

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO-BICOCCA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale a Ciclo Unico in Giurisprudenza



**LE PROCEDURE DI ALLERTA COME STRUMENTO DI
PREVENZIONE DELLA CRISI AZIENDALE.**

**Raccordo dell'ordinamento interno con il sistema comunitario
e comparazione con il modello francese**

Relatore: Chiar.mo Prof. Alberto VILLA

Correlatore: Dott. Roberto ALEMANNO

Tesi di Laurea di:

Martina Carlotta PAGANO

Matricola n. 790410

Anno accademico 2020-2021

Alla mia famiglia

*« Il y a donc deux faillites:
la faillite du négociant qui veut ressaisir les affaires,
et la faillite du négociant qui, tombé dans l'eau,
se contente d'aller au fond de la rivière »
(Honoré de Balzac, César Birotteau, 1837)*

INDICE

INTRODUZIONE	I
--------------------	---

CAPITOLO PRIMO

IL FENOMENO DELLA CRISI AZIENDALE: CAUSE E MANIFESTAZIONE ESTERNA

1. Le manifestazioni della crisi e le sue possibili cause	1
2. La <i>vexata quaestio</i> della definizione di crisi	5
3. La crisi alla luce dei progetti di riforma in materia fallimentare.....	11
4. Il riflesso della lacuna normativa sulla giurisprudenza.....	17
5. L' <i>occasio legis</i>	22
6. La necessità di un cambio di rotta: l'approdo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza	25
7. L'art. 2 CCII	30
8. Gli indici e gli indicatori della crisi	32
9. La continuità aziendale	39
10. La rinnovata importanza dell'adeguatezza degli assetti imprenditoriale	45

CAPITOLO SECONDO

LE PROCEDURE DI ALLERTA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

1. I lavori della Commissione Trevisanato	48
2. Caratteri generali del sistema di allerta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: il presupposto soggettivo e l'osservatorio permanente	53
3. L'allerta interna. Gli obblighi di segnalazione degli organi di controllo	57
4. L'allerta esterna. Gli obblighi di segnalazione dei creditori pubblici qualificati	62
5. Gli organismi di composizione della crisi d'impresa	65
6. L'audizione del debitore dinnanzi all'organismo di composizione della crisi d'impresa	70
7. Il procedimento di composizione assistita della crisi	75

CAPITOLO TERZO

RIFLESSIONE CRITICA DELLA DOTTRINA ITALIANA SULLE PROCEDURE DI ALLERTA

E LE MODIFICHE DETTATE DAL D.LGS. N. 147/2020

1. L'odisseica entrata in vigore del CCII	82
2. <i>Post fata resurgam</i> : riflessioni circa l'effettivo bisogno dell'introduzione del meccanismo di allerta	87
3. La necessità della nozione di crisi e le problematicità dei suoi indici	93
4. Le critiche mosse agli strumenti di allerta	100
5. Criticità del procedimento dinnanzi all'OCRI	105
6. L'intervento correttivo attraverso il d.lgs. n. 147/2020	111

CAPITOLO QUARTO

LA CORNICE NORMATIVA FORNITA DAL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

IN MATERIA DI CRISI D'IMPRESA

1. L'inerzia dell'imprenditore	118
2. I benefici dell'agire tempestivo	123
3. La comunicazione COM(2012) 742: un nuovo approccio al fallimento	124
4. Il rilancio dello spirito imprenditoriale	126
5. La raccomandazione 2014/135/UE della Commissione europea	130
6. La proposta di direttiva COM(2016) 723	133
7. La direttiva (UE) 2019/1023	138

CAPITOLO QUINTO

LE PROCEDURE DI ALLERTA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE

1. L'utilità di un'analisi comparata	143
2. L'allerta interna. Il procedimento di allerta dei revisori dei conti	147
3. <i>Segue</i> . Il diritto di allerta del comitato sociale ed economico	158
4. <i>Segue</i> . Il procedimento su iniziativa dei soci	161
5. L'allerta esterna. Il procedimento su iniziativa dei <i>groupement de prévention agréé</i>	164
6. <i>Segue</i> . Il potere di convocazione del presidente del tribunale	165
7. Lo studio comparato dell'allerta: considerazioni introduttive	169
8. Raffronto dei presupposti oggettivi	178
9. Considerazioni sulla legittimazione ad agire	193
10. <i>Segue</i> . Il differente ruolo dei tribunali e la parabola ascendente dell'allerta del <i>président du tribunal de commerce</i>	205

11. I possibili esiti del procedimento di allerta	215
12. Oltre la positivizzazione del <i>législateur</i> : uno sguardo alle <i>pratique spontanée</i> di prevenzione della crisi	220
CONCLUSIONI	223
BIBLIOGRAFIA	229
GIURISPRUDENZA ITALIANA	240
GIURISPRUDENZA FRANCESE	241

INTRODUZIONE

Da sempre gli studi giuridico-concorsuali hanno evidenziato l'incapacità delle imprese italiane di cogliere tempestivamente i segnali di crisi e promuovere autonomamente i processi di ristrutturazione precoce, anche in quanto il fallimento viene sovente percepito dagli imprenditori quale «male assoluto».

Nei primi anni duemila, il legislatore italiano, animato dalla volontà di novellare la materia concorsuale in modo da consentire le precoci emersione e gestione della crisi, aveva delineato meccanismi di allerta, i quali, se istituiti, avrebbero consentito di realizzare i suesposti obiettivi grazie all'allarme suonato dagli organi di controllo delle società e dalle amministrazioni pubbliche.

Gli ambiziosi – forse troppo, se considerati in relazione a quel dato periodo storico – tentativi di riforma non andarono, tuttavia, in porto.

Recentemente, in virtù della mai sopita e sempre più avvertita esigenza di superamento della crisi, è stato adottato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII), il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, il quale, sostituendosi alla previgente normativa fallimentare, segna una profonda cesura rispetto al passato. Ciò a cui ambisce l'intervento normativo non è un'espunzione quasi automatica delle imprese in difficoltà dal mercato, ma la preservazione di quelle che, malgrado una situazione di crisi, siano riuscite a risanarsi per tempo assicurando la continuità aziendale; tale obiettivo è stato realizzato anche attraverso l'auspicata introduzione degli strumenti di allerta.

Il cambio di rotta intrapreso dal legislatore risente della propulsione derivante dalle istituzioni dell'Unione europea, da sempre intente a riconoscere come il successo e il fallimento imprenditoriali rappresentino le due facce della realtà economica, nonché la vitale importanza di guardare agli imprenditori falliti con occhi scevri da stigmatizzazione, consentendo, da un lato, di sostenere le imprese in crisi per scongiurare il pericolo dell'insolvenza e, dall'altro, di attuare una politica di *second chance* per coloro che si fossero resi destinatari di una declaratoria fallimentare. Solamente in questo modo sarebbe possibile, invero, ridurre al minimo il pericolo di incorrere nel fallimento e, al contempo, stimolare i falliti a ripartire, assumendosi nuovamente il rischio d'impresa a beneficio non solo della propria realtà economica, ma dei lavoratori, degli investitori e dell'intera economia comunitaria.

Nel delineare l'assetto dell'allerta, il legislatore italiano si è trovato a confrontarsi con le esperienze normative di altri Paesi, più abituati a legiferare non solo in campo prettamente giuridico, ma anche in quello economico in un'ottica preventiva. Tra queste, è, senza dubbio, la soluzione alla crisi prospettata e attuata dall'ordinamento giuridico francese quella ad aver ispirato maggiormente l'intervento riformatore italiano: il legislatore transalpino, infatti, ha da tempo adottato nel proprio ordinamento giuridico delle *procédure d'alerte*, azionate da determinati soggetti, interni o esterni rispetto all'assetto imprenditoriale, affinché, richiamata l'attenzione dell'imprenditore circa l'esistenza di difficoltà economiche che la propria impresa sta attraversando, possano instaurare con quest'ultimo un dialogo in seno all'impresa stessa che punti a porre rimedio alla situazione prima che la crisi si inasprisca e subentri l'insolvenza.

Lo scopo primario che il presente lavoro si prefigge è, tuttavia, quello di dimostrare che, in realtà, ad aver fatto propria l'immagine delle procedure francesi sia stata più l'Unione europea che l'Italia e che, di conseguenza, sebbene l'*animus* che ha mosso il nostro legislatore e il *législateur* d'oltralpe sia identico, al pari della finalità che perseguono i due modelli, numerose siano le differenze che intercorrono tra questi ultimi. Volendo utilizzare un linguaggio più prettamente comparatistico, non si è trattato di un *legal transplant*, ossia del processo di circolazione di uno strumento giuridico che, in seguito, viene recepito, *sic et simpliciter*, in un altro Paese, ma, al contrario, il legislatore italiano, con spirito comune a quello del transalpino, si è dotato di un sistema proprio, volto all'efficiente andamento dell'attività imprenditoriale, al corretto funzionamento della concorrenza del mercato interno, nonché a rendere l'Italia un Paese maggiormente competitivo sotto il profilo economico.

Tale risultato sarà perseguito in modo sistematico e graduale, analizzando dapprima l'assetto dell'allerta interna ed esterna contenuto nel CCII, poi quello predisposto dal sistema giuridico francese, e, infine, addentrandosi a sottolineare dettagliatamente, sotto più profili, le divergenze presenti tra i due ordinamenti, dando contestualmente conto, di volta in volta, della conformità o meno dei due modelli rispetto ai principi che ispirano l'armonizzazione a livello comunitario.

Per ciò che concerne la struttura dell'analisi, si muoverà, in primo luogo, da brevi riflessioni circa le possibili cause della crisi d'impresa e degli stadi in cui si articola la sua evoluzione: preso atto dell'assenza di una nozione di crisi che aveva finora caratterizzato il nostro ordinamento giuridico, si discorrerà quindi del presupposto oggettivo che dà luogo allo svolgimento delle procedure di allerta,

nonché del modo in cui la crisi viene rilevata all'interno dell'organizzazione dell'impresa.

In seguito, dopo aver inquadrato i tentativi di riforma costituenti gli antecedenti legislativi del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e che hanno funto da modello per la redazione di quest'ultimo, si passerà a esaminare gli strumenti di allerta elaborati dalla Commissione Rordorf, unitamente agli organismi di composizione della crisi d'impresa e alla funzione che assolvono, ossia lo svolgimento dinnanzi a sé di un duplice procedimento, in prima battuta di mera audizione e, eventualmente, di composizione assistita della crisi.

Definito il dettato normativo italiano in merito all'allerta, si darà conto del fatto che, sebbene il CCII non sia ancora entrato in vigore nella sua interezza, la dottrina non si sia esentata dall'esprimere le proprie perplessità su alcuni aspetti degli strumenti di allerta, spingendosi, finanche, a sostenere l'inutilità delle misure *de quibus* in ragione dell'esistenza, nell'ordinamento previgente, di altri meccanismi che avrebbero, di per sé, già consentito di perseguire la tempestiva emersione della crisi.

Terminata l'analisi del modello concorsuale italiano, si volgerà l'attenzione al diritto fallimentare così come inquadrato dalle fonti del diritto dell'Unione europea, soffermandosi, in particolar modo, sulle raccomandazioni e direttive volte a far sì che gli Stati membri cui sono indirizzate possano garantire all'imprenditore un quadro normativo nazionale che consenta a quest'ultimo di ristrutturarsi precocemente, evitando l'insolvenza e senza, al contempo, arrestare la propria attività, dovendo prevedere la possibilità di accesso a uno o più strumenti di allerta.

Lo studio proseguirà poi con la disamina delle cinque procedure di allerta, attivabili internamente o esternamente all'impresa, introdotte oltralpe dalla *loi* 1° marzo 1984, n. 84-148.

Infine, dopo aver compiuto separatamente l'esame dei modelli di allerta italiano e francese, verranno raffrontati, in chiave comparatistica, i due sistemi, dando risalto alla diversa modalità con cui i legislatori nazionali hanno deciso di disegnarli e cercando di individuare le *rationes legis* alla base delle dissomiglianze evidenziate, dando atto, in conclusione, dell'esistenza nel sistema francese di alcuni meccanismi *preater legem* di «*traitement des difficultés des entreprises*».

CAPITOLO PRIMO

IL FENOMENO DELLA CRISI AZIENDALE: CAUSE E MANIFESTAZIONE ESTERNA

SOMMARIO: 1. Le manifestazioni della crisi e le sue possibili cause. – 2. La *vexata quaestio* della definizione di crisi. – 3. La crisi alla luce dei progetti di riforma in materia fallimentare. – 4. Il riflesso della lacuna normativa nella giurisprudenza. – 5. L'*occasio legis*. – 6. La necessità di un cambio di rotta: l'approdo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. – 7. L'art. 2 CCII. – 8. Gli indici e gli indicatori della crisi. – 9. La continuità aziendale. – 10. La rinnovata importanza dell'adeguatezza degli assetti imprenditoriali.

1. *Le manifestazioni della crisi e le sue possibili cause.*

La crisi aziendale è stata da sempre uno dei principali oggetti d'indagine della scienza economica, la quale si è ampiamente dedicata allo studio di tale fenomeno descrivendolo come un processo degenerativo, che pregiudica la vitalità dell'impresa, deteriorandola, e che rende la gestione aziendale non più in grado di seguire condizioni di economicità a causa della produzione di perdite di grave entità ⁽¹⁾.

Al fine di meglio tracciare l'evoluzione del ciclo della crisi, si è dunque cercato di suddividere quest'ultima in fasi, la cui gravità si acuisce progressivamente fino a sfociare nell'insolvenza conclamata, quando, ormai, il tempo è decorso inutilmente senza che si sia provveduto in alcun modo ad arrestare le difficoltà in cui l'impresa versa.

Partendo da una situazione di normalità dell'impresa, si è soliti distinguere quattro differenti fasi: declino, crisi, insolvenza e dissesto ⁽²⁾.

Il declino è la prima fase del fenomeno di degenerazione, momento in cui iniziano a manifestarsi i primi squilibri e inefficienze. L'impresa va incontro a

⁽¹⁾ Così L. GUATRI, *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986, p. 36.

⁽²⁾ Chi scrive ha optato per adottare la classificazione elaborata in L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995, benché, in realtà, tra gli economisti non vi sia concordanza nel definire gli stadi della crisi.

una perdita della capacità reddituale cui segue una riduzione del capitale economico. Si è di fronte, tuttavia, a un fenomeno di crisi ancora latente, per cui i fattori che hanno portato all'indebolimento dell'impresa si mantengono, sotto il profilo della pubblicità, ancora in seno alla stessa. Trattandosi del momento iniziale della crisi, è ancora possibile arrestare il declino e risanare la situazione economica ripristinando l'economicità della gestione, anche attraverso l'impiego delle sole risorse dell'imprenditore.

Al declino segue poi la fase della crisi *strictu sensu*, in cui l'equilibrio patrimoniale ed economico viene alterato: è un vero e proprio stato di instabilità, dovuto principalmente a rilevanti perdite di esercizio, economiche e di valore del capitale ⁽³⁾. È una fase dove la crisi operativa è divenuta manifesta, ancorché reversibile, comportando una diminuzione della capacità di accesso ai finanziamenti in ragione di un senso di sfiducia da parte della comunità finanziaria e, di riflesso, anche dei suoi interlocutori principali, *in primis* fornitori e clienti.

Segue poi l'aggravamento della crisi, ossia l'insolvenza, definita, in conformità all'art. 5, comma 2 l.fall., quale incapacità di fare fronte alle obbligazioni già contratte e prossime alla scadenza, avendo i fattori causali della crisi agito così a lungo e in profondità sulla situazione economica dell'impresa. In questo caso, il risanamento potrebbe essere ancora possibile, ma solo attraverso interventi più radicali, che coinvolgano, ad esempio, la gestione aziendale e strategica dell'impresa (c.d. *turnaround*).

La crisi, infine, potrebbe sfociare nell'ultimo stadio, il dissesto, caratterizzato da un disequilibrio talmente grave da impedire non solo qualsiasi forma di risanamento dell'impresa, ma anche il soddisfacimento dei creditori. L'equilibrio finanziario non può più essere ristabilito, mentre la normale operatività e la redditività dell'impresa sono ormai irreparabilmente compromesse. La situazione di *deficit* in cui l'impresa versa è divenuta ormai permanente, al punto da considerare quale unico scenario risolutivo possibile la liquidazione. A questo punto, se l'imprenditore optasse per la prosecuzione dell'esercizio d'impresa – si tratta di un'ipotesi astratta, posto che la continuazione dell'attività è divenuta concretamente impossibile – genererebbe

⁽³⁾ In FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *La continuità aziendale nella crisi di impresa*, documento del 15 ottobre 2015, in www.fondazionenazionaleecommercialisti.it, si sottolinea, tuttavia, l'importanza di una valutazione della crisi che tenga conto della natura operativa dell'impresa: una forte perdita finanziaria dovuta a un investimento speculativo (ad esempio, negli strumenti derivati), seppur rischi di rendere l'azienda insolvente, non identifica una crisi, laddove la realtà goda di buona salute economica. Da ciò si ricava che la crisi sia un concetto relazionale, che non può essere rappresentato sempre con valori assoluti e determinati.

solamente ulteriori costi, che andrebbero a pregiudicare ancor di più le possibilità dei creditori di essere soddisfatti.

Alla luce di quanto riportato, si osserva, in primo luogo, che crisi e insolvenza sono fasi diverse appartenenti a uno stesso processo: la prima anticipa la seconda, che ne costituisce un possibile sviluppo o una possibile manifestazione. La crisi, pertanto, non necessariamente conduce all'insolvenza, mentre quest'ultima ne è un effetto che incide sulla capacità di adempiere alle obbligazioni aziendali contratte ⁽⁴⁾.

Essa costituisce una fase non solo fisiologica della vita di un'impresa, ma anche reversibile: se rilevata in modo tempestivo, l'imprenditore può, attraverso interventi di risanamento, ripristinare una gestione di economicità (*rectius*, continuità economica) e consentire la sopravvivenza sia dell'organizzazione produttiva, sia dei posti di lavoro.

La crisi d'impresa, sulla base della appena esaminata evoluzione che può attraversare, difficilmente è frutto di un evento improvviso, repentino, drastico, ma, al contrario, è spesso riconducibile a uno o più fattori scatenanti, che espongono l'impresa a una maggiore vulnerabilità e, quindi, al rischio di incorrere nell'insolvenza.

Si distinguono, in particolare, due macrocategorie di cause della crisi: le cause esogene, dipendenti da eventi esterni e che rifuggono dal controllo dell'imprenditore, e le cause endogene, nascenti all'interno della stessa impresa e rispetto alle quali il margine di azione dell'imprenditore è decisamente più ampio, dal momento che ben può intervenire a porre rimedio, purché in tempi rapidi, alle difficoltà sorte *intra moenia*.

Tra le cause esogene si possono annoverare, a titolo esemplificativo, quelle che riguardano il mercato in cui l'impresa opera: la domanda di beni prodotti dall'impresa può, infatti, essere oggetto di contrazione, in ragione del fatto che l'imprenditore abbia perso una quota di mercato oppure che quest'ultimo sia ormai saturo ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Così CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Informativa e valutazione nella crisi di impresa*, documento del 30 ottobre 2015, in www.oldsite.commercialisti.it.

⁽⁵⁾ Sul punto, cfr. G. LAZOPPINA, *La crisi di impresa alla luce del nuovo sistema fallimentare*, in www.ilfallimentarista.it, 2019.

L'impresa potrebbe, altresì, essere in difficoltà in ragione dell'imprevisto incremento della domanda dei c.d. beni succedanei, ossia quei beni – ma la definizione e il principio sotteso si applicano anche con riferimento ai servizi – i quali, benché dotati di caratteristiche differenti rispetto a quelli presenti sul mercato, mirano a soddisfare il medesimo bisogno, per cui il consumatore potrebbe indirizzare il proprio consumo in modo diverso. Questo fenomeno è frequente soprattutto in quei mercati tradizionalmente monopolistici, caratterizzati da una

È evidente come, in questi casi, le cause della crisi sfuggono al controllo da parte degli organi societari e, quandonche accorti amministratori abbiano messo in atto misure preventive, l'imprenditore potrà agire solamente in un secondo momento, a danno avvenuto, basandosi soprattutto sulla capacità dell'impresa di adattarsi alle mutate condizioni del sistema.

Oltre alle cause esogene, un'impresa può trovarsi in una situazione di difficoltà sotto il profilo economico a causa di fattori che trovano la loro origine all'interno dell'impresa stessa, o meglio, a causa di inefficienze aziendali dovute principalmente a inerzia oppure a comportamenti poco attenti da parte dei soggetti operanti nell'azienda.

Tra queste rientrano le crisi di sovraccapacità, che prendono vita quando l'impresa ha una capacità produttiva eccedente rispetto alla quantità di beni domandati sul mercato; si genera, così, un *surplus* produttivo tanto più dannoso quanto più difficile e dispendioso risulti essere il ridimensionamento della struttura aziendale o la riconversione degli investimenti. In questo caso, l'imprenditore ha due modi tra loro alternativi per far rientrare la crisi: ridurre la propria azione imprenditoriale o acquisire nuove quote di mercato ⁽⁶⁾.

domanda molto elastica e fortemente sensibile alle variazioni di prezzo: dal momento che le imprese offrono prodotti tra loro simili, anche un leggero decremento del prezzo da parte dei *competitor* inciderà sulla domanda di beni, portando i consumatori di questi ultimi a preferire quelli di costo inferiore, posto che realizzano la medesima utilità: la perdita dei clienti – lo si ricorderà – è proprio uno degli effetti dell'erosione dei margini di redditività dell'impresa, che si manifesta nel secondo stadio della crisi.

Inoltre, meritano di essere ricordate quali cause esogene della crisi anche il progresso tecnologico (e la conseguente obsolescenza dei macchinari e strumenti impiegati, che necessitano, per essere sostituiti, di risorse patrimoniali di cui non sempre l'imprenditore dispone), eventuali calamità naturali, crisi economiche generate su scala globale – mai come adesso sentite dalle imprese – e anche mutamenti intervenuti sul piano giuridico, quali modifiche di trattati internazionali.

⁽⁶⁾ Così M. ROMANO, C. FAVINO, *Individuazione della crisi d'impresa e profili di informativa economica nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 987.

Sempre avendo riguardo alla produzione merceologica, è possibile che i beni e i servizi offerti dall'azienda siano ormai divenuti obsoleti e, come tali, meno richiesti: è la c.d. crisi da decadimento dei prodotti, data dall'incapacità dell'impresa di fare fronte all'inadeguatezza dell'offerta aziendale, mancando di rinnovare i suoi prodotti o, comunque, non riuscendo a farlo allo stesso ritmo con cui i rivali rendono più attuali e moderni i propri. L'effetto che ne deriva è la perdita di parte delle quote di mercato, nonché un assottigliamento dei margini tra il prezzo di vendita di bene e i costi sostenuti per produrlo.

Ancora, pur in presenza di un prodotto competitivo per caratteristiche e prezzo, l'imprenditore potrebbe non essere riuscito a commercializzarlo adeguatamente (c.d. crisi da errore di *marketing*), a causa di una errata scelta dei mercati di riferimento, di sbagli rispetto al *target* di utilizzatori, della disorganizzazione nella rete di vendita o della mancanza di un servizio *post-vendita*.

Un'ulteriore tipologia di crisi è quella derivante dall'incapacità di programmazione, intesa come incapacità, da parte dei *manager*, di organizzare la gestione dell'impresa nel medio-lungo

Molteplici possono essere, in conclusione, le ragioni che hanno condotto l'impresa a versare in uno stato di crisi e ciò si riverbera, negativamente, sulla possibilità di individuazione dell'origine del processo degenerativo da parte dell'imprenditore. Gli squilibri e le carenze summenzionate possono operare anche in modo congiunto e complementare, al punto che risulti particolarmente difficile, se non addirittura arbitrario, stabilire univocamente quale sia stata la causa «principe» che ha dato origine al fenomeno ⁽⁷⁾ e, in ultima istanza, arginarla con un intervento mirato.

Esaminato ciò che le scienze aziendalistiche intendono per «crisi», nonché le cause da cui questa può derivare, occorre analizzare il medesimo fenomeno dal punto di vista giuridico. I prossimi paragrafi saranno dunque deputati all'analisi della crisi di impresa così come intesa nell'ordinamento giuridico, per vedere se, e in quale misura, gli operatori del diritto abbiano attenzionato tale evento.

2. *La vexata quaestio della definizione di crisi.*

La nozione di crisi elaborata dalla Commissione Rordorf, ora contenuta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCII), è stata salutata dai commentatori della riforma come una delle *novità* più rilevanti introdotte dal decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, tuttavia sarebbe quantomeno inesatto reputare che il legislatore italiano e quello dell'Unione europea non abbiano circoscritto, neppure in chiave definitoria, l'ambito concettuale della crisi.

Nelle pagine che seguono si esamineranno dapprima le definizioni date dal legislatore nazionale con riguardo alla disciplina di altri rami del diritto e poi quelle del legislatore comunitario, per ultimare, più specificatamente, con l'analisi di quelle elaborate (*rectius*, che si è tentato di adottare) nell'ambito concorsuale.

periodo, individuando gli obiettivi da perseguire e le strategie atte a farlo: in questo caso, la capacità di anticipare gli eventuali cambiamenti che potrebbero occorrere nel settore in cui l'impresa opera consente di ridurre al minimo le possibilità che una simile crisi possa colpire quest'ultima.

Infine, la crisi può essere stata determinata dal fatto che l'imprenditore, disponendo di mezzi propri limitati ed esigue risorse, faccia un ricorso eccessivo al credito, determinando una crescita degli oneri finanziari che, riducendo gli utili o, addirittura, producendo perdite, compromettono la situazione patrimoniale dell'impresa.

⁽⁷⁾ Così L. GUATRI, *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, cit., p. 151 ss.

Il Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) ⁽⁸⁾, un organismo statale deputato a predisporre gli indirizzi della politica economica nazionale, promuovendo l'azione necessaria per l'armonizzazione della stessa con le politiche economiche degli altri Paesi dell'Unione europea (art. 16, comma 9 della legge 27 febbraio 1967, n. 48) aveva provveduto a disciplinare, con deliberazione n. 110 del 18 dicembre 2008, i criteri e le modalità di funzionamento del Fondo per il finanziamento agli interventi consentiti dagli orientamenti UE sugli aiuti di stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà ⁽⁹⁾, ora non più operativo.

Al punto n. 3, rubricato *Aiuti per la ristrutturazione*, il CIPE aveva stabilito che l'impresa in *stato di difficoltà* e, come tale, richiedente l'ammissione agli aiuti per la ristrutturazione, *non* avrebbe dovuto trovarsi in *stato di insolvenza* (par. 1) e che la stessa fosse tenuta a presentare, unitamente alla domanda, una serie di documenti tra cui figurava «un piano di ristrutturazione industriale alle condizioni di cui all'art. 3.2 degli orientamenti, accompagnato da un *piano di ristrutturazione dei debiti* che abbia i requisiti di cui all'art. 182-bis del regio decreto del 16.03.1942, n. 267» (par. 3, lett. e)).

Il CIPE aveva adottato un concetto di crisi che si distingueva dall'insolvenza, mutuando l'elaborazione compiuta dagli economisti circa gli stadi che può attraversare l'impresa, e che si poneva in netto contrasto con l'art. 160, comma 2 l.fall., introdotto dal legislatore con il decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273 e convertito, con modificazioni, nella legge 23 febbraio 2006, n. 51, volto a equiparare le due manifestazioni; si tratta, dunque, di un segno di «rottura» rispetto all'idea legislativa di allora, secondo cui la crisi lambiva anche l'insolvenza.

⁽⁸⁾ Il cui nome è stato recentemente oggetto di modifica in forza della legge 12 dicembre 2019, n. 141 («legge di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 14 ottobre 2019, n. 111, recante misure urgenti per il rispetto degli obblighi previsti dalla direttiva 2008/50/CE sulla qualità dell'aria e proroga del termine di cui all'articolo 48, commi 11 e 13, del decreto-legge 17 ottobre 2016, n. 189, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 dicembre 2016, n. 229»). Tale legge ha previsto l'introduzione dell'articolo 1-bis, rubricato *Coordinamento delle politiche pubbliche e per il raggiungimento degli obiettivi di sviluppo sostenibile*, che così recita: «Al fine di rafforzare il coordinamento delle politiche pubbliche in vista del perseguimento degli obiettivi in materia di sviluppo sostenibile indicati dalla risoluzione A/70/L.I adottata dall'Assemblea generale dell'Organizzazione delle Nazioni Unite il 25 settembre 2015, a decorrere dal 1° gennaio 2021 il Comitato interministeriale per la programmazione economica assume la denominazione di Comitato interministeriale per la programmazione economica e lo sviluppo sostenibile (CIPESS). [...]».

⁽⁹⁾ La nozione elaborata dall'Unione europea formerà oggetto di trattazione in seguito. Per ciò che qui rileva, essa è stata fatta propria dal CIPE.

Al contrario, in conformità con quanto stabilirà in seguito lo stesso legislatore di lì a breve con il già citato d.l. n. 273/2005, il decreto legislativo 20 giugno 2005, n. 122, recante disposizioni per la tutela dei diritti patrimoniali degli acquirenti degli immobili da costruire, a norma della legge 2 agosto 2004, n. 210, definiva la «*situazione di crisi*», ai fini dello stesso decreto, come la *situazione che ricorre nei casi in cui il costruttore sia sottoposto o sia stato sottoposto ad esecuzione immobiliare, in relazione all'immobile oggetto del contratto, ovvero a fallimento, amministrazione straordinaria, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa* (art. 1, lett. c)). Posto che il presupposto oggettivo del concordato preventivo era la crisi, mentre quello del fallimento e dell'amministrazione straordinaria era ed è ancor'oggi l'insolvenza, e che quello della l.c.a. è stabilito di volta in volta da singole leggi speciali, è evidente che il legislatore avesse scelto di non operare alcuna distinzione in merito, utilizzando uno stesso sostantivo per designare due stadi che si è visto essere, di fatto, diversi.

Merita di essere ricordato – proprio in vista dell'esame della nozione presente nel Codice – il fatto che il legislatore abbia adottato, in data 14 settembre 2015, il decreto legislativo n. 148, recante le «disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183». L'art. 21 prevede che l'intervento straordinario di integrazione salariale possa essere richiesto allorché la sospensione o la riduzione dell'attività lavorativa sia determinata da una delle seguenti causali: riorganizzazione aziendale; *crisi aziendale*, ad esclusione, a decorrere dal 1° gennaio 2016, dei casi di cessazione dell'attività produttiva dell'azienda o di un ramo di essa; contratto di solidarietà (comma 1). Il comma 3 specifica, poi, che il programma di crisi aziendale debba contenere un piano di risanamento volto a fronteggiare gli *squilibri di natura produttiva, finanziaria, gestionale o derivanti da condizionamenti esterni*; esso deve indicare, altresì, gli interventi correttivi da affrontare e gli obiettivi concretamente raggiungibili finalizzati alla continuazione dell'attività aziendale e alla salvaguardia occupazionale.

Infine, chi scrive non può prescindere dal soffermarsi sul fatto che il legislatore avesse pensato, negli anni Ottanta, di redigere un vero e proprio «Statuto dell'impresa» ⁽¹⁰⁾, per l'elaborazione del quale l'allora Ministro della

⁽¹⁰⁾ Lo schema di provvedimento, mai approvato dall'organo legislativo, era costituito da cinque titoli: a) l'impresa privata e l'impresa pubblica in regime di concorrenza; b) i gruppi di imprese; c) la tutela della libertà di concorrenza; d) la responsabilità dell'imprenditore; e) la crisi economica dell'impresa.

Giustizia Mino Martinazzoli aveva nominato un'apposita commissione presieduta dal Prof. Giuseppe Ferri.

La relazione al provvedimento ⁽¹¹⁾ evidenziava l'opportunità, in ragione della frequenza del fenomeno della crisi, di enunciare, data l'impossibilità di dettare una disciplina completa, almeno alcuni principi generali con riferimento sia all'ipotesi di *crisi temporanea e reversibile*, sia a quella di *crisi irreversibile*. La crisi riguardava essenzialmente l'impresa e *prescindeva da uno stato di insolvenza*, nonché se ne presupponeva un possibile superamento attraverso un piano di ristrutturazione predisposto dall'imprenditore e reso esecutivo dall'autorità giudiziaria sentiti gli interessati, da attuarsi, quindi, in cooperazione e con il sacrificio dei creditori.

L'art. 34, rubricato *Stato di crisi*, stabiliva che l'impresa, sia privata, sia pubblica, fosse in stato di crisi quando, *superata la fase di avviamento, i ricavi ordinari non fossero sufficienti a coprire i costi ordinari di gestione*, squilibrio che avrebbe dovuto *perdurare per almeno tre esercizi consecutivi* (comma 1); inoltre, esso non era eliminato da provvedimenti straordinari di gestione (comma 2) ⁽¹²⁾.

Dalla formulazione della norma si evince come la crisi reversibile avesse rilevanza esclusivamente aziendale e si identificasse, in primo luogo, con la situazione economica dell'impresa, allorché i ricavi fossero stati inferiori ai costi, e che avrebbe potuto sfociare, in seguito, in una crisi di natura finanziaria e patrimoniale ⁽¹³⁾ se tale squilibrio fosse perdurato per un triennio.

L'imprenditore, il quale intendesse realizzare il risanamento dell'impresa e ripristinare la redditività di quest'ultima, avrebbe potuto fare ricorso a una delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare, chiedendo che venisse accertato lo squilibrio, che ancora non si configurava quale stato di crisi ⁽¹⁴⁾: si tratta di una richiesta facoltativa che vedeva come *conditio sine qua non* proprio la mancanza di un effettivo stato di crisi. Se, invece, lo squilibrio si fosse protratto per almeno tre esercizi consecutivi, dando luogo a uno stato di crisi, diveniva

⁽¹¹⁾ M. SANDULLI, *Lo statuto dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1984, I, p. 150 ss.

⁽¹²⁾ Viceversa, lo stato di insolvenza, definito all'art. 36, si verificava, «a prescindere dal decorso del triennio di cui all'art. 34, comma 2», quando la crisi dell'impresa, pubblica o privata che sia, era irreversibile e, coerentemente con quanto disposto dall'art. 5, comma 2 l.fall., «l'imprenditore non era in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni», instaurandosi, nella maggior parte dei casi, una procedura essenzialmente liquidatoria.

⁽¹³⁾ Così R. MARINO, M. CARMINATI, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l.fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2015, p. 390 (e in www.ilcaso.it, 2015).

⁽¹⁴⁾ Mutuando la classificazione di Guatri di cui *supra*, si tratta dello stato di declino dell'impresa.

obbligatorio per l'imprenditore rivolgersi all'autorità giudiziaria affinché dichiarasse quest'ultimo e si potesse poi procedere con il risanamento ⁽¹⁵⁾.

Il legislatore comunitario ha, nondimeno, elaborato una definizione di impresa, o meglio, più precisamente, ha predisposto, oltre a una nozione meramente teorica, anche una serie di parametri per le imprese costituite in forma societaria, al superamento dei quali avrebbero potuto essere considerate in difficoltà.

Esse sono entrambe contenute nella Comunicazione della Commissione europea recante gli Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione delle imprese in difficoltà, che, come specificato al punto n. 1, furono adottati per la prima volta nel 1994 e poi modificati nel 1997, nel 1999, nel 2004 e infine nel 2014.

Precisato che le versioni del 1994 e del 1997 non riportano alcuna definizione dello stato di difficoltà ⁽¹⁶⁾, è opportuno analizzare, invece, il testo del 2014 ⁽¹⁷⁾, confrontandolo, ove vi siano differenze, con quello precedente del 2004 ⁽¹⁸⁾, dal momento che quest'ultimo riporta, *mutatis mutandis*, il dettato del 1999.

La Commissione, dopo aver constatato l'inesistenza di una definizione comunitaria di impresa in difficoltà, ritiene che, ai fini degli orientamenti, essa lo sia qualora, *in assenza di un intervento dello Stato, è quasi certamente destinata al collasso economico a breve o a medio termine*. Maggiormente articolata era la versione del 2004, dove si aggiungeva che l'impresa in difficoltà fosse quella *non in grado, con le proprie risorse o con le risorse che può ottenere dai proprietari e azionisti o dai creditori, di contenere le perdite che, in assenza dell'intervento esterno delle autorità pubbliche, l'avrebbero inevitabilmente condotta al collasso*.

⁽¹⁵⁾ Al contrario della crisi, l'insolvenza, incidendo sulle capacità di adempiere alle obbligazioni, aveva un'immediata rilevanza esterna, mentre la sua dichiarazione avrebbe dovuto essere richiesta dall'imprenditore e avrebbe potuto essere richiesta dai creditori o dal pubblico ministero, nonché pronunciata *ex officio* dal giudice: la disposizione riprende esattamente la precedente formulazione dell'art. 6, comma 1 del regio decreto n. 267/1942, che contemplava altresì la dichiarazione d'ufficio. La dichiarazione di insolvenza, infine, «importava la sottoposizione dell'impresa alle procedure giudiziali concorsuali liquidatorie secondo la tipologia prevista dalla legge» (art. 36, comma 3).

⁽¹⁶⁾ Esse prevedono solamente che gli aiuti possano essere dati quando il settore di attività in cui l'impresa opera sia nel suo complesso in difficoltà o soffra di sovraccapacità strutturale, nonché nei casi in cui l'impresa si trovi in una *grave situazione finanziaria, caratterizzata da una forte crisi di liquidità o da insolvenza tecnica*.

⁽¹⁷⁾ Modificato con la Comunicazione 2014/C 249/01, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 249 del 31 luglio 2014.

⁽¹⁸⁾ Modificato con la Comunicazione 2004/C 244/01, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea C 244 del 1° ottobre 2004.

A entrambe le definizioni segue l'elenco dei parametri volti a definire lo stato di difficoltà delle imprese costituite in forma societaria sulla base della situazione patrimoniale e finanziaria delle stesse ⁽¹⁹⁾.

Merita un accenno, infine, il fatto che la proposta di direttiva della Commissione COM(2016) 723, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE ⁽²⁰⁾, riprende il concetto di «probabilità di insolvenza», già introdotto dalla Raccomandazione 2014/135/UE della Commissione del 12 marzo 2014, senza, tuttavia, provvedere a definirlo. La commissione giuridica del Parlamento europeo, chiamata a esaminare il testo *de quo*, aveva suggerito di introdurre ⁽²¹⁾, all'art. 2, contenente le definizioni valide ai fini della direttiva, un nuovo numero, il n. 2-bis, ove si sarebbe dovuto specificare che per probabilità di insolvenza si dovesse intendere «una situazione in cui il debitore non è insolvente in base al diritto nazionale, ma in cui *pesa una reale e seria minaccia sulla sua capacità*

⁽¹⁹⁾ Nel caso delle s.r.l., è in difficoltà la società che abbia perso più della metà del capitale sociale sottoscritto a causa di perdite cumulate; il testo del 2004 aggiungeva un ulteriore parametro, ora rimosso, ossia che la perdita di più di un quarto di tale capitale dovesse intervenire nel corso degli ultimi dodici mesi.

Circa le società in cui almeno alcuni dei soci abbiano la responsabilità illimitata per i debiti della società, l'impresa è in difficoltà se ha perso più della metà dei fondi propri, quali indicati dai conti della società, a causa di perdite cumulate; ancora una volta, nel 2004 si precisava che la perdita di più di un quarto di capitale sarebbe dovuta avvenire nel corso degli ultimi dodici mesi.

Ancora, l'impresa è in difficoltà se è oggetto di procedura concorsuale per insolvenza o soddisfa le condizioni previste dal diritto nazionale per l'apertura nei suoi confronti di una tale procedura su richiesta dei suoi creditori. È evidente come crisi e insolvenza siano intese (*rectius*, siano suscettibili di essere intese) come sinonimi.

Nel 2014 è stato aggiunto un nuovo requisito, secondo il quale un'impresa, diversa da una PMI, è in difficoltà qualora, negli ultimi due anni, si siano cumulate le seguenti condizioni: il rapporto debito/patrimonio netto contabile è stato superiore a 7,5 e il quoziente di copertura degli interessi dell'impresa (EBITDA/interessi) è stato inferiore a 1,0.

Non è ammessa a beneficiare degli aiuti – e, pertanto, si ricava *a contrario* che non costituisca impresa in difficoltà – l'impresa di recente costituzione, malgrado la precarietà della sua situazione finanziaria iniziale, ossia quanto non siano ancora decorsi tre anni dall'avvio dell'attività nel settore interessato.

Infine, la Commissione si cura di specificare che un'impresa facente parte di un gruppo più grande o che venga da esso rilevata non possa beneficiare degli aiuti di Stato, salvo che si riesca a dimostrare che le sue difficoltà siano intrinseche e non risultino da una ripartizione arbitraria dei costi all'interno del gruppo, e che siano troppo gravi per essere risolte dal gruppo stesso (la parte attrice è gravata, pertanto, da un onere della prova ben pesante e particolareggiato).

⁽²⁰⁾ Per la cui disamina, nonché per quella della conseguente direttiva, si rinvia *infra* cap. IV.

⁽²¹⁾ Così precisano P. DE CESARI, G. MONTELLA, *Osservatorio internazionale sull'insolvenza – la relazione della Commissione del Parlamento UE sulla proposta di direttiva della Commissione del 22 novembre 2016*, in *Fallimento*, 2018, p. 1350.

futura di pagare i debiti in scadenza», che ben si sarebbe conciliata con la definizione di insolvenza presente nell'ordinamento giuridico italiano. Ciononostante, la direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio non ha recepito l'indicazione della Commissione giuridica, limitandosi a disporre all'art. 2, comma 2 che, ai fini della stessa, i concetti di «insolvenza», «probabilità di insolvenza» e «micro, piccole e medie imprese» debbano essere intesi come definiti *ai sensi del diritto nazionale*.

3. *La crisi alla luce dei progetti di riforma in materia fallimentare.*

L'esame si concentra ora sui tre tentativi di riforma delle procedure concorsuali elaborati nei primi anni duemila e che non sono mai stati oggetto di approvazione da parte del Parlamento.

Questi progetti di legge erano accumulati, oltre che dalla presenza di una nozione di crisi, dalla volontà di rivoluzionare le procedure concorsuali; gli scopi da perseguire erano, infatti, l'abbandono in via definitiva della legge fallimentare e la sostituzione delle procedure ivi contenute con altre, aventi natura anticipatoria dell'insolvenza oppure volte alla composizione negoziale della crisi ⁽²²⁾ per poter risanare l'impresa garantendone la continuità economica.

I primi due furono approntati uno dal Ministero della Giustizia – si tratta del disegno di legge n. 7458, recante la delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi e presentato in aula alla Camera dei deputati il 24 novembre 2000 – e l'altro dal gruppo parlamentare dei Democratici di Sinistra – è la proposta di legge n. 7497 presentata il 14 dicembre 2000.

Entrambi muovevano dalle stesse considerazioni ⁽²³⁾, secondo cui la legge fallimentare, ispirata a una sostanziale finalità liquidatoria delle imprese insolventi e a una accentuata tutela dei diritti dei creditori, non era mai stata modificata e la finalità recuperatoria delle procedure minori aveva finito col trovare una collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento, concretizzandosi nell'impossibilità per l'imprenditore immeritevole di beneficiare delle procedure di amministrazione controllata o di concordato preventivo. Al fine

⁽²²⁾ Come appare evidente *ictu oculi*, l'attuale formulazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza riecheggia ampiamente quella in uso nei progetti.

⁽²³⁾ Ciò è vero al punto che il discorso introduttivo tenuto in aula e poi riportato sugli atti parlamentari è pressoché identico: tale rilievo non deve stupire non solo in ragione del fatto che i due progetti mirassero a raggiungere il medesimo obiettivo, ma anche delle ravvicinate tempistiche con cui sono stati presentati, dal momento che l'uno segue l'altro dopo sole tre settimane.

di assicurare la crescita e la competitività delle imprese, si era resa necessaria la costituzione di procedure concorsuali efficienti, che riuscissero, da un lato, a massimizzare il valore dell'impresa e, dall'altro, a ridurre i costi e i tempi di svolgimento delle stesse.

Il disegno di legge-delega predisposto dal Governo contemplava due procedure: la procedura di crisi e quella unitaria di insolvenza volta a sostituire le procedure di fallimento, concordato preventivo, amministrazione controllata e liquidazione coatta amministrativa. Per quanto riguarda la prima, quella di cui interessa in questa sede, essa era tesa ad ancorare il presupposto del concorso collettivo a un momento anteriore rispetto all'insolvenza, scelta apparsa – si legge nell'atto parlamentare – di non facile attuazione, a causa della difficoltà di percepire l'esatto istante prodromico al dissesto.

Proprio al fine di segnare una cesura con il passato, il Governo aveva provveduto a fornire, per la prima volta in ambito concorsuale, una nozione di crisi, definita, ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. e), quale situazione caratterizzata dalla presenza di «*sintomi di squilibrio patrimoniale, economico o finanziario tali da determinare pericolo di insolvenza*» ⁽²⁴⁾. Dal momento che tali segnali – si diceva – avrebbero potuto essere percepiti unicamente all'interno dell'impresa ⁽²⁵⁾, l'apertura della *procedura anticipatoria della crisi* non avrebbe potuto che dipendere dall'iniziativa del debitore, sul quale sarebbero ricadute anche le conseguenze di carattere penale nell'eventualità in cui non avesse posto in essere un tempestivo intervento giudiziale volto ad arginare la situazione di anormalità.

La lett. f) proseguiva affermando che, in ragione del motivo appena esaminato (*id est*: la mancata manifestazione della crisi all'esterno dell'impresa), l'imprenditore, oltre a presentare richiesta formale all'autorità giudiziaria per l'apertura di una procedura di risanamento, avrebbe dovuto predisporre da sé il programma di quest'ultimo, avendo riguardo di precisare anche le modalità con cui avrebbe inteso adempiere ai rapporti obbligatori ⁽²⁶⁾.

⁽²⁴⁾ G. DE FERRA, *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I, p. 196, sottolinea come il legislatore delegante avesse voluto richiamare il paragrafo 18 della legge tedesca sull'insolvenza, l'*Insolvenzordnung (InsO)*, la quale prevede l'apertura della procedura di insolvenza su richiesta del debitore che denunci, e presumibilmente dimostri, il *rischio di insolvenza*.

⁽²⁵⁾ Si noti come si intendesse differenziare la crisi dall'insolvenza non solo rispetto al diverso grado di gravità, ma anche, tenuto conto della definizione di cui all'art. 5 l.fall., rispetto alla manifestazione delle stesse.

⁽²⁶⁾ In altri termini, il Governo aveva reputato che, in presenza di uno stato di crisi, fosse inevitabile affidare all'imprenditore anche le scelte operative più opportune per poterlo superare, dato che si presumeva egli avesse la migliore conoscenza dei rimedi interni ed esterni di cui si sarebbe avvalso.

La lett. i) prevedeva che il Governo avrebbe dovuto provvedere a disciplinare i requisiti formali e le condizioni di ammissibilità dell'istanza di risanamento, ai fini di assicurare la serietà del piano e la verifica dello stesso, in particolare per quanto atteneva alla regolare tenuta della contabilità dell'impresa, condizione necessaria per avere un reale quadro dell'esposizione debitoria dell'istante, nonché riguardo alla copertura delle spese di procedura ⁽²⁷⁾.

La proposta di legge-delega presentata dal gruppo parlamentare DS prevedeva due procedure concorsuali: la procedura di ristrutturazione delle passività e quella di insolvenza ⁽²⁸⁾. La procedura di ristrutturazione delle passività si limitava a dettare una cornice normativa nella quale il giudice svolgeva un ruolo di garante della corretta formazione ed esecuzione di un accordo tra debitori e creditori: essa consentiva di conservare il valore dell'impresa e di adattare i contenuti dell'accordo alle caratteristiche specifiche del singolo caso concreto, adeguando anche le modalità con cui raggiungere gli obiettivi da perseguire ⁽²⁹⁾.

Il presupposto oggettivo per l'accesso alla procedura di ristrutturazione era stato definito, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b), in modo piuttosto infelice: esso avrebbe potuto essere costituito sia dalla *temporanea difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni*, sia dallo *stato di insolvenza attuale o imminente*. Tale scelta puntava a consentire di ampliare al massimo le possibilità di ricorso del debitore alla procedura, ma è evidente come, di fatto, rendesse quest'ultima depotenziata di quel carattere anticipatorio che i deputati sembravano *propriis verbis* voler propugnare e, conseguentemente, smussasse le probabilità di recupero dell'impresa.

⁽²⁷⁾ All'imprenditore che avesse presentato domanda sarebbe rimasta affidata, di regola, la gestione dell'impresa e avrebbe beneficiato del divieto, posto in capo ai creditori, di esercitare azioni esecutive individuali (lett. o)). Il piano di risanamento, approvato preliminarmente dai creditori, veniva poi omologato dal tribunale con sentenza e avrebbe dovuto essere eseguito, sulla base di quanto disposto dalla lett. v), in un congruo termine, non superiore a due anni. Nell'eventualità in cui la procedura di crisi non potesse essere utilmente continuata, la lett. q) prevedeva che il giudice avrebbe dovuto disporre la sua cessazione e dichiarare lo stato di insolvenza.

⁽²⁸⁾ A corredo di queste, si collocava la disciplina degli accordi stragiudiziali, a loro volta detti *accordi di composizione negoziale della crisi*, aventi lo scopo e l'effetto di consentire all'imprenditore di superare lo stato di crisi e che non si configuravano quale intervento autoritativo, bensì si limitavano a dare certezza e convenienza agli accordi volti a eliminare la crisi. Qualora l'accordo avesse concretamente perseguito il risanamento, esso avrebbe ottenuto un *placet* da parte dell'autorità giudiziaria, concesso su certificazione di un esperto.

⁽²⁹⁾ Anche in questo caso, l'imprenditore sarebbe stato posto al riparo da qualsiasi iniziativa esecutiva individuale dei creditori e avrebbe potuto mantenere l'amministrazione del proprio patrimonio dal momento che è in possesso delle informazioni più idonee a valorizzarlo negli interessi dei creditori.

Benché i due progetti non furono infine approvati ⁽³⁰⁾, essi costituirono un importante antecedente legislativo per la Commissione Trevisanato, la quale li impiegò come base di partenza per elaborare i propri testi di riforma della materia concorsuale.

Ai lavori compiuti dalla commissione presieduta dall'Avv. Sandro Trevisanato, tuttavia, la sorte non arrise e l'idea di un portare a compimento una riforma organica naufragò presto, in ragione delle profonde diversità di vedute dei suoi componenti, che portarono la stessa a scindersi e a presentare due progetti ⁽³¹⁾, uno redatto dalla maggioranza e un altro firmato dalla minoranza, nessuno dei quali contemplava però una nozione di crisi.

A questo punto, si tentò di percorrere una nuova strada, istituendo la c.d. Commissione Trevisanato ristretta, una seconda commissione composta da un minor numero di membri nella speranza, mal riposta, che questo ulteriore progetto di riforma potesse finalmente giungere in Parlamento e ivi ottenere l'approvazione. Il testo elaborato conteneva, unitamente a una procedura di liquidazione, una procedura di composizione concordata della crisi, volta a sostituire le procedure di amministrazione controllata e concordato preventivo e a porre a disposizione di ogni imprenditore, che si trovasse in serie difficoltà, uno strumento che gli consentisse di proporre ai creditori un accordo più vantaggioso della liquidazione concorsuale ⁽³²⁾. L'art. 13, rubricato *Presupposti oggettivi e soggettivi*, prevedeva che l'imprenditore potesse accedere alla procedura di composizione concordata qualora fossero sussistiti, congiuntamente, tre requisiti: a) l'iscrizione nel registro delle imprese; b) la mancata sottoposizione a una procedura di liquidazione concorsuale oppure il mancato ricorso a una procedura concordata della crisi nei tre anni precedenti; c) una *situazione economica come definita nell'articolo 2, lettere h) e i)*. L'art. 2 identificava la crisi come «*situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*» (lett. h)) e lo stato di insolvenza come

⁽³⁰⁾ L. PANZANI, *La riforma delle procedure concorsuali: due soluzioni a confronto*, in *Fallimento*, 2001, p. 129 ss., individua una possibile ragione nel fatto che gli stessi erano stati presentati quasi al tramonto della XII legislatura.

⁽³¹⁾ Sul punto si tornerà più diffusamente *infra* cap. II, § 1.

⁽³²⁾ Così A. JORIO, S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, a cura di Jorio e Fortunato, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 269, Milano, 2004, p. 7 ss.

La domanda di accesso avrebbe dovuto essere accompagnata, ancora una volta, da un piano di soluzione della crisi, che sarebbe stato approvato quando avesse ottenuto il consenso dei creditori rappresentanti la maggioranza assoluta dei crediti; naturalmente, la fase terminale della procedura era data dall'omologazione da parte del tribunale.

«situazione in cui l'imprenditore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni» (lett. i)).

La Commissione Trevisanato aveva, quindi, mutuato, *mutatis mutandis*, la definizione già elaborata in precedenza nel progetto di legge n. 7458 del Governo e aveva contemplato per la procedura di composizione della crisi un presupposto oggettivo che delineava una situazione che non avrebbe ancora determinato una crisi irreversibile (*id est*: l'insolvenza), tale per cui l'imprenditore, pur facendo ancora fronte alle proprie obbligazioni, avrebbe incontrato difficoltà di natura economica, patrimoniale o finanziaria suscettibili di essere ancora superate mediante un accordo con i propri creditori ⁽³³⁾.

Come si è avuto modo di vedere in precedenza, è al decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni utili nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale, che si deve l'introduzione, per la prima volta, di un nuovo termine, «lo stato di crisi». L'art. 2, rubricato allora *Disposizioni in materia fallimentare, processuale civile e di libere professioni*, prevedeva al comma 1, lett. d) che al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 fossero apportate talune modifiche, tra cui la sostituzione del precedente testo dell'art. 160 l.fall. nei seguenti termini: «L'imprenditore che si trova in uno *stato di crisi* può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere varie modalità di attuazione ⁽³⁴⁾». La crisi era così diventata il presupposto oggettivo del concordato preventivo, nonché degli accordi di ristrutturazione che lo stesso decreto-legge aveva provveduto a disciplinare per la prima volta nel nuovo art. 182-bis l.fall. Il decreto è stato poi convertito nella legge 14 maggio 2005, n. 80, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 111 dello

⁽³³⁾ In senso contrario, si veda A. JORIO, S. FORTUNATO, *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, a cura di Jorio e Fortunato, cit., p. 7 ss., dove gli Autori avvalorano la tesi che vede la crisi essere intesa *latu sensu*. La crisi avrebbe, infatti, una portata ben più ampia rispetto a quella prevista per le procedure che la stessa sarebbe stata chiamata a sostituire (amministrazione controllata e concordato preventivo). Non si porrebbe, quindi, alcun limite rispetto all'intensità della crisi, la quale potrebbe persino raggiungere lo stadio dell'insolvenza irreversibile.

⁽³⁴⁾ Si tratta, segnatamente, di: a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato a un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate a essere attribuite ai creditori per effetto del concordato; c) la suddivisione dei creditori in classe secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

stesso giorno e vigente da quello successivo, confermando la modificazione dell'art. 160.

L'intervento del legislatore ha tuttavia avuto, come unico «merito», quello di riconoscere l'esistenza di un possibile «stato di crisi» e introdurre in un testo di legge vigente tale locuzione, dal momento che non ha provveduto in alcun modo a definire positivamente cosa debba intendersi per crisi. Ciò ha portato alla nascita di un aspro dibattito dottrinale rispetto all'effettiva distinzione tra stato di crisi e stato di insolvenza: da un lato, infatti, vi erano quei giuristi che consideravano la crisi alla stregua di sinonimo dell'insolvenza (la quale, prima della riforma, costituiva il presupposto di apertura della procedura di concordato), nel senso che la seconda rappresentava una fase – quella finale – della prima, mentre dall'altro vi era chi sottolineava come il fatto che il legislatore avesse adottato due termini diversi avrebbe dovuto essere interpretato come una risolutiva differenziazione tra i due concetti, che si sarebbero allora posti in un rapporto di alternatività l'uno all'altro ⁽³⁵⁾, anche in virtù della considerazione per la quale, diversamente opinando, non si sarebbe reso necessario alcun intervento di modifica.

La risoluzione di questa *vexata quaestio* non era rilevante meramente da un punto di vista terminologico e del principio generale – l'idea di uno stato di crisi in sé considerato – a essa sotteso, poiché si rifletteva anche sotto il profilo processuale: era necessario stabilire, infatti, se avessero potuto accedere al concordato preventivo, così sottraendosi all'assoggettamento alla procedura del fallimento e conservando inalterato il proprio valore pur soddisfacendo il ceto creditorio, unicamente le imprese che avessero versato in uno stato di crisi oppure anche quelle, come tra l'altro accadeva *ante* riforma, che si fossero trovate in stato di insolvenza.

Il legislatore decise così di adottare una norma di interpretazione autentica, operando un intervento chiarificatore per ciò che concerneva l'ambito processuale, ma nient'affatto utile a definire *expressis verbis* cosa dovesse intendersi con il termine «stato di crisi». Il decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273 (c.d. decreto «Milleproroghe»), poi convertito con modificazioni dalla legge 23 febbraio 2006, n. 51, aveva previsto, all'art. 36, rubricato – già a palesare l'*intentio legis* al di là di ogni dubbio – *Equiparazione dello stato di crisi a quello di insolvenza*, che, dopo il comma 1 dell'art. 160 l.fall., fosse aggiunto un nuovo

⁽³⁵⁾ A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 4^a ed., Bologna, 2017, p. 357 ss., sottolineano acutamente come, in realtà, anche tra i sostenitori di quest'ultima tesi vi fosse una «lotta interna» rispetto al significato da attribuire al termine «crisi»: la concordanza nel distinguere la crisi dall'insolvenza non comportava un'omogeneità di interpretazione rispetto alla prima.

comma, a mente del quale per stato di crisi, ai fini di cui al comma precedente, si intendeva anche lo stato di insolvenza ⁽³⁶⁾. Per crisi si sarebbe dovuto intendere, quindi, una categoria di portata generale, ampia al punto da farvi ricomprendere anche l'insolvenza, quale stadio maggiormente grave, consentendo così anche all'imprenditore insolvente il ricorso alla procedura di concordato preventivo per soddisfare la doppia finalità a cui è deputato – satisfattiva, in misura percentuale, nei confronti dei creditori e conservativa del valore dell'impresa.

In conclusione, prima della riforma approntata dalla Commissione Rordorf, lo stato di crisi era da intendersi come comprensivo «sia dell'insolvenza vera e propria, sia di quelle situazioni ad essa prodromiche o finite che insolvenza ancora non sono» ⁽³⁷⁾, in considerazione della graduazione delle situazioni che possono colpire l'impresa.

4. *Il riflesso della lacuna normativa sulla giurisprudenza.*

La mancata «positivizzazione» della nozione di crisi e la mai sopita discussione in seno alla dottrina sul punto si sono, inevitabilmente, riverberate sul formante giurisprudenziale, che spesso individua modalità nuove di «rilettura» delle disposizioni giuridiche (c.d. interpretazione evolutiva), elaborate in sede ermeneutica ⁽³⁸⁾, che non mancano di andare a formare orientamenti giurisprudenziali suscettibili di consolidarsi nel tempo, finanche di essere, talvolta, recepiti dal legislatore nazionale mediante interventi di novellazione delle norme già presenti nell'ordinamento giuridico.

Per quanto riguarda la nozione di crisi, i giudici non si sono spinti a coniare una definizione, avendo, invece, preferito adagiarsi su quanto disposto dal legislatore del 2006. La magistratura, chiamata a verificare la sussistenza dei presupposti oggettivi per l'accesso alle procedure, si è perciò limitata a fare propria l'idea che crisi e insolvenza si pongano in rapporto di *genus a species* ⁽³⁹⁾, la seconda ricompresa nella prima.

⁽³⁶⁾ Sulla base dell'attuale dettato normativo, tale comma non è più il secondo, ma il terzo, dal momento che il legislatore è intervenuto ad inserire un nuovo comma, il secondo per l'appunto, con il decreto correttivo n. 169/2007.

⁽³⁷⁾ Così S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 50 (e in www.ilcaso.it, 2019).

⁽³⁸⁾ Fermo restando, naturalmente, l'invalidabile limite della sottoposizione dei giudici alla legge, su cui riposa la legittimazione del potere giurisdizionale.

⁽³⁹⁾ Questa la formula utilizzata da Trib. Monza, sez. III, 11 giugno 2013, in www.dejure.it. In senso simile, anche Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 56,

In alcuni casi, essa si è avvalsa del binomio reversibilità/irreversibilità per distinguere la crisi dall'insolvenza⁽⁴⁰⁾, nonché della distinzione, già esaminata in precedenza, elaborata dalla scienza aziendalistica, in merito alla quale «stato di crisi e stato di insolvenza possono rappresentare una mera distinzione di grado della medesima crisi economica»⁽⁴¹⁾.

Ancora, parte della giurisprudenza ha talvolta applicato, al fine di delineare cosa debba intendersi per crisi, il concetto di *rischio di insolvenza*, muovendo dal presupposto che l'art. 160, ultimo comma l.fall. chiarisce che per stato di crisi si intenda anche lo stato di insolvenza, ossia la situazione economica non transitoria nella quale l'imprenditore non è più in grado di fare fronte regolarmente e con mezzi normali alle proprie obbligazioni per il venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla propria attività.

Da ciò consegue che lo stato di crisi non può che atteggiarsi con «connotati di minore gravità» e riguarda, quindi, tutte quelle *situazioni che sono*

per cui, in materia di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo, lo «stato di crisi» può ricorrere tanto nella situazione di stato di insolvenza dell'imprenditore quanto nelle diverse situazioni di squilibrio economico o di difficoltà finanziarie non ancora sfociate nell'insolvenza; Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 169, in cui il giudice precisa che, ai fini dell'ammissione al concordato, il giudizio deve riguardare la sussistenza di uno «stato di crisi» dell'impresa, stato non meglio definito, ma nel quale possono essere ricomprese tutte quelle situazioni di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, sia che esse si siano già tradotte, sia che non si siano ancora tradotte nello stato di insolvenza irreversibile rilevante ex art. 5 l.fall.

Ancora più *tranchant* (e, ad avviso di chi scrive, piuttosto distorto, alla luce delle espressioni utilizzate) Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006, in *Fallimento*, 2006, 608, secondo il quale lo «stato di crisi» va inteso come *sinonimo di insolvenza*, comprensivo sia dell'insolvenza reversibile (temporanea difficoltà ad adempiere), sia di quella irreversibile di cui all'art. 5 l.fall.

⁽⁴⁰⁾ Così Cass. civ., sez. I, 6 maggio 2010, n. 11012, in www.studiolegale.leggiditalia.it. Nel caso di specie, una s.n.c. e i soci illimitatamente responsabili avevano presentato ricorso in cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Napoli che respingeva il gravame contro la declaratoria fallimentare, deducendo che la società non versasse in una crisi irreversibile, ma si trovasse semplicemente in una situazione di temporanea difficoltà ad adempiere. La Suprema Corte ha inizialmente ripreso un orientamento consolidato in base al quale la temporanea difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni e lo stato di insolvenza costituiscono due gradazioni del medesimo fenomeno economico, la crisi d'impresa, con la differenza che nel primo caso la crisi si presenta come *reversibile*, nel secondo come *irreversibile e definitiva*. La società *de qua* non era stata in grado di adempiere le obbligazioni maturate in un biennio e non aveva rispettato i piani di rientro dell'esposizione debitoria, al punto che, in sede di insinuazione al passivo, erano state proposte trentadue domande, tra cui figuravano quelle degli istituti bancari e dell'INAIL. Infine, la chiusura della procedura fallimentare in un termine di poco superiore a dodici mesi per assenza di passivo, cui erano conseguiti la vendita dei beni di famiglia e finanziamenti di familiari o terzi, deponeva a favore dell'impossibilità dell'impresa, prima della dichiarazione del fallimento, di fare fronte alle obbligazioni assunte e quindi dell'esistenza di una crisi irreversibile e definitiva.

⁽⁴¹⁾ *Verbatim*, in tema di *consecutio proceduram*, Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2019, n. 15724, in www.laleggepertutti.it, alla quale si conformano Cass. civ., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 32997 e Cass. civ., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 2426, entrambe in www.dejure.it.

potenzialmente idonee a sfociare nell'insolvenza medesima ⁽⁴²⁾, considerazione, questa, che ben può essere fondata sulla base di un *giudizio prognostico* ⁽⁴³⁾; per ragioni di completezza espositiva, è opportuno rilevare, tuttavia, come non manchino anche giudici che si discostino da tale linea di pensiero ⁽⁴⁴⁾.

⁽⁴²⁾ Così Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 570.

Tale considerazione è stata ripresa, *verbatim*, anche da Trib. Arezzo, 17 settembre 2009, in *www.dejure.it*, presso il quale l'indirizzo è divenuto consolidato (si veda, ad esempio, Trib. Arezzo, 24 gennaio 2013, in *www.dejure.it*).

⁽⁴³⁾ Così Trib. Rovigo, 17 novembre 2015, in *www.dejure.it*, ancora in tema di ammissione al concordato preventivo, dove si sottolinea che lo stato di insolvenza va inteso quale rischio di insolvenza, verificandosi quando *l'imprenditore, pur potendo adempiere ai debiti già scaduti, già preveda che non sarà in grado di adempiere a quelli di prossima scadenza*. Il giudice afferma di condividere la ricostruzione ermeneutica secondo la quale la nozione di crisi ricomprenderebbe in sé, come fenomeno assorbito, quello più grave di insolvenza, anziché «quella secondo cui, invece, il concetto in esame presenterebbe una portata sostitutiva, e quindi di fatto alternativa, rispetto alla precedente, così da potersi ammettere alla procedura concordataria non solo l'imprenditore in stato di crisi, *intesa alla stregua di minus rispetto all'insolvenza*, ma anche la compagine che versi in quest'ultima, più grave, situazione».

⁽⁴⁴⁾ Come Trib. Milano, sez. II, 7 novembre 2005, in *www.dejure.it* (e in *Fallimento*, 2006, 51), in tema di revocazione dell'ammissione al concordato preventivo ex art. 173 l.fall., ove si stabilisce che «oggi, a seguito delle recenti modifiche legislative, il presupposto dell'apertura della procedura concordataria è lo stato di crisi, condizione che solo eventualmente coincide con lo stato di dissesto, potendo al contrario limitarsi ad integrare una diversa *situazione di difficoltà finanziaria*, non necessariamente prodromica allo stato di insolvenza».

È utile esaminare brevemente, a tal proposito, Trib. Sulmona, 2 novembre 2010, in *www.ilcaso.it*, in ragione della ricostruzione ermeneutica compiuta e della chiarezza espositiva che accompagnano il giudizio sul presupposto oggettivo. Il giudice di merito, chiamato a valutare la sussistenza delle condizioni di cui agli artt. 160 e 161 l.fall. in base alla documentazione prodotta in giudizio dalla società ricorrente, dopo aver apprezzato il presupposto soggettivo e la fattibilità del piano, si sofferma sulla disamina, ben articolata, dei concetti di crisi e insolvenza dopo il decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273, intervento che – si sottolinea – non ha chiarito il significato del termine «crisi», anche se, tenuto conto del valore letterale della norma, la crisi ricomprende l'insolvenza, ma non si esaurisce in essa. Le pronunce di merito successive all'introduzione del nuovo comma hanno, tuttavia, evidenziato difficoltà interpretative. Il tribunale prosegue, poi, facendo il punto sulle diverse soluzioni adottate dagli uffici giudiziari, alcuni dei quali hanno considerato la crisi quale contenitore sia dell'insolvenza irreversibile, sia di quella reversibile (Trib. Roma, 2 febbraio 2006), mentre altri hanno individuato la crisi nel rischio di impresa (così il summenzionato Trib. Palermo, 17 febbraio 2006) ed altri ancora hanno considerato una nozione lata di crisi con cui si è anticipata la soglia di accesso alla procedura, consentendo di presentare la domanda di concordato anche all'impresa in uno stato di crisi non irreversibile, o che non sia ancora inadempiente, o che non possa più conseguire il proprio oggetto sociale, anche all'impresa che non abbia eroso il suo patrimonio e quindi la garanzia dei creditori. *Pur con tutti i dubbi e le perplessità che continueranno a sussistere finché il legislatore non indicherà con precisione la nozione di «crisi d'impresa»* – chiosa il tribunale – pare condivisibile la tesi, recentemente sostenuta da dottrina autorevole, per cui la crisi debba essere intesa come *rischio di insolvenza*: vi è, quindi, crisi quando è prevedibile che l'imprenditore, pur potendo adempiere ai debiti scaduti (dipendenti, fornitori e altri) non sarà in grado di adempiere ai debiti di prossima scadenza (un mutuo bancario o un prestito obbligazionario).

Un'ultima notazione merita un timido, ma pur sempre lodevole, tentativo, da parte del giudice di merito, di definire la crisi: in materia di ammissibilità alla procedura di concordato preventivo, il tribunale di Treviso, in un decreto datato 15 giugno 2005 ⁽⁴⁵⁾, tratteggia lo stato di crisi come una *situazione determinata da avvenimenti di breve periodo, ossia a cause contingenti di squilibrio od inefficienza che precede l'insolvenza e che tendenzialmente risulta reversibile, non identificabile in uno stato di insolvenza*. Anche in questo caso, al fine di meglio differenziare la crisi dall'insolvenza, l'autorità giudiziaria si avvale della dicotomia reversibilità/irreversibilità, ma fornisce una nozione di crisi che, da un lato, dà prova di tenere in grande considerazione gli studi degli economisti sui possibili fatti causali della crisi, e, dall'altro, concepisce i due concetti come alternativi tra loro – rispetto a tali considerazioni, il provvedimento si profila come un vero e proprio *unicum* nel panorama giurisprudenziale, a maggior ragione se si guarda alla scelta che il legislatore avrebbe maturato dopo soli sei mesi con l'emanazione del decreto-legge 30 dicembre 2005, n. 273.

Dopo aver analizzato la reticenza della giurisprudenza ad addentrarsi nell'ambito definitorio della crisi d'impresa, adottando soluzioni elastiche e differenti, finanche antitetiche tra loro, tra le quali a prevalere sembra essere la concezione di crisi quale rischio di insolvenza, occorre esaminare un importante concetto cui i giudici hanno fatto ampio ricorso, ossia la c.d. *insolvenza prospettica*.

Viene definita «insolvenza prospettica» quella crisi che, pur non essendosi ancora cristallizzata nell'insolvenza, presuppone una visione non più storica, ma protesa a individuare la futura incapacità dell'imprenditore di adempiere non solo alle obbligazioni assunte, ma anche quelle prevedibili nel normale corso dell'attività ⁽⁴⁶⁾ e che l'imprenditore è probabile contragga sulla base dell'andamento gestionale dallo stesso pianificato, postulando, quindi, un giudizio prognostico sull'evoluzione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa ⁽⁴⁷⁾.

⁽⁴⁵⁾ Reperibile in *Fallimento*, 2006, 63.

⁽⁴⁶⁾ Questa l'indicazione contenuta in R. MARCELLO, C. BAUCO, *Crisi d'impresa e insolvenza nella prospettiva aziendale e giuridica alla luce delle riforme in itinere*, documento del 28 febbraio 2017, in www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

⁽⁴⁷⁾ A questo proposito, già nel 2008, il tribunale di Roma dichiarò l'insolvenza dell'Alitalia all'esito di una valutazione prospettica, poiché, pur in assenza di inadempimenti insorti che rendessero manifesto lo stato di insolvenza, aveva desunto l'esistenza di tale requisito oggettivo alla luce di alcuni elementi (le pesanti perdite subite nell'ultimo esercizio; un patrimonio netto negativo; l'indebitamento totale a fronte di strumenti finanziari alquanto ridotti, l'impossibilità di ipotizzare alcun miglioramento per la notoria situazione del prezzo del petrolio e dall'allora congiuntura economica). La sentenza, quindi, prendeva in esame la situazione

complessiva dell'impresa, cogliendone l'aspetto dinamico e utilizzando parametri non solo passati e presenti, ma anche futuri, ivi compresa la possibilità a continuare a operare sul mercato per acquisire sufficienti mezzi con cui fare fronte ai propri debiti.

Lo stesso criterio valutativo di carattere prognostico è stato impiegato dal tribunale di Torino nella sentenza del 14 novembre 2008, reperibile in *Giur. it.*, 2009, III, 2237, chiamato a valutare la sussistenza dello stato di insolvenza di una società.

Ancora, Trib. Milano, 3 ottobre 2019, in www.ildirittodegliaffari.it, al fine di fornire una definizione di insolvenza prospettica, ricorre in via interpretativa e innovativa alle disposizioni del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La fattispecie concerne l'apertura di un procedimento per la dichiarazione di fallimento, promossa da un gruppo di fondi di investimento obbligazionisti nei confronti di una compagnia di navigazione. La società il cui fallimento si domandava, tuttavia, non aveva alcuna esposizione tributaria o previdenziale; non risultava incapace di fare fronte alle obbligazioni scadute, essendo rientrata nei confronti delle banche; non era oggetto di iniziative esecutive o monitorie; infine, non era inadempiente nei confronti dei ricorrenti, i quali avevano *un credito che sarebbe scaduto definitivamente solo nel 2023* e avevano incassato, fino a quel momento, le cedole con regolarità.

