assetto organizzativo amministrativo e contabile laddove è evidente che egli è un soggetto che svolge un'attività economica, di dimensione però non rilevante: ma così escludendolo si rischia di far dimenticare l'esistenza di quegli imprenditori individuali che hanno assunto dimensioni rilevanti.

³⁶¹ Nuovamente secondo G. GENNARI *«Il nuovo art. 2086, comma II c.c. ha posto alla dottrina numerosi interrogativi che ruotano intorno alla clausola generale che postula la necessità per l'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva di dotarsi di assetti organizzativi che siano adeguati alla natura e alla dimensione dell'impresa»*, in *op. cit.*; R. GUIDOTTI, *op.cit.*; B. INZITARI, *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, *cit.*

³⁶² M. CIABATTONI, *Le modifiche apportate all'art 2086 del Codice Civile, una proposta di lettura critica in chiave aziendalistica*, in *Fallimenti e Società*, 2020, p. 7 (fallimentiesocieta.it).

Ci si interroga sulle ragioni di questa esclusione.

Anche all'interno della «Relazione al decreto legislativo recante modifiche al Codice civile» negli articoli 1-3 è fatta menzione della categoria generica dell'imprenditore, senza andare a specificare se si tratti di imprenditore individuale, o che operi in forma societaria o collettiva.

Tuttavia, nell'ultima formulazione dell'articolo in commento viene meno il riferimento all'imprenditore individuale, poiché il testo dell'attuale articolo 2086 parla di un dovere di adeguarsi da un punto di vista organizzativo ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi, rivolto però limitatamente a determinate figure imprenditoriali. Manca una vera ragione che giustifichi perché il riferimento venga meno.

Ciononostante, per l'imprenditore individuale vengono dettate alcune regole specifiche: in particolare l'articolo 3 C.C.I stabilisce che l'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente la situazione di crisi, assumendo senza indugio le iniziative per farvi fronte, ivi incluse quelle di cui agli articoli 12 e ss.

Ponendo l'attenzione sulla norma in sé, dalle prime battute si può dedurre il suo carattere pressoché universale, con estensione e possibilità di applicazione nei confronti di tutte le tipologie di società. Come precisato all'interno della lettera di accompagnamento, infatti, *«poiché tali obblighi sono stati previsti dalla legge delega per ogni tipo di impresa, individuale o collettiva, si è scelto di inserirli nel testo dell'art. 2086 (modificando opportunamente il titolo dell'articolo), con conseguenti richiami nel testo degli artt. 2257 (quanto alle società di persone), 2380-bis (quanto alle società per azioni) e 2475 (quanto alle società a responsabilità limitata). Di riflesso siffatta previsione risulterà applicabile anche nella disciplina delle cooperative»*.

Lo stesso comma stabilisce che questo dovere viene funzionalizzato anche alla tempestiva rilevazione della crisi nonché in funzione del monitoraggio, con il fine di evitare la perdita della continuità aziendale.

Viene evidenziato l'obiettivo primario del C.C.I. e del legislatore: cercare di mettere a disposizione delle imprese degli strumenti socialmente utili, legati alle dimensioni dell'impresa e agli interessi ad essi connessi, quali il livello occupazionale.

Proseguendo l'analisi della norma, dal punto di vista esegetico vi sono alcune sintagmi che meritano particolare attenzione:

- «Assetto adeguato»: punto centrale della norma e dell'interno nuovo Titolo VI, riverbero di quanto disposto anche all'interno del Titolo II negli articoli 12, 13 e 14; l'adeguatezza fa parte della struttura dell'impresa collettiva. Tutto questo deve essere proporzionato a dimensione e natura dell'impresa. Allo stesso tempo però non si deve eccedere in formalismi: occorre invero un'accezione più limitata, con l'attenzione rivolta a procedure e prassi operative interne che possano garantire la bontà e la *accuracy* del flusso informativo, per una ricostruzione dell'organigramma aziendale e di tutti i suoi contorni (*corporate governance*, ripartizione dei compiti tra controllati, con funzioni gestorie, e controllori). Il concetto degli adeguati assetti sarà ripreso e approfondito più avanti nella trattazione;

• «Rilevazione Tempestiva»: l'assunto di base è che *«la tempestività, in senso stretto, è l'idoneità dell'informazione di intercettare le esigenze temporali delle decisioni e quindi la sua qualificazione dipende dalle effettive esigenze di risolvere in maniera virtuosa il dato problema decisionale»*. L'enfasi posta sulla tempestività, sull'intervento *ex ante*, assurge a ponte di collegamento tra le norme gemelle analizzate, ovvero l'articolo 3 C.C.I e 2086 c.c., attesamente rivolte non solo alla rilevazione, ma chiaramente anche alla fase della reazione dell'imprenditore, individuale o collettivo che sia, cosicché si possano evitare situazioni allarmanti, o peggio irrimediabili³⁶³;

- «Senza indugio»: In capo agli amministratori ricade il dovere d'intervenire senza indugio non appena siano rilevati segnali premonitori di uno stato di crisi o insolvenza. In questo inciso è chiaro il cambio di rotta, poiché in passato l'imprenditore/l'amministratore su cui l'obbligo attivarsi per intervenire sulla condizione aziendale avveniva in presenza del *trigger event*, ma *«il suo operato, tuttavia, non era censurabile in sé, né per la mancata adozione di strumenti per*

³⁶³ N. ABRIANI, *op.cit.*, p. 40.

*il superamento della crisi e per il recupero della continuità aziendale, né per il dissesto dell'impresa stessa, ove non connesso alla violazione di obblighi facenti capo all'amministratore medesimo»³⁶⁴; con l'attenzione rivolta ad una fase *ex ante*, mutano anche i contorni delle responsabilità in cui potrebbero ricadere gli atti e la condotta tenuta dall'amministratore o dagli amministratori, suscettibile di ripercussione anche «*per la mera mancata attivazione*»³⁶⁵; l'importanza data alla reattività degli interventi è evidenza del fatto che il fattore temporale ha una importanza rilevante nel minimizzare quanto più possibile i danni.*

Terminato il breve *excursus* esegetico occorre ora soffermarsi concretamente sull'impatto del modificato articolo 2086 nell'ambito dell'universo di riferimento della normativa.

L'importanza data all'organizzazione aziendale assume quindi caratteri ben precisi tanto dal punto di vista oggettivo (la costituzione e le necessarie e continue modificazioni dell'organigramma aziendale) che soggettivo (il ruolo degli amministratori quali organi apicali, e degli altri soggetti come supporto e controllo dei primi).

Dal punto di vista oggettivo, bisogna chiedersi quali siano questi adeguati assetti amministrativi, organizzativi e contabili che devono essere costituiti.

L'attenzione deve essere posta alla creazione e allo sviluppo di un apparato aziendale, ovvero la «*dimensione formale del contesto interno dell'azienda, articolato in «aspetti strutturali e in meccanismi operativi»³⁶⁶*, che risulti rispettoso dei parametri imposti dalla normativa.

In precedenza, è stato sottolineato il carattere universale della norma, ora occorre porre l'attenzione su un ulteriore *proprium*, ovvero il suo carattere relativo, tale per cui qualsiasi decisione attinente all'organigramma aziendale deve essere parametrato «*alla natura e alle dimensioni dell'impresa*», chiaramente condizionato sulla base della

³⁶⁴ E. CECCHERINI, *op.cit.*

³⁶⁵ Nuovamente E. CECCHERINI, *op.cit.*

³⁶⁶ P. BASTIA, *op.cit.*

tipologia di attività svolta, l'articolazione della struttura e le sue dimensioni, l'apporto finanziario garantito³⁶⁷.

Il lavoro del CDA non può essere limitato peraltro ad un mero vaglio generale delle caratteristiche dell'azienda, ma, al contrario, deve essere curato in ogni dettaglio:

- Organizzazione, con la predisposizione di un «sistema organizzativo adeguato in ogni area dell'attività aziendale»³⁶⁸;
- Ruolo dell'informazione e dei controlli;
- Rischi assunti e prospettive di continuità;
- Individuazione degli interessi (interni ed esterni all'impresa) sulla cui base deve costituirsi l'assetto.

Vi è anche una definizione precisa data dal CNDCEC per l'adeguatezza dell'organigramma, definendolo tale quando risulti in grado di «*di assicurare lo svolgimento – in maniera efficiente ed efficace – delle funzioni aziendali*»³⁶⁹.

Il carattere organizzativo degli assetti andrebbe analizzato peraltro sulla base di due aspetti ben distinti, ossia la struttura morfologica e la funzionalità.

La prima riguarda sostanzialmente il disegno strutturale su cui deve basarsi l'intera impresa, con attenzione rivolta all'architettura generale delle competenze e dei principali processi interni («*macrostruttura organizzativa*»), e allo stesso tempo con un occhio di riguardo agli aspetti più dettagliati delle stesse («*microstruttura organizzativa*»); l'impegno deve essere poi rivolto alla redazione di una chiara normativa interna e di un regolamento, nella quale vengano specificate tutte le *policies* aziendali, le *rules* e tutte le dinamiche procedurali e procedurali che dovranno essere rispettate dagli organi e dai membri componenti l'impresa³⁷⁰.

³⁶⁷ «*Gli assetti organizzativi devono essere taylor made, adeguati alle caratteristiche dell'impresa e alle sue dimensioni, coerenti con il modello di business ma anche rispettosi dell'imprescindibile valutazione del rapporto costi/benefici*» da R. RANALLI, in *op.cit.*; N. ABRIANI, *op.cit.*; A. NICOLINI, *op.cit.*, p. 119.

³⁶⁸ N. ABRIANI, *op.cit.*

³⁶⁹ CNDCEC, *Attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo. Guida operativa*, maggio 2015, p. 3; M. Ciabattoni, *op.cit.*, p. 10.

³⁷⁰ P. BASTIA, *op.cit.*; secondo R. RANALLI, in *op.cit.*, gli adeguati assetti si basano su precisi presidi che siano in grado di assicurare l'adeguatezza del flusso informativo fondandosi su: un pilastro è quello «*di*

La seconda, come si deduce dalla nomenclatura, riguarda gli aspetti tecnico-funzionali necessari per il collegamento informativo tra i vari rami.

In particolare, vengono in rilievo i vari sistemi che devono congiuntamente esistere per un corretto flusso informativo, dato dall'esistenza del sistema dei controlli interni e dei loro meccanismi di funzionamento:

- sistemi di pianificazione strategica e di controllo manageriale;
- sistema di reporting manageriale (per l'alta e media direzione);
- sistemi dei controlli operativi, informatizzati, automatici, manuali.

Il tutto assume maggiore rilevanza in relazione a contesto aziendali complessi, perdendone invece (chiaramente) con riguardo a contesti minori, come ad esempio le realtà imprenditoriali individuali, non andando però a giustificare l'assenza di un riferimento alle stesse nel testo normativo del nuovo 2086.

Questo dal punto di vista organizzativo; cosa dire riguardo all'assetto amministrativo-contabile? Si ritiene che possa essere letto congiuntamente con l'aspetto precedentemente analizzato, poiché *«emerge con sufficiente chiarezza la forte correlazione tra concetto di assetto organizzativo e concetto di assetto amministrativo-contabile, fino al punto di considerarli come un unicum rappresentato da disposizioni, procedure e prassi operative in grado di garantire che la gestione aziendale si sviluppi nel rispetto delle condizioni di equilibrio generale e di quanto previsto da leggi, regolamenti e disposizioni statutarie»*³⁷¹.

una corretta strutturazione e di un appropriato collocamento delle funzioni aziendali, il che presuppone che siano definite con chiarezza la missione e la responsibility delle singole funzioni, nel rispetto del principio della separazione»; un altro è invece quello procedurale, con una «definizione di un insieme di procedure e di regole interne atte, tra l'altro, a raccogliere le informazioni disponibili individuando il loro impiego e assicurando la loro affidabilità»; infine il pilastro riguardante gli strumenti informatici, presupposto necessario del requisito della data quality.

³⁷¹ A. PANIZZA, *op.cit.*

Per amor di precisione, occorre definire concretamente cosa siano, *in primis*, gli assetti amministrativi, ed *in secundis*, quelli contabili: il primo termine è riferibile agli strumenti e ai sistemi di pianificazione e controllo, che permettono «*che permettono ex ante di disporre di indicatori indispensabili a comprendere la prevedibile evoluzione della situazione aziendale, le variabili rilevanti e le leve a disposizione del management, nonché di monitorare ex post, anche sulla base degli elementi forniti dal sottosistema contabile, gli scostamenti tra previsioni e risultati consuntivati*»³⁷²; il secondo invece ha una caratterizzazione ampia, nella quale deve essere indubbiamente considerato il bilancio (ovverosia il documento contabile che rappresenta la situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società, nonché il risultato dell'esercizio al termine dello stesso), o meglio la contabilità generale, elemento fondante sul quale basarsi, al pari dei dati attinenti all'assetto organizzativo e ai piani di impresa, per monitorare e prevedere l'andamento della *performance* aziendale; allo stesso tempo negli assetti contabili così definiti vi è il bisogno di includere «*tutte le procedure di verifica dei risultati consuntivi che, definiti gli indicatori di analisi delle performance aziendali calcolabili in base ai dati contabili, assicurano la loro periodica determinazione ed inclusione nei report che vengono sottoposti alla attenzione dei soggetti responsabili della gestione aziendale*»³⁷³.

Dal punto di vista soggettivo invece, *in primis* si potrebbe considerare il cambio di impostazione dato dal Codice di *Corporate Governance*, approvato nel gennaio 2020, al cui interno sono indicati principi, per una corretta *governance* e raccomandazioni, indicanti i comportamenti da rispettare.

A tale riguardo, rilevante è l'articolo 6 – rubricato «*Sistema di controllo interno e di gestione dei rischi*» - il quale afferma un chiaro e preciso principio di base, ovvero che l'organizzazione aziendale, basata su un sistema di controllo interno e gestione dei rischi, deve essere finalizzata «*ad una effettiva ed efficace identificazione, misurazione, gestione*

³⁷² Spiegazione data dalla Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale (SIDREA), Gruppo di Studio Diagnosi precoce e crisi di impresa, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, marzo 2021, p. 9 (www.sidrea.it).

³⁷³ Nuovamente la spiegazione della SIDREA in *op.cit.*, pp. 10-11.

e monitoraggio dei principali rischi, al fine di contribuire al successo sostenibile della società»³⁷⁴.

Il concetto di successo sostenibile si lega peraltro a quanto indicato all'interno dell'articolo 1 («Ruolo dell'organo di amministrazione»), il quale pone come obiettivo alla base dell'agire del CDA, sostanziandosi «nella creazione di valore nel lungo termine a beneficio degli azionisti, tenendo conto degli interessi degli altri stakeholder rilevanti per la società»³⁷⁵.

Basandosi sulla classica bipartizione dei doveri tra organo con funzione di supervisione strategica e organo di controllo «agli amministratori, quali soggetti apicali della società, competono prerogative e responsabilità di valutazione dei fabbisogni, di progettazione e di realizzazione degli “assetti organizzativi”, mentre il collegio sindacale dovrà vigilare sull'effettività e sull'efficacia di questi impegni, nonché proprio sull'adeguatezza, conformemente al dettato dell'art. 2403 c.c.»³⁷⁶.

L'onere del controllo aziendale non ricade esclusivamente sui suddetti organi, poiché sono da considerarsi anche altri attori nel palcoscenico societario: in particolare nell'ambito delle c.d. funzioni di controllo interno (*internal audit e risk management*) sono collocati gli organi con funzioni di controllo specialistico di secondo e terzo livello, ovvero *internal auditor, risk manager, compliance manager, controller*; senza dimenticare il management operativo responsabile o di primo livello, definito anche come controllo di linea, basato su un preciso schema gerarchico il cui compito è quello di verificare, valutare, indagare ed infine riportare (costantemente) quanto scoperto e compreso in relazione ai rischi derivanti dall'ordinaria attività imprenditoriale svolta³⁷⁷.

³⁷⁴ Codice di *Corporate Governance* articolo 6, primo comma V. DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, cit.; inoltre S. DE MATTEIS precisa «che il diritto italiano, il diritto tedesco e il diritto francese sono orientati secondo la medesima regola di fondo, per la quale è dovere degli amministratori denunciare tempestivamente l'insolvenza della società al fine di limitare al massimo la persistenza della stessa sul mercato, una volta manifestatasi la necessità di procedere alla sua liquidazione concorsuale», da *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit, pp. 199-200.

³⁷⁵ R. TAVERNA, *Arriva per le imprese il dovere del “successo sostenibile”*, in *ItaliaCircolare*, 31 marzo 2020 (www.italiacircolare.it).

³⁷⁶ P. BASTIA, *op.cit.*

³⁷⁷ G. LEONARDI, *Le funzioni di controllo nel SCI*, in *Portale231* (www.portale231.com); P. BASTIA, *op.cit.*; tale ultimo autore spiega inoltre come in relazione alle funzioni di controllo interno «si

Su questo sfondo andrebbe collocato il primo interrogativo, ovvero se quelli degli amministratori sia una obbligazione di mezzo o di risultato. È un dovere che trova una sua collocazione già nell'ambito del diritto societario della riforma introdotta nel 2003, con il D.lgs. n. 6³⁷⁸, nel 2381 («*Presidente, comitato esecutivo e amministratori delegati*» - analizzato precedentemente), e nel 2403 («*Doveri del collegio sindacale*»), espressione del generico obbligo di gestione dell'impresa e della conseguente necessità del flusso informativo. L'obbligo di assetto adeguato si sostanzia come espressione del più generale obbligo di corretto esercizio dei poteri di amministrazione, ponendo in essere «*un'evoluzione ulteriore sul piano finalistico, in quanto al dovere di adottare adeguati assetti organizzativi viene attribuito uno scopo ben preciso, non presente nella precedente normativa: quello di consentire di "rilevare tempestivamente la crisi e la perdita di continuità e di attivare tempestivi interventi per adottare gli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità"*»³⁷⁹. Si tratta quindi di un'obbligazione di risultato.

Tutto ciò è regolato nell'ambito della disciplina della responsabilità degli amministratori, e nel più ampio e dibattuto tema della *business judgment rule* (la cui

tratta invero della cosiddetta tecnostruttura, a cui sono demandati servizi di alto profilo a supporto della corretta amministrazione aziendale e quindi più specificatamente all'adeguatezza degli assetti amministrativi. Tali ruoli sono essenzialmente deputati al coordinamento interno e ai sistemi di controllo e di analisi dei rischi. L'impianto regolamentare, procedurale, informativo interno, di risk assessment e di attuazione di controlli di secondo e di terzo livello che compete alla tecnostruttura, costituisce un decisivo presidio per l'adeguatezza degli assetti amministrativi per la correttezza e la mitigazione dei rischi nei diversi processi operativi dell'impresa».

³⁷⁸ D. LAMANNA DI SALVO, *La nuova S.R.L alla luce della riforma del diritto societario*, in *Diritto.it*, 14 ottobre 2004 (www.diritto.it); nella Relazione al D.lgs. n. 6/2003 è precisato che «*L'ampia circolazione delle informazioni sulla gestione, con particolare trasparenza sulle operazioni relativamente alle quali gli amministratori possano, anche per conto terzi, avere un interesse, tende da un lato a rendere efficaci ed utili le riunioni e le deliberazioni del consiglio (che può impartire direttive agli organi delegati e avocare a sé operazioni rientranti nella delega: art. 2381, terzo comma) e, d'altro lato, a definire un'articolazione interna del consiglio e del suo funzionamento in cui i rispettivi poteri e doveri del consiglio e degli organi delegati siano delineati con precisione, in modo che anche le rispettive responsabilità possano essere rigorosamente definite*».

³⁷⁹ P. BASTIA, *op.cit.*

applicazione sarà trattata nel paragrafo successivo). All'interno del diritto societario è oggetto di discussione la portata applicativa di questo costrutto, «*nel tentativo di cristallizzare un principio utile a temperare due interessi differenti e cioè quello di non scoraggiare l'assunzione da parte degli amministratori di atteggiamenti eccessivamente avversi al rischio e quello di fornire una adeguata tutela ai soggetti che risultassero ex post "ingiustamente" danneggiati dalle decisioni assunte dall'organo amministrativo*»³⁸⁰, sulla base di un sindacato limitato alla valutazione dell'irragionevolezza manifesta delle decisioni.

Il secondo interrogativo che merita di essere considerato è se l'espressa previsione della disposizione di assetti adeguati e in forma prospettica, di avere capacità di sostenere i propri debiti, sia in grado di incidere sulla causalità stessa dei codici, in termini di rilevazione degli interessi verso cui va indirizzata l'attività, quindi se verso l'interesse interno dei soci o anche dell'intero sistema economico finanziario su cui si basa la stessa impresa. È quindi tale interesse sociale il motore delle regole di condotta imposte, ovvero la creazione e il continuo miglioramento dell'*asset* societario, volti alla tutela degli interessi dell'impresa, coinvolti direttamente o indirettamente, nonché interni o esterni ad essa: quello dei soci, per la massimizzazione dell'apporto, ovvero dei creditori, valutandolo non più come un limite esterno negativo che porta ad un rallentamento delle scelte strategiche, ma un propulsore interno positivo.

Una prima conclusione è che l'adeguatezza degli assetti sia indirizzata a tutela dei creditori in via mediata, come opportunità per l'imprenditore piuttosto che in termini di doverosità per lo stesso.

Un'opportunità che può consentire di intercettare le difficoltà *nella Twilight zone*, quindi una tutela degli interessi dei creditori mediata, realizzata mediante questa intercettazione in chiave anticipata. In pratica la rilevanza dell'interesse dei creditori non è tale da spostare l'asse di gestione in capo a loro.

Il controllo rimane in capo a soggetti individuati dall'imprenditore, quindi i soggetti coinvolti nella *governance* devono mantenere queste opportunità e su di essa devono

³⁸⁰ M. ASCIONE, *Business judgment rule e assetti organizzativi*, in *Cammino Diritto*, 17 novembre 2020 (rivista.camminodiritto.it).

confrontarsi, senza snaturare in alcun modo i doveri che fanno capo ai vari e diversificati organi, amministrativi e di controllo che siano.

Dal punto di vista soggettivo, quindi, l'assunto di base, antecedente rispetto alle modifiche apportate dal codice - ovverosia che sono gli amministratori a dover compiere le scelte gestorie necessarie in merito all'adeguatezza degli assetti - permane al centro della normativa, disponendo per essi una serie di comportamenti da dover rispettare, la cui rilevanza influisce peraltro sul tema della responsabilità.

Anche il regime sanzionatorio contro il comportamento dannoso degli amministratori è stato oggetto di intervento, come anticipato è stato modificato l'articolo 2476 c.c. («*Responsabilità degli amministratori e controllo dei soci*»), introducendo un nuovo sesto comma secondo cui «*gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale*»³⁸¹. Si tratta però di un intervento *ex post*, assunto dell'azione "classica" di responsabilità nei confronti degli amministratori che avrebbero proseguito indebitamente l'attività, nascondendo le perdite e con una conseguente erosione del capitale sociale.

Ad oggi è possibile esperire un'azione di responsabilità nel caso in cui gli amministratori non abbiano rispettato gli obblighi organizzativi e di intervento sulla base dell'articolo 2086 c.c., non andando esclusivamente a verificare se gli amministratori abbiano adempiuto agli obblighi legati al 2476 c.c., ma anche che siano stati predisposti adeguati sistemi per controllare la stabilità e la continuità aziendale³⁸².

Tali azioni di responsabilità si basano e si baseranno, quindi: sulla costituzione degli adeguati assetti organizzativi che gli amministratori, con l'ausilio e il controllo degli altri organi dovranno disporre, nonché su cosa sia stato fatto per il monitoraggio e la continuità aziendale, e che tipo di qualità informativa sia assicurata all'interno della gestione societaria. Quanto appena detto risulta poi singolare, poiché si riscontra il confine, labile, tra l'azione di responsabilità degli amministratori basata su sindacato (limitato) alla

³⁸¹ Comma inserito dall'articolo 378 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

³⁸² Nel primo caso (2476 c.c.) si è in presenza di prosecuzione illecita per aver nascosto le perdite, nel secondo caso la forma di prosecuzione dell'attività è illegittima, per non aver disposto gli adeguati assetti organizzativi, imposti dal legislatore per valutare la capacità della società di automantenersi sul mercato; Quindi l'organizzazione interna può essere anticipata e allineata rispetto all'evolversi delle decisioni, guadagnandone in termini di tempestività ed efficienza (*Ex ante* ed *ex post*).

valutazione dell'irragionevolezza manifesta delle decisioni e l'applicazione concreta della *business judgment rule*, riguardante invece l'insindacabilità delle scelte gestorie compiute dagli stessi (di cui si tratterà più avanti).