I ricorrenti, avevano introdotto, ove il tribunale non avesse ritenuto l'insolvenza attuale, la considerazione di un' *insolvenza prospettica*, ossia *imminente, in uno spazio temporale inferiore all'anno*, in ragione del fatto che la società fosse sistematicamente ricorsa a operazioni di vendita delle navi di maggior valore.

Il tribunale meneghino, concludendo per il rigetto della declaratoria fallimentare per carenza della condizione di fallibilità e di insolvenza attuale, malgrado sottolinei che alcuni atti posti in essere dalla società non mostrino particolare attenzione alla continuità aziendale e appoggi i timori dei *bondholder*, coglie l'occasione per soffermarsi a riflettere sul concetto di insolvenza prospettica.

Innanzitutto, posto che il CCII non è ancora entrato in vigore, non è possibile – si puntualizza – sulla base dell'attuale dettato normativo, attribuire rilevanza all'insolvenza prospettica, ma solo all'insolvenza attuale, intesa sia come conclamata e risalente, sia come prossima a manifestarsi all'esterno in tutta la sua gravità. Esiste, tuttavia, una «zona grigia» in cui la crisi è solo intrinseca e non si manifesta ancora esteriormente, in cui è necessario capire quando si abbia insolvenza prospettica o, al contrario, crisi di varia entità.

L'insolvenza prospettica, necessariamente legata a un orizzonte temporale contenuto, è stata sdoganata integralmente dalla riforma, con un orizzonte temporale semestrale [il riferimento è all'art. 13, comma 1, primo periodo del CCII]. Essa è utilizzata come situazione di pericolo che giustifica la segnalazione interna affidata agli organi di controllo o quella esterna affidata ai grandi creditori istituzionali nell'ambito delle procedure di allerta, quindi non al fine di consentire una declaratoria di fallimento indiscriminata di tutti coloro che, in prospettiva anche abbastanza prossima, potrebbero non essere in grado di far fronte alle scadenze dei propri debiti programmati.

Sulla base del tenore letterale di tale argomentazione, sembra potersi quindi concludere che il tribunale intenda ricomprendere, nell'alveo della crisi ex art. 2 CCII anche l'insolvenza prospettica, in virtù della rilevazione compiuta in applicazione degli indici e indicatori di cui all'art. 13 del Codice.

In senso conforme S. SANZO, *Istanza di fallimento e insolvenza prospettica: ovvero le regole della crisi prima che entri in vigore la disciplina dell'allerta*, in www.ilfallimentarista.it, 2019; R. DELLA SANTINA, *Crisi d'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 www.ilcaso.it, 2019.

Per un'opinione contraria, invece, si veda M. SPIOTTA, *Insolvenza (non ancora) prospettica: quali rimedi?*, in *Fallimento*, 2020, p. 127, secondo la quale il concetto di insolvenza prospettica non va confuso con quello di crisi, dato che è temporalmente collocato dopo quest'ultima.

5. L'occasio legis.

Nell'ordinamento giuridico italiano, la regolamentazione del diritto concorsuale ha trovato la sua *sedes materiae* dapprima nel codice di commercio e, in seguito, principalmente ⁽⁴⁸⁾ nel regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, entrato in vigore durante il periodo fascista e destinato a rimanere tale, per quasi ottant'anni, fino al 16 febbraio 2022 ⁽⁴⁹⁾.

Il periodo storico nel quale la legge fallimentare venne elaborata ha marcatamente influito sulla prospettiva con cui si è, finora, guardato alla materia: l'impresa e il gestore di questa venivano dapprima considerati come un tutt'uno; il destino dell'una era imprescindibilmente legato a quello dell'altro ⁽⁵⁰⁾, con la conseguenza che, qualora il fallimento fosse stato dichiarato dall'autorità giudiziaria, l'impresa sarebbe stata espunta dal mercato. Così, l'imprenditore, *decoctor ergo fraudator*, considerato alla stregua di un criminale, sarebbe incorso in sanzioni patrimoniali e afflizioni personali, andando incontro, di fatto, a una «morte» civile e sociale.

La nascita di una nuova forma di Stato portò, in seguito, a temperare il regime afflittivo della legge fallimentare e gli infausti effetti cui l'imprenditore era, suo malgrado, soggetto ⁽⁵¹⁾.

A ben vedere, in realtà, taluni giudici di merito hanno già considerato l'insolvenza prospettica come crisi: Trib. Benevento, 27 marzo 2013 e, conformemente, lo stesso Trib. Benevento, 25 settembre 2014, entrambe reperibili in www.studiolegale.leggiditalia.it, ma anche – come si è visto *supra* – Trib. Bari, 21 novembre 2005. I tre provvedimenti precisano che, in ordine all'ammissione al concordato preventivo, il giudizio del tribunale debba riguardare anche la sussistenza del requisito oggettivo, ossia la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa, non meglio definito, ma nel quale possono essere ricomprese tutte quelle situazioni di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, sia che esse si siano già tradotte, sia che non si siano ancora attualmente tradotte (c.d. insolvenza prospettica) nella irreversibilità rilevante ai sensi dell'art. 5 l.fall.

⁽⁴⁸⁾ Il nostro ordinamento giuridico conta, infatti, anche altre procedure (si veda, ad esempio, la normativa dedicata alle procedure di sovraindebitamento, introdotte dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, come modificata dal d.l. n. 179/2012), che trovano applicazione nei confronti di quei soggetti non assoggettabili alle procedure previste dalla legge fallimentare.

⁽⁴⁹⁾ Per quanto riguarda l'entrata in vigore dell'allerta, si rinvia *infra* cap. III, § 1.

⁽⁵⁰⁾ F. CORSI, *Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?*, in *Fallimento*, 2000, p. 948 ss., nota come tale concezione si rifletta anche nel codice civile, dove la parola «impresa» è largamente impiegata nei titoli e nelle rubriche quale termine genericamente descrittivo (*Del lavoro dell'impresa, Dell'impresa in generale, Imprese esercitate da enti pubblici, Dell'impresa agricola, Del registro delle imprese*, e così via), quando, in realtà, il contenuto precettivo delle disposizioni fa rotta sistematicamente sull'imprenditore o sull'azienda.

⁽⁵¹⁾ Si ricordino, ad esempio, il diritto del curatore a trattenere la corrispondenza del fallito riguardante i suoi interessi patrimoniali (art. 48 l.fall.); il divieto in capo al fallito di allontanarsi dal domicilio senza aver ottenuto il permesso del giudice delegato (art. 49 l.fall.);

Negli anni Settanta, la fiorente economia nazionale portò, da un lato, all'affermarsi, a fianco delle tradizionali finalità delle procedure di protezione e soddisfacimento dei creditori dell'impresa in dissesto – quali, segnatamente, privilegiare procedure o meccanismi di risanamento dell'impresa, anziché di liquidazione, o, quanto meno, di recupero dei complessi produttivi previa riorganizzazione ⁽⁵²⁾ – e, dall'altro, a espungere le imprese decotte senza per questo dover pregiudicare i diritti dei creditori ⁽⁵³⁾.

Mosso da tale spinta, il legislatore diede il via, nei decenni a seguire, a una serie di interventi normativi atti al salvataggio di categorie di imprese, soprattutto di grandi dimensioni ⁽⁵⁴⁾, nonché di realtà singolarmente individuate ⁽⁵⁵⁾.

Se nei primi anni duemila, al fine di fornire alla materia fallimentare una disciplina che potesse finalmente dirsi organica, vennero redatte due proposte di legge, una di iniziativa governativa e l'altra su iniziativa del gruppo parlamentare dei DS, nessuna delle quali fu discussa in sede parlamentare, il triennio 2005-2007 fu un susseguirsi di interventi normativi ⁽⁵⁶⁾. I principi che ispirarono le riforme furono, in estrema sintesi, la circoscrizione dell'ambito di applicazione delle procedure concorsuali ai soli dissesti di gravi entità, lo snellimento e l'accelerazione dell'*iter* delle procedure, nonché il recupero o il risanamento delle

l'istituzione, presso la cancelleria di ciascun tribunale, di un pubblico registro nel quale venivano iscritti i nomi di coloro che sarebbero stati dichiarati falliti dal tribunale stesso, nonché quelli che fossero stati dichiarati falliti altrove, ma il cui luogo di nascita si fosse trovato sotto la giurisdizione del tribunale (art. 50, comma 1 l.fall); il potere del giudice di disporre l'accompagnamento coattivo ogni volta che il fallito fosse stato chiamato dallo stesso (art. 149 l.fall.); i divieti di ricoprire uffici pubblici o privati; la privazione dei diritti politici.

⁽⁵²⁾ Così A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, cit., p. 26.

⁽⁵³⁾ Si tratta, a ben vedere, di un obiettivo che anche il legislatore degli anni '40 desiderava perseguire, nonostante prediligesse un diverso mezzo per raggiungerlo: infatti, nella relazione ministeriale di accompagnamento della legge fallimentare, venne scritto *propriis verbis* che il fallimento avrebbe dovuto essere dichiarato «nel supremo interesse dell'economia generale, del credito e del commercio».

⁽⁵⁴⁾ Si pensi al d.l. 30 gennaio 1979, n. 26, convertito dalla legge 3 aprile 1979, n. 95 (c.d. legge Prodi), che ha introdotto l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, poi modificata a opera della l. n. 274/1988 e dal d.lgs. n. 270/1999 (c.d. legge Prodi-bis), che ne ridenominarono anche il *nomen iuris* in «amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza».

⁽⁵⁵⁾ Come nel caso della Parmalat s.p.a., sottratta al fallimento grazie all'emanazione del decreto legge 23 dicembre 2003, n. 437, convertito, con modificazioni, nella legge 18 febbraio 2004, n. 39, poi corretto e integrato anche dal decreto legge 28 agosto 2008, n. 134, emanato quale vero e proprio atto *ad hoc* al fine di salvare la compagnia aerea di bandiera Alitalia s.p.a..

⁽⁵⁶⁾ Si ricordino il decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, dalla legge 14 maggio 2005, n. 80; il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, emanato in forza della delega di cui all'art. 1, commi 5 e 6 della legge n. 80/2005, intitolato «riforma organica delle procedure concorsuali»; il decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169, quale intervento correttivo e integrativo del d.lgs. n. 5/2006.

strutture produttive nell'ottica di conservarle e un mutamento del ruolo di debitore e creditori nella gestione della crisi tale da limitare il più possibile l'intervento dell'autorità giudiziaria ⁽⁵⁷⁾.

Tali riforme avviarono una stagione, durata un decennio, di interventi parziali, propugnati in forza del *favor* del legislatore per istituti, meccanismi e strumenti di soluzione negoziata della crisi (quali, ad esempio, i piani di risanamento, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, le convenzioni di moratoria, il concordato con continuità aziendale).

Compiuto questo breve *excursus* sulle riforme che hanno interessato la materia concorsuale negli anni addietro, occorre domandarsi se gli interventi del legislatore abbiano raggiunto lo scopo per cui erano stati adottati. Il fatto che sia stato emanato il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è, di per sé, indicativo della risposta: si tratta, evidentemente, di interventi torrenziali, che si sono susseguiti al fine di salvare specifiche realtà oppure di intervenire al fine di potenziare meccanismi solutori delle crisi in momenti differenti, con una frequenza temporale pressoché annuale. Il legislatore ha, nei fatti, dato luogo a un'alluvione di interventi settoriali dovuti a necessità occasionali, utilizzando un approccio riformatore di carattere episodico ed emergenziale ⁽⁵⁸⁾.

Benché il legislatore abbia manifestato la propria volontà di portare a termine uno o più progetti caratterizzati da organicità e, quindi, uniformità – si ricordi, a titolo esemplificativo, il titolo dato alla riforma posta in essere con il decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5 – essi non hanno mai riguardato il sistema concorsuale nel suo complesso, ma hanno provveduto a inserire nuovi istituti o a novellare, ritoccandoli, quelli già esistenti. Ciò ha contribuito, da un lato, a far sì che la disciplina della materia fallimentare perdesse coerenza ⁽⁵⁹⁾, e, dall'altro

⁽⁵⁷⁾ Si veda *amplius* A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto delle crisi di impresa. Le procedure concorsuali*, cit., p. 28 ss.

⁽⁵⁸⁾ Così si è espresso lo stesso Renato Rordorf, membro e presidente della Commissione chiamata a redigere il CCII, nella relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali indirizzata all'allora Ministro della Giustizia Andrea Orlando e datata 29 dicembre 2015.

⁽⁵⁹⁾ Giovanni Nardecchia, giudice della sezione fallimentare del tribunale di Monza, si esprime in questi termini durante la sua audizione alla Camera nella seduta tenutasi il 14 settembre 2016: «In questi dieci anni, il pendolo delle riforme fallimentari è impazzito. Siamo partiti dal 2005 con un'esaltazione dell'autonomia negoziale, che ha avuto la sua massima espansione nel 2012 con il cosiddetto «concordato di riserva», i cui effetti forse non sono stati così positivi e, secondo quelle che erano anche le migliori intenzioni di chi li ha ideati, hanno portato a una sorta di piccola controriforma, iniziata nel 2013 con il decreto «del fare». Nel 2015, in qualche modo si è tornati a stabilire dei paletti un po' più fermi e un po' più forti sul concordato preventivo, con un ritorno di un controllo giudiziale un po' più forte. [...] Questo oscillare di dieci anni di proposte, anche ideologicamente molto lontane tra loro, ci fa pensare e ci fa forse venire il sospetto che, se non si interviene su un elemento fondamentale [...], che è quello della tempestiva emersione della

lato, ad accentuare il divario tra le disposizioni interessate dalla riforma e quelle rimaste invariate, che, in quanto tali, risentono ancora del contesto temporale e politico in cui sono state emanate ⁽⁶⁰⁾.

A ben vedere, la tecnica adottata del legislatore non è consistita nella totale riscrittura delle norme della legge fallimentare, ma le stesse sono state inserite, stratificandosi, nel dettato normativo preesistente. Inoltre, è stato rilevato che la formulazione tecnica delle disposizioni emanate risulti essere approssimativa e che ciò sia inevitabile nel momento in cui si è soliti legiferare sotto la spinta dell'urgenza.

Il continuo mutamento ha, infine, impedito o, comunque, reso maggiormente difficoltoso il formarsi e, conseguentemente, l'eventuale consolidarsi di indirizzi giurisprudenziali connotati da un certo grado di stabilità, vanificando, così, quello che è il fine ultimo del diritto, ossia definire i rapporti giuridici con certezza ⁽⁶¹⁾.

È dunque chiaro il perché apparisse necessaria e indifferibile una riforma sistematica e organica della materia concorsuale nella sua interezza, al fine di ricondurre a linearità un sistema divenuto nel tempo farraginoso e, pertanto, poco funzionale.

6. *La necessità di un cambio di rotta: l'approdo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.*

Avvertita l'esigenza di un cambiamento in radice nell'approccio alla materia, il 28 gennaio 2015 il Ministero della Giustizia ha decretato la costituzione, presso l'Ufficio legislativo del Ministero stesso, di una Commissione

crisi di impresa, forse, anche oggi, in qualche modo, a mio avviso, rischiamo di perdere una grande occasione che è quella, finalmente, di una riforma strutturale, di una riforma organica e di una riforma che davvero abbracci tutta la legge fallimentare».

⁽⁶⁰⁾ R. RORDORF, *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, p. 131 ss. L'Autore e – come già ricordato – presidente della Commissione incaricata della riforma afferma come nel medesimo testo normativo convivessero ormai anime diverse e, per certi aspetti, inconciliabili.

⁽⁶¹⁾ A. PALUCHOWSKI, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 203 ss. Il presidente della sezione fallimentare del tribunale di Milano si duole del fatto che questi continui interventi normativi, non avendo alcuna idea di fondo, abbiano determinato una situazione di disorientamento nell'interprete, quando, in realtà, l'obiettivo principale del legislatore dovrebbe essere la produzione di un elaborato chiaro per finalità e indirizzo, coerente con il resto della legge, su cui poi i giudici eserciteranno la propria attività ermeneutica.

deputata a elaborare, entro il 31 dicembre dello stesso anno, proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, presieduta da Renato Rordorf, presidente di sezione della Corte di cassazione, e costituita da ventisei membri ⁽⁶²⁾, scelti tra avvocati, magistrati e accademici, provenienti da fila differenti del mondo concorsuale e, per questo motivo, in grado di fornire ciascuno una diversa prospettiva con cui guardare alla disciplina concorsuale e al suo rinnovamento, ai quali si sono affiancati funzionari del Ministero della Giustizia e di altri ministeri.

Il testo, così come approvato, si componeva di sedici articoli suddivisi in tre capi: il capo I (artt. 1 e 2) riguardava le disposizioni generali, il capo II (artt. 3-15) recava i principi e i criteri direttivi per la riforma della disciplina delle procedure di crisi e dell'insolvenza ⁽⁶³⁾ e, infine, il capo III, costituito dal solo art. 16, era dedicato alle disposizioni finanziarie ⁽⁶⁴⁾.

⁽⁶²⁾ Si tratta dei: Prof. Avv. Guido Alpa dell'Università La Sapienza di Roma; Avv. Filippo Aiello del foro di Roma; Prof. Stefano Ambrosini dell'Università del Piemonte Orientale; Avv. Franco Bonelli del foro di Genova; Dott. Franco Cassano, giudice del tribunale di Bari; Dott. Paolo Celentano, presidente di sezione della corte di appello di Napoli; Dott.ssa Stefania Chiaruttini, membro dell'Ordine dei commercialisti di Milano; Dott. Paolo Corder, giudice del tribunale di Venezia; Dott. Antonio Didone, consigliere della Corte di Cassazione; Prof. Avv. Massimo Fabiani dell'Università del Molise; Dott. Massimo Ferro, consigliere della Corte di cassazione; Prof. Danilo Galletti dell'Università di Trento; Avv. Franco Gianni del foro di Roma; Dott. Pasquale Liccario, presidente di sezione del tribunale di Bologna; Avv. Antonio Metonti, responsabile Affari legislativi di Confindustria; Prof.ssa Avv. Ilaria Pagni dell'Università di Firenze; Dott. Luciano Panzani, presidente della corte di appello di Roma; prof. Alberto Quagli dell'Università di Genova; Avv. Roberto Rio del foro di Milano; Prof.ssa Avv. Giuliana Scognamiglio dell'Università La Sapienza di Roma; Avv. Gianluigi Serafini del foro di Bologna; Dott.ssa Paola Vella, consigliere della Corte di cassazione; Dott. Claudio Viazzi, presidente del tribunale di Genova; Prof. Avv. Michele Vietti dell'Università internazionale di Roma; Dott. Vittorio Zanichelli, presidente del tribunale di Modena; Prof. Attilio Zimatore della Libera università internazionale degli studi sociali Guido Carli.

⁽⁶³⁾ Il capo II provvedeva, segnatamente, a innovare la crisi dei gruppi (art. 3), le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi (art. 4), gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani attestati di risanamento (art. 5), la procedura di concordato preventivo (art. 6), la procedura di liquidazione giudiziale (art. 7), l'esdebitazione (art. 8), il sovra indebitamento (art. 9), le misure penali (art. 9), il sistema dei privilegi (art. 10), il sistema delle garanzie mobiliari non possessorie (art. 11), garanzie in favore degli acquirenti degli immobili da costruire (art. 12), i rapporti tra la liquidazione giudiziale e le misure penali (art. 13) e talune disposizioni del codice civile (art. 14).

⁽⁶⁴⁾ Frattanto, il Ministro della Giustizia Andrea Orlando aveva istituito, con decreto datato 5 ottobre, una seconda Commissione Rordorf, affinché elaborasse gli schemi di tre decreti legislativi di attuazione della legge delega, di prossima approvazione e pubblicazione, entro un nuovo termine ristretto, il 10 gennaio 2018. Con largo anticipo, la Commissione riuscì a predisporre due dei tre schemi progettati: quello deputato a dare vita al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – destinato a sostituire la legge fallimentare e la legge 27 gennaio 2012, n. 3 – e quello, di contenuto più ridotto, volto a modificare alcune disposizioni del c.c. in materia societaria, rinviando a un momento successivo l'elaborazione del terzo schema di decreto legislativo di riordino dei privilegi e delle garanzie non possessorie. Tale scelta era giustificata

L'iter di riforma della disciplina concorsuale, interrotto a causa della crisi istituzionale, riprese con l'instaurarsi del nuovo Governo, vedendo i due schemi di decreti legislativi confluire, nell'estate 2018, in un unico testo normativo, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, definitivamente approvato dal Governo il 10 gennaio 2019, e pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 38 del 14 febbraio 2019 (Serie generale) come decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14⁽⁶⁵⁾.

La legge 8 marzo 2019, n. 20 («Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155»), pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 67 del 20 marzo dello stesso anno, ha attribuito in capo al Governo la delega per l'adozione di decreti legislativi correttivi in materia di riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza⁽⁶⁶⁾.

Il Consiglio dei ministri del secondo Governo Conte ha ritenuto opportuno redigere, nei primi mesi del 2020, l'atto normativo n. 145, correttivo al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, che è stato approvato in via preliminare il 13 febbraio; redatto nella versione definitiva, è stato poi pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 276 del 5 novembre come decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147.

La riforma Rordorf ha inteso perseguire tre obiettivi di fondo⁽⁶⁷⁾:

- 1) Ammodernare la disciplina concorsuale, per un duplice ordine di ragioni: da un lato, il fatto che la legge fallimentare vigente rechi la data del 1942, per cui i criteri ispiratori della stessa risalgono a un momento storico-politico molto lontano dall'attualità, non solo in termini cronologici, ma anche in termini di storia, storia della mentalità e del diritto; dall'altro, la già evidenziata scarsa coerenza dell'impianto generale della legge

dall'impossibilità di completare un simile progetto in un arco di tempo così breve: infatti, il riordino del sistema dei privilegi avrebbe richiesto un preliminare lavoro di censimento di una molteplicità di disposizioni sparse nella legislazione speciale, che si sarebbe posto in termini di incompatibilità con il rispetto della scadenza temporale assegnata alla Commissione.

⁽⁶⁵⁾ Per ciò che riguarda l'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, si rinvia *infra* cap. III, § 1.

⁽⁶⁶⁾ L'art. 1 di tale legge prevede, invero, che l'esecutivo, con la procedura indicata all'art. 1, comma 3 della legge 19 ottobre 2017, n. 155, entro due anni dalla data di entrata in vigore dell'ultimo dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega di cui alla medesima l. n. 155/2017 e nel rispetto dei principi e criteri direttivi da essa fissati, possa adottare disposizioni integrative e correttive dei decreti medesimi.

⁽⁶⁷⁾ Essi sono stati indicati come linee-guida dallo stesso presidente sia nel corso dell'audizione tenutasi alla Camera dei deputati l'8 giugno 2016, sia in R. RORDORF, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 173 ss.

fallimentare, dato che lo stesso è stato interessato da una serie di interventi, spesso emanati d'urgenza, non funzionali o solo relativamente funzionali a una visione organica ed eventualmente diversa del meccanismo fallimentare.

- 2) Dare organicità al sistema, poiché si avverte il bisogno di fare il punto, assestare le linee-guida della normativa, dopo continue modifiche emergenziali dovute a spinte contingenti alle quali la normativa successiva tendeva a rispondere in maniera diversa da come si era fatto l'anno precedente, con andamenti spesso a zig-zag della normativa stessa, mentre se vi è una materia in cui si sente il bisogno di un momento di riflessione e di riordino generale, quella è la materia fallimentare. Si tratta di un'esigenza avvertita dagli operatori in ragione del fatto che l'incoerenza di alcune disposizioni e il sovrapporsi di norme intertemporali rendono non facile distinguere quale disciplina si applichi a una determinata procedura, pregiudicando la rapidità e l'efficacia delle procedure concorsuali.
- 3) Colmare le lacune che esistono nell'attuale materia fallimentare, alcune delle quali sono particolarmente significative e sono avvertite come fattore di ostacolo a un efficiente funzionamento delle procedure concorsuali.

I suesposti scopi sono stati realizzati dal legislatore del Codice della crisi d'impresa attraverso molteplici livelli di intervento, alcuni dei quali hanno novellato istituti già esistenti, mentre altri hanno introdotto nel panorama del diritto concorsuale italiano delle novità, tra le quali spiccano l'introduzione di una definizione dello stato di crisi, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza; il concepimento di una fase preventiva di allerta finalizzata alla precoce emersione della crisi di impresa e di procedure di composizione assistita di quest'ultima volte alla sua risoluzione, al fine di dare sostegno agli imprenditori in difficoltà; il potenziamento della *governance* societaria, sia sotto il profilo della costituzione di assetti imprenditoriali adeguati, sia attraverso l'ampliamento dell'obbligo di nomina degli organi di controllo.

Il legislatore ha avvertito la necessità di un cambio di rotta, che vede, come nuovo vento direzionale, un diverso modo di concepire la crisi. Essa costituisce una fase fisiologica, e non patologica, che un'impresa, nel corso della propria esistenza sul mercato, può attraversare e che può costituire, se ben gestita e, soprattutto, intercettata in modo tempestivo, un'occasione di crescita e di potenziamento della propria attività – così come suggerisce anche l'etimologia

della parola, κρίσις – alla quale non si sarebbe giunti se le difficoltà economico-finanziarie non avessero imperversato ⁽⁶⁸⁾.

È questo il motivo che ha portato all'elaborazione di una definizione di crisi, che si affranca da quella, già prevista ai sensi dell'articolo 5, comma 1 della legge fallimentare quale presupposto per la dichiarazione di fallimento, di insolvenza, peraltro fatta salva dalla riforma e pedissequamente riportata, nell'attuale formulazione normativa, nel capo I all'art. 2, comma 1, lett. b).

Il cambio di prospettiva con cui guardare alla situazione economico-finanziaria in cui versa l'impresa trova il proprio riflesso sul piano, oltre che teorico-definitorio, anche pratico, attraverso, da un lato, il potenziamento degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili dell'impresa, che dovranno essere adeguati a rilevare la crisi senza indugio (cui si aggiunge l'estensione, già menzionata, dell'obbligo di nomina degli organi chiamati a controllare tale adeguatezza), e, dall'altro, il novellato disegno delle procedure concordatarie affinché siano dirette soprattutto al recupero della continuità dell'impresa.

Il legislatore, animato dalla volontà di anticipare l'emersione della crisi per i motivi appena affrontati, ha deciso di introdurre un istituto nuovo all'interno del CCII, ossia le procedure di allerta e di composizione della crisi, a cui è dedicato il titolo II (artt. 12-25).

Si tratta di un vero e proprio strumento ⁽⁶⁹⁾ di sostegno e ausilio agli imprenditori, affinché possano analizzare le cause del malessere economico e finanziario che ha colpito l'impresa e, attraverso un'opportuna via di gestione della crisi da realizzare in breve tempo, traghettare la stessa verso il suo salvataggio, a beneficio di chiunque ne venga coinvolto. Tale finalità viene realizzata attraverso l'obbligo, posto in capo a determinati soggetti presenti all'interno o all'esterno della struttura imprenditoriale, di percepire alcuni segnali premonitori dello squilibrio finanziario, destinati a essere riferiti all'imprenditore

⁽⁶⁸⁾ La scienza aziendalistica ha dimostrato come, adottando un approccio *forward looking*, le possibilità di salvaguardare un'impresa in difficoltà, nonché il suo valore e i posti di lavoro, sono direttamente proporzionali alla tempestività dell'intervento risanatore. Anche nella peggiore delle ipotesi, quella in cui la crisi sia divenuta ormai irreversibile, una diagnosi precoce consentirebbe comunque di accrescere le possibilità di recupero per i creditori, diminuendo così il danno sociale prodotto.

Al contrario, un ritardo nel recepire i prodromi della crisi dà luogo, nella maggior parte dei casi, alla degenerazione in una vera e propria insolvenza, che, quale fenomeno caratterizzato da un certo livello di gravità, rende i postumi tentativi di risanamento dell'impresa velleitari, se non addirittura ulteriormente dannosi, giungendo, di fatto, a un punto di non ritorno in cui l'ipotesi del risanamento risulta essere interamente sfumata.

⁽⁶⁹⁾ Così recita anche il titolo del Capo II, dedicato proprio agli *Strumenti di allerta*.

perché possa adottare, diligentemente, ogni misura ritenga necessaria al risanamento dell'impresa affinché la crisi possa, per così dire, rientrare.

La procedura di allerta può essere destinata a risolversi, all'occorrenza, in un servizio di composizione della crisi, che miri a creare un luogo d'incontro tra esigenze del debitore e dei suoi creditori, e che venga qualificata come assistita in ragione della presenza di organismi professionalmente dedicati al raggiungimento di una soluzione con i creditori o, eventualmente, solo alcuni di essi.

Essa è stata concepita, in base al dettato normativo del CCII, come extragiudiziaria, al fine di non spaventare l'imprenditore ed evitare di scoraggiarlo dall'utilizzarla, e riservata, evitando che la diffusione delle notizie sulla condizione in cui l'impresa versa possa essere considerata quale presupposto precorritore del «fallimento» (*rectius*, liquidazione giudiziale).

7. L'art. 2 CCII.

Nell'ottica di una ormai maturata presa di coscienza circa la necessità di agire tempestivamente al fine di evitare il dissesto dell'impresa e le conseguenze a esso collegate, si è posta l'esigenza di disegnare una cornice normativa in cui i principi giuridici siano ben delineati. In particolare, si è optato per definire in modo non equivoco cosa dovesse intendersi per crisi, affinché tale nozione potesse finalmente venire cristallizzata all'interno della disciplina concorsuale ⁽⁷⁰⁾.

Secondo la relazione allo schema di legge-delega per la riforma, si evidenzia come il legislatore non sia rimasto affatto insensibile a quegli antecedenti definitori di cui si è previamente discusso, ma che, al contrario, abbia fatto propri alcuni concetti, che il precedente legislatore aveva elaborato o, nei casi peggiori, solamente tentato di concepire.

La crisi, invero, deve essere ora definita *apertis verbis*, tenendo conto del fatto che non equivalga a insolvenza, ma implichi un pericolo di futura insolvenza: è evidente come vi sia una netta cesura rispetto all'ultima riforma operata con il decreto legislativo 30 dicembre 2005, n. 273, poi convertito nella l. n. 51/2006, in cui il legislatore, accortosi del dubbio significato dell'art. 160,

⁽⁷⁰⁾ Per quanto attiene all'insolvenza, invece, la nozione di cui all'art. 2, lett. a) CCII è stata, come si è già detto, mutuata da quella ex art. 5, comma 2, l.fall., in quanto già collaudata da molti decenni di esperienza giurisdizionale, ed è, quindi, definita come lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non sia più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

comma 1 l.fall., aveva, di fatto, imposto un'interpretazione che vedeva crisi e insolvenza equivalersi. Il legislatore della riforma ha così consentito all'idea della contrapposizione tra crisi e insolvenza, già propugnata in passato ⁽⁷¹⁾, di risorgere, da ultimo, dalle ceneri.

La caratterizzazione della crisi va ora rintracciata nel *pericolo di insolvenza*, ossia come quel rischio che la stessa, in assenza di un tempestivo intervento risanatore, possa precipitare nell'insolvenza: si manifestano qui le influenze della nozione di pericolo di insolvenza contenuta nell'art. 2, comma 1, lett. e) del disegno di legge delega di riforma elaborato dal Governo nei primi anni duemila, nonché di quella di cui all'art. 2, lett. h) dello schema di d.d.l. della Commissione Trevisanato ristretta.

Il compito del legislatore, espressamente richiesto dalla legge delega, consiste, quindi, nel formulare una nozione di crisi «in modo semplice e facilmente intellegibile, evitando eccessivi tecnicismi, ma tenendo opportunamente conto dei suggerimenti della scienza aziendalistica» ⁽⁷²⁾.

La definizione di crisi predisposta dalla Commissione Rordorf già nel febbraio 2018 e rimasta immutata fino alla pubblicazione del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, sulla Gazzetta ufficiale, la qualifica come lo «*stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*» ⁽⁷³⁾. La liquidità aziendale è così assunta a parametro volto a valutare, in un'ottica predittiva, se l'imprenditore sarà ancora capace di adempiere alle obbligazioni già contratte, nonché a quelle che assumerà in un prossimo futuro: ciò pone in capo all'imprenditore, nonché agli organi deputati ad avviare la misura dell'allerta interna, l'obbligo di vigilare sull'evoluzione dell'andamento dell'impresa e di altre circostanze di natura economico-giuridica per scongiurare il pericolo che la situazione possa sfociare in insolvenza.

La norma contiene sia un elemento propriamente definitorio, quale è la probabilità di insolvenza derivante dallo stato di difficoltà economico-finanziaria,

⁽⁷¹⁾ Si ricordino lo «Statuto dell'impresa», il d.d.l. n. 7458 del Governo, il d.d.l. messo a punto dalla Commissione Trevisanato ristretta e la deliberazione n. 110/2008 del CIPE.

⁽⁷²⁾ Così si legge nella lettera di accompagnamento ai due schemi di decreto legislativo per l'attuazione della legge delega del 22 dicembre 2017 vergata dal Presidente Rordorf.

⁽⁷³⁾ La nozione, come già anticipato, è stata modificata nel 2020. Dell'intervento correttivo si darà conto *infra* cap. III, § 6.

Si noti, fin d'ora, come il legislatore abbia provveduto a fornire la definizione di crisi in una delle norme iniziali del Codice: la scelta di elaborare in via preliminare i concetti, richiamati in più disposizioni collocate in parti e titoli diversi dello stesso *corpus*, è stata mutuata dalle legislazioni europee più recenti e consente di evitare inutili ripetizioni.

sia un elemento di natura sintomatica, riferibile specificatamente all'attività di impresa, dato dall'inadeguatezza prospettica dei flussi di cassa rispetto al piano dei pagamenti ⁽⁷⁴⁾. L'enfasi è così posta sulla formulazione di un giudizio dinamico dell'impresa, che la induce ad adottare un c.d. approccio interno-previsionale volto a incentivare la redazione di piani economico-finanziari che esponcano quale possa essere la futura dinamica gestionale ⁽⁷⁵⁾.

Si avrà crisi quando l'impossibilità di adempiere alle obbligazioni in un momento relativamente prossimo appare, stante la precarietà della situazione economica dell'impresa, non solo possibile, ma probabile, mentre l'impresa si troverà in stato di insolvenza qualora tale impossibilità risulti essere, se non attuale, comunque di imminente verifica, ossia concreta, certa: è opinione diffusa tra i commentatori che sia plausibile ravvisare in questa formulazione la volontà del legislatore di recepire finalmente l'insolvenza prospettica, concetto di derivazione giurisprudenziale e dottrinale, nello *ius scriptum* ⁽⁷⁶⁾.

L'aver stabilito quale ordine di difficoltà economico, patrimoniale o finanziario debba venire inteso come crisi non costituisce unicamente una rottura con il previgente sistema in ragione della lacuna, ora colmata, da cui questo era caratterizzato, ma rappresenta, da un lato, il presupposto oggettivo per l'accesso alle procedure regolate dal Codice e, dall'altro, ancor prima, l'evento che innesci l'attivazione degli strumenti di allerta.

8. *Gli indici e gli indicatori della crisi.*

Se l'insolvenza si misura attraverso gli inadempimenti o altri fatti esteriori, il pericolo che quest'ultima sorga viene misurato sia sulla base dell'analisi dei flussi di cassa prospettici a fare fronte alle obbligazioni pianificate *ex art. 2, lett. a)* del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, sia attraverso gli indici e gli indicatori della crisi stessa di cui all'art. 13 CCII.

⁽⁷⁴⁾ Così S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, cit., p. 60 ss.

⁽⁷⁵⁾ Cfr. E. BRODI, *Emersione e gestione tempestiva della crisi: innovazioni e potenziali criticità nella legge n. 155 del 2017*, in www.giustiziacivile.com, 2018; A. QUAGLI, A. PANIZZA, *Il sistema di allerta*, in www.ilcaso.it, 2019.

⁽⁷⁶⁾ Si rimanda *supra*, segnatamente al § 3 per quanto riguarda sia il formante giurisprudenziale, sia la dottrina. In senso analogo, anche L. FRUSCIONE, *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la "twilight zone" e lo "stato di crisi". Riflessioni sistematiche sul Codice della crisi*, in www.ilcaso.it, 2020, ove si sottolinea, tuttavia, che la nuova definizione non sembra realmente individuare un momento antecedente rispetto all'insolvenza.

Tali indicatori costituiscono gli strumenti individuati dal legislatore al fine di perseguire il monitoraggio della situazione dell'impresa, affinché il suo equilibrio possa perdurare, e dell'andamento della sua gestione in un'ottica predittiva. La loro contemplazione all'interno del Codice, in affiancamento alla nozione di crisi, si deve all'osservazione della Commissione Finanze della Camera dei deputati: quest'ultima aveva, infatti, espresso il proprio parere favorevole all'introduzione di una fase volta all'anticipazione della crisi d'impresa, ossia dell'allerta, indicando, tuttavia, al legislatore di valutare l'opportunità di dettare una clausola generale contenente indici presuntivi e un sistema di classificazioni che assicurassero l'ordinata e omogenea attuazione del meccanismo stesso ⁽⁷⁷⁾.

Il sopracitato articolo 13, disciplinante gli indici della crisi, consta di tre commi, che meritano di essere esaminati separatamente, posto che delineano un meccanismo a doppio livello: i primi due commi tratteggiano indici di carattere generale, valevoli nei riguardi di ogni singola impresa operante sul mercato, mentre il comma 3 consente all'imprenditore, nel rispetto delle condizioni previste *de iure*, di elaborare un proprio meccanismo di *early warning* attraverso l'utilizzo di indici anche difforni rispetto a quelli di cui al comma 2.

Nei primi due periodi del comma 1 è il legislatore a declinare, benché sinteticamente, gli squilibri da cui l'impresa può essere affetta, individuando così una serie di criteri di rilevazione di un'eventuale situazione di crisi.

Sulla base di quanto indicato nel primo periodo, 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 sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle 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, per i sei mesi successivi*» ⁽⁷⁸⁾.

Da tale definizione, formulata in positivo, si ricava, quindi, che ciascuna impresa è chiamata a effettuare un duplice ordine di controlli per potersi dire

⁽⁷⁷⁾ In presenza di tali indici, quindi, l'imprenditore ha l'obbligo di attivarsi per porre in essere ogni misura ritenga atta a evitare l'insolvenza, mentre vige in capo agli organi di controllo della società l'obbligo di segnalare agli organi amministrativi sociali l'esistenza degli indici stessi ex art. 14, comma 1 CCII, attivando così il meccanismo della c.d. allerta interna.

⁽⁷⁸⁾ Si noti la discrepanza tra la nozione di indicatori e quella di crisi di cui all'art. 2, lett. a) CCII: la prima fa riferimento a squilibri di triplice carattere (reddituali, patrimoniali e finanziari), mentre la seconda si riferisce unicamente alle difficoltà di natura economico-finanziaria.

capace di scongiurare la probabilità di insolvenza: da un lato, deve verificare la sostenibilità dell'indebitamento per almeno i sei mesi successivi, e, dall'altro, la prospettiva di continuità aziendale per l'esercizio in corso o per i sei mesi seguenti, a seconda della durata dell'esercizio, avuto a riguardo alle peculiarità dell'impresa stessa, alla tipologia di attività esercitata, nonché al tempo trascorso dalla sua creazione.

Nei periodi che seguono al primo, il legislatore fornisce degli esempi concreti di indicatori rappresentativi delle grandezze economiche, patrimoniali e finanziarie che le imprese devono costantemente tenere sotto osservazione e che fungono, conseguentemente, da parametro per rilevare un'eventuale situazione di crisi.

Il secondo periodo individua due indici significativi: si tratta di quelli che misurano *la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi* ⁽⁷⁹⁾. Il primo indice è un rilevatore di uno squilibrio di carattere finanziario, dal momento che è fondato sul rapporto tra oneri finanziari e ricavi, mentre il secondo segnala uno squilibrio di natura patrimoniale, dato che si basa sul rapporto sussistente tra patrimonio netto e passività.

Infine, alla luce di quanto indicato dal terzo periodo, costituiscono, altresì, indicatori di crisi, aventi carattere empirico ⁽⁸⁰⁾, i *ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24*. È proprio in tale norma che il legislatore ha precisato quando possa dirsi tempestiva l'iniziativa dell'imprenditore volta a scongiurare l'insolvenza, attraverso l'indicazione di limiti temporali che, ove rispettati, consentono al debitore di beneficiare delle misure premiali indicate all'art. 25 CCII. Per ciò che qui interessa, l'azione del debitore è tardiva allorquando si verifichi la presenza, anche alternativamente, delle ipotesi seguenti: 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*; b) *l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti*; c) *il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'articolo 13, commi 2 e 3*.

⁽⁷⁹⁾ Questa è l'attuale formulazione del secondo periodo, proposta dalla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 19 dicembre 2018, al fine di sostituire la precedente, che invece prevedeva che a costituire «indicatori significativi» fossero il rapporto tra flusso di cassa e attivo, il rapporto tra patrimonio netto e passivo, il rapporto tra oneri finanziari e ricavi.

⁽⁸⁰⁾ Così S. TETI, *Procedure di allerta*, Torino, 2019, p. 16 ss., dal momento che sono basati su un effetto, il ritardo dei pagamenti, anziché su una causa, ossia uno squilibrio reddituale, patrimoniale o finanziario.

Gli indici su cui le imprese devono vigilare non sono, tuttavia, solo quelli previsti direttamente *ex lege*. Il legislatore ha infatti stabilito, al comma 2, che il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali e internazionali, sia tenuto a elaborare con cadenza almeno triennale, in riferimento a ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al comma 1 che, valutati unitariamente, dovrebbero far ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa.

La norma pone due condizioni affinché l'elaborazione sia *lecita*. Innanzitutto, per l'imprenditore e gli organi di controllo deve essere possibile desumere dalle risultanze degli indici una valutazione unitaria circa la sussistenza di un indizio di crisi: essi devono essere in grado di valutare le cause e il significato dei segnali provenienti dal complesso degli indici elaborato dal CNDCEC, in modo da individuare un livello di crisi rilevante ai fini della segnalazione. In secondo luogo, tra gli indici devono quantomeno essere contenuti quelli definiti dal legislatore ai sensi dello stesso Codice, ossia quelli che esprimono l'insostenibilità dei debiti con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi.

Ciò premesso, il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha elaborato, nell'ottobre 2019, un documento, intitolato *Crisi d'impresa. Gli indici di allerta* ⁽⁸¹⁾, costituito da due parti: una prima, sottoposta all'approvazione del Ministero dello Sviluppo Economico, reca in sé gli indici, mentre la seconda, non sottoposta ad approvazione, fornisce indicazioni operative per il calcolo e l'utilizzo degli indici stessi al fine dell'individuazione dei fondati indizi di crisi da parte degli organi di controllo.

Il sistema di indici ideato dal CNDCEC è un sistema gerarchico avente una struttura «ad albero» e combinata, nel senso che l'applicazione degli indici deve avvenire sulla base di tre diversi passaggi, che, eventualmente, si succedono l'uno all'altro in sequenza, e si fondano su due gruppi diversi di indici: il primo, riguardante i primi due livelli, ha carattere generale, ossia è idoneo a essere applicato a tutte le imprese, mentre il secondo gruppo, applicato solo all'ultimo livello, riguarda indici che sono omogenei per tutte le imprese, ma distinti per ciascuna classe merceologica a cui quest'ultime appartengono ⁽⁸²⁾.

Il primo *step* è dato dalla verifica di due indici: il patrimonio netto e i ritardi nei pagamenti. Se il patrimonio netto dovesse essere negativo, sarebbe

⁽⁸¹⁾ Documento del 20 ottobre 2019, in www.commercialisti.it.

⁽⁸²⁾ Così G. LO PRETE, A. SURA, *Gli indici della crisi al vaglio delle scelte in materia di bilancio*, in *Fisco*, 2020, p. 558.

allora ragionevole presumere la sussistenza di uno stato di crisi; nel caso delle società di capitali, è indice della crisi il patrimonio che sia inferiore al limite legale ⁽⁸³⁾.

Nel caso dei ritardi nei pagamenti, affinché si possa decretare l'assenza di crisi, essi non dovrebbero essere reiterati e significativi: a questo proposito, il CNDCEC individua alcune fattispecie in cui i ritardi costituiscono rilevanti indici ⁽⁸⁴⁾.

Se, al contrario, il patrimonio netto dovesse essere positivo e non vi fossero reiterati e significativi ritardi nei pagamenti, occorrerebbe procedere con il secondo livello. A formare oggetto di verifica è, in questo caso, il *debt service coverage ratio* (DSCR), dato dal rapporto tra i flussi di cassa liberi previsti nei sei mesi successivi che siano disponibili per il rimborso dei debiti previsti nello stesso arco temporale ⁽⁸⁵⁾. Qualora il valore sia pari o maggiore a uno, l'impresa è capace di sostenere i debiti in un orizzonte temporale di sei mesi, mentre, se è inferiore a uno, l'impresa non sarà in grado di farvi fronte. L'utilizzo di tale parametro, tuttavia, è ammesso nella sola eventualità in cui i dati prognostici, stimati dagli organi amministrativi mediante la predisposizione di adeguati assetti amministrativi e contabili, siano disponibili e, al contempo, vengano ritenuti affidabili dagli organi di controllo secondo il proprio giudizio professionale.

Il terzo e ultimo passaggio prevede che, qualora il patrimonio netto sia positivo o il capitale sociale sia pari al limite legale e il DSCR sia indisponibile oppure ritenuto non sufficientemente affidabile per l'inadeguata qualità dei dati prognostici, trovi applicazione una serie di cinque indici, aventi soglie differenti a seconda del settore di attività merceologica, i quali, perché si abbia crisi, devono essere violati congiuntamente:

⁽⁸³⁾ La presenza di perdite non ripianate, pertanto, non solo forma indice di una situazione di crisi, ma, al contempo, essendo la stessa causa di scioglimento della società ex art. 2484, comma 1, n. 4 c.c., costituisce un pregiudizio alla continuità aziendale. La negatività del patrimonio netto potrebbe essere superata da interventi imprenditoriali di ricapitalizzazione del patrimonio per condurlo a uguagliare il minimo legale: in questo caso, occorrerà dimostrare l'inerzia dell'imprenditore nel porre in essere interventi di ricostituzione del patrimonio.

⁽⁸⁴⁾ Ciò avviene allorquando i ritardi comportano non episodiche azioni esecutive da parte dei creditori; i ritardi comportano l'interruzione delle forniture o la subordinazione a pagamenti a vista; i ritardi nei pagamenti dei tributi, dei contributi e delle retribuzioni superiori a novanta giorni si verificano frequentemente; i ritardi nei pagamenti dei debiti bancari per una durata superiore a novanta giorni sono seguiti dalla revoca degli affidamenti o dalla dichiarazione di avvenuta decadenza dal beneficio del termine.

⁽⁸⁵⁾ Si misura mediante un calcolo matematico che vede al numeratore le entrate in liquidità previste nei sei mesi successivi e al denominatore le uscite previste per il rimborso dei debiti finanziari nel medesimo arco di tempo.

- a) indice di sostenibilità degli oneri finanziari, in termini di rapporto tra gli oneri finanziari e il fatturato;
- b) indice di adeguatezza patrimoniale, in termini di rapporto tra il patrimonio netto e debiti totali ⁽⁸⁶⁾;
- c) indice di ritorno liquido dell'attivo, in termini di rapporto tra *cash flow* e attivo ⁽⁸⁷⁾;
- d) indice di liquidità, in termini di rapporto tra attività a breve termine e passivo a breve termine;
- e) indice di indebitamento previdenziale e tributario, in termini di rapporto tra lo stesso e l'attivo ⁽⁸⁸⁾.

Tali indici devono essere letti in chiave combinata, dal momento che, ove isolatamente considerati, forniscono solamente viste parziali degli indici di crisi, consentendo così di limitare la segnalazione dei c.d. falsi positivi.

Essi dovranno, inoltre, essere rilevati dal CNDCEC con periodicità almeno trimestrale, coerentemente con l'obbligo posto in capo all'organo amministrativo di monitorare continuamente l'equilibrio economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa.

Un'ulteriore annotazione riguarda il fatto che il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili abbia individuato degli 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 ⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁶⁾ Si recepisce così l'indice l'a deguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi di cui all'art. 13, comma 1 CCII.

Nel documento, il CNDCEC precisa che, qualora l'impresa sia una cooperativa, in presenza di prestito sociale, tale parametro potrà essere modificato ex art. 13, comma 3 CCII (si veda *infra*) affinché si tenga conto delle richieste di rimborso dei prestiti sulla base delle evidenze storiche non precedenti a tre anni. In forza dello stesso ancoraggio normativo, potrà essere modificato anche dalle cooperative agricole di conferimento, dalle cooperative edilizie di abitazione, dai consorzi e dalle società consortili (inclusi i consorzi cooperativi), valutando i finanziamenti concessi dai soci riferiti allo scambio mutualistico.

⁽⁸⁷⁾ R. RANALLI, *Definiti gli indici della crisi e il percorso di rilevazione dei suoi fondati indizi*, in www.ilfallimentarista.it, 2019, osserva che tale indice, unitamente a quello di sostenibilità degli oneri finanziari, recepisce l'altro indice significativo di cui all'art. 13, comma 1 CCII, ossia la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa.

⁽⁸⁸⁾ È evidente il richiamo all'art. 15, commi 1 e 2 CCII.

⁽⁸⁹⁾ Alle *start-up* e PMI innovative non si applicano gli indici *standard* in ragione dell'elevato tasso di insuccesso connaturato al profilo di rischio che le caratterizza: per tali imprese assume rilevanza fondamentale la possibilità di ottenere risorse finanziarie da soci, obbligazionisti, banche, intermediari finanziari, che utilizzano, unitamente alle sovvenzioni e ai contributi pubblici,

L'utilizzo da parte di ciascuna impresa degli indici *standard* individuati dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili non costruisce per la stessa un obbligo, ma una mera possibilità (*rectius*, facoltà), nel senso che l'impresa è libera di sottoporli a un proprio vaglio critico e se ne avvarrà qualora li ritenga idonei a rilevare la crisi e, soprattutto, adatti a conformarsi alla propria peculiare realtà aziendale, complessiva sia della struttura gestionale, sia delle modalità operative.

Qualora, al contrario, essa non li ritenga adeguati in considerazione delle proprie caratteristiche, può discostarsene applicando un proprio *set* di indici di riferimento personalizzati, a condizione, naturalmente, che essi siano parimenti funzionali all'emersione tempestiva della crisi ⁽⁹⁰⁾.

Al fine di evitare che la decisione di non avvalersi degli indici del CNDCEC possa rilevarsi discrezionale, finanche arbitraria, il legislatore ha previsto in capo all'impresa l'obbligo di specificare le ragioni della sua scelta nella nota integrativa al bilancio di esercizio. All'interno della medesima nota integrativa, l'impresa dovrà poi indicare quegli indici che abbia ritenuto maggiormente idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del proprio stato di crisi.

Ancora, affinché si scongiuri un possibile utilizzo abusivo della possibilità di avvalersi di indici *ad hoc*, che potrebbero, quindi, non consentire di intercettare

per proseguire lo studio e lo sviluppo dell'iniziativa imprenditoriale. L'indice di crisi di tali imprese risiede, quindi, nella sospensione della capacità dell'impresa di ottenere tali risorse finanziarie protratta per almeno dodici mesi: al fine di misurarlo si ricorre al DSCR, tenendo conto del fabbisogno finanziario minimo per la prosecuzione; l'eventuale assenza di ricavi e i risultati economici negativi non hanno alcuna rilevanza nel determinare lo stato di crisi.

Costituisce indice rilevante per le imprese in liquidazione, a condizione che abbiano cessato l'attività, il rapporto tra il valore di realizzo dell'attivo liquidabile e il debito complessivo della società, nonché un DSCR inferiore a 1 o la presenza di reiterati e significativi ritardi; non è invece di per sé indicativo della crisi un patrimonio netto negativo.

Per quanto riguarda le imprese costituite da meno di due anni, l'unico indice rilevante è il patrimonio netto negativo. Si applica, invece, il sistema degli indici allorché l'impresa o la società neocostituita sia succeduta a un'altra oppure sia subentrata ad altra nella conduzione o titolarità dell'azienda. A tal proposito, il CNDCEC provvede a indicare alcune fattispecie -tipo: società beneficiarie di un complesso o di un ramo aziendale per effetto di un'operazione di scissione; società incorporanti in un'operazione di fusione o risultanti dalla fusione; società conferitarie di un complesso o di un ramo aziendale; imprese acquirenti un complesso o un ramo aziendale; imprese che conducono in affitto un complesso o un ramo aziendale già esistente.

⁽⁹⁰⁾ A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019, p. 414 ss.; S. TETI, *Procedure di allerta*, cit., p. 16 ss. Gli Autori reputano la facoltà di uso di indici *tailor made* preziosa per quegli imprenditori che ritengano non solo inefficace, ma addirittura dannosa, l'applicazione di *default* degli altri indici, data la possibilità che essi possano causare segnalazioni infondate e innescare un pericoloso percorso dialettico con gli organi di controllo, fino a spingersi alla precoce attivazione della procedura di allerta dinanzi all'OCRI, con ogni dovuta conseguenza in termini di oneri e costi.

i primi segnali di crisi, è obbligatorio che un professionista indipendente ⁽⁹¹⁾ attesti l'adeguatezza degli stessi in rapporto alla specificità dell'impresa, che verrà poi allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio, da depositare presso il registro delle imprese, e ne costituirà parte integrante; la dichiarazione produrrà effetti solamente per l'esercizio successivo ⁽⁹²⁾.

È importante rilevare, infine, che il professionista indipendente attesta tali dati sotto la propria responsabilità, ciò implicando che, qualora la procedura di allerta interna non fosse attivata in modo puntuale o non dovesse affatto essere messa in moto, dando luogo all'apertura della procedura concorsuale, non saranno chiamati a rispondere né l'organo di controllo societario, né il consiglio di amministrazione.

9. *La continuità aziendale.*

La capacità degli imprenditori di rilevare in modo tempestivo l'emersione della crisi di impresa consente loro di porre rimedio alla situazione di squilibrio economico, patrimoniale e finanziario in cui la propria impresa versa e, conseguentemente, di ripristinare la continuità aziendale (*going concern*).

Al pari della stessa crisi, la nozione di continuità aziendale, di derivazione economica (segnatamente, si tratta di un concetto appartenente all'economia aziendale), è stata dapprima oggetto di studio ed enucleazione nei principi contabili da parte di appositi organismi internazionali, per poi essere recepita in

⁽⁹¹⁾ A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, cit., p. 414, ritiene che il predicato dell'indipendenza richiami l'art. 2, lett. o) CCII, a propria volta sovrapponibile all'art. 67, comma 3, lett. d) l.fall. Si ricava, quindi, che il professionista dovrà essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e dell'insolvenza delle imprese di cui all'art. 356 CCII e al registro dei revisori legali; dovrà essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 2339 c.c.; non dovrà essere legato all'impresa o ad altri soggetti interessati all'operazione da rapporti di natura personale o professionale; non dovrà né aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stato membro degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

⁽⁹²⁾ Il legislatore non si è curato di specificare in modo compiuto ciò in cui deve consistere l'attività del professionista attestatore: la valutazione di quest'ultimo riguarderà sicuramente l'idoneità degli indici predisposti dall'impresa ad accertare la sostenibilità dell'indebitamento in relazione i flussi di cassa che la stessa saprà generare nel breve-medio periodo, nonché la proporzione tra mezzi propri e quelli ottenuti con il ricorso al credito, giudizio formulato sulla base dei piani predisposti dall'impresa, mentre la dottrina tende a escludere che la stessa possa spingersi fino all'opportunità degli indici usati, considerando l'esistenza di altri e migliori indici, dovendosi limitare al solo giudizio su quelli sottopostogli dall'impresa.

L'apprezzamento del professionista non dovrebbe concernere, invece, la veridicità dei dati aziendali forniti dall'impresa quali riscontri per valutare la situazione in cui versa.

Sul punto, cfr. *Ibidem*.

Italia anche sotto il profilo giuridico quale criterio di carattere generale da applicare per la redazione del bilancio di esercizio delle imprese. Si tratta di un principio che comporta la formulazione, al momento della redazione del bilancio e quindi all'esito di un processo di monitoraggio, di un giudizio prognostico sulla capacità dell'impresa di sopravvivere sul mercato, continuando a svolgere la propria attività nel medio-lungo periodo.

Gli International Accounting Standards (IAS) 1, in tema di presentazione del bilancio ⁽⁹³⁾, prevedono al paragrafo 25 che la direzione aziendale debba effettuare una valutazione della capacità dell'entità (*id est*: l'impresa) di continuare a operare come *un'entità in funzionamento*: si redigerà il bilancio nella prospettiva della continuazione dell'attività, a meno che la direzione aziendale non intenda liquidare l'entità o interromperne l'attività, o non abbia alternative realistiche a ciò. Qualora la direzione aziendale sia a conoscenza, nel fare le proprie valutazioni, di significative incertezze relative a eventi o condizioni che possano comportare l'insorgere di seri dubbi sulla capacità dell'entità di continuare a operare come un'entità in funzionamento, si renderà necessario evidenziare tali perplessità. Nell'eventualità in cui il bilancio non sia redatto nella prospettiva della continuazione dell'attività, gli amministratori devono indicare tale fatto, unitamente ai criteri in base ai quali hanno redatto il bilancio e alla ragione per cui l'entità non è considerata in funzionamento. Il paragrafo 26 fornisce indicazioni rispetto all'orizzonte temporale entro cui procedere alla verifica della sussistenza del presupposto della continuità aziendale: la direzione aziendale deve tenere conto di tutte le informazioni, note o conoscibili, disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato a, *dodici mesi* dopo la data di chiusura dell'esercizio ⁽⁹⁴⁾.

Tali principi sono stati poi recepiti a livello nazionale in alcune normative di settore. Tra queste, merita particolare menzione il Documento n. 570 *Principio di revisione contabile (ISA) Italia. Continuità aziendale* ⁽⁹⁵⁾, redatto dalla Commissione paritetica per i principi di revisione istituita dal CNDCEC.

⁽⁹³⁾ Rinvenibili in www.ragioneria.com.

⁽⁹⁴⁾ Il paragrafo non tralascia di elencare una serie di criteri di cui la direzione dovrà tenere conto nella valutazione della sussistenza del *going concern*: se l'impresa ha un pregresso di attività redditizia e dispone di facile accesso alle risorse finanziarie, si può raggiungere la conclusione che il presupposto della continuità aziendale sia appropriato senza effettuare analisi dettagliate.

Al contrario, se l'impresa non si trovasse in equilibrio sotto il profilo finanziario, la direzione aziendale potrebbe aver bisogno di considerare una vasta gamma di fattori relativi alla redditività attuale e attesa, ai piani di rimborso dei debiti e alle potenziali fonti di finanziamento alternative, prima di ritenere che sussista il presupposto della continuità aziendale.

⁽⁹⁵⁾ Reperibile in www.revisionelegale.mef.gov.it.

Partendo dall'assunto secondo cui l'impresa in continuità aziendale è quella in grado di continuare a svolgere la propria attività e a far fronte alle passività in un *prevedibile futuro*, si afferma che la direzione chiamata a valutare nel corso dell'esercizio d'impresa la sussistenza del *going concern*, nonché il revisore dei conti deputato a vagliare a propria volta il sindacato degli amministratori sul punto, debbano tenere conto di una serie di circostanze o eventi futuri e incerti che possono far sorgere dubbi significativi sulla capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento, tripartiti in indicatori finanziari ⁽⁹⁶⁾, indicatori gestionali ⁽⁹⁷⁾ e altri indicatori residuali ⁽⁹⁸⁾, benché letteratura e giurisprudenza, nonché i revisori contabili stessi, siano concordi nel ritenere che le *leges artis* del settore non enucleino tali indicatori in modo né esaustivo, né tassativo ⁽⁹⁹⁾.

Ancora, la mera sussistenza di cause che possano recare pregiudizio alla continuità aziendale come quelle summenzionate non è, di per sé, sufficiente a determinare il giudizio in modo finito, non integrando necessariamente l'esistenza di una incertezza significativa: quest'ultima sussiste, infatti, solo nell'eventualità in cui gli amministratori, dopo aver evidenziato i fattori di rischio, non abbiano in

⁽⁹⁶⁾ Si tratta di: situazione di *deficit* patrimoniale o di capitale circolante netto negativo; prestiti a scadenza fissa e prossimi alla scadenza senza che vi siano prospettive verosimili di rinnovo o di rimborso oppure eccessiva dipendenza da prestiti a breve termine per finanziare attività a lungo termine; indizi di cessazione del sostegno finanziario da parte dei creditori; bilanci storici o prospettici che mostrano flussi di cassa negativi; principali indici economico-finanziari negativi; consistenti perdite operative o significative perdite di valore delle attività utilizzate per generare i flussi di cassa; difficoltà nel pagamento di dividendi arretrati o discontinuità nella distribuzione di dividendi; incapacità di pagare i debiti alla scadenza; incapacità di rispettare le clausole contrattuali dei prestiti; cambiamento delle forme di pagamento concesse dai fornitori, dalla condizione «a credito» alla condizione «pagamento alla consegna»; incapacità di ottenere finanziamenti per lo sviluppo di nuovi prodotti ovvero per altri investimenti necessari.

⁽⁹⁷⁾ Tra cui l'intenzione della direzione di liquidare l'impresa o di cessare le attività; la perdita di membri della direzione con responsabilità strategiche senza una loro sostituzione; la perdita di mercati fondamentali, di clienti chiave, di contratti di distribuzione, di concessioni o di fornitori importanti; le difficoltà con il personale; la scarsità nell'approvvigionamento di forniture importanti; la comparsa di concorrenti di grande successo.

⁽⁹⁸⁾ Consistenti in: capitale ridotto al di sotto dei limiti legali o non conformità del capitale ad altre norme di legge, come i requisiti di solvibilità o liquidità per gli istituti finanziari; procedimenti legali o regolamentari in corso che, in caso di soccombenza, possono comportare richieste di risarcimento cui l'impresa probabilmente non è in grado di far fronte; modifiche di leggi o regolamenti o delle politiche governative che si presume possano influenzare negativamente l'impresa; eventi catastrofici contro i quali non è stata stipulata una polizza assicurativa ovvero contro i quali è stata stipulata una polizza assicurativa con massimali insufficienti.

⁽⁹⁹⁾ Così D. GALLETTI, *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it, 2012; R. ROSAPEPE, *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I, p. 902.

alcun modo dato conto nella nota integrativa della predisposizione di un attendibile piano aziendale, fondato su circostanze oggettive e volto a fare fronte a tale incertezza, in modo da risolvere definitivamente le problematiche emerse⁽¹⁰⁰⁾.

È evidente, quindi, come, affinché vi sia una prospettiva di *dying concern*, è necessario non solo che la direzione o il revisore abbiano maturato seri dubbi rispetto alla possibilità per l'impresa di continuare a operare, ma anche che la prognosi sulla ragionevole capacità solutiva dell'impresa rispetto alla situazione di crisi sia negativa.

Sulla scorta di tali indicazioni, il legislatore è poi intervenuto, in occasione della riforma del diritto societario del 2003, a introdurre all'interno del Codice civile l'art. 2423-bis, ai sensi del cui comma 1 la valutazione delle voci di bilancio deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività, richiedendo una consapevolezza sull'esito futuro (positivo) di eventi e circostanze per propria natura incerti; al contrario, qualora vi fossero significative incertezze non superabili attraverso un'adeguata pianificazione strategica, il bilancio sarà redatto secondo criteri di liquidazione o di cessione.

Infine, la disciplina contenuta nel Documento n. 570 è stata parzialmente trasposta, a livello di norma primaria, nel decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, il cui art. 14, comma 1 prevede che il revisore legale o la società di revisione legale incaricati di effettuare la revisione legale dei conti, dopo aver verificato nel corso dell'esercizio la regolare tenuta della contabilità sociale e la corretta rilevazione dei fatti di gestione nelle scritture contabili⁽¹⁰¹⁾, esprimano con apposita relazione un giudizio sul bilancio di esercizio e sul bilancio consolidato, ove redatto, e illustrino i risultati della revisione legale. Il comma 2, lett. f) specifica, poi, che costituisce parte della relazione anche l'eventuale dichiarazione

⁽¹⁰⁰⁾ In ugual senso, anche ORGANISMO ITALIANO DI CONTABILITÀ, *Finalità e postulati del bilancio di esercizio*, in www.ragioneria.com, nell'ultima versione aggiornata al mese di marzo 2018 (segnatamente, il paragrafo 22).

Analogamente, per ciò che concerne la giurisprudenza, si vedano Trib. Milano, sez. spec. impresa, 19 aprile 2016, in www.dejure.it, con note di M. FAGGIANO, *Accertamento giudiziale dell'assenza del presupposto della continuità aziendale – il commento*, in *Società*, 2017, p. 299 ss.; G. BUFFELLI, *Il principio di continuità in presenza di crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 2017; conformemente, lo stesso Trib. Milano, sez. spec. impresa, 6 luglio 2016, n. 8436, in www.dejure.it.

⁽¹⁰¹⁾ Analogo obbligo è previsto, ai sensi dell'art. 2409-bis, comma 2 c.c. in capo al collegio sindacale che eserciti la revisione legale dei conti nell'ipotesi in cui la società non sia tenuta a redigere il bilancio consolidato. In questo caso, a livello di *soft law*, non potendo trovare applicazione la regolamentazione di cui al Documento n. 570, la disciplina da applicare è quella dettata in un apposito documento, elaborato dal Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, denominato *Linee guida per l'organizzazione del collegio sindacale incaricato della revisione legale dei conti*.

sulle incertezze significative relative a eventi o a circostanze che potrebbero sollevare dubbi significativi sulla capacità della società sottoposta a revisione di mantenere la continuità aziendale.

Alla luce di quanto esposto, è evidente come il principio della continuità aziendale assuma una duplice veste: da un lato, esso costituisce il presupposto dell'esistenza dell'impresa sul mercato, subordinandone la permanenza alla sua capacità di sostenere i debiti per almeno dodici mesi in assenza di considerevoli incertezze (*rectius*, di incertezze sormontabili malgrado la loro significatività), e, dall'altro, in sede di redazione del bilancio, costituisce un indefettibile parametro di valutazione dell'esercizio imprenditoriale.

Un'ultima, necessaria annotazione riguarda gli eccezionali provvedimenti adottati in seguito allo scoppio della pandemia dovuta al Covid-19, che ha cagionato, fin dai primi mesi dell'emergenza sanitaria, una grave crisi economica e finanziaria, conducendo a un drastico decremento del prodotto interno lordo nazionale. Al fine di arginare, benché solo temporaneamente e in misura parziale, la situazione di difficoltà vissuta dalle imprese, il Governo ha emanato il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 («Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali»), contenente, al Capo II, le misure urgenti per garantire la continuità delle imprese colpite dall'emergenza Covid-19.

Tra queste, l'art. 7, comma 1 dispone che, nella redazione del bilancio di esercizio in corso al 31 dicembre 2020, la valutazione delle voci nella prospettiva di continuazione dell'attività di cui all'art. 2423-bis, comma 1, n. 1 c.c. possa comunque essere operata se la stessa risulti sussistente nell'ultimo bilancio di esercizio chiuso in data anteriore al 23 febbraio 2020. Si tratta di una vera e propria *fictio iuris* che consente alle imprese *in bonis* prima della pandemia di adottare uno straordinario criterio di valutazione ⁽¹⁰²⁾: esse potranno, infatti, stimare le poste dei propri bilanci di esercizio in corso al 31 dicembre 2020 prospettando la continuità aziendale, malgrado la situazione imprenditoriale reale manifesti il suo venir meno, ma solamente a condizione che nell'ultimo bilancio disponibile, chiuso anteriormente al 23 febbraio 2020, il *going concern* sussistesse. Dell'adozione di tale criterio gli amministratori dovranno specificatamente dare evidenza, ai sensi dello stesso comma 1, secondo periodo, nella nota informativa, anche mediante il richiamo alle risultanze del bilancio precedente, in modo tale da precisare i motivi per cui si riteneva sussistente la

⁽¹⁰²⁾ D. PERNA, *Effetti del D.L. n. 23/2020 sulla materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 2020, parla di «ultrattività della continuità aziendale».

continuità aziendale prima che il Covid-19 sopraggiungesse: ciò consente – si legge nella relazione illustrativa di accompagnamento al decreto – di evitare che le imprese possano utilizzare criteri valutativi «deformati» rispetto a quelli ordinari, nonché di conservare una corretta valenza informativa anche nei confronti di terzi, in modo che i creditori possano valutare se continuare a concedere credito o a servire l'impresa ⁽¹⁰³⁾.

Il comma 2 dispone, inoltre, che la sospensione del giudizio sulla continuità aziendale debba trovare applicazione anche ai bilanci chiusi entro il 23 febbraio 2020 e non ancora approvati dal consiglio di amministrazione.

La misura *de qua*, oltre a costituire, come si è detto, uno strumento utile a mitigare gli effetti devianti della pandemia sulle attività economiche, paralizzate dalle misure di *lockdown*, risponde anche – e innanzitutto – a un principio di logica: date la repentinità e l'imponderabilità dell'evento, difficilmente gli imprenditori potranno essere in grado di formulare delle previsioni affidabili sull'assetto della propria attività e, conseguentemente, sulla valutazione delle voci del bilancio di esercizio ⁽¹⁰⁴⁾. Occorre precisare, tuttavia, che il legislatore non ha concepito la norma in termini di obbligo, ma come mera facoltà ⁽¹⁰⁵⁾, per cui, qualora gli amministratori dovessero essere in grado di formulare un giudizio oggettivo rispetto alla sussistenza o alla perdita di *going concern*, essi potranno compiere una valutazione prospettica indicativa della reale capacità dell'impresa a operare come entità funzionante.

⁽¹⁰³⁾ *Ibidem*.

Sul punto, si veda altresì l'osservazione di A. GUIOTTO, *La temporanea sospensione e del giudizio sulla continuità aziendale nel bilancio di esercizio*, in *Fallimento*, 2020, p. 607, il quale rileva che la locuzione atecnica di «nota informativa» in luogo di quella «nota integrativa» riveli la volontà legislativa di gravare di tale dovere tutte le società, comprese quelle non obbligate a redigere la seconda.

Ancora, S. AMBROSINI, G. GIANNELLI, *L'impatto del "decreto liquidità" sulla continuità aziendale delle imprese e sulle procedure concorsuali pendenti*, in *Dir. fall.*, 2020, p. 527, precisano che, essendo il bilancio già stato approvato dagli amministratori, occorrerà che il consiglio di amministrazione provveda a una nuova, seconda approvazione *ad hoc* con riguardo alla nota integrativa, eventualmente sospendendo la convocazione dell'assemblea dei soci.

⁽¹⁰⁴⁾ Come rilevato da D. GALLETTI, *I doveri reattivi dell'imprenditore sotto l'Impero CoVid-19 e l'obbligo di non arrendersi*, in www.ilfallimentarista.it, 2020, nessuno può realmente dire se le misure di contenimento della pandemia, che colpiscono e hanno colpito la propria impresa, direttamente o indirettamente, avranno con sicurezza fine a una data certa e se non potranno essere successivamente ristabilite, ove la situazione dei contagi precipitasse nuovamente.

⁽¹⁰⁵⁾ *Ibidem*.

10. *La rinnovata importanza dell'adeguatezza degli assetti imprenditoriali.*

La persistenza dell'attitudine dell'impresa a esercitare come entità in funzionamento deve essere accertata dalla direzione, nonché dagli organi di controllo, non solamente al momento immediatamente antecedente alla redazione del bilancio di esercizio, ma anche durante tutto il corso della vita dell'impresa⁽¹⁰⁶⁾.

Al fine di realizzare tale obiettivo, il legislatore, ai sensi dell'art. 2381, comma 5 c.c., ha posto in capo agli organi delegati l'obbligo di curare che l'assetto organizzativo, amministrativo e contabile sia adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, nonché di riferire 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, e sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate.

Il legislatore del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, consapevole di come il venir meno della continuità aziendale attesti, di fatto, la sussistenza di una situazione di crisi dell'impresa e intenzionato a rafforzare l'adozione di assetti societari adeguati, ha introdotto, a mente dell'art. 375, un nuovo, secondo comma all'art. 2086 c.c., ora rubricato *Gestione dell'impresa*. 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⁽¹⁰⁷⁾. Si tratta di una norma programmatica riferita a ogni forma di esercizio dell'attività d'impresa, anche non commerciale, ivi compresi le

⁽¹⁰⁶⁾ M. G. MUSARDO, *La redazione del bilancio in caso di perdita di continuità aziendale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016, p. 1082 ss.