L'attenzione è qui rivolta all'azione nei confronti degli amministratori causata dalla loro *mala gestio*³⁸³.

Si può inoltre comprendere la labilità del confine tra responsabilità degli amministratori e insindacabilità delle scelte sulla base di alcune importanti pronunce recenti. Sul tema della responsabilità degli amministratori si è espresso il tribunale di Milano, sezione specializzata in materia di impresa, con una decisione del 21 ottobre 2019 (presieduto dal presidente E. Riva Crugnola), secondo cui le condotte degli amministratori che non risultino in linea con i doveri gestori imposti dal nuovo secondo comma dell'articolo 2086 C.C.I sono riconoscibili come una grave irregolarità, passibile di denuncia al tribunale sulla base dell'iniziativa dei sindaci *ex art 2409 c.c.*³⁸⁴

Nello specifico di particolare rilievo è l'accusa mossa nei confronti degli amministratori riguardante «*inadempienze e atteggiamenti omissivi od inerti in ambito organizzativo gestionale*», e la condotta degli amministratori è tale «*che si risolve nella negazione dell'obbligo di verificare puntualmente la sostenibilità dell'impresa sociale nella sua prospettiva complessiva e non solo corrente nonché dell'obbligo di attivare al più presto i necessari rimedi, risulta quindi ad avviso del Tribunale configurabile quale grave irregolarità, palesemente foriera di pregiudizio*»³⁸⁵.

³⁸³ Premessa generale riguarda la divisione dei doveri spettanti in capo agli amministratori, tra generali e speciali: generali sono la diligenza e lealtà nella gestione della società, si richiede chiaramente che gli amministratori adempiano nel loro lavoro con la «*diligenza richiesta dalla natura dell'incarico*» (Cass., sez. I, 09 novembre 2020, n. 25056) nonché sulla base delle loro specifiche competenze³⁸³; mentre i doveri speciali sono legati a norme o statuto, e la loro violazione è alla base dell'azione di responsabilità

³⁸⁴ Per il testo integrale della decisione del Tribunale di Milano si veda www.2086.it; il 2409 c.c. dispone che «*Se vi è fondato sospetto che gli amministratori, in violazione dei loro doveri, abbiano compiuto gravi irregolarità nella gestione che possono arrecare danno alla società o a una o più società controllate, i soci che rappresentano il decimo del capitale sociale o, nelle società che fanno ricorso al mercato del capitale di rischio, il ventesimo del capitale sociale possono denunciare i fatti al tribunale con ricorso notificato anche alla società. Lo statuto può prevedere percentuali minori di partecipazione*».

³⁸⁵ Trib. Milano, 21 ottobre 2019; I. CAPELLI, *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, ne *il Nuovo Commercialista*, settembre 2019 (www.ilnuovocommercialista.it).

L'ampliamento dei doveri data dalla nuova normativa ha condotto ad una estensione nell'applicazione della denuncia *ex* 2409 c.c., la cui finalità è quella di «*consentire all'autorità giudiziaria il ripristino della legalità e della regolarità della gestione della società*», un vaglio limitato sempre a questi motivi, non potendo invece essere esteso alla convenienza e alla opportunità delle scelte gestorie³⁸⁶. Proprio la considerazione dell'implementazione degli assetti adeguati costituisce quindi uno strumento di allerta e rende legittimo chiedersi se lo stesso dovere di istituirli non possa essere fonte di responsabilità. La risposta è pressoché servita, poiché la mancata istituzione e la mancata vigilanza sono indubbiamente gravi irregolarità, che consistono nella violazione di un atto di organizzazione, divenendo strumento di *governance*, consentendo una reazione in caso di inadeguatezza dell'organo amministrativo sia cogliere i segnali della crisi che cogliere l'inadeguatezza degli assetti organizzativi.

Come si scoprono le violazioni di cui al 2086 c.c. e per la denuncia *ex* art 2409 c.c.? Da documenti specifici, come i verbali del collegio sindacale, oppure dalla relazione sulla gestione legata al bilancio, oppure dalle scritture contabili obbligatorie (libro mastro per poter risalire all'attività svolta e libro giornale e libro degli inventari) ma soprattutto dalle movimentazioni finanziarie.

Nella nuova ottica della *action for liability* si valuta l'esistenza di adeguati assetti organizzativi, e di un flusso corretto di informazioni necessario per valutare la capacità dell'impresa in ottica prospettica.

Tutto questo consente di spostare l'asse temporale di questi doveri sull'assetto dinamicamente prognostico in funzione di quella che possiamo definire come funzione dinamica nel caso di applicazione dell'articolo 3, disponendo al primo comma che sia l'imprenditore individuale a adottare quelle misure che consentano tale rilevazione, mentre al secondo, che sia dovere degli organi sociali, in applicazione dell'articolo 2086, effettuare le medesime considerazioni. Quindi più che innovare, stravolgendo completamente l'impostazione antecedente, vi è semplicemente una modifica del contenuto, a vantaggio dell'idea della prognosi

³⁸⁶ Trib. Bologna, 19 maggio 2021, in *ilCaso.it* (www.ilcaso.it).

3.1.1) (Segue):...e insindacabilità della Business Judgment Rule

Tra le novità più rilevanti apportate dal Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza risaltano quelle riguardanti le modifiche apportate all'interno Codice civile, attinenti alla strutturazione aziendale e all'imposizione di "nuovi" doveri in capo all'imprenditore che operi in forma societaria o collettiva. In precedenza, sono state analizzate proprio quelle modifiche riguardanti la costituzione di un assetto amministrativo, organizzativo e contabile, che risulti adeguato e le ipotesi di azione di responsabilità che possono essere avanzate nei confronti dei soggetti titolari di suddetti doveri organizzativi.

A questo punto ci si chiede se si possano considerare tali innovazioni "organizzative" come una nuova ed ulteriore estrinsecazione della regola statunitense della *Business Judgment Rule* (BJR)³⁸⁷, la cui applicazione prevede una presunzione di insindacabilità in merito alle scelte gestorie compiute dagli amministratori, sottraendole al sindacato giudiziale, e al contrario, punendo quelle manifestamente irrazionali e dannose³⁸⁸.

Si tratta della non applicazione della disciplina di cui all'articolo 2392 c.c., («Responsabilità verso la società») - che impone agli amministratori di agire rispettando

³⁸⁷ Secondo A. HAYES «*The business judgment rule helps to guard a corporation's board of directors (B of D) against frivolous legal allegations about the way it conducts business. A legal staple in common law countries, the rule states that boards are presumed to act in "good faith"—that is, within the fiduciary standards of loyalty, prudence, and care directors owe to stakeholders. Absent evidence that the board has blatantly violated some rule of conduct, the courts will not review or question its decisions*», da *Business Judgment Rule*, in *Investopedia*, 25 marzo 2021 (www.investopedia.com).

³⁸⁸ S.DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, cit., p. 208; anche P. BASTIA, in *op.cit.* afferma che «*Appare quindi opportuno verificare quale possibile nuova configurazione possano assumere i doveri di condotta degli organi societari rispetto alla prevenzione della crisi e quale rilevanza possa essere riconosciuta al principio della business judgment rule in rapporto alle scelte inerenti gli adeguati assetti organizzativi finalizzati alla valutazione tempestiva di evidenze di crisi*»; Cass. Civ., sez. I, 4 luglio 2018, n. 17494; Cass., sez. I, 22 Giugno 2017, n. 15470.

quei doveri, generali (lealtà e diligenza nell'adempimento del rispettivo incarico) e speciali (legge e statuto) - «*per aver posto in essere scelte imprenditoriali, che poi si siano rivelate inopportune dal punto di vista economico, atteso che la valutazione preventiva sulla opportunità delle scelte attiene alla discrezionalità imprenditoriale*»³⁸⁹, potendo quindi, tali scelte, essere considerate solo come causa di revoca dall'incarico, e non come fonte di responsabilità contrattuale³⁹⁰; tale articolo si pone inoltre come punto di riferimento per parametrare la diligenza, pretesa e basata sulla «*natura dell'incarico e sulle loro specifiche competenze*».

Per essere più precisi, al fine dell'operatività della BJR è necessario che tali decisioni ed operazioni vengano poste in essere «*secondo i principi di corretta gestione societaria e, esemplificando, quando gli atti di gestione (i) sono conformi alla legge e allo statuto sociale, (ii) non sono contaminati da situazioni di conflitto di interesse dei gestori, (iii) sono assunti all'esito di un procedimento di assunzione di informazioni propedeutiche alla decisione gestoria adeguato all'incidenza sul patrimonio dell'impresa e (iv) sono razionalmente coerenti con le informazioni e le aspettative di risultato emerse dal procedimento istruttorio*»³⁹¹.

Si tratta di *fiduciary standards* che includono al loro interno la *duty of care*, declinazione del nostrano obbligo di agire informati, e la *duty of loyalty*, tale per cui gli interessi egoistici e personali degli amministratori non devono mai prevalere su quelli della società, anche questa espressione di un principio ben radicato nel nostro ordinamento, ovverosia di non agire mossi da un conflitto di interessi³⁹².

³⁸⁹ F. CASSANO, *Il principio della "business judgment rule" vale anche per le scelte organizzative degli amministratori?*, in *ilSole24ore*, 15 giugno 2020.

³⁹⁰ Secondo la massima della Cass., sez. I, 12 febbraio 2013 n. 3409: «*All'amministratore di una società non può essere imputato a titolo di responsabilità di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico. Una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società*».

³⁹¹ Trib. Torino, 29 settembre 2020, n. 3399 in *DeJure*; S. ALVARO - E. CAPPARIELLO - V. GENTILE - E.R. IANNACCONE - G. MOLLO - S. NOCELLA - M. VENTORUZZO, *Business judgement rule e mercati finanziari*, in *Dirittobancario.it*, 11 novembre 2016.

³⁹² A. HAYES, *op.cit.*; V. DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, *cit.*

Il principio alla base di questa regola è tale che il *board of directors* dovrebbe essere autorizzato a prendere importanti decisioni strategiche senza il timore di essere perseguito dagli azionisti contrari, che potrebbero dunque obiettare. La *rule* presuppone che sia irragionevole aspettarsi che i dirigenti prendano sempre decisioni ottimali, poiché la stessa attività di impresa è per sua natura caratterizzata da rischi, proporzionali o meno rispetto ai guadagni prospettati. Quindi finché un tribunale o un giudice crede che gli amministratori stiano agendo razionalmente (nel senso di non manifesta negligenza o sconsideratezza) e in buona fede, non prenderà provvedimenti contro di loro (sempre nell'ottica dell'opportunità – dal punto di vista economico – delle scelte fatte)³⁹³.

Al momento quindi della valutazione della condotta posta in essere dall'organo programmatore occorrerà porre l'attenzione esclusivamente sulla diligenza tenuta dallo stesso nel porre in essere tali decisioni, non potendo essere il *focus* la convenienza o l'economicità delle stesse; allo stesso tempo però la BJR non può in alcun modo legittimare operazioni manifestamente incaute e prive di qualunque giustificazione dal punto di vista della diligenza richiesta, potendo essere invece fonte di responsabilità la lampante negligenza, o la superficialità e la sconsideratezza, mostrate nell'adempimento della loro funzione strategica³⁹⁴.

Concludendo, alla discrezionalità nelle scelte attinenti all'organizzazione aziendale riconosciute al CDA bisogna porre due precise limitazioni date dalla ragionevolezza delle decisioni assunte e dalla loro legittimità, potendo tali scelte essere sindacate dal punto di vista del processo decisionale sotteso ad esse, nonché in ragione della «*coerenza della scelta rispetto alle relative premesse assunte in fase istruttoria*»³⁹⁵.

Il problema principale però, legato alla *rule* ora analizzata riguarda proprio il perimetro del campo di applicazione, invero caratterizzato da profonda discrezionalità, ma che allo stesso tempo necessita di precise limitazioni, per non finire con l'essere uno strumento di mero abuso da parte degli organi per la quale è stata creata.

La domanda da porsi al riguardo è se l'adozione di adeguati assetti ex art 2086 c.c., nuovo secondo comma, sia da ricondurre nell'alveo dei doveri a contenuto specifico

³⁹³ A. HAYES, *op.cit.*

³⁹⁴ M. P. FERRARI, *Business Judgement Rule: la responsabilità degli amministratori secondo la giurisprudenza*, ne *il Quotidiano Giuridico*, 4 marzo 2021.

³⁹⁵ V. DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, *cit.*

imposti al CDA, e come tale sussumibile sotto l'articolo 2392 c.c., oppure al contrario debba essere valutato come estensione del dovere più generale ma pur sempre legato all'esercizio del potere gestorio, con conseguente applicabilità della BJR³⁹⁶.

Parte della dottrina (in un certo senso quella più rigida) si esprime in senso negativo, andando ad escludere le scelte organizzative della disposizione sopracitata dalla *rule* statunitense, ponendo come criterio giustificativo di tale considerazione il criterio di giudizio della scienza aziendalistica, ponendosi come discrimine tra scelte corrette e non corrette, e fondando su queste ultime la fonte di responsabilità. Quindi da un lato vi sarebbero le scelte imprenditoriali – sottoposte alla BJR – e, dall'altro, quelle organizzative, frutto invece di doveri specifici e come tali ricompresi nei casi *ex art* 2392 c.c.³⁹⁷

In realtà il risultato dell'analisi dottrinale non si pone verso alcuno dei due poli, bensì *«se da un lato è condivisibile, per come già evidenziato, che il dovere di adottare adeguati assetti sia una specificazione del generale dovere di corretta amministrazione, tuttavia non sembra che questo dovere abbia un contenuto specifico»*³⁹⁸.

Anche la giurisprudenza si è legata a tale considerazione. Di recente si è espresso sull'argomento il Tribunale di Roma, con l'ordinanza dell'8 aprile 2020, in un procedimento cautelare attinente al sequestro conservativo dei beni degli amministratori di una società a responsabilità limitata in liquidazione; tale società conveniva questi per atti di *mala gestio*, che a detta dei ricorrenti, avrebbero causato ingenti danni patrimoniali alla società, causando il depauperamento del patrimonio.

Ebbene all'interno di tale giudizio ci si sofferma sulla distinzione degli obblighi posti in capo agli amministratori, tale per cui *«occorre distinguere tra obblighi gravanti*

³⁹⁶ *«La responsabilità ipotizzata dall'art. 2392 c.c. discende infatti unicamente dalla violazione di obblighi giuridici, gravanti sui gestori del patrimonio sociale, cui non potrebbe invece essere mai imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico: giacché una valutazione di tal fatta atterrebbe alla sfera dell'opportunità, e dunque della discrezionalità amministrativa, e potrebbe semmai solo rilevare come giusta causa di revoca dell'amministratore dalla carica, e non già come fonte di responsabilità contrattuale dello stesso verso la società»* da Cass., sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652 (online.scuola.zanichelli.it).

³⁹⁷ R. FORMISANI, *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *Rivista di Diritto societario*, febbraio 2018.

³⁹⁸ V. DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, *cit.*

sugli amministratori che hanno un contenuto specifico e già determinato dalla legge o dall'atto costitutivo - tra i quali rientra quello di rispettare le norme interne di organizzazione relative alla formazione e alla manifestazione della volontà della società, - e obblighi definiti attraverso il ricorso a clausole generali, quali l'obbligo di amministrare con diligenza e quello di amministrare senza conflitto di interessi»³⁹⁹.

In conseguenza di ciò si potrà agire nei confronti degli amministratori per le scelte compiute in maniera differente, poiché solo nel caso in cui si sia in presenza di violazione di doveri specifici sarà ammessa l'azione di responsabilità, sussistendo esclusione della stessa solo nel caso *ex art 1218 c.c.* (riguardante la più generica responsabilità del debitore, e a cui non si potrà imputare il risarcimento del danno nel momento in cui provi che l'inadempimento o il ritardo nella prestazione è stato determinato da «*impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile*»); al contrario, nel caso in cui si sia in presenza del generale dovere di agire con diligenza, allora «*la diligente attività dell'amministratore è sufficiente ad escludere direttamente l'inadempimento, a prescindere dall'esito della scelta*»⁴⁰⁰.

La conclusione dovrebbe essere quindi quella di ricondurre l'adozione degli adeguati assetti nell'alveo dei doveri (poiché imposti da una normativa) a contenuto generico imposti agli amministratori.

Questa valutazione è avallata da varie argomentazioni di peso rilevante; ad esempio, la formulazione degli articoli 2086 c.c. e 2381 c.c. nella quale spicca l'utilizzo dell'aggettivo «*adeguato*», mostrante uno dei *proprium* della nuova impostazione, ovvero sia il carattere relativo degli assetti, che dovranno risultare (appunto) adeguati sulla base della natura e delle caratteristiche dell'attività svolta⁴⁰¹.

³⁹⁹ Al fine di sfogliare il testo integrale dell'ordinanza *de qua* si veda *busignani.net* (busignani.net); peraltro l'indicazione delle clausole generali corrisponde alla *duty of care* e alla *duty of loyalty* espressa a livello continentale nella *business judgment rule*.

⁴⁰⁰ Trib. Roma, 08 aprile 2020; M. P. FERRARI, in *op.cit.* chiarisce ulteriormente che in relazione ad obblighi a contenuto specifico «*l'amministratore, per andare esente da responsabilità, dovrebbe provare che l'evento è dipeso da causa non evitabile né superabile*» mentre per quelli a contenuto generico «*che la scelta è stata assunta in modo metodologicamente corretto e sulla base di una valutazione ex ante non irrazionale*»; Trib. Roma, 24 settembre 2020.

⁴⁰¹ V. DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule, cit.*;

C'è inoltre un ulteriore elemento da considerare tra i limiti, o meglio le condizioni imposte agli amministratori nell'ambito delle loro scelte organizzative: rispetto alla diligenza e alla ragionevolezza si deve infatti tener conto che suddetti assetti dovranno risultare adeguati ai fini della «*tempestiva rilevazione della crisi*»; questo noema è il punto centrale dell'intero Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, e la sua influenza sul lavoro e sull'operato, non solo degli amministratori, ma di tutto l'organismo imprenditoriale, è e sarà evidente, tanto in relazione alle modifiche (già presenti) nell'impostazione del Codice civile, che nella nuova (ma non ancora attiva) disciplina dell'allerta di cui agli articoli 12, 14 e 15.

Insomma, l'applicabilità della BJR alla costituzione dell'organigramma aziendale, in forza del riconoscimento delle scelte organizzative come doveri a contenuto generale, della sussistenza della discrezionalità in capo agli amministratori, è quindi confermata e accettata tanto dalla dottrina che dalla giurisprudenza; allo stesso tempo però lo stesso margine di discrezionalità subisce una profonda riduzione dovuta non solo al rispetto delle clausole generali antecedenti al codice (diligenza e ragionevolezza) ma anche in ragione del più specifico e pregnante dovere di riconoscere tempestivamente gli indizi della crisi e agire conseguentemente in funzione di essa⁴⁰².

3.2) L'ausilio dell'OCRI nella composizione della crisi

Con il decreto legislativo n.14 del 2019 è stato introdotto un nuovo sostegno per l'imprenditore, la composizione negoziata della crisi, a cui può accedere il soggetto che versi in una condizione non ancora conclamata di insolvenza, anzi antecedente ad essa e riconducibile sotto la concezione della crisi, la cui definizione, prevista all'interno del Codice della Crisi e dell'insolvenza, è «*lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni*».

Il presidio posto alla base dell'innovativa disciplina è il c.d. sistema dell'allerta, necessario ai fini della rilevazione tempestiva della crisi, che avviene sostanzialmente mediante la combinazione di vari istituti introdotti dal Codice: strumenti di allerta

⁴⁰² V. DE SENSI, *Adeguati assetti e business judgment rule*, cit.

secondo l'articolo 12 C.C.I si compongono di due tipologie di obblighi: organizzativi a carico dell'imprenditore, e di segnalazione a carico di soggetti (interni ed esterni all'impresa) qualificati. Entrambi gli obblighi sono finalizzati alla tempestiva rilevazione della crisi e alla tempestiva adozione degli strumenti previsti per farvi fronte; a questa disciplina si affiancano gli indicatori e gli indici della crisi di cui all'articolo 13, segno del passaggio da una parte di diritto fallimentare ad una parte più aziendalistica, nella quale l'insolvenza è vista come una manifestazione nel tempo, non immediata, che può essere anticipata ponendo in essere gli obblighi e le condotte delineate, nonché valutando suddetti indici rivelatori.

Bisogna quindi distinguere specificamente tra obblighi interni ed esterni.

I primi si possono articolare diversamente: per l'imprenditore individuale e l'organo amministrativo delle società hanno l'obbligo di disporre l'adeguato assetto organizzativo, ai sensi rispettivamente tra l'articolo 3 C.C.I e del 2086 c.c.; e quando emerge la crisi devono tempestivamente assumere le iniziative per avviare le procedure di composizione. Accanto a questi vi sono poi gli obblighi di segnalazione come già accennato, di cui all'articolo 14, che pone in capo agli organi di controllo societari, il revisore o la società di revisione la verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, e la verifica dell'equilibrio e delle prospettive; infine, in presenza di situazione di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario dovranno quindi segnalare all'imprenditore l'esistenza dei presupposti per ricorrere alla composizione negoziata, ovvero l'esistenza dei fondati indizi della crisi⁴⁰³.

La segnalazione esterna *ex art.* 15 è invece riservata a carico di creditori pubblici qualificati, ovvero l'Agenzia dell'entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione. Questi hanno l'obbligo di dare avviso al debitore che la sua esposizione debitoria ha superato un importo rilevante, indicato dal codice, e se entro 90 giorni il debitore non avrà estinto o regolarizzato per intero il debito, o non avrà presentato domanda di composizione della crisi, i creditori pubblici qualificati dovranno ottemperare all'onere di segnalazione.

Di fatto questi soggetti (interni ed esterni all'impresa) sono tenuti, nel contesto eterogeneo delle funzioni ad essi riservati, ad accertare l'esistenza dell'equilibrio

⁴⁰³ G. NEGRI, in *Imprese, risanamento anticipato*, in *ilSole24ore*, 5 agosto 2021.

economico e quale sia il prevedibile andamento della società (ciò mediante una verifica costante ed estesa ad ogni situazione che assuma rilevanza ai sensi del C.C.I.), e conseguentemente sono onerati di un dovere di segnalazione caratterizzato da una gradualità crescente, verso l'esterno, che (potenzialmente) determinerebbe il coinvolgimento dell'organismo di composizione assistita della crisi, l'OCRI⁴⁰⁴.

Si tratta dell'organismo preposto alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, alle quali il legislatore attribuisce il compito di presiedere al loro svolgimento e di assistere l'imprenditore per uscire dalla situazione in cui versa⁴⁰⁵.

La definizione dell'organismo di composizione della crisi è data dall'articolo 2 lett. u), che ne delinea, per sommi capi, i relativi compiti: «*OCRI: gli organismi di composizione della crisi d'impresa, disciplinati dal capo II del titolo II del presente codice, che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire il procedimento di allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, il procedimento di composizione assistita della crisi*»⁴⁰⁶; sin dalle prime battute di tale testo normativo si può comprendere la funzione di raccordo affidata a tale organismo, ponendosi non solo come il ricevente delle segnalazioni di cui agli articoli 14 e 15, ma anche come ausilio e

⁴⁰⁴ «L'OCRI dovrà essere obbligatoriamente costituito entro il 15 agosto 2020 presso ogni Camera di Commercio (funzione obbligatoria ed ex lege) e sarà deputato alla gestione (a) della procedura di allerta e (b) della procedura di composizione della crisi (con riferimento a tutte le imprese "sopra-soglia" dal momento che per le altre (ivi comprese le società agricole) è prevista la competenza dell'Organismo di composizione della crisi (OCC) ovvero, ancora, per le società cooperative il Ministero dello Sviluppo Economico). Il termine per la costituzione dell'OCRI non subisce, al momento, nessun effetto dall'entrata in vigore del decreto legge sul Coronavirus che ha previsto, come abbiamo visto, soltanto la proroga del termine per le segnalazioni di cui all'art. 14, comma 2 e 15, c.c.i.» da F. VALERINI, *Le tappe verso la piena operatività del nuovo codice della crisi d'impresa*, in *ilFallimentarista*, 16 marzo 2020.

⁴⁰⁵ Secondo G. NEGRI «la scelta compiuta è quella di affiancare all'imprenditore un esperto nel campo della ristrutturazione, terzo e indipendente e munito di specifiche competenze, al quale è affidato il compito di agevolare le trattative necessarie per il risanamento dell'impresa», in *Imprese, risanamento anticipato*, cit.