⁽¹⁰⁷⁾ Tale dovere ha recentemente formato oggetto di pronuncia da parte dell'autorità giudiziaria e ampiamente commentato dalla dottrina. Si veda Trib. Milano, sez. spec. impresa, 18 ottobre 2019, in www.eclegal.it, con note di M. DI SARLI, *Sull'obbligo di dotarsi di assetti adeguati. Una prima applicazione dell'art. 2086, comma 2, c.c. da parte del Tribunale di Milano* (Trib. Milano 18 ottobre 2019), in *NDS*, 2020, p. 71 ss.; O. CAGNASSO, *Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, I, p. 363 ss.; I. CAPELLI, *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *Società*, 2020, p. 988 ss.

associazioni e le fondazioni che esercitino attività d'impresa, i consorzi ⁽¹⁰⁸⁾, gli imprenditori agricoli, le *start-up* innovative, nonché alle piccolo-medie imprese costituite in forma societaria. Si discute, tuttavia, in merito all'osservanza di tale obbligo anche da parte degli imprenditori individuali: sebbene la dottrina dominante finora formatasi dia risposta affermativa, non mancano opinioni contrarie che trovano il proprio ancoraggio normativo nell'art. 3, comma 1 CCII che impone all'imprenditore individuale unicamente l'adozione di misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e l'assunzione, senza indugio, delle iniziative necessarie a farvi fronte ⁽¹⁰⁹⁾.

L'art. 377 CCII ha disposto una novellazione di alcuni articoli del Codice civile in modo tale che essi richi amino, *mutatis mutandis*, il disposto di cui all'art. 2086, comma 2 c.c.: si tratta, segnatamente, degli artt. 2257 (sulle società semplici), 2380-*bis* (sulle società per azioni), 2409-*novies* (sulle società per azioni con sistema dualistico) e 2475 (sulle società a responsabilità limitata) ⁽¹¹⁰⁾, estendendo così un obbligo, dapprima previsto compiutamente per le sole s.p.a. – nonostante venisse qualificato come avente carattere generale dalla dottrina dominante – anche a società di diverso tipo.

A differenza della maggior parte delle disposizioni contenute nel CCII, le norme relative agli assetti imprenditoriali sono entrate in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, sulla Gazzetta ufficiale, ossia a partire dal 16 marzo, per cui non solo gli imprenditori e amministratori (o, alternativamente, i consigli di gestione) hanno dovuto provvedere a rafforzare gli adeguati assetti organizzativi, amministrativi e

⁽¹⁰⁸⁾ M. ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 77.

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr. V. DI CATALDO, S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 311 (e in RDS, 2018); G. A. M. TRIMARCHI, *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019, p. 117.

⁽¹¹⁰⁾ G. PARISI, *L'adeguato assetto organizzativo e il rafforzamento degli obblighi e dei doveri dell'organo amministrativo e di controllo dopo il d.lgs. 14/2019*, in www.osservatorio-oci.org, 2019, e M. ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, cit., p. 77 ss., rilevano come tale regolamentazione sia applicabile anche alle cooperative, pur in assenza di una previsione *apertis verbis* da parte del legislatore della riforma, in ragione del rinvio dell'art. 2516 c.c. alle norme sulla s.p.a. per quanto non specificatamente disposto dal legislatore in tema di *governance* delle cooperative.

Per ragioni di completezza espositiva, si rende necessario puntualizzare che le disposizioni *de quibus* sono state oggetto di modifica a opera dell'art. 40 del decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147, entrato in vigore il 20 novembre, il quale, tuttavia, pur mutando la lettera formale, non ha introdotto, per ciò che inerisce all'oggetto del presente lavoro, alcun cambiamento sotto il profilo sostanziale.

contabili nelle società che già ne disponevano, ma essi sono stati, di fatto, costretti ad approntarli *ex novo*, laddove questi non fossero ancora esistiti, in tempi molto ristretti.

Nel panorama *ante* riforma, erano, e sono tuttora, posti a presidio dell'ottemperanza dell'obbligo di istituire assetti adeguati il consiglio di amministrazione e gli eventuali organi delegati, i quali, ai sensi dell'art. 2831, comma 3 c.c., valutano se gli assetti siano effettivamente idonei, e il collegio sindacale, che vigila sulla permanente sussistenza dell'adeguatezza degli assetti e sul loro corretto funzionamento ai sensi dell'art. 2043, comma 1 c.c. ⁽¹¹¹⁾.

I sindaci sono chiamati a compiere un controllo *ex ante* sul corretto esercizio delle procedure necessarie all'efficiente gestione dell'impresa e all'ipotetica rilevazione dei rischi, e un controllo *ex post* sulla legittimità dell'operato degli amministratori ⁽¹¹²⁾.

Il legislatore della riforma è intervenuto a porre maggiore enfasi sull'importanza del contributo apportato alla gestione dell'impresa da parte degli organi di controllo, disponendo, ai sensi dell'art. 14, comma 1 CCII, che essi, unitamente ai revisori e alla società di revisione, ognuno nell'ambito delle proprie funzioni, abbiano 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.

In conclusione, alla luce della disciplina introdotta dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, l'osservanza dell'obbligo di istituire degli adeguati assetti imprenditoriali e societari non assurge più solamente a paradigma per una corretta gestione del complesso imprenditoriale, ma si pone ora anche quale strumento fondamentale per la tempestiva rilevazione dei prodromi della crisi di impresa, nonché per le conseguenti fasi della gestione e del superamento di questa, anche nell'eventualità di mancata prontezza di reazione, finanche inerzia, da parte dell'amministrazione alla luce delle criticità emerse dagli stessi assetti, alle quali, come si vedrà, gli organi deputati al controllo reagiranno attraverso il ricorso allo strumento dell'allerta interna.

⁽¹¹¹⁾ Richiamato agli artt. 2409-*terdecies*, comma 1, lett. c), con riferimento al consiglio di sorveglianza, e 2409-*octiesdecies*, comma 5, lett. b) c.c. con riferimento al comitato per il controllo della gestione.

⁽¹¹²⁾ Si ricordi, inoltre, che il collegio sindacale non potrà mai sindacare in merito all'opportunità e alla convenienza delle scelte di gestione, coperte dalla *business judgement rule*.

CAPITOLO SECONDO

LE PROCEDURE DI ALLERTA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO

SOMMARIO: 1. I lavori della Commissione Trevisanato. – 2. Caratteri generali del sistema di allerta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: il presupposto soggettivo e l'osservatorio permanente. – 3. L'allerta interna. Gli obblighi di segnalazione degli organi di controllo. – 4. L'allerta esterna. Gli obblighi di segnalazione dei creditori pubblici qualificati. – 5. Gli organismi di composizione della crisi d'impresa. – 6. L'audizione del debitore dinanzi all'organismo di composizione della crisi d'impresa. – 7. Il procedimento di composizione assistita della crisi.

1. *I lavori della Commissione Trevisanato.*

La necessità di una tempestiva emersione della situazione di crisi in cui l'impresa versa non è stata, come esaminato, un'esigenza avvertita solamente negli ultimi anni, ma, al contrario, già nei primi anni del XXI secolo gli operatori del diritto avevano maturato la consapevolezza dell'importanza della rilevazione dei prodromi dell'insolvenza al fine di adottare ogni misura necessaria a farvi fronte, ivi compreso il raggiungimento di una composizione della crisi con il ceto creditorio.

All'inizio del nuovo millennio, la commissione Trevisanato si era posta l'obiettivo di individuare strumenti di previsione e di allerta che salvaguardassero l'imprenditore fino a quando l'insolvenza non si fosse manifestata in modo inequivocabile, potendo lo stesso beneficiare di un meccanismo di protezione «ombrello» (così definito nella stessa relazione legislativa) che gli avrebbe consentito di proporre e raggiungere il migliore accordo possibile con i creditori ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Qualora l'accordo non fosse stato possibile, sarebbe stata attivata una procedura liquidatoria che, a differenza del fallimento, non presentava alcun carattere sanzionatorio, consentendo, al contempo, un maggiore soddisfacimento della massa creditoria e valorizzando la conservazione dell'impresa. Si andava a delineare, come ricordato nel precedente capitolo, un meccanismo costituito da un doppio livello: una procedura di composizione della crisi e, eventualmente, in caso di infruttuosità della prima, una successiva liquidazione concorsuale.

Malgrado la commissione fosse concorde sul raggiungimento degli scopi di fondo suesposti, i suoi componenti avevano prospettato soluzioni, tese a realizzarli, molto diverse tra loro: tale contrasto di idee formatosi in seno alla commissione aveva condotto a una vera e propria divisione dei membri in due gruppi, con la conseguente redazione di una coppia di progetti diversi, uno elaborato dalla cosiddetta maggioranza e l'altro dalla minoranza – l'ultimo dei quali trovava il supporto dei rappresentanti della Banca d'Italia e dell'Associazione bancaria italiana – che presentavano differenze su aspetti molto rilevanti.

Partendo dalla comune premessa circa la sussistenza di alcuni strumenti di allerta nell'allora ordinamento giuridico (bollettino dei protesti e procedure esecutive immobiliari pendenti), entrambi i gruppi, mossi dall'esigenza di prevenire la crisi e sollecitare in tal senso gli imprenditori, avevano elaborato, ognuno all'art. 3 del proprio testo, un meccanismo di allerta doppio: venivano previste, infatti, la c.d. allerta esterna, attivata su impulso del Fisco e degli enti previdenziali, e la c.d. allerta interna, che sarebbe scattata in seguito all'iniziativa degli organi di controllo e di revisione.

Per quanto concerne l'allerta esterna, fu previsto che le pubbliche amministrazioni ⁽²⁾ avrebbero dovuto iscrivere in un apposito registro, reso di pubblico accesso, i crediti, iscritti a ruolo ovvero muniti di titolo esecutivo, che avessero superato un significativo ammontare, aggiornato periodicamente, e per i quali fosse sussistita una mora nei pagamenti per un periodo rilevante.

Il testo approvato dalla maggioranza prevedeva, inoltre, che l'inottemperanza a tale obbligo da parte delle p.a. avrebbe dovuto essere sanzionata mediante la decadenza dalle cause di prelazione nel corso delle procedure di crisi e di liquidazione concorsuale; ancora, lo stesso disponeva che le notizie circa i mancati pagamenti avrebbero potuto essere inoltrate anche all'autorità giudiziaria, affinché questa potesse svolgere una funzione di *moral*

Posta l'assoluta novità del concetto di prevenzione nell'ambito concorsuale italiano, il legislatore della riforma aveva guardato ad alcune soluzioni che erano già state adottate da altri Paesi: in particolare, gli ordinamenti presi in considerazione erano stati il sistema giuridico statunitense, quello britannico, quello tedesco – fondato, come si è avuto modo di vedere, su una nozione di crisi intesa come rischio di insolvenza – e, per evidenti ragioni, quello francese, che per primo (e, allo stato dell'arte, ancora solo) aveva introdotto un composito sistema di allerta, il quale ne costituisce ancora oggi il tratto distintivo rispetto agli altri ordinamenti.

⁽²⁾ La scelta di legittimare le pubbliche amministrazioni ad allertare non è affatto casuale: le statistiche evidenziano come, solitamente, l'imprenditore medio che versi in uno stato di difficoltà cominci, tra i debiti contratti, a non pagare proprio quelli nei confronti di tali enti, in quanto questi ultimi, per la loro struttura, hanno una capacità di reazione al mancato pagamento meno efficace e rapida rispetto a quella dei creditori persone fisiche o delle società.

Tale considerazione, come si vedrà, è stata fatta propria anche dalla Commissione Rordorf per delineare il sistema dell'allerta esterna.

dissuasion nei confronti dell'imprenditore inerte, mentre la minoranza riteneva inutile la comunicazione *de qua* poiché tali informazioni non avrebbero comunque potuto fornire al giudice il quadro esatto dell'effettiva situazione aziendale.

In riferimento all'allerta interna adoperata rispetto all'imprenditore collettivo, invece, l'organo di controllo oppure, ove esistente, il revisore o la società di revisione avrebbero avuto l'obbligo di riferire l'esistenza dei sintomi di stato di difficoltà dell'impresa a soggetti diversi. La maggioranza si era limitata a prevedere che i fatti indicatori della crisi, in caso di mancata adozione da parte dell'imprenditore di iniziative volte al loro superamento, dovessero essere comunicati *direttamente all'autorità giudiziaria*. Al contrario, la proposta della minoranza risultava più articolata: i sindaci o i revisori avrebbero dovuto, innanzitutto, riferire tempestivamente all'organo amministrativo ogni circostanza idonea a pregiudicare la *continuità dell'impresa*, invitandolo a porre rimedio con idonee misure, e in seguito, in caso di inerzia degli amministratori, convocare l'assemblea dei soci per le opportune deliberazioni; solo nell'eventualità in cui ogni iniziativa degli organi di controllo si fosse rivelata vana, essi sarebbero stati obbligati a riferire ai tribunali i fatti rivelatori non di una semplice crisi, ma di uno *stato di insolvenza*. Questa scelta veniva motivata, nella relazione di accompagnamento al progetto, come rimedio teso a prevenire il rischio di adozione di condotte poco trasparenti da parte dell'imprenditore, nel tentativo di occultare i sintomi di anomalia che, pur non essendo sfociati nell'insolvenza, avrebbero potuto essere percepiti come tali proprio in ragione di un fenomeno di *disclosure*.

Infine, la maggioranza aveva previsto, sia nell'ambito dell'allerta esterna, sia in quello dell'allerta interna, una regola del tutto peculiare: il giudice avrebbe potuto *convocare l'imprenditore* per verificare le circostanze riferitegli sulla situazione economica e patrimoniale dell'impresa e, di conseguenza, sollecitarlo all'adozione di iniziative di risanamento, ivi compresa la richiesta di avvio della procedura di composizione concordata della crisi (art. 3, lett. c)). Il magistrato sarebbe stato, così, chiamato a svolgere una «attività di persuasione» nei confronti del debitore, affinché questo prendesse coscienza dello stato di crisi e, soprattutto, si adoperasse per risolverlo.

Malgrado l'indiscusso pregio del tentativo di introdurre uno strumento che stimolasse l'imprenditore a gestire in modo tempestivo la crisi cogliendone i primi segnali, in modo da poter preservare i propri *asset* e consentire la loro valorizzazione ristrutturando l'azienda oppure raggiungendo un accordo con i creditori al fine di garantire loro il miglior soddisfacimento possibile, l'inconciliabilità dei due disegni di riforma contribuì a che il complessivo progetto

non avesse fortuna. A destare particolari rimostanze da parte dei commentatori e degli operatori era l'idea di una convocazione del debitore da parte del giudice: premesso che la *corporate governance* dell'impresa sarebbe riuscita a trovare un sistema di autoregolazione mediante i propri meccanismi interni di gestione, si sosteneva che interferenze di tipo giurisdizionale avrebbero costituito ingerenze indebite incidenti negativamente sull'autonomia privata dell'imprenditore nel gestire la crisi ⁽³⁾, temendo, di fatto, una deriva dirigistica da parte dei giudici ⁽⁴⁾.

Il fallimento del progetto della Commissione Trevisanato non segnò, tuttavia, la definitiva archiviazione dell'obiettivo da perseguire, in quanto nel 2004 il Ministro della Giustizia nominò una seconda commissione, la c.d. Commissione Trevisanato ristretta ⁽⁵⁾, perché elaborasse uno schema di d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali da presentare ai ministeri deleganti: il testo predisposto prevedeva un intero titolo, il secondo, dedicato proprio agli istituti di allerta e prevenzione (artt. 8-12).

Ai sensi dell'art. 8, i pubblici ufficiali abilitati a levare i protesti cambiari, nonché i procuratori del registro per i rifiuti di pagamento fatti in conformità della legge cambiaria e la cancelleria del tribunale, limitatamente alle esecuzioni mobiliari e immobiliari, avrebbero dovuto trasmettere ogni quindici giorni alla Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, ove esercitavano le loro funzioni, un elenco dei protesti per mancato pagamento levati nelle due settimane precedenti ⁽⁶⁾.

L'art. 9 provvedeva, invece, a disciplinare l'allerta esterna: le pubbliche amministrazioni e le società di somministrazione di energia ⁽⁷⁾ avrebbero dovuto

⁽³⁾ Cfr. A. PELLEGGATTA, *Prevenzione della crisi d'impresa e procedure di allerta*, in www.judicium.it, 2013.

Si veda, *ex multis*, G. SANTONI, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2004, p. 736 ss., il quale critica tale potere del giudice di sollecitazione all'adozione delle misure di risanamento additandolo come paternalistico – in quanto, sostiene, richiama l'attenzione dell'imprenditore su un aspetto ovvio, del quale questo è a conoscenza e cui già vuole rimediare – e dannoso – l'intervento dell'autorità giudiziaria porterebbe ad aggravare ulteriormente lo stato di crisi, finanche a renderlo irreparabilmente compromesso.

⁽⁴⁾ L. PANZANI, *Misure di allerta e prevenzione della crisi. Nuove prospettive?*, in www.ilfallimentarista.it, 2013.

⁽⁵⁾ È del tutto evidente il riferimento al minore numero dei componenti della Commissione, pensato al fine di scongiurare il pericolo di contrasti intestini che potessero portare a una nuova spaccatura e, così facendo, al tramonto definitivo del processo.

⁽⁶⁾ L'elenco avrebbe dovuto indicare, per ciascun protesto, la data; il cognome, il nome e il domicilio della persona alla quale era stato fatto e quelli del richiedente; la scadenza del titolo protestato; la somma dovuta; i motivi del rifiuto.

⁽⁷⁾ M. FABIANI, *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2004, p. 825 ss., nota che l'ammissione di tali società riposava sul fatto che i debiti contratti con esse vengano

segnalare alla Camera di commercio del luogo in cui l'impresa aveva sede i crediti, iscritti a ruolo ovvero assistiti da titolo esecutivo, di importo superiore a euro 100.000 per i quali fosse sussistito un ritardo nei pagamenti di oltre sei mesi.

Per motivi di reciprocità, alla segnalazione del ritardo nel pagamento avrebbe potuto seguire quella della rimozione dello stato di morosità, in quanto quest'ultimo costituiva un indice rilevatore di una – almeno parziale – riconquistata capacità dell'imprenditore di adempiere alle obbligazioni, nonché di ogni altro fatto da cui emergesse l'insussistenza del debito.

L'art. 10 regolamentava l'allerta interna nelle società di capitali, la quale ricalcava esattamente il meccanismo predisposto dalla minoranza della prima Commissione Trevisanato: gli organi di controllo, nonché il revisore contabile o la società di revisione avrebbero dovuto comunicare, per iscritto e senza ritardo, all'organo amministrativo ogni fatto idoneo a pregiudicare la *continuità dell'impresa* di cui fossero venuti a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni, invitandolo a porvi rimedio. In mancanza di idonee iniziative, l'organo avrebbe dovuto convocare senza ritardo l'assemblea dei soci per le opportune deliberazioni, che, se inidonee ad assicurare la continuità d'impresa, avrebbero obbligato l'organo di controllo a segnalare per iscritto al *tribunale* competente i fatti di cui fosse a conoscenza; di tale segnalazione al magistrato l'organo di controllo avrebbe dovuto, in seguito, dare comunicazione alla Camera di commercio. Amministratori e sindaci sarebbero stati così convocati dal tribunale, eventualmente delegando un giudice per l'audizione, per poter riferire della situazione economica, patrimoniale e finanziaria della società. A questo punto, si sarebbero potuti verificare due scenari alternativi: se i fatti comunicati fossero stati rilevatori di una semplice situazione di crisi, il tribunale avrebbe invitato gli amministratori a valutare l'opportunità di accedere alla composizione concordata della crisi; al contrario, qualora fossero emersi fatti di insolvenza, si sarebbe aperta una procedura di liquidazione concorsuale ovvero di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza *ex art. 3 del d.lgs. n. 270/1999*.

L'art. 11 introduceva una novità, ossia la costituzione, presso le Camere di commercio di ogni provincia, di un pubblico registro, una vera e propria banca dati contenente le comunicazioni di cui agli artt. 8, 9 e 10 che avrebbe consentito una valutazione del rischio del credito più semplice; l'acquisizione dei dati sarebbe avvenuta secondo il procedimento di accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241. Le Camere avrebbero trasmesso al

generalmente erogati con regolarità, pena il rischio di interruzione della fornitura, per cui il mancato pagamento sarebbe stato sintomatico della gravità della crisi.

tribunale competente i nominativi dei soggetti iscritti nel pubblico registro, aggregati per singolo imprenditore, entro quindici giorni dalla seconda segnalazione: le segnalazioni pervenute ai tribunali, suddivise per nominativo, sarebbero state poi raccolte all'interno di un apposito registro tenuto in modalità informatica.

Ma, ancora una volta, i lavori perpetrati dalla Commissione Trevisanato naufragarono senza sfociare in alcun concreto disegno di legge che potesse essere efficacemente presentato in Parlamento ⁽⁸⁾; malgrado ciò, sarebbe ingiusto affermare che l'esito dell'operato della Commissione non abbia condotto ad alcun risultato fruttuoso: i progetti predisposti hanno costituito un importante antecedente legislativo atto a divenire l'ossatura a partire dalla quale la Commissione Rordorf ha tratto ispirazione per predisporre l'attuale assetto delle procedure di allerta.

2. *Caratteri generali del sistema di allerta nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: il presupposto soggettivo e l'osservatorio permanente.*

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza definisce gli strumenti di allerta, ai sensi dell'art. 12, comma 1, come gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 (c.d. allerta interna) e 15 (c.d. allerta esterna), finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal Codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi

⁽⁸⁾ Per ragioni di completezza espositiva, occorre tenere presente, tuttavia, che l'introduzione delle misure di allerta è stata mutuata anche all'interno del progetto di legge n. 5171, presentato il 20 luglio 2004, il cui art. 5 contemplava, in modo piuttosto succinto, la previsione della *sola allerta interna*, che sarebbe stata applicata *unicamente alle società di capitali*. Organi di controllo e revisori (o società di revisione) avrebbero dovuto verificare se il livello di indebitamento dell'imprenditore fosse tale da mettere in pericolo la *continuità dell'attività d'impresa*, dandone eventualmente comunicazione al consiglio di amministrazione affinché potesse adottare ogni provvedimento idoneo. Tra queste misure rientravano la convocazione dell'assemblea, in caso di inerzia degli amministratori, nonché, qualora le iniziative degli amministratori «allertati» non fossero state atte a fare fronte alla crisi, l'esperimento di una *segnalazione al tribunale* competente affinché questo convocasse gli organi di amministrazione e di controllo perché riferissero sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società. In tale caso, se, dopo aver formalizzato l'attitudine delle misure adottate a superare la situazione di difficoltà, fosse stato accertato uno stato di insolvenza attuale, si sarebbe aperta una procedura di liquidazione.

Come si vedrà nel proseguo della trattazione, tale procedimento, per ciò che concerne la scansione, ricorda relativamente quello dell'allerta francese, salvo per ciò che riguarda il presupposto oggettivo.

dell'impresa e alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione⁽⁹⁾.

Prima di proseguire con la disamina del duplice meccanismo predisposto, occorre, tuttavia, delineare brevemente la cornice entro cui lo stesso si dipana, specificando alcune nozioni di carattere generale, che trovano applicazione a prescindere dal tipo di allerta attivato.

Innanzitutto, il legislatore della riforma ha previsto che non tutte le imprese siano soggette al meccanismo dell'allerta: tale limitazione va ricondotta alla natura delle imprese medesime e al tipo di attività esercitata. La regola generale è quella dettata dall'art. 12 CCII, per cui gli strumenti di allerta trovano applicazione nei confronti di ogni debitore, individuale o collettivo, che svolga attività imprenditoriale (comma 4), ivi comprese le imprese agricole e le imprese minori⁽¹⁰⁾, compatibilmente con la loro struttura organizzativa (comma 7)⁽¹¹⁾, tuttavia i commi 4 e 5 provvedono a tracciare una linea di demarcazione rispetto alle imprese non ammesse a beneficiare dell'allerta, ma che, invece, potranno godere delle misure premiali di cui all'art. 25 qualora abbiano assunto tempestivamente iniziative idonee a evitare l'aggravarsi della crisi di cui all'art. 24 (comma 6).

Le imprese escluse possono, sistematicamente, essere così enucleate:

1) le grandi imprese⁽¹²⁾;

⁽⁹⁾ B. INZITARI, *Crisi, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e di risoluzione*, in *Contratto e impr.*, 2020, p. 630, parla efficacemente di una segnalazione che svolge la duplice funzione di deterrenza per il debitore e di supplenza della sua mancata iniziativa.

⁽¹⁰⁾ Ai sensi dell'art. 2, lett. d) CCII, si definisce «impresa minore» quella che presenti congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro 300.000 nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro 200.000 nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro 500.000. Tali valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia adottato a norma dell'articolo 348 CCII.

⁽¹¹⁾ Nello stesso comma il legislatore si premura di specificare che l'audizione dell'imprenditore agricolo o di piccole dimensioni in seguito alle segnalazioni interne o esterne, nonché l'eventuale corso della composizione assistita della crisi – anche se su istanza del debitore – si svolgeranno dinanzi agli organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC), non davanti agli OCRI.

⁽¹²⁾ Ai sensi dell'art. 2, lett. g) CCII, si definiscono «grandi imprese» quelle che, ai sensi dell'art. 3, par. 4 della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, alla data di chiusura del bilancio superano i limiti numerici di almeno due dei tre criteri seguenti: a) totale dello stato patrimoniale: venti milioni di euro; b) ricavi netti delle vendite e delle prestazioni: quaranta milioni di euro; c) numero medio dei dipendenti occupati durante l'esercizio: duecentocinquanta.

- 2) i gruppi di imprese di rilevante dimensione ⁽¹³⁾;
- 3) le società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante, secondo i criteri stabiliti dal Regolamento della Commissione nazionale per le società e la borsa (Consob) concernente la disciplina degli emittenti;
- 4) gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'art. 106 del Testo unico bancario (decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 383);
- 5) gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento;
- 6) le società di intermediazione mobiliare, le società di gestione del risparmio, le società di investimento a capitale variabile e fisso, le società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e le società componenti del gruppo;
- 7) le fondazioni bancarie di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153;
- 8) la Cassa depositi e prestiti di cui al decreto-legge 30 settembre 2003, n. 269, convertito, con modificazioni, dalla legge 24 novembre 2003, n. 326;
- 9) i fondi pensione;
- 10) le imprese di assicurazione e riassicurazione di cui al Codice delle assicurazioni private (decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209);
- 11) le società fiduciarie di cui al decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58; le società fiduciarie, le società fiduciarie e di revisione e gli enti di gestione fiduciaria disciplinati dalla legge 23 novembre 1939, n. 1966; le società di cui all'articolo 2 del decreto-legge 5 giugno 1986, n. 233, convertito, con modificazioni, dalla legge 1° agosto 1986, n. 430; le società fiduciarie di cui all'articolo 60, comma 4 del decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415.

Per quanto concerne le prime due categorie di imprese summenzionate, la giustificazione della loro esclusione a mente del comma 4 va ravvisata nella grandezza della dimensione dell'impresa, che renderebbe complesso articolare un meccanismo di controllo, soprattutto interno, che riesca efficacemente a snodarsi nella loro già elaborata organizzazione; la dispensa dalla possibilità di «suonare l'allarme» relativa alle altre categorie imprenditoriali, disciplinata ai sensi del comma 5, trova la propria ragione d'essere nel fatto che, da un lato, tali imprese

⁽¹³⁾ Ai sensi dell'art. 2, lett. i) CCII, si definiscono «gruppi di imprese di rilevante dimensione» i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettino i limiti numerici di cui all'art. 3, paragrafi 6 e 7 della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013.

operano in mercati ampiamente regolamentati ⁽¹⁴⁾ da normative *ad hoc*, e, dall'altro, che un'eventuale segnalazione circa la loro situazione di crisi comporterebbe effetti pregiudizievoli non solo per le imprese stesse, ma anche per il mercato nel suo complesso ⁽¹⁵⁾.

L'art. 12, comma 3 CCII specifica che l'attivazione della procedura di allerta da parte dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, nonché la presentazione da parte del debitore dell'istanza di composizione assistita della crisi di cui all'articolo 16, comma 1, non costituiscono causa né di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi, e che eventuali patti contrari a ciò siano nulli. Tale previsione risponde, evidentemente, allo scopo di rendere il ricorso all'allerta scevro da ogni possibile reazione da parte dei creditori che sia atta a pregiudicare la *continuità* dell'attività d'impresa ⁽¹⁶⁾.

Merita un breve cenno, infine, la previsione di cui all'art. 353 del Codice, ai sensi del quale il Ministero della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e con quello per lo sviluppo economico, deve istituire, entro un anno dalla data di entrata in vigore del CCII, un osservatorio permanente ⁽¹⁷⁾ deputato a monitorare con cadenza annuale l'andamento delle

⁽¹⁴⁾ Così S. TETI, *Procedure di allerta*, Torino, 2019, p. 23 ss.

⁽¹⁵⁾ Si veda, a tal proposito, G. LEOGRANDE, F. GHIGNONE, *Commento ragionato alla riforma fallimentare*, Milano, 2019, p. 12, ove si esemplifica l'effetto dell'eventuale scenario di disclosure sull'andamento delle quotazioni delle società.

⁽¹⁶⁾ Come rilevato da D. VATTERMOLI, *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'OCRI*, in *Fallimento*, 2020, p. 898 ss., nulla impedisce, tuttavia, che il vincolo contrattuale si sciogla per scadenza del termine *ex art.* 1457 c.c. oppure che la controparte esiga immediatamente la prestazione dovuta, qualora il debitore si trovi in stato di insolvenza *ex art.* 1186 c.c.

È opportuno precisare, ancora, che, secondo quanto disposto dall'art. 12, comma 9 CCII, la segnalazione da parte degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati e il procedimento di composizione assistita della crisi cessano in costanza della pendenza di una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza disciplinate dal Codice, al punto che quest'ultima, qualora sia sopravvenuta all'attivazione dell'allerta o della composizione, comporta direttamente la chiusura dei procedimenti *de quibus*. Il legislatore non ha provveduto a specificare *expressis verbis* quali procedure debbano essere ricomprese nella locuzione «procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza». G. DI GIORGIO, *I rapporti tra l'allerta e le sopravvenute procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in www.osservatorio-oci.org, 2019, ritiene che l'art. 40 CCII venga in soccorso all'interprete: posto che l'accertamento di crisi e insolvenza è ora soggetto a un unico modello processuale, costituiscono procedure di regolazione di crisi e insolvenza tutte quelle alle quali si può accedere presentando domanda nei modi di cui all'articolo *de quo* (*id est*: concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e liquidazione giudiziale).

⁽¹⁷⁾ I cui componenti svolgeranno tale mansione a titolo gratuito, dato che il comma 2 prevede espressamente che non siano corrisposti né compensi e gettoni di presenza, né rimborsi spese o altri emolumenti comunque denominati.

misure di allerta e della procedura di composizione assistita della crisi, nonché a proporre le eventuali modifiche normative necessarie a migliorarne l'efficienza.

Alla luce dei dati raccolti dall'osservatorio e delle relative analisi elaborate con riguardo alla funzionalità dell'allerta, che dovranno poi essere comunicate al Ministro della Giustizia, quest'ultimo dovrà presentare al Parlamento una relazione dettagliata sull'applicazione del Codice, dapprima decorsi due anni dall'entrata in vigore e, in seguito, con cadenza triennale.

3. *L'allerta interna. Gli obblighi di segnalazione degli organi di controllo.*

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza provvede a dettare la regolamentazione dello strumento dell'allerta interna ai sensi dell'art. 14 ⁽¹⁸⁾.

A mente del comma 1, gli organi di controllo societari (*id est*: il collegio sindacale), 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 *ex art.* 3 CCII, 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 di cui all'art. 13 CCII. L'obbligo di verifica, finalizzato a percepire i primi prodromi della crisi di impresa, si pone come avente carattere continuativo: si tratta di un monitoraggio che i sindaci e i revisori sono chiamati a effettuare costantemente nell'espletamento delle mansioni cui sono adibiti e che è volto a rafforzare il dialogo endosocietario.

L'allerta interna si pone, quindi, come uno strumento testo a coadiuvare l'organo amministrativo nel controllo dei parametri considerati rilevanti ai fini della tempestiva emersione della crisi e sollecitarlo a porre in essere gli atti più adeguati a fronteggiare uno stato di difficoltà che sia già stato percepito dai controllori: gli organi di controllo si trovano a vedere valorizzate le proprie

⁽¹⁸⁾ Chi scrive ritiene di dover premettere che la disciplina degli strumenti di allerta che verrà trattata in questo capitolo si attiene al dettato normativo del d.lgs. n. 14/2019 così come pubblicato sulla Gazzetta ufficiale.

Si è già avuto modo di vedere nel precedente capitolo, in sede di esame della definizione di crisi e dei suoi indicatori, che le disposizioni *de quibus* abbiano formato oggetto di modifica da parte del legislatore mediante il d.lgs. n. 147/2020, delle cui innovazioni si darà debitamente conto *infra* cap. III, § 6.

competenze funzionali e a rivestire, così, un ruolo che non è più di mera verifica *ex post*, ma che assurge a elemento coesistenziale dell'esercizio di impresa⁽¹⁹⁾.

Il legislatore si preoccupa di indicare puntualmente la disciplina della segnalazione destinata agli amministratori, la quale deve essere fatta a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione. La stessa deve, poi, essere motivata, contestualizzata rispetto alla singola fattispecie concreta ed elaborata, in un'ottica di *forward looking*, svolgendo un vaglio critico sull'andamento aziendale⁽²⁰⁾. Infine, la segnalazione deve recare la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro cui l'organo amministrativo è chiamato a riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese.

A questo punto, il *management* ben potrebbe, nell'arco di tempo indicato, illustrare all'organo di controllo la prospettazione di misure risolutive della crisi che intende adottare nel breve-medio periodo: qualora sindaci e revisori contabili le ritengano adeguate allo scopo e, quindi, efficienti, il confronto con gli amministratori potrebbe *non* sfociare nell'applicazione della seconda fase del sistema dell'allerta interna.

Al contrario, 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, sindaci o revisori informano senza indugio gli organismi di composizione della crisi d'impresa, fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'art. 2407, comma 1 c.c. quanto all'obbligo di segretezza⁽²¹⁾.

Dal dettato normativo emerge chiaramente come il meccanismo dell'allerta disegnato sia bifasico: vi è necessariamente una fase di segnalazione agli amministratori della società affinché si adoperino a far fronte alla crisi, cui può seguire, solo eventualmente, in caso di inerzia o inadeguatezza delle risposte o mancata concretizzazione di queste nei due mesi successivi, una seconda fase di segnalazione all'OCRI.

Al fine di garantire il tempestivo agire da parte degli organi di controllo e dei revisori, il legislatore ha introdotto, al comma 3, una norma volta a

⁽¹⁹⁾ Così G. M. BUTA, *Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo e del revisore nell'allerta sulla crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1203.

⁽²⁰⁾ Cfr. R. RANALLI, *Definiti gli indici della crisi e il percorso di rilevazione dei suoi fondati indici*, in www.ilfallimentarista.it, 2019; S. LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in www.ilcaso.it, 2019.

⁽²¹⁾ Se ne riporta qui il testo: «I sindaci devono adempiere i loro doveri con la professionalità e la diligenza richieste dalla natura dell'incarico; sono responsabili della verità delle loro attestazioni e devono conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza per ragione del loro ufficio».

responsabilizzare la condotta degli stessi: la puntuale segnalazione all'organo amministrativo costituisce, infatti, causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo, 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. L'esclusione della responsabilità solidale con gli amministratori è inquadrata – si evince – alla stregua di una misura premiale per il corretto agire degli organi di controllo ⁽²²⁾.

Infine, proprio allo scopo di incentivare gli organi di controllo a una buona condotta in caso di emersione della crisi e di evitare il timore di una ritorsione da parte dell'imprenditore il cui stato di difficoltà sia stato dagli stessi sospettato, l'ultimo periodo del comma 3 prevede che le segnalazioni effettuate sia all'organo amministrativo, sia agli OCRI non costituiscano giuste cause di revoca dall'incarico.

Il ruolo chiave ricoperto dai sindaci e dai revisori contabili nello svolgimento di entrambe le fasi dell'allerta interna, alla luce delle funzioni

⁽²²⁾ Si noti qui un intervento correttivo del legislatore in sede di redazione del Codice della crisi. La legge delega 19 ottobre 2017, n. 155 prevedeva che venissero determinati i criteri di responsabilità per il solo collegio sindacale (art. 4, lett. f)), dando luogo a una macroscopica lacuna normativa con riferimento all'esenzione di responsabilità per i revisori o le società di revisione. Ai sensi dell'art. 15, comma 1 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 (come modificato dall'art. 17 del d.lgs. n. 135/2016), infatti, essi *rispondono in solido* tra loro e *con gli amministratori* nei confronti della società che ha conferito l'incarico di revisione legale, dei suoi soci e dei terzi *per i danni derivanti dall'inadempimento ai loro doveri*. L'attuale formulazione del CCII, peraltro non oggetto di alcun intervento di modifica a opera del d.lgs. n. 147/2020 sotto questo profilo, utilizza la generica locuzione «predetto organo», senza più menzionare *apertis verbis* né sindaci, né revisori.

Malgrado l'assenza di un'espressa previsione nel Codice o di un rinvio normativo, si dovrebbe logicamente ritenere, tuttavia, che l'esenzione della responsabilità solidale operi anche nei confronti dei revisori, posto che, diversamente opinando, si darebbe luogo a un trattamento impari che non tiene conto del fatto che entrambi gli organi di controllo siano gravati, pur nell'esercizio delle proprie *diverse funzioni*, dei *medesimi obblighi* sia in ambito di vigilanza sull'adeguatezza degli assetti imprenditoriali, sia rispetto alle segnalazioni all'organo di controllo e agli OCRI.

Per quanto concerne i sindaci, invece, l'ancoraggio normativo è rinvenibile all'art. 2407, comma 2 c.c., ai sensi del quale essi sono responsabili solidalmente con gli amministratori per i fatti o le omissioni di questi, quando il danno non si sarebbe prodotto se essi avessero vigilato in conformità degli obblighi della loro carica.

È bene tenere presente, tuttavia, che la responsabilità dei sindaci è esclusa per i danni che si siano originati in seguito alla – e, magari, proprio a causa della – crisi, ma rimane ferma per quei fatti o omissioni – generati parimenti dopo la segnalazione, ma non dipendenti dalla crisi – che avrebbero dovuto rilevare nell'esercizio delle proprie funzioni: la previsione non offre, infatti, un'esenzione che copra l'intera attività degli organi di controllo a partire dal momento della segnalazione, per cui essi sono tenuti comunque a proseguire nell'adempimento dei propri obblighi di vigilanza anche in seguito allo scattare dell'allerta interna.

assunte, nonché della capacità di elaborare dati sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa nell'espletamento di quest'ultime, ha spinto il legislatore a operare su un duplice livello. Esso non si è, infatti, limitato, come visto, a premiare gli organi di controllo diligenti nel recepimento dei prodromi della crisi, ma ha, altresì, reso obbligatoria la nomina degli stessi anche in quelle società che, fino a quel momento, ne erano prive.

L'art. 379, comma 1 CCII dispone che l'art. 2477, comma 2 c.c. sia modificato in modo tale che una società a responsabilità limitata sia obbligata a nominare un organo di controllo al ricorrere di talune condizioni tra loro alternative, che possono essere così riassunte:

- a) è tenuta alla redazione del bilancio consolidato;
- b) controlla una società obbligata alla revisione legale dei conti;
- c) ha superato, per due esercizi consecutivi, almeno uno dei tre seguenti parametri: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale pari a 2 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni pari a 2 milioni di euro; 3) numero dei dipendenti occupati in media durante l'esercizio pari a 10 unità.

A mente del comma 3, l'obbligo di nomina dell'organo di controllo o del revisore di cui alla lett. c) cessa, tuttavia, allorquando, per tre esercizi consecutivi, non venga superato alcuno dei predetti limiti ⁽²³⁾.

L'art. 379, comma 2 CCII dispone che, per quanto riguarda le s.r.l. e le società cooperative costituite alla data di entrata in vigore della norma, quando ricorrono i requisiti di cui al comma 1, devono provvedere a nominare gli organi di controllo o il revisore e, se necessario, a uniformare l'atto costitutivo e lo statuto alle disposizioni di cui al comma 1 entro *nove mesi* dall'entrata in vigore. Fino alla scadenza del termine, le previgenti disposizioni dell'atto costitutivo e dello statuto conservano la loro efficacia, anche se non conformi alle inderogabili disposizioni di cui al comma 1. Ai fini della prima applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 2477, comma 3 c.c., così come sostituito dal Codice stesso, si ha riguardo ai due esercizi antecedenti la scadenza indicata nel primo periodo.

Dopo pochi mesi dalla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale del d.lgs. n. 14/2019, il legislatore è intervenuto con il decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55, a novellare l'art. 2477, comma 2, lett. c), prevedendo che la nomina del sindaco o del revisore nelle società a responsabilità limitata sia ora prevista allorquando essa abbia superato, per due esercizi consecutivi, almeno uno dei seguenti limiti: 1) totale dell'attivo

⁽²³⁾ È stato calcolato che i requisiti di cui al novellato art. 2477 c.c. costringeranno alla nomina degli organi di controllo ben 127.000 piccolo-medie imprese, con un conseguente aggravio di costi nient'affatto indifferente.

dello stato patrimoniale pari a 4 milioni di euro; 2) ricavi delle vendite e delle prestazioni pari a 4 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio pari a 20 unità. Le soglie sono state innalzate tutte nella misura del doppio in ragione della critica perpetrata dalla dottrina in merito ai comportamenti poco virtuosi che avrebbero potuto essere posti in essere dai debitori al fine di evitare di gravarsi di un ulteriore costo aggiuntivo quale il compenso dei revisori, che comporta un costante impegno di risorse economiche ⁽²⁴⁾.

L'art. 379 CCII è entrato in vigore a partire dal quindicesimo giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, ossia dal 16 marzo 2019, per cui la nomina degli organi di controllo da parte delle s.r.l., da effettuarsi entro nove mesi dalla predetta data, avrebbe dovuto compiersi entro il 16 dicembre del medesimo anno. Il termine è stato in seguito modificato con il decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8, ai sensi del cui art. 8, comma 6-sexies è disposto che la nomina vada effettuata entro la data di approvazione dei bilanci relativi all'esercizio 2019, stabilita ai sensi dell'art. 2364, comma 2 c.c., creando una ingiustificata disparità di trattamento tra chi aveva diligentemente nominato il revisore per tempo e chi, in mancata ottemperanza a un obbligo di legge, veniva ora legittimato a perpetrare la violazione, cristallizzando le conseguenze inutili che si erano fino a quel momento – a questo punto inutilmente – prodotte in termini di aggravio di costi, delle quali si è già detto.

Il quarto e ultimo comma dell'art. 14 CCII dispone che, nell'attivazione dell'allerta interna, anche le banche e gli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 del Testo unico bancario siano chiamate a ricoprire un ruolo fondamentale: esse, infatti, nel momento in cui comunicano al cliente (*id est*: il consiglio di amministrazione) variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, devono dare notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti. Tale comunicazione assolve all'importantissima funzione di rendere edotti sindaci e revisori sull'esistenza di informazioni di cui non potrebbero venire in possesso nell'esercizio delle proprie funzioni, ma che contribuiscono a meglio definire il ritratto della situazione economico-finanziaria in cui versa l'impresa ⁽²⁵⁾ in vista

⁽²⁴⁾ Cfr. E. BRODI, *Emersione e gestione tempestiva della crisi: innovazioni e potenzialità critiche nella legge n. 155 del 2017*, nt. 39, in www.giustiziacivile.com, 2018, ove l'Autrice sottolinea che la nuova formulazione rischia di indurre un freno alla crescita dimensionale di tali società.

⁽²⁵⁾ B. INZITARI, *Crisi, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e di risoluzione*, cit., p. 632 ss., rileva che il rapporto bancario svolge la funzione di indicatore sintomatico della capacità di solvenza prospettica dell'impresa: le vicende modificative che, nel corso della durata del rapporto bancario, investono il contrattosi proiettano ben oltre le parti

della duplice segnalazione, dal momento che, come si è visto, quest'ultima necessita di essere adeguatamente motivata, ossia di recare in sé idoneo fondamento circa l'indiziaria sussistenza di uno stato di crisi.

4. *L'allerta esterna. Gli obblighi di segnalazione dei creditori pubblici qualificati.*

A corredo dell'obbligo di segnalazione posto in capo ai sindaci e ai revisori, i quali, come si è visto, godono, in ragione della posizione ricoperta, di un indubbio vantaggio in termini di prontezza nel recepire i prodromi della crisi, il CCII ha disposto la previsione di uno strumento di vigilanza che fosse esogeno all'impresa e che permettesse di cogliere segnali diversi e ulteriori rispetto a quelli manifestati dalla lettura delle scritture contabili: si tratta della c.d. allerta esterna, disciplinata ai sensi dell'art. 15 CCII e mutuata anch'essa dai progetti di riforma della materia concorsuale di entrambe le Commissioni Trevisanato.

Il comma 1 dispone che l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione abbiano l'obbligo ⁽²⁶⁾ 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, ammonendolo del fatto 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'art. 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 a una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, essi ne faranno segnalazione all'OCRI, che, a propria volta, provvederà a segnalarlo agli organi di controllo della società ⁽²⁷⁾.

contraenti, fino a costituire evidenza del livello di valutazione dell'affidabilità del debitore (si tratta del c.d. merito creditizio, assegnato a ciascun debitore dal ceto bancario).

⁽²⁶⁾ Ai sensi del comma 7 dello stesso articolo, esso decorre, per l'Agenzia delle entrate, dalle comunicazioni della liquidazione periodica IVA di cui all'art. 21-bis del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, che sia no relative al primo trimestre dell'anno d'imposta successivo all'entrata in vigore del CCII.

⁽²⁷⁾ AA.VV., *Gli attori della governance coinvolti nella fase di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, in *Giur. comm.*, 2020, I, p. 601, rilevano acutamente come allerta interna e allerta esterna siano tra loro autonome e concorrenti: i due processi non sono tra loro

Esistono due ipotesi in cui la segnalazione dei creditori pubblici qualificati può essere evitata: l'imprenditore riesce a estinguere o regolarizzare il proprio debito – ad esempio, ai sensi di quanto disposto dal comma 5, nel caso in cui egli documenti di essere titolare di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni, per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato ⁽²⁸⁾ – oppure se presenta istanza di composizione assistita della crisi o domanda di procedura di regolazione della stessa.

Il comma 4 precisa che, decorso inutilmente il termine di novanta giorni, i creditori pubblici qualificati procedono senza indugio alla segnalazione all'OCRI, effettuata con modalità telematiche definite d'intesa con Unioncamere e InfoCamere.

Mentre il presupposto oggettivo di attivazione dell'allerta interna si rinviene nella rilevazione degli indici di cui all'art. 13 CCII, quello dell'allerta esterna consiste in una prolungata situazione di mora nel pagamento di imposte e contributi di significativo ammontare. La «rilevanza» del debito contratto dall'imprenditore si traduce nella determinazione di soglie diverse a seconda del creditore di riferimento, al superamento delle quali scatta l'invio della comunicazione al debitore inadempiente ⁽²⁹⁾.

Così, l'avviso è dato dall'Agenzia delle entrate quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica di cui all'art. 21-*bis* del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, sia pari ad almeno il 30% del volume d'affari del medesimo periodo e non inferiore a euro 25.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 2.000.000 di euro; non inferiore a euro

coordinati e non è previsto che tra i soggetti legittimati ad allertare vi sia uno scambio di informazioni, che invece avviene solo tramite l'OCRI.

⁽²⁸⁾ I crediti devono risultare dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni, predisposta dal Ministero dell'Economia e delle Finanze ai sensi dell'articolo 4 del decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze 25 giugno 2012, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale 2 luglio 2012, n. 152, e dell'articolo 3 del decreto del Ministro dell'economia e delle finanze 22 maggio 2012, pubblicato sulla Gazzetta ufficiale 21 giugno 2012, n. 143.

La consultazione della piattaforma avviene con modalità telematiche definite d'intesa con il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

⁽²⁹⁾ L'art. 354 del Codice dispone che, allo scopo di migliorare la tempestività e l'efficienza delle segnalazioni, sulla base dei dati elaborati dall'osservatorio di cui all'art. 353, con regolamento adottato a norma dell'art. 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, si provvede all'eventuale revisione delle disposizioni contenute nell'art. 15, con riferimento sia alla tipologia dei debiti, sia all'entità degli stessi, nonché dei presupposti della tempestività dell'iniziativa ai sensi dell'art. 24 CCII ai fini delle misure premiali di natura fiscale di cui all'art. 2.

50.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 10.000.000 di euro; non inferiore a euro 100.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente oltre 10.000.000 di euro.

Ancora, l'obbligo di segnalazione dell'INPS si verifica allorché il debitore sia 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 ⁽³⁰⁾.

Infine, l'agente della riscossione deve avvertire l'impresa quando la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione dopo la data di entrata in vigore del 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 ⁽³¹⁾.

Gli obblighi di segnalazione posti a carico dei creditori pubblici qualificati comportano un notevole aggravio operativo e di costi, sia per ciò che concerne la verifica degli *status* di debitore, sia per quanto riguarda l'invio degli avvisi ⁽³²⁾.

Infine, a mente dell'art. 15, comma 6 CCII, le Camere di commercio rendono disponibile, esclusivamente ai creditori pubblici qualificati, in ossequio al

⁽³⁰⁾ L'originale formulazione della previsione disponeva che il parametro dei contributi previdenziali fosse pari ad almeno 10.000, anziché 50.000. Nella relazione di accompagnamento alla legge delega 19 ottobre 2017, n. 155, si legge che la modifica risponde all'esigenza di evitare la sottoposizione all'allerta a un numero maggiore di imprese (sono infatti passati da 200.000 a 12.000 i soggetti interessati).

⁽³¹⁾ Anche in questo caso, la Commissione Rordorf aveva inizialmente previsto che si desse luogo all'avviso qualora la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione a carico del debitore avesse superato l'ammontare del 5% del volume di affari risultante dall'ultima dichiarazione fiscale del contribuente, purché superiore alla soglia di euro 30.000, o comunque avesse superato l'importo di euro 500.000. La motivazione sottesa alla novella è, nuovamente, quella per cui, sulla base delle elaborazioni dei dati effettuate dall'Agenzia della riscossione nel 2017, la platea di soggetti interessati alla segnalazione sarebbe stata composta da un numero superiore a 20.000, mentre l'innalzamento del parametro consente di stimare che solo un totale di circa 2.000 imprese sarà coinvolto.

⁽³²⁾ S. TETI, *Procedure di allerta*, cit., p. 42 ss.

Al fine di incentivare la solerzia di questi, il legislatore ha prescritto, ai sensi dell'art. 15, comma 1, l'applicazione di una sanzione in caso di inottemperanza: infatti, l'Agenzia delle entrate e l'INPS dovranno avvisare l'imprenditore entro il termine previsto a pena di *inefficacia del titolo di prelazione* spettante sui crediti dei quali sono titolari, mentre l'adempimento dell'agente della riscossione è previsto a pena di *inopponibilità del credito* per spese ed oneri di riscossione. In caso di mancata osservanza dell'obbligo di segnalazione, il diritto di credito non viene quindi estinto, ma viene meno la possibilità che lo stesso trovi soddisfazione privilegiata nel concorso: venendo i creditori pubblici qualificati degradati a chirografari, essi sono destinati, quale *contrapassum*, a subire le perdite derivanti dal concorso al pari della massa dei creditori non muniti di privilegio.

Cfr. B. INZITARI, *Crisi, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e di risoluzione*, cit., p. 639.

principio della confidenzialità che governa l'intero svolgimento della procedura di allerta, un elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure di allerta, da cui risultino anche le domande dagli stessi presentate per la composizione assistita della crisi o per l'accesso a una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza.

5. *Gli organismi di composizione della crisi d'impresa.*

Gli organismi di composizione della crisi d'impresa costituiscono i principali protagonisti della gestione della crisi: se, infatti, ai sindaci o revisori e ai creditori pubblici qualificati è affidato il compito di intercettare i primi indici sintomatici della difficoltà economica, patrimoniale e finanziaria in cui l'impresa si trova, è agli OCRI che spetta il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse da quelle minori, quella di composizione assistita della crisi.

Gli OCRI sono costituiti presso ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura: si tratta, quindi, di organismi aventi natura stragiudiziale, i quali, secondo l'*intentio legis*, dovrebbero, frapponendosi tra l'imprenditore e l'autorità giudiziaria, consentire al primo di non figurare il procedimento di allerta e quello di composizione della crisi quali anticamera di una successiva e indesiderata dichiarazione di liquidazione giudiziale, proprio in ragione del carattere privatistico di entrambe le procedure. Così facendo, il debitore sarà maggiormente «libero» dalla pressione che potrebbe derivare se, al contrario, il suo interlocutore fosse il giudice, posto che potrebbe nascere in lui il sospetto che quest'ultimo abbia già formato un giudizio sia sul suo operato, sia sul grado di criticità raggiunto dall'impresa, elementi che potrebbero fondare l'apertura, benché non *ex officio*, di una procedura liquidatoria⁽³³⁾.

Le segnalazioni dei soggetti qualificati di cui agli artt. 14 e 15 CCII, nonché l'eventuale istanza di composizione assistita della crisi devono essere presentate all'OCRI costituito presso la Camera di commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa: il fatto che il criterio della

⁽³³⁾ G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, in *Fallimento*, 2019, p. 1429 ss., ritiene che anche la scelta di concentrare gli OCRI in seno alle Camere di commercio non sia affatto casuale: esse sono poste nel crinale tra privato e pubblico e svolgono una duplice funzione di erogazione di servizi resi sia a tutela della collettività in generale, sia a quella delle sole imprese, per cui rappresentano una sede naturale e privilegiata per lo svolgimento delle procedure *de quibus*, al cui interno convivono sia gli interessi dei debitori, sia quelli dei creditori e del sistema economico nel suo complesso.

competenza per territorio sia ricaduto sulla sede legale e non sul centro principale di imputazione degli interessi del debitore (COMI) trova la propria giustificazione nell'esclusione di ogni dilazione dovuta all'incertezza circa la determinazione della competenza stessa, in una fase in cui, invece, deve essere perseguita la tempestività dell'intervento (perspicuo è il riferimento ai fenomeni di *forum shopping*)⁽³⁴⁾.

Ai sensi di quanto stabilito dall'art. 16, commi 3 e 4, l'OCRI opera mediante tre soggetti principali: il *referente*, individuato nel segretario generale della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, o un suo delegato⁽³⁵⁾, la cui funzione consiste nell'assicurare la tempestività del procedimento, vigilando sul rispetto dei termini da parte dei soggetti coinvolti⁽³⁶⁾; l'*ufficio del referente*, costituito anche in forma associata da diverse Camere di commercio, che coadiuva il referente nello svolgimento della sua attività⁽³⁷⁾; il *collegio degli*

⁽³⁴⁾ *Ivi*, p. 1430 ss., ove si evidenzia brillantemente la presenza di alcune lacune normative del Codice in tema di competenza.

Innanzitutto, manca un criterio di individuazione dell'OCRI competente allorquando vi siano persone fisiche, persone giuridiche o enti esercenti l'attività d'impresa non iscritti nel registro delle imprese (come, ad esempio, le società irregolari) che vogliano ricorrere all'allerta e alla composizione assistita della crisi.

Lo stesso problema viene ravvisato per le società aventi sede legale all'estero, ma con centro principale di imputazione degli interessi in Italia. L'Autore, muovendo da un'articolata critica alla tesi secondo la quale va escluso l'accesso alle procedure di allerta e composizione da parte delle imprese non iscritte a registro in ragione dell'applicazione analogica dell'art. 33, comma 4 CCII (per ragioni di continenza qui non riportata ma cui si rimanda), suggerisce, al fine di colmare la lacuna normativa del criterio di competenza, di applicare, ancora analogicamente, le regole dettate dall'art. 27 CCII per i procedimenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: posto che occorrerà fare riferimento non alla inesistente sede legale, ma al COMI, quest'ultimo coinciderà con la sede effettiva dell'attività abituale o, se la stessa fosse sconosciuta, con l'ultimo dimora nota o, in mancanza, con il luogo di nascita del legale rappresentante.

Nulla è stato disposto qualora gli organi di controllo, creditori pubblici qualificati o debitore inviino le segnalazioni all'OCRI territorialmente incompetente: a tal proposito, l'Autore ritiene che questo debba adottare un provvedimento di rigetto o di archiviazione (o non luogo a provvedere), alla luce del fatto che non pare esserci spazio, in assenza di previsione *apertis verbis*, per un provvedimento di trasmissione della segnalazione all'OCRI territorialmente competente, a differenza di quanto disposto ai sensi dell'art. 29 CCII per quanto riguarda le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

⁽³⁵⁾ *Ivi*, p. 1431 ss., ove si sottolinea che il delegato potrà essere designato tra i soli dipendenti delle Camere di commercio, anche se non territorialmente competenti, oppure, al più, delle aziende speciali o unioni regionali delle stesse, in ragione del fatto che il ruolo ricoperto dal referente è visto come interno al sistema camerale.

⁽³⁶⁾ Non si dimentichi, alla luce di quanto esposto *supra*, che il referente è chiamato a svolgere altre due funzioni, non espressamente menzionate: quella di inserimento del nominativo del debitore nell'elenco nazionale dei soggetti sottoposti ad allerta di cui all'art. 15, comma 6 CCII e quella di trasmissione all'osservatorio permanente dei dati sull'efficienza delle misure di allerta.

⁽³⁷⁾ Esso provvede a effettuare le comunicazioni, mediante posta elettronica certificata, cui sono tenuti il referente e il collegio degli esperti e ad acquisire dalle altre banche dati (materialmente dal registro delle imprese e dall'anagrafe tributaria) ogni informazione di cui gli

esperti, i cui membri, nominati di volta in volta a seguito delle segnalazioni o della presentazione dell'istanza di composizione, sono scelti tra coloro i quali siano iscritti all'albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure *ex artt.* 356 e 357 CCII⁽³⁸⁾.

Il primo adempimento che il referente è chiamato a compiere si ricava, indirettamente, dal dettato normativo di cui all'art. 17, comma 6 CCII, che dispone che il referente, quando verifica, ricevuta la segnalazione dei soggetti qualificati o l'istanza del debitore, che si tratta di impresa minore ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. d), convoca il debitore dinanzi all'OCC competente per territorio. Al referente è, quindi, attribuito il dovere di verificare, in primo luogo, la sussistenza del presupposto soggettivo delle misure di allerta: malgrado non sia disposto *propriis verbis*, è evidente che il controllo non debba riguardare unicamente la dimensione dell'impresa, ma debba estendersi anche alle altre categorie escluse dall'allerta di cui all'art. 12, commi 4 e 5 CCII, posto che sarebbe del tutto illogico costituire un collegio di esperti se già *prima facie* emerge l'impossibilità per il meccanismo dell'allerta di proseguire. In assenza del presupposto, si ritiene che il procedimento debba concludersi con un provvedimento di rigetto o di archiviazione (non luogo a procedere) della segnalazione o dell'istanza⁽³⁹⁾.

altri organi facciano richiesta, nonché a organizzare eventuali incontri o riunioni necessarie allo svolgimento del procedimento. Cfr. G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit., p. 1434.

⁽³⁸⁾ Il legislatore, in attesa che l'albo dei professionisti venga istituito presso il Ministero della Giustizia, ha disposto, ai sensi dell'art. 352 CCII, che i componenti del collegio siano individuati tra i soggetti iscritti all'albo dei dottori commercialisti e degli esperti contabili oppure all'albo degli avvocati i quali abbiano svolto funzioni di commissario giudiziale, a attestatore o abbiano assistito il debitore nella presentazione della domanda di accesso in almeno tre procedure di concordato preventivo che abbiano superato la fase dell'apertura o tre accordi di ristrutturazione dei debiti che siano stati omologati. Si tratta, quindi, di professionisti con capacità ed esperienza comprovate.

Per quanto concerne il compenso dell'organismo di composizione della crisi d'impresa, l'art. 23 CCII dispone che questo, se non concordato con l'imprenditore, sia liquidato ai sensi dell'art. 351, comma 1 del Codice della crisi d'impresa, tenuto conto, separatamente, dell'attività svolta per l'audizione del debitore e per l'eventuale procedura di composizione assistita della crisi, nonché dell'impegno in concreto richiesto e degli esiti del procedimento. L'art. 6, comma 1, lett. a) qualifica espressamente come prededucibili i crediti relativi a spese e compensi per le prestazioni rese dall'OCRI e dall'organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Infine, l'art. 351, comma 2 CCII puntualizza che ai costi fissi che gravano sulle Camere di commercio per consentire il funzionamento degli OCRI si provveda mediante il versamento di diritti di segreteria determinati ai sensi dell'art. 18 della legge 29 dicembre 1993, n. 580.

⁽³⁹⁾ Trattandosi di un procedimento stragiudiziale, il provvedimento *de quo* non sembra passibile di sindacato a opera dei magistrati qualora il referente neghi l'intervento dell'OCRI pur in presenza di circostanze che lo legittimerebbero oppure imponga un intervento dello stesso qualora la situazione di fatto lo escluderebbe.

Ancora, si reputa rientri tra i doveri del referente anche la valutazione della legittimazione del soggetto o dell'organo che abbia inviato la segnalazione o abbia presentato l'istanza ⁽⁴⁰⁾.

Verificate preliminarmente la competenza territoriale dell'OCRI, la sussistenza del presupposto soggettivo e la legittimazione dei soggetti effettuanti la segnalazione di cui agli artt. 14 e 15 o del debitore in caso di istanza di cui all'articolo 19, comma 1, il referente procede senza indugio ex art. 17 CCII a dare comunicazione della segnalazione stessa agli organi di controllo della società, se esistenti, e alla nomina di un collegio di *tre* esperti tra quelli iscritti nell'albo.

Il referente non è libero di scegliere discrezionalmente quali soggetti designare, perché la formazione del collegio è vincolata sulla base di precisi criteri compositivi dettati a norma del comma 1. Dei tre componenti del collegio, un membro è designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale individuato a norma dell'art. 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa ⁽⁴¹⁾, o da un suo delegato ⁽⁴²⁾. Il secondo componente è, invece, nominato dal presidente della Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o da un suo delegato, diverso dal referente ⁽⁴³⁾, mentre il terzo, appartenente all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, viene individuato dal referente, sentito il debitore, tra quelli iscritti nell'elenco

Contra, G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit., p. 1432 ss., il quale affronta la spinosa questione in tema di «giustiziabilità» pensando a una possibile impugnazione del provvedimento dinanzi all'autorità giudiziaria amministrativa affinché lo rimuova (la scelta del giudice amministrativo discende dal fatto che la Camera di commercio sia un ente pubblico).

Ancora, M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *www.ilcaso.it*, 2019, ritiene di escludere finanche un controllo interno nell'ambito camerale.

⁽⁴⁰⁾ Si rinvia, *amplius*, a G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit., p. 1433.

⁽⁴¹⁾ *Ivi*, p. 1433, ove si manifestano dubbi sul significato da attribuire alla locuzione «sede dell'impresa». L'Autore ritiene che, potendo intendersi con la stessa tanto la sede legale dell'impresa, in conformità di quanto visto con riferimento all'art. 16, comma 2, quanto il centro principale di imputazione degli interessi del debitore, in conformità di quanto previsto ai sensi dell'art. 27 per l'individuazione del tribunale territorialmente competente, la prima opzione sia preferibile, in quanto più coerente con la volontà del legislatore di velocizzare i tempi di apertura del procedimento di allerta.

⁽⁴²⁾ La richiesta di designazione formulata dal referente al presidente della sezione specializzata 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.

⁽⁴³⁾ Si rimanda a quanto appena detto *supra* nt. 42, posto che, anche in questo caso, vige la necessità di mantenere riserbo sull'identità del debitore.

trasMESSO annualmente all'organismo dalle associazioni imprenditoriali di categoria.

Tra i componenti, è proprio quello di cui all'art. 17, comma 1, lett. c) che assume una particolare importanza, in ragione del fatto che venga sì designato dal referente, ma dopo aver *sentito il debitore*, il quale potrà, pertanto, indirizzarne la nomina: si tratta, quindi, di un soggetto la cui designazione è condivisa sia dal referente, sia dall'imprenditore, a cui è consentito, sebbene indirettamente, partecipare alla formazione del collegio. La previsione di questa speciale modalità di nomina – secondo la volontà del legislatore espressamente manifestata nella relazione di accompagnamento – consente, da un lato, di meglio tener conto delle specificità dell'impresa e, dall'altro, permette che l'organismo operi e sia correttamente percepito dal debitore come un *ente «amico»*, il cui compito è diretto ad assisterlo e agevolarlo nella gestione della sua situazione di crisi. Ciò risulterà particolarmente evidente allorquando si verifichino delle divergenze di vedute in seno al collegio: il terzo membro, a conoscenza delle peculiarità dell'impresa, sarà maggiormente portato a sostenere le ragioni del debitore e contrastare le spinte più intransigenti degli altri due componenti del collegio ⁽⁴⁴⁾. Le designazioni sono effettuate secondo criteri di trasparenza e rotazione, tenuto conto, in ogni caso, della specificità dell'incarico.

La composizione dei membri del collegio deve essere tale da garantire la costante presenza di professionalità diverse e tra loro complementari, in modo tale che la crisi possa essere gestita con adeguata competenza sia sotto il profilo giuridico, sia sotto quello aziendalistico, sia sotto quello contabile. A essere deputato del controllo del rispetto della rappresentanza delle professionalità è il referente, il quale, ai sensi del comma 4, quando riscontra la mancanza di uno dei profili necessari tra i membri designati, provvede con atto motivato alla nomina di un esperto che ne sia munito, sempre tra gli iscritti al medesimo albo, in sostituzione del primo in sostituzione del componente di cui al comma 1, lett. b) (*id est*: quello designato dal presidente della Camera di commercio); da ciò discende che gli altri componenti siano inamovibili: in particolare, la *ratio* dell'inamovibilità del membro individuato dal referente, sentito l'imprenditore, va individuata nel fatto che tale modalità di nomina suggella il rapporto fiduciario tra debitore e OCRI.

La celerità con cui il processo di formazione del collegio deve avvenire si riflette anche nella fase di accettazione dell'incarico: i professionisti, infatti, sono chiamati a rendere, a pena di decadenza, l'attestazione della propria indipendenza

⁽⁴⁴⁾ F. CESARE, *I rischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, in www.ilfallimentarista.it, 2019.

sulla base dei presupposti indicati all'art. 2, comma 1, lett. o), numeri 2 e 3 ⁽⁴⁵⁾ entro il giorno successivo alla nomina ⁽⁴⁶⁾.

Infine, in caso di rinuncia oppure di decadenza per non aver trasmesso l'attestazione di indipendenza per tempo, il referente procede alla sostituzione del membro del collegio degli esperti: ne discende, quindi, che l'eventuale invio tardivo della dichiarazione da parte dei professionisti originariamente nominati sia privo di efficacia sanante.

Una volta formatosi, il collegio, secondo quanto disposto dall'art. 18, comma 2 CCII, sceglie tra i propri componenti il presidente, il quale nomina se stesso o un altro componente del collegio relatore, cui viene affidata la conduzione della fase preparatoria, ossia di acquisizione dei dati e delle informazioni rilevanti, e di quella istruttoria del procedimento di allerta.

6. *L'audizione del debitore dinanzi all'organismo di composizione della crisi d'impresa.*

Dall'analisi appena compiuta delle funzioni a cui gli organismi di composizione della crisi d'impresa sono preposti emerge, fin da subito, un punto cardine del sistema dell'allerta, ossia il fatto che gli strumenti dell'allerta interna ed esterna e la procedura di composizione della crisi d'impresa non siano automaticamente conseguenti gli uni all'altra sotto il profilo temporale: l'imprenditore, udito dall'OCRI, potrebbe trovare soluzioni alla crisi che non necessariamente sfocino nella composizione assistita con i creditori.

La natura della mancata consequenzialità delle due procedure è evidenziata ulteriormente dall'art. 16, comma 1, ove si ribadisce che i compiti dell'OCRI siano quello di ricevere le segnalazioni dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15 CCII, nonché di assistere l'imprenditore, su sua istanza, nel procedimento di

⁽⁴⁵⁾ I professionisti devono essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 c. c. (si tratta dell'elencazione delle cause di ineleggibilità e decadenza dei sindaci nelle società per azioni). Ancora, essi non devono essere legati all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista e i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono né aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

⁽⁴⁶⁾ G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit., p. 1435, puntualizza che la norma, formulata infelicitemente, non debba essere interpretata letteralmente: non si deve considerare come *dies a quo* il giorno della nomina, bensì quello in cui il professionista riceve la comunicazione della designazione.

composizione assistita di cui al capo III. L'imprenditore che non risulti destinatario di alcun avviso da parte degli organi di controllo o dei creditori pubblici qualificati e che, tuttavia, sia conscio dello stato di difficoltà in cui l'impresa versa ben potrebbe rivolgersi direttamente lui stesso all'OCRI, non al fine di attivare da sé il meccanismo di allerta, compiendo una sorta di «autodenuncia», ma per individuare la soluzione allo stato di crisi in una ristrutturazione del debito, per la quale è richiesto imprescindibilmente il consenso dei creditori da ricercarsi all'esito di una trattativa.

Alla luce di quanto detto, si provvederà a un separato esame delle due procedure, studiando dapprima lo svolgimento dell'allerta *strictu sensu* di cui all'art. 18 CCII e, in seguito, quello, solo eventuale, della composizione assistita della crisi di cui agli artt. 19 ss. del Codice, con la preliminare precisazione che entrambe le procedure sono informate ai principi della riservatezza e della confidenzialità, che costituiscono il presidio per il loro fruttuoso funzionamento.

L'art. 5, comma 1 CCII dispone che i componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, ivi compresi i referenti e il personale dei relativi uffici, siano tenuti all'obbligo di riservatezza su tutte le informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni e debbano conservare il segreto sui fatti e sui documenti di cui hanno conoscenza in ragione del loro ufficio ⁽⁴⁷⁾.

A mente del comma 4, inoltre, essi 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. Ancora, nei loro confronti, trovano applicazione le disposizioni dell'art. 200 c.p.p. ⁽⁴⁸⁾ e le garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'art. 103 c.p.p. ⁽⁴⁹⁾ in quanto compatibili.

⁽⁴⁷⁾ M. HOUBEN, *I doveri di riservatezza nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 748, ritiene che tale regola di condotta debba trovare applicazione, pur in assenza di espressa previsione, anche rispetto agli *ausiliari* dei componenti, sulla scorta del fatto che, considerato che il corretto adempimento dell'incarico assunto dal preponente si realizza anche per mezzo dell'attività del preposto, quest'ultima deve svolgersi nel rispetto dei doveri a cui è tenuto il primo.

⁽⁴⁸⁾ Si tratta della norma disciplinante il segreto professionale: i componenti degli OCRI e del collegio non possono essere obbligati a deporre su quanto abbiano conosciuto in ragione del proprio ufficio o professione, salvo i casi in cui hanno l'obbligo di riferire all'autorità giudiziaria (comma 1). Il giudice, qualora abbia motivo di dubitare che la dichiarazione resa da tali persone per esimersi dal deporre sia infondata, provvede agli accertamenti necessari e, se questa risulti poi essere effettivamente infondata, ordina che il testimone deponga (comma 2).

⁽⁴⁹⁾ Si detta, quindi, la disciplina dei sequestri, ispezioni e perquisizioni che avranno luogo negli uffici degli OCRI presso le Camere di commercio, nonché delle intercettazioni di conversazioni o comunicazioni tra gli stessi e il debitore.

In aggiunta alle clausole generali poc'anzi esposte, il legislatore ha provveduto a rimarcare l'importanza della riservatezza nel corso dei procedimenti attraverso l'introduzione di specifiche salvaguardie relative a diversi profili delle fasi: essendo queste contenute in plurime norme non concentrate in un'unica disposizione, esse verranno man mano considerate con il procedere della trattazione.

L'art. 18, comma 1 CCII prevede che, entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della segnalazione ex artt. 14 e 15 o dell'istanza del debitore ⁽⁵⁰⁾, l'Organismo di composizione della crisi d'impresa, a mezzo del referente, convochi dinnanzi al collegio il debitore medesimo per l'audizione *in via riservata e confidenziale*: si tratta del momento di snodo della procedura di allerta, che prende avvio mediante un'interlocuzione tra l'OCRI e il debitore che sia funzionale, in primo luogo, all'accertamento puntuale dello stato economico, finanziario e patrimoniale dell'impresa, e, eventualmente, all'individuazione delle misure atte a porvi rimedio.

La situazione di crisi in cui l'impresa versa viene appurata mediante gli elementi forniti dall'imprenditore audito, nonché, come visto, da ogni altro dato o informazione assunto direttamente e autonomamente dal referente; una volta compiuta tale disamina, si apre un ampio ventaglio di diversi scenari, tra loro alternativi, che potrebbero prospettarsi quali conclusioni del procedimento di allerta.