⁴⁰⁶ Il comma è stato peraltro oggetto di modifica con il decreto correttivo n.147 del 2020, il precedente poneva l'attenzione non sulla procedura di allerta, bensì sulla gestione della «fase dell'allerta».

punto centrale del procedimento di allerta (o del procedimento di composizione assistita di cui al primo comma dell'articolo 19 C.C.I.)⁴⁰⁷.

Posta l'attenzione sulla definizione, occorre ora invece analizzare la strutturazione e l'articolazione dei compiti ad esso riservati, parzialmente indicati dall'articolo 16⁴⁰⁸, mentre un più corretto inquadramento è ravvisabile negli articoli 18 – per la composizione della fase di allerta – e 19 – per il procedimento di composizione assistita della crisi⁴⁰⁹.

Il primo comma dell'articolo 16 introduce l'argomento spiegando che «*L'OCRI è costituito presso ciascuna camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, con il compito di ricevere le segnalazioni di cui gli articoli 14 e 15, gestire il procedimento di allerta e assistere l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di composizione assistita della crisi di cui al capo III*».

Sono stati quindi costituiti presso ogni camera di commercio in virtù di una scelta riconducibile alle funzioni delle camere stesse, enti rappresentativi dell'impresa operanti sul territorio, a cui spettano molteplici e variegati compiti, pienamente sintetizzati anche a livello giurisprudenziale⁴¹⁰.

⁴⁰⁷ L'obiettivo del legislatore è stato fissato nell'articolo 4 lettera e) della legge delega n. 155 del 2017: «*stabilire che l'organismo a seguito delle segnalazioni ricevute o su istanza del debitore, convochi immediatamente, in via riservata e confidenziale, il debitore medesimo nonché, ove si tratti di società dotata di organi di controllo, anche i componenti di questi ultimi, al fine di individuare nel più breve tempo possibile, previa verifica della situazione patrimoniale, economica e finanziaria esistente, le misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi*».

⁴⁰⁸ Scrive F. VALERINI, in *op.cit.*, «*l'organismo di composizione trova la sua fonte legale nell'art. 16 c.c.i. con la conseguenza che (a) non è preso in considerazione dal d.l. n. 9/2020 e (b) continua ad essere disciplinato dalla norma di entrata in vigore di cui all'art. 389, comma 1, c.c.i. in base alla quale, per quel che interessa, «Il presente decreto entra in vigore decorsi diciotto mesi dalla data della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale» avvenuta il 14 agosto 2019 (e, quindi, il 15 agosto una volta “decorsi” i diciotto mesi dalla pubblicazione)*».

⁴⁰⁹ G. D'ATTORRE, *op.cit.*

⁴¹⁰ Ne è un esempio la sentenza della Corte Cost., 7 marzo 2017, n. 86 in cui è stato precisato che «*Le camere di commercio avrebbero, infatti, una «funzione di supporto e di promozione» di interessi economici generali e nazionali», nonché «perseguiti a livello territoriale attraverso l'istituzione di articolazioni autonome, nello specifico l'Azienda speciale» inoltre «per il raggiungimento dei propri scopi, le camere di commercio, promuovono, realizzano e gestiscono strutture ed infrastrutture di interesse economico generale a livello locale, regionale e nazionale, direttamente o mediante la partecipazione,*

La competenza territoriale è stata stabilita con riguardo alla sede dell'impresa. Occorre quindi far riferimento alla sede legale dell'impresa per individuare la camera di commercio competente, applicando un criterio formale che prescinde rispetto «*alla ubicazione della sede effettiva*»⁴¹¹.

Di conseguenza non risulta quindi applicabile la regola di competenza del territorio fissata dall'articolo 27, secondo comma, C.C.I. avendo riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro di interessi principali – COMI - («*Per i procedimenti di regolazione della crisi o dell'insolvenza diversi da quelli di cui al comma 1 e le controversie che ne derivano è competente il tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali*»)⁴¹².

La scelta di spostare il *focus* dal centro di interessi principali a quello della sede legale dell'impresa è giustificata dal fatto si sia voluto da un lato «*escludere ogni dilazione dovuta all'eventuale incertezza in merito all'individuazione della competenza per territorio con l'obiettivo di salvaguardare la tempestività dell'intervento*», mantenendo allo stesso tempo la vicinanza all'imprenditore per agevolarlo nell'adempimento di tutte le operazioni richieste⁴¹³.

Determinato il criterio di ripartizione della competenza, occorre ora porre l'attenzione sulla strutturazione dello stesso organismo.

secondo le norme del codice civile, con altri soggetti pubblici e privati, ad organismi anche associativi, ad enti, a consorzi e a società»; G. D'ATTORRE, Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta, in il Fallimento, dicembre 2019.

⁴¹¹ V. ZANICHELLI, *il ruolo dell'OCRI nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, collana de *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019, p. 98.

⁴¹² L. SERRA, *Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI)*, in *Altalex*, 26 febbraio 2019 (www.altalex.com); G. D'ATTORRE, *op.cit.*

⁴¹³ L. SERRA, *op.cit.*; sul tema si è espressa anche L. DE BERNARDIN «*La scelta -che per un verso potrebbe creare problemi di non coincidenza territoriale fra luogo della camera di commercio e luogo dell'ufficio giudiziario con conseguente disagio per l'accesso ai locali- nondimeno consente di ridurre al massimo i rischi di incertezze legate all'individuazione della camera di commercio cui rivolgere le segnalazioni dell'esistenza di indici di crisi, con conseguente riduzione dei tempi per l'avvio della procedura*», da *Il sistema dell'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in *Crisi d'impresa e ristrutturazione*, 9 settembre 2020.

Esso si articola, secondo quanto stabilito dal terzo comma dell'articolo 16, nel referente, nell'ufficio del referente e nel collegio degli esperti.

- a) Il referente, ovvero una persona fisica individuata «*nel segretario generale della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura*», con l'espressa possibilità che operi un suo delegato.

Si tratta dell'organo propulsivo della procedura, su cui ricadono compiti espressamente previsti o tacitamente comprensibili.

Innanzitutto, ai sensi dell'articolo 16, quarto comma, «*assicura la tempestività del procedimento, vigilando sul rispetto dei termini da parte di tutti i soggetti coinvolti*», ma allo stesso tempo manca un puntuale riferimento ai poteri garantiti a tale soggetto al fine di ottemperare a questo dovere. In particolare, mancherebbe un'indicazione sulle conseguenze legate al non rispetto delle tempistiche previste in caso di colpevole inerzia da parte degli esperti; per quanto infatti vi siano delle indiscutibili ipotesi di sostituzione dei membri, definite all'interno dell'articolo 17, nel quarto comma - «*mancanza di uno dei profili necessari tra i membri designati*» - e quinto - decadenza per mancata presentazione dell'attestazione accertante la presenza dei requisiti di indipendenza - non vi è alcun riferimento alla situazione di non adempimento entro i termini previsti⁴¹⁴.

Segue il secondo compito espressamente indicato dall'articolo 17 al primo comma, tale per cui «*il referente procede senza indugio a dare comunicazione della segnalazione stessa agli organi di controllo della società e al revisore contabile o alla società di revisione*» nonché alla nomina dei tre esperti di cui si comporrà il collegio⁴¹⁵.

Tra i doveri, in questo caso tacitamente riconosciuti in capo al referente, vi è anche quello attinente alla valutazione preliminare della sussistenza dei presupposti soggettivi, poiché sorgono dubbi in relazione a quelle categorie di imprenditori escluse dall'applicazione degli strumenti di allerta di cui al quinto comma dell'articolo 12 C.C.I.⁴¹⁶, ovvero nel caso delle società irregolari (nascono sì da un atto costitutivo, da un

⁴¹⁴ G. D'ATTORRE, *op.cit.*

⁴¹⁵ G. D'ATTORRE, *op.cit.*

⁴¹⁶ Sono ad esempio escluse: 1) banche, società capogruppo di banche e componenti il gruppo bancario; 2) gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385; 3) gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento; 4) le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale

vincolo associativo, ma le società non sono iscritte nel registro delle imprese); la verifica risulta quindi imprescindibile al fine di evitare la prosecuzione del procedimento laddove risulti evidente l'assenza di presupposti oggettivi o soggettivi⁴¹⁷.

- b) L'ufficio del referente che «*può essere costituito anche in forma associata da diverse camere di commercio*».

La sua funzione è palesemente di supporto all'operato del referente, occupandosi di inviare le comunicazioni disposte dal referente o dal collegio degli esperti, di provvedere alla acquisizione di tutte le informazioni, le notizie e i dati dalle diverse fonti disponibili (ad esempio, il registro delle imprese o le cartelle di pagamento dell'Agenzia dell'Entrate) che potrebbero risultare utili per la prosecuzione del procedimento.⁴¹⁸

- c) Il Collegio degli esperti che, al contrario degli altri due soggetti non presenta la medesima stabilità, ma viene nominato *ad hoc* in relazione al singolo caso⁴¹⁹.

Protagonista della nomina è il referente, il cui potere è però "limitato" da determinate condizioni. La prima è che i soggetti designati o designabili devono risultare dall'albo di cui all'articolo 356 C.C.I - «*Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza*» - istituito presso il Ministero della Giustizia indicante coloro che sono destinati a «*svolgere, su incarico del tribunale, le funzioni di curatore, commissario giudiziale o liquidatore, nelle procedure previste nel codice della crisi e dell'insolvenza*». Coloro che possono assumere questa qualifica devono essere in possesso dei requisiti di

variabile e fisso, le società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e le società componenti il gruppo.

⁴¹⁷ G. D'ATTORRE, *op.cit.*

⁴¹⁸ G. D'ATTORRE, *op.cit.*

⁴¹⁹ «*Il fulcro del funzionamento dell'OCRI è la composizione di quest'ultimo organo in quanto solo l'adeguata individuazione dei professionisti che l'andranno a comporre e la loro professionalità potranno effettivamente dare l'indispensabile autorevolezza di cui l'organo necessita e riuscire ad individuare una soluzione efficace alla crisi*» da L. DE BERNARDIN, *Il sistema dell'allerta e della composizione preventiva della crisi*, cit.

cui all'articolo 358 C.C.I, ovvero: «1) *gli iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro*; 2) *gli studi professionali associati o società tra professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti professionali di cui alla lettera a), e, in tal caso, all'atto dell'accettazione dell'incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura*; 3) *coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o società cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e purché non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale*».

Devono inoltre rispettare i requisiti di indipendenza adottati per il «*professionista indipendente*» di cui all'articolo 2 lettera o)⁴²⁰.

La seconda limitazione al potere di nomina riconosciuto al referente è il fatto che la scelta debba avvenire sulla base delle designazioni dei soggetti legittimati (individuati dal legislatore ai sensi del primo comma dell'articolo 17), ovvero:

- 1) Il presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale individuato a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avendo riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa⁴²¹;

⁴²⁰ «1) *essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché' nel registro dei revisori legali*; 2) *essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile*; 3) *non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, ne' essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, ne' aver posseduto partecipazioni in essa*»

⁴²¹ Secondo G. D'ATTORRE, in *op.cit.*, si riscontra al riguardo un problema semantico-interpretativo dovuta all'utilizzo del noema «*sede dell'impresa*», poiché si potrebbe intendere tanto la sede legale dell'impresa (criterio applicato per l'individuazione della camera di commercio competente), che il centro degli interessi principali dell'imprenditore (applicato per l'individuazione del tribunale competente nei procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza). Ma secondo lo stesso autore «*Pare preferibile la prima opzione, in ragione della sua maggiore coerenza con la chiara volontà legislativa di velocizzare i tempi di apertura del procedimento di allerta, ancorando la competenza ad un dato formale ed oggettivo quale la sede legale risultante dal registro delle imprese*».

- 2) il presidente della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, o da un suo delegato⁴²²;
- 3) infine «*uno appartenente all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, individuato dal referente, sentito il debitore, tra quelli iscritti nell'elenco trasmesso annualmente all'organismo dalle associazioni imprenditoriali di categoria; l'elenco contiene un congruo numero di esperti*»⁴²³.

L'ultima condizione è che venga rispettata la disposizione del secondo comma dell'articolo 17, tale per cui è imprescindibile rispettare criteri di trasparenza e di rotazione, tenendo sempre conto delle specificità dell'incarico⁴²⁴.