Occorre rilevare, innanzitutto, che vi possono essere casi in cui il collegio degli esperti valuti sussistano gli estremi per procedere all'archiviazione della segnalazione ancor prima di convocare l'imprenditore per l'audizione. Si procederà, senza dubbio, ad archiviazione allorquando manchi una delle precondizioni necessarie affinché il meccanismo dell'allerta, sia essa interna o esterna, possa essere attivato: chi scrive si riferisce, segnatamente, alla mancanza del presupposto soggettivo (si ipotizzi la segnalazione a carico di una grande impresa, alla quale gli strumenti di allerta non si applicano) oppure delle condizioni di procedibilità, con particolare riguardo all'incompetenza territoriale dell'OCRI o alla carenza di legittimazione in chi ha compiuto la segnalazione.

Qualora, invece, i requisiti di cui si è appena discusso sussistano, si rende necessario distinguere tra le ipotesi in cui l'imprenditore sia comparso in audizione dinnanzi al collegio e quella in cui, al contrario, vi si sia sottratto.

In quest'ultimo caso, a dettare la soluzione è l'art. 22, comma 1 CCII: il collegio di esperti, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la

⁽⁵⁰⁾ Si noti come il legislatore non preveda alcuna sanzione in merito all'eventuale tardività della convocazione, che quindi non inficia la validità del procedimento.

sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore ⁽⁵¹⁾, lo segnala con relazione motivata al referente, il quale, a propria volta, ne dà notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente ai sensi dell'art. 27, con atto redatto secondo la normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici.

Il magistrato, quando ritenga fondata la notizia di insolvenza, esercita tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, l'iniziativa di cui all'art. 38, comma 1 (*id est*: presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale).

Nell'ipotesi in cui, invece, l'imprenditore si sia presentato in audizione, l'esito del procedimento di allerta dipenderà interamente dalla sussistenza dello stato di crisi e dalla possibilità di fronteggiarlo.

Qualora la crisi non sussista, l'OCRI provvederà ad archiviare la segnalazione. Allo stesso modo procederà qualora, pur ritenendo sussistente lo stato della crisi, l'organo di controllo societario, se esistente, oppure, in sua mancanza, un professionista indipendente attesti l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali siano 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'art. 15, comma 2 CCII ⁽⁵²⁾; il referente, a questo punto, comunicherà l'archiviazione al debitore e ai soggetti che hanno effettuato la segnalazione. È logico supporre, ancora, che il collegio non disporrà alcuna archiviazione qualora ritenga che l'attestazione *de qua* non sia plausibile, perché priva dei documenti di supporto o non adeguatamente motivata.

Si tenga conto, infine, che in ogni ipotesi in cui, a prescindere dal motivo sottostante, il collegio degli esperti abbia propeso per l'archiviazione della segnalazione, il provvedimento che dispone quest'ultima non è, evidentemente, suscettibile di passare in giudicato, per cui, qualora dovessero sopraggiungere

⁽⁵¹⁾ Si tratta, invero, di un'ipotesi che paventa la possibilità di apertura della procedura concorsuale pur in assenza di una disamina completa della situazione di crisi dell'imprenditore.

In questo caso, infatti, il referente ha una visione solo parziale dello stato dell'impresa, che deriva dal contenuto della segnalazione degli organi di controllo o dei creditori pubblici qualificati e dai dati dallo stesso raccolti. Nulla esclude, ad esempio, che sussistano poste compensative dei crediti vantati dal Fisco, di cui il collegio non è venuto a conoscenza, che legittimerebbero l'archiviazione della segnalazione e, pertanto, la conclusione della procedura di allerta.

⁽⁵²⁾ All'attestazione devono essere allegati i documenti relativi ai crediti. Essi sono utilizzabili *solo* nel procedimento dinanzi all'OCRI.

nuovi elementi che possano contribuire a fondare maggiormente la segnalazione, la stessa potrà pacificamente essere riproposta ⁽⁵³⁾.

Il meccanismo dell'allerta, così come delineato dal legislatore della riforma, trova la massima realizzazione della sua funzione allorché l'imprenditore, chiamato in audizione e presentatosi, si trovi effettivamente in uno stato tale da essere considerato prodromico all'insolvenza. È solo a partire da questo momento, infatti, che l'OCRI, verificata l'impossibilità di procedere ad archiviazione così come nelle ipotesi summenzionate, si spoglia della propria funzione di mero «controllore della crisi» per assumere la veste di «aiutante» dell'imprenditore, coadiuvandolo nell'individuazione, tra le diverse strategie di intervento, di quella più idonea, anche alla luce dell'esame delle specificità del singolo caso concreto, a fare fronte alle difficoltà economiche e finanziarie emerse. L'attività del collegio è di tipo consulenziale, per cui si rende manifesta l'utilità che può essere apportata dal contributo di soggetti aventi professionalità tra loro diverse, ma complementari, a che sia rintracciata la migliore strada per addivenire al superamento della crisi.

Le misure congiuntamente ritenute efficaci dal collegio e dal debitore sono eterogenee, potendo assumere i contenuti più diversi a seconda dello stato, del tipo e della fase della crisi. Esse potranno avere una natura endogena, consistendo in un riassetto organizzativo e imprenditoriale, oppure potrebbero comprendere interventi che coinvolgano, più o meno ampiamente, la massa dei creditori.

È bene tenere conto, tuttavia, del fatto che, malgrado l'OCRI possa contribuire alla scelta del rimedio migliore per sanare la crisi, l'attuazione è rimessa interamente al debitore, che, quindi, resta libero di attuarle in tutto o in parte, così come di non attuarle affatto ⁽⁵⁴⁾.

All'OCRI non spetta la sola funzione di collaborazione con l'imprenditore al fine di aiutarlo a identificare la misura corretta, proprio perché, una volta che questa sia stata individuata, esso è obbligato anche a verificare sulla sua concreta

⁽⁵³⁾ A tale proposito, si vedano G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit., p. 1437, M. FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, cit. Entrambi gli Autori si spingono a reputare che la mera riproposizione non sarebbe sufficiente a garantire un'effettiva tutela a coloro che, avendo effettuato la segnalazione, abbiano visto quest'ultima venire archiviata, ritenendo che essi possano impugnare il provvedimento che dispone l'archiviazione presso l'autorità giudiziaria amministrativa (posto che il collegio è un'articolazione interna dell'OCRI, il quale è, a propria volta, costituito in seno alle Camere di commercio).

⁽⁵⁴⁾ Così G. D'ATTORRE, *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, cit., p. 1438.

realizzazione, fissando un termine entro il quale l'imprenditore sia chiamato a riferire sull'attuazione della misura ⁽⁵⁵⁾.

Se il debitore rimane inerte ⁽⁵⁶⁾, allo scadere del termine fissato oppure se le misure indicate si siano rivelate del tutto infruttuose rispetto all'obiettivo di risanamento della crisi, il collegio informa con breve relazione scritta il referente, che ne dà immediata comunicazione agli autori delle segnalazioni.

Qualora, all'esito dell'attivazione degli strumenti di allerta, lo stato di difficoltà dovesse, per qualsiasi ragione, permanere, all'imprenditore non rimane altro che compiere una scelta tra la proposizione della domanda per l'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, oppure, alternativamente, la presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi.

7. *Il procedimento di composizione assistita della crisi.*

Dallo studio appena effettuato sul funzionamento degli strumenti di allerta, si è visto come l'imprenditore, la cui situazione di crisi è stata oggetto di segnalazione da parte degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati, possa accedere al procedimento di composizione assistita della crisi nel caso l'OCRI non abbia provveduto ad archiviazione e il debitore, pur avendo messo in atto le misure concordate con l'organismo stesso, non sia riuscito nell'intento di porre rimedio alla crisi. A tali ipotesi si affianca quella che vede allerta e composizione della crisi come procedimenti tra loro disgiunti, non necessariamente conseguenti l'uno all'altro, per cui sarà possibile per il solo imprenditore accedere direttamente alla composizione assistita della crisi ⁽⁵⁷⁾,

⁽⁵⁵⁾ R. RANALLI, *Il successo della riforma dipende dall'OCRI: un accorato suggerimento al legislatore*, in *www.ilcaso.it*, 2018, rileva brillantemente che della fissazione del termine debba essere prontamente data comunicazione al referente, il quale, come si è visto, assicura la tempestività del procedimento, vigilando sul rispetto dei termini da parte di tutti i soggetti coinvolti ex art. 16, comma 4 CCII.

⁽⁵⁶⁾ L'espressione «inerzia» dell'imprenditore viene qui variamente intesa: potrà tradursi in una totale mancanza di iniziativa, nell'adozione di iniziative opposte a quelle individuate in concerto con il collegio, nonché nella volontaria assunzione di comportamenti dilatori (come quelli tenuti da chi paventa all'OCRI l'imminente raggiungimento di un accordo con i fornitori, quando questo è ancora in fase di discussione, in modo tale da prendere tempo).

⁽⁵⁷⁾ D. VATTERMOLI, *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'OCRI*, cit., p. 897 ss., precisa che qualora il debitore sia una società, la decisione circa l'avvio del procedimento è di competenza dell'organo di amministrazione, senza la necessità del previo ottenimento dell'autorizzazione da parte dell'assemblea dei soci, rientrando tale valutazione nella gestione ordinaria dell'impresa (si tratta di un procedimento avente impatto limitato, per cui l'Autore esclude l'applicazione in via analogica dell'art. 265, comma 2, lett. a) CCII in tema di

presentando la relativa istanza ⁽⁵⁸⁾ in ogni momento ⁽⁵⁹⁾, cui seguirà, come già visto, la comunicazione del referente ai soggetti di cui agli artt. 14 e 15 che non abbiano effettuato la segnalazione, informandoli dell'esonero dall'obbligo di attivare l'allerta per l'intera durata del procedimento di composizione. Nel silenzio della legge circa il contenuto dell'istanza, si può supporre che questa illustri, seppur succintamente, il contenuto del possibile accordo che il debitore intende proporre ai creditori per ristrutturare il debito.

Nel caso in cui l'allerta sia «sganciata» dalla composizione della crisi, è evidente come si renda necessaria la nomina, da parte del referente, dei membri del collegio di esperti, che avverrà secondo le modalità analizzate in precedenza; al contrario, negli altri casi, essendo il collegio già formatosi, il referente potrà limitarsi a confermare quello esistente. Nominato il collegio, quest'ultimo, nel più breve tempo possibile, provvede ad acquisire dal debitore o, su richiesta di questo, a predisporre, anche mediante suddivisione dei compiti tra i suoi componenti sulla base delle diverse competenze e professionalità, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione ⁽⁶⁰⁾, e, infine, convoca il debitore.

concordato di liquidazione giudiziale, richiamato a mente dell'art. 44, comma 5 con riferimento alla procedura di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e di concordato preventivo).

⁽⁵⁸⁾ Circa la modalità di presentazione dell'istanza e la sua forma, la legge nulla dispone. N. NISIVOCIA, *La composizione assistita della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 2020, trae dal silenzio del legislatore la conclusione che l'istanza possa essere formulata in qualunque modo, per cui ne discende che non potranno mai porsi questioni circa la sua ammissibilità.

⁽⁵⁹⁾ Malgrado il legislatore non abbia previsto un termine entro cui presentare l'istanza di composizione assistita della crisi (né sarebbe stato possibile anche solo prospettare il contrario, posto che solo il debitore ha piena contezza della situazione di crisi in cui si trova e della sua suscettibilità ad acuirsi in più o meno tempo), occorre tenere presente quanto disposto dall'art. 23, comma 1 in tema di tempestività dell'iniziativa: l'applicazione delle c.d. misure premiali di cui all'art. 24 CCII avrà luogo solo se il debitore faccia domanda di accesso alla composizione assistita entro tre mesi dalla manifestazione dell'esistenza dei debiti retributivi scaduti da almeno sessanta giorni e dei debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni, nonché dal superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indicatori elaborati ai sensi dell'art. 13, commi 2 e 3.

Se ne ricava che, ferma la libertà per l'imprenditore di presentare l'istanza quando desidera, egli può non essere ammesso a beneficiare delle misure premiali.

⁽⁶⁰⁾ S. TETI, *Procedure di allerta*, cit., p. 57, contrappone le esigenze informative dell'allerta a quelle della composizione assistita della crisi. Nel primo caso, è sufficiente acquisire dati aggregati riferiti alla situazione economica complessiva dell'impresa, dato che il debitore è chiamato a risolvere la crisi prevalentemente ponendo in essere interventi di ristrutturazione del debito. Nel secondo caso, invece, sarà indispensabile ottenere una situazione dettagliata di ciascuna posizione debitoria, anche in funzione di un'adeguata valutazione complessiva del rischio collegato alle trattative con i creditori.

La piena contezza, da parte del collegio, dello scenario economico dell'impresa è funzionale alla ricerca dell'accordo con i creditori. L'OCRI si pone, ancora una volta, come «assistente» del debitore, aiutandolo e consigliandolo nella ricerca del modo migliore per superare la crisi e, frapponendosi tra imprenditore e creditori, interagendo con questi ultimi al fine di addivenire a una soluzione per fronteggiare la difficoltà: anche la buona riuscita del procedimento di composizione assistita della crisi, al pari di quella delle procedure di allerta, è stata subordinata a una diretta e attiva cooperazione tra imprenditore e OCRI.

È al referente che il legislatore assegna, ai sensi del comma 1, la funzione di monitoraggio delle trattative; non solo: la relazione di accompagnamento al Codice prevede anche che lo stesso, in ragione dell'autorevolezza che gli deriva dal ruolo ricoperto, possa farsi «parte attiva» nelle trattative qualora ciò sia funzionale al più celere raggiungimento dell'accordo.

Durante il corso delle trattative, sulla base di quanto stabilito ai sensi dell'art. 4, debitore e creditori devono comportarsi secondo buona fede e correttezza: in particolare, ai creditori è richiesto di collaborare lealmente con il debitore e i soggetti preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, nonché di rispettare l'obbligo di riservatezza sulla situazione del debitore, sulle iniziative da questo assunte e sulle informazioni acquisite (comma 4).

In caso di esito fisiologico della composizione assistita della crisi, ossia allorquando la collaborazione sinergica consenta effettivamente di raggiungere un accordo extragiudiziale con i creditori, contenente un piano di ristrutturazione del debito della cui fattibilità il collegio si fa garante, tale accordo, obbligatoriamente redatto in forma scritta, è depositato presso l'organismo e *non è ostensibile a soggetti diversi da coloro che lo abbiano sottoscritto* ⁽⁶¹⁾.

L'accordo produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento *ex art. 56 CCII* ⁽⁶²⁾ ed è iscritto, su richiesta del debitore e con il consenso dei creditori interessati, nel registro delle imprese ⁽⁶³⁾.

⁽⁶¹⁾ La previsione si pone in linea con l'intento del legislatore di istruire un procedimento che sia informato al rispetto dei principi di riservatezza e confidenzialità.

⁽⁶²⁾ Gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse sui beni del debitore che siano posti in essere in esecuzione dell'accordo sono sottratti all'azione revocatoria, così come disposto ai sensi dell'art. 166, comma 3, lett. d) CCII.

⁽⁶³⁾ Si è in presenza, ancora una volta, di una clausola che risponde alla sempreverde esigenza di salvaguardia della confidenzialità: l'eventuale iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese renderebbe i terzi edotti circa l'esistenza di questo, con ogni conseguenza in termini di reazioni negative scatenate dall'emersione della delicatezza dello stato in cui l'impresa ancora

L'art 19, comma 3 CCII detta la disciplina nell'ipotesi in cui il debitore dichiara che intende presentare domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo ⁽⁶⁴⁾: in questo caso, il collegio procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali. Il falso nell'attestazione viene sanzionato dal disposto dell'art. 345, comma 1 CCII: il componente dell'OCRI che esponga informazioni false ovvero ometta di riferire informazioni rilevanti in ordine alla veridicità dei dati contenuti nel piano o nei documenti a esso allegati, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro ⁽⁶⁵⁾.

Per quanto concerne l'arco di tempo entro cui il procedimento di composizione assistita della crisi deve dipanarsi, la disciplina è dettata dall'art. 19, comma 1: una volta che il debitore abbia presentato istanza di composizione assistita, il collegio fissa un termine non superiore a tre mesi per la ricerca di una soluzione concordata della crisi dell'impresa. Il collegio può concedere una o più proroghe, la cui durata non può superare i tre mesi complessivi, ma solo a condizione che le trattative stiano avendo un positivo riscontro, tale da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo con i creditori: la durata massima della fase istruttoria, quindi, non può essere superiore a centottanta giorni, che decorrono dalla convocazione del debitore innanzi l'OCRI.

Il procedimento di composizione assistita della crisi potrebbe terminare, altresì, a causa del mancato raggiungimento dell'accordo, anche in ragione dell'inutile decorso del tempo, finanche prorogato: in questo caso, all'OCRI è impedita la prosecuzione della composizione assistita. A disciplinare tale esito patologico della procedura soccorre l'art. 21, comma 1, ai sensi del quale, se allo scadere del termine non sia stato concluso un accordo con i creditori coinvolti e permanga una situazione di crisi ⁽⁶⁶⁾, il collegio degli esperti invita il debitore a

versa. Da tale ragione discende anche l'esigenza che l'iscrizione sia possibile esclusivamente previo consenso del debitore e dei creditori.

⁽⁶⁴⁾ In assenza di espressa previsione normativa, si ritiene che l'imprenditore possa manifestare anche l'intenzione di accesso immediato a una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, nonostante, nell'alveo della composizione assistita, tale soluzione debba essere considerata come residuale. Cfr. D. VATTERMOLI, *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'OCRI*, cit., p. 896 ss.

⁽⁶⁵⁾ Il comma 2 prevede che, se il fatto è stato commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena sia aumentata, mentre il comma 3 decreta che, qualora dal fatto consegua un danno per i creditori, la pena sia aumentata fino alla metà.

⁽⁶⁶⁾ M. FERRO, *Codice della Crisi d'impresa approvato dal CdM: la conclusione negativa del procedimento avanti all'OCRI e il rapporto al P.M.*, in www.studiolegale.leggiditalia.it, 2019, evidenzia la necessità della sussistenza di entrambe le condizioni del *no deal* e del perdurante stato di crisi: pur in assenza dell'accordo con i creditori, infatti, potrebbe essersi verificato, per qualsiasi ragione, un miglioramento della situazione economico-finanziaria del debitore che abbia fatto venir meno la crisi.

presentare domanda di accesso a una delle procedure previste dall'art. 37 (*id est*: le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza) nel termine di trenta giorni, avvalendosi anche della documentazione dedotta o prodotta in sede di composizione assistita della crisi ⁽⁶⁷⁾. Della conclusione negativa del procedimento di composizione assistita l'OCRI dà comunicazione agli organi di controllo che non vi abbiano partecipato, nonché, in caso di previa attivazione del meccanismo di allerta esterna, ai creditori pubblici qualificati.

Malgrado la sollecitazione proveniente dal collegio a proporre con ricorso domanda per l'apertura di una procedura regolatrice della crisi, l'imprenditore potrebbe rimanere inerte e lasciare decorrere inutilmente il termine pari a un mese senza depositare l'istanza. Tale condotta è espressamente sanzionata ai sensi dell'art. 22, comma 1, che dispone che il collegio, qualora ritenga che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza, segnali ciò con relazione motivata al referente, il quale ne dà notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente ai sensi dell'art. 27, con atto redatto secondo la normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. È bene ricordare, comunque, che la comunicazione non innesca automaticamente l'apertura del procedimento giurisdizionale, posto che il magistrato presenterà ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale *ex art. 38, comma 1 CCII* tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, solo quando ritenga fondata la *notitia decoctionis*.

L'art. 21, comma 4 precisa che gli atti relativi al procedimento e i documenti prodotti o acquisiti nel corso del procedimento di composizione assistita della crisi possano essere utilizzati unicamente nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale, ossia dopo la sua apertura, oppure di un procedimento penale.

Infine, qualora la proposizione della istanza di composizione assistita della crisi da parte dell'imprenditore risulti essere tempestiva, il legislatore, al fine di incoraggiare il ricorso alla procedura *de qua*, ha previsto che il debitore possa beneficiare delle c.d. misure premiali, tra loro cumulabili ⁽⁶⁸⁾. L'art. 24, comma 1 CCII prevede a dettare analiticamente cosa debba intendersi per «tempestività», cui è subordinata la concessione di tali misure: è *tempestiva* l'istanza presentata non oltre il termine di tre mesi a partire dal momento in cui si verificano,

⁽⁶⁷⁾ Ci si riferisce alla relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; all'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione; all'attestazione da parte del collegio degli esperti della veridicità dei dati aziendali.

⁽⁶⁸⁾ Esse sono analiticamente enunciate ai sensi dell'art. 25, al quale si rimanda.

alternativamente, 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; l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; il superamento, nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai sensi dell'art. 13, commi 2 e 3 ⁽⁶⁹⁾.

Un'ultima annotazione riguarda l'esercizio o la prosecuzione, nel corso dello svolgimento della composizione assistita della crisi, delle azioni esecutive o cautelari da parte dei creditori nei confronti del debitore inadempiente. La regola generale è quella per cui tale esercizio sia sempre consentito, a condizione che il debitore abbia chiesto alla sezione specializzata in materia di impresa di cui all'art. 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168 – individuata a norma dell'art. 4 del medesimo decreto legislativo, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa – le misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso.

Il legislatore ha previsto, dunque, la possibilità per il debitore di domandare all'autorità giudiziaria il rilascio di un blocco delle azioni esecutive individuali.

La ragione sottesa alla disposizione è perspicua: nel procedimento di composizione assistita della crisi vengono necessariamente coinvolti, almeno in parte, i creditori, per cui è pressoché inevitabile che la riservatezza non possa essere del tutto mantenuta e che, conseguentemente, la notizia della crisi possa diffondersi; si rende necessario, pertanto, consentire al debitore di tutelare l'impresa (*rectius*, il suo patrimonio) dalle aggressioni individuali dei creditori che ben potrebbero vanificare le trattative fino a quel momento compiute ⁽⁷⁰⁾.

Il contenuto delle misure protettive è modulabile, adattabile in relazione a uno scopo preciso, designato dal debitore nel momento in cui avanza la proposta di ristrutturazione, purché, naturalmente, esso sia utile a condurre a termine le trattative e addivenire a un accordo con i creditori.

Per quanto concerne il loro rilascio, che può avvenire solo allorquando il debitore presenti istanza ⁽⁷¹⁾ e dimostri un avvio delle trattative con i creditori teso

⁽⁶⁹⁾ A mente dell'art. 24, comma 2, il presidente del collegio degli esperti può attestare l'esistenza dei requisiti di tempestività qualora il debitore presenti apposita istanza.

⁽⁷⁰⁾ La relazione di accompagnamento al Codice evidenzia come, al contrario, sia possibile pretendere che la procedura di allerta si svolga in via riservata e confidenziale, essendo in essa coinvolti tendenzialmente solo il debitore, gli organi societari, i professionisti, gli uffici pubblici e l'OCRI.

⁽⁷¹⁾ M. FERRO, *Codice della crisi d'impresa: le misure protettive e premiali nelle istituzioni di prevenzione della crisi*, in www.studiolegale.leggiditalia.it, 2019, rileva che l'istanza va da presentata dal debitore con il patrocinio obbligatorio di un difensore ex art. 9, comma 2 CCII,

ad assumere un'iniziativa compositiva di superamento, il procedimento di concessione delle misure *de quibus* è regolato dagli artt. 54 e 55 in quanto compatibili; il tribunale può sentire i soggetti che abbiano effettuato la segnalazione o il presidente del collegio degli esperti ⁽⁷²⁾.

Infine, le misure concesse possono essere revocate in ogni momento, anche *ex officio*, se risultino commessi atti di frode nei confronti dei creditori oppure qualora il collegio segnali al giudice competente che non è possibile addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi sono significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la stessa.

mentre esclude che, in ordine al procedimento, possa operare la sospensione feriale dei termini, sulla base del principio generale di cui allo stesso art. 9, comma 1, visto che la sua applicazione non è prevista *expressis verbis*.

⁽⁷²⁾ Relativamente alla durata, inizialmente le misure protettive non possono superare i tre mesi; è possibile, tuttavia, che la durata venga prorogata, anche più volte, su istanza del debitore, fino al termine massimo di cui all'art. 19, comma 1 (*id est*: tre mesi, prorogabili fino a un massimo di ulteriori tre), a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo, su conforme attestazione resa dal collegio.

CAPITOLO TERZO

RIFLESSIONE CRITICA DELLA DOTTRINA ITALIANA SULLE PROCEDURE DI ALLERTA E LE MODIFICHE DETTATE DAL D.LGS. N. 147/2020

SOMMARIO: 1. L'odisseica entrata in vigore del CCII. – 2. *Post fata resurgam*: riflessioni circa l'effettivo bisogno dell'introduzione del meccanismo di allerta. – 3. La necessità della nozione di crisi e le problematicità dei suoi indici. – 4. Le critiche mosse agli strumenti di allerta. – 5. Criticità del procedimento dinanzi all'OCRI. – 6. L'intervento correttivo attraverso il d.lgs. n. 147/2020.

1. *L'odisseica entrata in vigore del CCII.*

La riforma della materia concorsuale avvenuta mediante la costituzione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha rappresentato, per la Commissione Rordorf, un lavoro di particolare complessità tecnica e scientifica, non consistendo in un mero riordino della materia all'interno di una diversa *sedes materiae*, ma comportando l'introduzione di istituti non solo nuovi, ma aventi carattere innovativo, tra le quali sveltano, indubbiamente, le misure di allerta.

Proprio in ragione di tale natura di alcune disposizioni, il legislatore ha ritenuto che agli imprenditori, soprattutto di piccolo-medie dimensioni, sarebbe occorso un certo periodo di tempo per poter scendere a patti con l'idea di una gestione della crisi che possa rischiare di non essere più rimessa esclusivamente a chi gestisce l'impresa, ma che, al contrario, necessiti dell'allarme dato a una figura che, nonostante sia concepita come di supporto e aiuto al debitore, resta comunque un organismo terzo. L'art. 389 CCII aveva disposto una duplice entrata in vigore, differenziata a seconda delle norme: mentre gli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377-379 e 385-388 sarebbero in vigore a partire dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale – per ciò che qui rileva, si tratta delle norme che hanno disposto modificazioni al dettato normativo del Codice civile in materia di adeguatezza delle strutture imprenditoriali, con l'istituzione di presidi atti a intercettare precocemente la crisi, nonché di nomina dei revisori legali nelle società – le restanti disposizioni

sarebbero entrate in vigore una volta decorsa una *vacatio legis* pari a diciotto mesi dalla pubblicazione.

Se, come esaminato nei precedenti capitoli, le disposizioni in materia di diritto commerciale sono effettivamente entrate in vigore a partire dal 16 marzo 2019 ⁽¹⁾, lo stesso non si può dire per quelle concernenti l'allerta, che avrebbero dovuto essere applicate, inizialmente, a partire dal 15 agosto 2020.

Il legislatore è intervenuto, in un primo momento, a posticiparne l'entrata in vigore con il decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 («Misure urgenti di sostegno per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19»), il cui art. 11 dispone che l'obbligo di segnalazione di cui agli artt. 14, comma 2, e 15 del d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, operi a decorrere dal 15 febbraio 2021. Pur in assenza di una relazione di accompagnamento all'atto, la ragione di tale proroga va individuata nel fatto che, alla luce della pandemia dovuta al Covid-19, un ampio spettro di nefaste conseguenze macroeconomiche ha impattato sulle economie mondiali, compromettendo l'andamento e la stabilità economica delle imprese, il cui pregiudizio – è stato previsto – sarebbe stato secondo solo a quello derivante dalla Grande depressione degli anni '30. È evidente come, in un simile scenario, l'obbligo di segnalazione da parte dei creditori pubblici qualificati e, soprattutto, da parte degli organi di controllo sarebbe scattato con maggiore facilità, coinvolgendo un'ampia platea di imprese italiane ⁽²⁾.

Il legislatore è intervenuto nuovamente con il decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23 (c.d. decreto liquidità), il cui art. 5 ha differito l'entrata in vigore del Codice

⁽¹⁾ Si ricordi, tuttavia, la sospensione dell'obbligo di nomina degli organi di controllo nelle società a responsabilità limitata di cui all'art. 6, comma 6-*sexies* del decreto-legge 30 dicembre 2019, n. 162, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2020, n. 8.

⁽²⁾ Tale previsione, insieme alla successiva *fictio iuris* circa l'ultrattività della continuità aziendale esaminata *supra* cap. I, § 9, si confà a quanto indicato dall'esecutivo della Conference of European Restructuring and Insolvency Law (CERIL) in un documento, datato 20 marzo 2020, sugli effetti del Covid-19. La CERIL, ente europeo *non-profit* costituito da circa sessanta membri tra avvocati, giudici, professori universitari e altri operatori in materia di ristrutturazioni e insolvenza al fine di implementare le leggi e le *practise* del settore, ha suggerito ai legislatori nazionali alcune misure da adottare per aiutare le imprese a «tamponare» le difficoltà causate dal Covid-19. Tra queste, spicca il consiglio di «*temporarily suspend the duty to file based on the inability to pay with no further requirement*», nel quale è possibile ricomprendere anche l'obbligo di allertare l'OCRI: è evidente, infatti, come la crisi economica, nonché, soprattutto, l'impossibilità di prevedere l'evolversi della situazione sanitaria e del mercato, abbiano inciso in modo negativo sui bilanci delle imprese. Se i legislatori nazionali non prendessero alcun provvedimento in tal senso – si legge – un'impresa avente uno o più *viable business* in un mercato scevro dagli effetti della pandemia si ritroverebbe costretta a essere assoggettata a una procedura concorsuale e, verosimilmente, a patire le conseguenze di una «*piecemeal liquidation under value in resulting insolvency proceeding where liquidation would proceed under the current, distressed market conditions*».

della crisi, modificando l'art. 389, comma 2 CCII, al 1° settembre 2021, fatta eccezione per le disposizioni già in vigore ⁽³⁾. Le ragioni di tale rinvio sono molteplici e motivate nella relazione di accompagnamento all'atto: il Codice della crisi d'impresa è stato pensato perché potesse operare rispondendo alla sottesa filosofia di salvataggio, per quanto possibile, delle imprese e della loro continuità, concependo la liquidazione giudiziale solo come *extrema ratio*, alla quale ricorrere in assenza di alternative concrete, per cui se il CCII fosse entrato in vigore, esso avrebbe finito per mancare incolpevolmente il proprio traguardo in un ambito economico caratterizzato da crisi di investimenti e risorse.

Ancora, data la novità dello strumento giuridico, si è reputato preferibile che in una situazione di sofferenza economica come quella causata dal Covid-19, gli operatori non patissero le incertezze derivanti dal carattere inedito della disciplina, dovendosi, invece, preferire un quadro normativo già conosciuto e largamente sperimentato quale la legge fallimentare, che avrebbe garantito di ricorrere a strumenti e categorie su cui era già maturata una consuetudine, così rispondendo all'esigenza di una maggiore certezza normativa.

Non solo: a detta del legislatore, esistono, infatti, ulteriori motivazioni che esulano dallo scoppio della pandemia, che si estrinsecano nei problemi applicativi che si presenterebbero se il CCII entrasse in vigore durante il periodo della c.d. sospensione feriale (in cui l'operatività degli uffici giudiziari è ridotta) e nella necessità di adeguare la normativa alla direttiva (UE) 2019/1023 in materia di ristrutturazione preventiva delle imprese.

Per quanto concerne le misure di allerta, cui è dedicata un'apposita voce – tra l'altro, la prima – tra quelle giustificanti il rinvio dell'entrata in vigore del Codice, si era ritenuto che gli indicatori della crisi non avrebbero potuto svolgere alcun concreto ruolo selettivo, generando effetti potenzialmente sfavorevoli.

Al contrario, il sistema dell'allerta, volto a provocare l'emersione anticipata della crisi, era stato concepito per operare nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni non patologiche, in cui la maggior parte delle imprese non fosse colpita dalla crisi, e che rendesse possibile, pertanto, concentrare l'applicazione di tale strumento sulle sole realtà che avessero presentato criticità.

⁽³⁾ FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, SIDREA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sulla continuità aziendale e sull'applicazione dei principi contabili nazionali. Prime indicazioni*, documento del 20 aprile 2020, in www.fondazionenazionalecommercialisti.it, non si limitano a condividere la scelta del legislatore circa il differimento dell'entrata in vigore del Codice, ma ritengono che a tale conclusione si sarebbe dovuto giungere pur in assenza di esplicito disposto normativo.

A questo punto, quindi, si era creata una duplice, illogica entrata in vigore, per cui organi di controllo e creditori pubblici qualificati avrebbero potuto e dovuto allertare degli organismi di composizione della crisi d'impresa a far data dal 15 febbraio, mentre l'effettiva convocazione degli imprenditori e l'eventuale fase di composizione assistita con i creditori avrebbero preso avvio da settembre. Una simile disposizione, per di più, avrebbe postulato, per aspirare ad avere una parvenza di fondatezza e poter essere quindi applicata, almeno l'avvio della costituzione degli OCRI in seno alle Camere di commercio, visto che essi sono i soggetti deputati a ricevere le segnalazioni *de quibus*, la cui istituzione, al contrario, non era stata nemmeno pianificata ⁽⁴⁾. Sul punto era intervenuto, altresì, il Consiglio di Stato, segnatamente la Sezione consultiva per gli atti normativi, che nel parere n. 811, riassumendo le risultanze cui era giunta nelle adunanze del 2 e 23 aprile, aveva evidenziato al Governo la necessità che gli obblighi di segnalazione non operassero in data antecedente all'entrata in vigore del Codice nel suo complesso.

Il legislatore, di tutto punto, ha proceduto, con la legge 24 aprile 2020, n. 27 («Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, recante misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19. Proroga dei termini per l'adozione di decreti legislativi»): l'art. 1, comma 2 ha disposto la totale abrogazione, tra gli altri, del decreto-legge 2 marzo 2020, n. 9 e, così, della previsione di applicazione degli obblighi di cui agli artt. 14 e 15 a partire da febbraio 2021. Anche qui, posto che sia possibile dedurre logicamente che l'entrata in vigore delle disposizioni *de quibus* sia stata prorogata al 1° settembre 2021, chi scrive ritiene che il legislatore avrebbe dovuto mostrare, innanzitutto, una più consapevole presa di coscienza del fatto che una novità quale l'allerta mal si sarebbe conciliata con il sistema concorsuale, anche nello scenario *ante* pandemia, in modo tale da non perpetrare incessantemente il rinvio dell'entrata in vigore – si tratta di un manifesto segnale di mancanza, da parte del legislatore, di individuazione della direzione applicativa da far prendere a un meccanismo che nasce come cardine della riforma della materia concorsuale – e, altresì, una maggiore accortezza nel puntualizzare in

⁽⁴⁾ Per avere un quadro effettivo circa l'operatività delle misure di allerta in Italia, si tenga presente che al momento in cui questo lavoro è stato licenziato, il Codice della crisi d'impresa non è entrato in vigore, e ancora nulla si muove per ciò che riguarda gli OCRI, la cui istituzione continua immancabilmente, e a più di due anni dalla pubblicazione del Codice, non solo a non essere stata ultimata, ma nemmeno cominciata, né progettata. Lo scenario, evidentemente, non è affatto dei più rosei, malgrado la bontà della scelta di fondo di prevedere finalmente le procedure di allerta, e chi scrive non può esimersi dal muovere un'aspra critica in tal senso.

modo specifico, anche per il sistema di allerta, l'effettiva data a partire dalla quale quest'ultimo avrebbe dovuto essere definitivamente messo in atto ⁽⁵⁾.

Il nuovo Ministro della Giustizia Marta Cartabia, con decreto ministeriale del 22 aprile 2021, ha nominato una commissione ⁽⁶⁾ per elaborare interventi sul CCII: essa è chiamata, oltre a formulare proposte correttive al Codice, anche alla luce della direttiva (UE) 2019/1023, e modificative, tenuto conto del contesto economico mutato a seguito dell'emergenza sanitaria, a valutare l'opportunità di differire, ancora una volta, l'entrata in vigore del CCII stesso. I lavori di elaborazione delle proposte, da ultimare entro il 10 giugno, sono infine sfociati nel decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118 («Misure urgenti in materia di crisi d'impresa e di risanamento aziendale, nonché ulteriori misure urgenti in materia di giustizia») pubblicato sulla Gazzetta ufficiale n. 202 del medesimo giorno. L'art. 1, rubricato *Differimento dell'entrata in vigore del Codice della crisi d'impresa*, ha, contestualmente, modificato, ai sensi del comma 1, l'art. 389, comma 1 CCII, prevedendo che il d.lgs. n. 14/2019, eccezion fatta per le disposizioni modificative del Codice civile già vigenti, entri in vigore a partire dal 16 febbraio 2022, e, a mente del comma 2, ha introdotto un nuovo comma 1-bis all'art. 389, disponendo che il titolo II della Parte prima (*id est*: le disposizioni relative alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi) entri in vigore dal 31 dicembre 2023.

Tale ampia *vacatio legis*, frutto di perpetrati, odisseici rinvii, ha consentito, e ancora consentirà, agli operatori – per utilizzare l'espressione contenuta nella relazione di accompagnamento al d.l. n. 23/2020 – di procedere all'approfondimento degli aspetti più innovativi del Codice: in realtà, essi non si sono limitati a un mero studio del CCII, ma hanno dato il via a una lunga stagione di copiose e torrenziali critiche al dettato normativo, le quali saranno esaminate, per ciò che riguarda le sole nozione di crisi e procedure di allerta, nelle pagine che seguono.

⁽⁵⁾ S. AMBROSINI, G. GIANNELLI, *L'impatto del "Decreto Liquidità" sulla continuità aziendale delle imprese e sulle procedure concorsuali pendenti*, in *Dir. fall.*, 2020, p. 521, compiono un ulteriore passo di natura critica rispetto a chi scrive: gli Autori si spingono a ravvisare nella scelta del legislatore di rinviare l'entrata in vigore del Codice il dubbio, finanche l'incertezza di fondo, circa l'idoneità delle disposizioni del CCII a favorire il risanamento delle imprese in difficoltà, le quali, al contrario, potrebbero finire per rendere quest'ultimo, a prescindere dall'emergenza epidemiologica, meno agevole.

⁽⁶⁾ Essa è presieduta dalla prof.ssa Ilaria Pagnì ed è composta dal prof. Pasqualino Albi, dalla dott.ssa Elena Comparato, dal prof. Fabrizio Di Marzio, dal dott. Giuseppe Dongiacomo, dal prof. Massimo Fabiani, dal dott. Alessandro Farolfi, dal prof. Giorgio Lener, dalla dott.ssa Silvia Giacomelli, dal dott. Luciano Panzani, dal dott. Riccardo Ranalli, dal dott. Guido Romani, dal prof. Lorenzo Stanghellini, dal dott. Alfredo Storto, dal prof. Marco Ventrone, dalla dott.ssa Linda Vaccarella, dalla dott.ssa Paola Vella e dal dott. Marco Vitiello.

2. Post fata resurgam: *riflessioni circa l'effettivo bisogno dell'introduzione del meccanismo di allerta.*

Prima di procedere ad analizzare le note negative riguardanti gli strumenti di allerta così come concepiti dal legislatore della riforma, occorre soffermarsi a riflettere sulla necessità di introdurre, nel nostro ordinamento giuridico, nuove disposizioni atte a prevedere che alcuni soggetti siano chiamati a vigilare, nell'esercizio delle proprie funzioni, sull'andamento gestorio dell'impresa, finanche rilevando i segnali anticipatori della crisi: si tratta di riflettere, quindi, ancor prima che sulla bontà del modello in cui è stato inquadrato il sistema dell'allerta, sul reale bisogno di contemplare quest'ultimo all'interno del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

La dottrina ⁽⁷⁾ e gli operatori della materia ⁽⁸⁾ non hanno mancato di sottolineare, invero, come il nostro ordinamento già contenga, a loro avviso, alcune previsioni che disciplinano procedure atte a gestire l'eventuale scoperta della situazione di crisi in cui la società versa, delle quali, pertanto, l'allerta costituisce una inutile copia.

Ai sensi dell'art. 2403 c.c., il collegio sindacale vigila sull'osservanza della legge e dello statuto e sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, in particolare sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento.

Il dettato codicistico è richiamato (*rectius*, maggiormente dettagliato) all'interno delle c.d. *Norme di comportamento del collegio sindacale. Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, un *corpus* di *best practise* licenziato dal CNDCEC per la prima volta nel 2011, poi modificato con successivi interventi, l'ultimo dei quali, realizzato il 12 gennaio 2021, teso ad adattarlo alle disposizioni del CCII. Nella versione del 2015, la più recente tra quelle non ancora assoggettate all'influenza del Codice della crisi, la norma 3.4, rubricata *Vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento dell'assetto organizzativo*, prevede che il collegio sindacale controlli il processo di valutazione da parte degli amministratori dell'adeguatezza dell'assetto

⁽⁷⁾ Si veda, *ex plurimis*, P. VALENSISE, *Il ruolo dell'organo di controllo nella procedura di c.d. "allerta" tra legge delega e "Codice della crisi": nuove soluzioni o nuovi problemi?*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, *passim*.

⁽⁸⁾ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Osservazioni e proposte del Consiglio Nazionale dei Commercialisti e degli Esperti Contabili*, documento dell'8 giugno 2016, in www.commercialisti.it.

organizzativo rispetto alla natura, alle dimensioni, alla complessità e alle altre caratteristiche specifiche della società, verificando che sia idoneo a rilevare tempestivamente indizi di crisi e di perdita della continuità aziendale, così da rendere possibile agli organi delegati di adottare idonee misure per il superamento della crisi o il recupero del *going concern*, delle quali monitora la realizzazione ⁽⁹⁾. Ancora, la norma 3.5 disciplina l'attività di vigilanza sull'adeguatezza e sul funzionamento del sistema amministrativo-contabile, che, qualora dovesse evidenziare significativi rischi di inadeguatezza, spingerà il collegio sindacale a richiedere all'organo amministrativo l'adozione di azioni correttive di cui controllerà l'attuazione. Nei casi di urgenza, particolare gravità o avvenuto riscontro di violazioni o di insufficienza delle azioni poste in essere, i sindaci possono adottare ogni iniziativa prevista *ex lege* per rimuovere tali violazioni.

Nell'espletamento della funzione di controllo degli atti di gestione e delle conseguenze alla quale il collegio sindacale è chiamato, esso potrebbe già rilevare fatti che siano manifestazione della crisi o che rendano incerta la capacità dell'impresa di continuare a operare nella prospettiva di continuità. Secondo la censura mossa dalla critica, a tale situazione ben avrebbero potuto soccorrere ulteriori disposizioni del documento *de quo*, il cui ultimo aggiornamento, sotto tale profilo, risale al 2 dicembre 2015.

La norma 11.1 prevede che il collegio sindacale *possa* innanzitutto domandare all'organo amministrativo specifici chiarimenti e informazioni che, qualora siano risultati insoddisfacenti o abbiano dato conferma dei dubbi, inducono l'organo amministrativo ad adottare gli opportuni provvedimenti, sulla cui attuazione i sindaci vigilano. Il controllo interno ideato dal legislatore, dunque, fa perno su un sistema che abbandona il concetto di verifica *ex post* e che privilegia, al contrario, l'adozione di strumenti organizzativi che siano capaci di rilevare tempestivamente il rischio a seconda delle dimensioni e della tipologia dell'attività di impresa, ossia siano in grado di riconoscere l'imminenza della crisi: l'idoneità delle procedure a rilevare segnali di crisi rientra tra le caratteristiche di un assetto organizzativo adeguato.

La norma 11.2 contempla la disciplina da applicare circa l'eventualità in cui gli amministratori abbiano omesso l'adozione dei provvedimenti necessari: il collegio sindacale *può* convocare l'assemblea dei soci ai sensi dell'art. 2406 c.c. e, ove

⁽⁹⁾ Con riferimento al collegio sindacale che svolga le funzioni di cui all'art. 2409-bis, comma 2 c.c., la disposizione *de qua* è richiamata, sempre a livello di normativa secondaria, dalla norma R.20.10, contenuta nel documento *Linee guida per l'organizzazione del collegio sindacale incaricato della revisione legale dei conti*, elaborato anch'esso dal CNDCEC, la cui ultima versione risale al febbraio 2012.

questa non abbia avuto luogo, la sua convocazione non sia stata utile ⁽¹⁰⁾ oppure i suoi esiti siano stati ritenuti inadeguati, lo stesso, qualora la condotta degli amministratori abbia integrato anche i presupposti di gravi irregolarità, *può* proporre, se consentito dalla legge, denuncia al tribunale *ex art.* 2409, comma 7 c.c.

La riflessione circa l'inutilità dell'introduzione degli strumenti di allerta, così come delineata, lascia, a parere di chi scrive, ampio margine a critiche, che si cercherà di sintetizzare a seguire.

Innanzitutto, occorre rilevare che la censura mossa da parte della dottrina muove dal solo presupposto dell'esistenza di una serie di disposizioni, per altro relative al solo collegio sindacale, per contestare l'introduzione di un sistema ben più complesso e articolato: gli strumenti di allerta sono infatti duplici, posto che prevedono che non sia solamente l'organo interno della società a essere obbligato ad accertare la crisi e, eventualmente, a suonare l'allarme, ma che lo siano, altresì, l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione.

È indiscusso che una simile previsione, che legittimi creditori pubblici qualificati a monitorare costantemente l'esposizione debitoria degli imprenditori e a dare avviso, prima agli stessi e solo in seguito all'OCRI, del superamento di determinate soglie, presenti carattere di *assoluta novità*: si è avuto modo di vedere come, invero, tali soggetti siano stati finora sprovvisti dei necessari meccanismi per intercettare tempestivamente i prodromi della crisi d'impresa, al punto che essi godono della qualifica di «titolari di crediti il cui inadempimento sia da preferire» allorquando la situazione economica e patrimoniale non permetta all'imprenditore di fare fronte alle obbligazioni contratte. Solo questa presa di coscienza sarebbe sufficiente a scalfire il carattere, attribuito dalla dottrina critica, della sovrabbondanza delle disposizioni disciplinanti l'allerta.

Ma vi è di più: occorre innanzitutto premettere che, ad avviso di chi scrive, l'art. 2403 c.c. appare avere una portata persino più ampia di quella di cui all'art. 14 CCII, poiché prevede che i sindaci debbano vigilare, oltre che sul rispetto dei principi di corretta amministrazione adottati dalla società (e, in particolare sull'adequazione dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile, espressione poi mutuata dal CCII) e sul suo concreto funzionamento (che rimanda al prevedibile andamento della gestione previsto a mente dello stesso articolo del Codice della crisi d'impresa), altresì sull'osservanza della legge e dello statuto.

⁽¹⁰⁾ Basti pensare al mancato raggiungimento del *quorum* necessario alla delibera.

La previsione dello *specifico* obbligo di cui all'art. 14 – verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico-finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione, nonché segnalare immediatamente, in prima battuta, allo stesso organo amministrativo e, nei soli casi di cui al comma 2, all'OCRI, l'esistenza di fondati indizi di crisi – costituisce un *elemento di novità*, anche alla luce del fatto che esso grava in capo sia ai sindaci, sia ai *revisori*, e risulta essere, quindi, esorbitante rispetto all'ambito applicativo dell'art. 2403 c.c.: chi scrive ritiene, in sintesi, che gli obblighi preconizzati nelle disposizioni *de quibus* siano solo parzialmente coincidenti, ma non perfettamente sovrapponibili.

Ancora, il legislatore si è da tempo accorto della necessità che gli organi di controllo si adoperino per un esame dello svolgimento dell'attività d'impresa che non sia solo *a posteriori*, bensì che si espanda, nella sua continuità, a ricomprendere l'arco di tempo antecedente all'insorgere della crisi – si tratta di un dato incontrovertibile, che, come si è visto, affonda le sue radici nei progetti di riforma della materia concorsuale elaborati dalle due Commissioni Trevisanato – ma tale presa di coscienza era stata formalizzata solamente all'interno di *norme secondarie* (*id est*: i documenti del CNDCEC) e, soprattutto, formulata in termini di *mera facoltà* per il solo collegio sindacale. Al contrario, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, *norma primaria*, configura un vero e proprio *obbligo* ⁽¹¹⁾ per il collegio sindacale, nonché per i revisori legali dei conti e per le società

⁽¹¹⁾ Occorre dare atto che la dottrina non è pacificamente concorde su come qualificare la posizione giuridica soggettiva di cui gli organi di controllo e i creditori pubblici qualificati sono titolari nei confronti dei debitori. Ad esempio, V. DI CATALDO, S. ROSSI, *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 324 ss. (e in RDS, 2018), ritengono che i doveri (*rectius*, ad avviso di chi scrive, obblighi, non incombendo questi ultimi a fronte di un diritto assoluto bensì relativo) di cui all'art. 14, comma 1 CCII siano assimilabili più a degli *oneri* che a obblighi veri e propri, dato che essi risultano essere sforniti di una sanzione diretta.

Rispetto a quanto rilevato dagli Autori, tuttavia, non si può prescindere dal considerare, in primo luogo, il tenore letterale della disposizione *de qua* e, quindi, il fatto che il legislatore abbia previsto *expressis verbis* che tali soggetti, unitamente ai creditori pubblici qualificati, siano gravati da un *obbligo* di segnalazione, termine che ricorre sia nella rubrica, sia nel testo di legge non solo dell'articolo in esame, ma altresì di altre disposizioni del titolo II della Parte prima del Codice, segnatamente gli artt. 15, comma 1, e 18, comma 6. Inoltre, la previsione dell'obbligo ex artt. 14 e 15 CCII si accompagna inscindibilmente alla sussistenza di *obblighi* organizzativi posti a carico degli imprenditori ai sensi degli artt. 3, 12, comma 1, 375 e 377 del medesimo Codice (in piena consonanza con i termini, non solo lessicali, della direttiva (UE) 2019/1023, che – lo si anticipa – contempla all'art. 19 una serie di *obblighi* nei confronti dei dirigenti). Così ragionando, si ritiene che la responsabilità solidale cui andrebbero incontro sindaci e revisori possa essere qualificata come *sanzione diretta*, poiché volta a colpire *direttamente e specificatamente* il comportamento

di revisione – la cui disciplina *ad hoc*, dettata dal decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39, nemmeno accenna alla condotta da tenere in un eventuale caso di scoperta di segnali di crisi o di incapacità dell'impresa di operare come entità in funzionamento, dovendosi quindi considerare, finora, del tutto privi della possibilità di intervenire a impedire o sanzionare il comportamento degli amministratori, e il cui ruolo viene adesso valorizzato.

L'importanza da attribuire a tali obblighi è maggiormente enfatizzata dalla *sedes materiae* in cui gli stessi sono stati collocati: il legislatore, vere le premesse della presunta inutilità delle misure di allerta, avrebbe potuto intervenire solamente mediante una modifica delle disposizioni del codice civile, novellando il dettato di quelle già esistenti oppure aggiungendo alle stesse ulteriori commi; al contrario, si è preferito enucleare gli obblighi di segnalazione che consentono di gestire la situazione di crisi all'interno di un apposito *corpus* normativo atto a sostituire la

inottemperante di questi. Pertanto, le segnalazioni all'organo amministrativo di cui all'art. 14 CCII formano oggetto non di oneri, ma di obblighi, che integrano, ai sensi dell'art. 2407 c.c., l'insieme degli obblighi che definiscono i mandati di sindaco e di revisore: l'inerzia o il ritardo nell'adempimento dell'obbligo di segnalazione si riflettono in un inadempimento a tali mandati.

Ancora, P. VELLA, *L'impatto della direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale italiano*, in *Fallimento*, 2020, p. 747 ss., considera che il legislatore non abbia previsto, ai sensi dell'art. 15 CCII, dei veri e propri obblighi – a discapito, quindi, di una qualificazione basata sulla *littera legis* – e che l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione siano gravati da un *onere*. Chi scrive ritiene, nuovamente, di dissentire da tale considerazione sulla base di due argomentazioni. Per quanto riguarda la prima, si permetta a chi scrive di rimandare all'iniziale riflessione già esposta in precedenza attinente alla *littera legis* della disposizione *de qua*, nonché al fatto che la stessa si riverberi, come si è visto, proprio nella recente direttiva dell'Unione europea che costituisce il tema del contributo dell'Autrice.

Volendo prescindere da un'interpretazione meramente letterale, invece, si deve considerare che i principi generali del diritto qualificano come *onere* la situazione soggettiva passiva che ricorre quando a un soggetto venga attribuito un *potere* il cui esercizio è *condizionato a un adempimento* che, essendo previsto nell'interesse del soggetto stesso, non è obbligatorio e *non prevede sanzioni* qualora resti *inattuato* (per cui vale l'assunto «Se si vuole A, si deve fare B», mentre rispetto all'obbligo, che se non osservato costituisce causa legale di privazione o limitazione di beni, diritti o facoltà, vale quello per cui «Se non si fa X, si sarà assoggettati alla sanzione Y»). Sulla scorta di tale definizione, è possibile osservare come il privilegio riconosciuto dall'ordinamento giuridico ai crediti di cui sono titolari i soggetti qualificati ex art. 15 CCII non possa essere qualificato né come potere a loro attribuito, né tantomeno come risultato cui essi aspirano: in altre parole, l'Amministrazione finanziaria e l'INPS non esercitano un potere nel farsi sì che i propri crediti siano considerati quali muniti di privilegio, né quest'ultimo rappresenta un'utilità a cui raggiungimento essi aspirano e che non possono che ottenere segnalando, in primo luogo, al debitore e, eventualmente, in via vicaria, all'OCRI lo scoperto, poiché il privilegio è *espressamente* riconosciuto e contemplato dal legislatore stesso nelle disposizioni del Codice civile quale *modo di essere* dei crediti *de quibus*. In quanto privilegi generali, essi non possono essere qualificati come diritti, ma il fatto che il legislatore abbia previsto l'adempimento dell'obbligo di segnalazione *a pena di* inefficacia del titolo di prelazione oppure di inopponibilità del credito per spese e oneri di riscossione consente di considerare tale inefficacia/inopponibilità come una vera e propria *sanzione*, non contemplabile – né, del resto, contemplata in altre sedi – se non in forza di una *mancata attuazione* (*rectius*, violazione) dell'obbligo *de quo*.

legge fallimentare, eletto quindi a naturale luogo in cui contemplare quei meccanismi che, se efficienti, ben potrebbero scongiurare il rischio di addivenire all'apertura di una procedura di risoluzione della crisi o dell'insolvenza.

Per quanto concerne, in ultima istanza, il rimedio adombrato dalla dottrina circa l'esito della procedura allorquando l'assemblea convocata dai sindaci non sia avvenuta oppure questa non abbia consentito di addivenire a soluzioni proficue per il risanamento dell'impresa, è evidente che questo non possa efficacemente essere ricondotto alla denuncia al tribunale di cui all'art. 2409 c.c. Si tratta – con ogni evidenza – di un rimedio che vede coinvolta in modo diretto e immediato l'autorità giudiziaria, mentre il sistema dell'allerta è stato appositamente concepito come confidenziale e *stragiudiziale*, proprio nel timore che un eventuale coinvolgimento del giudice possa instillare nell'imprenditore il dubbio circa l'imminente apertura, benché non *ex officio*, della procedura giudiziaria del fallimento (*rectius*, liquidazione giudiziale). Anche nella fase, solo eventuale, della composizione assistita della crisi, il legislatore della riforma, preoccupato dal fatto che la reticenza del debitore a rendere nota la situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa possa avere la meglio, ha predisposto un sistema di incentivi atto a incoraggiare la *disclosure* (*id est*: le misure premiali). Dalle osservazioni formulate si ricava, quindi, la volontà del legislatore di preservare il carattere non giudiziale di entrambi i procedimenti, al fine di evitare che il ricorso agli stessi possa venir percepito dall'imprenditore come un piano inclinato verso la concorsualità ⁽¹²⁾.

A conferma di ciò, il legislatore della riforma ha espressamente previsto, ai sensi dell'art. 379, comma 2 CCII che l'art. 2477 c.c., in tema di società a responsabilità limitata, sia modificato, prevedendo l'aggiunta di un nuovo comma 6 che dispone l'applicazione delle disposizioni di cui all'art. 2409 c.c. alle s.r.l., anche in assenza di organo di controllo. Muovendo dalla premessa che si esclude che tale previsione costituisca un *lapsus calami*, si manifesta *icto oculi* l'idea che il

⁽¹²⁾ Tale argomentazione trova ulteriore fondamento nel fatto che l'originario progetto Rordorf non prevedesse alcuna fase teminale né per il procedimento di allerta, né per quello di composizione assistita della crisi – entrambi si estrinsecavano nella pura audizione dinanzi all'organismo di composizione della crisi d'impresa – mentre i commentatori ritenevano che gli stessi avrebbero necessitato di essere in qualche modo «chiusi». Venne così paventata l'ipotesi secondo la quale, qualora debitore e OCRI non fossero giunti a trovare una soluzione alla crisi, l'imprenditore avrebbe potuto essere convocato, per un'ulteriore audizione, dal *presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale*: tale scelta venne criticata con asprezza tale da finire con l'essere poi completamente espunta. Si rimanda, in ogni caso, *infra* cap. V, § 10.

Non solo. Come si avrà modo di vedere a breve *infra* § 5 del presente capitolo, nemmeno l'attuale disegno dell'allerta e della composizione assistita della crisi convince la dottrina, la quale si lamenta ampiamente dei possibili spiragli di apertura verso la «giudicializzazione» ex artt. 20 e 22 CCII.

legislatore non veda l'allerta e la denuncia al tribunale come due strumenti alternativi tra loro, ma che, al contrario, essi possano e, soprattutto, siano destinati a convivere, l'uno indipendente dall'altro ⁽¹³⁾.

Alla luce della disamina appena compiuta, si può facilmente evincere come l'introduzione degli strumenti di allerta interna ed esterna costituisca non solo una vera e propria novità del sistema concorsuale italiano, ma, altresì, un mezzo indispensabile – malgrado, come si vedrà a breve, ritenuto ancora perfettabile – per anticipare, quanto prima possibile, l'emersione della crisi, e destinato a risolversi, all'occorrenza, in un supporto volto ad addivenire a un accordo con i creditori.

3. *La necessità della nozione di crisi e le problematicità dei suoi indici.*

Come si è già avuto modo di vedere, la crisi di impresa rappresenta un processo economico degenerativo, il quale compromette la vitalità aziendale, impedendo all'impresa di operare in condizioni di economicità. Tale fenomeno non si presenta mai come immediato o inatteso, ma, al contrario, costituisce tendenzialmente una progressione, più o meno lenta, che, se non ravvisata con puntualità, può aggravarsi al punto da sfociare, da ultimo, in insolvenza.

Stante la generale definizione elaborata dalla scienza aziendalistica, diversi sono i tipi di crisi esistenti, così come differenti sono le gradazioni che la stessa assume e molteplici possono essere gli eventi da cui essa trae origine: tali fattori, che evidenziano il tratto dinamico del fenomeno della crisi, rendono evidente come quest'ultimo, privo di una puntuale e compatta delimitazione in parola nell'ambito delle scienze economiche, fatichi a prestarsi, *a fortiori*, a essere sintetizzato in una formula giuridica. Ogni tentativo da parte del legislatore della materia concorsuale di dare una definitiva definizione di crisi si era rivelato, fino alla redazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, piuttosto infruttuoso ⁽¹⁴⁾, generando rammarico anche nella dottrina, che vedeva nell'adozione di un parametro legislativo uniforme una scriminante necessaria per

⁽¹³⁾ Si potrebbe, cionondimeno, muovere una censura al dettato del CCII rispetto al fatto che il legislatore non abbia in alcun modo previsto come questi due istituti debbano conciliarsi tra loro.

In ogni caso, ad avviso di chi scrive, esistono ulteriori argomentazioni a favore dell'inopportunità della denuncia al tribunale come strumento idoneo a risolvere la situazione di crisi dell'impresa, la cui esposizione, tuttavia, si ritiene debba essere rimandata, ai fini di una più completa trattazione, *infra* cap. V, § 9.

⁽¹⁴⁾ Si rimanda a quanto esaminato nel cap. I, § 3.

comprendere se la situazione dell'imprenditore fosse o meno sufficientemente compromessa da poter escludere l'accesso ad alcune procedure giudiziarie ⁽¹⁵⁾.

I tentativi di circoscrivere sotto il profilo definitorio la crisi di impresa non si sono rivelati, tuttavia, vani, in quanto sono, infine, culminati nella nozione di crisi di cui all'art. 2, lett. a) CCII, che – si ricorderà – la definisce come lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. È alla crisi così illustrata che il legislatore ricollega l'attivazione del procedimento dell'allerta interna, posto che l'allerta esterna scatta al verificarsi degli inadempimenti di cui all'art. 15.

Oltre a costituire il presupposto oggettivo dell'allerta interna, la crisi assolve a un'ulteriore, fondamentale funzione: la sua segnalazione rappresenta, invero, il momento a partire dal quale decorre la causa di esenzione, per gli organi di controllo che abbiano celermente rilevato la difficoltà dandone tempestiva comunicazione all'organo amministrativo, dalla responsabilità solidale con quest'ultimo ai sensi di quanto disposto dall'art. 14, comma 3 del Codice.

Senza l'individuazione dell'esatto frangente in cui opera l'esenzione, difficilmente si riuscirebbe a comprendere per quali fatti il collegio sindacale, il revisore o la società di revisione continuino a rimanere responsabili, mentre tale cristallizzazione consente di tracciare una linea di demarcazione tra quegli atti o omissioni compiuti in precedenza, di cui saranno chiamati a rispondere, e quelli, che hanno ragionevolmente contribuito ad aggravare la crisi, dei quali non risponderanno poiché verificatisi dopo il suono della «*sonnette d'alarme*».

La dottrina ha, tuttavia, accolto – forse in modo inatteso – con pressoché unanime tepore quella che, almeno in ambito concorsuale, costituisce un punto nevralgico della riforma di indiscussa rilevanza, muovendo alla nozione di crisi elaborata dal legislatore ben più di una critica.

È stato rilevato, innanzitutto, che la definizione di crisi sia insoddisfacente in quanto è ancorata esclusivamente al profilo finanziario: essa si attaglia poco a quelle tipologie di difficoltà che hanno un'origine interna, strutturale all'impresa, così prestando il fianco a una potenziale deriva in termini di efficacia dell'istituto ⁽¹⁶⁾. Secondo tale critica, tra l'altro, l'esclusiva attenzione del legislatore alle crisi

⁽¹⁵⁾ L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1013 ss.: il riferimento, nello specifico, riguardava l'accesso al concordato preventivo, il cui presupposto oggettivo – si è visto – era stato oggetto di una recente riforma.

⁽¹⁶⁾ A. La Malfa, presidente della sezione fallimentare del tribunale di Roma, in audizione dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 14 settembre 2016; A.

finanziarie si riversa anche nella tipologia di rimedio adottato, poiché si domanda all'OCRI di individuare, di concerto con il debitore, idonee misure per porre rimedio alla crisi che abbiano carattere economico e finanziario, ma che mai potranno presentare carattere gestorio ⁽¹⁷⁾.

È stato, altresì, ritenuto che tale definizione di crisi, configurabile, per stessa ammissione del legislatore, come probabilità di insolvenza, permetta di indentificare la sola situazione di difficoltà *manifesta e terminale*, bisognosa di un trattamento concorsuale, e, come tale, *inutile*, ⁽¹⁸⁾, mentre, al contrario, non consentirebbe di recepire la «crisi atipica», ossia la maturazione della percezione, da parte del debitore, che all'orizzonte si profili il probabile disallineamento dei flussi di cassa qualora non si intervenisse urgentemente sui costi e, più in generale, sulla struttura finanziaria: l'atipicità verrebbe a delinearsi, quindi, come situazione *non riconducibile a rischio di insolvenza* ⁽¹⁹⁾.

Non è la sola nozione di crisi a non convincere la dottrina: la scelta di evitare di limitarsi a definire la difficoltà attraversata dall'imprenditore sotto il mero profilo lessicale, ma, al contrario, di circoscriverla anche – e soprattutto – sotto il profilo concreto, attraverso la predisposizione di puntuali indici – la quale, *per indicidens*, non è stata condivisa dal presidente della commissione riformatrice Renato Rordorf ⁽²⁰⁾ – è stata ritenuta inadeguata a causa della tardività degli indicatori stessi.

BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019, p. 301.

⁽¹⁷⁾ Così M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016, p. 1026 ss.

E *pour cause*, secondo chi scrive: l'idea di una soluzione non finanziaria della crisi, sottesa alla critica in esame, non convince, perché la previsione della possibilità per l'OCRI di rivolgere all'imprenditore indicazioni circa la conduzione dell'impresa integrerebbe una manifesta violazione dell'art. 41 Cost. circa la libertà nell'esercizio dell'attività d'impresa.

⁽¹⁸⁾ Si esprime così, in modo *tranchant*, A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI alla resilienza della twilight zone*, in *Fallimento*, 2019, p. 292 ss.; *Idem*, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in *www.ilcaso.it*, 2019.

⁽¹⁹⁾ L'ulteriore nozione, peraltro alquanto fumosa, di «crisi atipica», ossia di possibilità di probabile futura insolvenza, sembrerebbe coincidere, secondo la classificazione di Guatri, con la fase di declino (si veda *supra* cap. I, § 1), in cui l'impresa va incontro a una perdita della capacità reddituale e alla conseguente riduzione del capitale economico.

⁽²⁰⁾ Si veda R. RORDORF, *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, p. 134, secondo il quale l'ossessione di inserire indicatori e indici quantitativi, sia per stabilire quando sorge l'obbligo di segnalazione della crisi, sia per l'applicazione delle misure premiali o sanzionatorie per chi – imprenditore, organi di controllo o creditori pubblici qualificati – abbia rispettato o violato quegli obblighi, unitamente alla previsione di una serie di adempimenti fin troppo dettagliatamente prescritti, rischia di favorire il sorgere di controversie nella fase attuativa di tali istituti; essa, inoltre, rischia soprattutto di dare loro una fisionomia vagamente arcigna, somigliante a quella delle tradizionali procedure concorsuali, dalle quali l'imprenditore da

A destare le maggiori perplessità, tra gli indici contemplati *expressis verbis* dal legislatore, è la previsione di cui all'art. 13, comma 1, ultimo periodo CCII, ove si dispone che costituiscano altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24 per l'applicazione delle misure premiali ⁽²¹⁾.

La *reiterazione* e la *significatività* dei mancati pagamenti manifestano, secondo la dottrina dominante, una situazione che appare di crisi già conclamata, che molto difficilmente potrebbe garantire che tali debiti possano essere sostenuti per un periodo di tempo superiore a sei mesi: si tratterebbe, di fatto, di una situazione prodromica allo stato di insolvenza, di gravità tale da far ritenere che, a quel punto, l'emersione sia, sotto il profilo temporale, ormai eccessivamente tardiva oppure, guardando alla questione da un'altra prospettiva ⁽²²⁾, atta sì a essere tempestiva, ma ai soli fini dell'intercettazione di una situazione di insolvenza.

La formula, invero, pare ampiamente riecheggiare la definizione di insolvenza di cui all'art. 2, comma 1, lett. b) CCII, la cui manifestazione è data dalla sussistenza di *inadempimenti* o altri fatti esteriori che dimostrino l'incapacità del debitore di soddisfare *regolarmente* le proprie obbligazioni, dando luogo, quindi, a pressoché costanti ritardi nei pagamenti, finanche veri e propri inadempimenti ⁽²³⁾.

sempre rifugge, anziché evidenziarne la funzione di supporto che dovrebbe incoraggiare questo a ricorrervi per superare nel modo migliore la crisi che lo affligge.

Concorde sulla rigidità dell'avvio della procedura anche E. BRODI, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente «sistema di allerta e composizione»*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 440, 2018.

⁽²¹⁾ Sul punto, la letteratura è molto vasta. Si vedano, *ex multis*, G. BONFANTE, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 252; N. PECCHIANI, S. MIGLIORNI, *Strumenti di allerta, crisi, insolvenza e continuità: questioni interpretative ed applicative alla luce della riforma*, in www.ilfallimentarista.it, 2018; S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 64 (e in www.ilcaso.it, 2019); G. LEOGRANDE, F. GHIGNONE, *Commento ragionato alla riforma fallimentare*, Milano, 2019, p. 23; S. SANZO, *La disciplina procedimentale, le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Sanzo e Burroni, Bologna, 2019, p. 49.

Dello stesso avviso, e ancor prima, anche C. Teodori, presidente dell'Osservatorio sulla crisi e sui processi di risanamento dell'impresa, il quale ha espresso le proprie perplessità in audizione dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 21 settembre 2016.

⁽²²⁾ N. PECCHIANI, S. MIGLIORNI, *Strumenti di allerta, crisi, insolvenza e continuità: questioni interpretative ed applicative alla luce della riforma*, cit.

⁽²³⁾ A tale proposito, A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 424 (e in *Dir. fall.*, 2019), sostiene, muovendo dalla premessa che il presupposto oggettivo dell'attivazione delle misure di allerta e della composizione assistita sia il medesimo (i d

Ancora, malgrado l'allerta interna e quella esterna abbiano presupposti differenti, è evidente come una simile censura possa essere rivolta anche rispetto all'esposizione debitoria superiore ai parametri di cui all'art. 15, comma 2 che l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente della riscossione sono chiamati a monitorare: alta, infatti, è la probabilità che un'impresa con un ammontare di debiti pari a milioni di euro nei confronti dell'Eraio, scaduti da almeno tre mesi, sia già in stato di insolvenza: un'esposizione debitoria di così grande portata rappresenta, in base l'*id quod plerumque accidit*, un fondato indizio di insolvenza ⁽²⁴⁾.

Gli indici enucleati dal legislatore ai sensi dell'art. 13 non sono solo già sintomatici di uno stato di insolvenza, ma, secondo la dottrina dominante ⁽²⁵⁾, sono forieri, nell'alveo della procedura dell'allerta interna, di «falsi negativi» o «falsi positivi»: si tratta, segnatamente, dell'ipotesi in cui vi siano imprese la cui crisi non venga diagnosticata, ma che diventeranno insolventi, e del caso in cui vi siano imprese la cui crisi sia prevista ma che, in realtà, non vi incorreranno data l'assenza di concrete situazioni che rivelino un'effettiva difficoltà, poiché esse

est: lo stato di crisi), che l'idea di una sovrapposizione tra crisi e insolvenza consentirebbe anche alle imprese insolventi la possibilità di addivenire a una soluzione stragiudiziale assistita: secondo l'Autore, la composizione assistita, idonea a meritare «miglior fortuna», dovrebbe prescindere dalla gravità della crisi, purché quest'ultima sia presumibilmente risolvibile nel ristretto arco di tempo indicato dal CCII.

Contrario, trovando consenso in chi scrive, S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, cit., p. 64, per il quale il ricorso alla composizione assistita assolve alla sola funzione di far emergere prontamente la crisi, non, *altresì*, di evitare l'aggravarsi del dissesto di un soggetto già decotto: in ciò si sostanzia l'espletamento di un'*actio finium regundorum* tra crisi e insolvenza.

⁽²⁴⁾ S. AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, cit., p. 66; A. ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, cit.; D. SEGA, *Allerta e prevenzione: nuovi paradigmi della crisi di impresa*, in *Nuova giur. civ.*, 2019, p. 1107.

⁽²⁵⁾ Si tratta, ancora una volta, di un timore che ha visto dare luogo a una grande levata di scudi: si vedano, *ex plurimis*, E. BRODI, *Emersione e gestione tempestiva della crisi: innovazioni e potenziali criticità nella legge n. 155 del 2017*, in www.giustiziacivile.com, 2018; R. RANALLI, *Il Codice della crisi. Gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in www.ilcaso.it, 2018; F. CESARE, *Irischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, in www.ilfallimentarista.it, 2019; R. RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019, p. 120; S. SANZO, *La disciplina procedimentale, le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 49; S. TETI, *Procedure di allerta*, Torino, 2019, p. 19 ss.; M. HOUBEN, *I doveri di riservatezza nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020, p. 749 ss. Lo stesso dubbio era stato sollevato, a ridosso della pubblicazione del CCII sulla Gazzetta ufficiale, a ltrès dalla Commissione Giustizia del Senato con il parere n. 59 del 19 dicembre 2018.

sono sane o presentano crisi transitorie ⁽²⁶⁾. La causa di questi inconvenienti è da ricondurre al fatto che gli indici si fondino su documenti di retrospettiva, spesso non rappresentativi o illustrativi delle dinamiche economiche, quando, al contrario, esistono eventi espressivi dell'andamento dell'impresa che sono spesso estranei al bilancio ⁽²⁷⁾.

Esistono, tuttavia, alcune soluzioni che possono essere adottate al fine di scongiurare il rischio di segnalazioni infondate: il primo rimedio è quello individuato direttamente dal legislatore ai sensi dell'art. 13, comma 3 CCII, disponendo che le imprese possano adottare una propria serie di indici tesi a sostituire quelli del CNDCEC in quanto parimenti idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza della crisi, purché corredati delle motivazioni che ne giustificano il cambio nella nota integrativa di bilancio ⁽²⁸⁾.

In ogni caso, in ultima istanza, spetterà all'organismo di composizione della crisi d'impresa stabilire quando sussista effettivamente una situazione di crisi che può essere sanata individuando misure idonee a ciò insieme al debitore, finanche legittimando l'apertura del procedimento di composizione assistita su richiesta di quest'ultimo, oppure se, al contrario, vi siano gli estremi per procedere all'archiviazione della segnalazione ai sensi dell'art. 18, comma 3: l'OCRI è chiamato, in tale circostanza, a valutare attentamente la condizione in cui l'impresa versa, operando un vaglio di secondo livello.

Merita di essere sottolineata, infine, l'infelice formulazione adottata dal legislatore ai sensi dell'art. 13, comma 1 CCII nel momento in cui pretende che costituiscano indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario 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 o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi. Se, al momento dell'attivazione dello strumento di allerta, l'impresa

⁽²⁶⁾ CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEI REVISORI CONTABILI, *Crisi d'impresa. Gli indici di allerta*, documento del 20 ottobre 2019, in www.commercialisti.it, ove si puntualizza come il sistema degli indici delineato privilegi la maggior presenza di «falsi positivi», minimizzando così quelli negativi.

⁽²⁷⁾ S. LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in www.ilcaso.it, 2019, ove si sottolinea, altresì, il rischio che le scritture contabili possano essere poco meticolose, finanche mancanti.

⁽²⁸⁾ L. ZOCCA, *Equilibrio economico, patrimoniale e finanziario nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Riflessi sulla procedura di allerta*, in www.giustiziacivile.com, 2019, osserva che il ricorso a tale deroga pone problemi rispetto alle c.d. microimprese ex art. 2435-ter c.c., esonerate dalla redazione della nota integrativa – pur suggerendo l'Autore stesso un rimedio, ossia l'indicazione degli indici *de quibus* in calce allo stato patrimoniale – nonché alle imprese individuali e alle società di persone, che non sono obbligate a pubblicare il bilancio.

fosse in grado di fare fronte alle proprie obbligazioni per almeno centottanta giorni, è evidente che essa possa ancora operare come entità in funzionamento: così facendo, si pregiudicherebbe il funzionamento delle misure di allerta, posto che queste sono state concepite al fine di attrarre le imprese che siano effettivamente in stato di crisi, non anche, o peggio ancora, solamente quelle sane; il ricorso alle misure di allerta da parte di imprese che operino regolarmente e siano capaci di sostenere il proprio debito per sei mesi farebbe venire meno la valenza scriminante della previsione ⁽²⁹⁾ e, conseguentemente, il corretto funzionamento dell'allerta, posto che difficilmente lo stesso consentirà di assumere le necessarie azioni correttive *per tempo*. È stato così suggerito, a gran voce, di intervenire con una novella che modifichi il testo e, quindi, il portato della norma, la quale dovrebbe così riferirsi a indici che manifestino la *non* sostenibilità del debito per i sei mesi successivi e l'assenza delle prospettive di continuità ⁽³⁰⁾.

Per di più, sempre con riferimento al dettato dell'art. 13 CCII, il sistema degli indicatori della crisi si sovrappone a quello previsto per giudicare la sussistenza del *going concern*, contenuto negli International Accounting Standards 1 e nel Documento n. 570 del CNDCEC, ove si prevede che la direzione aziendale debba redigere il bilancio di esercizio in prospettiva di continuità aziendale solo qualora ritenga che l'impresa possa essere in grado di fare fronte alle proprie passività in un prevedibile futuro, il cui arco di tempo è fissato a *dodici mesi*.

Al contrario, come si è appena visto, il Codice della crisi d'impresa prescrive che la valutazione circa la (non) sostenibilità del debito e delle prospettive di *going concern* debba essere effettuata nell'ottica di almeno *sei mesi*: trattandosi di un termine più breve, tuttavia, vi è il concreto rischio che il sistema di allerta si ritrovi non più ad anticipare la crisi, ma a «inseguirla» ⁽³¹⁾, prendendone meramente atto, senza che l'OCRI possa essere in grado di aiutare il debitore ad adottare le misure più adeguate a farvi fronte. Un giudizio circa il venir meno

⁽²⁹⁾ R. RANALLI, *La sostenibilità del debito nei sei mesi successivi: una formulazione infelice per l'identificazione degli indici di allerta*, in www.ilfallimentarista.it, 2019, ripreso pedissequamente da F. LAMANNA, *La corretta definizione di "crisi" e di "indici della crisi" secondo il primo Correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it, 2020.

⁽³⁰⁾ *Ibidem*, cui si aggiungono anche S. SANZO, *La disciplina procedimentale, le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 49 ss., e il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili nel corso delle audizioni parlamentari.

Si rimanda *infra* § 6.

⁽³¹⁾ D. SEGA, *Allerta e prevenzione: nuovi paradigmi della crisi di impresa*, cit., p. 1106.

della continuità aziendale che sia stato formulato circa dodici mesi prima del suo effettivo verificarsi presuppone che l'imprenditore abbia già posto in essere – o, quanto meno, cercato di farlo – ogni mezzo per affrontare la crisi, per cui ogni ulteriore, successivo tentativo apparirebbe fallimentare.

4. *Le critiche mosse agli strumenti di allerta.*

Prima di esaminare separatamente le censure rivolte al meccanismo dell'allerta interna e a quello dell'allerta esterna contemplati nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, è opportuno soffermarsi ad analizzare alcune delle critiche che sono state rivolte a entrambi i procedimenti *de quibus*, con riferimento ai soli profili di carattere generale.

L'istituzione del sistema di allerta nel nostro ordinamento giuridico ben si confà all'idea sottesa alla c.d. *rescue culture*, che prevede la possibilità di salvare quelle imprese la cui situazione di crisi non si sia così acuita da pregiudicare la capacità a operare come entità in funzionamento sul mercato. È stato però rilevato ⁽³²⁾ che tale scelta, resa «obbligata» dal legislatore, non permetterebbe alle imprese di poter decidere e, conseguentemente, agire diversamente: l'obiettivo del superamento della crisi, infatti, potrebbe essere perseguito anche attraverso la liquidazione della società. Il risanamento *latu sensu* dell'impresa consentirebbe, oltre al fronteggiamento della crisi aziendale, anche il recupero della continuità aziendale, ma nulla vieta che i soci, presa coscienza delle difficoltà economiche, finanziarie e patrimoniali dell'impresa, possano decidere, al contrario, di liquidare la società.

Non manca di destare perplessità anche il perimetro di applicazione delle misure di allerta sotto il profilo soggettivo: per quanto riguarda i soggetti nei confronti dei quali esse trovano attuazione, vi è chi ha sostenuto, con riguardo alle c.d. imprese minori o microimprese ⁽³³⁾, che queste dovrebbero rifuggire dall'allerta, in quanto, proprio in ragione del loro sottodimensionamento, sfiorano l'irrelevanza sul piano economico e sociale; sarebbe così preferibile, in tali casi, lasciare al libero gioco del mercato il compito di sostituire organismi inefficienti

⁽³²⁾ O. CAGNASSO, *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 93 (e in *Giur. comm.*, 2017, I); G. D'ATTORRE, *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi degli amministratori delle società in crisi*, in *Fallimento*, 2020, p. 601.

⁽³³⁾ Per la cui definizione si rinvia a quanto indicato *supra* cap. II, § 2, nt. 10.

con aziende più aperte alle innovazioni tecnologiche, in termini di prodotti, distribuzioni e finanza, anche alla luce dei maggiori, elevati costi che le realtà minori dovrebbero sopportare in previsione, nonché in costanza, delle misure di allerta⁽³⁴⁾.

Per quanto attiene, invece, coloro che non sono stati ritenuti dal legislatore suscettibili di sottoposizione all'allerta, ha innescato più di una rimostranza⁽³⁵⁾ la volontà di prevedere, ai sensi dell'art. 12, comma 4 CCII, l'esclusione dell'applicazione dell'allerta alle grandi imprese e alle società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti dal regolamento della Commissione nazionale per le società e la borsa concernente la disciplina degli emittenti. Si ritiene, infatti, che la legittimazione dell'esonero dall'allarme per queste peculiari tipologie di imprese, il cui fondamento è ravvisato nel clamore che, altrimenti, ne deriverebbe sui mercati, sia piuttosto iniquo, posto che anche gli imprenditori di dimensione più modesta od operanti in mercati non regolamentati sarebbero – e, invero, sono – costretti a fare fronte al medesimo problema in termini di reputazione e condizioni

⁽³⁴⁾ Così A. JORIO, *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 945. L'appunto mosso dall'Autore, tuttavia, sembra non tenere conto del fatto che il tessuto imprenditoriale italiano sia composto per lo più da piccole imprese, per cui caducare l'applicazione delle misure di allerta per queste categorie d'imprese significherebbe, di fatto, vanificare la funzione per cui sono state istituite (basti pensare che, nella relazione di accompagnamento al primo schema di legge delega per la riforma, presentato il 29 dicembre 2015, il presidente Rordorf giustificava l'urgenza dell'intervento riformatore sulla scorta della gravità del quadro, emerso da studi empirici, circa l'«incapacità delle imprese italiane – per lo più medie o piccole imprese – di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce», proponendo, al fine di operare un significativo cambiamento in tale scenario, di introdurre una fase preventiva di allerta).

Chi scrive, poi, non ravvisa alcun necessario collegamento tra dimensione dell'impresa e la sua, più o meno ampia, «apertura» alle innovazioni tecnologiche: se si applicasse la tesi *de qua*, un'impresa di modesta entità che ricorra alla tecnologia, ad esempio per ottimizzare i propri processi produttivi, ben potrebbe, quindi, essere soggetta all'allerta, in quanto maggiormente meritevole di essere salvata rispetto a un'impresa, altrettanto piccola o magari di dimensioni anche lievemente maggiori, la quale, al contrario, a doti strategie organizzative meno improntate alla tecnologia.

D'accordo con Iorio, invece, S. AMBROSINI, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in www.osservatorio-oci.org, 2018, secondo cui la previsione dell'applicazione dell'allerta rispetto alle imprese minori rappresenta un eccesso del mezzo rispetto al fine, dato il modesto allarme sociale che la crisi di queste suscita.

⁽³⁵⁾ Si vedano, *ex multis*, M. FERRO, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fallimento*, 2016, p. 1038, nt. 33; S. DE MATTEIS, *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 413, Milano, 2017, p. 354; F. FERRANDI, *Sentieri normativi verso l'introduzione delle misure di allerta e prevenzione della crisi di impresa nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fall.*, 2019, p. 325; C. CECHELLA, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, p. 84.

di stabilità economica. Inoltre, il meccanismo di allerta deve, per espressa disposizione normativa, essere connotato da confidenzialità e riservatezza, in ossequio al rispetto delle quali il legislatore ha appositamente previsto, come già esaminato, apposite salvaguardie sia durante la fase delle segnalazioni, sia durante l'audizione del debitore dinanzi all'OCRI, sia, infine, nel corso dello svolgimento del procedimento di composizione assistita della crisi. Tra l'altro, tale previsione è frutto di un intervento modificativo apportato dal Parlamento all'originale disegno di legge, il quale, a mente dell'art. 4, lett. c), disponeva, con riguardo all'allerta esterna, che ai creditori pubblici qualificati andasse imposto l'obbligo, soggetto a responsabilità dirigenziale, di segnalare immediatamente all'imprenditore o agli organi di amministrazione e controllo della società il perdurare di inadempimenti di importo rilevante, coordinando detto obbligo con *quelli di informazione e vigilanza spettanti alla Consob*.

Per quanto concerne l'allerta interna, la maggiore censura formulata in modo pressoché unanime dalla dottrina ⁽³⁶⁾, riguarda la configurazione dell'esonero di responsabilità solidale nei confronti degli organi di controllo, che abbiano tempestivamente effettuato ai primi la segnalazione circa la sussistenza degli indici della crisi e, eventualmente, all'OCRI in caso di risposta mancante o inadeguata, con riferimento alle conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dall'organo amministrativo.

Tale previsione incentiverebbe i soggetti obbligati ad allertare a effettuare valutazioni circa l'esistenza della situazione di difficoltà eccessivamente prudenziali, valutando con un certo grado di severità e rigore l'inadeguatezza della reazione degli amministratori rispetto alla segnalata emersione della crisi: l'eventuale «facilità» con cui gli organi di controllo segnaleranno le situazioni di crisi potrebbe trasformarsi in un vero e proprio espediente per rifuggire dalla soggezione alla responsabilità solidale, abiurando così alla propria funzione, che,

⁽³⁶⁾ Mai come su questo profilo del meccanismo di allerta, infatti, la letteratura critica è stata prolifica. Si vedano M. CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, cit., p. 1023; L. BALESTRA, *La recente legge delega di riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Corriere giur.*, 2017, p. 1479; A. LUCIANO, *Le "procedure di allerta" previste dalla c.d. riforma Rordorf: un nuovo ruolo per amministratori e sindaci?*, in www.ilfallimentarista.it, 2018; G. M. BUTA, *Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo e del revisore nell'allerta sulla crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, p. 1207 ss.; A. GUIOTTO, *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019, p. 418; S. LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, cit.; R. RORDORF, *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019, p. 942; S. SANZO, *La disciplina procedimentale, le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, cit., p. 56; D. SEGA, *Allerta e prevenzione: nuovi paradigmi della crisi di impresa*, cit., p. 1106 ss.

al contrario, mai come nella fase di allerta dovrebbe essere particolarmente vigile e attenta. Vi sarebbe così il rischio che sindaci e revisori legali dei conti, spinti dal desiderio di «liberarsi» da ogni eventuale responsabilità, pongano in essere condotte affrettate e poco avvedute, quasi automatiche, anche in caso di criticità minime o inesistenti, e rispondenti unicamente a una logica di reazione difensiva.

Ma vi è di più: la volontà di sottrarsi dalla responsabilità solidale non solo pregiudicherebbe l'efficacia del sistema di allerta interna e ne vanificherebbe lo scopo ⁽³⁷⁾, ma una propalazione di segnalazioni e, quindi, di informazioni *inesatte* sull'effettivo stato economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa finirebbe inevitabilmente per danneggiare il debitore, il quale ne uscirebbe con una rappresentazione pubblica (c.d. reputazione economica o d'impresa) irreparabilmente lesa, finanche arrivando a compromettere definitivamente la prosecuzione dell'attività aziendale.

La dottrina minoritaria, invece, è di tutt'altro avviso: essa muove dall'antitetica premessa secondo la quale la compagine imprenditoriale italiana, caratterizzata dalla presenza maggioritaria di entità di dimensioni ridotte, è connotata da un sistema di controllo molto vicino a chi lo ha nominato, che, peraltro, è la medesima persona in capo alla quale si riuniscono la proprietà e la gestione dell'impresa. La società, oltre alla nomina, provvede anche alla corresponsione degli onorari spettanti a sindaci e revisori, per cui la mancata attivazione delle misure di allerta consentirebbe di mantenere un rapporto propizio con la società e, così, prolungare l'incarico di revisione ⁽³⁸⁾.

Un'ultima annotazione riguarda la comunicazione, ai sensi dell'art. 14, comma 4 CCII delle variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti da parte delle banche e degli altri intermediari finanziari *ex art. 106 t.u.b.* al cliente, la cui notizia deve essere estesa anche agli organi di controllo societari, se esistenti. I soggetti *de quibus* sono, infatti, obbligati a tenere conto, nel valutare la deteriorabilità del credito, degli orientamenti della European Banking Authority, secondo i quali un credito potrebbe essere qualificato come deteriorato a prescindere dalla sussistenza di uno scaduto ogni qualvolta la banca ritenga che il

⁽³⁷⁾ G. M. BUTA, *Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo e del revisore nell'allerta sulla crisi d'impresa*, cit., p. 1206 ss., puntualizza come questo potenzialmente pericoloso comportamento rischia di svilire il duplice ruolo degli organi di controllo di filtro nei confronti dell'OCRI e di deterrenza nei confronti degli amministratori.

⁽³⁸⁾ R. GUIDOTTI, *Emersione della crisi e opportunità di risanamento*, in www.ilcaso.it, 2016; B. SACCO, *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e gli alert di bilancio: un'opportunità per le PMI?*, in *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 2019, p. 197, che parla di situazioni di «conflitto morale».

debitore sia «*unlikely to pay*»: la reattività bancaria sarebbe così maggiormente anticipata rispetto allo scattare della procedura di allerta ⁽³⁹⁾.

Per ciò che concerne l'allerta esterna, invece, occorre premettere che è stato ritenuto che le Agenzie pubbliche non siano sufficientemente organizzate per essere parte attiva nell'avviare la procedura di allerta: ad oggi, infatti, esse non dispongono dei mezzi e delle risorse umane necessari a monitorare costantemente l'esposizione debitoria degli imprenditori e, quindi, a procedere con la misura di allerta, con conseguenti ripercussioni sulle finanze pubbliche, data la sanzione della perdita del privilegio di cui all'art. 15, comma 1 CCII ⁽⁴⁰⁾.

La censura maggiore ⁽⁴¹⁾ riguarda, tuttavia, la portata dell'efficacia delle misure di allerta esterna: si ricorderà, infatti, che il legislatore, fin dalla costituzione della prima Commissione Trevisanato, ha pensato di legittimare il Fisco e l'INPS ad allertare alla luce del fatto che, generalmente, le obbligazioni delle quali essi sono titolari sono le prime rispetto cui gli imprenditori si rendono inadempienti, a causa dei tempi di «scoperta» e, quindi, di reazione più lenti rispetto a quelli degli altri creditori.

È ragionevole ritenere, alla luce della suesposta considerazione, che la previsione *de qua* possa cagionare comportamenti distorsivi nei debitori, ossia questi potrebbero essere indotti a pagare per primi i creditori pubblici qualificati, ai quali si accorderebbe un'inedita prelazione rispetto agli altri. Il pagamento prioritario, diretta conseguenza della volontà del legislatore di garantire anche un controllo esterno sulla situazione dell'impresa, rischia così di recare danno ad altri creditori (*in primis*, fornitori e lavoratori) essenziali alla prosecuzione dell'attività della stessa impresa, con effetti pregiudizievoli che si riverbererebbero anche sulla continuità aziendale.

⁽³⁹⁾ V. DE SENSI, *Indici di allerta della crisi e sistema finanziario*, in *Il diritto degli affari*, 2020, p. 143, il quale rileva, altresì, che la banca potrebbe cedere la sua posizione per ricavarne liquidità o migliorare i propri requisiti patrimoniali: se così fosse, nel caso di apertura di una procedura di composizione assistita della crisi, l'interlocutore del debitore e dell'OCRI non sarebbe più l'istituto di credito, ma i fondi o le società di gestione che investono in posizioni deteriorate, a venti, talvolta, logiche operative non prossime alla continuità aziendale.

⁽⁴⁰⁾ E. BRODI, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un'efficiente «sistema di allerta e composizione»*, cit.; *Idem*, *Emersione e gestione tempestiva della crisi: innovazioni e potenziali criticità nella legge n. 155 del 2017*, cit.

⁽⁴¹⁾ Si vedano, *ex multis*, G. MEO, *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?*, in *Giur. comm.*, 2016, II, p. 937; D. CORRADO, *Le procedure di allerta perno della nuova disciplina dell'insolvenza*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2017; E. BRODI, *Emersione e gestione tempestiva della crisi: innovazioni e potenziali criticità nella legge n. 155 del 2017*, cit.; A. MATONTI, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 215; G. LEOGRANDE, F. GHIGNONE, *Commento ragionato alla riforma fallimentare*, Milano, 2019, p. 23 ss.

5. *Criticità del procedimento dinanzi all'OCRI.*

Il procedimento di audizione del debitore ai sensi dell'art. 18 e quello di composizione assistita della crisi ex artt. 19 ss. non hanno avuto, sotto il profilo della loro delineazione procedurale, «vita facile», nel senso che, fin dai primi schemi di disegno di legge, elaborati sul finire del 2015, il modo con cui erano – e sono – stati concepiti non aveva – e, ancora oggi, non ha – del tutto convinto i commentatori della riforma, i quali li descrivono come eccessivamente complessi e farraginosi, costringendo il legislatore a intervenire per modificarli più volte.

Ancora una volta, tuttavia, è bene cominciare la disamina dello svolgimento di entrambi i procedimenti partendo dal loro comun denominatore, l'organismo di composizione della crisi d'impresa, posto che le censure mosse alle loro costituzione e dinamica sono atte, naturalmente, a essere vevoli sia per l'allerta, sia per la composizione assistita della crisi.

L'OCRI, costituito in seno a ciascuna Camera di commercio, è composto, ai sensi dell'art. 17 CCII, da tre membri, ognuno dei quali nominato da soggetti diversi, ossia dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente, dal presidente della Camera di commercio e dal referente (*id est*: il segretario della Camera di commercio o un suo delegato) sentito il debitore. Mentre è opportunamente specificato che il referente debba individuare il terzo componente in una rosa di persone appartenenti all'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, che siano iscritte nell'elenco di esperti trasmesso annualmente all'organismo dalle associazioni imprenditoriali di categoria, per cui si può facilmente desumere come il soggetto *de quo* abbia competenze imprenditoriali e aziendalistiche, il legislatore nulla stabilisce rispetto alla modalità con cui garantire l'ampio ventaglio di professionalità di cui l'OCRI è il manifesto. Non è previsto, invero, che sia il tribunale a nominare l'esperto legale o il presidente della Camera di commercio a nominare l'esperto contabile, per cui si potrebbe correre il rischio che ciascuno dei tre soggetti designanti individui un professionista appartenente alla stessa categoria professionale, senza che il legislatore abbia previsto come effettuare le nomine e come quelle coincidenti debbano prevalere l'una sull'altra, costringendo chi soccombe a designare un nuovo membro, anche perché il referente dispone di un potere di sostituzione dei membri che è solo parziale, non potendo domandare né ottenere che un diverso componente subentri a quello designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente.

Ancora, il debitore partecipa alla nomina di un terzo dei membri del collegio, mentre la designazione dei restanti due soggetti avviene senza il

consenso dell'imprenditore: il comma 3 dispone persino che la richiesta non debba 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. Tale anonimato rischierebbe di condurre alla nomina di soggetti non graditi al debitore, sia in termini di impostazioni adottate, sia in termini di eventuale vicinanza degli stessi a suoi concorrenti ⁽⁴²⁾.

La previsione di una modalità di nomina così composita e, almeno potenzialmente, idonea a causare problemi di coordinamento tra i soggetti deputati alla designazione potrebbe finire col ritardare la partenza del procedimento di audizione e dei lavori atti all'individuazione di misure che servono a fronteggiare una situazione suscettibile di aggravarsi progressivamente ⁽⁴³⁾.

La collegialità costituisce da sempre un presidio per una maggiore ponderazione nelle decisioni da prendere: in questo caso, un collegio espressione di diverse professionalità dovrebbe garantire l'individuazione, dopo un'attenta analisi, dei migliori mezzi da adottare per risolvere la crisi, ma vi è il concreto pericolo che tale meccanismo, pur consentendo la formazione di un giudizio equilibrato, possa portare a rallentamenti operativi proprio in ragione della componente collegiale ⁽⁴⁴⁾. Inoltre, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza reca in sé un'importante lacuna normativa, dal momento che nulla dispone nell'ipotesi, nient'affatto peregrina, in cui si verificano divergenze di opinioni tra i membri del collegio.

Infine, la composizione dell'OCRI è stata pensata per poter garantire l'indipendenza dei membri, i quali, con la sola eccezione del soggetto nominato dal referente, sono tutti terzi: ciò comporta, tuttavia, che più della metà del collegio non conosca né la situazione contingente dell'impresa, né le sue peculiarità, ponendo dei dubbi sulla capacità dell'organismo di risultare

⁽⁴²⁾ M. HOUBEN, *I doveri di riservatezza nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., p. 745 ss., la quale adombra anche una possibile soluzione: l'Autrice propone, infatti, di coinvolgere il debitore in modo indiretto, per esempio mediante la formulazione di un elenco di soggetti tra i quali il presidente della sezione specializzata in materia di impresa e quello della Camera di commercio possano scegliere oppure, al contrario, far selezionare a questi ultimi un elenco di esperti rispetto ai quali il debitore possa esprimere le proprie preferenze. Tale conclusione consentirebbe, da un lato di mantenere il riserbo sull'identità del debitore, e, dall'altro, di formare un collegio «amico».

⁽⁴³⁾ R. MARCELLO, C. BAUCO, *Crisi d'impresa e insolvenza nella prospettiva aziendale e giuridica alla luce delle riforme* in itinere, documento del 28 febbraio 2017, in www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

⁽⁴⁴⁾ M. HOUBEN, *I doveri di riservatezza nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, cit., p. 747.

effettivamente il soggetto più idoneo ad affiancare l'imprenditore nel risolvere nel modo più efficace possibile le criticità relative alle difficoltà della sua impresa sia nella fase di allerta, sia nel procedimento di composizione assistita della crisi ⁽⁴⁵⁾. Tale estraneità, inoltre, non incoraggerebbe l'imprenditore a venire indotto a fidarsi del collegio, inficiando le possibilità di addivenire all'individuazione di misure su cui entrambi siano concordi.

Sarebbe possibile porre rimedio alle problematiche summenzionate attraverso una soluzione che comporti un mutamento in radice: vi è chi ⁽⁴⁶⁾ ha proposto di sostituire l'intero apparato dell'OCRI con *un solo esperto, scelto dall'imprenditore o nominato a sua richiesta dal tribunale*, a cui affidare l'incarico di esaminare la situazione aziendale e fornire pareri tecnici sull'infondatezza della segnalazione o sull'esigenza di svolgere interventi aziendali mirati.

Procedendo alla disamina dei procedimenti di allerta e composizione assistita della crisi, si rende necessaria una premessa: il procedimento di audizione del debitore di cui all'art. 18 CCII è stato, curiosamente, l'unico tratto del procedimento dinnanzi all'OCRI che non ha formato oggetto della discettazione critica dottrinale, se non per l'eventuale esito negativo che sfoci nella segnalazione al pubblico ministero, per cui, posto che tale evento può verificarsi anche in altre circostanze attinenti al procedimento di composizione assistita, chi scrive ha preferito rimandare l'esame critico nelle pagine che seguono.

Ciò premesso, si deve rilevare che un'importante censura mossa al procedimento di composizione assistita della crisi riguarda la sua durata: è stato evidenziato, infatti, che il procedimento *de quo*, se preceduto da quello di allerta, potrebbe prolungarsi per quasi un anno ⁽⁴⁷⁾, un termine considerato eccessivamente lungo, soprattutto tenendo conto del fine cui entrambi i procedimenti sono volti, ossia la ristrutturazione aziendale oppure il raggiungimento di una soluzione negoziata con i creditori. L'art. 14, comma 1 prevede che gli organi di controllo segnalino al debitore l'esistenza di fondati

⁽⁴⁵⁾ Cfr. *Ibidem*; L. DE BERNARDIN, *Il sistema dell'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in www.ilcaso.it, 2020.

⁽⁴⁶⁾ G. LO CASCIO, *Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi in fieri*, in *Fallimento*, 2018, p. 528, rispetto al suggerimento del quale sono parzialmente adesivi, segnatamente con riferimento al solo sovradimensionamento dell'OCRI, G. SANCETTA, A. IRENEO BARATTA, *Le misure di allerta e di composizione assistita della crisi: primi spunti di riflessione*, in www.ilfallimentarista.it, 2018.

⁽⁴⁷⁾ G. Nardecchia, giudice della sezione fallimentare del tribunale di Monza, in audizione dinnanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 14 settembre 2016.

Per quanto concerne la letteratura, invece, si veda A. BARTALENA, *Le azioni di responsabilità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, cit., 298.

indizi della crisi assegnando un termine massimo di trenta giorni per riferire sulle soluzioni trovate; in caso di mancata o inadeguata risposta, gli stessi informano l'OCRI entro i sessanta giorni successivi. Segue il processo di nomina del collegio, la cui durata si ricava dal disposto dell'art. 18, comma 1, ai sensi del quale, entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della segnalazione o dell'istanza del debitore, l'OCRI provvede a convocare il debitore dinnanzi al collegio ⁽⁴⁸⁾: si avranno, quindi, tre settimane per provvedere alla designazione dei tre esperti. A questo punto, qualora, in seguito all'audizione, il collegio ritenga sussistente lo stato di crisi, esso provvede ad assegnare un termine – di durata lata, in modo da adattarlo alle singole peculiarità del caso concreto – affinché il debitore riferisca sull'attuazione delle misure individuate di concerto.

Durante questo lasso di tempo, l'imprenditore potrebbe decidere di ricorrere al procedimento di composizione assistita della crisi, per il raggiungimento della cui soluzione concordata il collegio fissa un termine non superiore a tre mesi, peraltro prorogabile, in caso di positivi riscontri nelle trattative, di ulteriori novanta giorni. Una durata così dilatata del procedimento di composizione assistita della crisi potrebbe impedire un proficuo svolgimento dello stesso, nel senso che la situazione di crisi iniziale potrebbe, con il corso dei mesi, essersi aggravata al punto da richiedere necessariamente l'apertura di una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, senza così poter addivenire a una soluzione assistita di diversa natura.

Per quanto riguarda il concreto svolgimento del procedimento, le censure più severe che siano state rivolte al procedimento di composizione assistita della crisi riguardano il fatto che lo stesso, così com'è strutturato, può compromettere i due principi ai quali deve informarsi e che devono necessariamente essere osservati pena il mancato raggiungimento di un esito fruttuoso, ossia la riservatezza e la stragiudizialità.

Innanzitutto, per poter comporre la crisi d'impresa, è necessario che il debitore, convocato o presentatosi spontaneamente dinnanzi all'OCRI, rechi con sé, oltre all'indicazione puntuale della situazione economica e patrimoniale in cui la sua impresa versa, anche l'elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, indicante i rispettivi crediti e le eventuali cause di prelazione: il coinvolgimento dei creditori è, quindi, inevitabile, e tanto basta a ritenere,

⁽⁴⁸⁾ Si ricordi quanto visto appena *supra* § 4 circa la lacuna normativa relativa al coordinamento delle nomine da parte dei soggetti deputati a designare il collegio, che potrebbe contribuire a procrastinare ulteriormente i tempi procedurali. Il legislatore, infatti, si limita a prevedere i tempi di invio delle designazioni all'OCRI (entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta) e di risposta dei soggetti indicati (entro il giorno successivo alla comunicazione della nomina).

secondo la dottrina, che sia parimenti ineludibile una fuga di notizie circa lo squilibrio aziendale. Vengono paventati ⁽⁴⁹⁾, invero, numerosi rischi di c.d. *information leakage* sullo stato di crisi di impresa tra dipendenti, clienti, fornitori, ceto bancario e altri creditori, soprattutto in ragione del loro eventuale coinvolgimento come parti attive impegnate alla ricerca di un accordo con il debitore: tale situazione di dominio pubblico della crisi influenzerebbe negativamente, in primo luogo, le relazioni dell'imprenditore con alcuni soggetti-chiave (clienti o fornitori, nonché *stakeholder*) e con i concorrenti, procurando a questi ultimi un vantaggio competitivo, nonché inficerebbe eventuali opportunità operative (si pensi, ad esempio, alla partecipazione a bandi di gara), contribuendo così ad accelerare il progressivo aggravarsi della crisi e a rendere maggiormente complesso, finanche impossibile, il compito, già di per sé delicato, dell'OCRI.

La possibilità che questa minaccia si concretizzi aumenta esponenzialmente nel caso in cui l'accordo, su richiesta del debitore e con il consenso dei creditori interessati, sia iscritto nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 19, comma 4 CCII.

Ancora, il carattere riservato ed extragiudiziale del procedimento di composizione assistita della crisi potrebbe venire meno ⁽⁵⁰⁾ nell'ipotesi in cui il debitore proponga istanza al presidente della sezione specializzata in materia di impresa affinché questo disponga le misure protettive, in ragione della pubblicità che deriverebbe dalla pubblicazione del provvedimento giurisdizionale; inoltre, il momento in cui il debitore chiede il rilascio delle misure tese a impedire l'esercizio di azioni cautelari o esecutive si potrebbe identificare con una situazione economica, patrimoniale e finanziaria già compromessa, e la misura protettiva si tradurrebbe in un sacrificio per il debitore ⁽⁵¹⁾.

Un breve accenno merita la tempestività dell'iniziativa spontanea dell'imprenditore, premiata dal legislatore attraverso una serie di vantaggi di natura fiscale e penale compiutamente enucleati all'art. 25 CCII: la possibilità di

⁽⁴⁹⁾ M. BINI, *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Società*, 2019, p. 432; S. LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, cit.

⁽⁵⁰⁾ Così secondo P. MONTALENTI, *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 20; ancor prima, F. Lamanna, presidente del tribunale di Novara chiamato in audizione dinanzi alla Commissione Giustizia della Camera il 21 settembre 2016; M. Orlando, componente del gruppo di esperti della Commissione europea, sempre in audizione davanti alla Commissione Giustizia della Camera il 27 ottobre 2016.

⁽⁵¹⁾ G. BONFANTE, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, cit., p. 252.

avvalersi di questi incentivi, tuttavia, potrebbe condurre il debitore a far emergere scenari di crisi inesistenti (si tratta dei già esaminati «falsi positivi»), per cui il procedimento potrebbe costituire, qualora l'OCRI non se ne avveda provvedendo ad archiviare la segnalazione, un fatto di generazione della crisi e non uno strumento per porre rimedio alla stessa⁽⁵²⁾.

Secondo la dottrina, infine, esiste un ulteriore, ultimo momento di apertura, forse ancora più pericoloso della domanda di sospensione delle misure cautelari, verso l'autorità giudiziaria, valevole, in questo caso, sia per il procedimento di allerta, sia per quello di composizione assistita della crisi, ossia la segnalazione al magistrato di cui all'art. 22 CCII. Essa, lo si ricorda, ricorre qualora il debitore non compaia in audizione oppure, se si presenta e l'OCRI ritiene di non dover procedere ad archiviazione, non depositi istanza di composizione assistita o, alternativamente, non presenti domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza. In questi tre casi, se il collegio ritiene sussistente uno stato di insolvenza, può segnalarlo al referente, che ne dà notizia al p.m., il quale, ritenendo la *notitia decoctionis* fondata, può esercitare l'iniziativa di cui all'art. 38 CCII: la dottrina⁽⁵³⁾ ritiene che la segnalazione costituisca un preludio all'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, alla quale il debitore viene accompagnato in modo coatto e tempestivo; tuttavia, è bene sottolineare come tale approdo sia raggiunto solo nell'ipotesi di

⁽⁵²⁾ F. CESARE, *I rischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, cit.

Contra, M. PERRINO, *Crisi d'impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 542 ss. (e in *Corr. giur.*, 2019, e in www.osservatorio-oci.org, 2018), il quale evidenzia che la presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi o la proposizione della domanda di accesso alla procedura di omologazione dell'accordo di ristrutturazione oppure a quella di concordato preventivo non siano sufficienti affinché l'imprenditore sia ammesso a beneficiare delle misure premiali, richiedendo il legislatore, ai sensi dell'art. 25, comma 1, che queste siano state proposte seguendo in buona fede le indicazioni di contenuto metodo formulate dal collegio ovvero, alternativamente, non siano state dichiarate altrimenti inammissibili. I requisiti di accesso alla premialità sono stati, secondo l'Autore, eccessivamente irrigiditi, indebolendo l'auspicato effetto incentivante.

In tema di applicabilità delle misure premiali entro i termini previsti dal legislatore, infine, merita attenzione l'interessante rilievo mosso da R. RANALLI, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie e opportunità*, in www.ilfallimentarista.it, 2017, cui si rimanda per ragioni di contenenza espositiva.

⁽⁵³⁾ L. BALESTRA, *La recente legge delega di riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza*, cit., p. 1479; G. BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, II, p. 1948; A. DIDONE, *Breve storia del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Esecuzione forzata*, 2019, p. 505.

situazioni debitorie significative di fronte alle quali il debitore sia rimasto inerte o abbia adottato iniziative rilevatesi fallimentari ⁽⁵⁴⁾.

Alla luce della disamina effettuata, due sono le considerazioni che, ad avviso di chi scrive, emergono: la prima riguarda gli sconfinamenti di un procedimento voluto e concepito come avente carattere stragiudiziale, i quali non potrebbero essere altrimenti evitati, posto che è giuridicamente impossibile che sia un soggetto diverso dall'autorità giudiziaria a concedere un provvedimento atto a paralizzare l'esercizio di un diritto quale è quello di azione (esecutiva e cautelare), né è evitabile la segnalazione al pubblico ministero di cui all'art. 22 CCII, che ha luogo solamente in casi di patologia dei procedimenti di allerta e composizione assistita, peraltro tutti originati dal comportamento inerte dell'imprenditore.

Per ciò che concerne la riservatezza, invece, chi scrive ritiene che sia fortemente censurabile la scelta del legislatore di qualificare la confidenzialità come uno dei canoni imprescindibili per il corretto funzionamento di entrambi i procedimenti e di prevedere clausole di salvaguardia al fine di preservarlo senza, tuttavia, contemplare alcun apparato sanzionatorio che garantisca l'effettività della procedura e prevenga fenomeni di *disclosure*. Dalla disamina effettuata nel precedente capitolo, invero, si evince come non esista alcuna norma giuridica che sia corredata dalla previsione di una misura sanzionatoria: è difficile immaginare come la riservatezza possa essere assicurata agli occhi di un debitore, già di per sé recalcitrante all'idea di sottoporsi a un nuovo meccanismo di giudizio, senza disporre alcuno strumento di reazione nei confronti di chi violi le disposizioni.

Dal momento che, lo si anticipa, nulla è stato novellato a tale proposito mediante l'intervento correttivo del 2020 di cui si tratterà a breve, sarebbe bene ripensare – considerando di operare una nuova modifica – al modo in cui il procedimento di allerta e quello di composizione assistita della crisi sono stati formalizzati, per scongiurare il rischio di naufragio di quello che costituisce non solo la «bandiera» della riforma concorsuale, ma anche l'approdo fondamentale per garantire il salvataggio delle imprese italiane che ancora possono e, quindi, meritano di poter sopravvivere sul mercato una volta che la crisi sia stata risanata.

6. *L'intervento correttivo attraverso il d.lgs. n. 147/2020.*

L'ampia stagione delle critiche che il dettato normativo del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha dovuto attraversare nei diciotto mesi

⁽⁵⁴⁾ Così anche R. RANALLI, *L'OCRI: un'opportunità e non una minaccia*, in www.ilsocietario.it, 2020.

successivi alla sua pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale non può dirsi infeconda, perché essa ha portato a una serie di modifiche normative attuate mediante il decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147.

In un'ottica di prevenzione, la legge 8 marzo 2019, n. 20 («Delega al Governo per l'adozione di disposizioni integrative e correttive dei decreti legislativi adottati in attuazione della delega per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, di cui alla legge 19 ottobre 2017, n. 155») ha disposto, all'art. 1, la possibilità di emanare, entro due anni dall'entrata in vigore dei decreti legislativi adottati in attuazione della l. n. 155/2017, disposizioni correttive e integrative dei decreti medesimi.

Con l'intervento correttivo attuato con il d. lgs. n. 147/2020, il legislatore si è proposto di realizzare alcuni obiettivi: emendare il testo da alcuni refusi ed errori materiali, chiarire il contenuto di alcune disposizioni e meglio coordinare, sotto il profilo logico-giuridico, la disciplina dei diversi istituti del CCII, per la realizzazione dei quali si è espressamente tenuto conto dei numerosi contributi dottrinali, nonché delle segnalazioni e sollecitazioni dei rappresentanti delle categorie interessate.

Data la scarsa rilevanza, ai soli fini del presente lavoro, delle modifiche intervenute sulle disposizioni del Codice della crisi d'impresa che modificano gli articoli del Codice civile, si procederà alla sola disamina di quelle strettamente relative alla crisi, agli strumenti di allerta e alla composizione assistita della crisi.

La prima modifica riguarda la nuova nozione di crisi: l'art. 2, lett. a) CCII è stato modificato sostituendo l'espressione «difficoltà economico-finanziaria» con quella «squilibrio economico-finanziario»⁽⁵⁵⁾, tenendo conto del fatto che lo stesso legislatore era ricorso al termine «squilibrio» per descrivere la situazione in

⁽⁵⁵⁾ Si riporta, per agevolare la comprensione, il testo della nuova nozione: ai fini del Codice, si intende per «crisi» 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 regolarmente alle obbligazioni pianificate».

Tale nozione sembra allinearsi con quella, già esaminata *supra* cap. I, § 2, di cui all'art. 21, comma 3 del decreto legislativo 14 settembre 2015, n. 148, recante le «disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in costanza di rapporto di lavoro, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183», ove si prevede che l'intervento straordinario di integrazione salariale possa essere richiesto allorquando la sospensione o la riduzione dell'attività lavorativa sia determinata da crisi aziendale, definendo questa come l'insieme degli *squilibri di natura produttiva, finanziaria, gestionale o derivanti da condizionamenti esterni*.

È bene, tuttavia, ricordare, che le nozioni, benché simili, sono entrambe applicabili – e applicate – nel perimetro definito dall'atto normativo in cui sono contenute, posto che ciascuno può delimitare espressamente e specificatamente il proprio ambito di applicazione sotto il profilo oggettivo (inequivocabile, in tal senso, l'*incipit* dell'art. 2 CCII, che dispone che le nozioni che lo stesso provvede a enucleare in seguito si intendono valevoli «*ai fini del presente codice*»).

cui l'impresa in crisi versa ⁽⁵⁶⁾. A tale intervento modificativo si accompagna la correzione operata con riferimento all'art. 13 CCII, che ora descrive sia gli indicatori, sia gli *indici* della crisi.

Il nuovo comma 1 recepisce pienamente la critica che evidenziava il pericolo che imprese ancora *in bonis*, in grado di fare fronte alle proprie obbligazioni, venissero indebitamente sottoposte all'allerta: viene così disposto che «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».

Il comma 3 è stato modificato al fine di chiarire quanto già disposto in precedenza, per cui l'eventuale dichiarazione che attesti l'adeguatezza degli indici utilizzati dall'impresa in sostituzione di quelli elaborati dal CNDCEC produrrà effetti a decorrere dall'esercizio successivo ⁽⁵⁷⁾.

Per quanto concerne, invece, gli obblighi di segnalazione, l'art. 14, relativo all'allerta interna, è stato adeguatamente modificato, al fine di colmare una lacuna normativa, perché preveda che anche i revisori legali dei conti, nel momento in cui si rivolgono all'OCRI, siano esonerati dall'obbligo di riservatezza disposto ai sensi dell'art. 9-bis, commi 1 e 2 del decreto legislativo 27 gennaio 2010, n. 39 ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁶⁾ Perspicuo il riferimento all'art. 13, comma 1, che descrive gli indicatori della crisi come «*squilibri* di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario», nozione, tra l'altro, «sopravvissuta» all'intervento correttivo *de quo*.

⁽⁵⁷⁾ Ciò significa che l'attestazione conserverà la sua efficacia anche per gli anni successivi al primo, senza bisogno che venga rinnovata, tranne nell'ipotesi in cui si verifichi un mutamento delle circostanze che renda l'attestazione non più adeguata rispetto allo scopo.

⁽⁵⁸⁾ Se ne riporta qui l'articolato.

Tutte le informazioni e i documenti ai quali hanno accesso il revisore legale e la società di revisione legale nello svolgimento della revisione legale sono coperti dall'obbligo di riservatezza e dal segreto professionale (comma 1).

I soggetti abilitati all'esercizio dell'attività di revisione legale rispettano i principi di riservatezza e segreto professionale elaborati da associazioni e ordini professionali congiuntamente al Ministero dell'Economia e delle Finanze e alla Consob e a dottati dal Ministero dell'Economia e

La disciplina dell'allerta interna dettata dal decreto reca poi un'importante disposizione integrativa, volta a promuovere il dialogo endosocietario in caso di crisi d'impresa: il legislatore ha previsto, infatti, l'aggiunta di un nuovo periodo al comma 2, ai sensi del quale 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, in modo tale da non incorrere in una duplice attivazione dello stesso meccanismo di allerta.

Con riferimento all'allerta esterna, invece, il legislatore ha provveduto a ridisegnare unicamente i parametri che legittimano la segnalazione al debitore e, solo in secondo luogo, all'OCRI da parte dell'Agenzia delle entrate.

Il nuovo art. 15, comma 2, lett. a) prevede che l'esposizione debitoria sia considerata rilevante allorquando 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'art. 21-*bis* del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, sia superiore ai seguenti importi: euro 100.000, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore a euro 1.000.000; euro 500.000, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore a euro 10.000.000; euro 1.000.000 se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente è superiore a euro 10.000.000 ⁽⁵⁹⁾.

Viene aggiunto, infine, un inciso al comma 3, sempre con riferimento alla segnalazione da parte del Fisco, tale per cui l'avviso al debitore debba essere inviato contestualmente alla comunicazione di irregolarità di cui all'art. 54-*bis* del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 633 e, comunque, non

delle Finanze, sentita la Consob. A tal fine, il Ministero dell'Economia e delle Finanze sottoscrive una convenzione con gli ordini e le associazioni professionali interessati, finalizzata a definire le modalità di elaborazione dei principi (comma 2).

⁽⁵⁹⁾ Il legislatore ha preferito abbandonare il criterio con percentuale fissa del 30% in favore di uno «a scaglioni», che determina in modo netto l'ammontare specifico dell'IVA scaduta e non versata, al cui superamento scatta l'obbligo di segnalazione. Il legislatore ha motivato la scelta ritenendo che il criterio adottato, da un lato, sia più lineare e, quindi, più facile da applicare, e, dall'altro lato, garantisca un adeguato temperamento tra la concreta funzionalità dell'allerta e il contenimento del numero delle segnalazioni.

In realtà, la conseguenza è che l'allerta esterna avrà una portata residuale, trovando applicazione solamente nei casi di imprenditori non solo in crisi, ma anche evasori per importi più che rilevanti. Scongiurato, presumibilmente, il rischio di condotte divergenti, ora il pericolo sembrerebbe essere dato proprio dal perpetrarsi della prassi, poco virtuosa, di autofinanziamento dell'impresa mediante, da un lato, il pagamento dei creditori diversi dallo Stato e, dall'altro, l'evasione fiscale, in ragione delle già menzionate difficoltà del Fisco a individuare quest'ultima.

oltre sessanta giorni dalla scadenza del termine di cui al comma 1 del predetto articolo (*id est*: non oltre sessanta giorni dall'inizio del periodo di presentazione delle dichiarazioni relative all'anno successivo) ⁽⁶⁰⁾.

Relativamente agli organismi di composizione della crisi d'impresa, è stato previsto che il componente «amico», prima nominato, ai sensi dell'art. 17 CCII, dal referente su indicazione del debitore tra quelli iscritti nell'elenco trasmesso annualmente all'organismo dall'associazione imprenditoriale di categoria cui lo stesso appartiene, venga ora designato dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, scegliendo tra tre nominativi indicati da quest'ultimo al referente (comma 1) ⁽⁶¹⁾; inoltre, in caso di inerzia del debitore o dell'associazione di categoria («quando risulti impossibile individuare l'associazione rappresentativa del settore di riferimento»), il referente, ai sensi del comma 2, procede alla designazione in via vicaria.

Si introduce, infine, al comma 5, un nuovo periodo, ai sensi del quale il referente, quando riscontra l'inerzia o il mancato adempimento da parte di uno dei componenti del collegio degli esperti ai propri compiti, lo segnala tempestivamente ai soggetti di cui al comma 1, lett. a), b) e c) – si tratta di coloro i quali sono deputati a nominare il collegio – che provvedono, nel termine di cui al comma 2 (*id est*: tre giorni lavorativi dalla segnalazione), alla designazione di un nuovo esperto in sostituzione di quello inerte o inadempiente: si riconosce così al referente il potere di intervenire a sollecitare la nomina di nuovi esperti in luogo di quelli inerti o manchevoli ⁽⁶²⁾.

⁽⁶⁰⁾ L'*intentio legis* è quella di evitare, dato che l'art. 54-bis del d.p.r. n. 633/1972 non prevede alcun *dies a quo* in modo espresso, che la tempestività dell'iniziativa dell'Agenzia delle entrate sia rimessa solo alla volontà di questa, in modo tale da scongiurare il rischio di segnalazione di situazioni debitorie che, essendoci lente, per origine, nel tempo, siano ormai divenute cristallizzate.

⁽⁶¹⁾ Il dettato normativo è formulato in modo piuttosto infelice, ma la relazione di accompagnamento provvede a definire meglio le modalità di nomina del terzo componente. Il referente comunica all'associazione di categoria tre nominativi indicati dal debitore tra quanti siano iscritti all'albo di cui all'art. 356 CCII e la stessa associazione sceglie all'interno di questa terna il nome dell'esperto che ritiene più adatto. In questo modo, si può preservare sia la riservatezza, poiché il referente trasmette la richiesta di nomina e l'elenco dei tre professionisti senza rivelare il nome del debitore, sia il coinvolgimento di quest'ultimo nella scelta dei componenti del collegio.

⁽⁶²⁾ L'art. 17 è stato riformato in ogni suo comma, ma si riportano nel testo del presente lavoro le sole variazioni più significative. Per quanto concerne le restanti modifiche, il legislatore è intervenuto a specificare al comma 5 che il termine entro cui gli esperti nominati devono rendere all'OCRI l'attestazione della propria indipendenza decorra non a partire dalla nomina, ma dalla comunicazione di questa: si tratta, ancora una volta, di una puntualizzazione cui la dottrina era già pacificamente e logicamente giunta, dal momento che è evidente che la nomina potrebbe non essere immediatamente conosciuta dai soggetti designati.

Per quanto riguarda, invece, l'audizione del debitore dinanzi all'OCRI, nulla è stato modificato con il d.lgs. n. 147/2020, il quale, tuttavia, novella l'art. 2, lett. u) CCII – che, nel dettare la definizione degli OCRI stabiliva che essi avessero il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell'allerta e, per le imprese diverse da quelle minori, la fase della composizione assistita della crisi – sostituendo le parole «fase» con i termini «procedimento»: è reso, così, ulteriormente manifesto il fatto che allerta e composizione assistita della crisi siano entrambi dei veri e propri procedimenti, autonomi e distinti l'uno dall'altro, non fasi consequenziali di una medesima procedura.

Un'ultima, breve annotazione riguarda il caso di attivazione dell'allerta interna, segnatamente il fatto che il referente procede senza indugio a dare comunicazione della segnalazione stessa agli organi di controllo della società e, da ora, *al revisore contabile o alla società di revisione*: si tratta di una conclusione – peraltro piuttosto logica – alla quale gli operatori della materia erano già giunti.

Avendo riguardo al procedimento di composizione assistita della crisi, infine, si puntualizza che l'OCRI, nel corso della procedura, può acquisire dal debitore ogni documento che ritenga utile a facilitare il raggiungimento di un accordo con i creditori (ultimo periodo del comma 2) e – così recita la nuova formulazione del comma 3 – provvede, su richiesta del debitore che dichiara di voler presentare domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo, ad attestare la veridicità dei dati aziendali solo nell'ipotesi in cui almeno uno dei suoi componenti sia in possesso dei requisiti di cui all'art. 2, lett. o) CCII⁽⁶³⁾.

Infine, per quanto riguarda l'ipotesi di cui al comma 6, ossia quando il referente si accorga che la segnalazione da parte dei soggetti qualificati o la presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi riguardino non solo un'impresa minore, ma anche un'impresa agricola, convoca il debitore dinanzi all'OCC competente per territorio indicato dal debitore o, in difetto, individuato sulla base di un criterio di rotazione, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di composizione assistita della crisi; la modifica interviene, così, a colmare una significativa lacuna della preesistente previsione normativa, dal momento che anche tale tipologia di impresa viene sottratta dalla sottoposizione alla procedura di liquidazione giudiziale.

⁽⁶³⁾ Sono quelli di cui deve essere in possesso *congiuntamente* il professionista indipendente incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa: 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'art. 2399 c.c.; 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 e 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, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa.

Si è ritenuto sufficiente che anche uno solo dei componenti dell'organismo possieda tutti tali requisiti, considerato comunque che non si tratta di soggetti individuati dal debitore, ma designati attraverso un meccanismo che ne assicura la competenza e la terzietà.

Per ciò che riguarda il possibile rilascio delle misure protettive, da ultimo, il legislatore è intervenuto a sostituire il termine «tribunale» con quello «giudice»: così facendo, si è voluto chiarire che il tribunale provvede sulla richiesta in composizione monocratica. Dalla scelta di sottrarre la competenza al tribunale in composizione collegiale discende la ricaduta pratica di rendere il procedimento più snello e, quindi, celere, opzione che – si legge – è adeguatamente compensata dall’elevata specializzazione dei giudici della sezione in materia di impresa e, soprattutto, dalla tendenziale tipicità dei provvedimenti che possono essere adottati.

CAPITOLO QUARTO

LA CORNICE NORMATIVA FORNITA DAL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA IN MATERIA DI CRISI D'IMPRESA

SOMMARIO: 1. L'inerzia dell'imprenditore. – 2. I benefici dell'agire tempestivo. – 3. La comunicazione COM(2012) 742: un nuovo approccio al fallimento. – 4. Il rilancio dello spirito imprenditoriale. – 5. La raccomandazione 2014/135/UE della Commissione europea. – 6. La proposta di direttiva COM(2016) 723. – 7. La direttiva (UE) 2019/1023.

1. *L'inerzia dell'imprenditore.*

L'esistenza di un tessuto imprenditoriale composto per lo più da imprese di piccolo-medie dimensioni è una caratteristica comune a ogni Stato membro dell'Unione europea, tra cui la Francia, la quale ha, da tempo, preso consapevolezza dell'importanza rivestita dalle piccolo-medie imprese (PMI) per l'economia comunitaria.

A tal proposito, le scienze aziendalistiche hanno convenuto sul fatto che la grandezza dell'entità aziendale incida fortemente sulla capacità dell'imprenditore di gestire correttamente la propria impresa.

Una prima questione attiene alla coincidenza tra proprietà dell'impresa e gestione della stessa ⁽¹⁾: in Italia, frequentemente, chi ha la proprietà dell'impresa detiene, al contempo, anche le redini della conduzione, non verificandosi alcuna dissociazione tra proprietà del capitale e amministrazione.

Il fatto che in capo a un solo soggetto si riuniscano gli *status* di *manager* e socio di maggioranza, finanche socio unico, quando invece negli altri Paesi europei, a parità di dimensione, è maggiormente diffusa una dissociazione tra le

⁽¹⁾ A. JORIO, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 189; A. PALUCHOWSKI, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 209.

figure, aumenta il rischio di percepire tardivamente le difficoltà economiche, finanziarie e patrimoniali dell'impresa. La mancanza di dualità tra chi possiede l'impresa e chi l'amministra rende più dilatati i tempi di emersione della crisi e di reazione a questa, posto che la tempestività dipende esclusivamente dall'autoconsapevolezza dell'imprenditore, ed è evidente come questa possa mancare se si «naviga a vista», ossia senza disporre di una struttura di meccanismi di informazione e controllo interni che consentano di monitorare l'andamento degli equilibri aziendali e le variazioni di questi, nonché di presidiare costantemente il *risk management* della crisi. Tale rilievo vale, *a fortiori*, per quelle piccolo-medie imprese che, proprio alla luce della politica di espansione delle PMI fortemente sostenuta dalle istituzioni comunitarie, decidono di ingrandirsi, così incrementando la propria complessità organizzativa e specializzandosi maggiormente a livello produttivo: in questi casi, infatti, occorrono specifiche qualità manageriali che è difficile rinvenire nell'ambito della compagine familiare ⁽²⁾.

La seconda problematica attiene all'aspetto più strettamente personale dell'imprenditore, il quale vede l'impresa come una propria creazione, che consente il mantenimento di sé e della propria famiglia e rappresenta un motivo di orgoglio e soddisfazione: qualora l'impresa attraversasse una situazione di difficoltà, quest'ultima non pregiudicherebbe in potenza solo la sopravvivenza sul mercato dell'impresa, ma anche la reputazione del soggetto che l'ha fondata. Per questo motivo, gli studi hanno evidenziato una tendenza dell'imprenditore a sottovalutare la gravità della situazione di crisi, finanche negarne l'esistenza, per non dovere ammettere quello che considera come un proprio fallimento, lesivo, in quanto tale, del suo onore ⁽³⁾. Il debitore rischia, così facendo, di adottare

⁽²⁾ S. LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in www.ilcaso.it, 2019.

⁽³⁾ L'*infamia* che deriva dal fallimento non è una questione meramente soggettiva, che viene (*rectius*, può essere) percepita *interna corporis* dal solo individuo, ma è un vero e proprio retaggio storico, giuridico, sociale e culturale di origini antichissime: basti pensare al diritto romano, che ha influenzato fortemente non solo il diritto italiano, ma anche quello francese. Ad esempio, secondo le *Duodecim tabularum leges* del 451 a.c., il credito risultante da sentenza o confessione del debitore ma rimasto inadempito avrebbe potuto condurre alla *manus iniectio*, con pesanti conseguenze di carattere personale e penale: il debitore che non avesse raggiunto un accordo con i creditori veniva imprigionato per sessanta giorni, durante i quali veniva condotto per tre giorni sui mercati affinché qualcuno riscattasse il debito. Nel terzo giorno, egli avrebbe potuto, alternativamente, essere condotto *trans Tiberim* e lì venduto come schiavo oppure giustiziato; quest'ultima ipotesi, poi, prevedeva, a coronamento, che «*tertiis nundinis partis secanto; si plus minusve secuerunt, se fraude esto*». Ancora, risale sempre al diritto dell'antica Roma l'idea dell'imprenditore *fugitivus*, non solo fallito, ma nemmeno in grado di affrontare a viso a pertto la propria situazione debitoria, al punto da darsi alla fuga per sottrarsi all'esecuzione: in questo caso, il pretore concedeva *rei servandae causa* al creditore la *missio in possessionem* con una *fictio*

iuris, consistente nel considerare il debitore come se fosse morto. Nemmeno la successiva distinzione tra debitore «sfortunato» e quello *in mala fide*, di derivazione romana, aveva impedito che – malgrado i secondi, a differenza dei primi, potessero essere sottoposti a esecuzione personale – entrambe le categorie di imprenditori venissero qualificate come *infames*, con tutte le incapacità da ciò derivanti.

La situazione non migliorò certo con l'età medioevale. Gli Statuti dei Comuni estendevano il fallimento ai parenti del fallito sulla scorta di un principio di solidarietà che discendeva dal fatto che i creditori facessero credito spinti più dalla solvibilità, e, talvolta, dal prestigio del nome della famiglia, piuttosto che da quelle del singolo mercante. A essere chiamati a rispondere erano, quindi, gli ascendenti, i figli (solitamente in linea maschile, anche oltre il diciottesimo o venticinquesimo anno di età, tranne nel caso in cui si fossero emancipati, purché l'*emancipatio* fosse avvenuta prima di un «periodo sospetto») e i fratelli (in caso di fallimento del *de cuius*, il regime di comunione dei beni faceva sì che essi fossero solidalmente responsabili, a condizione che avessero dato luogo a una *fraterna compagnia*, ossia quando i fratelli vivevano «*ad unum panem et vinum*»). A Modena si era recuperata, *mutatis mutandis*, la pratica della *manus iniectio*: il debitore avrebbe dovuto essere condotto al mercato per tre sabati, ove avrebbe dovuto fare il giro della piazza per tre volte, accompagnato dal suono di una tromba, senza cappuccio perché potesse essere visto, indossando una mitria recante la lettera C, affinché, svestito, battesse, a ogni giro della piazza, le terga sulla c.d. «pietra del vituperio», ben unta di trementina, dicendo per tre volte «*Cedo bonis*»; il ricorso a una simile prassi è stato testimoniato anche a Biancavilla, in provincia di Catania, e a Firenze. Ancora, nel capoluogo toscano era stata introdotta la pratica della c.d. pittura infamante, consistente nel ritrarre, affrescata in luogo pubblico, l'immagine dei falliti: si trattava di una sorta di «registro illustrato», leggibile da chiunque, ivi inclusi gli analfabeti. A differenza di quanto accadeva con il registro delle imprese fallite, esistente in Italia fino al 2006, questa sanzione non assolveva solo la funzione di pubblicità, ma era deputata a togliere al fallito ogni residuo della pubblica stima di cui un tempo aveva, forse, goduto. In tempi più moderni, sul finire del XIX secolo, Gustavo Bonelli, ritenuto il più illustre fallimentarista italiano, descriveva, in un'opera di commento al Codice di commercio del 1882, come l'insolvenza venga prodotta dal discredito, il quale, a propria volta, travolge l'immagine intera della persona: «Il commerciante oberato che si toglie la vita esprime nel modo più solenne la più completa sfiducia nelle proprie risorse e nel proprio credito. Come potrebbe conciliarsi questa sfiducia in se stesso con la fiducia dei creditori?» Rimarcava, poi, che «la sentenza dichiarativa [di fallimento] importa la conseguenza immediata d'ordine penale che il fallito è messo in certo modo in una condizione d'inferiorità sociale, incorre in una specie di *deminutio capitis*, che lo inabilita a parecchie funzioni della vita pubblica e lo abbassa nella estimazione morale degli altri cittadini. A simbolo materiale di siffatte conseguenze, il suo nome viene scritto in un apposito albo che sta affisso nelle sale del tribunale e in quello di tutte le borse di commercio dello Stato. Per se stessa l'iscrizione in quest'albo è una specie di marchio impresso sul nome, allo scopo di ricordare alla persona che lo porta l'obbligo di riacquistare la pubblica fiducia con raddoppiata attività e onestà, e ai terzi la necessità di usare con essa quelle maggiori cautele che sono suggerite dalla prudenza». A causa di ragioni di continenza espositiva, non è possibile soffermarsi ancora sul punto, pertanto si rinvia, per un maggiore approfondimento sull'evoluzione storica e giuridica della procedura concorsuale dal diritto romano a quello ottocentesco, alle preziose ricostruzioni compiute da G. B. PORTALE, *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *www.dircomm.it*, 2009; L. PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme (parte I)*, in *NDS*, 2015, p. 8 ss.; nonché a quanto già osservato *supra* cap. I, § 5 rispetto al dettato originario della legge fallimentare.

Per quanto attiene alla Francia, invece, durante l'*Ancien régime* il fallimento presentava un doppio carattere, sociale e politico: a esso era sempre legata l'infamia e comportava decadenze dal godimento dei diritti civili e incapacità civili e commerciali. A queste si aggiungeva una serie di umiliazioni, tangibile espressione di una mentalità ancora molto segnata dal Medioevo: l'esposizione al palo della gogna, in camicia, con la corda al collo, un cartello a coprire la pancia e

comportamenti poco razionali sotto il profilo economico, sminuendo la gravità dello stato di crisi (*procrastination bias*), occultandone, quanto più possibile, la sussistenza affinché non trapeli all'esterno, e ammettendo quest'ultima solamente nell'eventualità in cui essa si sia resa manifesta al punto da non poter essere celata ulteriormente. La crisi viene vissuta, invero, come una propria personale *débâcle* e l'apertura di una procedura concorsuale costituisce un'onta da evitare a ogni costo: è evidente come, malgrado il nobile intento del legislatore della riforma di prevedere ai sensi dell'art. 349 CCII la sostituzione, nelle disposizioni normative vigenti, dei termini «fallimento», «procedura fallimentare», «fallito», nonché delle espressioni dagli stessi termini derivate ⁽⁴⁾, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale» e i loro derivati, con salvezza della continuità delle fattispecie, gli imprenditori temano che lo spettro dell'ignominia e dello stigma derivante dall'incapacità di fare fronte alle obbligazioni contratte possa comunque incombere su di sé, per cui poco consolante, sotto il profilo psicologico, appare il principio secondo il quale la crisi costituisca solo una fase fisiologica dell'esistenza dell'impresa e che, in ogni caso, il connotato valoriale dell'imprenditore possa prescindere dalle vicende infauste cui va incontro l'azienda.

Una volta resa manifesta la crisi, la notizia delle esistenti difficoltà comprometterà l'avviamento e i beni intangibili dell'impresa allo stesso correlati, come il marchio, generando una c.d. *rush to the exit* da parte dei creditori, i quali

un altro sulla schiena che ne proclamavano i crimini; scomunica e privazione della sepoltura cristiana; indossare il *bonnet vert* (ne viene data testimonianza persino in una fiaba di Jean de La Fontaine, intitolata «*La Chauve-souris, le Buisson et le Canard*»); il portare a conoscenza di tutti il casellario giudiziario. Con l'*ordonnance* del 1673, emanata durante il regno di Luigi XIV, vennero inflitte pene corporali e afflittive, tra cui il bando, la gogna e la c.d. ammenda onorevole (il debitore si metteva in ginocchio, a piedi nudi e in camicia, con la corda al collo e un cartello che recava l'iscrizione «bancarottiere fraudolento», tenendo in mano una torcia ardente). Se durante la Rivoluzione francese il rigore nei confronti dei falliti si spense, esso si riaccese sotto l'Impero napoleonico: il Codice di commercio del 1807 applicava una legislazione fortemente punitiva nei confronti dell'insolvente, rispetto al quale Napoleone stesso diceva che «Un capitano che perde la sua nave, anche in caso di naufragio, si consegna subito in prigione... Nel fallimento c'è un fondo di reato, perché il fallito fa torto ai suoi creditori... La severità diviene necessaria, le bancarotte servono la fortuna senza far perdere l'onore... Bisogna che, per prevenzione, si dia anzitutto il nome di bancarottiere a ogni commerciante che provochi perdite ai suoi creditori...» e che veniva reso incapace di porre in essere qualunque atto civile e di esercitare i diritti politici.

Anche in questo caso, si rinvia, per una trattazione più dettagliata, a M.-H. RENAUT, *La déconfiture du commerçant du débiteur sanctionné au créancier victime*, in *RTD Com.*, 2000, p. 533 ss.; L. PANZANI, *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme (parte I)*, cit., p. 54 ss.

⁽⁴⁾ Anche alla luce di quanto esposto nella nota precedente, è opportuno sottolineare come i termini «fallimento» e «fallire» derivino dal verbo latino «*fallere*», che includeva, tra i suoi significati, anche «ingannare».

saranno incentivati ad agire individualmente in sede esecutiva, con il rischio di addivenire a un ulteriore smembramento dell'impresa, che condurrebbe pressoché inevitabilmente a tassi di recupero complessivi inferiori rispetto a quelli che si avrebbero se la crisi venisse gestita in modo collettivo.

Preso atto delle problematiche *de quibus* e del fatto che le piccolo-medie imprese europee presentino un tasso di produttività inferiore e uno sviluppo più lento rispetto a quelle degli Stati Uniti, dove le aziende che sopravvivono aumentano il tasso occupazionale del 60% entro il settimo anno di vita, mentre tale dato si assesta in media al 15% nell'Unione, la Commissione europea ha posto le PMI al centro dei principali programmi di aiuto dell'Ue nel periodo 2007-2013, cui sono seguiti alcuni atti normativi *specificatamente circoscritti* al tema della crisi d'impresa ⁽⁵⁾.

La linea di azione delle istituzioni europee è stata tratteggiata sulla base di due diversi orientamenti, che hanno contribuito a segnare gli obiettivi da raggiungere: da un lato, la piena consapevolezza dell'importanza dell'agire tempestivamente per prevenire l'insolvenza e, dall'altro, qualora il pericolo che quest'ultima si verifichi finisca poi col manifestarsi concretamente, la necessità di concedere agli imprenditori una seconda opportunità (*second chance*) per rilanciare la propria attività imprenditoriale (*fresh start*), sulla scorta dell'assunto secondo il quale il migliore imprenditore è chi abbia fallito almeno una volta, potendo così maturare esperienze che gli consentano di crescere a livello professionale ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ È noto, invero, che le istituzioni comunitarie abbiano già adottato fonti in materia comunitaria: il riferimento, ovviamente, è al regolamento (CE) n. 1346/2000 del Consiglio del 29 maggio 2000, relativo alle procedure di insolvenza, che è stato sostituito, a partire dal 25 giugno 2017, dal regolamento (UE) 2015/848 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 2015.

La specificazione contenuta nel testo si rende, tuttavia, necessaria in ragione del fatto che il regolamento abbia un ambito di applicazione relativamente ristretto, atteso che riguarda le sole procedure concorsuali a venti carattere transfrontaliero. Gli atti che verranno in seguito esaminati, quindi, si pongono a completamento della normativa *de qua*, poiché mirano ad assicurare l'efficienza non delle procedure di insolvenza *cross-border*, ma creare sistemi funzionanti, in primo luogo, *a livello nazionale* in materia di ristrutturazione, seconda opportunità, nonché di insolvenza, in modo tale da intervenire a regolamentare anche – anzi, ancor prima – le situazioni di crisi interne a ciascun Stato membro.

⁽⁶⁾ A tal proposito, Henry Ford, fondatore dell'omonima casa automobilistica, finito in bancarotta dopo poco tempo dalla costituzione della sua prima impresa, la Detroit Automobile Company, aveva definito il fallimento come la «possibilità di ricominciare in maniera più intelligente».

2. *I benefici dell'agire tempestivo.*

L'importanza di una precoce emersione della crisi, pienamente fatta propria dal legislatore italiano, acquisisce, *a fortiori*, maggiore importanza allorquando a essere interessate non siano solo le imprese di uno Paese, ma quelle di più Stati membri: si rende, in questi casi, ancora più indispensabile intervenire a recepire i primi segnali di squilibrio, in ragione del maggiore numero di interlocutori con cui le imprese dell'Unione si trovano a interfacciarsi e che sarebbero coinvolti dallo stato di difficoltà economica, nonché, in virtù dell'interesse pubblicistico alla conservazione dell'impresa, dell'impatto sull'economia comunitaria complessivamente considerata che una crisi transfrontaliera, o comunque connotata da elementi non solo nazionali, genererebbe travolgendo le altre imprese con cui quella in declino entra in contatto.

I benefici di un approccio tempestivo e chiaro, da attuarsi quando l'impresa ancora esiste e non è già decotta completamente, sono numerosi: innanzitutto, vi è un incremento delle possibilità di recupero dell'equilibrio finanziario, qualora si dia luogo a risanamento, oppure vi può essere una limitazione delle perdite di capitale se la situazione, divenuta irreparabile, non consenta altro che procedere con la liquidazione.

Se si volge lo sguardo oltre all'orizzonte nazionale indirizzandolo verso l'Europa, il mercato unico – aspirazione dominante dell'Unione europea – è sempre più interconnesso, con una dimensione digitale sempre più grande, e le imprese qualificabili come «puramente nazionali» sono ormai pochissime se si considerano aspetti come la catena di approvvigionamento, la portata delle attività, gli investimenti, la base di capitale e la clientela ⁽⁷⁾.

Un'azione tempestiva limita anche il rischio di compromissione delle c.d. «risorse invisibili», ossia quei beni immateriali che, pur incorporando un valore economico, difettano delle caratteristiche necessarie per essere contemplati e iscritti nel bilancio di esercizio: si tratta, ad esempio, delle conoscenze delle risorse umane (il *know-how*) o dei processi organizzativi, che creano ricchezza solo nell'ambito dell'unità produttiva in cui sono calati ⁽⁸⁾; avere successo nel

⁽⁷⁾ È evidente come il raggiungimento della prevenzione della crisi d'impresa e, qualora si riuscisse a operare per tempo una ristrutturazione, della salvaguardia dell'azienda dispiegherebbe i suoi effetti benefici anche con riguardo ad altri valori, parimenti importanti, costituzionalmente garantiti, quali il lavoro e il risparmio.

⁽⁸⁾ E. BRODI, *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente «sistema di allerta e composizione»*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 440, 2018.

fronteggiamento della crisi si traduce nella possibilità di proteggere tali risorse, causando uno svantaggio per gli imprenditori concorrenti, i quali non verranno facilitati dalla completa sparizione dell'impresa dal mercato.

Celeri tassi di recupero si riflettono in un miglioramento delle condizioni di accesso al credito, in termini sia di costo, sia di quantità, in modo tale che le imprese non siano scoraggiate dall'effettuare investimenti, mitigando anche il rischio che i prestiti erogati dagli istituti bancari si trasformino in *non-performing loans* (NPL) ⁽⁹⁾. Allo stesso tempo, non devono essere scoraggiati dall'operare nei mercati di capitali nemmeno gli investitori stranieri, non solo con riferimento agli investimenti in imprese che potrebbero rendersi insolventi, ma anche a quelli effettuati in fondi pensione o in fondi esteri: in assenza di strumenti che agevolino una tempestiva emersione della crisi e consentano di prevedere, in termini prognostici, quale potrebbe essere l'esito di eventuali controversie, tali operazioni di investimento sarebbero fortemente disincentivate.

Infine, una diagnosi della crisi si riflette in una migliore allocazione dei fattori produttivi verso le imprese reputate più efficienti: in applicazione del principio dell'efficienza allocativa, gli *input* resteranno *intra moenia* se l'impresa *viable but distressed* sia riuscita a porre in essere le iniziative necessarie a ristrutturarsi per tempo, viceversa, qualora essa avesse versato in una situazione economica così grave da divenire in seguito irreversibile, essi saranno allocati presso differenti operatori di mercato.

3. La comunicazione COM(2012) 742: un nuovo approccio al fallimento.

Il primo provvedimento fondamentale adottato in materia di rilevazione della crisi dall'Unione europea è la comunicazione (COM)2012 742 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e

⁽⁹⁾ M. SELLA, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 198, afferma che i soggetti più penalizzati dalla lentezza delle procedure concorsuali siano le banche, che registrano NPL per poco meno di duecento miliardi di euro lordi, mentre negli altri Paesi la cifra è pari alla metà. Un intervento dello stesso tenore era stato tenuto dal medesimo Autore dinnanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati durante l'audizione del 6 luglio 2016, ove partecipava all'indagine conoscitiva circa la riforma in materia concorsuale in qualità di presidente dell'Associazione fra le Società italiane per azioni (Assonime).