Precedentemente, nell'espone la definizione data dal codice per individuare l'organismo di composizione della crisi, ne sono state evidenziate le funzioni, ovverosia la ricezione delle segnalazioni dell'allerta (da parte degli organi interni della società o da parte dei creditori pubblici qualificati), l'accertamento dei fondati indizi della crisi (mediante l'audizione del debitore di cui all'articolo 18), e le eventuali conseguenze connesse all'esito dell'accertamento⁴²⁵.

Concentrando l'attenzione su questa ultima fase, il compito del collegio è quello di disporre la c.d. audizione del debitore, punto nodale e peculiare della disciplina

⁴²² Risulta applicabile il criterio territoriale di cui al terzo comma dell'articolo 16 per l'individuazione della camera di commercio presso cui risulti istituito l'OCRI.

⁴²³ Un problema in questo caso, individuato da G. D'ATTORRE, in *op.cit.*, riguarda la possibile difficoltà nell'individuare il settore di riferimento del debitore, risultando quindi necessario in questo senso sentire lo stesso al fine di individuare l'adeguato esperto di settore; Secondo A. Ferri, in *op.cit.* «*si tratta di previsione non coerente con la legge delega e di difficile applicazione, giacché la designazione non avviene ad opera dell'associazione di categoria, ma del referente ed in quanto il requisito dell'appartenenza ad un'associazione imprenditoriale di categoria non necessariamente garantisce il possesso dei requisiti di competenza richiesti per l'iscrizione all'albo*»

⁴²⁴ Inoltre, ai sensi dell'articolo 17, terzo comma, «*la richiesta di designazione non deve contenere alcun riferimento idoneo all'identificazione del debitore, salva l'indicazione del settore in cui lo stesso opera e delle dimensioni dell'impresa, desunte dal numero degli addetti e dall'ammontare annuo dei ricavi risultanti dal registro delle imprese*»

⁴²⁵ Rientra tra i compiti dell'OCRI anche la procedura di composizione della crisi di cui all'articolo 19.

riguardante questo nuovo organismo, poiché caratterizzato da alcune delle maggiori novità introdotte dal codice.

Prima di tutto l'attenzione è da porre sul primo comma dell'articolo 18, secondo cui, previa composizione del collegio (ai sensi dell'articolo 17), verranno convocati il debitore, e in caso di ente o di impresa in forma collettiva coloro che possiedono il potere di rappresentanza, ovvero gli organi di controllo nel caso in cui siano presenti, per un'audizione in via riservata nonché confidenziale⁴²⁶.

Tale convocazione dovrà avvenire decorsi quindici giorni dalla ricezione della segnalazione o dell'istanza del debitore, ed entro questo termine dovranno essere stati espletati tutti gli accertamenti riguardanti la sussistenza dei requisiti oggettivi e soggettivi per l'accesso alla procedura.

Una volta terminata l'audizione, e a seguito dell'attività istruttoria necessaria, gli esiti possono essere due: archiviazione o prosecuzione.

Vi sarà l'archiviazione nel momento in cui vengano meno le condizioni di accesso alla procedura⁴²⁷:

- 1) l'esistenza degli indizi della crisi su cui si è fondata la segnalazione;
- 2) si tratta di un soggetto a cui non si applicano gli strumenti di allerta (ex art. 12, quinto comma);
- 3) mancanza delle condizioni di procedibilità;
- 4) mancanza di legittimazione per il soggetto che ha presentato l'istanza o la segnalazione⁴²⁸;
- 5) incompetenza territoriale⁴²⁹;

⁴²⁶ G. D'ATTORRE, in *op.cit.*

⁴²⁷ Si tratta di accertamenti ulteriori rispetto a quelli che preliminarmente rientrano nell'ambito di competenza del referente.

⁴²⁸ In particolare, con riferimento ai soggetti che operano collegialmente è necessario verificare che colui, o coloro, che hanno presentato l'istanza o la segnalazione siano in possesso del potere di rappresentanza della società o dell'impresa.

⁴²⁹ G. D'ATTORRE, in *op.cit.*; lo stesso autore evidenzia come manchi un'indicazione su come procedere in caso di incompetenza territoriale, poiché «*non pare esserci spazio per un provvedimento di trasmissione della segnalazione/istanza all'OCRI territorialmente competente, come previsto nelle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 29 CCII)*».

- 6) l'esistenza di «*crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'articolo 15, comma 92, lettere a), b) e c)*» (ipotesi prevista dal terzo comma dell'articolo 18).

Nell'ultimo caso citato è necessaria un'attestazione dell'organo di controllo societario, o di un professionista indipendente, a cui dovrà essere allegata tutta la documentazione necessaria a comprovarne la validità.

Deve essere riconosciuto, pur in assenza di espressa previsione, il potere del collegio di accertare la validità dell'attestazione e della documentazione allegata, poiché altrimenti «*si aprirebbero varchi troppo agevoli per rendere di fatto vana la procedura di allerta e per condurla all'archiviazione*»⁴³⁰.

Terminata questa fase sarà compito del referente informare il debitore, o l'organo societario rappresentante, e contro questa decisione rimane il dubbio se si possa o meno agire, poiché secondo parte della dottrina sarà possibile agire mediante impugnativa presentata al giudice amministrativo⁴³¹, mentre secondo altra parte sembrerebbe da escludersi questa possibilità «*in considerazione della finalità della procedura, della reiterabilità dell'istanza e della facoltà degli autori della segnalazione di poter proporre ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale*»⁴³².

Diversamente, qualora dovessero essere riscontrati i requisiti di procedibilità, quindi l'assenza dei presupposti per l'archiviazione allora si procederà alla fase successiva, ovverosia individuare le possibili soluzioni per il superamento della fase di crisi.

Anche questa fase è caratterizzata da confidenzialità, poiché non sarà solo compito dell'Ocri individuare le possibili soluzioni della crisi, bensì dovrà agire di comune accordo con il debitore nella ricerca, sfruttando per quanto possibile l'eterogeneità delle competenze degli esperti membri del collegio (eterogeneità dal punto di vista

⁴³⁰ G. D'ATTORRE, in *op.cit.*

⁴³¹ M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *ilCaso.it*, 9 settembre 2019 (ilcaso.it).

⁴³² L. SALVATO, *Strumenti di allerta e di Composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19)*, in *Giust. civ.*, 16 aprile 2020.

aziendalistico, contabile nonché legale)⁴³³: le varie ipotesi riscontrate potranno essere *«leggere e limitarsi ad un riassetto ri-organizzativo-imprenditoriale, oppure possono essere più impegnative in quanto si rende probabile il coinvolgimento dei creditori»*, comportando in ogni caso effetti di intensità variabile in relazione alle varie tipologie di individui coinvolti⁴³⁴.

Individuate le possibili misure, il quarto comma dell'articolo 18 prevede che verrà fissato un termine entro il quale il debitore dovrà riferire sulla loro attuazione. Nonostante la confidenzialità della procedura non è pacifico che si sopraggiunga ad una soluzione, o anche più soluzioni, che vadano bene per organismo e imprenditore; in ogni caso sarà quest'ultimo a dover decidere se applicare o meno la misura prescelta, oppure se applicarla completamente o solo parzialmente.

Il tutto dovrà avvenire secondo le tempistiche decise dall'OCRI, pur mancando un espresso limite temporale da rispettare esso sarà comunque caratterizzato da celerità per evitare chiaramente un aggravamento del dissesto e vanificare di conseguenza il funzionamento dell'intero sistema⁴³⁵.

Gli esiti a questo punto possono essere due: o il debitore, decorso il termine, avrà realizzato le iniziative ricercate congiuntamente all'Ocri per il superamento della crisi; o sarà rimasto inerte e in questo caso scatta il quinto comma dell'articolo 18 e il collegio informerà il referente, che a sua volta comunicherà la situazione ai soggetti che hanno presentato la segnalazione.

L'intera disciplina attinente al funzionamento dell'Organismo di composizione della crisi è improntata verso i caratteri della:

⁴³³ G. D'ATTORRE, in *op.cit.*

⁴³⁴ M. FABIANI, in *op.cit.*; G. D'ATTORRE, in *op.cit.*, *«in questo contesto l'individuazione da parte del collegio degli esperti delle possibili misure per porre rimedio alla crisi non costituirà compito agevole, dovendo i componenti del collegio farsi carico anche del gravoso compito di compiere la selezione dei soggetti destinatari finali del peso delle misure stesse, tenendo conto, inoltre, che in questa fase non si può nemmeno richiedere il beneficio delle misure protettive, riservate all'eventuale procedimento di composizione assistita della crisi o alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza»*.

⁴³⁵ G. D'ATTORRE, in *op.cit.*

- 1) Riservatezza: come evidenziato dalla lettera del terzo comma dell'articolo 17, secondo il quale «La richiesta di designazione non deve contenere alcun riferimento idoneo all'identificazione del debitore...»⁴³⁶;
- 2) Confidenzialità: le modalità di ricerca di una o più soluzioni per il superamento del dissesto che dovranno essere decise tramite dialogo, quindi con interlocuzione tra le parti;
- 3) Stragiudizialità: il supporto garantito dall'Ocri è puramente tecnico, non burocratico: non si cerca di irrigidire il debitore/imprenditore mettendolo davanti esclusivamente a soluzioni disgregative dell'apparato, bensì escludendo l'intervento giudiziario e cercando il dialogo (se necessario) con i creditori.

Questi caratteri sono stati adottati come sottostante dell'intero "apparato dell'allerta"; il ruolo dell'OCRI, seppur improntato alla ricerca di una soluzione che tenga conto di tutti gli interessi in gioco, in particolare la tutela dei creditori e l'interesse pubblico sotteso alla risoluzione tempestiva della crisi, mostra comunque una appropriata elasticità nella valutazione della esposizione debitoria e nella ricerca (prospettica) delle soluzioni adottabili. Ciò al fine di incentivare l'imprenditore/debitore a segnalare tempestivamente le sue difficoltà, in una fase incipiente e nella quale intervenire, con misure più o meno drastiche o leggere che risultino però risolutive⁴³⁷.

⁴³⁶ A conferma ulteriore di questo carattere si può porre l'attenzione sull'articolo 5, quarto comma, secondo cui «i componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità. Si applicano le disposizioni dell'articolo 200 del codice di procedura penale e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 del codice di procedura penale in quanto compatibili».

⁴³⁷ V. ZANICHELLI, *il ruolo dell'OCRI nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit.

CONCLUSIONI

Con il presente elaborato si è cercato di definire innanzitutto il perimetro dell'evoluzione legislativa, legata al mutato approccio alla crisi, all'insolvenza e, più in generale, al deterioramento dell'attività imprenditoriale.

La tempestiva emersione della crisi rappresenta, allo stato attuale, il punto di arrivo della rivoluzione copernicana a cui si è assistito sotto la spinta comunitaria, conscia dell'importanza che l'impresa e l'imprenditore hanno assunto, oramai non più limitata ai soli confini nazionali.

Il punto di partenza, infatti, è stato il lavoro della Commissione europea, motivata dalla necessità di un cambiamento di impostazione dell'intero sistema, e che ha portato, da un lato, a ricercare di rafforzare ed uniformare le soluzioni contrattuali preconcorsuali assicurando, se possibile, la ripresa dell'attività, e dall'altra, ponendo in una zona residuale le procedure concorsuali *creditor-oriented*, protagoniste indiscusse fino ad ora, e basate sull'accertamento dello stato di insolvenza.

In questo quadro si inserisce il D.lgs. n. 14 del 2019, il Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza, frutto di un lungo e discusso *iter* legislativo nel quale non ci si è limitati ad una rielaborazione di concetti già esistenti all'interno della legge fallimentare. L'obiettivo del legislatore è stato piuttosto quello di cambiare il pensiero e la concezione che si aveva dell'imprenditore insolvente, prima colpevole di essere giunto ad uno stato di decozione e come tale "punibile" con la liquidazione dell'attività, ed ora invece maggiormente compreso, valutando lo stesso deterioramento come una condizione quasi naturale della vita dell'impresa.

Il nucleo della normativa è divenuto, dunque, quello della tempestività dell'intervento, della ricerca di soluzioni stragiudiziali e di natura confidenziale, che non comportino il disgregamento dell'apparato aziendale, ma che anzi, puntino al risollevarlo (se possibile) dell'attività, andando a porre come "ultima spiaggia" quelle misure che comportino esclusivamente il soddisfacimento sul patrimonio mediante azioni esecutive individuali o concorsuali.

A questo proposito l'insolvenza prospettica, costruito giurisprudenziale *in fieri*, potrebbe assurgere di fatto a nuovo frangente temporale di riferimento della disciplina dell'allerta, introdotta dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Pur mancando l'insolvenza prospettica di una espressa definizione, al contrario dei concetti di crisi e insolvenza, la stessa è oggetto di applicazione da parte di giudici ed interpreti, ponendosi in concreto come protagonista della scena.

Questi confini incerti, legati al *range* temporale considerati e considerabili dalla disciplina del codice, determinano di conseguenza lacune normative, non le uniche peraltro all'interno del Codice, la cui entrata in vigore, proprio a causa di queste criticità, è stato oggetto di rinvio al 15 maggio 2022.

Allo stesso modo, dubbi sorgono in merito a quello che avrebbe dovuto essere il punto di forza dell'intera normativa: le misure di allerta e di composizione assistita della crisi, su cui si basa l'ambizioso obiettivo del legislatore, ovvero sia intervenire prima che sia troppo tardi. Anche per detti strumenti l'entrata in vigore è stata rinviata al 31 dicembre 2023.

Il timore del legislatore non è certo ingiustificato, stante le criticità legate all'applicazione di una disciplina incompiuta e che necessità senza dubbio di miglioramenti, in particolare sull'elaborazione di indici ed indicatori della crisi, attualmente troppo rigidi e standardizzati.

A farne le spese, di tali problematiche, sono coloro che invece avrebbero dovuto essere maggiormente tutelari, ossia gli imprenditori.

Nonostante ciò, una nota positiva è evidente: il mutato pensiero riguardante l'importanza degli assetti organizzativi e la loro rilevanza proprio in tema di tempestiva rilevazione della crisi, estrinsecano finalmente principi già insiti nell'attività economica, ossia la copertura delle perdite e l'importanza di un adeguato flusso informativo.

Su queste basi occorre quindi porre le speranze degli imprenditori nell'operato del legislatore, auspicando che possa correggere e rimuovere le lacune caratterizzanti l'attuale Codice della crisi, raggiungendo finalmente l'obiettivo prefissato.

Bibliografia

- ABRIANI N., *Le modificazioni al Codice civile introdotte dal D.lgs. N. 14/2019*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, collana de *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019.
- ALVARO S. - CAPPARIELLO E.- GENTILE V. - IANNACCONI E.R. - MOLLO G.- NOCELLA S. - VENTORUZZO M., *Business judgement rule e mercati finanziari*, in *Dirittobancario.it*, 11 novembre 2016.
- AMBROSINI S.- PACCHI S., *Diritto della Crisi e dell'insolvenza*, Zanichelli Editore, Bologna, 2020.
- AMBROSINI S., *Crisi e Insolvenza nel passaggio tra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *ilCaso.it*, 2019.
- AMBROSINI S., *I "principi generali" nel Codice della crisi d'impresa*, in *ilCaso.it*, 26 gennaio 2021.
- AMBROSINI S., *Principi generali*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, collana de *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019.
- ARATO M. – CHIODINI F. – GUTTILLA L., *Insolvenza attuale, prospettica e crisi: riflessi operativi*, in *dirittobancario.it*.
- ARMELI B., *Giurisdizione e Competenza*, in *IlFallimentarista .it*, 2016.
- ARMELI B., *Insolvenza, ristrutturazione e sgravio dei debiti: la proposta di Direttiva*, in *IlFallimentarista.it*, 2017.
- ASCIONE M., *Business judgment rule e assetti organizzativi*, in *Cammino Diritto*, 17 novembre 2020
- BAGNULO T., *Codice della Crisi dell'Impresa e dell'Insolvenza: in vista dell'ulteriore slittamento dell'entrata in vigore*, in *FiloDiritto*, 9 luglio 2021.
- BARIATTI S. – CORNO G., *Centro degli interessi principali*, in *ilFallimentarista.it*, 2016.
- BASTIA P., *Gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili nelle imprese: criteri di progettazione*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 27 luglio 2021.
- BASTIANON S., *Early warning, allerta e probability of default nel nuovo Codice della crisi d'impresa*, in *ilFallimentarista*, 14 maggio 2019.

- BENVENUTO G. – MEANI S. in *Direttiva UE n. 1023/2019 sulla ristrutturazione preventiva, esdebitazione ed insolvenza: prime valutazioni*, in *ilFallimentarista*, 30 luglio 2019.
- BIANCA M., *Diritto Civile, V, la Responsabilità*, III ed., Giuffrè Editore, Milano, 2012.
- BOTTAI L. A., *Gli assetti organizzativi dell'impresa nell'attuale fase di pandemia*, in *ilFallimentarista*, 27 dicembre 2020.
- BOVE A., *Il business plan, Guida alla costruzione di un business plan vincente con la metodologia dei 7 step*, HOEPLI, 2013.
- BRANCADORO G., *Crisi sistemiche e rilevanza giuridica nelle discipline delle crisi di impresa*, in *Dir.Fall*, 19 maggio 2019.
- CAMANZI P., *L'importanza del forward looking e del monitoraggio periodico nel rapporto tra banca e azienda*, in *AnalisiAziendale.it*, 18 maggio 2021
- CAMANZI P., *Pianificare, programmare e controllare. Il sistema di pianificazione, programmazione e controllo di gestione come fulcro dell'attività imprenditoriale*, in *AnalisiAziendale.it*, 6 settembre 2019.
- CAMPIONE L., *Concorso dei Creditori*, in *ilFallimentarista.it*, 2019.
- CAMPOBASSO G. F. (a cura di), *Diritto Commerciale Contratti Titoli di Credito Procedure Concorsuali*, V ed., Vol. III, Milano, 2013.
- CAPELLI I., *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, ne *il Nuovo Commercialista*, settembre 2019.
- CAPONI R., *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro Italiano*, 2002.
- CARELLI F., *L'influenza del Chapter 11 sulle legislazioni della crisi d'impresa e le differenze con gli strumenti previsti dal CCI*, in *IlCaso.it*, 25 settembre 2020.
- CASSANO F., *Il principio della "business judgment rule" vale anche per le scelte organizzative degli amministratori?*, in *ilSole24ore*, 15 giugno 2020.
- CECCHERINI E., *L'imprenditore deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi: riflessioni sul riformato art. 2086 c.c.*, in *ilFallimentarista*, 18 ottobre 2019.
- CEROLI P., *Patrimonio Netto*, in *ilFallimentarista*, 24 aprile 2018.

- CIABATTONI M., *Le modifiche apportate all'art 2086 del Codice Civile, una proposta di lettura critica in chiave aziendalistica*, in *Fallimenti e Società*, 2020.
- CNDCEC, *Attività di vigilanza del collegio sindacale delle società non quotate nell'ambito dei controlli sull'assetto organizzativo. Guida operativa*, maggio 2015.
- CNDCEC, *Crisi di impresa e Indici di allerta*, in *commercialisti.it*.
- CORNO G., *L'applicazione del Regolamento 848/2015 alle procedure di crisi o di insolvenza italiane*, in *IlFallimentarista.it*, 2018.
- CRUSI V., *Il nuovo codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Crusi&Partners*, 10 ottobre 2019.
- D. SAVY, *Profili di "comunitarizzazione" del Terzo Pilastro*, in *Iris.it*, 2009.
- D'ARRIGO C. (A CURA DI) - DE SIMONE L. (A CURA DI) - DI MARZIO F. (A CURA DI) – LEUZZI S. (A CURA DI), *Commento al Codice della Crisi di impresa e dell'insolvenza, nella i quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), Genius Editore, 2019.
- D'ATTORRE G., *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, ne *il Fallimento*, dicembre 2019.
- DANOVİ A. – QU AGLI A., *Gestire la crisi d'impresa: processi e strumenti di risanamento*, IPSOA, Milano, Wolters Kluwer, 2021.
- DANOVİ A.– QUAGLI A., *Gestire la crisi di impresa Processi e strumenti di risanamento*, in *IPSOA Guide Operative*, 2021.
- DE BERNARDIN L., *Allerta interna e nuovi assetti societari*, in *Commento al Codice della Crisi d'impresa e di insolvenza*, ne *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019.
- DE BERNARDIN L., *Il sistema dell'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in *Crisi d'impresa e ristrutturazione*, 9 settembre 2020.
- DE BERNARDIN L., *Le misure di allerta interna ed esterna nel nuovo codice della crisi di impresa*, in *giustiziainsieme*.
- DE CESARI P. – MONTELLA G., *Il nuovo diritto europeo della crisi d'impresa: il regolamento (UE) 2015/84 relativo alle procedure di insolvenza*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2017.

- DE CESARI P. – MONTELLA G., *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, in *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali - Monografie*, IPSOA Wolters Kluvers, 2009.
- DE MATTEIS S., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa (modelli attuali e prospettive di sviluppo)*, in *Quaderni di Giurisprudenza Commerciale*, Milano, Giuffrè Editore, 2017.
- DE MATTEIS S., *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, in *Unicost*, 23 maggio 2019.
- DE MATTEIS S., *Prime riflessioni sulla legge delega n. 155/2017 di riforma delle procedure concorsuali*, in *UniCost*, 20 aprile 2021.
- DE SENSI V., *Adeguati assetti e businnes judgment rule*, in *Diritto della Crisi*, 16 aprile 2021.
- DE SENSI V., *Allerta, crediti deteriorati e rischi sistemici*, ne i quaderni di *inExecutivis*, 20 Aprile 2020.
- DE SENSI V., *Il concetto di insolvenza*, in *archivioceradi.luiss.it*
- DE SENSI V., *Lineamenti di governance della crisi: organi di controllo e circolazione delle informazioni*, ne *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019.
- DE SENSI V., *Orientamenti Comunitari ed Evoluzione della disciplina italiana della Crisi di Impresa*, in *StudioDeSensi.it*.
- DELLA SANTINA R., *Crisi d'impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore, questioni aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del d.lgs. n 14/2019*, in *ilCaso.it*.
- DELLA SANTINA R., *Crisi di impresa e insolvenza prospettica dell'imprenditore: questioni ancora aperte nell'imminenza dell'entrata in vigore del D.lgs. N 14/2019* (Note a margine del decreto del Tribunale di Milano 3 ottobre 2019), in *ilCaso.it*, 2019.
- DELLA SANTINA R., *Indicatori e indici della crisi nel sistema degli strumenti di allerta: l'interpretazione sistematica e di metodo offerta dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli esperti contabili*, in *ilCaso.it*, 23 gennaio 2020.
- DI LORENZO F., *Rordorf: verso il traguardo*, in *Diritto.it*, 18 settembre 2018.

- DI MARZIO F., *L'insolvenza nel "Codice della Crisi e dell'insolvenza"*, in *GiustiziaCivile.com*, 25 maggio 2020.
- DI TORREPADULA N.C., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2009.
- DIETZ J. P., *Introduction: Development of the UNCITRAL Arbitration Rules.*" *The American Journal of Comparative Law* 27", in *JSTOR.org*, 1979.
- EIDENMULLER in *Contracting for an European Insolvency Regime*, in *SpringerLink.com*, 2017.
- FABIANI M., *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *ilCaso.it*, 9 settembre 2019.
- FALCONE G., *Criteri di politica legislativa e modelli di diritto settoriale nel nuovo diritto delle crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2018.
- FALCONE G., *Il ruolo delle banche e degli intermediari finanziari nelle procedure di allerta e di composizione assistita delle crisi*, in *Diritto della banca e del mercato finanziario*, Pacini Giuridica, aprile 2019.
- FAUSTINI L. – FERRIANI C. – GIOVANARDI C.A., *Il necessario rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: verso una riforma organica che non può tralasciare i reati fallimentari, la normativa regolamentare del credito e l'istituto dell'Amministrazione Straordinaria*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 17 giugno 2021.
- FAUSTINI L., *Il necessario rinvio dell'entrata in vigore del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza: verso una riforma organica che non può tralasciare i reati fallimentari, la normativa regolamentare del credito e l'istituto dell'Amministrazione Straordinaria*, in *Giurisprudenza Penale*, 17 giugno 2021.
- FERRI N., *Imprenditore incentivato a determinare lo strumento più conveniente per i creditori*, in *Il Sole24 ore*, Milano, marzo 2021.
- FICO D., *Procedure di allerta: rinvio dell'obbligo di segnalazione da parte dell'Agenzia delle Entrate*, in *ilFallimentarista*, 1 aprile 2021.
- FORMISANI R., *Business judgment rule e assetti organizzativi: incontri (e scontri) in una terra di confine*, in *Rivista di Diritto societario*, febbraio 2018.