In senso conforme, anche G. Bertolotti, componente dell'Ufficio studi del Consiglio nazionale forense, in audizione dinnanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 13 luglio 2016.

sociale europeo del 12 dicembre 2012, la quale invitava le istituzioni e, soprattutto, gli Stati membri ad adottare un nuovo approccio europeo al fallimento delle imprese e all'insolvenza. Il presupposto che ha legittimato la Commissione a formulare tale invito risiede nella raccolta e nell'analisi dei dati elaborati dallo studio della situazione delle imprese europee: nell'arco di tempo compreso tra il 2009 e il 2011 erano fallite, ogni anno, all'incirca 200.000 aziende e il 25% dei fallimenti presentava almeno un elemento transfrontaliero; inoltre, circa la metà delle imprese di nuova costituzione non sopravviveva entro i cinque anni di attività, cagionando una perdita di posti di lavoro annuale che veniva stimata intorno ai 1,7 milioni.

Al fine di migliorare il funzionamento del mercato interno, la Commissione si era posta due obiettivi di fondo: modernizzare le normative in materia di insolvenza per facilitare la sopravvivenza delle imprese e, in caso di fallimento, offrire una seconda possibilità all'imprenditore; la risposta dell'Unione alla crisi del mercato avrebbe dovuto concretizzarsi nella creazione di un sistema efficiente di riorganizzazione e ristrutturazione delle imprese, sia delle grandi entità multinazionali, sia delle piccole imprese – le ultime delle quali erano allora ben 20 milioni – in modo che potesse essere loro consentito di operare più efficacemente e, se necessario, ripartire da zero.

Secondo uno studio del Parlamento europeo del 2011, le divergenze esistenti tra i diritti fallimentari nazionali avrebbero potuto creare ostacoli, svantaggi e difficoltà per le società che avessero attività o un azionariato transfrontaliero nell'Unione europea, per cui l'armonizzazione delle procedure di insolvenza negli Stati membri avrebbe condotto queste a essere maggiormente efficienti e, ancor prima, a garantire la funzionalità dei processi di riorganizzazione dell'impresa: il Parlamento ha concluso che esistevano dei settori del diritto concorsuale in cui l'armonizzazione non si poneva come meramente auspicabile, ma anche possibile. Tra questi, indubbiamente, rientravano i *meccanismi di preallarme*, in quanto istituti che incidono fortemente sull'efficienza del sistema giuridico: secondo l'analisi delle dinamiche imprenditoriali effettuata dalla Commissione, infatti, i Paesi più efficienti erano quelli in cui esistevano un quadro giuridico fallimentare e meccanismi di preallarme ben funzionanti.

La Commissione invitava i legislatori a non dimenticare che l'imprenditore che avesse voluto ritentare avrebbe potuto imparare dai propri errori e, solitamente, avrebbe registrato una crescita più rapida rispetto alle società di prima costituzione: tre anni avrebbero dovuto costituire il limite massimo e, auspicabilmente, automatico per la riabilitazione e la liberazione dal debito di un

imprenditore onesto ⁽¹⁰⁾, posto che risultava fondamentale evidenziare che l'attività imprenditoriale non avrebbe dovuto finire per essere considerata una «condanna a vita qualora qualcosa fosse andato storto». Si era ritenuto indispensabile intervenire a distinguere le procedure di liquidazione per gli imprenditori disonesti da quelle per gli imprenditori onesti, elaborando delle procedure *ad hoc* «accelerate» per questi ultimi; infine, si reputava necessario rendere accessibili alle sole imprese fallite onestamente programmi di sostegno alla creazione di una nuova commerciale.

Il nuovo diritto fallimentare interno a ciascuno Stato membro, se correttamente riformato tenendo conto delle considerazioni elaborate nel documento, avrebbe dovuto aiutare le società a sopravvivere; incoraggiare gli imprenditori a cogliere una *second chance*; assicurare la rapidità e l'efficienza delle procedure nell'interesse sia del debitore, sia dei creditori; contribuire a salvaguardare posti di lavoro; aiutare i fornitori a mantenere la clientela e gli azionisti a preservare il valore delle società economicamente solide. Ma non solo: è evidente che l'obiettivo della Commissione, con riferimento al mercato unico europeo, si estendesse oltre l'orizzonte dell'Unione europea stessa, mirando a creare un mercato che fosse competitivo altresì per società, imprenditori e privati di Paesi *extra-Ue* che volessero operare anche in ambito comunitario.

Malgrado le indicazioni contenute nella comunicazione *de qua*, originate da un quadro allarmante della situazione imprenditoriale europea, fossero sufficientemente puntuali da poter, e dover, essere recepite quanto prima dai legislatori degli Stati membri, la meta della creazione di un clima favorevole e innovativo per le imprese europee, che avrebbe dovuto consentire a quest'ultime di operare a parità di condizioni e di attrarre dall'estero nuovi imprenditori, investitori e lavoratori, non è stata affatto raggiunta e, come si vedrà, si sarebbero rese necessarie ripetute sollecitazioni da parte della stessa Commissione affinché i legislatori iniziassero a porre l'accento sull'importanza dell'agire tempestivo in termini sia di rilevazione della crisi, sia di fronteggiamento della stessa.

4. *Il rilancio dello spirito imprenditoriale.*

Prima di procedere con l'analisi dei provvedimenti adottati al fine di introdurre una disciplina di allarme della situazione di crisi prima che questa si acuisca, è bene esaminare, anche in ragione dell'ordine cronologico con cui gli

⁽¹⁰⁾ Alla stessa conclusione è giunto il Consiglio «Competitività» del 30 maggio 2011, incaricato del riesame dello Small Business Act per l'Europa (si veda *infra* § 4).

atti che formeranno oggetto di studio sono stati emanati, il c.d. «Piano d'azione imprenditorialità 2020», contenuto nella comunicazione COM(2012) 795 della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni del 9 gennaio 2013, poiché esso racchiude alcune considerazioni assai rilevanti circa l'importanza rivestita dalle piccolo-medie imprese per l'Unione europea.

L'attenzione del legislatore comunitario verso le PMI emerge a più riprese in una serie di plurimi provvedimenti che avevano anticipato l'adozione del «Piano d'azione imprenditorialità 2020»: in particolar modo, essa risulta manifesta con la volontà della Commissione di andare a costituire uno Small Business Act (SBA) per l'Europa, basato sul principio per il quale sia necessario «*think small first*» ⁽¹¹⁾.

Gli obiettivi principali dello SBA costituivano nel migliorare l'approccio politico globale allo spirito imprenditoriale, nell'ancorare il principio «pensare anzitutto in piccolo» nei processi decisionali legislativi e politici, e nel promuovere la crescita delle PMI aiutandole ad affrontare i problemi che continuano a ostacolarne lo sviluppo, rafforzandone la competitività.

Le piccolo-medie imprese, invero, sono le maggiori creatrici di posti di lavoro all'interno dell'Unione e si rendono, quindi, protagoniste assolute nella corsa al benessere delle comunità locali e regionali, in quanto concorrono in modo sostanziale alla crescita dell'occupazione e alla prosperità economica.

Per questi motivi, la Commissione reputava che occorresse dare vita a un contesto in cui imprenditori e imprese familiari potessero prosperare e che fosse gratificante per lo spirito imprenditoriale e per la volontà di assumere rischi a esso associata, che avrebbero dovuto essere fortemente applauditi dai responsabili politici e sostenuti dalle amministrazioni: per stessa ammissione della Commissione, lo SBA intendeva contribuire a realizzare gli ambiziosi obiettivi del nuovo programma di riforma della strategia per il 2020, al fine di fare della regolamentazione intelligente una realtà per le PMI europee.

Ancor prima, segnatamente il 5 ottobre 2007, la Commissione europea, con la comunicazione COM(2007) 584 al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, aveva già

⁽¹¹⁾ Si tratta della comunicazione COM(2008) 394 della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 25 giugno 2008, denominata «Una corsia preferenziale per la piccola impresa», poi sottoposta a riesame con la comunicazione COM(2011) 78 del 23 febbraio 2011.

sottolineato l'esigenza di superare la stigmatizzazione del fallimento aziendale per una politica della seconda possibilità ⁽¹²⁾.

L'insegnamento da trarre, in sintesi, era rappresentato dall'importanza di creare un quadro normativo di riferimento che, pur proteggendo adeguatamente gli interessi di tutte le parti, riconoscesse la possibilità per l'imprenditore di prevenire il fallimento e, se questo si fosse verificato, di ripartire senza che l'esperienza negativa recasse con sé alcuna onta sociale tale da pregiudicare la prosecuzione dell'attività imprenditoriale, distinguendo, altresì, il trattamento giuridico dei falliti fraudolenti da quello dei falliti che non lo fossero stati affatto.

Nella strategia contemplata dal «Piano d'azione imprenditorialità 2020», si accostava, mediante il ricorso a una metafora, l'imprenditorialità a un possente volano della crescita economica e di quella di posti lavorativi, che avrebbe reso più competitive e innovative le economie, migliorando la produttività e creando

⁽¹²⁾ I dati elaborati dalla Commissione stabilivano che, tra gli imprenditori, una percentuale compresa tra l'11 e il 18% avesse sperimentato una qualche forma di insuccesso, e che, tra questi, in media, solo il 5% fosse fraudolento, eppure la pubblica opinione continuava a ricollegare strettamente il fallimento all'incapacità personale o alla frode: secondo alcune statistiche, infatti, il 47% degli europei si era rivelato riluttante a effettuare ordinazioni a imprese precedentemente fallite e più della metà (51%) non avrebbe mai investito in imprese che si fossero trovate in difficoltà finanziarie. La conseguenza che da ciò discendeva era facilmente deducibile: solo una piccola parte degli imprenditori che avessero sperimentato il fallimento avrebbe sperito o un altro tentativo di avviare un'impresa; la scelta di rinunciare all'attività imprenditoriale veniva solitamente compiuta con riluttanza, non in ragione del fatto che gli imprenditori avessero volontariamente deciso di mutare la direzione della propria carriera per orientarsi verso altre mete professionali, ma poiché le insolvenze avevano e hanno un grande impatto sulle vite di questi. Secondo i dati raccolti dalla Commissione, un terzo dei falliti si trovava costretto a vendere la propria casa e in un quarto dei casi l'insolvenza si ripercuoteva negativamente anche su altri membri della famiglia, generando stress e problemi relazionali nel 15% dei casi, senza contare che l'ambiente sociale tendeva a scoraggiare l'imprenditore dall'intraprendere nuove attività, vedendo in lui un soggetto nel quale non fosse più possibile riporre fiducia. Nessuno Stato membro era stato in grado di elaborare una strategia globale valida per una politica della seconda possibilità, per cui vi erano ancora ampi margini di progresso verso un atteggiamento più positivo nei confronti dell'imprenditorialità, incoraggiando un maggior numero di persone a avviare nuove imprese e riducendo il rischio e lo stigma del fallimento, i quali, secondo l'istituzione europea, avrebbero potuto essere fortemente limitati mediante l'individuazione di *strumenti di allarme precoce*, dato che è proprio per evitare il disonore che le PMI in difficoltà finanziarie tendono a nascondere le proprie problematiche fino a quando non sia ormai troppo tardi. La Commissione, poi, specificava che tali strumenti di allerta precoce avrebbero potuto avere varia natura, essendo possibile che questi consistessero sia in risorse *online*, sia in pubblicazioni telematiche, anche attraverso la partecipazione più diretta di quei soggetti che sono meglio in grado di seguire la situazione finanziaria delle singole imprese e del Paese.

Concordi con quanto teorizzato dalla Commissione anche A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Disciplina delle crisi dell'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana*, in www.ilcaso.it, 2018, secondo i quali le procedure di allerta e prevenzione sono strumenti in grado di far diminuire gli effetti negativi scaturenti dall'uscita dal circuito economico di un centro di imputazione di atti e rapporti giuridici quale è l'impresa.

ricchezza: tale affermazione trovava riscontro soprattutto con riguardo alle piccolo-medie imprese, costituenti il 99% di tutte le imprese dell'Unione europea, le quali rappresentano la fonte più importante di nuova occupazione, creando più di quattro milioni di posti di lavoro ogni anno. I potenziali imprenditori, tuttavia, si sarebbero dovuti interfacciare con un contesto difficile, poiché i sistemi di istruzione non offrivano le giuste basi per una carriera imprenditoriale; inoltre, si registravano difficoltà di accesso al credito e ai mercati, difficoltà nei trasferimenti di imprese e timore di sanzioni punitive in caso di fallimento.

Le nuove imprese, quindi, necessitavano di un'attenzione specifica, dovendo formare oggetto di intervento da parte delle istituzioni comunitarie rispetto a sei ambiti chiave: l'accesso ai finanziamenti; il sostegno agli imprenditori nelle fasi cruciali del ciclo vitale dell'impresa e della sua crescita; la previsione di nuove opportunità imprenditoriali nell'era digitale; i trasferimenti di imprese; le procedure fallimentari e la seconda opportunità per gli imprenditori onesti; la riduzione dell'onere normativo ⁽¹³⁾.

Sulla scorta delle precedenti osservazioni, la Commissione aveva concluso con l'invitare gli Stati membri a ridurre nei limiti del possibile il tempo di riabilitazione e di estinzione del debito nel caso di un imprenditore onesto che avesse fatto bancarotta, a fornire servizi di consulenza agli imprenditori falliti per aiutarli a gestire il debito e facilitarne l'inclusione economica e sociale – sviluppando programmi per i «secondi tentativi» comprendenti gli aspetti del tutoraggio, della formazione e della costituzione di reti imprenditoriale – e, per ciò che qui rileva, a offrire alle PMI servizi di consulenza per evitare i fallimenti e di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, in modo tale da rilanciarsi.

Alla luce del suesposto invito, il legislatore della riforma concorsuale italiana ha configurato il CCII come un adeguato strumento di risposta alle impellenti sollecitazioni comunitarie formulate con riguardo alla gestione delle difficoltà economiche e finanziarie attraversate dalle imprese, poiché consente, da un lato, di agire sulle cause endemiche e culturali del ritardo con cui le imprese

⁽¹³⁾ Ancora una volta, la Commissione evidenziava come il fallimento delle imprese, al pari della loro creazione, rappresenti un fenomeno di un mercato dinamico e sano; mentre la maggioranza (97%) delle bancarotte si verifica in modo onesto, senza frode da parte dell'imprenditore, il quale si rende colpevole «unicamente» rispetto a ripetuti pagamenti tardivi o altri problemi di natura oggettiva, essi sono trattati alla stregua di fraudolenti, venendo stigmatizzati e, conseguentemente, scoraggiati dal finanziare una nuova impresa. Dalle ricerche effettuate, tuttavia, emergeva ancora una volta il principio per cui il secondo tentativo risulta essere spesso più fruttuoso del primo, dando modo all'impresa di crescere più celermente e di impiegare un maggior numero di lavoratori, dal quale discendeva la diretta conseguenza per cui il fallimento andasse visto quale opportunità di apprendimento e miglioramento.

italiane si attivano per affrontare la crisi e, dall'altro, di fornire loro un supporto esterno, anche in termini di consulenza.

5. *La raccomandazione 2014/135/UE della Commissione europea.*

Se gli atti adottati dalla Commissione finora esaminati hanno provveduto a delineare solamente un quadro generale della situazione imprenditoriale dell'Unione europea, pur invitando gli Stati membri ad adottare misure che potessero essere poste in essere ancor prima dell'insorgere dell'insolvenza, al fine di prevenire l'aggravarsi delle difficoltà economiche e finanziarie, la raccomandazione 2014/135/UE su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza del 12 marzo 2014 costituisce uno *step* fondamentale in materia di pre-insolvenza, in quanto rappresenta la prima fonte di diritto dell'Ue che riguardi specificatamente la fase della gestione della crisi d'impresa.

La situazione di partenza che ha legittimato l'intervento della Commissione viene affrontata nei venti considerando introduttivi: essi descrivono la persistente diversità delle procedure nazionali di cui i debitori in difficoltà finanziaria potevano avvalersi per ristrutturare l'impresa. In alcuni Stati membri, che prevedevano poche procedure, la ristrutturazione era possibile solo in una fase relativamente tardiva, nell'ambito della procedura formale di insolvenza; in altri ancora, invece, la ristrutturazione in una fase precoce era possibile, ma le procedure erano meno efficaci di quanto, potenzialmente, avrebbero potuto essere oppure imponevano adempimenti in misura variabile, soprattutto con riguardo all'uso di procedure stragiudiziali. La disparità esistente tra i vari quadri nazionali in materia di ristrutturazione era causa di costi aggiuntivi e fonte di incertezza nella valutazione dei rischi connessi agli investimenti in un altro Stato; frammentava le condizioni di accesso al credito, dando luogo a tassi di recupero del credito diversi; impediva ai gruppi transfrontalieri di elaborare e adottare piani di ristrutturazione coerenti. La raccomandazione si poneva, quindi, due primari obiettivi gius-politici: garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria l'accesso a un quadro nazionale che permettesse loro di ristrutturarsi in una fase precoce, in modo da evitare l'insolvenza e massimizzare così il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale, e dare una seconda opportunità in tutta l'Unione europea agli imprenditori onesti che fossero falliti.

In una chiara ottica di privilegio, anziché della liquidazione, della ristrutturazione preventiva, il combinato disposto dei considerando 16 e 17 e del paragrafo 6, al fine di evitare l'insolvenza e proseguire le attività, prevedeva che il

debitore dovesse avere accesso a un quadro che gli potesse permettere di ristrutturare l'impresa in una fase precoce, non appena fosse stata evidente la sussistenza di una probabilità di insolvenza («*likelihood of insolvency*»): le difficoltà finanziarie del debitore, infatti, avrebbero dovuto comportare con tutta probabilità l'insolvenza, ma l'impresa avrebbe dovuto essere comunque sana, ossia ancora in grado di adempiere le obbligazioni e non manifestante segni di un'insolvenza che pur si prospetta all'orizzonte ⁽¹⁴⁾. Il salvataggio dell'impresa sana ottenuto mediante una ristrutturazione efficace avrebbe così consentito al debitore di preservare la continuità aziendale, massimizzare i rendimenti per tutti i tipi di creditori e investitori, incoraggiare gli investimenti transfrontalieri (considerando 11), salvaguardare i posti di lavoro (considerando 12), con vantaggi anche per le piccolo-medie imprese – le quali, secondo il considerando 13, non dispongono delle risorse necessarie per sostenere gli alti costi di ristrutturazione – e delle autorità fiscali (considerando 14).

Onde evitare potenziali rischi di abuso della procedura, tuttavia, si rendeva necessario che il piano di ristrutturazione fosse tale da impedire l'insolvenza e garantire la redditività dell'impresa, al punto che il paragrafo 15, lett. c) disponeva che la capacità di raggiungere entrambi i risultati avrebbe dovuto essere debitamente illustrata in modo dettagliato all'interno dello stesso piano e che, qualora questo fosse stato manifestamente privo della prospettiva di impedire l'insolvenza e garantire la redditività, avrebbe dovuto essere respinto dal giudice.

Per quanto concerne le procedure di ristrutturazione, invece, esse avrebbero dovuto essere flessibili, in modo tale da limitare l'intervento del giudice ai soli casi in cui lo stesso fosse necessario e proporzionato alla tutela degli interessi dei creditori e di terzi eventuali, nonché per concedere misure sospensive, per un periodo iniziale non superiore a quattro mesi, delle azioni esecutive individuali e dell'apertura di una procedura di insolvenza allorquando queste possano ripercuotersi negativamente sui negoziati e ostacolare le prospettive di ristrutturazione dell'impresa.

⁽¹⁴⁾ Così A. JORIO, *Legislazione francese, raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015, p. 1074.

Sullo stesso punto, si veda anche G. LO CASCIO, *Il rischio di insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fallimento*, 2014, p. 735, il quale specifica che l'intervento di risanamento, da porsi in essere quando ancora l'insolvenza non si fosse rivelata, avrebbe dovuto essere precluso sia quando fosse mancato qualsiasi elemento premonitore dell'insolvenza – poiché si sarebbe legittimato l'avvio di un rimedio non conforme allo scopo per il quale era stato concepito o, addirittura, si sarebbero agevolati atti di frode in pregiudizio ai creditori e ai terzi – sia quando l'insolvenza fosse già in atto o, addirittura, si fosse aggravata in dissesto.

La Commissione, in considerazione del secondo obiettivo che la raccomandazione era tesa a realizzare, non escludeva la possibilità che l'imprenditore potesse comunque fallire: in questo caso, la procedura di liquidazione avrebbe dovuto essere tanto efficiente quanto quella di ristrutturazione, in modo tale da massimizzare, nell'interesse di tutte le parti coinvolte, il valore dei beni del debitore, il quale, inoltre, avrebbe dovuto essere messo nella condizione di poter avviare, in un secondo momento, una nuova impresa sgravata dai debiti originati dalla precedente gestione aziendale, la cui *discharge* sarebbe dovuta avvenire entro un periodo massimo di tre anni.

Malgrado la raccomandazione non faccia, a differenza dei provvedimenti antecedenti, né menzione diretta, né accenno all'introduzione di appositi meccanismi di preallarme, è evidente come gli strumenti di allerta contemplati dall'attuale CCII risultino essere perfettamente consoni al raggiungimento dell'obiettivo di un risanamento precoce, anziché tardivo, che consenta al debitore di intervenire tempestivamente a rilevare quei segnali che preludono la crisi e rendono l'insolvenza probabile, prima che si verifichi una indebita, progressiva dispersione di tutti i valori coinvolti nell'impresa.

È altresì vero che la stesura del dettato normativo del CCII sia stata ultimata solo alla fine del 2018, ossia ben tre anni dopo il termine entro il quale la Commissione europea aveva invitato gli Stati membri ad applicare i principi contenuti nella raccomandazione (14 marzo 2015), la cui attuazione complessiva sarebbe stata valutata entro il 14 settembre 2015 in termini di impatto sul salvataggio delle imprese in difficoltà finanziaria e sulla seconda opportunità conferita agli imprenditori onesti, in modo tale da decidere se si fosse reso necessario od opportuno proporre ulteriori misure per consolidare il c.d. approccio orizzontale – a livello di legislazioni nazionali – cui si informa la stessa raccomandazione. In considerazione del fatto che si sia già accennato alla necessaria emanazione di un provvedimento successivo, è facile dedurre quale sia stato il grado di considerazione, da parte degli Stati membri, delle indicazioni della Commissione contenute nella raccomandazione 2014/135/UE ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Secondo uno studio condotto dalla stessa istituzione, la raccomandazione, pur avendo costituito un'utile guida per gli Stati membri – alla luce di quanto esaminato nei primi due capitoli, il riferimento all'Italia e alla riforma in materia concorsuale che l'ha interessata è lampante: si ricordi, infatti, che il decreto istitutivo della prima Commissione Rordorf reca la data del 28 gennaio 2015 – è stata attuata solo parzialmente, anche da quegli Stati che avevano avviato riforme in materia concorsuale. La ragione della mancata ottemperanza degli Stati potrebbe rinvenirsi nella tipologia di atto emanato: essa costituisce, ai sensi dell'art. 288 TFUE, un atto non vincolante, che esorta gli Stati a tenere un certo comportamento senza, tuttavia, vincolarli ad alcun obbligo di risultato, malgrado essa generi comunque un'aspettativa rispetto al fatto che i suoi destinatari facciano il possibile per conformarsi.

Quale che sia la ragione che ha portato la raccomandazione a rimanere, di fatto, inattuata, tale epilogo aveva poi spinto la Commissione a proporre un'iniziativa legislativa, di seguito presa in esame, in materia di insolvenza, ristrutturazione precoce e seconda possibilità sulla base dell'esperienza maturata con la raccomandazione, allo scopo di rimuovere i principali ostacoli al libero flusso di capitali, prendendo a modello i regimi nazionali che funzionavano correttamente ⁽¹⁶⁾.

6. *La proposta di direttiva COM(2016) 723.*

Avvertita l'esigenza di un ulteriore intervento maggiormente incisivo rispetto alla raccomandazione, la Commissione ha adottato la proposta di direttiva COM(2016) 723 del Parlamento europeo e del Consiglio del 22 novembre 2016, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dei debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE.

Le ragioni sottese alla sua adozione sono le stesse che sono state ripercorse finora con riferimento agli altri atti esaminati, atteso che la direttiva, la cui emanazione sarebbe seguita alla proposta *de qua*, rappresenta la pietra miliare nel lungo percorso compiuto dall'istituzione europea con riguardo alla materia fallimentare, segnatamente alle misure da adottare in quella fase della vita dell'impresa rappresentata dalla crisi. Volendo, comunque, riepilogare gli

⁽¹⁶⁾ Questa la considerazione della stessa Commissione espressa nella comunicazione COM(2015) 468 al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni del 30 settembre 2015, denominata «Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati di capitali».

Nel preambolo della proposta di direttiva che si esaminerà a breve, la Commissione specificava che il mancato raggiungimento dell'impatto, invano auspicato, in termini di modifiche legislative nazionali si estrinsecava nel fatto che vi fossero ancora vari Stati membri in cui un'impresa non potesse essere ristrutturata prima della sua insolvenza, mentre in altri Stati, i quali avevano provveduto a introdurre nuove procedure di ristrutturazione preventiva, le norme differivano sotto diversi aspetti dalla raccomandazione. Per quanto concerneva la seconda opportunità, poi, vari Stati membri avevano introdotto per la prima volta un regime di liberazione dai debiti per le persone fisiche, tuttavia permanevano ancora notevoli discrepanze in merito ai termini per la liberazione, le quali comportavano incertezza del diritto, costi aggiuntivi per gli investitori nella valutazione dei rischi, un minore sviluppo dei mercati dei capitali e il persistere di ostacoli alla ristrutturazione efficace delle imprese economicamente sostenibili nell'Ue, anche a livello di gruppi imprenditoriali transfrontalieri.

In breve, la raccomandazione, di per sé, non è stata sufficiente a raggiungere gli obiettivi di convergenza e riduzione delle inefficienze da attuare mediante l'adozione di norme che permettessero la ristrutturazione precoce del debito e la seconda opportunità.

obiettivi che la Commissione si era posta, essi possono essere così enucleati: ridurre i principali ostacoli al libero flusso dei capitali derivanti dalle divergenze tra i quadri normativi nazionali in tema di insolvenza, in modo che gli Stati si dotino di principi fondamentali in tema di ristrutturazione preventiva e seconda opportunità e migliorino l'efficienza delle procedure di insolvenza, riducendone durata e costi associati; aumentare gli investimenti e le opportunità di lavoro nel mercato unico; evitare inutili perdite di posti lavorativi; ridurre le liquidazioni inutili di società economicamente sostenibili; prevenire l'accumulo di prestiti deteriorati; facilitare le ristrutturazioni transfrontaliere; ridurre i costi e aumentare le opportunità per gli imprenditori onesti di ripartire da zero. La rimozione degli ostacoli alla ristrutturazione efficace delle imprese economicamente sostenibili in difficoltà finanziarie avrebbe contribuito a ridurre al minimo le perdite di posti di lavoro e le perdite per i creditori nella catena di approvvigionamento, preservato il *know-how* e le competenze professionali e, di conseguenza, giovato all'economia in generale. La possibilità per gli imprenditori di ottenere più facilmente una seconda opportunità avrebbe consentito loro di evitare l'esclusione dal mercato del lavoro e di ricominciare l'attività imprenditoriale traendo insegnamenti dall'esperienza. Inoltre, la riduzione della durata delle procedure di ristrutturazione avrebbe determinato un aumento dei tassi di recupero per i creditori, in quanto generalmente il passare del tempo porta solo a un'ulteriore perdita di valore dell'impresa. Infine, la presenza di quadri efficaci in materia di insolvenza avrebbe permesso di valutare meglio i rischi connessi alle decisioni di concessione e assunzione di prestiti e di favorire l'adeguamento delle imprese sovraindebitate, minimizzando i costi economici e sociali insiti nel processo di riduzione dell'indebitamento.

La proposta mirava, quindi, a istituire una serie di norme minime in materia di procedure di ristrutturazione preventiva che consentissero ai debitori in difficoltà finanziarie di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, nonché in materia di liberazione dai debiti entro termini stabiliti per gli imprenditori onesti che fallissero, la quale si sarebbe posta come misura necessaria per dare loro una seconda opportunità. L'atto *de quo* era teso a rafforzare quanto disposto dalla raccomandazione del 2014, oltrepassandone, al contempo, l'ambito di applicazione, atteso che esso provvedeva a contemplare anche norme mirate ad aumentare l'efficienza di tutti i tipi di procedure, comprese quelle di liquidazione. Si ribadiva, così, la necessità di promuovere una *rescue culture* più forte, che aiutasse le imprese economicamente sostenibili a ristrutturarsi e a continuare a operare, in tutto o in parte, modificando composizione, condizioni oppure struttura delle attività e delle passività o del

capitale – anche mediante la vendita di attività o parti dell’impresa – incanalando, al contempo, le imprese senza possibilità di sopravvivenza verso una rapida liquidazione che offrisse agli imprenditori onesti una *second chance*.

Per quanto concerne la necessità di un intervento a livello comunitario, invece, oltre alla già analizzata diffusa inerzia degli Stati ad attuare i principi-guida contenuti nella raccomandazione 2014/135/UE, la stessa Commissione aveva ritenuto che gli obiettivi perseguiti non potessero essere comunque conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, in quanto le differenze tra le normative nazionali avrebbero continuato a innalzare ostacoli alla libera circolazione dei capitali e alla libertà di stabilimento. Era stato reputato, quindi, che i singoli Stati non fossero in grado da sé di garantire una coerenza complessiva della propria legislazione con quella degli altri Stati membri e che, dunque, i risultati da perseguire avrebbero potuto essere meglio raggiunti tramite un intervento comunitario ⁽¹⁷⁾, agendo sulla base dei principi di proporzionalità e sussidiarietà ex art. 5 del Trattato sull’Unione europea.

La proposta di direttiva, costituita da quarantasette considerando, cui segue l’articolato, composto a propria volta da trentasei articoli, è suddivisa in sei titoli principali: il titolo I contiene le disposizioni generali – tra le quali vi è, per quanto viene in rilievo con riguardo all’oggetto del presente elaborato, quella che introduce gli strumenti di allerta – il titolo II riguarda i quadri di ristrutturazione preventiva, il titolo III disciplina la seconda opportunità per gli imprenditori onesti, il titolo IV prevede misure per aumentare l’efficacia delle procedure *de quibus*, il titolo V cura il monitoraggio di queste ultime e, infine, il titolo VI racchiude le disposizioni finali.

Prima di passare all’esame della disciplina dettata in tema di allerta, è bene osservare che il considerando 36 enuclea alcune condotte virtuose e diligenti che i dirigenti avrebbero dovuto tenere qualora l’impresa avesse attraversato una condizione di difficoltà finanziaria che avrebbe preluso all’insolvenza: esse rivestono un ruolo importante nello sviluppo di una cultura del salvataggio delle imprese anziché della loro liquidazione, in quanto incoraggerebbero la ristrutturazione precoce e preverrebbero i fenomeni patologici e le perdite evitabili per i creditori. Al fine di promuovere la ristrutturazione preventiva dell’impresa, si riteneva fosse importante garantire che i dirigenti non venissero dissuasi dal prendere decisioni o assumere rischi commerciali ragionevoli, in particolare ove

⁽¹⁷⁾ Così P. DE CESARI, *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, in *Fallimento*, 2017, p. 1110.

La base giuridica è stata individuata negli artt. 54 e 114 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.

questi avrebbero potuto migliorare le probabilità di successo della ristrutturazione di un'impresa potenzialmente economicamente sostenibile. La Commissione si premurava, poi, di elencare quali misure potessero essere ritenute idonee a raggiungere tale scopo: richiedere consulenza professionale, anche sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, ad esempio facendo ricorso a *strumenti di allerta*, se del caso; proteggere gli attivi della società in modo da massimizzarne il valore ed evitare le perdite di quelli fondamentali; esaminare la struttura e le funzioni dell'impresa per valutarne la sostenibilità economica e ridurre le spese; non impegnare l'impresa in tipi di operazioni che avrebbero potuto essere oggetto di azioni revocatorie, a meno che sussistesse un'adeguata giustificazione commerciale; proseguire gli scambi commerciali nelle circostanze in cui è opportuno per massimizzare il valore della continuità aziendale e avviare trattative con i creditori e procedure di ristrutturazione preventiva.

A tal proposito, l'art. 18, rubricato *Obblighi dei dirigenti*, prevedeva che gli Stati membri fissassero disposizioni per garantire che, qualora fosse sussistita una probabilità di insolvenza, i dirigenti avrebbero avuto i seguenti obblighi: prendere misure immediate per ridurre al minimo le perdite per i creditori, i lavoratori, gli azionisti e le altre parti interessate; tenere debitamente conto degli interessi dei creditori e delle altre parti interessate; prendere misure ragionevoli per evitare l'insolvenza; evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, avrebbero messo in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa.

Venendo nello specifico alla regolamentazione degli strumenti di allerta, è bene, innanzitutto, osservare che questi vengono disciplinati nell'articolo in modo piuttosto scarno: all'allerta, infatti, viene dedicata una sola disposizione, contenuta nel titolo I, e tale impostazione, come si vedrà, è stata mutuata anche nel testo della direttiva (UE) 2019/1023. Nel prelude alla proposta (c.d. *memorandum*), la Commissione evidenziava che le norme sugli strumenti di allerta fossero tanto importanti quanto quelle disponenti gli obblighi in capo ai dirigenti: esse, infatti, avrebbero rivestito un ruolo-chiave nella prima fase del processo di ristrutturazione, soprattutto con riguardo alle piccole e medie imprese, le quali non dispongono, soprattutto in caso di difficoltà finanziarie, delle risorse necessarie per pagare una consulenza professionale; la loro introduzione avrebbe consentito, quindi, di segnalare ai debitori l'urgenza di agire per fronteggiare la crisi (considerando 13). Secondo il dettato del considerando 16, invero, quanto prima il debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica sia definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di

liquidazione. Sarebbe stato opportuno, pertanto, dare informazioni chiare sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili e predisporre strumenti di allerta per spingere i debitori che avessero cominciato ad avere problemi finanziari ad agire in una fase precoce. Tra i possibili meccanismi di allerta, secondo la Commissione, avrebbero dovuto figurare obblighi di contabilità e monitoraggio in capo al debitore o ai dirigenti del debitore e obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito. Inoltre, si sarebbero potuti incoraggiare od obbligare, a norma del diritto nazionale, i terzi in possesso di informazioni rilevanti, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, a segnalare gli andamenti negativi. L'invito che la Commissione rivolgeva, ai sensi dell'art. 3, agli Stati membri consisteva nel provvedere affinché i debitori e gli imprenditori avessero 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 (comma 1), nonché a informazioni pertinenti, aggiornate, chiare, concise e di facile consultazione sulla disponibilità di strumenti di allerta e di qualsiasi mezzo per ristrutturarsi in una fase precoce o ottenere la liberazione dai debiti personali (comma 2); tali accessi, poi, avrebbero potuto essere limitati, da parte degli Stati membri, alle piccole e medie imprese o agli imprenditori (comma 3).

Da qui discendeva la necessità, scolpita nel considerando 17 e nell'art. 4, per il debitore di disporre di un quadro di ristrutturazione che gli consentisse di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, quando sarebbe stato probabile che l'insolvenza potesse essere evitata e la continuazione dell'attività assicurata, garantendo la sostenibilità economica dell'impresa. Con lo scopo di evitare abusi della procedura di ristrutturazione, l'art. 8, comma 1, lett. g) prevedeva che il piano di ristrutturazione presentato per l'omologazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa avrebbe dovuto contenere, tra le informazioni, anche un parere o una dichiarazione motivata della persona competente a proporre il piano di ristrutturazione indicante il motivo per cui l'impresa fosse economicamente sostenibile, il modo in cui l'attuazione del piano avrebbe consentito al debitore di evitare l'insolvenza e di ripristinarne la sostenibilità economica a lungo termine, nonché le necessarie condizioni preliminari previste per il successo del piano stesso.

Se e nella misura in cui si fosse reso necessario per agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione, sarebbe stato possibile, per il debitore, domandare il blocco delle azioni esecutive individuali, che il giudice avrebbe potuto concedere per un periodo massimo di quattro mesi. Gli Stati membri avrebbero potuto, nondimeno, autorizzare l'autorità giudiziaria o amministrativa a prorogare la

durata iniziale della sospensione delle azioni esecutive o a concedere una nuova sospensione delle medesime su richiesta del debitore o dei creditori, comunque fino a un massimo complessivo di dodici mesi. La proroga o il rinnovo sarebbe stato concesso solo a condizione che, in primo luogo, il compimento di progressi significativi nelle trattative sul piano di ristrutturazione fosse inequivocabile e, in seconda istanza, che la continuazione della sospensione non pregiudicasse ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti coinvolte.

In ogni caso, il quadro di ristrutturazione avrebbe dovuto essere disponibile prima che il debitore fosse insolvente ai sensi del diritto nazionale, ossia prima che soddisfacesse le condizioni per avviare una procedura concorsuale per insolvenza, la quale, di norma, avrebbe comportato lo spossessamento totale del debitore e la nomina di un curatore. Il quadro di ristrutturazione preventiva avrebbe potuto consistere in una o più procedure o misure e gli Stati membri avrebbero limitato la partecipazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa ai casi in cui fosse necessaria e proporzionata alla salvaguardia dei diritti delle parti interessate.

L'accordo, infine, avrebbe dovuto essere omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa, la quale avrebbe potuto, ai sensi dell'art. 10, comma 3, rifiutare l'omologa qualora avesse valutato il piano di ristrutturazione privo di prospettive ragionevoli di prevenire l'insolvenza del debitore e garantire la sostenibilità economica dell'impresa.

La spinta della Commissione europea, conscia del fallimento, sotto il profilo dell'efficacia, degli interventi propulsivi di *soft law* di cui si era resa promotrice e dell'importanza dell'agire tempestivo in caso di crisi per prevenire l'insolvenza, in considerazione dei considerevoli benefici che da ciò possono derivare, venne finalmente premiata: la proposta di direttiva elaborata nel novembre 2016, infatti, sfociò, nell'estate 2019, dopo quasi tre anni, nella direttiva (UE) 2019/1023.

7. *La direttiva (UE) 2019/1023.*

La direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, costituisce il punto di approdo della rotta compiuta dalla Commissione europea verso un'armonizzazione degli ordinamenti giuridici degli Stati membri: si tratta, infatti, della prima direttiva ad

armonizzare, benché parzialmente, le legislazioni domestiche in tema di prevenzione dell'insolvenza ⁽¹⁸⁾.

La disciplina non presenta né un progetto globale di diritto delle imprese in crisi, né un progetto analitico e completo di disciplina delle ristrutturazioni ⁽¹⁹⁾, ma fornisce un unico *preventive restructuring framework*, ossia complesso di indirizzi gius-politici per realizzare, attraverso l'adozione di regole comuni, un contesto favorevole alle ristrutturazioni, allorquando vi sia probabilità di insolvenza ⁽²⁰⁾, per il recupero delle imprese e la conservazione del valore sia dei complessi produttivi, sia della professionalità degli imprenditori.

⁽¹⁸⁾ Una volta ancora, l'adozione dell'atto riposa sulle considerazioni preliminari suesposte: esistono differenze tra gli Stati membri per quanto riguarda il ventaglio di procedure di cui possono avvalersi i debitori in difficoltà finanziarie per ristrutturare la loro attività. Alcuni Stati membri, invero, prevedono una gamma limitata di procedure che consentono di ristrutturare le imprese solo in una fase relativamente tardiva, nell'ambito delle procedure d'insolvenza, mentre altri permettono la ristrutturazione in una fase precoce ma le procedure disponibili sono meno efficaci di quanto potrebbero essere oppure sono molto formali, in particolare poiché il ricorso a metodi stragiudiziali è limitato. Le soluzioni preventive costituiscono una tendenza in crescita nelle legislazioni in materia di insolvenza, che favorisce metodi che, a differenza di quello classico che prevede la liquidazione di un'impresa in difficoltà finanziarie, puntano a risanarla o, almeno, a salvarne le unità che sono ancora sane. Tra gli altri benefici per l'economia, tale metodo spesso contribuisce a preservare posti di lavoro o a ridurre le perdite. Le differenze tra Stati membri relative alle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione si traducono in costi aggiuntivi per gli investitori che devono valutare il rischio che i debitori incorrano in difficoltà finanziarie in uno o più Stati membri, così come i costi aggiuntivi per la ristrutturazione delle imprese che hanno stabilimenti, creditori o attivi in altri Stati membri. Gli investitori menzionano l'incertezza sulle norme in materia di insolvenza o il rischio di incorrere in lunghe e complesse procedure di insolvenza in un altro Stato membro come uno dei motivi principali per non investire o non avviare rapporti d'affari con una controparte al di fuori dello Stato membro dove sono basati. Ancora, la mancanza di avvicinamento in materia di procedure relative alla ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione conduce a condizioni di disparità di accesso al credito e tassi di recupero non uniformi negli Stati membri: un maggior grado di armonizzazione nel campo della ristrutturazione, dell'insolvenza, dell'esdebitazione e delle interdizioni è, quindi, fondamentale per il buon funzionamento del mercato interno in generale e, in particolare, per un'efficiente Unione dei mercati dei capitali. A trarre vantaggio da un approccio più coerente a livello dell'Unione sono le imprese, in particolare le PMI, le quali rappresentano il 99% di tutte le imprese dell'Unione e hanno maggiore probabilità di essere liquidate invece di essere ristrutturate, poiché devono sostenere costi proporzionalmente di gran lunga più elevati rispetto a quelli sostenuti dalle società di maggiori dimensioni.

⁽¹⁹⁾ Così 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, p. 1262 ss.

⁽²⁰⁾ Si è già avuto modo di vedere *supra* cap. I, § 2 come il Parlamento europeo e il Consiglio non abbiano inteso definire in alcun modo i concetti di «insolvenza», «probabilità di insolvenza» e «micro, piccole e medie imprese», rinviando alle nozioni adottate ai sensi dei diritti nazionali degli Stati membri. All'adozione di questa scelta si era mostrata fortemente contraria la Banca centrale europea, secondo la quale il concetto *de quo* avrebbe richiesto di essere ulteriormente elaborato poiché appariva cruciale ai fini della definizione di un comune quadro di ristrutturazione e, pertanto, non avrebbe dovuto essere rimesso alla completa discrezionalità degli Stati membri. In particolare, nel parere del 7 giugno 2017, essa sosteneva che avrebbero dovuto

Il capo V riprende la disciplina dei comportamenti virtuosi cui dirigenti devono essere tenuti qualora sussista una probabilità di insolvenza ⁽²¹⁾, perché tengano conto, come minimo, degli interessi dei creditori, dei detentori di strumenti di capitale e degli altri portatori di interessi; della necessità di prendere misure per evitare l'insolvenza; della necessità di evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica («*viability*») dell'impresa ⁽²²⁾.

Per quanto attiene all'introduzione degli strumenti di allerta precoce ⁽²³⁾, essi assumono, ai sensi del considerando 22, la forma di meccanismi rivelatori del momento in cui il debitore non abbia effettuato taluni tipi di pagamento e potrebbero essere attivati, ad esempio, dal mancato pagamento di imposte o di contributi previdenziali. Tali strumenti potrebbero essere sviluppati sia dagli Stati membri, sia da entità private, a condizione che l'obiettivo sia raggiunto: essi dovrebbero rendere disponibili online informazioni sugli strumenti di allerta precoce, ad esempio su una pagina web o un sito web dedicati, ed essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione delle dimensioni dell'impresa e di stabilire specifiche disposizioni per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità. La direttiva, infine, non dovrebbe ascrivere la responsabilità agli Stati membri per i possibili danni conseguenti a procedure di ristrutturazione attivate da tali strumenti di allerta precoce.

essere fornite ulteriori istruzioni ai legislatori nazionali in merito alla portata e al contenuto del concetto di «probabilità di insolvenza» oppure, in alternativa all'inclusione di tali istruzioni nella proposta di direttiva, quest'ultime avrebbero potuto essere fornite per mezzo di norme tecniche di regolamentazione adottate dalla Commissione mediante i poteri legislativi delegati.

⁽²¹⁾ P. VELLA, *L'allerta nel Codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023*, in www.ilcaso.it, 2019, sottolinea che, durante il corso dei negoziati che hanno portato all'adozione della direttiva, la disposizione *de qua* ha rischiato di venire cancellata perché fortemente osteggiata dalla maggior parte delle delegazioni.

⁽²²⁾ Rispetto alla simmetrica disposizione contenuta nel testo dell'art. 18 della proposta di direttiva è stato espunto il dovere dei dirigenti di prendere misure immediate per ridurre al minimo le perdite per i creditori, i lavoratori, gli azionisti e le parti interessate, allora previsto alla lett. a).

⁽²³⁾ L'introduzione delle procedure di allerta non aveva incontrato l'unanimità degli Stati membri: il 15 febbraio 2017 il Joint Committee on Justice and Equality irlandese aveva manifestato il proprio convincimento circa la sussistenza di una violazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità contenuta nella bozza di direttiva adottata e che gli era stata sottoposta, in ragione del fatto che questa non si limitasse a stabilire principi generali: al contrario, il Committee riteneva che la direttiva adottasse un «*detailed and, at times, prescriptive approach*» sia su aspetti sostanziali, sia su quelli procedurali, per esempio con riguardo alla necessità di introdurre un «*early warning mechanism*» che avrebbe potuto toccare l'equilibrio allora raggiunto tra debitori e creditori nel sistema giuridico irlandese, un equilibrio – si legge nel verbale – che dovrebbe essere acquisito avuto riguardo agli specifici fattori culturali, sociali ed economici esistenti in ciascuno Stato membro.

L'art. 3 dispone che gli strumenti di allerta precoce possano includere meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private ⁽²⁴⁾; incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi. Gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori, ai quali i Paesi possono fornire sostegno nella valutazione economica del debitore, abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione; le informazioni sull'accesso agli strumenti *de quibus* devono essere pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, nonché facilmente accessibili e di agevole consultazione.

L'art. 4 prevede che gli Stati debbano provvedere affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che gli consenta la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la sostenibilità economica ⁽²⁵⁾, fatte salve altre soluzioni volte a evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale. Il quadro di ristrutturazione preventiva previsto dalla presente direttiva può consistere in una o più procedure, misure o disposizioni, alcune delle quali possono realizzarsi in sede extragiudiziale, fatti salvi altri eventuali quadri di ristrutturazione previsti dal diritto nazionale, e vede una limitata partecipazione dell'autorità giudiziaria o amministrativa nei casi in cui essa sia necessaria e proporzionata, garantendo, al contempo, la salvaguardia dei diritti delle parti interessate e dei pertinenti portatori di interessi. Il piano di ristrutturazione deve essere poi approvato dalle parti interessate oppure omologato dall'autorità giudiziaria o amministrativa.

Ai sensi dell'art. 6, è previsto che il debitore possa beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali al fine di agevolare le trattative sul

⁽²⁴⁾ L'esigenza si rende ancora più manifesta per le piccolo-medie imprese, le quali, secondo il considerando 17, hanno a disposizione risorse limitate per l'assunzione di esperti.

⁽²⁵⁾ A tal proposito, l'art. 8, par. 1 prevede che gli Stati membri dispongono che il piano di ristrutturazione, presentato per l'adozione a opera delle parti interessate ex art. 9 o per l'omologazione da parte dell'autorità giudiziaria o amministrativa ex all'art. 10, contenga, tra le informazioni, anche una dichiarazione circa i motivi per cui il piano di ristrutturazione abbia prospettive ragionevoli di impedire l'insolvenza del debitore e di garantire la sostenibilità economica dell'impresa, comprese le necessarie condizioni preliminari per il successo del piano; gli Stati membri possono esigere che tale dichiarazione dei motivi sia redatta o convalidata da un esperto esterno o da un professionista nel campo della ristrutturazione, ove questi sia stato nominato (lett. h)).

piano di ristrutturazione nel contesto di un quadro di ristrutturazione preventiva, con riguardo a tutti i tipi di crediti, compresi quelli garantiti e privilegiati, potendo riguardare sia tutti i creditori, sia solo uno o più di questi. La sospensione può essere prorogata su richiesta del debitore, di un creditore o di un professionista nel campo della ristrutturazione solo in circostanze ben definite da cui risulti che la proroga o il rinnovo siano debitamente giustificati ⁽²⁶⁾, la cui durata totale non può mai superare i dodici mesi complessivi.

La direttiva, entrata in vigore il 16 luglio 2019, dispone all'art. 34, par. 1 che gli Stati membri sarebbero stati chiamati ad adottare, pubblicare e comunicare immediatamente alla Commissione le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi al dettato normativo della direttiva stessa entro un certo *dies ad quem*, fissato al 17 luglio 2021. L'Italia, tuttavia, ha notificato alla Commissione europea, in conformità allo stesso art. 34, par. 2, la propria volontà di beneficiare della proroga di massimo un anno del periodo di recepimento della direttiva, in ragione delle particolari difficoltà incontrate nel dare a quest'ultima attuazione. La richiesta maturata dal nostro Paese è più che fondata, e non solo con riferimento alla situazione di emergenza originata dalla pandemia dovuta al Covid-19: come si avrà modo di vedere, invero, malgrado il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza presenti alcuni punti di contatto con la disciplina comunitaria esaminata, molte sono le differenze che vengono attualmente conservate nel testo del CCII e che necessiteranno di un intervento correttivo, alla luce dell'importanza e dell'incisività rivestite dagli strumenti di allerta in termini di prevenzione della crisi.

⁽²⁶⁾ Ad esempio, se siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative sul piano di ristrutturazione, se la continuazione della sospensione delle azioni esecutive individuali non pregiudichi ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate, oppure se nei confronti del debitore non siano ancora state aperte procedure di insolvenza che possano concludersi con la liquidazione delle sue attività a norma del diritto nazionale.

CAPITOLO QUINTO

LE PROCEDURE DI ALLERTA NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO FRANCESE

SOMMARIO: 1. L'utilità di un'analisi comparata. – 2. L'allerta interna. Il procedimento di allerta dei revisori dei conti. – 3. *Segue*. Il diritto di allerta del comitato sociale ed economico. – 4. *Segue*. Il procedimento su iniziativa dei soci. – 5. L'allerta esterna. Il procedimento su iniziativa dei *groupement de prévention agréé*. – 6. *Segue*. Il potere di convocazione del presidente del tribunale. – 7. Lo studio comparato dell'allerta: considerazioni introduttive. – 8. Raffronto dei presupposti oggettivi. – 9. Considerazioni sulla legittimità ad agire. – 10. *Segue*. Il differente ruolo dei tribunali e la parabola ascendente dell'allerta del *président du tribunal de commerce*. – 11. I possibili esiti del procedimento di allerta. – 12. Oltre la positivizzazione del *législateur*: uno sguardo alle *pratique spontanée* di prevenzione della crisi.

1. *L'utilità di un'analisi comparata.*

Il Prof. Rudolf Schlesinger, giurista tedesco naturalizzato statunitense, docente all'università della California, membro dell'American Society of Comparative Law, nonché autore, nel 1950, del primo *casebook* di diritto comparato, affermava con chiarezza che «*unlikely most other subjects in the law school curriculum, comparative law is not a body of rules and principles. It is primarily a method, a way of looking at legal problems, legal institutions, and entire legal systems. By the use of the method of comparison, it becomes possible to make observations and to gain insights that would be denied to one whose study is limited to the law of a single country*»⁽¹⁾.

Il giurista è dunque posto, nell'affrontare lo studio di qualsiasi ramo del diritto, di fronte a un bivio: può, infatti, scegliere se percorrere la strada che vede come unico e solo oggetto esclusivo di indagine il diritto positivo dell'ordinamento giuridico a cui appartiene, oppure addentrarsi verso uno studio che comporti l'esame e la comprensione di istituti e regole facenti parte di un altro sistema giuridico, consentendogli di ampliare il proprio orizzonte conoscitivo e,

⁽¹⁾ Così scriveva in *Comparative Law*, 6^a ed., West Academic, 1998, pp. 2-3.

contestualmente, di potersi formare, quale studioso del diritto, in modo più completo.

Il lavoro di analisi comparata non si esaurisce, tuttavia, nel solo apprendimento degli strumenti giuridici di cui un diverso Paese dispone, ma deve necessariamente addentrarsi, in misura più o meno ampia, a elaborare quanto si è studiato affinché si possa effettivamente confrontare gli elementi che accumulano o rendono diverse le discipline.

In altri termini, la comparazione postula l'esistenza di una pluralità di sistemi giuridici al fine di misurare se e, in caso affermativo, sotto quali aspetti, essi siano identici e, al contempo, rispetto a quali profili differiscano ⁽²⁾.

L'ordinamento giuridico oggetto di comparazione del presente elaborato è il modello francese, che ha costituito, fin dal *Code Napoléon* del 21 marzo 1804, un chiaro esempio per le altre legislazioni dell'Europa continentale.

La Francia è stato il primo Paese ad aver abbandonato l'idea che la sorte dell'impresa e dell'imprenditore siano imprescindibilmente legate l'una all'altra, cambiamento, questo, che si è riverberato anche sotto il profilo definitorio: se prima si assisteva, infatti, all'esistenza di un «*droit des faillites*», a partire dall'entrata in vigore della *loi* 13 luglio 1967, n. 67-563, in seguito a una lunga evoluzione giuridica e culturale, si guarda alla materia concorsuale come al «*droit des entreprises en difficulté*», il cui scopo consiste nell'«*éliminer les entreprises économiquement condamnées*», senza, tuttavia, esecrare, destinandoli all'infamia, «*les dirigeants qui ne l'ont pas mérité*», in ragione del fatto che la sorte sociale e morale dell'imprenditore non si deve riflettere anche sull'impresa, la quale, anziché essere eliminata, ben potrebbe ancora trovarsi nelle condizioni di essere risanata ⁽³⁾.

⁽²⁾ Così anche A. GUARNIERI, *Lineamenti di diritto comparato*, 7^a ed., Milano, 2016, p. 11, che, elegantemente, parla di «*scire per differentias*», in quanto «comparare vale come raffronto, paragone tra diversi sistemi giuridici, per riscontrare analogie e anomalie, e cioè somiglianze e differenze».

⁽³⁾ Come si è avuto modo di vedere *supra* cap. IV, § 1, la Commissione Rordorf è parimenti persuasa del fatto che un cambiamento nella visione della figura dell'imprenditore non possa che essere accompagnato a un mutamento sotto il profilo lessicale, predisponendo ai sensi dell'art. 349 CCII, la sostituzione dei termini «fallimento», «procedura fallimentare» e «fallito», nonché dei loro derivati, con le espressioni «liquidazione giudiziale», «procedura di liquidazione giudiziale» e «debitore assoggettato a liquidazione giudiziale», con salvezza della continuità delle fattispecie.

La relazione di accompagnamento al Codice, nel giustificare tale scelta, pone l'accento sul fatto che l'utilizzo di termini diversi possa evitare l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente si accompagna al termine «fallimento». È evidente come il legislatore italiano sia stato ispirato dall'esperienza francese non solo sotto il profilo dell'*intentio legis*, ma anche in relazione a quello meramente letterale: infatti, il fallimento italiano trovava,

Per ciò che concerne l'oggetto del presente studio, occorre rilevare che oltralpe vige, ormai da trentasei anni, un complesso di regole che sono volte, in prima battuta, alla *détection des difficultés*, in un'ottica di *prévention* del raggiungimento dello stato di insolvenza e della conseguente apertura di una procedura concorsuale, e, in seconda istanza, a dare luogo a una delle *procédure d'alerte*, destinate a far venire gli imprenditori a conoscenza dello stato di crisi in cui l'impresa versa affinché possano essere adottate tutte le misure necessarie a rimediare alle difficoltà economico-finanziarie prima che la situazione diventi irreversibile. Lo scopo di tale meccanismo, introdotto con la *loi* 1° marzo 1984, n. 84-148, è, quindi, quello di rendere edotti gli *chefs d'entreprise* al fine di instaurare un dialogo, inizialmente solo in seno all'impresa e, solo eventualmente, davanti al presidente del tribunale di commercio, che sia tale da consentire di arginare i primi segni di *défaillance*.

Infine, merita di essere preso in considerazione, ai fini di una adeguata comparazione, lo sfondo su cui le procedure di allerta si stagliano, ossia il tessuto imprenditoriale: quello francese, così come il nostro, consta per lo più di imprese aventi piccolo-medie dimensioni, per cui i destinatari dell'allerta in Francia e in Italia sono esattamente i medesimi, gli imprenditori che, costituendo realtà minori, possono, proprio a causa della loro struttura, essere meno portati a compiere analisi predittive e, quindi, essere maggiormente esposti al rischio di incorrere nella liquidazione giudiziale.

La dottrina si è lungamente interrogata su quale debba essere lo scopo della comparazione, senza, tuttavia, giungere mai a una risposta univoca⁽⁴⁾.

Nel caso specifico delle misure di allerta, in ragione della spinta proveniente già da anni dall'Unione europea e indirizzata agli Stati membri affinché, in virtù di un «nuovo approccio al fallimento», ridisegnino «i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione», anche attraverso la previsione di strumenti di allerta, l'obiettivo cui il legislatore comunitario vuole giungere consiste, come visto, in un'armonizzazione del diritto vigente nei vari Paesi membri, ossia lo scopo degli

nell'ordinamento giuridico transalpino, la propria corrispondenza, da un punto di vista procedurale, proprio nella *liquidation judiciaire*.

⁽⁴⁾ A titolo esemplificativo, possono essere menzionati l'elaborazione di un «*droit commun de l'humanité*», l'unificazione del diritto, l'uniformità del diritto, il miglioramento del diritto nazionale, la migliore comprensione giuridica tra popoli, l'accelerazione dei fenomeni della circolazione e della recezione dei modelli giuridici nei vari sistemi, una tutela uniforme dei diritti fondamentali nello spazio europeo (c.d. dottrina dell'*European consensus*).

interventi dell'Ue è quello di equilibrare le eventuali disparità esistenti tra le discipline, senza però livellarle.

Diversamente opinando, si avrebbe una uniformazione del diritto, per cui diversi legislatori adotterebbero norme che, benché formulate in termini lessicali differenti, di fatto non si discosterebbero tra loro per ciò che riguarda il meccanismo elaborato. L'idea che un legislatore possa arrivare a uniformare a livello comunitario o finanche internazionale la materia fallimentare è, ad avviso di chi scrive, più che ottimistica, posto che il diritto concorsuale è un settore a vocazione fortemente interdisciplinare: si pone quale materia consanguinea al diritto commerciale, ma volge, al tempo stesso, a disciplinare anche quei rapporti giuridici che vengono a instaurarsi nell'ambito del diritto civile, del diritto del lavoro, del diritto tributario e – materia che forse più delle altre osta alla sua uniformazione – del diritto penale.

Proprio alla luce dello scopo di armonizzazione suesposto, non è un caso che la fonte impiegata dal legislatore per rivolgersi agli Stati affinché mettano a disposizione degli imprenditori strumenti di allerta precoce sia stata una direttiva, strumento di cui l'Unione si avvale per vincolare i suoi membri circa il risultato da raggiungere, lasciando loro, tuttavia, ampio margine di discrezionalità rispetto alla scelta della forma e dei mezzi necessari per perseguirlo, affinché possano determinare da sé quali modifiche apportare alla propria normativa interna per renderla conforme all'obiettivo da perseguire.

Il dover assolvere l'obbligo di armonizzazione della materia concorsuale sotto alcuni profili, segnatamente per ciò che concerne la prevenzione dell'insolvenza, non necessariamente si estrinseca nel compimento di una mera operazione meccanica di *legal transplant* di istituti, già esistenti in altri ordinamenti giuridici e quindi di comprovato funzionamento, che possano consentire di conseguire gli obiettivi perseguiti dall'Unione europea.

Come si è detto nella dichiarazione di intenti introduttiva al presente lavoro, lo scopo che chi scrive si prefigge consiste nel dimostrare che, contrariamente a quanto sostiene la dottrina italiana, la quale vede nell'introduzione dell'allerta così come concepita dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza una manifesta ispirazione francese, in realtà l'assetto delle *procédure d'alerte* è preso a modello soprattutto dall'Unione europea. Se, invero, non è possibile negare che l'Italia abbia adottato un cambio di prospettiva rispetto al modo con cui guardare alla crisi d'impresa, nient'affatto dissimile da quello messo a punto dal *législateur* d'oltralpe, così come parimenti identiche sono le finalità che entrambi i modelli ambiscono a perseguire, le differenze esistenti tra questi sono plurime, con riguardo sia ai soggetti coinvolti nell'attivazione dei

meccanismi – né potrebbe essere diversamente, data la peculiarità del sistema giuridico francese – sia allo svolgimento procedurale.

2. *L'allerta interna. Il procedimento di allerta dei revisori dei conti.*

Similmente a quanto è successivamente avvenuto in Italia, l'allerta francese è stata *ab initio* delineata in modo tale che le procedure possano essere ricomprese in due macrocategorie: da un lato, vi è l'allerta interna, attivata da soggetti accumulati, benché a diverso titolo, dal fatto di trovarsi in condizione di essere strettamente a contatto l'impresa, e, dall'altro, l'allerta esterna, che presuppone, alternativamente, la partecipazione dell'impresa a un *groupement de prévention agréé* oppure l'attivazione da parte del presidente del *tribunal de commerce*.

Entrambe le tipologie di allerta sono accumulate dal fatto che esse trovano come propri destinatari, in primo luogo, gli *chef d'entreprise*, cui è affidato il compito di reagire quanto prima alle sollecitazioni mosse dai soggetti allertanti.

Muovendo dalla disamina delle misure di allerta interna, la procedura considerata per lungo tempo «regina» nell'alveo del sistema di allerta francese è, senza dubbio, quella attivata dai *commissaire aux comptes* – i quali, com'è facilmente intuibile, trovano la propria corrispondenza nei revisori legali dei conti italiani – la disciplina del cui meccanismo di allerta è contenuta nel longevo *Code de commerce*, un *corpus* normativo adottato sotto l'impero napoleonico e risalente al 1807, progressivamente modificato per rispondere alle esigenze delle imprese.

Il procedimento di allerta assume caratteristiche procedurali diverse a seconda del tipo di soggetto coinvolto (*id est*: l'ente che si trova in uno stato di difficoltà finanziaria), ma il presupposto oggettivo che fa sì che i *commissaire aux comptes* abbiano l'obbligo di «*déclencher l'alerte*» è comune a tutte: si tratta della percezione di fatti aventi una natura tale da compromettere la «*continuité de l'exploitation*» (*id est*: la continuazione dell'attività imprenditoriale) che essi abbiano rilevato in occasione dell'esercizio della funzione cui sono preposti.

Vi sono solamente due casi in cui essi sono dispensati dall'ottemperanza a tale obbligo, previsti ai sensi degli artt. L.234-4 e L.612-3, comma 6 del Codice di commercio ⁽⁵⁾: il primo riguarda il fatto che sia già stata aperta una *procédure de*

⁽⁵⁾ Un'analisi giuridica comparata non può attenersi meramente allo studio del diritto sostanziale o processuale, ma deve investire anche quei profili formali di diritto che, seppur minoritari, contribuiscono ad arricchire il «bagaglio culturale» dello studioso di diritto comparato.

sauvegarde, ossia una procedura concorsuale avente natura giudiziaria introdotta con la *loi* 26 luglio 2005, n. 2005-845 – nota, per l'appunto, come «*loi de sauvegarde des entreprises*» ⁽⁶⁾ – che può essere adottata su sola istanza del debitore, sia esso persona giuridica o persona fisica ⁽⁷⁾, qualora riscontri delle difficoltà economiche, non altrimenti superabili, di grave entità, a condizione che queste non siano ancora sfociate in insolvenza. Anche a un esame *prima facie*, è evidente che si tratti di una procedura che vede presupposti soggettivi e oggettivi molto diversi da quelli che rendono applicabili le misure di allerta, anche in ragione del momento successivo in cui la stessa può intervenire: un meccanismo

Il *Code de commerce*, che rappresenta la fonte del diritto prevalente della materia fallimentare, è costituito, al pari degli altri codici di diritto francesi, da due parti principali, una *partie législative* e una *partie réglementaire*, alle quali seguono le appendici (*annexes*). Al fine di rendere comprensibile quale sia la *partie* a cui gli articoli ivi contenuti appartengono, il legislatore francese ha scelto di far precedere la loro numerazione dalle lettere L o R, per cui, ad esempio, l'*article* L.611 è ricompreso nella *partie législative* del Codice di commercio francese.

Ancora, mentre il legislatore italiano, qualora si trovi a dover introdurre nuove disposizioni all'interno di un testo normativo già vigente, ricorre, tendenzialmente, all'uso della lingua latina facendo seguire il numero del nuovo articolo dagli eventuali *bis, ter, quater*, ecc., il legislatore francese ha talvolta preferito dare luogo a un *continuum* matematico, dato dall'aggiunta, alla numerazione dell'articolo precedente, di un trattino («-») seguito dai numeri in ordine cronologico, uno per ciascun articolo introdotto; per riprendere l'esempio precedente, all'art. L.611 seguono gli artt. L.611-1, L.611-2, L.611-3, ... Lo stesso principio trova applicazione anche in caso di successione di interventi modificativi nel tempo: l'art. L.611-2-1, ad esempio, è il frutto di un intervento legislativo posteriore a quello con cui è stato introdotto l'art. L.611-2. Malgrado la scelta formale del legislatore francese risulti essere, ad avviso di chi scrive, più macchinosa e meno agevole rispetto a quella adoperata dal legislatore italiano, essa riesce comunque a rendere efficacemente l'idea di quali articoli risalgano, benché modificati, all'originario dettato codicistico e quali, invece, siano stati introdotti in seguito.

Per quanto attiene all'allerta, l'art. L.234-4 detta la disciplina con riferimento alle società commerciali, mentre l'art. L.612-3 si riferisce alle persone giuridiche di diritto privato non commercianti esercenti un'attività economica. F. MACORIG-VENIER, *Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, in *RTD Com.*, 2005, p. 829 ss., sottolinea come il legislatore non abbia provveduto a modificare *expressis verbis* in senso analogo anche l'art. L.251-15 che riguarda il *groupement d'intérêt économique*: secondo l'Autrice, si tratta di una omissione del legislatore del tutto priva di giustificazione logica, per cui si deve intendere che, così come previsto specificatamente nelle altre due ipotesi, i *commissaire* dei GIE non siano gravati dall'obbligo di allertare qualora vi sia stata l'apertura di una procedura di *conciliation* o di *sauvegarde*.

⁽⁶⁾ La nomenclatura, nient'affatto casuale, testimonia, ancora una volta, che il legislatore francese, che per primo si è mostrato sensibile al tema della sopravvivenza delle imprese sul mercato «*pour notre économie et les hommes qui la développent*», concepisca la salvaguardia come un *enjeu majeur*, ossia una sfida maggiore, ma, al contempo, un *objectif crucial*.

⁽⁷⁾ Essa trova applicazione, invero, anche con riferimento ai *professionnel indépendant*: si tratta di commercianti, artigiani, agricoltori e «qualsiasi altra persona fisica esercente un'attività professionale indipendente, ivi compresa una qualsiasi libera professione soggetta a uno statuto legislativo o regolamentare oppure il cui titolo sia protetto». Con l'ultima locuzione, il legislatore francese ha voluto ricomprendere sia i liberi professionisti – avvocati, medici, architetti, investigatori privati – sia i c.d. *officier ministériel*, come notai e cancellieri.

di allerta attivato tardivamente, finanche non attivato affatto, potrebbe condurre a un peggioramento delle condizioni economiche e patrimoniali dell'impresa tale da poter legittimare il ricorso alla procedura *de qua*.

La seconda ipotesi, invece, riguarda l'apertura di un procedimento di *conciliation*, inizialmente concepito come strumento informale atto a favorire il raggiungimento di un accordo tra debitori e creditori – il *nomen iuris* precedente, *règlement amiable* («regolamento amichevole») ne dava una chiara indicazione – e adesso rappresentante una vera e propria procedura tendenzialmente stragiudiziale ⁽⁸⁾.

Lo svolgimento della procedura di allerta da parte dei *commissaire* si articola in quattro fasi ⁽⁹⁾ per ciò che concerne le *société anonyme* ⁽¹⁰⁾ e le imprese pubbliche, mentre il procedimento risulta essere maggiormente snello quando a essere coinvolte sono altre persone giuridiche di diritto privato.

Nelle società anonime, la «fase zero» del procedimento di allerta ha inizio, secondo quanto disposto dall'art. L.234-1 del Codice di commercio, allorché il *commissaire aux comptes* rilevi, in occasione dell'esercizio della sua funzione, dei «*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*», della cui esistenza dà tempestiva comunicazione al presidente del consiglio di amministrazione o a quello del *directoire* ⁽¹¹⁾; l'art. R.234-1 prescrive, con

⁽⁸⁾ Malgrado l'argomento non attenga specificatamente all'oggetto del presente elaborato, esso verrà ugualmente trattato *breviter infra* § 11, costituendo un possibile esito dei procedimenti di allerta.

⁽⁹⁾ La dottrina francese è solita distinguere solamente tre fasi, posto che essa non computa quella iniziale, che consentirebbe una risoluzione immediata della crisi mediante la sola comunicazione dell'esistenza di questa ai dirigenti, similmente a quanto potrebbe accadere, con riferimento all'allerta interna italiana, ai sensi dell'art. 14, comma 1 CCII, ossia senza dare luogo alla segnalazione all'OCRI di cui al comma 2. Posto che chi scrive ritiene sia preferibile, da un lato, procedere gradatamente alla disamina comprendendo anche questa fase embrionale dell'allerta e, dall'altro, riuscire a mutuare la distinzione tripartita compiuta dalla dottrina – utile anche qualora chi legge intenda approfondire l'argomento, cosicché possa ritrovarsi con la suddivisione operata in Francia – si è deciso di denominare la fase iniziale come «fase zero», in modo tale che da conciliare entrambi gli aspetti, facendo sì che le fasi che si procederà a esaminare a breve trovino piena corrispondenza, anche sotto il profilo numerico, con quelle elaborate dalla dottrina d'oltralpe.

⁽¹⁰⁾ Si tratta di una tipologia di società che non trova un'esatta corrispondenza con quelle contemplate dal diritto commerciale italiano; tuttavia, alla luce del fatto che le *société anonyme* siano società di capitali, a venti una autonomia patrimoniale perfetta e i cui soci sono limitatamente responsabili per il solo capitale circoscritto, è possibile ricondurre le società anonime francesi alle società per azioni italiane.

⁽¹¹⁾ Le società anonime francesi possono optare per due diverse forme di gestione della società, ricorrendo, alternativamente, al tradizionale consiglio di amministrazione oppure al *directoire*, i cui membri sono nominati dal consiglio di sorveglianza. Non esistendo nell'ordinamento giuridico italiano alcun organo simile, chi scrive preferisce dare conto di tale peculiarità non traducendo il termine *de quo* dal francese.

riferimento alla forma, che il revisore dei conti debba provvedere a informare i dirigenti ricorrendo a una lettera raccomandata con avviso di ricevimento, che meglio assolve l'onere probatorio.

A questo punto, i dirigenti, entro quindici giorni dalla data di ricezione della comunicazione, devono illustrare ai revisori dei conti, sempre con raccomandata con avviso di ricevimento, le misure che, dopo aver compiuto una dettagliata analisi della situazione in cui l'impresa versa, intendono adottare per assicurare la *continuité de l'exploitation*.

Si tratta dell'unica fase a rimanere interamente confidenziale: la comunicazione non è, infatti, trasmessa né ai soci, né al *comité sociale et économique* (*id est*: i lavoratori), al fine di evitare che «il rimedio sia peggio del male» ⁽¹²⁾, suscitando preoccupazioni, forse indebite, in capo a questi, i quali rivestono, altresì, il ruolo di creditori della società. Lo scopo cui tale procedimento assolve è quello di istituire un dialogo in seno all'impresa tra revisori e dirigenti, destinato a rimanere *intra moenia* e, quindi, segreto, qualora questi ultimi forniscano ai primi una risposta ritenuta soddisfacente circa la capacità dell'impresa di garantire la prosecuzione dell'attività.

Nell'ipotesi patologica in cui, malgrado l'avvenuta sollecitazione da parte dei *commissaire aux comptes*, i dirigenti rimangano silenti per l'intero lasso di tempo oppure le misure da loro comunicate siano state giudicate dagli stessi *commissaire* inadeguate, in quanto non permettono di assicurare la *continuité*, prende avvio la prima fase del procedimento di allerta, ora pienamente attivato: il revisore dei conti invita il presidente a fare deliberare il consiglio di amministrazione o quello di sorveglianza circa la sussistenza dei fatti che sono stati rilevati. Tale invito deve essere indirizzato ai dirigenti una volta che siano decorsi otto giorni dalla comunicazione della inefficace risposta del *management* oppure, alternativamente, dall'inutile decorso del termine di quindici giorni, e deve assumere la forma di una lettera raccomandata con avviso di ricevimento, una copia della quale deve essere trasmessa senza indugio al presidente del tribunale di commercio, che viene così informato sull'attivazione dell'allerta interna.