- FORTUNATO S., *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2021, I.
- FORTUNATO S., *Insolvenza, crisi e continuità aziendale nella riforma delle procedure concorsuali: ovvero la commedia degli equivoci*, in *dirittofallimentaresocietà.it*.
- FRUSCIONE L., *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la “twilight zone” e lo “stato di crisi”. Riflessioni sistematiche sul Codice della crisi*, in *ilCaso.it*, 02 Luglio 2020.
- GABOARDI M., *Spunti sulla legge delega per la riforma organica delle procedure concorsuali: aspetti processuali*, in *Rivista delle Società*, 2018.
- GAMBI L., *La fase dell’allerta esterna nel Codice della crisi*, in *ilFallimentarista*, 15 maggio 2019.
- GENNARI G., *La business judgment rule e la clausola dell’adeguatezza degli assetti organizzativi*, in *SalvisJuribus*, 17 ottobre 2020.
- GUIDOTTI R., *La governance delle società nel codice della crisi di impresa*, in *ilCaso.it*, 9 marzo 2019.
- GUIOTTO A., *I sistemi di allerta e l’emersione tempestiva della crisi*, in *Il Fallimento*, 2019.
- GUIOTTO A., *I sistemi di allerta e l’emersione tempestiva della crisi*, in *il Fallimento*, aprile 2019.
- H. BURMAN-J.L. WESTBROOK, *“United Nations Commission on international trade law: Model Law on Cross-Border Insolvency” International Legal Materials*, vol. 36, no. 5, 1997, in *JSTOR*.
- HAYES A., *Business Judgment Rule*, in *Investopedia*, 25 marzo 2021
- INZITARI B., *Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica e allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Contratto e Impresa*, 2020.
- KENTON W., *Sensitivity Analysis*, in *Investopedia*, 28 maggio 2020.
- LAMANNA DI SALVO D., *La nuova S.R.L alla luce della riforma del diritto societario*, in *Diritto.it*, 14 ottobre 2004.

- LAMANNA F., *Il Codice concorsuale in dirittura d'arrivo con le ultime modifiche ministeriali al testo della Commissione Rordorf*, in *IlFallimentarista*, 17 ottobre 2018.
- LANDOLFI E., *Mai sentito parlare dell'Uncitral?*, in *diritto.it*, 1999.
- LEONARDI G., *Cos'è il sistema dei controlli interni*, in *Portale231*.
- LEONARDI G., *Le funzioni di controllo nel SCI*, in *Portale231*.
- M. P. FERRARI, *Business Judgement Rule: la responsabilità degli amministratori secondo la giurisprudenza*, in *il Quotidiano Giuridico*, 4 marzo 2021.
- MAROTTA F., *L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza: la nuova direttiva europea riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione*, in *ilCaso.it*, 2019.
- MAROTTA F., *L'armonizzazione europea delle discipline nazionali in materia di insolvenza*, in *ilCaso.it*, 17 aprile 2019.
- MIGLIORINI E., *Obbligo di segnalazione della crisi per i creditori pubblici qualificati*, in *Fiscomania.com*, 14 marzo 2020.
- MIRONE A., *L'organizzazione dell'impresa societaria alla prova del codice della crisi: assetti interni, indicatori e procedure di allerta*, in *Giappichelli.it*, 2020.
- MORRESI R. M. – URSO I., *La competenza del giudice e la legge applicabile nelle procedure d'insolvenza all'estero: il nuovo regolamento ue 2015/848*, in *MercatoGlobale.it*.
- NEGRI G., in *Imprese, risanamento anticipato*, in *ilSole24ore*, 5 agosto 2021.
- NEGRI G., *la Continuità aziendale è stella polare della riforma*, in *ilSole24ore*, 23 gennaio 2019.
- NICOLINI A., *Per la maggioranza delle Srl diventa obbligatoria la nomina dell'organo di controllo, da Codice della Crisi di impresa – il correttivo*, in *Il Sole24 ore*, Milano, marzo 2021.
- NUCCI G., *Un nuovo ruolo per l'internal audit*, in *riskcompliance.it*, 23 ottobre 2020.

- PACCHI S., *La Raccomandazione della Commissione UE su un nuovo approccio all'insolvenza anche alla luce di una prima lettura del Regolamento UE 848/2015*, in *Giust. Civ.*, 2015.
- PALMA L., *Ruoli e Responsabilità nel sistema di controllo interno nei modelli di amministrazione e controllo della società*, in *Odcec.roma.it*.
- PANDOLFO FIELDFISHER A., «*Codice della crisi di impresa: i debiti previdenziali segnalano la crisi*», in *Lavorosi*, 6 settembre 2019.
- PANIZZA A., *Adeguati assetti organizzativi, amministrativi e contabili: aspetti (teorici ed) operativi*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 11 agosto 2021.
- PANZANI L., *Allerta interna, indicatori ed indici. Alcune riflessioni sulla disciplina del codice della crisi e dell'insolvenza e sulla disciplina delle società a controllo pubblico*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, ne *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019.
- PANZANI L., *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della Proposta di Direttiva in tema di armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *IlCaso.it*, 2017.
- PANZANI L., *Conservazione dell'impresa, interesse pubblico e tutela dei creditori: considerazioni a margine della proposta di Direttiva in tema di Armonizzazione delle procedure di ristrutturazione*, in *ilCaso.it*, 11 novembre 2017.
- PANZANI L., *Il preventive restructuring framework nella Direttiva 2019/1023 del 20 giugno 2019 ed il codice della crisi. Assonanze e dissonanze*, in *DirittoBancario*, 14 ottobre 2019.
- PARISI M., *Fallimento. Al lavoratore retribuzione e contributi*, in *Consulentidellavoro*, 13 novembre 2019.
- PASINETTI F., *DSCR: cos'è, calcolo e perché è così importante nella gestione d'impresa*, in *money.it*.
- PERRONE A., *Nuova disciplina della "crisi d'impresa" e obbligo di segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati (agenzie fiscali e INPS): primissime riflessioni*, in *Riv. dir. trib.*, 30 ottobre 2019.
- PLATANIA F., *Gli obblighi di segnalazione previsti dall'art.15 del codice della crisi e dell'insolvenza a carico dell'Agenzia dell'entrate, una disarmonia*

- normativa fonte di possibili contenziosi, Principi generali, in Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, collana de I Quaderni di in eXecutivis, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019.*
- PROVINCIALI R., *Insolvenza Civile*, in *Enciclopedia del Diritto*, 1971.
 - RACUGNO G., *Gli indicatori della crisi di impresa*, in *DirittoFallimentaresocietà.it*, giugno 2019.
 - REGHIZZI Z.C., *Ue e disciplina dell'insolvenza (I parte) – la disciplina della giurisdizione in materia di: il REG. UE N. 2015/848*, in *Giur. It.*, 2018, 1.
 - RIVA P., *Gli attori della governance coinvolti nelle fasi di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2020.
 - ROSSI A., *Dalla Crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in *ilCaso.it*, 2019.
 - RUSSOTTO G., *Brevi note esegetiche sull'obbligo di segnalazione dell'Agenzia dell'Entrate*, in *IlCaso.it*, 6 giugno 2019.
 - SALVATO L., *Strumenti di allerta e di Composizione assistita della crisi di impresa (anche al tempo del Covid-19)*, in *Giust. civ.*, 16 aprile 2020.
 - SANZO S., *«Istanza di fallimento ed insolvenza prospettica: ovvero le regole della crisi prima che entri in vigore la disciplina dell'allerta»*, in *ilFallimentarista*, 18 ottobre 2019.
 - SERRA L., *Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI)*, in *Altalex*, 26 febbraio 2019.
 - SIDREA, *Le parole della crisi. La lettura degli aziendalisti italiani*, marzo 2021.
 - SISIA S., *Le modifiche introdotte dal Decreto Sostegni all'obbligo di segnalazione da parte di creditori qualificati e in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *ilFallimentarista*, 30 giugno 2021.
 - SOLDATI N., *Il Codice della crisi e dell'insolvenza un cantiere in continua evoluzione, da Codice della Crisi di impresa – il correttivo*, in *Il Sole24 ore*, Milano, marzo 2021.
 - SOLDATI N., *Le modifiche per dare attuazione alla disciplina europea, da Codice della Crisi di impresa – il correttivo*, in *Il Sole24 ore*, Milano, marzo 2021.
 - SOLDATI N., *Tra conferme e novità il CCI modificato in vigore dal 1° settembre*, in *ilSole24ore*, marzo 2021.

- SOTTORIVA C. – CERRI A., *Codice della crisi: il rinvio dell'applicazione degli obblighi di segnalazione ai tempi del Covid-19*, in *ilFallimentarista*, 13 marzo 2020.
- SPIOTTA M., *Ue e Disciplina dell'insolvenza (I Parte) – la continuità aziendale: una nuova stella polare per il legislatore*, in *Pluris*, 2018.
- TAVERNA R., *Arriva per le imprese il dovere del “successo sostenibile”*, in *ItaliaCircolare*, 31 marzo 2020.
- TERENCE M., *Crisi di impresa e insolvenza*, in *ilFallimentarista*, 30 luglio 2019.
- TERENCE M., *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed “indici di allerta” tra Legge Fallimentare e nuovo CCII*, in *ilFallimentarista*, 20 febbraio 2020.
- TERMINE I., *Insolvenza prospettica illustre sconosciuta*, in *IusLetter*, 13 novembre 2019.
- TERRANOVA G., *Insolvenza Stato di Crisi Sovraindebitamento*, Giappichelli Editore, Torino, 2013.
- VALERINI F., *Le tappe verso la piena operatività del nuovo codice della crisi d'impresa*, in *ilFallimentarista*, 16 marzo 2020.
- VECCHIONE L., *Lo stato di insolvenza e la c.d. “insolvenza prospettica”*, in *studiolegalevecchione.it*
- ZANICHELLI V., *il ruolo dell'OCRI nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, collana de *I Quaderni di in eXecutivis*, Carate Brianza (MB), 3 marzo 2019.
- ZANICHELLI V., *La segnalazione dei creditori pubblici qualificati: quod sine die debetur numquam debetur?*, in *IlCaso.it*, 26 marzo 2019.

Giurisprudenza

- Cass., sez. trib., 9 gennaio 2019, n. 375.
- Cass. Civ., sez. I, 4 luglio 2018, n. 17494.
- Cass., sez. I, 27 maggio 2015, n. 10952, in *ilCodicedeiConcordati*.
- Cass., sez. I, 09 novembre 2020, n. 25056.
- Cass., sez. I, 12 febbraio 2013 n. 3409.

- Cass., sez. I, 15 dicembre 2011, C-191/10, in *Curia*.
- Cass., sez. I, 20 ottobre 2011, C-396/09, in *Curia*.
- Cass., sez. I, 22 giugno 2017, n. 15470.
- Cass., sez. I, 24 marzo 1999, n 2772, in *ilCaso.it*.
- Cass., sez. I, 28 aprile 1997, n. 3652.
- Cass., sez. I, 31 agosto 2016, n. 17441, in *ilCaso.it*.
- Cass., sez. II, 10 luglio 2020, n. 14708, in *ilCaso.it*.
- Cass., sez. II, 18 settembre 2020, n.19556, in *ilCaso.it*
- Cass., sez. IV, 27 maggio 2010, n 12964, in *Unijuris*.
- Corte Cost., 7 marzo 2017, n. 86, in *www.giurcost.org*.
- Corte giust. CE (grande sezione), 21 gennaio 2010, C-444/07.
- Trib. Milano, 3 ottobre 2019, in *IlCaso.it*.
- Trib. Bologna, 19 maggio 2021, in *ilCaso.it*.
- Trib. Milano, 18 ottobre 2019, in *2086.it*.
- Trib. Milano, 21 ottobre 2019.
- Trib. Milano, 3 ottobre 2019, in *IlCaso.it*.
- Trib. Napoli Nord, 2018, in *ilCaso.it*.
- Trib. Rimini, 18 maggio 2020, in *ilForo.it*.
- Trib. Roma, 08 aprile 2020.
- Trib. Roma, 15 settembre 2020, in *Diritto24.ilsole24ore*.
- Trib. Roma, 24 settembre 2020.
- Trib. Torino, 29 settembre 2020, n. 3399 in *DeJure*.
- Trib. Venezia, 25 settembre 1956, in *JSTOR.org*.