Il presidente del CdA o del *directoire* è obbligato a convocare il corrispettivo consiglio entro otto giorni dalla comunicazione della raccomandata del revisore dei conti, il quale deve, nondimeno, essere convocato, non per «*faire*

⁽¹²⁾ Così C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 11^a ed., Issy-les Moulineaux, 2018, p. 112.

de la figuration»⁽¹³⁾, ma per rendere un concreto contributo riguardo alla rappresentazione esatta delle difficoltà dell'impresa, in modo tale che possa intervenire attivamente a fornire agli amministratori ogni spiegazione circa i motivi per cui abbia ritenuto che i fatti dallo stesso rilevati possano pregiudicare l'*exploitation*.

La riunione deve avere luogo entro quindici giorni decorrenti dalla comunicazione recante la richiesta del *commissaire*⁽¹⁴⁾ e la sua convocazione è tesa a instaurare un ulteriore dialogo tra gli organi di gestione dell'impresa, al fine di prendere coscienza dell'effettiva sussistenza delle difficoltà che l'impresa sta attraversando, senza che questa necessariamente costituisca, altresì, la sede in cui decidere per la disposizione di un'eventuale sanzione per la cattiva gestione dell'impresa fino a quel momento operata. Delle deliberazioni dell'assemblea viene redatto processo-verbale, il cui estratto viene poi comunicato ai *commissaire aux comptes* e trasmesso al *comité sociale et économique* o, in assenza di questo, ai rappresentanti del personale, nonché al presidente del tribunale di commercio, entro gli otto giorni successivi a quello in cui si è tenuta la riunione dell'assemblea.

È evidente come all'attivazione della prima effettiva fase della procedura di allerta interna consegua la perdita, da parte di quest'ultima, del proprio carattere di confidenzialità: della sussistenza di fatti che possono incrinare, se non vi si faccia fronte tempestivamente, la condizione di crisi dell'impresa verso il piano dell'insolvenza sono edotti sia i lavoratori, sia il presidente del tribunale, generando il rischio di una propagazione di notizie ancor maggiore. Il compito che il legislatore francese affida al *commissaire aux comptes* in queste prime fasi dell'allerta interna è delicato: deve determinare con precisione quali siano i fatti che compromettono la *continuité de l'exploitation* e, in secondo luogo – e soprattutto – deve valutare l'adeguatezza delle risposte manageriali, senza cedere alle eventuali pressioni poste in essere dai dirigenti stessi affinché si eviti la propagazione delle informazioni.

È possibile che l'allerta attivata dai *commissaire aux comptes* preveda una terza fase, la cui apertura può essere legittimata da un ampio ventaglio di ipotesi tra loro eterogenee: il consiglio di amministrazione o il consiglio di sorveglianza non si siano riuniti malgrado la fissazione della data; il *commissaire* non ha potuto

⁽¹³⁾ Così Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, Paris, 1996, p. 66.

⁽¹⁴⁾ Se ne ricava che, dovendo il presidente del consiglio convocare l'assemblea entro otto giorni dalla richiesta del revisore, gli amministratori ne riceveranno notizia con un preavviso breve, ossia entro un termine pari a una settimana antecedente la data fissata dal presidente per la riunione.

prendere parte alla riunione perché non convocato dal presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire*; il revisore dei conti, correttamente convocato ed effettivamente partecipante, perseveri a valutare che, a dispetto delle soluzioni approvate dall'assemblea, la *continuité de l'exploitation* resti comunque compromessa. In ciascuna delle summenzionate ipotesi, ai sensi dell'art. R.234-3, il revisore dei conti invita il presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire* a far deliberare l'assemblea dei soci sui fatti dallo stesso rilevati; tale comunicazione deve essere spedita, mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, entro un termine di quindici giorni decorrenti dalla comunicazione della deliberazione del consiglio oppure dalla scadenza del termine previsto affinché quest'ultimo venisse correttamente convocato, e deve essere corredata da un rapporto speciale del *commissaire* ⁽¹⁵⁾, che i dirigenti devono in seguito comunicare, entro otto giorni dalla sua ricezione, al *comite sociale et économique* o, in mancanza di questo, ai rappresentanti del personale. A questo punto, il comma 2 prescrive che il presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire* proceda alla convocazione dell'assemblea generale entro gli otto giorni seguenti la richiesta del revisore dei conti ⁽¹⁶⁾.

Qualora l'impresa, evidentemente di piccole dimensioni, non sia caratterizzata dalla presenza né del consiglio di amministrazione, né del *directoire*, allora il *commissaire aux comptes* assume su di sé anche il ruolo di presidente dell'organo, convocando lui stesso l'assemblea entro otto giorni decorrenti dalla scadenza del termine entro cui avrebbero dovuto provvedere i dirigenti ⁽¹⁷⁾ e fissandone l'ordine del giorno ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Secondo quanto risulta dai lavori preparatori della *loi* n. 84-148, tale rapporto deve essere, innanzitutto, consacrato alla narrazione di quanto accaduto nelle diverse fasi dell'attività, nonché alla spiegazione delle decisioni adottate e alla compiuta descrizione di quegli elementi constatati dal *commissaire* con riguardo alla situazione di non miglioramento, finanche aggravamento, dell'impresa.

⁽¹⁶⁾ Il termine *de quo* deve intendersi, tuttavia, come ordinatorio, in quanto il secondo periodo dello stesso comma 2 prevede che l'assemblea debba essere convocata, in ogni caso, entro i trenta giorni successivi alla data della comunicazione della richiesta del *commissaire*.

⁽¹⁷⁾ L'interpretazione della *littera legis* non risulta agevole, posto che nessun termine può essere utilmente assegnato a soggetti non esistenti e, quindi, non facenti parte della gestione societaria; in ogni caso, stando a quanto indicato dal dettato codicistico, il termine dovrebbe essere pari a sedici giorni, di cui otto sarebbero stati assegnati ai dirigenti – se questi fossero stati presenti – e otto sono, invece, assegnati *ex novo* al revisore.

⁽¹⁸⁾ L'art. R.234-3, comma 3 del *Code de commerce* specifica che il *commissaire*, in caso di necessità, può scegliere che la riunione avvenga in un luogo diverso da quello eventualmente indicato nello statuto, purché si trovi nel medesimo *département*. In ogni caso, le spese sostenute per la riunione dell'assemblea sono a carico della società stessa.

Nel corso dell'assemblea, il *commissaire* illustra il rapporto speciale che ha redatto ⁽¹⁹⁾, le cui informazioni possono legittimare i soci a indicare ai dirigenti dei suggerimenti su come risolvere la crisi – che i secondi hanno diritto a *non* osservare affatto – e, eventualmente, decidere la loro revocazione o l'esercizio di un'azione di responsabilità ⁽²⁰⁾.

Se, all'esito della riunione dell'assemblea generale, il *commissaire* constata che le decisioni deliberate non permettano di assicurare la *continuité de l'exploitation*, egli dà avvio alla quarta e ultima fase della procedura di allerta, informando tempestivamente il presidente del tribunale di commercio degli interventi posti in essere dallo stesso fino a quel momento e comunicandogli i risultati di questi; ancora una volta, la comunicazione *de qua* assume la veste formale della lettera raccomandata con avviso di ricevimento, alla quale deve essere allegata copia di tutti quei documenti che testimonino e giustifichino gli interventi compiuti dal revisore, nonché una nota motivata di quest'ultimo che dia contezza dell'insufficienza delle decisioni prese. A questo punto, la funzione-cardine che il legislatore francese ha assegnato al revisore legale dei conti è totalmente adempiuta, sebbene egli continui a essere tenuto a osservare il segreto professionale e a rimanere silente rispetto all'avviamento e alla conclusione dell'allerta lanciata.

Il presidente del tribunale, informato dal *commissaire*, potrebbe decidere di convocare i dirigenti per un incontro durante il quale domanderà loro quali siano le misure di *redressement* (*id est*: di ristrutturazione o risanamento) che intende adottare.

Se, all'esito dell'incontro, il presidente del tribunale dovesse ritenere che l'impresa si trovi in uno stato di *cessation des paiements* (*id est*: di insolvenza), ne darà tempestiva comunicazione al pubblico ministero, al quale sarà rimessa la valutazione rispetto alla presentazione presso il tribunale di un'istanza di apertura di una procedura concorsuale di *redressement judiciaire* o, alternativamente, di *liquidation judiciaire* ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, cit., p. 68, specifica che i dirigenti potrebbero redigere, a propria volta, un rapporto di risposta a quello illustrato dal *commissaire*, i quali, quindi, sarebbero legittimati a presentare dinanzi all'assemblea le proprie osservazioni in merito.

⁽²⁰⁾ *Ibidem*, ove si evidenzia come i soci non siano più tenuti al segreto professionale, né la legge impone loro *apertis verbis* un obbligo di confidenzialità, per cui essi soggiaceranno al silenzio solamente in ragione dell'interesse comune o dell'*affectio societatis*.

⁽²¹⁾ Similmente a quanto era previsto in Italia, anche il presidente del *tribunal de commerce* poteva disporre l'apertura di una procedura concorsuale giudiziale *ex officio*, ma tale facoltà è stata dichiarata incostituzionale dalla Corte costituzionale francese.

Un'ultima annotazione, relativamente sia alle società anonime, sia, secondo quanto disposto dall'art. L.234-2, comma 4, a ogni altra società, riguarda l'ipotesi in cui lo svolgimento della procedura di allerta si sia, per qualsivoglia motivo, interrotto: in questo caso, in forza dell'art. 62 della *loi* 17 maggio 2011, n. 2011-525 ⁽²²⁾, modificativo della disciplina racchiusa nel Codice di commercio, al *commissaire* è consentito, entro sei mesi dalla data di inizio dell'attivazione dell'allerta ⁽²³⁾, di riprenderne lo svolgimento a partire dal punto in cui aveva deciso di porvi fine, in modo tale da evitare di dare di nuovo corso *ab initio* alle fasi già svolte ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ F. MACORIG-VENIER, *Simplification de l'alerte du CAC*, in *RTD Com.*, 2012, p. 397 ss., evidenzia che il fatto che la misura *de qua* dovesse trovare applicazione retroattivamente, perciò anche con riferimento alle procedure di allerta pendenti al momento dell'entrata in vigore della legge, evidenzia l'importanza rivestita da quest'ultima in un'ottica di semplificazione dello svolgimento della *procédure d'alerte* più diffusa.

⁽²³⁾ Il *dies a quo* viene fissato con riferimento alla data di comunicazione della lettera raccomandata con avviso di ricevimento inviata dal *commissaire* al dirigente nel corso della «fase zero», non rispetto al momento in cui la procedura è stata sospesa.

⁽²⁴⁾ In questo modo, è possibile per il *commissaire* riprendere la procedura passando dalla fase uno alla fase due qualora constati che la continuità dell'*exploitation* sia nuovamente minacciata, contrariamente a quello che avrebbe potuto pensare in virtù delle risposte fornite dai dirigenti nella prima fase, le quali gli avevano consentito di porre fine alla procedura. Come evidenziato da T. MONTÉLAN, *La procédure d'alerte filante des commissaires aux comptes issue de la loi de simplification du droit*, in *Gaz. Pal.*, 2011, p. 7 ss., l'assolvimento di tale nuova funzione comporterà una responsabilità per i revisori, andando a rendere ancor più delicati i rapporti con l'impresa, soprattutto in considerazione del fatto che la fase due è maggiormente rigida e comporta una certa diffusione delle informazioni sullo stato dell'impresa.

Malgrado la disposizione sia stata introdotta solamente nel 2011, si tratta di una prassi già applicata nella pratica da tempo e che aveva trovato l'avvallo della giurisprudenza. Si veda, ad esempio, Appello Parigi, 25 febbraio 1998, n. 97-20.158, con nota di J.-F. BARBIERI, *Sur la faute justifiant le relèvement de fonctions d'un commissaire aux comptes et sur la prétendue nécessité de sa «mauvaise foi»: résistance des juridictions du fond?*, in *BJS*, 1998, p. 617 ss. Nel caso di specie, un *commissaire* aveva avviato nei confronti della società France Chauffage una procedura di allerta nel 1992 e un'altra nel 1993, invitando i dirigenti a convocare il consiglio di amministrazione e, dopo aver nuovamente reiterato la domanda nel dicembre 1994, aveva, senza indugio, informato il presidente del tribunale di commercio con lettera raccomandata il 5 aprile 1995. Al revisore era poi succeduta, a partire dal giugno 1995, un'altra *commissaire*, la quale aveva, a propria volta, lanciato un'ulteriore procedura di allerta nel novembre dello stesso anno. Il legale rappresentante della società aveva agito contro la seconda *commissaire*, opponendosi all'apertura della procedura, muovendo dal fatto che ella non avesse correttamente sollecitato la convocazione del consiglio di amministrazione, ma la Corte ha ritenuto di dover rigettare tale censura alla luce del fatto che il precedente revisore aveva domandato la convocazione in data 13 giugno 1994 con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, la cui forma aveva consentito di provare l'effettivo pervenimento al destinatario.

L'Autore evidenzia come l'arresto confermasse la prassi, invalsa tra i professionisti, secondo cui un *commissaire* era legittimato a riprendere una procedura di allerta iniziata dal suo predecessore al punto in cui la stessa era stata in precedenza interrotta – anche, al momento della pubblicazione della sentenza, a distanza di anni, non solamente di un semestre come avviene oggi

Risulta evidente come, stante la sua peculiarità, la disposizione debba trovare il proprio fondamento, con riferimento alla singola fattispecie concreta, nel fatto che la *continuité de l'exploitation* dell'impresa permanga compromessa e che la gravità della situazione economica, finanziaria e patrimoniale richieda l'adozione di misure urgenti e, pertanto, immediate.

Nelle società commerciali diverse da quelle anonime ⁽²⁵⁾, lo svolgimento della procedura di allerta è maggiormente snello: il *commissaire aux comptes* che individui un fatto di natura tale da compromettere la continuità dell'attività deve domandare gli opportuni chiarimenti al dirigente, il quale, ai sensi dell'art. R.234-6 del *Code de commerce*, è tenuto a rispondere, tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento, entro quindici giorni dal ricevimento della domanda, illustrando in modo puntuale la situazione in cui versa l'impresa e, eventualmente, indicando le misure che intende adottare; una copia della domanda del revisore e della risposta del *manager* è comunicata nelle stesse forme ed entro lo stesso termine al *comité sociale et économique* e, contestualmente, il *commissaire* provvede, entro il termine di quindici giorni, anche in assenza di replica del dirigente, a informare il presidente del tribunale di commercio tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento.

Qualora il dirigente non risponda oppure dia risposte reputate insoddisfacenti dal *commissaire*, quest'ultimo, appurata la persistenza della compromissione della *continuité de l'exploitation*, redige un rapporto speciale e, entro quindici giorni, invita il dirigente tramite lettera raccomandata – una copia della quale è trasmessa al presidente del tribunale di commercio – a convocare, entro otto giorni, un'assemblea generale ⁽²⁶⁾ affinché questa si pronunci sui fatti indicatori della crisi che lo stesso ha in precedenza rilevato.

– senza dover ripartire daccapo e, dunque, senza dover sollecitare nuovamente la convocazione del consiglio di amministrazione già previamente domandata dal precedente revisore.

⁽²⁵⁾ Tra queste, rientrano le società in nome collettivo, le società a responsabilità limitata e le *société par actions simplifiée*; quest'ultime presentano una struttura che è largamente rimessa alla libertà contrattuale dei soci, potendo avere una propria organizzazione interna personalizzata, con il solo limite della nomina di un presidente, espressamente prescritta *ex lege*.

M.-H. MONSIERE-BON, *Entreprise en difficulté: détection des difficultés*, in *Rép. com. Dalloz*, 2012, compie, con riferimento alle società *de quibus*, un interessante rilievo terminologico: mentre la disciplina generale fa riferimento, quale organo societario, all'esistenza di un *gérant* («gestore»), per ciò che concerne l'allerta questo deve essere considerato quale *dirigeant*, il quale, come si vedrà, è il principale interlocutore del *commissaire* nel corso della *procédure*.

⁽²⁶⁾ Con riferimento alle società per azioni semplificate, l'art. L.227-9 del *Code de commerce* afferma che le modalità di consultazione dei soci possano essere determinate liberamente dalle parti nello statuto, mentre dispone che solo in casi tassativi, peraltro stabiliti dalla disposizione stessa, le decisioni debbano necessariamente essere assunte nel corso di un'assemblea generale. In mancanza di un'espressa enucleazione della procedura di allerta tra questi casi, la dottrina ritiene che tale lacuna possa essere colmata facendo prevalere comunque la

Nell'eventualità in cui, a seguito della riunione *de qua*, il *commissaire* reputi che le decisioni assunte non siano idonee a garantire la continuità dell'impresa, egli informa senza indugio il presidente del *tribunal* e gli comunica i risultati; è bene ricordare, infine, che, al pari di quanto avviene nelle società anonime, la procedura di allerta che sia stata interrotta può essere ripresa *ex art.* L.234-2, comma 4, così come, ai sensi dell'art. L.234-4, l'obbligo dei revisori di «*déclencher l'alerte*» cessa qualora sia stata aperta una procedura di *conciliation* o di *sauvegarde* ⁽²⁷⁾.

Esiste un'ultima categoria di soggetti cui si applica la misura dell'allerta dei *commissaire*: si tratta delle persone giuridiche di diritto privato non commercianti che esercitano un'attività economica. In ragione della eterogeneità che contraddistingue i componenti di tale macrocategoria – che comprende, ad esempio, persone giuridiche dotate, alternativamente, di un collegio, come le associazioni, oppure di organi assembleari come le *société civile* (*id est*: le società non commerciali) – la procedura di allerta, sempre caratterizzata da una fase iniziale in cui il *commissaire* deve avvisare ⁽²⁸⁾ il dirigente dell'esistenza di fatti

specificità della prescrizione in materia di allerta, per cui, prescindendo da quanto eventualmente previsto in modo differente nello statuto, è nel corso di un'assemblea generale che si discuterà delle misure da adottare per far fronte alla crisi. Cfr. M.-H. MONSIEUR-BON, *Entreprise en difficulté: détection des difficultés*, cit.

⁽²⁷⁾ Lo svolgimento della procedura di allerta nelle società commerciali diverse da quelle anonime viene applicato, *mutatis mutandis*, anche ai *group d'intérêt économique*, consorzi francofoni di imprese, società, fondazioni, organizzazioni o istituti creati al fine di beneficiare di vantaggi competitivi. In questa ipotesi, il *commissaire* domanda, informando il presidente del tribunale di commercio, gli opportuni chiarimenti circa la sussistenza degli indicatori di crisi a gli amministratori, che devono rispondere entro quindici giorni, facendo pervenire una copia della risposta anche al *comité sociale et économique*. In caso di silenzio o di insoddisfazione delle misure che si intende adottare, il revisore redige un *rapport spécial*, comunicato al *comité*, e invita per iscritto gli amministratori a fare deliberare l'assemblea generale sui fatti *de quibus*.

Se, in seguito alla riunione dell'assemblea generale, il *commissaire* dovesse constatare che le decisioni prese non permettano di assicurare la continuità dell'impresa, ne informa il presidente del tribunale.

⁽²⁸⁾ Inizialmente, la nomina di un *commissaire aux comptes* a opera delle *personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique* non era sempre obbligatoria, rendendo la procedura di allerta, di riflesso, spesso meramente facoltativa.

Essa avrebbe potuto, invero, trovare attuazione solamente in quei casi in cui il *décret* 1° marzo 1985, n. 85-295 disponeva come obbligatoria la nomina di un *commissaire*, ossia in presenza di almeno due dei seguenti tre requisiti: a) cinquanta lavoratori dipendenti; b) un volume di affari, al netto delle imposte, pari a due milioni di franchi; c) un bilancio totale pari a dieci milioni di franchi. In ogni altra ipotesi, invece, la nomina del revisore e la conseguente possibilità per quest'ultimo di avviare l'allerta erano rimesse interamente alla volontà della *personne morale*.

In seguito, la *loi* 10 giugno 1994, n. 94-475, aggiungendo un comma 6 all'art. 27 della legge del 1984, ha previsto espressamente anche per questa categoria di persone giuridiche la facoltà, subordinata al requisito dell'esercizio di un'attività economica, di nominare un *commissaire*. Se una tale puntualizzazione può sembrare, *prima facie*, di dubbia utilità, in ragione del fatto che parrebbe non esserci necessità di ribadire la possibilità di compiere ciò che non è per

tali da compromettere la continuità dello svolgimento dell'attività, successivamente si articola in modo diverso a seconda della struttura del gruppo alla quale si applica.

Ai sensi degli artt. L.612-3 e R.612-4, in presenza dell'*organe collégial*, che, a seconda del tipo di persona giuridica, sarà un consiglio di amministrazione o un consiglio di sorveglianza, il revisore invita per iscritto il presidente a far deliberare sui fatti rilevati l'organo collegiale, alla cui riunione dovrà prendere parte anche il *commissaire*, cui spetta altresì il compito di informare il *président du tribunal* e, qualora esista, il *comité sociale et économique*. Nell'ipotesi in cui le difficoltà dell'impresa persistano e la situazione economica dell'impresa resti compromessa, il *commissaire* redige un rapporto speciale che viene comunicato al *comité* e illustrato nel corso della successiva assemblea.

Se, al contrario, il gruppo è privo di organo collegiale, è il *dirigeant* a essere il destinatario dell'avvertimento del *commissaire* circa la presenza di indizi della crisi riscontrati dall'esame dei documenti che gli sono stati inviati oppure nel corso dell'esercizio delle proprie funzioni; egli dovrà rispondere secondo le forme e i termini di cui agli artt. R.234-5 ss. Qualora il revisore dovesse ritenere che la *continuité de l'exploitation* resti compromessa, allora redigerà un rapporto speciale che dovrà essere trasmesso al *comité* e al presidente del *tribunal judiciaire* ⁽²⁹⁾, e sarà illustrato nel corso della riunione dell'assemblea generale, all'esito della quale, in caso di adozione di misure che si rivelino inefficaci, il *commissaire* darà avviso al presidente del *tribunal de commerce*, cui comunicherà, altresì, i risultati delle iniziative condotte fino a quel momento.

È bene ricordare, ancora una volta, che l'art. L.612-3, comma 5 prescrive che il *commissaire* possa riprendere, entro un termine di sei mesi decorrenti dall'inizio della procedura di allerta, il corso di quest'ultima, a condizione che la *continuité de l'exploitation* rischi ancora di essere compromessa e l'urgenza della situazione richieda l'adozione di misure immediate; specularmente a quanto

legge vietato, in realtà, come sottolineato acutamente da E. ALFANDARI, *Associations. Préventions des difficultés, Alerte par le commissaire aux comptes, Procédures collectives, Action en comblement du passif social*, in *RTD Com.*, 1994, p. 750 ss., la disposizione implica che i revisori saranno designati con le medesime condizioni, eserciteranno gli stessi poteri, saranno tenuti a gli stessi obblighi e incorreranno nella stessa responsabilità di quando la loro nomina è, *apertis verbis*, obbligatoria.

In ogni caso, qualora il *commissaire* venga nominato, sia perché previsto *ex lege*, sia su volontà della *personne morale*, l'avvio della procedura di allerta, in presenza del presupposto oggettivo, ha cessato, in forza della *loi* 10 giugno 1994, n. 94-475 – che ha provveduto a modificare l'art. 29 della legge del 1984 – di essere una mera facoltà per divenire *obbligatorio*.

⁽²⁹⁾ I *tribunal judiciaire* sono organi giurisdizionali risultanti dall'accorpamento, a partire dal 1° gennaio 2020, dei *tribunal de grande instance* (TGI) e dei *tribunal d'instance* (TI).

disposto con riferimento alle società anonime; infine, il comma 6 prevede che il meccanismo di allerta non trovi applicazione allorché una procedura di *conciliation* o di *sauvegarde* sia stata avviata dal debitore in forza degli artt. L.611-6 e L.620-1.

3. Segue. *Il diritto di allerta del comitato sociale ed economico.*

A partire dal 1984, i rappresentanti del personale sono deputati alla *détection* delle difficoltà economiche e finanziarie dell'impresa presso la quale lavorano: tale compito è affidato dalle disposizioni del *Code du travail*, *sedes materiae* del diritto del lavoro francese, al *comité sociale et économique* (CSE) a decorrere dall'emanazione dell'*ordonnance* 22 settembre 2017, n. 2017-1386, volta a introdurre una «*nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise*» e a favorire «*l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales*»⁽³⁰⁾.

L'art. L.2312-63 del *Code du travail* disciplina integralmente, nei suoi quattro commi, lo svolgimento della procedura, che ha luogo in modo piuttosto snello: allorché il *comité sociale et économique* abbia conoscenza di «*faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise*», esso può domandare al datore di lavoro di fornire le relative spiegazioni.

⁽³⁰⁾ Inizialmente, infatti, a essere legittimato ad allertare era il *comité d'entreprise* (tra ddotto, ad avviso di chi scrive piuttosto indebitamente, come «comitato di fabbrica» da alcuni studiosi italiani).

A partire dal 2017, invece, tale compito spetta al CSE, la cui attuazione è stata prevista in modo graduale, dovendo sostituirsi completamente e definitivamente al CE solo a partire dal 1° gennaio 2020, tenendo conto dell'eventuale preesistenza all'interno delle imprese di rappresentanti del personale e della durata del mandato di questi ultimi. Se i rappresentanti fossero stati eletti prima del 23 settembre 2017, il CSE avrebbe dovuto essere costituito al più tardi entro il 31 dicembre 2019 o, comunque, in data anteriore se stabilito da un *accord collectif d'entreprise*.

I mandati terminanti tra il 23 settembre e il 31 dicembre 2017 avrebbero potuto essere prorogati di un anno. Se il mandato avesse avuto fine nel periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre 2018, la durata del mandato avrebbe potuto essere ridotta oppure prorogata al massimo per un anno, sia mediante accordo collettivo, sia all'esito di una decisione assunta dal datore di lavoro in seguito alla consultazione con i rappresentanti dei lavoratori, in difetto dei quali sarebbe stato costituito il CSE. Qualora il mandato fosse, invece, terminato dopo il 1° gennaio 2019, il *comité* avrebbe dovuto comunque essere costituito al più tardi il 1° gennaio 2020, senza attendere la scadenza naturale del mandato.

Se, infine, l'impresa che avesse avuto più di undici lavoratori dipendenti fosse stata, alla data del 23 settembre 2017, del tutto priva di rappresentanti dei lavoratori, la stessa avrebbe dovuto costituire il CSE entro il 1° gennaio 2018.

Tale richiesta, secondo quanto previsto dal comma 2, viene iscritta all'ordine del giorno della seduta del *comité* immediatamente successiva al momento della formulazione della domanda; durante la riunione, qualora il datore di lavoro risponda ai rilievi dei propri dipendenti argomentando in modo da questi reputato sufficiente, allora la procedura di allerta si arresterà, mentre nell'eventualità in cui egli si rifiuti di replicare in alcun modo ai lavoratori, commetterà un «*délit d'entrave*» (letteralmente, «delitto di impedimento») ⁽³¹⁾.

Viceversa, qualora egli non fornisca una *réponse suffisante* oppure essa confermi la situazione preoccupante in cui l'impresa versa, si apre la seconda fase della procedura, che vede il *comité* redigere un rapporto di allerta ⁽³²⁾ in cui dà conto dell'opportunità di proseguire con lo svolgimento della procedura. Esso ha a oggetto sia l'analisi della situazione economica, sia l'illustrazione delle conseguenze che da questa deriverebbero nell'eventualità in cui l'allerta non proseguisse.

Dal momento che tale rapporto ha un contenuto ampiamente tecnico, data l'analisi finanziaria e patrimoniale dello stato in cui si trova l'impresa, è concesso al *comité*, al fine di agevolarne la missione, di consultare il *commissaire aux comptes* – il quale non può opporre il segreto professionale, cui è normalmente tenuto nell'esercizio della sua funzione, per sottrarsi dal rispondere alle domande del CSE – o di farsi coadiuvare nella redazione del rapporto, per una sola volta

⁽³¹⁾ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 125.

Si veda, altresì, a tale proposito, Cass. soc., 8 marzo 1995, n. 91-16.002, in www.legifrance.gouv.fr, con cui la Suprema Corte francese cassa con rinvio la sentenza della Corte di appello di Angers in cui questa aveva giudicato che l'avvio di una procedura di allerta da parte del *comité sociale et économique* – allarmato dall'esistenza di fatti tali da affliggere in maniera preoccupante la situazione dell'impresa, in seguito al rifiuto a d'opera della società di rispondere alle relative domande rivolte – costituisca un «*trouble manifestement illicite*».

⁽³²⁾ Ai sensi di quanto previsto dall'art. L.2312-63, comma 3, nelle imprese con più di mille dipendenti, il rapporto viene redatto dalla commissione economica del *comité*, in assenza dell'accordo di cui all'art. L.2315-45 del *Code du travail* che dispone la creazione di commissioni supplementari rispetto a quelle esistenti deputate a occuparsi di questioni particolari diverse o più specifiche rispetto a quelle previste. Esso prevede, infatti, che in seno al CSE possano essere costituite più commissioni interne, ciascuna con una propria funzione: la commissione della sanità, salute e condizioni di lavoro; la commissione dei mercati; altre commissioni costituite, per l'appunto ex art. L.2315-45, mediante *accord d'entreprise*; infine, altre commissioni, tra cui quella economica.

La commissione economica, disciplinata dall'art. L.2315-46 all'art. L.2315-48 del *Code du travail*, è incaricata di effettuare l'esame di documenti economici e finanziari raccolti dal CSE e di ogni ulteriore diversa questione che quest'ultimo le sottopone. È presieduta dal datore di lavoro e costituita da membri scelti dal *comité* stesso, tra cui non più di cinque rappresentanti del personale, di cui almeno uno rappresentante la categoria dei quadri aziendali. Essa deve necessariamente riunirsi almeno due volte all'anno e può farsi assistere dal medesimo *expert-comptable* della cui assistenza si avvale il *comité sociale et économique* o da esperti di cui il *Code* provvede a disciplinare le condizioni di nomina.

durante il corso dell'esercizio dell'attività, da un *expert-comptable*, che, limitandosi a una funzione di assistenza, fornisce al *comité* la chiave di lettura per interpretare le scritture contabili sociali. Ancora, il *comité sociale et économique* ha diritto a domandare aiuto a due lavoratori dipendenti che abbiano specifiche conoscenze in materia, i quali sono pagati, nelle cinque ore di cui dispongono per ricoprire il proprio ruolo di sostegno tecnico al CSE, come se stessero effettivamente esercitando la prestazione lavorativa per cui sono stati assunti; una grave lacuna normativa, tuttavia, non consente loro di essere protetti contro un eventuale licenziamento derivante dall'esercizio di tale funzione⁽³³⁾.

Il rapporto viene poi inviato al datore di lavoro, il quale è, altresì, lo *chef d'entreprise*, e al *commissaire aux comptes*, ove quest'ultima comunicazione è volta a instaurare uno scambio di informazioni tra i due principali detentori dell'attivazione del meccanismo dell'allerta interna.

A questo punto, il *comité sociale et économique*, sulla base della gravità della situazione in cui l'impresa versa, può decidere, secondo quanto disposto dall'art. L.312-65 del *Code du travail*, di avviare l'ulteriore terza fase della procedura, che consiste nel rivolgersi, dando loro avviso delle operazioni fino a quel momento compiute, agli organi di direzione o, qualora questi ultimi non fossero presenti, ai soci o membri dell'ente; tale scelta è compiuta nel corso di una apposita riunione, cui il datore di lavoro non prenderà parte, del CSE, che decide a maggioranza dei presenti. Se ne ricava, quindi, che il *comité* non è vincolato a quanto indicato nel rapporto che ha redatto, segnatamente alla volontà già espressa di ritenere preoccupante lo stato dell'impresa, ben potendo mutare il proprio convincimento in sede di voto; in ogni caso, qualora dovesse optare per la prosecuzione dell'allerta, da tale scelta discenderà l'eventuale responsabilità del CSE stesso qualora l'allarme sia stato suonato in assenza delle condizioni previste⁽³⁴⁾.

Ai sensi dell'art. L.312-66, nelle società dotate di consiglio di amministrazione o consiglio di sorveglianza, la domanda rivolta dal *comité* circa il carattere preoccupante della situazione economica dell'impresa deve essere iscritta all'ordine del giorno della successiva riunione dell'organo di vigilanza, a condizione che a quest'ultimo sia stato dato avviso almeno quindici giorni prima della data fissata per la riunione. A mente dell'art. R.2312-29, l'organo deve deliberare entro trenta giorni, motivando la risposta, e deve indirizzare al CSE, entro il mese successivo alla riunione, un estratto del processo-verbale ove risultino la risposta motivata e le deliberazioni, riguardanti la sola allerta,

⁽³³⁾ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 126.

⁽³⁴⁾ M.-H. MONSIERE-BON, *Entreprise en difficulté: détection des difficultés*, cit.

effettuate nel corso della riunione; in ogni caso, il *comité* è privo del potere di convocare i soci, per cui la procedura di allerta termina con la comunicazione della risposta.

Occorre rilevare, tuttavia, che il rapporto viene comunicato al *commissaire aux comptes* nel corso della seconda fase della procedura, per cui nulla esclude che lo stesso possa, a propria volta, domandare spiegazioni circa la sussistenza dei segnali di crisi e ricorrere all'attivazione della propria procedura di allerta interna.

Nell'eventualità in cui, invece, la procedura di allerta coinvolga una società priva del consiglio di amministrazione o di quello di vigilanza (*id est*: le società commerciali diverse da quelle anonime e le *société civile*) oppure un *groupement d'intérêt économique*, il *comité sociale et économique* si rivolgerà ai soci o ai membri di questi: secondo quanto disposto l'art. R.2312-30, il *gérant* della società o gli amministratori del GIE dovranno trasmettere loro il rapporto redatto dal CSE entro otto giorni dalla deliberazione di questo. In questo caso, i soci, che non sono obbligati a riunirsi in assemblea, non sono tenuti a fornire una risposta diretta al *comité*, potendo, invece, assumere ogni iniziativa di *droit commun* che ritengono opportuna, come, ad esempio, la revoca dei dirigenti.

Infine, ai sensi dell'art. L.312-67 del *Code du travail*, il legislatore ha previsto *apertis verbis* che le informazioni relative all'impresa che sono comunicate nel corso delle varie fasi dell'allerta lanciata dal *comité sociale et économique* abbiano, per natura, carattere confidenziale, e tutte le persone che, nel corso dell'attivazione del meccanismo, ne abbiano, a vario titolo, accesso – per cui il *commissaire aux comptes*, l'esperto contabile e i lavoratori che possono assistere il CSE, i soci o i membri – siano tenute a una *obligation de discrétion*.

4. Segue. Il procedimento su iniziativa dei soci.

Al pari dei lavoratori dipendenti, anche i soci possono, inevitabilmente, preoccuparsi delle sorti della società nella quale hanno investito, in misura più o meno ampia, il proprio capitale: per questo motivo, già dal 1984 è stata prevista la possibilità per gli *associé* di attivare un'apposita procedura di allerta, il cui svolgimento, a differenza di quello, maggiormente articolato, previsto per gli altri tipi di allerta interna, è particolarmente snello.

A essere titolari del diritto di allerta sono i soci delle società a responsabilità limitata e gli azionisti delle società anonime, ai sensi, rispettivamente, degli artt. L.223-36 e L.225-232 del *Code de commerce*; in realtà, pur in mancanza di un'apposita prescrizione *expressis verbis* a opera del

legislatore francese, i soci di altre persone giuridiche possono ugualmente «*sonner l'alarme*»: si tratta degli azionisti delle società in accomandita per azioni, in forza del rinvio operato dall'art. L.226-1, comma 2, che legittima l'applicazione del dettato normativo disciplinante le società anonime laddove questo sia compatibile con il regime giuridico delle s.a.p.a., nonché dei soci delle *société par actions simplifiée* in forza del richiamo di cui all'art. L.227-1, comma 3. In particolare, con riferimento alle società anonime e a quelle in accomandita per azioni, tale diritto può essere esercitato da uno o più azionisti rappresentanti almeno il 5% del capitale sociale, mentre per quanto riguarda le società a responsabilità limitata, rispetto alle quali il legislatore non ha provveduto a fissare alcuna particolare soglia, il diritto di allerta spetta ai soli *associé non-gérant*.

Ad allarmare i soci può essere «*tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*» – si tratta di una formula che riecheggia quella utilizzata per delineare il presupposto oggettivo legittimante l'obbligo per il *commissaire aux comptes* di avviare il meccanismo di allerta – in presenza del quale può porre ai dirigenti (*id est*: al presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire* nelle società anonime e al *gérant* nelle società a responsabilità limitata) delle domande per iscritto ⁽³⁵⁾. Nella comunicazione, il socio dovrà fare figurare il suo *status* di socio, indicando, altresì, il numero di azioni che detiene, e descrivere i fatti posti a fondamento della sua domanda, nonché i motivi per cui ritiene che essi compromettano la continuazione dell'attività ⁽³⁶⁾.

I dirigenti sono obbligati a rispondere alle domande rivolte loro e, ai sensi degli artt. R.233-29 e R.225-164, devono farlo per iscritto entro un mese decorrente dalla comunicazione; nello stesso arco temporale, essi dovranno, altresì, inviare una copia della propria risposta al *commissaire aux comptes*.

Il legislatore nulla ha disposto né rispetto ai soggetti destinatari della replica – non indicando se essa debba essere indirizzata al socio personalmente oppure se possa essere affissa o, comunque, depositata presso la sede della società – né con riguardo al caso in cui i dirigenti non rispondano, posto che non è offerto ai soci alcun rimedio per reagire alla loro eventuale inerzia; la dottrina ⁽³⁷⁾, tuttavia, ritiene che essi siano chiamati a rispondere per colpa secondo il diritto

⁽³⁵⁾ Nel silenzio della legge, si ritiene che la comunicazione debba assumere la veste formale della lettera raccomandata con avviso di ricevimento, che meglio assolverebbe anche un eventuale onere probatorio in sede giudiziaria.

⁽³⁶⁾ Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, cit., p. 97, si interroga se sia possibile per il socio modificare, eventualmente, i termini della domanda rivolta ai dirigenti con riferimento alla situazione economica e patrimoniale dell'impresa, andando a chiedere, quindi, informazioni aggiuntive. La risposta, secondo l'Autore, dovrebbe essere positiva, a condizione che i soci non si discostino troppo dal perimetro che avevano inizialmente tracciato.

⁽³⁷⁾ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 130.

civile e che, altresì, incorrano nel *délit d'entrave* qualora non facciano pervenire una copia della risposta al revisore dei conti.

Ancora, i soci autori delle domande possono riferire, nel corso della successiva assemblea, circa la mancata risposta o la risposta insufficiente, nonché possono rivolgersi, secondo le regole del *droit commun*, al presidente del tribunale di commercio affinché quest'ultimo disponga, all'esito di un procedimento camerale, la convocazione di un'assemblea generale oppure la nomina di uno o più esperti di gestione dell'impresa al fine di coadiuvare i dirigenti; ancora una volta, è bene ricordare che, similmente a quanto accade nell'allerta promossa dal *comité sociale et économique*, al *commissaire* è data comunicazione della risposta, per cui, qualora quest'ultimo reputi che la condizione economica e finanziaria dell'impresa sia tale da pregiudicare la prosecuzione dell'attività, egli sarà obbligato ad attivare il meccanismo di allarme.

Un'ultima annotazione riguarda il fatto che l'esercizio del diritto di allerta dei soci sia, tuttavia, limitato sotto il profilo temporale: essi, infatti, sono ammessi a esercitarlo per sole due volte nel corso dell'esercizio dell'impresa, a prescindere dal numero delle difficoltà emerse e dalla frequenza con cui esse si verificano. Tale limite non deve essere inteso, naturalmente, *strictu sensu*, ben potendo i soci porre ai dirigenti più domande, anche in numero illimitato, benché in due sole *tranche*, e deve essere calcolato *per capita* – dovendo altresì considerare, beninteso, il limite della percentuale di detenzione del capitale – non globalmente per l'intera platea dei soci ⁽³⁸⁾. La previsione *de qua* assolve la funzione di evitare il rischio di un ricorso indebito alla stessa procedura di allerta, al fine di scongiurare la possibilità che i soci interferiscano, ostacolandola, con la gestione dell'impresa ponendo una serie di questioni atta a paralizzare l'azione dei dirigenti ⁽³⁹⁾.

⁽³⁸⁾ Ivi, p. 129, ove si puntualizza come un'eventuale lettura della norma in senso contrario ridurrebbe la portata del meccanismo al punto da renderlo inutile.

⁽³⁹⁾ Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, cit., p. 95, ove si riporta che, come emerso nel 1983 durante una seduta parlamentare di discussione del progetto di legge che sarebbe stato emanato l'anno seguente, l'intento è quello di evitare che i dirigenti sottraggano, nel leggere e rispondere alle domande, tempo che, invece, dovrebbero consacrare alla gestione dell'impresa.

5. *L'allerta esterna. Il procedimento su iniziativa dei groupement de prévention agréé.*

Esaurito l'esame delle procedure di allerta interna, occorre procedere con lo studiare i due peculiarissimi meccanismi di allerta esterna, analizzando, in primo luogo, la scarsa disciplina prevista con riferimento all'allerta dei *groupement de prévention agréé* e, nel successivo paragrafo, la *procédure* posta in essere dal presidente del tribunale di commercio, il quale, si è visto, può essere chiamato a rivestire un ruolo-chiave anche nel procedimento di allerta lanciato dal *commissaire aux comptes*.

Per quanto concerne i *groupement de prévention agréé*, essi sono stati creati, contestualmente all'introduzione delle procedure di allerta, in forza della *loi* 1° marzo 1984, n. 84-148, sulla scorta del principio per cui non è sufficiente che l'imprenditore tenga la contabilità con regolarità, ma è necessario che egli sia in grado di esaminarla adeguatamente e trarne le corrette conclusioni: la funzione da essi assolta, scolpita nell'art. L.611-1, comma 2 del *Code de commerce*, consiste, infatti, nel fornire ai propri aderenti, in modo confidenziale, un'analisi delle informazioni economiche, contabili e finanziarie che gli stessi membri si impegnano a trasmettere loro regolarmente.

Come si accennava poc'anzi, il legislatore non si è curato di regolamentare con puntualità l'allerta dei *groupement*, racchiudendo la loro legittimazione in un unico comma, il terzo, dell'art. L.611-1, ivi condensando, altresì, l'intero svolgimento della procedura: qualora essi, nell'adempiere al compito di esame delle informazioni riferite alla situazione economica dei propri aderenti, dovessero rilevare degli «*indices de difficultés*», ne informano lo *chef d'entreprise* e possono suggerire l'intervento di un esperto, che si configura, quindi, come meramente facoltativo, dipendendo dalla natura degli indici riscontrati.

La legge non si dilunga a specificare alcunché d'altro: nulla è disposto con riferimento alle modalità di nomina dell'esperto, né all'effettivo ruolo e ai concreti compiti che questo dovrebbe svolgere nella sua veste di «aiutante» dell'imprenditore. In ogni caso, in seguito all'informazione ricevuta dal *groupement*, si ritiene che l'imprenditore sia totalmente libero di decidere se dare seguito all'avviso, ponendo in essere misure di risanamento necessarie a riportare l'impresa *in bonis*, oppure se disattenderlo, rimanendo inerte, senza, per questo, incorrere in alcuna sanzione.

L'imprenditore è l'unico interlocutore del *groupement*, che è gravato da una *obligation de confidentialité*, essendo i propri membri tenuti a osservare,

nell'esercizio delle loro mansioni, il segreto professionale ⁽⁴⁰⁾: è solo il dirigente, quindi, a decidere quale debba essere la diffusione da accordare alle informazioni che ha ricevuto. Parte della dottrina ritiene, tuttavia, che le informazioni fornite all'imprenditore possano essere altresì trasmesse al *comité sociale et économique* e ai soci qualora essi ne facciano richiesta, nonché esatte dal *commissaire aux comptes*: esse sarebbero, pertanto, suscettibili di essere trasmesse agli organi detentori dei meccanismi di allerta interna; in ogni caso, il *groupement* non è tenuto in alcun modo a informare il presidente del tribunale di commercio.

6. Segue. *Il potere di convocazione del presidente del tribunale.*

Se è vero che la promozione di un meccanismo esogeno di allarme è affidata, come si è appena visto, anche ai *groupement de prévention agréé*, è innegabile che a costituire il pressoché assoluto protagonista dell'allerta esterna francese sia il *président du tribunal de commerce*: se questo era stato, invero, coinvolto dal *commissaire aux comptes* nella quarta e ultima fase dell'allerta da quest'ultimo promosso, benché a titolo meramente informativo e solo previo esaurimento delle vie endosocietarie, egli diviene ora titolare di un apposito e autonomo potere di convocazione innanzi a sé dei dirigenti al fine di dare luogo a un incontro di tipo cognitivo e di natura confidenziale.

L'art. L.611-2, par. I, comma 1 del *Code de commerce* dispone che, qualora risulti da qualunque «*acte, document ou procédure*» che una società commerciale, un *groupement d'intérêt économique* o un'impresa individuale, esercente un'attività commerciale o artigianale, stia attraversando delle «*difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*», i dirigenti di questi possano essere convocati dal presidente del tribunale ⁽⁴¹⁾.

Secondo quanto previsto dall'art. R.600-1, il tribunale territorialmente competente a conoscere delle procedure di cui al libro VI del *Code* (*id est*: tutte le procedure relative alla crisi d'impresa) è quello che si trova nella circoscrizione in

⁽⁴⁰⁾ Il riferimento alla confidenzialità della procedura è del tutto assente nel dettato del *Code de commerce*; esso era presente, tuttavia, all'interno della legge istitutiva dei *groupement* e della relativa procedura di allerta, segnatamente all'art. 33, mentre l'obbligo gravante sui membri era contemplato ai sensi dell'art. 5, comma 4 del *décret* del 27 agosto 1985.

⁽⁴¹⁾ L'art. L.611-2-1 prevede che le disposizioni dell'art. L.611-2 trovino applicazione anche nei confronti delle persone giuridiche di diritto privato e delle persone fisiche esercitanti un'attività professionale agricola o indipendente, ivi compresa una qualsiasi libera professione soggetta a uno statuto legislativo o regolamentare oppure il cui titolo sia protetto; in queste ipotesi, tuttavia, a essere competente è il *tribunal judiciaire*, il cui presidente esercita gli stessi poteri che la legge conferisce al presidente del tribunale di commercio.

cui la persona giuridica ha stabilito la propria sede legale oppure, qualora si tratti di debitore persona fisica, nella circoscrizione in cui si trova il domicilio di quest'ultimo (*rectius*, ricorrendo all'espressione usata dal legislatore francese, «*l'adresse de son entreprise ou de son activité*»).

Ai sensi dell'art. R.611-10 è disposto che il giudice faccia convocare dal cancelliere del tribunale di commercio – il quale non assisterà all'incontro – l'imprenditore o il rappresentante legale della persona giuridica tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento, che deve essere inviata almeno un mese prima della convocazione ⁽⁴²⁾. La lettera illustra le conseguenze cui l'imprenditore può andare incontro qualora decida di non presentarsi all'incontro, segnatamente dà l'avvertimento di cui all'art. L.611-2, par. I, comma 2, nonché i documenti contabili di cui deve munirsi ⁽⁴³⁾, fissando, altresì, la data e l'orario dell'incontro; alla lettera è allegata una nota redatta dal presidente del tribunale ove quest'ultimo espone per iscritto i fatti che hanno motivato la sua iniziativa, in ossequio al principio del contraddittorio.

L'imprenditore non è, tuttavia, obbligato a presentarsi dinanzi al presidente del tribunale e, conseguentemente non incorre in alcuna sanzione in caso di mancata comparizione.

Qualora il dirigente si presenti dinanzi al presidente del tribunale, egli prende parte a un incontro, tenuto in modo informale, durante il quale saranno consigliate delle misure atte a risanare la situazione dell'impresa: al fine di preservarne la confidenzialità, la legge esclude espressamente la presenza del cancelliere in aula; l'imprenditore, tuttavia, può decidere di recarsi in audizione accompagnato da propri esperti contabili o legali.

Malgrado la positiva risposta del dirigente alla chiamata del presidente del tribunale sia meramente facoltativa, potendosi sottrarre alla convocazione, il primo ha comunque interesse a mostrare una certa «*bonne volonté*» prendendo parte all'incontro, in ragione del fatto che, se in seguito le difficoltà economiche e finanziarie dell'impresa dovessero acuirsi e la società o il *groupement d'intérêt économique* fossero assoggettati a una procedura di *redressement judiciaire* o, a

⁽⁴²⁾ A. LIENHARD, *Procédures collectives*, in *Rec. Dalloz*, Dalmas, 2021, sostiene che tale termine, sufficientemente lungo, assolva la funzione di rispettare il principio del contraddittorio, consentendo all'imprenditore di «difendersi» (*rectius*, replicare alle osservazioni formulate dal presidente).

⁽⁴³⁾ I. ROHART-MESSAGER, *La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce*, in *Gaz. Pal.*, 2010, p. 5 ss., descrive che, ad esempio, il tribunale di commercio di Parigi domanda di munirsi dell'ultimo bilancio d'esercizio, di un documento descrivente lo stato dei debiti e dei crediti, e un altro documento previsionale attestante l'attività e la liquidità.

fortiori, di *liquidation judiciaire*, la loro responsabilità verrebbe più agevolmente investigata e accertata dall'autorità giudiziaria ⁽⁴⁴⁾.

Lo scopo dell'incontro consiste nel far sì che l'imprenditore si renda conto delle difficoltà economico-finanziarie che la propria impresa sta attraversando e, di concerto con il presidente del tribunale e gli eventuali esperti di cui intende avvalersi, pervenga al salvataggio dell'impresa in difficoltà, spesso mediante la costruzione di veri e propri piani di risanamento, che comportano, il più delle volte, aumenti di capitale e ricerche di nuovi *partner* commerciali, e solo raramente attraverso moratorie ⁽⁴⁵⁾. Il presidente del tribunale, dopo aver richiamato i motivi alla base della convocazione, ascolta la replica del dirigente, che può contestare o ammettere la situazione economica descritta dal giudice, illustrando, eventualmente, le misure che intende adottare per farvi fronte. In ogni caso, il presidente del tribunale non può né consigliare l'imprenditore ⁽⁴⁶⁾, né, *a fortiori*, ingerirsi nella direzione dell'impresa, finanche dettando le misure che il secondo dovrebbe adottare; egli può (*rectius*, deve), al contrario, attirare l'attenzione del debitore circa la sussistenza delle difficoltà che la sua impresa sta attraversando, dopo avergli posto ulteriori domande per comprendere ancor meglio la sua situazione economica, e confrontarsi con lui circa l'effettiva fattibilità ed efficacia delle misure prospettate ⁽⁴⁷⁾.

Se il giudice dovesse ritenere che l'imprenditore non possa risanare l'azienda, egli è chiamato a ricordare la possibilità di ricorrere agli strumenti giuridici tesi al *traitement* delle difficoltà ⁽⁴⁸⁾ o constatare che la sola soluzione a quel punto possibile risieda nell'apertura di una procedura concorsuale; in quest'ultima ipotesi, al fine di assicurare una netta separazione della fase di

⁽⁴⁴⁾ Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 137, nt. 135, ove l'Autrice, portando ad esempio due arresti, segnatamente Tribunale di commercio Valenciennes, 7 ottobre 2013, n. 2013-004542 e Appello Grenoble, 20 giugno 2013, n. 10-03.483, evidenzia come la giurisprudenza francese qualifichi tale *carence* dei dirigenti come un motivo legittimante l'esperimento di un'azione di responsabilità per insufficienza di attivo, al fine di acclarare, altresì, la colpa nella gestione dell'impresa.

⁽⁴⁵⁾ *Ivi*, pag. 137 ss.

⁽⁴⁶⁾ Così come non deve dare l'impressione di avere anche solo provato a dare consigli. Cfr. I. ROHART-MESSAGER, *La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce*, cit., p. 5 ss.

⁽⁴⁷⁾ Nel silenzio della legge, la dottrina ritiene sia preferibile che il giudice si limiti a fissare un solo incontro, poiché questo consente di scongiurare il rischio che il presidente del tribunale si trasformi da «informatore» a vero e proprio consigliere, assistendo l'imprenditore anche nella messa a punto del piano di risanamento. Nulla esclude, cionondimeno, che un secondo *rendez-vous* possa essere organizzato in determinate ipotesi, per esempio allorquando manchino i documenti contabili che il presidente aveva domandato all'imprenditore di recare con sé. Cfr. *Ibidem*.

⁽⁴⁸⁾ Si veda *infra* § 11.

prévention dell'insolvenza da quella del suo *traitement*, l'art. L.631-3-1 del *Code de commerce* vieta al giudice che, nel corso dell'incontro, venga a conoscenza di informazioni che possano ragionevolmente indurlo a credere che il debitore si trovi in uno stato di cessazione dei pagamenti (*id est*: di insolvenza), tale da legittimare il pubblico ministero a domandare l'apertura di una procedura di *redressement judiciaire* o di *liquidation judiciaire*, di prendere parte al collegio che giudicherà la controversia.

All'esito dell'incontro, l'art. R.611-11, comma 1 prescrive che il presidente del tribunale di commercio rediga un processo-verbale in cui siano contenuti unicamente la data e il luogo dell'incontro, nonché i nominativi di coloro che vi abbiano preso parte ⁽⁴⁹⁾; questi sono, inoltre, tenuti, unitamente al presidente del tribunale, a sottoscrivere il documento, che sarà poi depositato presso la cancelleria dell'ufficio giudiziario: tale previsione consente di assicurare la confidenzialità della procedura e, al contempo, di testimoniare l'intervento di carattere cognitivo del giudice.

Nell'ipotesi patologica in cui, invece, l'imprenditore non si rechi dinnanzi al presidente del tribunale di commercio per l'audizione, il cancelliere, ai sensi dell'art. R.611-11, comma 2, è tenuto lo stesso giorno a redigere, per poi depositarlo presso la cancelleria, un *procès-verbal de carence*, una copia del quale viene dallo stesso notificata, unitamente alla ricevuta di avviso provante l'avvenuta comunicazione della fissazione dell'incontro, all'imprenditore inerte mediante lettera raccomandata con avviso di ricevimento, senza venir comunicato in alcun modo all'autorità giudiziaria (*rectius*, al pubblico ministero). Nel caso di specie, la redazione del processo-verbale assolve una duplice funzione: da un lato, essa prova che il presidente del tribunale di commercio si sia effettivamente informato sull'andamento dell'impresa, controllando lo stato in cui questa versava, e abbia in seguito deciso di convocare l'imprenditore al fine di stimolarne un ravvedimento operoso, mentre, dall'altro lato, costituisce il momento a partire dal quale il giudice può esercitare un vero e proprio «potere di indagine» attribuitogli *ex lege*.

All'esito del colloquio tenuto oppure in seguito alla redazione del processo-verbale di «carezza», invero, il presidente del tribunale di commercio può, ai sensi dell'art. L.611-2, par. I, comma 2, domandare informazioni relative all'esatta situazione economica e finanziaria del debitore a un ampio ed eterogeneo ventaglio di soggetti: *commissaire aux comptes*, membri e rappresentanti del personale dipendente, pubbliche amministrazioni, organismi di

⁽⁴⁹⁾ Del colloquio non viene verbalizzato, quindi, il contenuto.

sicurezza e previdenza sociale, servizio incaricato della centralizzazione dei dati relativi ai rischi bancari e agli *incident de paiement* (*id est*: scoperti non autorizzati, nonché assegni, versamenti e prelievi non andati a buon fine). In ogni caso, il giudice non può né nominare un amministratore provvisorio cui affidare la gestione dell'impresa del debitore, né domandare la designazione di un esperto contabile per stilare un rapporto concernente lo stato economico di quest'ultima.

La previsione di una simile disposizione, che scolpisce il riconoscimento di un potere avente carattere eccezionale ⁽⁵⁰⁾ e da esercitare, quindi, in modo confidenziale, trova la propria *ratio legis* nel fatto che il presidente del tribunale possa essere legittimato a ricavare, dalla mancata comparizione dell'imprenditore all'incontro o dall'analisi della situazione economico-finanziaria dell'impresa cui lo stesso *chef d'entreprise* ha preso parte, l'esistenza, benché ancora latente, di uno stato di cessazione dei pagamenti.

L'art. R.611-12, comma 1 provvede a dettare puntualmente le forme con e i termini entro cui tali informazioni complementari debbano essere domandate: esse devono essere indirizzate agli organismi *de quibus* per iscritto, congiuntamente a una copia del processo-verbale, dell'incontro o di carenza, entro un mese ⁽⁵¹⁾; il *dies a quo* decorre, a seconda dei casi, dalla data fissata per il *tête-à-tête* con il presidente del tribunale o da quella in cui è stato redatto il *procès-verbal de carence*. Se la domanda osserva i predetti requisiti, i soggetti cui è destinata dovranno, secondo quanto disposto dal comma 2 del medesimo articolo, comunicare al presidente i ragguagli da questo richiesti entro un mese; qualora, al contrario, non dovesse rispondere alle prescrizioni di legge, essi non sono tenuti a rispondere (ad esempio, i *commissaire aux comptes* ben possono opporre il segreto professionale).

7. *Lo studio comparato dell'allerta: considerazioni introduttive.*

Un'indagine comparata non può prescindere dal dedicarsi, in via preliminare, all'elaborazione di una serie di valutazioni iniziali relative alla cornice giuridica entro cui il sistema di allerta si staglia.

⁽⁵⁰⁾ Così M.-H. MONSIEUR-BON, *Entreprise en difficulté: détection des difficultés*, cit.

⁽⁵¹⁾ Il dettato originario della legge prevedeva che tale termine fosse pari a tre mesi: la disposizione, malgrado non consentisse, forse, di rendere celere lo svolgimento della procedura di allerta *de qua*, presentava l'indubbio vantaggio di accordare all'imprenditore, prima di procedere alla richiesta di informazioni più approfondite, un arco di tempo sufficientemente esteso da poter verificare le effettive efficacia e tenuta delle misure di risanamento che avesse deciso di adottare.

Similmente all'esperienza italiana, il meccanismo dell'allerta elaborato dal legislatore francese ha dovuto attraversare più di qualche criticità prima di venire, finalmente, alla luce nel 1984: la prima, astratta, possibilità di introduzione delle *procédure* risale, invero, a circa un decennio prima, segnatamente al 1975, anno in cui venne elaborato il c.d. *rapport Sudreau*. Il 17 luglio 1974 l'allora Presidente della Repubblica francese Valéry Giscard d'Estaing aveva nominato un *Comité pour l'étude de la réforme de l'entreprise*, composto da «*personnalités [...] qui [...] représentent une grande richesse d'expérience, de compétence et de sensibilité*» ⁽⁵²⁾; si trattava, segnatamente, di tre imprenditori ⁽⁵³⁾, tre rappresentanti delle organizzazioni dei lavoratori ⁽⁵⁴⁾, tre docenti universitari ⁽⁵⁵⁾ e due alti funzionari ⁽⁵⁶⁾; esso terminò i lavori l'anno successivo, presentando il 7 febbraio 1975 al Presidente il *rapport Sudreau*, così denominato in onore di Pierre Sudreau, l'allora sindaco di Blois, il quale aveva, in precedenza, ricoperto il ruolo di ministro durante il governo di Charles de Gaulle e a cui venne affidato il compito di presiedere il *Comité*.

Il progetto apparve, fin da subito, particolarmente ambizioso: muovendo da un'analisi iniziale sulla situazione dell'impresa della società coeva, il comitato riteneva necessaria una «*réforme progressive*» del sistema francese, affinché questo potesse consentire «*la participation des salariés au contrôle et à l'information dans l'entreprise*» a più livelli e attraverso vie complementari; il *rapport* constava, poi, di una seconda parte, costituita da dieci capitoli, ognuno dei quali individuato da un titolo che suonava come un principio programmatico ⁽⁵⁷⁾ e tra cui emergeva, per ciò che qui rileva, l'ottavo, volto – e così intitolato – alla «*Prévention des difficultés des entreprises*» ⁽⁵⁸⁾, essendo teso all'individuazione

⁽⁵²⁾ Così A. CHATRIOT, *La réforme de l'entreprise. Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2012, p. 190, che riporta le parole usate dallo stesso presidente Sudreau.

⁽⁵³⁾ Si trattava di Edith Cross, rappresentante le piccolo-medie imprese, Georges Chavanes e Pierre Jouven, rappresentante di Pechiney, l'allora maggiore gruppo industriale francese.

⁽⁵⁴⁾ Erano Albert Detraz del sindacato *Confédération française démocratique du travail* (CFDT), Roger Lerda del sindacato *Force ouvrière* (FO) e Jean Paul Mouzin del sindacato *Confédération française de l'encadrement – Confédération générale des cadres* (CFE-CGC).

La *Confédération générale du travail* (CGT) aveva volontariamente deciso di non prendere parte ai lavori.

⁽⁵⁵⁾ I giuristi Michel Vasseur e Jean Maurice Verdier e il sociologo Jean Daniel Reynaud.

⁽⁵⁶⁾ Il consigliere di Stato Claude Lasry e il direttore di gabinetto del Ministero del Lavoro François Lagrange.

⁽⁵⁷⁾ Così G. E. COLOMBO, *Il Rapport Sudreau sulla riforma dell'impresa*, in *Riv. soc.*, 1975, p. 313.

⁽⁵⁸⁾ Gli altri capitoli erano, nell'ordine, intitolati: «Trasformare la vita quotidiana nell'impresa»; «Consacrare il posto dell'uomo nell'impresa»; «Adattare il diritto delle società alle

di mezzi idonei a prevenire le difficoltà delle imprese e aiutarle a superare i momenti di crisi. Ancora una volta, lo studio muoveva dal presupposto che gli imprenditori fossero tentati di scongiurare in ogni modo la dichiarazione di fallimento, occultando l'effettivo stato dell'impresa, lasciandosi andare all'umana tendenza di riporre delle «*espoir chimérique*» circa il futuro della propria attività: una simile situazione non avrebbe più potuto essere tollerata ⁽⁵⁹⁾, né si sarebbe potuto consentire ancora che le misure di risanamento venissero prese con «*trop de retard*».

La prima delle due proposte volte alla *prévention* verteva sull'utilità di raggruppare presso i tribunali di commercio una serie di dati attinenti a ciascuna impresa ⁽⁶⁰⁾, consentendo a tutti gli interessati di prenderne visione.

Il secondo rimedio riguardava, invece, la possibilità di attribuire a determinate categorie di soggetti, tutti, benché a vario titolo, parti costitutive dell'impresa – *commissaire aux comptes*, l'allora *comité d'entreprise*, soci, amministratori minoritari rappresentanti almeno un terzo dei membri del consiglio di amministrazione, creditori rappresentanti il 15% del passivo dell'impresa – un «diritto di intervento», *rectius*, la facoltà di rivolgere ai legali rappresentanti dell'impresa domande scritte per chiedere loro spiegazioni circa l'esistenza di fatti concordanti e seri che fossero sintomatici della crisi, nonché, qualora la risposta, da dare entro un mese, fosse stata ritenuta insufficiente, finanche mancante, di presentare un ricorso al tribunale di commercio.

realtà odierne»; «Rivalutare la situazione dell'azionista»; «Migliorare i meccanismi di partecipazione finanziaria dei salariati»; «Istituire nuovi tipi di società»; «Promuovere la creazione di imprese»; «Aggiornare le procedure di soluzione dei conflitti di lavoro»; «Inserire le finalità dell'impresa in quelle della società».

⁽⁵⁹⁾ A. CHATRIOT, *La réforme de l'entreprise. Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur*, cit., p. 191, cita il presidente Sudreau, secondo il quale «*La loi n'a des sens que si elle s'accompagne d'une modification des mentalités*».

J.-M. VERDIER, *Le rapport Sudreau*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1976, p. 774, sottolinea proprio tale aspetto con riguardo allo svolgimento dei lavori preparatori: l'Autore, membro del *Comité* e incaricato di presiedere una delle sottocommissioni costituite per la redazione del rapporto, racconta come quest'ultimo sia stato il frutto di un faticoso compromesso tra le istanze di cui gli esponenti erano portatori. In particolare, egli evidenzia come si sia reso conto di una «*quasi incompatibilité qui existe fréquemment entre les positions des dirigeants des grandes entreprises et celles des dirigeants de petites ou même de moyennes entreprises [...] Il est bien apparu que l'hostilité à des changements, dont certains apparaissent pourtant nécessaires même à des chefs d'entreprise, venait souvent des petites ou moyennes entreprises: leurs dirigeants sont moins préparés aux mutations, ils perçoivent moins aussi les besoins nouveaux, et parfois sont moins sensibles aux aspirations nouvelles. De là sont résultés, dans certains groupes de travail, des blocages qui n'ont pas pu être surmontés*».

⁽⁶⁰⁾ G. E. COLOMBO, *Il Rapporto Sudreau sulla riforma dell'impresa*, cit., p. 322, indica che si trattasse dei conti annuali; dello stato delle ipoteche, dei pegni e dei protesti; degli impegni fuori bilancio; delle fidejussioni prestate da dirigenti o da terzi a favore dell'impresa.

Le proposte contenute nel *rapport Sudreau* confluirono in un primo progetto di legge, il n. 3214, relativo alla prevenzione e al trattamento delle difficoltà delle imprese, che venne depositato il 15 novembre 1977 senza, tuttavia, essere discusso a causa dell'imminente fine della legislatura. Da tale progetto, non ripresentato nel corso del successivo governo, gemmarono in seguito tre proposte di legge, una delle quali, la n. 974, era, giustappunto, dedicata alla *prévention* ⁽⁶¹⁾. Essa venne depositata presso l'Assemblée nationale (*id est*: la Camera dei deputati francese) il 12 aprile 1979 e prometteva di raggiungere tre obiettivi principali: migliorare l'informazione dei dirigenti, degli azionisti e dei lavoratori sull'andamento dell'impresa, specialmente con riguardo all'evoluzione della situazione finanziaria di questa; allestire una procedura di allerta; condurre i dirigenti a ricostruire più rapidamente fondi propri dell'impresa in caso di perdita dell'attivo. Il progetto venne assegnato alla Commissione Giustizia dell'Assemblée, che lo modificò così profondamente da alzare una levata di scudi tra i deputati, la quale condusse, inevitabilmente, a una definitiva mancata approvazione che ne impedì persino un esame da parte del *Sénat* ⁽⁶²⁾: come si è già avuto modo di vedere, invero, è solo il 1° marzo 1984 che la legge n. 84-148 sull'allerta vide, finalmente, la luce.

Un'altra riflessione merita la *sedes materiae* in cui è stata collocata la disciplina dell'allerta. Se, come si è esaminato, il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza costituisce l'unico *corpus* normativo in cui è ormai racchiusa, con la sola eccezione dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza ⁽⁶³⁾, la materia concorsuale italiana, ivi compresa la disciplina degli

⁽⁶¹⁾ Nella seduta n. 2 del 18 aprile 1980, il deputato Ala in Hauteœur rimarcò, con preveggenza cinismo, che l'uso della tecnica della «frammentazione» fosse sintomatico del fatto che il progetto *de quo*, al pari degli altri, sarebbe di lì a poco abortito, dato che il deposito contestuale di questi ne avrebbe certamente impedito una simultanea presentazione in aula.

⁽⁶²⁾ Nella seduta di cui *supra* nt. 61, il parlamentare Hauteœur fu autore di un'ulteriore censura: già critico nei confronti della stesura globale del progetto redatto dal Governo, secondo lui eccessivamente prolisso, pronunciò parole aspre contro le modifiche apportate dalla Commissione, ritenendo che queste avessero contribuito a rendere il primo ancor peggiore. La Commissione, infatti, aveva aggiunto al progetto numerose disposizioni di varia natura tali per cui «il faut faire un effort important pour retrouver, dans ce fatras, les articles consacrés à la prévention des difficultés des entreprises»; al mutamento del contenuto era stata accompagnata una nuova denominazione del progetto, allora chiamato «*Projet de loi tendant à améliorer le fonctionnement des sociétés commerciales, l'information et la protection des actionnaires et à défendre l'épargne*»: il deputato ne condannava la scelta, sostenendo che il *focus* della riforma, l'introduzione di una disciplina sull'allerta, dovesse altresì risultare dal titolo, ove, invece, era stato rimosso qualsiasi termine che rimandasse alla *prévention*, indice di come questa fosse, di fatto, un obiettivo solo secondario della Commissione.

⁽⁶³⁾ Nel corso dell'iter parlamentare del CCII, segnatamente durante la seduta n. 627 tenutasi il 18 maggio 2016, la presidenza della Camera dei deputati ha, invero, deliberato lo stralcio dal disegno di legge A.C. 3671 dell'articolo 15, rubricato *Amministrazione straordinaria*,

strumenti di allerta, essendo questo interamente sostituito del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e della legge 27 gennaio 2012, n. 3 sul sovraindebitamento, lo stesso non può dirsi della regolamentazione francese. La legge del 1984, invero, era intervenuta su più fronti: con riferimento all'allerta, essa aveva, da un lato, introdotto, ai sensi degli artt. 11, 20, 21 e 25, nuove disposizioni al dettato di leggi già esistenti, segnatamente quelle della *loi* 24 luglio 1966, n. 66-537 sulle *société commerciale* e dell'*ordonnance* 23 settembre 1967, n. 67-821 sui *groupement d'intérêt économique*, mentre, dall'altro, aveva provveduto a dettare al proprio interno una nuova disciplina, a mente degli artt. 27 e 29, sulle persone giuridiche di diritto privato non commercianti che esercitano un'attività economica e, ai sensi dell'art. 33, sui *groupement de prévention agréé*. I due testi legislativi furono abrogati – più precisamente, l'*ordonnance* è, ancora oggi, parzialmente in vigore, tuttavia chi scrive si riferisce, naturalmente, alle disposizioni sull'allerta – dall'*ordonnance* 18 settembre 2000, n. 2000-912 «*relative à la partie législative du Code de commerce*» e, sempre in forza di quest'ultima, le loro disposizioni, unitamente a quelle contenute nella legge del 1984 relative alle *personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique* e ai *groupement* confluirono nel *Code de commerce*.

Anche nella nuova *sedes materiae*, tuttavia, il legislatore non ha optato, come si è visto, per dedicare integralmente un *chapitre* del Codice all'allerta, in modo tale da disciplinare l'istituto unitariamente, essendo le disposizioni, al contrario, contenute nel *corpus* in modo sparso.

che confluì in un diverso apposito disegno, ridenominato A.C. 3671-ter e assegnato alla commissione Attività produttive in sede referente, suscitando non poche rimostanze tra gli operatori del diritto.

R. RORDORF, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 173 ss., si definisce «non rallegrato, francamente» da tale espunzione, in quanto «sarebbe [stato] invece importante tentare di ricondurre anche questo istituto, la cui rilevanza è fin troppo evidente, all'interno dei principi comuni della materia». Anche in *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019, p. 137 ss., il Presidente lamenta che la scelta in merito allo stralcio sia stata compiuta inopinatamente, in ragione della sola presentazione, a opera di alcuni parlamentari, di un disegno di legge dedicato alla riforma dell'amministrazione straordinaria, in modo da discuterne in modo unitario, salvo poi non essere mai stato approvato, e aver quindi lasciato la legge delega priva di una parte nient'affatto secondaria.

Nello stesso senso anche Carlo Orlando, consigliere nazionale del Consiglio nazionale forense, il quale, chiamato in audizione alla Camera dei deputati il 13 luglio 2016, si doleva del fatto che questa decisione «ci abbia tolto un po' quel sapore di organicità dell'intervento, perché lo demanda a tutt'altro tavolo e a tutt'altra situazione».

Ancora, la Banca d'Italia, nella memoria del 26 novembre 2018, criticava la riforma in quanto, proprio in ragione dello stralcio *de quo*, essa non riusciva a superare appieno la frammentazione delle regole della legge fallimentare.

Con riferimento al meccanismo di allerta promosso dai *commissaire aux comptes*, la disciplina è attualmente dettata, per le società anonime, dalle disposizioni di cui agli artt. L.234-1 e L.234-4, nonché da quelle di cui agli articoli la cui numerazione va da R.234-1 a R.234-4, mentre, per quanto riguarda le società diverse da quelle anonime, la disciplina è dettata dall'art. L.234-2 e dalle disposizioni contenute negli articoli da R.234-5 a R.234-7; tutte le disposizioni *de quibus* sono contenute nel libro II («*Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique*»), titolo III («*Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales*»), capitolo IV («*De la procédure d'alerte*») ⁽⁶⁴⁾. Per ciò che concerne le persone giuridiche di diritto privato non commercianti esercitanti un'attività economica, invece, la regolamentazione è contemplata ai sensi degli artt. L.612-3 e R.612-4 contenuti nel libro VI («*Des difficultés des entreprises*»), titolo I («*De la prévention des difficultés des entreprises*»), capitolo II («*Des dispositions applicables aux personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique*»): la rubrica del libro e del capitolo, che sembrano apparentemente suggerire di essere la sede in cui sia custodita l'intera disciplina delle *procédure d'alerte*, ben avrebbe potuto, invero, racchiudere quest'ultima, se non altro con riferimento all'allerta dei revisori legali dei conti, assolvendo così, benché parzialmente, una funzione di organicità.

Per quanto riguarda la procedura attivata dai soci, invece, la regolamentazione di questa è ancora più difformemente collocata nel *Code de commerce*: la disciplina riferita alle società anonime è enucleata agli artt. L.225-232 e R.225-164, mentre quella relativa alle società a responsabilità limitata è disposta a mente degli artt. L.223-36 e R.223-29: essi sono tutti contenuti nel libro II («*Des sociétés commerciales et des groupements d'intérêt économique*»), titolo II («*Dispositions particulières aux diverses sociétés commerciales*»), ma, mentre i primi sono contemplati nel capitolo V («*Des sociétés anonymes*»), sezione 5 («*Du contrôle des sociétés anonymes*»), i secondi sono contenuti nel capitolo III («*Des sociétés à responsabilité limitée*») ⁽⁶⁵⁾.

Per ciò che riguarda l'allerta esterna, invece, si è già detto come la regolamentazione, alquanto scarna, circa l'allerta dei *groupement de prévention*

⁽⁶⁴⁾ È bene premettere, fin da ora, che, con riferimento a ogni disposizione contenuta nei *Code*, la suddivisione in libri, titoli e capitoli della *partie législative* viene, infatti, adottata pedissequamente anche per la *partie réglementaire*.

⁽⁶⁵⁾ Occorre ricordare anche che la disciplina dell'allerta promossa dai soci nelle società in accomandita per azioni e nelle società per azioni «semplificate» è prevista, tramite espresso rinvio, rispettivamente agli artt. L.226-1 e L.227-1; entrambi contenuti nel libro II, titolo II, il primo si colloca all'interno del capitolo V («*Des sociétés en comandite par actions*»), mentre il secondo nel capitolo VII («*Des sociétés par actions simplifiées*»).

agr   sia condensata in un'unica disposizione, l'art. L.611-1, presente nel libro VI, titolo I, capitolo I («*De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation*») ⁽⁶⁶⁾, mentre la facolt   per il presidente del tribunale di commercio di esercitare il potere di convocazione degli imprenditori    prevista ai sensi degli artt. L.611-2 e L.611-2-1, nonch   dalle disposizioni di cui agli articoli che vanno dall'art. R.611-10 all'art. R.611-12, contenuti anch'essi nel primo titolo del primo capitolo del libro I ⁽⁶⁷⁾.

Non solo: si    gi   avuto modo di vedere come l'allerta lanciata dal *comit   sociale et économique* non sia regolamentata all'interno del *Code de commerce*, bens   in un altro *corpus* normativo, il *Code du travail*. Tale puntualizzazione rileva non solamente da un punto di vista formale, quindi quello attenente unicamente al diritto sostanziale, posto che da essa discendono dirette conseguenze anche sotto il profilo del diritto processuale: infatti, posto che le controversie aventi a oggetto le procedure di allerta sono tutte decise in primo grado dai *tribunal de commerce* dislocati sul territorio della Repubblica francese, nei gradi successivi, esse, se riferite a una delle *procédure* di cui al *Code de commerce*, vengono giudicate dalla *Chambre commerciale, économique et financière* delle corti di appello e della *Cour de cassation*, mentre, qualora concernessero l'allerta lanciata dal CSE, sarebbero decise dalla *Chambre sociale* dei giudici del gravame e della Suprema Corte ⁽⁶⁸⁾.

Un'ultima, importante considerazione riguarda il profilo soggettivo di applicazione delle procedure di allerta: il legislatore italiano, consapevole della maggior presenza di piccolo-medie azienda nella composizione del tessuto

⁽⁶⁶⁾ Alla luce della rubrica del capitolo del *Code de quo*, si rende quantomai evidente quanto ribadito poc'anzi a proposito della bont   e dell'adeguatezza del libro VI, titolo I del *Code de commerce* come *sedes materiae* in cui contemplare l'intera disciplina dell'allerta: come si    gi   accennato – e a breve si tratter   pi   nel dettaglio – il *mandat ad hoc* e la *conciliation* non necessariamente devono, tuttavia ben *possono*, costituire l'esito di una procedura di allerta, correttamente sollecitata, nell'eventualit   in cui, tuttavia, il debitore non riesca a fare fronte da s   alla crisi mediante propri interventi, necessitando l'intervento di un *mandataire ad hoc* o di un *conciliateur*.

⁽⁶⁷⁾ Alla luce di quanto esposto, si evidenzia come, col solo riferimento al caso di specie, il legislatore abbia provveduto a regolare in modo piuttosto lineare, non attraverso – lo si ripete – un'apposita *sedes materiae*, ma adottando, rispetto a questa sola macrocategoria di allerta, una certa continuit   normativa, in relazione alla successione dell'articolato, facendo seguire alla regolamentazione dell'allerta dei *groupement* quella che pu   essere a dottata dal *président du tribunal de commerce*.

⁽⁶⁸⁾ La Corte di Cassazione francese, avente sede nella capitale Parigi, consta di sei *chambre* (corrispondenti alle sezioni della Suprema Corte italiana) complessive: tre sezioni civili *strictu sensu*, la *première chambre civile*, la *deuxième chambre civile* e la *troisième chambre civile*; la *chambre commerciale, économique et financière*; la *chambre sociale*; la *chambre criminelle* (*id est*: la sezione penale).

imprenditoriale nazionale, è stato maggiormente attento alle imprese di modeste dimensioni, le quali non solo sono, di fatto, le principali destinatarie degli strumenti di allerta, anche alla luce della minore predisposizione dell'imprenditore individuale, soprattutto se a capo di un'impresa a conduzione familiare, a fare fronte alla reale situazione economico-finanziaria in cui quest'ultima versa, ma anche le protagoniste di una riforma del diritto commerciale che ha evidenziato l'importanza di dotarsi di assetti organizzativi, amministrativi e contabili che consentano, nell'ipotesi fisiologica, di prevenire la crisi e, in caso contrario, di porre a questa rimedio. Al contrario, il legislatore francese ha, seppur implicitamente, previsto un'attuazione generalizzata delle procedure di allerta: nel silenzio della legge, infatti, deve intendersi che queste trovino applicazione nei confronti di tutte le imprese, individuali o in forma collettiva, a prescindere dalla tipologia di attività esercitata e dal mercato in cui esse operano; non sono presenti, infatti, limiti con riguardo né alle imprese di grandi dimensioni, né a quelle – la cui esclusione da parte del legislatore italiano, lo si ricorderà, aveva destato critiche da parte della dottrina – quotate in borsa o in altro mercato regolamentato⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ Si veda, ad esempio, Cass. com., 23 marzo 2010, n. 09-65.827, in www.legifrance.gouv.fr, con nota di A. LIENHARD, *Utilisation d'information privilégiée: déclenchement d'une procédure d'alerte*, in *Rev. soc.*, 2010, p. 174 ss., riguardante l'apertura di una procedura di allerta nei confronti della società Groupe Focal. La controversia non verte, in realtà, sull'allerta, bensì sulla qualificazione dell'apertura di una tale procedura come «informazione privilegiata» ai sensi dell'allora art. 621-1 del regolamento generale dell'*Autorité des marchés financiers* (AMF, corrispondente alla nostra CONSOB): l'AMF, di avviso positivo rispetto alla questione, aveva irrogato una sanzione pecuniaria nei confronti del presidente del consiglio di amministrazione della società poiché non aveva reso edotto il pubblico dell'allerta, vedendo il proprio convincimento confermato anche dalla Corte di appello di Parigi, la quale aveva respinto il gravame proposto dal *manager*. La Corte di cassazione ha, in seguito, rigettato il ricorso dell'amministratore, il quale sosteneva che, sebbene la procedura di allerta fosse stata avviata solo il 9 dicembre 2003, le difficoltà attraversate dalla società erano note e, quindi, pubbliche, già dal 16 ottobre dello stesso anno: secondo la Suprema Corte francese, infatti, l'avvio di una procedura di allerta costituisce un evento distinto dai fatti che hanno giustificato quest'ultima, avendo la notizia della prima natura tale da costituire essa stessa informazione privilegiata, indipendentemente dal fatto che lo sia anche l'esistenza di difficoltà economiche attraversate dall'impresa.

È bene sottolineare che il totale «disinteresse» mostrato dal legislatore francese con riguardo al dettare una – anche solo accennata – disciplina concernente il presupposto soggettivo dell'allerta ha costituito terreno fertile per l'insorgere di alcune spinose *vexatae quaestiones*, soprattutto con riferimento ai gruppi di società, la cui risoluzione è stata interamente demandata al formante giurisprudenziale.

Si veda, ad esempio, Cass. soc., 21 settembre 2016, n. 15-17.658, in www.legifrance.gouv.fr: la fattispecie concerne l'attivazione, in data 27 marzo 2012, di una procedura di allerta da parte dell'allora *comité d'entreprise* (id est: l'attuale CSE) della società Avon Polymères France, filiale dell'Avon Automobiles, integralmente detenuta, a propria volta, dalla società MGI Courier, durante la quale il comitato aveva altresì provveduto a nominare un

La scelta operata del legislatore d'oltralpe è stata pienamente sposata anche da quello comunitario: in un primo momento, in realtà, la Commissione

expert-comptable che lo coadiuvasse, avendo i lavoratori dipendenti stessi ritenuto insoddisfacenti e inadeguate le risposte fornite dalla società Avon Polymères sulla situazione economica e finanziaria della MGI Courier. La società Avon si era così rivolta al *tribunal de grande instance* affinché questo pronunciasse la sospensione della procedura: vedendo la domanda rigettata, propose poi appello, ma i giudici di secondo grado si uniformarono alla sentenza resa nel primo grado di giudizio. La società propose così ricorso in Cassazione, fondando quest'ultimo sull'argomentazione che, in primo luogo, essa aveva risposto alle domande rivolte dal *comité* sulla propria strategia sotto i profili economico, industriale e sociale; in secondo luogo, l'avvio della procedura di allerta e la missione dell'esperto contabile non giustificavano una tale ingerenza nella gestione aziendale della persona giuridica detentrici del capitale sociale, culminata nella richiesta di comunicazione dei nomi dei fornitori, della loro localizzazione, del volume di acquisto che rappresentavano e, soprattutto, per ciascun stabilimento della società MGI Courier, dei rendiconti, del *business plan* di lì a tre anni, dell'analisi dei profitti e dei portafogli dei prodotti, nonché delle assunzioni, dei licenziamenti del personale, degli investimenti e dei progetti di investimento. La Suprema Corte, pur «trincerandosi dietro l'insindacabile apprezzamento dei giudici di merito» – queste le parole di F. MACORIG-VENIER, *Alerte du comité d'entreprise: périmètre élargi de l'alerte déclenchée dans une filiale*, in *RTD Com.*, 2017, p. 169 – si adoperava per rimarcare la fondatezza della motivazione della Corte di appello di Rennes, la quale, nell'esercizio del suo potere sovrano di apprezzamento, ha ritenuto che la situazione finanziaria della società Avon Polymères France – estremamente delicata nella misura in cui il suo capitale sociale era integralmente detenuto dalla società MGI Courier, essendo quest'ultima stata costretta ad apportarle mensilmente, a partire dall'inizio del 2012, una somma compresa tra euro 350.000 e 400.000 al fine di permetterle di fare fronte al pagamento dei dipendenti e, più in generale, alla contabilità – rendeva indispensabile per il *comité* ottenere informazioni sulla strategia della società madre nei confronti della sua filiale in ragione della situazione di dipendenza di quest'ultima.

L'arresto *de quo* è stato oggetto di numerose note a sentenza, che testimoniano come anche la dottrina francese sia divisa rispetto alla lettura da dare al provvedimento: se, da un lato, vi è chi – come F. MACORIG-VENIER, *Alerte du comité d'entreprise: périmètre élargi de l'alerte déclenchée dans une filiale*, cit., p. 169; F. PETIT, *La poursuite de la procédure d'alerte économique déclenchée par un comité d'entreprise*, in *Rev. soc.*, 2017, p. 378 ss. – sostiene che la giurisprudenza abbia avallato un ampliamento del perimetro dell'allerta, dall'altro vi è anche chi – come A. DONNETTE-BOISSIÈRE, *Droit d'alerte du comité d'entreprise au sein d'une filiale: la société mère peut être concernée*, in *BJE*, 2017, p. 43 ss. – ritiene che non si debba confondere il perimetro dell'allerta, che resta l'impresa, e il contenuto delle informazioni necessarie alla comprensione della situazione economica dell'impresa interessata dalla procedura di allerta, poiché se quest'ultima è la filiale di una società che detiene il suo capitale e da cui dipende finanziariamente, il *comité*, al pari dell'esperto contabile, non può concretamente conoscere dell'effettiva situazione della propria impresa se non attraverso le informazioni riguardanti la società madre, nello specifico quelle relative alle strategie che questa intende adottare rispetto alla filiale stessa. La situazione finanziaria della filiale, estremamente delicata al punto da costringere la società madre a versarle un cospicuo contributo mensile, rende indispensabile l'ottenimento di informazioni sulla strategia della seconda nei suoi riguardi: è proprio e solo la situazione di dipendenza economica in cui la filiale versa che consente di configurare in capo al *comité* un diritto a conoscere quale sia la strategia della società madre, essendo quest'ultima in grado di assumere decisioni che ben potrebbero riguardarla. Ai giudici di merito, in conclusione, spetterà il compito di apprezzare, caso per caso, in funzione del grado di interconnessione tra la società madre e la filiale, se, in primo luogo, il *comité* possa o meno porre questioni relative alla strategia della società madre rispetto alla sua filiale e, in seconda istanza, se l'esperto possa o meno reclamare documenti che consentano di fare chiarezza su tale strategia.

europea aveva prospettato, a mente dell'art. 3, comma 3 della proposta di direttiva COM(2016) 723 del 22 novembre 2016, la possibilità per gli Stati membri di limitare l'accesso agli strumenti di allerta alle piccole e medie imprese o agli imprenditori, lasciando inferire che le procedure di allerta trovassero quali destinatari esattamente quelle tipologie di imprese che hanno costituito il principale oggetto dell'attenzione del legislatore italiano. Nel corso dell'*iter* di emanazione della direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019, tuttavia, il convincimento del legislatore dell'Unione è mutato: se all'art. 4, dedicato alla disciplina delle misure di allerta, è stato espunto ogni accenno alle dimensioni delle imprese, è possibile rinvenire il riferimento a queste nel considerando 22, ove il Parlamento europeo e il Consiglio, sotto suggerimento della Presidenza di quest'ultimo, hanno previsto che gli Stati membri debbano essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce *in funzione delle dimensioni delle imprese*.

Se, da un lato, il legislatore italiano dovrà, quindi, farsi trovare pronto a modificare diligentemente la disciplina del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza per estendere l'ambito applicativo delle procedure di allerta al fine di ricomprendervi anche le aziende dotate di maggiori struttura e complessità, anche il *législateur* dovrà fare i conti con la successiva parte del considerando: la disciplina dell'*alerte* è sì di portata generale – quindi pienamente conforme, sotto questo profilo, al dettato Ue – ma è, altresì, del tutto priva di qualsiasi puntualizzazione con riguardo alle diverse tipologie di imprese potenzialmente coinvolte nelle procedure di allerta. Tale lacuna aveva causato, e continuerà a causare fino a quando non vi si porrà rimedio attraverso un intervento correttivo, non pochi problemi di carattere applicativo, la cui risoluzione era stata finora interamente demandata alla giurisprudenza ⁽⁷⁰⁾: con l'entrata in vigore della direttiva, invece, anche la Francia dovrà opportunamente modificare la propria disciplina dell'allerta, in modo da stabilire specifiche disposizioni per le imprese e i gruppi di grandi dimensioni, tenendo conto delle loro peculiarità.

8. *Raffronto dei presupposti oggettivi.*

L'attivazione del meccanismo di allerta interna ed esterna italiano e quella del modello francese sono originate da situazioni economiche tra loro molto differenti: tale diversità trova piena legittimazione e avvallo da parte dell'Unione europea, posto che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, lett. b) della direttiva (UE)

⁽⁷⁰⁾ Si veda *supra* nt. 69.

2019/1023, la definizione del concetto di «probabilità di insolvenza», cui, in generale, sono ancorate le procedure di allerta, è interamente rimessa al diritto nazionale dei singoli Stati membri.

L'Italia ha deciso di intervenire su due diversi fronti: essa ha, dapprima, provveduto a dotare, per la prima volta, la materia concorsuale di una definizione di crisi, circoscrivendo 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 regolarmente alle obbligazioni pianificate. Il legislatore ha, poi, previsto, ai sensi dell'art. 14, comma 1 CCII, di ricollegare la segnalazione da parte del collegio sindacale e dei revisori legali dei conti al consiglio di amministrazione e, solo eventualmente, all'OCRI al superamento di fondati indizi della crisi, che sono, si è visto, solo genericamente individuati *ex lege* ai sensi degli artt. 13, comma 1 e 24, comma 1, mentre il comma 2 incarica il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili affinché provveda a elaborare puntualmente, almeno ogni tre anni, gli indici *de quibus*: si tratta, in ogni caso, di indicatori che riguardano strettamente la situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa, rinvenibili, di fatto, alla luce di un'attenta disamina delle scritture contabili dell'impresa, posto che manifestano l'incapacità di quest'ultima a fare fronte, per almeno il semestre successivo, ai debiti contratti e a garantire prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso.

Al contrario, il *législateur* ha optato per ancorare l'avvio della procedura di allerta da parte dei *commissaire aux comptes* a «*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*»: nella legge non vi è affatto, quindi, traccia di una vera e propria definizione che circoscriva il perimetro dell'allerta, anzi, la locuzione impiegata è fortemente lata, idonea a ricomprendere al proprio interno più di una tipologia di evento che potrebbe condurre a un pericolo per la prosecuzione dell'attività d'impresa. Pur in assenza di una delimitazione letterale, è pacifico ritenere che la formula abbracci tutti quegli avvenimenti tali da poter compromettere la continuità aziendale: l'allora Ministro della Giustizia francese Robert Badinter, in occasione della discussione del progetto di legge durante la seduta n. 1 del 4 luglio 1983 dell'Assemblée nationale, ha espressamente ricondotto la formula utilizzata a una «*expression consacrée dans la langue anglosaxonne par les normes comptables internationales – going concern*», la cui portata è ampiamente conosciuta dai professionisti contabili. Il parametro di riferimento impiegato dal legislatore francese è, quindi, quello della compromissione o meno della continuità aziendale, con la conseguenza che i

revisori legali dei conti saranno obbligati a lanciare l'allerta allorquando l'impresa non sia in grado di proseguire la propria attività in condizioni di normalità.

Se il legislatore del 1984 ha deciso di non addentrarsi nella definizione di un presupposto oggettivo, limitandosi a rinviare ai principi contabili, di tutt'altro avviso era la commissione redattrice del *rapport Sudreau* nella prima metà degli anni Settanta: essa riteneva, infatti, che il meccanismo di allerta, da chiunque promosso, dovesse essere attivato solamente in presenza di segni innegabili di difficoltà reali o potenziali dell'impresa, che si sarebbero potuti estrinsecare sia in *ratio* (*id est*: rapporti) tra determinate voci di bilancio, correntemente usati nelle analisi finanziarie, sia nei c.d. «*clignotants*» (letteralmente, «lampeggianti», ossia «spie», segnali di allarme), quali differimenti, continuamente reiterati, delle scadenze; notificazione di protesti; mancato pagamento di contributi previdenziali e debiti fiscali ⁽⁷¹⁾; rifiuto della certificazione dei conti; perdita di tre quarti del capitale sociale; susseguirsi di tre esercizi in perdita ⁽⁷²⁾.

Nell'originale progetto presentato dal Governo dopo due anni, tuttavia, mancava qualsiasi riferimento, anche solo a titolo esemplificativo oppure indiretto, a indici dello stato di crisi; la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République (*id est*: la Commissione Giustizia) dell'Assemblée si era dimostrata, tuttavia, di opinione contraria e aveva enucleato, qualificandoli come fatti gravi rilevatori di specifiche difficoltà, una serie di indicatori manifestanti gli squilibri dell'impresa ⁽⁷³⁾, modificando conformemente la bozza governativa, la quale, invece, si limitava a indicare che il revisore avrebbe dovuto rilevare «*tout fait [...] révélant d'une façon significative une évolution préoccupante de la société*».

L'idea paventata dalla Commission di imbrigliare l'allerta interna dei *commissaire*, cercando di «oggettivizzarla» quanto più possibile inanellando indici della crisi, fu una delle principali cause che contribuirono al definitivo naufragio del primo progetto nell'aprile 1980, poiché qualsiasi elencazione, malgrado idonea ad assicurare certezza sul piano applicativo, si sarebbe, tuttavia,

⁽⁷¹⁾ M.-H. MONSIEUR-BON, *Entreprise en difficulté: détection des difficultés*, cit.

⁽⁷²⁾ R. RUSSO, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2018, I, p. 129.

⁽⁷³⁾ Alcuni di questi sono gli stessi suggeriti dal *rapport Sudreau* (postergazioni delle scadenze del pagamento dei debiti, notificazione di protesti, mancato pagamento di contributi sociali e debiti fiscali), mentre altri erano stati individuati *ex novo* (ritardo nei pagamenti degli stipendi dei dipendenti; mancato rispetto delle date in cui si sarebbero dovute tenere le sedute dell'assemblea generale; rifiuto dell'approvazione del bilancio da parte di quest'ultima; perdite causanti una diminuzione dell'attivo netto non compensate dalla ricostituzione del capitale sociale, in conformità di quanto disposto dalla *loi* 24 luglio 1966, n. 66-537 sulle *société commerciale*).

rivelata, infine, fatalmente incompleta ⁽⁷⁴⁾. La Commissione Giustizia della Camera dei deputati francese, ferma nella sua posizione, rinnovò la propria proposta di modifica anche nel corso dei lavori parlamentari del 1983, ma i deputati, fortemente determinati a condurre in porto l'approvazione di un progetto, la rigettarono, sulla scorta del fatto che, anche qualora fosse stato stilato un elenco, quest'ultimo non avrebbe potuto che essere inteso come non tassativo. Il legislatore francese ha optato, quindi, per l'impiego di una formula avente volutamente carattere generale, in opposizione – concretizzatasi poi nel rigetto della proposta di modifica – al suggerimento della Commission di ridurre il rischio di «*excessive flexibilité*» di espressioni «*mal définies*» come quella di «situazione preoccupante», risultante dalla prima bozza del 1977 ⁽⁷⁵⁾.

Appurato il grado di ampiezza della formula impiegata dal legislatore, è bene cercare di individuare quali possano essere quei fatti che presentino una natura tale da compromettere la prosecuzione dello svolgimento dell'attività, soprattutto alla luce di un'ulteriore lacuna normativa nella legislazione francese, identica a quella esistente nell'ordinamento giuridico italiano, ossia la mancanza

⁽⁷⁴⁾ *Ibidem*, nt. 44.

Non solo: durante il corso della seduta, Charles Millon, portavoce della Commission des lois, aveva enunciato la previsione, da parte di questa, di altri indici della crisi. Si trattava di licenziamenti, per cause relative alla situazione economica, di uno o più lavoratori dipendenti, così come di ogni altra variazione relativa al personale; la *défaillance*, giuridicamente accertata, di un debitore dell'impresa; la costituzione di fidejussioni o altre garanzie da parte dei creditori dell'impresa; la mancanza di attivo immobiliare; la cessione delle partecipazioni finanziarie.

Jean-Paul Mouro, allora segretario di Stato, aveva evidenziato come alcuni di questi indici non potessero incidere in misura significativa sulla situazione dell'impresa: ad esempio, l'eventuale *défaillance* del debitore, soprattutto allorché il credito vantato sia di modesta entità, non costituisce un elemento particolarmente allarmante.

Allo stesso modo, il deputato Bertrand de Maigret aveva sottolineato come l'aggravamento della propria esposizione debitoria, non espressamente menzionato nell'elenco, avrebbe potuto costituire un fatto manifestante pericolo per la società; allo stesso modo, una società che, in un periodo di «stretta creditizia», non si fosse vista rinnovare da parte degli istituti bancari le proprie linee di credito, avrebbe attraversato un problema «*fantastiquement préoccupant*»: anche tale fatto non risultava essere stato previsto dall'emendamento suggerito dalla Commission.

⁽⁷⁵⁾ La volontà da parte della Commissione Giustizia di rendere il presupposto dell'allerta quanto più oggettivo possibile non risulta evidente solamente dalla proposizione di un elenco di indicatori: tre anni dopo, nel corso della seduta n. 3 del 5 luglio 1983, essa aveva spinto l'Assemblée a rigettare l'emendamento che chiedeva di aggiungere gli avverbii «*gravement*» e «*durablement*» dopo l'espressione «*compromettre la continuité de l'exploitation*», in ragione del fatto che essa riteneva che la valutazione di questi, così come qualificata nella proposta, avrebbe attribuito al *commissaire* un margine di apprezzamento e, quindi, un grado di soggettività non indifferenti. Come si è visto, tali avverbii non sono stati poi recepiti nel dettato normativo del 1984, anche alla luce del fatto che, come acutamente sottolineato dal Guardasigilli durante la medesima seduta parlamentare, non è nell'istante in cui la situazione dell'impresa sia gravemente e durevolmente compromessa che una procedura di allerta deve essere avviata, altrimenti il ricorso a questa non arreherebbe alcun risultato utile.

di una puntuale definizione di continuità aziendale (*rectius*, «*continuité de l'exploitation*»). Considerando il soggetto chiamato a dare avvio alla procedura di allerta e il ruolo professionale che lo stesso ricopre all'interno dell'impresa, è evidente come i *fait* cui il legislatore si riferisce siano, in prima istanza, quei segni rilevatori di anormalità dell'equilibrio finanziario dell'impresa che risultino da un esame, anche solo *prima facie*, delle scritture contabili: si tratterà, ad esempio, di fondi propri insufficienti, da cui discende un'incapacità di autofinanziarsi; *continuum* di esercizi deficitari; situazione netta negativa; eccessivo indebitamento; deterioramento dei fondi di rotazione; mancati rinnovi o prosecuzioni di contratti fondamentali con i propri fornitori o clienti ⁽⁷⁶⁾.

Non solo: il documento *NEP 570 – Continuité de l'exploitation* ⁽⁷⁷⁾, redatto, nella sua ultima versione aggiornata al 2017, dalla Compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC, corrispondente al CNDCEC italiano), puntualizza che tra gli «*événement ou circonstance susceptible de mettre en cause la continuité de l'exploitation*» vi siano anche indici aventi «*nature opérationnelle*», elencando tra questi, a mero titolo esemplificativo, il licenziamento di lavoratori che ricoprivano un ruolo-chiave nell'impresa, senza che gli stessi vengano in seguito sostituiti; la perdita di un mercato importante o di quote di questo, in ragione dell'ingresso di imprese concorrenti; i conflitti con i lavoratori dipendenti; i mutamenti tecnologici, legislativi o regolamentari.

In ogni caso, prescindendo dalla classificazione dei fatti, la dottrina ritiene che questi debbano essere gravi, nonché tra loro concordanti e convergenti, in modo tale che l'avvertimento indirizzato ai dirigenti dell'impresa non sia né intempestivo, né infondato; la minaccia deve essere descritta in modo preciso e puntuale, così come il prossimo verificarsi della *défaillance* deve essere molto probabile: al *commissaire*, infatti, non è affidato il compito di apprezzare solamente quegli accadimenti o situazioni indici di una crisi che, sebbene latente, sia già esistente, ma altresì gli squilibri manifestanti una crisi in divenire, i quali potranno generare, di lì a poco, un aggravamento delle condizioni di esistenza e, quindi, di sopravvivenza dell'impresa sul mercato.

Alla luce di quanto sopra esposto, confrontando i presupposti oggettivi dell'allerta interna italiana e di quella francese, è possibile rilevare che la scelta del legislatore d'oltralpe di ancorare l'*alerte* a quei fattori che pregiudicano la continuità aziendale risulti essere maggiormente premiante. Come si è già avuto modo di esaminare, invero, la scienza aziendalistica ha rilevato come non sempre

⁽⁷⁶⁾ Cfr. M.-H. MONSIERE-BON, *Entreprise en difficulté: détection des difficultés*, cit.; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 111.

⁽⁷⁷⁾ Reperibile in www.cncc.fr.

uno squilibrio della situazione economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa venga arrecato da fatti che si verificano *intra moenia*, la cui evidenza è facilmente o, comunque, più agevolmente rinvenibile mediante un esame delle scritture contabili; al contrario, spesso la crisi è causata da eventi esogeni, rispetto ai quali l'imprenditore ha poco margine per intraprendere azioni di ristrutturazione: in questi casi, è evidente come questi fatti non possano essere in alcun modo rinvenibili dall'esame di un documento. Il legislatore italiano, di tutt'altro avviso, non ha ascoltato l'accurato appello del Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili – che, in audizione alla Camera dei deputati l'8 giugno 2016, aveva fin dall'inizio prospettato l'opportunità di ancorare l'allerta del revisore o del collegio sindacale incaricato della revisione legale al verificarsi di segnali per cui la continuità aziendale fosse venuta a mancare – e ha, invece, preferito ricollegare l'allerta interna alla sussistenza di indicatori della crisi che attengono, di fatto, alla sola situazione finanziaria dell'impresa, e ciò vale sia rispetto a quelli individuati *de iure* dal CCII, sia con riferimento al set di indici elaborati dal CNDCEC relativi all'esposizione debitoria, a vario titolo, dell'imprenditore e alla capacità di questo di farvi fronte. Si tratta di una scelta che, a ben vedere, mal si attaglia agli studi dell'economia aziendale – di cui il legislatore non avrebbe dovuto tenere conto solamente con riferimento alla mera nozione di crisi – poiché non contempla la possibilità che lo squilibrio sia generato da cause non endogene, ossia, per riprendere la classificazione di cui al Documento n. 570, da indicatori gestionali avulsi dal sistema di valori di bilancio, ma che ben possono ugualmente condurre l'impresa a uno stato, più o meno grave, di difficoltà.

Ad aver preso a riferimento l'allerta francese era stata, invece, la componente minoritaria della prima Commissione Trevisanato e, in seguito, la Commissione in composizione ristretta: la prima, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. b) dello schema di d.d.l., aveva previsto che i sindaci o i revisori avrebbero dovuto, innanzitutto, riferire tempestivamente all'organo amministrativo ogni circostanza idonea a pregiudicare la *continuità dell'impresa*, invitandolo a porre rimedio con idonee misure; la seconda, invece, aveva avanzato all'art. 10 del progetto di riforma l'ipotesi che nelle società di capitali gli organi di controllo, nonché il revisore contabile o la società di revisione, avrebbero dovuto comunicare all'organo amministrativo, per iscritto e senza ritardo, ogni fatto idoneo a pregiudicare la *continuità dell'impresa* di cui fossero venuti a conoscenza nell'esercizio delle proprie funzioni, invitandolo a porvi rimedio.

Dalle considerazioni suesposte discende – e il rilievo non è affatto di secondaria importanza – che, con riferimento all'allerta francese, trovino

applicazione gli International Accounting Standards (IAS) 1 in tema di presentazione del bilancio, i quali, lo si ricorderà, prevedono al paragrafo 26 che la direzione aziendale debba effettuare una valutazione della capacità dell'impresa di continuare a operare come un'entità in funzionamento, cui consegue la scelta di redigere il bilancio nella prospettiva della continuazione dell'attività o meno, tenendo conto di tutte le informazioni, note o conoscibili, disponibili sul futuro, che è relativo ad almeno, ma non limitato a, *dodici mesi* dopo la data di chiusura dell'esercizio. Si tratta di un arco temporale più dilatato e, quindi, più severo rispetto a quello adottato dal legislatore italiano, che, secondo quanto disposto all'art. 13, comma 1 CCII, richiede al debitore di essere in grado di sostenere il proprio debito per almeno il *semestre* successivo: se la Francia impone ai propri imprenditori di garantire una copertura dei debiti perlomeno annuale, in Italia ben potrebbe sorgere il rischio che l'allerta possa non essere avviata pur in presenza di parametri suscettibili di rilevare in un orizzonte di tempo superiore ai sei mesi e che la verifica sulla continuità aziendale avrebbe potuto individuare anzitempo.

Merita, infine, un ultimo, breve rilievo il momento in cui il revisore legale dei conti è chiamato a rilevare i fatti che potrebbero recare pregiudizio alla continuità aziendale: si tratta, in Francia così come in Italia, della cornice entro cui egli esercita la propria *mission* ⁽⁷⁸⁾ o funzione ⁽⁷⁹⁾, nonché, per quanto attiene alla sola *alerte*, ai fatti che risultino da documenti, evidentemente diversi da quelli contabili, che gli sono comunicati ⁽⁸⁰⁾. Da tale statuizione discende che il revisore non sia tenuto – e, se ne ricava *a contrario*, nemmeno sia legittimato a farlo – a calarsi nella veste di apposito «*detective*» degli indici della crisi, così effettuando una costante e sistematica ricerca di questi – la quale, senza dubbio, trascenderebbe dal ruolo che è chiamato a ricoprire nell'impresa: egli, quindi, non può procedere all'esercizio di «poteri investigativi» nei confronti dei soggetti protagonisti della vita dell'impresa volti a carpire informazioni diverse da quelle che può – e deve – rinvenire durante la mansione di controllo contabile, dovendo limitarsi a evidenziare solo quelle emerse nel corso dell'espletamento del proprio compito.

In Francia, anche l'allerta promossa dagli *associé* e dal *président du tribunal de commerce* è ricollegata, sotto il profilo del presupposto oggettivo, all'esistenza, rispettivamente, di *tout fait* e *difficulté* «*de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*»; per quanto concerne i primi, viene quantomai in rilievo il fatto che il *going concern* possa essere misurato ricorrendo a parametri

⁽⁷⁸⁾ Art. L.234-1, C. com.

⁽⁷⁹⁾ Art. 14, comma 1 CCII; lo stesso, naturalmente, vale anche per il collegio sindacale.

⁽⁸⁰⁾ Art. R.234-2, C. com.

non solo finanziari, ma altresì di natura gestoria: i soci, essendo, a differenza dei *commissaire*, inseriti internamente alla compagine sociale, sono maggiormente in grado di valutare se un determinato accadimento o una certa condotta tenuta dal dirigente siano tali da compromettere la continuità aziendale, fornendo un giudizio maggiormente «centrato» sulla gestione imprenditoriale.

Con riferimento al presidente del tribunale di commercio, invece, il criterio della convocazione del dirigente dell'impresa avviene sulla scorta di «*difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*» da lui conosciute: la nozione, avente margini decisamente ampi, è stata modificata rispetto al dettato della legge del 1° marzo 1984, n. 84-148, il cui art. 34 subordinava l'esercizio della facoltà da parte del *président* alla sussistenza di una perdita contabile netta superiore a un terzo dell'ammontare dei capitali propri al termine dell'esercizio.

Apparentemente, malgrado la somiglianza con il presupposto oggettivo adottato per l'allerta dei *commissaire*, esso sembra essere più ristretto rispetto a quest'ultimo, in ragione del fatto che, come si è già visto, l'art. L.611-2, par. I, comma 1 del *Code de commerce* limita gli indici di cui il presidente può tenere conto ai soli rilevati da «*tout acte, document ou procédure*», implicitamente escludendo ogni altro squilibrio che non possa essere provato per iscritto o non attenga a un procedimento di cui può venire a conoscenza. In realtà, il presidente del *tribunal de commerce* dispone di un ampio ventaglio di fonti dalle quali può ricavare gli indici *de quibus*: iscrizione di privilegi o garanzie – è evidente come tale indicatore debba essere letto con «*réalisme et bon sens*», tenendo conto della dimensione dell'impresa e dell'ammontare dell'iscrizione, soprattutto in ragione del fatto che potrebbe esservi una discrepanza tra quest'ultimo e l'ammontare delle somme effettivamente dovute ⁽⁸¹⁾; mancato deposito dei bilanci annuali; perdita di più della metà del capitale sociale; attivo netto negativo; differimento della data di convocazione delle assemblee generali della società – tale criterio deve, tuttavia, essere accompagnato da un altro indice ⁽⁸²⁾; pluralità di citazioni in giudizio con riferimento alla procedura concorsuale di *redressement judiciaire*; molteplici richieste di ingiunzione di pagamento formulate nei confronti dell'imprenditore; soccombenza in un processo importante all'esito del quale l'impresa sia stata condannata a pagare una somma manifestamente troppo grande ⁽⁸³⁾; informazioni fornite dai soci o dagli azionisti; richieste di pagamento, anche

⁽⁸¹⁾ I. ROHART-MESSAGER, *La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce*, cit., p. 5 ss.

⁽⁸²⁾ *Ibidem*.

⁽⁸³⁾ M.-J. CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, p. 978 ss.

prescindenti dall'iscrizione dei crediti, da parte dell'Agenzia delle entrate, delle Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (URSAFF, corrispondente all'INPS italiano), dell'Ispettorato del lavoro e dei sindacati professionali; formulazione, in misura crescente, da parte del dirigente di richieste di incontro con lo stesso presidente del tribunale di commercio.

Tali indici sono rinvenibili soprattutto in ragione del fatto che talune categorie di imprese ⁽⁸⁴⁾ sono obbligate a depositare i propri bilanci sociali presso il *registre du commerce et des sociétés* (RCS): in questo caso, posto che quest'ultimo è interamente gestito dalla *greffe* ⁽⁸⁵⁾ *du tribunal de commerce*, si rileverà fondamentale la collaborazione offerta al *président* dal cancelliere, a cui è affidato il delicato compito di effettuare un attento controllo sull'effettivo deposito dei documenti e sul contenuto degli stessi. Al fine di agevolare l'incarico dei *greffier*, presso diversi uffici giudiziari è stata introdotta la prassi di utilizzare dei software che consentano di confrontare le informazioni relative alle imprese e mettere in evidenza, sulla base dei criteri selezionati, quelle che stiano attraversando delle difficoltà: il *président*, quindi, verrà in possesso di una lista di imprese in crisi che renderà l'esercizio del potere di convocazione dei dirigenti più agevole e sistematico ⁽⁸⁶⁾.

Per quanto concerne l'allerta esterna lanciata dai *groupement de prévention agréé*, invece, il parametro degli «*indices de difficultés*» è unanimemente ritenuto dalla dottrina francese oltremodo lato, per cui è loro consentito fare riferimento a un complesso di segnali eterogenei, i quali indichino «*avec probabilité*» ⁽⁸⁷⁾ l'insorgere della crisi. Essi, di fatto, traggono le informazioni su cui fonderanno o meno l'avvio dell'allerta dai documenti finanziari e contabili forniti dallo *chef d'entreprise* che abbia deciso di rivolgersi a loro, ma nulla impedisce che adoperino indici differenti di cui potrebbero essere venuti ugualmente a conoscenza, quali perdite di quote del mercato, esubero del

⁽⁸⁴⁾ Si tratta, secondo quanto disposto dalle norme che vanno dall'art. L.232-21 a L.232-23, delle società a nonime, delle società a responsabilità limitata e delle società in nome collettivo. Tale possibilità è stata estesa anche agli *entrepreneur individuel à responsabilité limitée* con la *loi* 15 giugno 2010, n. 2010-658.

⁽⁸⁵⁾ Si tratta di una sorta di cancelleria, sebbene non sia possibile procedere a un'esatta sovrapposizione con quella italiana, posto che la *greffe*, composta da funzionari che coadiuvano i giudici nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, svolge altresì funzioni che il nostro ordinamento giuridico attribuisce alle Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, quali la conservazione del registro delle imprese.

⁽⁸⁶⁾ M.-H. MONSIEUR-BON, *Entreprise en difficulté: détection des difficultés*, cit.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, cit., p. 106; C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 131.

personale e dissenso tra gli azionisti o, comunque, tra i soci: il criterio adottato è sufficientemente vago da poter ricomprendere indici di diversa natura e, così, permettere ai *groupement* di «*déclencher l'alerte*» agevolmente.

Particolare rilievo merita il presupposto oggettivo che legittima l'avvio del meccanismo di allerta interna da parte del *comité sociale et économique*, ossia quei «*faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise*»: il *législateur*, anche in questo caso, ha voluto che esso potesse considerare un'ampia pletora di indicatori che possono provocare apprensione circa lo stato dell'impresa; a tal proposito, dovendo il *comité* essere «*préoccupé*», è evidente come questi fatti debbano essere connotati da certa intensità.

La dottrina francese si è dedicata al paragone tra il criterio *de quo* e quello previsto per i *commissaire aux comptes*: alcuni autori hanno ritenuto che il diritto di allerta del CSE abbia una vocazione strettamente sociale, per cui il *comité* dovrebbe limitarsi a considerare i soli fatti che abbiano un impatto sulla situazione dei lavoratori dipendenti, ponendo a sostegno di tale tesi l'argomento secondo il quale non è alla direzione, bensì direttamente al datore di lavoro che sono rivolte le domande di chiarimento sulla situazione dell'impresa ⁽⁸⁸⁾. Altri studiosi, invece, sono dell'idea che il criterio di intervento del *comité* sia maggiormente esteso rispetto a quello dei revisori legali dei conti, potendo arrivare a lambire l'ambito oggettivo di applicazione dell'*alerte* dei *commissaire* e, quindi, ricomprendere tanto gli indicatori sociali quanto quelli contabili. Un riscontro positivo rispetto a quanto appena detto si ritrova nei lavori parlamentari, dato che, nel corso della seduta n. 2 del 6 luglio 1983, erano stati respinti due emendamenti ⁽⁸⁹⁾, di contenuto identico, volti a parificare, sotto il profilo terminologico, i due presupposti oggettivi: la motivazione del rigetto era stata rinvenuta nel fatto che «*il convenait de donner au comité d'entreprise une plus grande souplesse [id est: elasticità] qu'au commissaire aux comptes pour interroger le chef d'entreprise*».

Ad avviso di chi scrive, la seconda tesi è da preferire, soprattutto in considerazione del fatto che, come visto, il *comité sociale et économique* può farsi assistere, una sola volta per esercizio, da un *expert-comptable* per la lettura interpretativa dei bilanci sociali, in modo da essere in grado di apprezzare

⁽⁸⁸⁾ Per evidenti ragioni, l'argomento convince solo in misura parziale: soprattutto se a essere coinvolte sono imprese di piccolo-medie dimensioni, è pressoché certo che a ricoprire il ruolo di datore di lavoro sarà chi è altresì deputato alla gestione dell'impresa, ossia lo *chef d'entreprise*.

⁽⁸⁹⁾ Si tratta dell'emendamento n. 156, presentato da Jean-Paul Charié, Claude Wolff, Marc Lauriol, Georges Tranchant, Robert Galley, nonché dai membri del partito del *rassemblement pour la République*, e dell'emendamento n. 198 presentato da Claude Wolff, Charles Millon e Francis Geng.

correttamente la situazione in cui l'impresa versa. Ma vi è di più: la legge del 24 luglio 1966 sulle società commerciali, così come modificata dalla legge del 1984, aveva espressamente acconsentito a che l'esperto avesse diritto di essere ammesso a leggere, nell'espletamento della missione di cui è incaricato nel corso della procedura di allerta, esattamente gli stessi atti ai quali ha accesso il *commissaire aux comptes*; la disposizione è poi confluita nel *Code de commerce*, segnatamente all'art. L.2316-64, comma 1, nei termini di cui all'art. L.2315-92, par. I, n. 2) ⁽⁹⁰⁾, e la giurisprudenza ha concluso che il riconoscimento di tale facoltà in capo all'esperto non debba essere in alcun modo limitato con riferimento alla finalità con la quale quest'ultimo è stato coinvolto nel procedimento di allerta ⁽⁹¹⁾.

Ciò premesso, i fatti che possono far suonare la «*sonnette d'alarme*» del *comité* sono plurimi: in mancanza, come visto, di un'apposita enucleazione, il CSE può decidere di allertare il datore di lavoro in seguito all'esame dei bilanci sociali e della c.d. *comptabilité prévisionnelle*; all'evoluzione delle vendite e della regolamentazione dei debiti verso la *Sécurité sociale*, che gli devono essere comunicate con cadenza trimestrale ⁽⁹²⁾; alle vertenze sindacali, alle minacce di licenziamento ⁽⁹³⁾, finanche alla redazione di piani di licenziamenti collettivi ⁽⁹⁴⁾; a un progetto di trasferimento dell'impresa che rischi di incidere negativamente

⁽⁹⁰⁾ Per quanto concerne l'applicazione in concreto di tale regola, si vedano, a titolo esemplificativo, Cass. soc., 29 ottobre 1987, n. 85-15.244, in www.legifrance.gouv.fr; Cass. soc., 21 febbraio 1996, n. 93-16.474, in www.legifrance.gouv.fr.

Tra queste, vi è anche Cass. soc., 30 giugno 1993, n. 90-20.158, in www.legifrance.gouv.fr; in cui il CSE della cassa regionale del *Crédit agricole mutuel* dell'Ille-et-Vilaine, informato di un progetto di fusione di quest'ultima con la cassa regionale del *Crédit agricole* della Manche, aveva deciso di lanciare l'allerta e, contestualmente, domandare l'assistenza dell'esperto contabile, trovando l'opposizione, accolta in sede giurisdizionale dai giudici di merito, del datore di lavoro.

La Corte di cassazione, nel rigettare il ricorso del *comité*, ha ritenuto che l'annuncio di tale operazione societaria non rientri tra i casi che prevedono che l'*expert-comptable* possa affiancare il CSE.

⁽⁹¹⁾ Così, a titolo esemplificativo, Cass. soc., 29 ottobre 1987, n. 85-15.244, in www.legifrance.gouv.fr. In questo caso, la Suprema Corte francese, accogliendo il ricorso proposto, ha cassato il provvedimento della Corte di appello di Parigi, ove si sosteneva che il diritto di comunicazione dei documenti all'esperto contabile dovesse trovare il proprio limite funzionale nell'«*expliquer les comptes présents à l'exclusion de toute projection hypothétique dans le futur*»: secondo la Cassazione, quindi, l'esperto può, nel corso della lettura dei bilanci, fare una prospettazione anche degli effetti che l'attuale situazione contabile potrà avere non solo nell'immediato, ma anche nell'ipotetico futuro.

⁽⁹²⁾ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 124.

⁽⁹³⁾ M. FABBRINI, *Alcune riflessioni sul sistema di prevenzione della crisi tratte da una sentenza della Corte di cassazione francese*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 460 ss., nt. 10.

⁽⁹⁴⁾ M.-J. CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, cit., p. 978 ss.

sull'impiego⁽⁹⁵⁾; alla chiusura di un laboratorio dell'impresa⁽⁹⁶⁾; alla claudicante situazione economica dell'eventuale società madre in un gruppo qualora l'impresa ne sia finanziariamente dipendente⁽⁹⁷⁾; a una riorganizzazione volta all'ampliamento dell'attività, la quale non sia, tuttavia, accompagnata da un piano sostenibile⁽⁹⁸⁾; alla mancata capacità dell'impresa di fare fronte alle innovazioni poste in essere dai propri *competitor*⁽⁹⁹⁾; alla riduzione importante e durevole degli ordini; alla sostanziale flessione degli investimenti e all'importante e

⁽⁹⁵⁾ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 123, nt. 73, ove si cita Trib. di grande istanza Nanterre, 10 settembre 2004.

⁽⁹⁶⁾ *Ibidem*, ove si cita Appello Versailles, 25 giugno 1993; Cass. soc., 8 marzo 1995, n. 91-16.002, in www.legifrance.gouv.fr, ove la Suprema Corte ha cassato con rinvio la sentenza della Corte di appello di Angers, che aveva ritenuto che la chiusura di un laboratorio non avesse natura tale da pregiudicare lo stato dell'impresa poiché esso non costituiva altro che una modesta parte dell'impresa stessa, la cui situazione economica complessiva era, invece, sana.

Ancora, Cass. soc., 19 febbraio 2002, n. 00-14.776, in www.legifrance.gouv.fr, in cui il *comité* della Caisse régionale d'assurance maladie dell'Île-de-France (CRAMIF) aveva lanciato l'allerta a causa della chiusura di un laboratorio di protesi dentarie: i giudici di merito e, conformemente, la Suprema Corte hanno rigettato le domande proposte dalla direzione di opposizione alla procedura, che si fondavano sul fatto che la cessazione di tale ramo di attività non avrebbe potuto incidere sullo stato dell'impresa e che, anzi, sarebbe stata benefica e, quindi, fortemente «consigliata» al fine di ridurre lo stato di indebitamento dell'impresa; la Cassazione, invece, ha ritenuto che la chiusura dell'*atelier* potesse fondare l'allerta in quanto idonea a incidere, comunque, sulla situazione impiegatizia.

Infine, F. PETIT, *Répertoire des sociétés*, in Dalloz, 2012, riporta che Appello Parigi, 9 maggio 1989, abbia ritenuto valido, quale presupposto oggettivo fondante l'allerta, il progetto di chiusura di più sportelli da parte di un istituto di credito, poiché esso era accompagnato dalla previsione di licenziamenti.

⁽⁹⁷⁾ Cass. soc., 21 settembre 2016, n. 15-17.658, in www.legifrance.gouv.fr. Si rinvia *supra* nt. 69.

⁽⁹⁸⁾ Appello Grenoble, 10 febbraio 2010, n. 09-01.272, in www.labase-lextenso.fr.

La fattispecie riguarda una procedura di allerta promossa da un *comité d'entreprise* dell'Istituto oncologico Daniel Hollard, che aveva ritenuto insufficienti le risposte dell'Union mutualiste de la gestion de la clinique des eaux claires (UMGEC), alla quale erano stati domandati chiarimenti circa l'aumento dei posti letto dell'ospedale, passati da ventitré a trenta, che aveva causato importanti difficoltà nella gestione del lavoro. Secondo il *comité*, tale organizzazione, eccessivamente approssimativa, avrebbe potuto avere gravi conseguenze relative ai costi di funzionamento della nuova struttura, soprattutto considerando che l'espansione aziendale non era stata preceduta dalla redazione di alcun *planning* adeguato a farvi fronte, con riferimento agli orari di lavoro e ai compensi.

Conformemente, Cass. soc., 18 gennaio 2011, n. 10-30.126, in www.legifrance.gouv.fr, con note di G. COUTURIER, *Comité d'entreprise. Droit d'alerte économique. Conditions d'exercice*, in *Dr. soc.*, 2011, p. 342 ss., e di F. MACORIG-VENIER, *L'alerte du comité d'entreprise: un droit susceptible d'abus*, in *RTD Com.*, 2011, p. 411 ss. La fattispecie riguarda l'acquisizione da parte della società Air Liquide di una società tedesca, che svolgeva attività complementari alle proprie, a titolo di strategia di «crescita esterna» ed espansione: secondo la Corte, il *comité* era legittimato ad allertare poiché una simile riorganizzazione dell'impresa, la quale avrebbe comportato una nuova progettazione a livello mondiale della struttura aziendale, era tale da pregiudicarne, in ogni caso, la situazione economica.

⁽⁹⁹⁾ Cass. soc., 27 novembre 2012, n. 11-21.566, in www.legifrance.gouv.fr.

durevole «gonfiamento» degli *stock*, che possono accompagnarsi a piani di ristrutturazione o di licenziamento ⁽¹⁰⁰⁾; alla privatizzazione di una società anonima controllata in precedenza dallo Stato, allorquando l'identità dei futuri azionisti e la natura del progetto industriale giustificano l'allerta ⁽¹⁰¹⁾.

Viceversa, non costituiscono segni premonitori della crisi la mera previsione di un progetto di fusione societaria con un'altra impresa ⁽¹⁰²⁾; un progetto di ristrutturazione che non sia in grado di pregiudicare nel medio-breve periodo le prospettive di risultato del ramo interessato ⁽¹⁰³⁾.

Come visto con riferimento ai gruppi societari ⁽¹⁰⁴⁾, il CSE non è legittimato a interessarsi unicamente dell'impresa in seno alla quale è costituito, ben potendo il *comité* domandare chiarimenti anche rispetto agli altri stabilimenti dell'impresa, in modo tale da poter avere un quadro più completo della situazione economica, finanziaria e sociale dell'impresa ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁰⁾ *Réponse ministérielle à question écrite n. 4136*, in JOAN Q, 29 settembre 1986, p. 3355. Si tratta della risposta del Ministro degli affari sociali e del lavoro Philippe Séguin alla domanda di Stéphane Dermaux, deputato ed esponente del partito politico *Union pour la démocratie française*, il quale era intenzionato ad attirare l'attenzione del Ministro sulla poca puntualità delle condizioni di *déclenchement* dell'allerta del CSE, suggerendo, se possibile, di fissare in modo preciso e tassativo i fatti *de quibus*.

⁽¹⁰¹⁾ Così Appello Parigi, 28 febbraio 2008, n. 06-22.696, in www.legifrance.gouv.fr, confermata da Cass. soc., 29 settembre 2009, n. 08-15.035, in www.legifrance.gouv.fr.

⁽¹⁰²⁾ Cass. soc., 30 giugno 1993, n. 90-20.158, in www.legifrance.gouv.fr.

⁽¹⁰³⁾ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 123, nt. 73, ove si cita Appello Versailles, 2 ottobre 1997.

⁽¹⁰⁴⁾ Si veda *supra* nt. 69.

⁽¹⁰⁵⁾ Cass. soc., 22 ottobre 1987, n. 86-11.385, in www.legifrance.gouv.fr. Nel caso di specie, l'esperto contabile, assistente il *comité*, aveva domandato di procedere a un'analisi approfondita dell'attività di ciascun stabilimento (denominato «divisione»), trovando l'opposizione della direzione della società. La Corte di cassazione ha rigettato la domanda del dirigente, motivando la decisione sulla scorta del fatto che ciascuna divisione avesse relazioni economiche con gli altri stabilimenti, nonché con altre società del gruppo, per cui i documenti contabili redatti «a livello dell'impresa» non erano in grado di fornire un'immagine fedele della situazione economica e sociale dell'impresa stessa (*rectius*, delle varie unità di produzione).

Al contrario, l'analisi, da parte dell'*expert-comptable*, degli elementi contabili propri di ciascuna divisione avrebbe permesso all'esperto stesso e al *comité* di avere tutte le informazioni necessarie alla lettura dei conti e all'apprezzamento dello stato aziendale nel suo complesso.

Conformemente, Cass. soc., 16 maggio 1990, n. 87-17.555, in www.legifrance.gouv.fr, ove la Suprema Corte cassa con rinvio la decisione della Corte di appello di Parigi, la quale aveva ritenuto che la missione dell'esperto contabile potesse riguardare i soli documenti dell'impresa, ma non quelli delle altre divisioni.

Ancora, Cass. soc., 27 novembre 2001, n. 99-21.903, in www.legifrance.gouv.fr, sancisce la possibilità per l'*expert-comptable* del *comité* di una filiale francese non solo di avere accesso ai documenti contabili della società madre, ma anche a quelli delle imprese, appartenenti al medesimo gruppo societario, che abbiano sede all'estero, confermando così la sentenza della Corte di appello di Caen; quest'ultima aveva disposto la corresponsione di un'*astreinte* di franchi 1.000 per ogni giorno di ritardo nella comunicazione dei dati al CSE da parte della direzione delle imprese con sede legale estera.

Ancora, nell'ipotesi in cui il *comité sociale et économique* abbia deciso di farsi affiancare, nella valutazione dei fatti *de quibus*, da un *expert-comptable*, quest'ultimo non è tenuto a conoscere unicamente quegli eventi o situazioni che abbiano legittimato l'avvio dell'allerta da parte del *comité*, ma il perimetro oggettivo della funzione che è chiamato a ricoprire si estende, altresì, a quei fatti che si pongono come naturale e necessaria prosecuzione di quelli fondanti l'esercizio dell'*alerte*, anche perché idonei a dare conferma del carattere preoccupante della situazione economica dell'impresa ⁽¹⁰⁶⁾.

Si è già detto come i «*faits de nature à affecter en manière préoccupante la situation économique de l'entreprise*» debbano essere valutati attentamente dal *comité sociale et économique* prima di avviare il meccanismo di allerta, essendo tale diritto suscettibile di abuso nell'ipotesi in cui il CSE fondi l'insaturazione della procedura su fatti di scarsa significatività: l'apprezzamento circa la gravità dei fatti è, quindi, rimesso unicamente al *comité*, e ciò appariva aver trovato, altresì, l'avvallo della Corte di Cassazione ⁽¹⁰⁷⁾.

In un arresto ⁽¹⁰⁸⁾, tuttavia, la stessa Corte sembra aver apparentemente derogato a tale regola generale, mutando, di riflesso, il proprio convincimento.

⁽¹⁰⁶⁾ Questa la motivazione adottata da Cass. soc., 29 settembre 2009, n. 08-15.035, in www.legifrance.gouv.fr, al fine di argomentare il rigetto del ricorso proposto da una società nei confronti del proprio *comité*. Nel caso di specie, il *comité central d'entreprise* della società Snecma services, filiale della Snecma moteurs, a sua volta detenuta interamente dalla Snecma SA, aveva deciso, in forza della privatizzazione di quest'ultima, disposta dall'allora Governo francese, di attivare la procedura di allerta, facendosi assistere, in qualità di esperto, dal *cabinet* Sofrageco.

Successivamente, il *comité* aveva deciso di estendere la *mission* dell'*expert-comptable* alle conseguenze di un progetto di fusione, annunciato pubblicamente dai ministri competenti, tra il gruppo Snecma e il gruppo Sagem: a tal proposito, il *comité central d'entreprise* e il *cabinet* Sofrageco, visto il rifiuto da parte della società Snecma services di fornire i documenti relativi all'operazione societaria *de qua* la cui consegna l'esperto reclamava, si erano rivolti al *tribunal de grande instance*, che aveva accolto la loro domanda.

La società aveva impugnato il provvedimento del *tribunal* dinanzi la Corte di appello di Parigi: quest'ultima, secondo la Suprema Corte, aveva ben motivato la propria decisione di rigettare l'appello, poiché «*le projet de fusion des groupes Snecma et Sagem, annoncé alors que l'expert désigné par le Comité central d'entreprise était en cours d'exécution de sa mission, était la suite directe de l'ouverture de capital décidée dans le cadre de la privatisation du groupe Snecma et qui avait justifié l'exercice par le Comité central d'entreprise de son droit d'alerte*».

⁽¹⁰⁷⁾ Sul punto, si vedano, ad esempio, Cass. soc., 8 marzo 1995, n. 91-16.002, in www.legifrance.gouv.fr; Cass. soc., 19 febbraio 2002, n. 00-14.776, in www.legifrance.gouv.fr, la quale rileva che la Corte di appello di Parigi avesse constatato che «*le comité d'entreprise invoquait des faits qu'il estimait être de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'organisme*», utilizzando proprio il verbo «*estimer*» («stimare») con riferimento al *comité*.

Per quanto concerne più nel dettaglio le fattispecie, si rimanda, con riferimento a entrambi i provvedimenti, a quanto già detto *supra* nt. 96.

⁽¹⁰⁸⁾ Cass. soc., 11 marzo 2003, n. 01-13.434, in www.legifrance.gouv.fr, con nota di F. MACORIG-VENIER, *Prévention des difficultés des entreprises. Alerte du comité d'entreprise*.

Essa, infatti, ha respinto il ricorso di una cassa regionale che si doleva del fatto che la Corte di appello si fosse rifiutata di esercitare il proprio controllo sui fatti posti a fondamento della procedura di allerta, sostenendo che questi avessero carattere esclusivamente tecnico e funzionale, non potendo, pertanto, essere suscettibili di generare alcun riverbero sulla situazione economica dell'impresa. La Suprema Corte aveva motivato la sua decisione nei seguenti termini: l'apprezzamento del carattere preoccupante della situazione è rimesso al potere sovrano dei giudici di prime cure e dei giudici di appello, mentre sfugge al controllo della stessa Cassazione; così facendo, quest'ultima ha, di fatto, legittimato i giudici di merito a esaminare criticamente quei fatti che, a propria volta, il CSE aveva in precedenza valutato di porre a fondamento dell'avvio della procedura, smussando quell'ampio margine di apprezzamento che, invece, era stato riconosciuto al *comité* nei precedenti provvedimenti. Tale *revirement* pare essersi consolidato anche in successivi provvedimenti giurisdizionali della Corte di Cassazione ⁽¹⁰⁹⁾, la quale, si può dire, ha, a tutti gli effetti, elaborato una vera e propria regola di valutazione circa il corretto svolgimento della procedura di allerta attivata dal *comité sociale et économique*, riconoscendo ai giudici di primo e secondo grado la facoltà di apprezzare il carattere preoccupante dei fatti che ne hanno giustificato l'apertura e, così, giudicare sull'assenza o meno di un «abuso di utilizzo» dell'*alerte*.

Infine, occorre evidenziare il diverso momento in cui il *commissaire* e il *comité* possono raccogliere i dati su cui basare il *déclenchement* dell'allerta: se il

Conditions de fond. Appréciation du caractère préoccupant de la situation économique de l'entreprise, in *RTD Com.*, 2003, p. 807 ss. Nel caso di specie, il *comité d'entreprise* di una cassa regionale di credito agricolo di mutuo aveva deciso di lanciare una procedura di allerta in seguito alla decisione, assunta dai consigli di amministrazione di differenti casse regionali, di costituire un *groupement d'intérêt économique* per la creazione di un sistema informatico comune. Data le risposte ricevute dalla direzione, che erano state ritenute insoddisfacenti, il *comité* aveva avviato l'allerta e consultato un esperto contabile, vedendo l'opposizione della cassa regionale del credito agricolo, le cui domande, tuttavia, erano state rigettate in ogni grado di giudizio, ivi compreso il terzo.

⁽¹⁰⁹⁾ In senso conforme, anche Cass. soc., 21 novembre 2006, n. 05-45.303, in www.legifrance.gouv.fr, ove si conferma il giudizio dei magistrati di Montpellier, i quali avevano invalidato la procedura di allerta del CSE poiché avevano ritenuto i fatti posti a fondamento dell'allerta non realmente preoccupanti.

Ancora, allo stesso modo, Cass. soc., 18 gennaio 2011, n. 08-15.035, con note di G. COUTURIER, *Comité d'entreprise. Droit d'alerte économique. Conditions d'exercice*, cit., p. 342 ss.; F. MACORIG-VENIER, *L'alerte du comité d'entreprise: un droit susceptible d'abus*, cit., p. 411 ss. Con riferimento alla fattispecie, si rimanda a quanto già detto *supra* nt. 98, mentre, per ciò che qui rileva, è opportuno sottolineare che la Suprema Corte ha condiviso le ragioni poste dalla Corte di appello a fondamento del proprio giudizio, secondo le quali «*la réorganisation de l'entreprise, qui concernait son activité ingénierie au niveau mondial, était de nature à affecter la situation de l'entreprise*».

revisore legale dei conti è vincolato a utilizzare i soli indici che rinviene nel corso dello svolgimento della sua funzione, il CSE, al contrario, può utilizzare ogni indice di cui «*a connaissance*», purché non si tratti di preoccupazioni di carattere astratto o mere impressioni ⁽¹¹⁰⁾. Si tratta, ancora una volta, di una prova della profonda differenza esistente tra i due sistemi di allerta, posto che la legge non provvede in alcun modo né a inquadrare un'esatta cornice temporale entro la quale il *comité* possa venire a conoscenza delle informazioni necessarie, né a enucleare quali debbano essere le fonti da cui esso possa trarre quest'ultime, lasciandogli, così, ampio margine di manovra.

9. Considerazioni sulla legittimazione ad agire.

L'analisi dei soggetti che, secondo l'ordinamento giuridico italiano e quello francese, sono legittimati ad agire (*rectius*, ad allertare), non può che avere inizio dall'unica procedura da cui i due sistemi sembrano, almeno apparentemente, essere accumulati: si tratta dell'allerta interna lanciata dai revisori legali dei conti.

Il minimo comun denominatore non riguarda, tuttavia, solo il mero presupposto soggettivo, ma anche la posizione giuridica soggettiva di cui i revisori sono titolari: si tratta, infatti, della configurazione di un obbligo in entrambi i casi ⁽¹¹¹⁾; lo stesso, invece, non si può dire dell'allerta del *comité sociale et économique*, degli *associés*, dei *groupement de prévention agréé* e del *président du tribunal de commerce*, che sono, invece, qualificate come mere facoltà. In ogni caso, entrambe le procedure, quella italiana e quella francese, sono pienamente corrispondenti al diritto dell'Unione europea: nella proposta di direttiva COM(2016) 723 del 22 novembre 2016, la Commissione enucleava al considerando 16, tra i possibili meccanismi di allerta, obblighi di contabilità e monitoraggio in capo al debitore o ai dirigenti del debitore, prevedendo, di conseguenza, che i contabili, in quanto in possesso di informazioni rilevanti, avrebbero dovuto essere incoraggiati od obbligati, a norma del diritto nazionale, a segnalare gli andamenti negativi, idea, questa, poi ripresa nella direttiva (UE) 2019/1023 del 20 giugno 2019 all'art. 3, comma 2, lett. c).

Occorre, in questa sede, dare conto del fatto che, al contrario di quanto accaduto in Italia, dove non si è mai dubitato di affidare l'allerta ai revisori,

⁽¹¹⁰⁾ Cfr. Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, cit., p. 82.

⁽¹¹¹⁾ Si è già detto come, tuttavia, la dottrina italiana non sia pacifica sul punto. Si rinvia, quindi, *supra* cap. III, § 2, nt. 11.

nonché ai sindaci, in Francia, nel corso del primo tentativo di riforma, si era aperto un grande dibattito circa l'opportunità che il *commissaire* venisse coinvolto. Egli era sì visto come il soggetto maggiormente vicino, benché non faccia propriamente parte della compagine sociale, all'impresa, ma si temeva che, nell'espletamento della sua funzione di valutazione dei fatti di natura tale da compromettere la continuità aziendale, il *commissaire* avrebbe potuto trascendere dal compito chiamato a ricoprire, finendo per diventare un vero e proprio *gérant*, al pari dei dirigenti, dell'impresa e ritrovandosi nella – a quel punto, pienamente legittimata – posizione di dare giudizi sull'operato del *management*. È anche a tal fine che la Commission des lois, come visto, aveva cercato di introdurre una serie di indicatori atti proprio a scongiurare tale rischio, in modo da «oggettivizzare» quanto più possibile la procedura senza lasciare alcun margine di discrezionalità.

La proposta non venne, come già esaminato, accolta, né in seguito il legislatore è intervenuto a puntualizzare, circoscrivendone il perimetro, l'ambito di intervento del *commissaire*. La dottrina, che continua a evidenziare il rischio di violazione del c.d. *principe de non-immixtion* ⁽¹¹²⁾ – che informa a tutto tondo la funzione del revisore francese – ha provveduto, tuttavia, a rendere chiara quale debba essere la *mission* del *commissaire*: quest'ultimo, invero, benché obbligato a gridare «Al fuoco!», non ha il diritto di spegnere lo stesso, né di consigliare al dirigente a quali pompieri egli debba rivolgersi ⁽¹¹³⁾; tale statuizione, certamente non frutto di un linguaggio giuridico, ma pienamente in grado di rendere l'idea di quali siano i compiti cui deve attenersi il *commissaire*, indica che questo deve semplicemente dare conto della sussistenza degli indici della crisi, senza ampliare il proprio raggio di azione al punto da consigliare i *manager*, finanche intervenire lui stesso a porre rimedio alla crisi: si rende così evidente come il ruolo del revisore sia il più delicato, proprio in ragione della costante distanza che deve rimanere nel rapporto con l'impresa e l'imprenditore.

Per quanto riguarda lo svolgimento dell'allerta, invece, tre sono i principali rilevi che è opportuno esaminare: il primo riguarda l'articolazione dell'allerta, dal momento che la procedura italiana è bifasica, caratterizzata da una prima segnalazione ai dirigenti e una seconda, solo eventuale, all'OCRI.

⁽¹¹²⁾ J.-F. BARBIÈRI, *Relèvement de fonctions d'un commissaire dans un groupe de sociétés: méconnaissance du principe de non-immixtion dans la gestion d'un groupe*, in *BJS*, 1992, p. 1195 ss., precisa che si tratta di un principio di matrice giurisprudenziale, introdotto fin dal 1889, e recepito dal legislatore solamente nel 1966 con la legge sulle società commerciali.

⁽¹¹³⁾ Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, cit., p. 63 ss., ove si richiama l'Autore dell'affermazione, il giurista A. Viander, il quale paragona altresì lo stesso *commissaire*, ricorrendo a una metafora a una «previsione meteorologica che avvisa dell'arrivo del temporale senza, al contempo, imporre l'uso di un impermeabile o di un ombrello».

Al contrario, l'allerta francese si compone di quattro fasi, tutte consequenziali l'una all'altra in caso di insuccesso della fase immediatamente precedente, la prima innanzi al presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire*, la seconda dinnanzi al consiglio di amministrazione o al consiglio di sorveglianza, la terza, invece, nuovamente dinanzi ai presidenti dei collegi summenzionati, e l'ultima davanti al *président du tribunal de commerce*. Si tratta, quindi, di un procedimento maggiormente articolato, in cui il *commissaire* si trova a interfacciarsi con diversi interlocutori: la procedura non è, pertanto, connotata da alcuna confidenzialità o riservatezza.

Il summenzionato grado di complessità nella strutturazione dell'allerta, tuttavia, non ha impedito – ed è il secondo rilievo – che l'allerta si svolga in un lasso di tempo decisamente breve. Tra la «fase zero» e la prima possono decorrere al massimo ventitré giorni; dalla richiesta di convocazione del consiglio del consiglio di amministrazione o di quello di sorveglianza, che segna l'inizio della prima fase, e l'inizio della seconda decorrono, alternativamente, trenta (in caso di mancata o incorretta convocazione) o trentotto giorni (in caso di effettiva riunione del *management*); trenta giorni è, invece, la durata massima prevista per la seconda fase; la terza e ultima fase decorre dall'invio, da eseguirsi senza indugio, del *rapport spécial* al presidente del *tribunal*.

In sintesi, l'allerta francese è destinata a concludersi al massimo nell'arco di poco più di un trimestre; viceversa, l'allerta italiana è decisamente più dilatata nel tempo, anche alla luce del fatto che il legislatore ne abbia contemplato un'articolazione minore: l'organo di controllo fissa un termine massimo di trenta giorni entro cui il dirigente deve riferire circa il fronteggiamento dei fatti segnalati, decorso il quale, qualora rimanga inerte o le misure siano insufficienti, dà comunicazione all'OCRI, che nei quindici giorni lavorativi successivi convoca il debitore; sono già decorsi quarantacinque giorni dall'avvio della procedura, ai quali vanno aggiunti quelli stabiliti, in via discrezionale, dal collegio affinché riferisca sulle misure, stabilite di concerto, che saranno adottate. Se, al contrario, l'organo amministrativo provvedesse, nell'arco dei trenta giorni, a comunicare al collegio sindacale o ai revisori la sua intenzione di adottare determinate misure atte ad arginare la crisi e queste siano ritenute potenzialmente idonee ad assolvere lo scopo, al primo è concesso un ulteriore termine di due mesi entro cui attuarle. Alla luce del dettato del Codice della crisi d'impresa, solo la prima fase dell'allerta italiana ha una durata variabile che oscilla tra i trenta e i novanta giorni, cui vanno altresì sommati i quindici giorni necessari per la nomina del collegio degli esperti da parte dell'OCRI che abbia ricevuto la segnalazione, segnando il passaggio alla seconda e ultima fase.

L'ultima differenza – di fatto, la principale – è costituita dal fatto che l'allerta italiana sia una procedura interamente stragiudiziale, salvo il caso di mancata comparizione del debitore cui non sia seguita l'archiviazione – nel qual caso, si procede, se si valuta esistente lo stato di insolvenza, con la segnalazione al pubblico ministero. La Francia, invece, ha previsto, da un lato, uno sbocco finale, quello della quarta e ultima fase, in cui il presidente del tribunale di commercio, informato delle iniziative tenute fino a quel momento dai *commissaire* e degli esiti di queste – evidentemente fallimentari – può decidere di convocare direttamente egli stesso l'imprenditore. Esiste, tuttavia, anche un'altra precedente comunicazione indirizzata al giudice: all'inizio della seconda fase, infatti, il *commissaire* deve trasmettere al presidente del tribunale una copia della lettera raccomandata con cui invita il presidente del consiglio di amministrazione o di quello di sorveglianza a far deliberare l'assemblea circa la sussistenza dei fatti che sono stati rilevati.

Il diverso atteggiamento con riguardo all'intervento o, comunque, al coinvolgimento, ancorché indiretto, dell'autorità giudiziaria, è da ricondurre al fatto che quest'ultima, come si vedrà a breve ⁽¹¹⁴⁾, assolve un ruolo del tutto peculiare, ponendosi non come magistratura giudicante, bensì come «magistratura morale», essendo il giudice un *primus inter pares* rispetto ai soggetti dallo stesso convocati.

È quantomai opportuno sottolineare che, malgrado la procedura dei *commissaire* costituisca la procedura-principe del meccanismo di *alerte* francese, la recente riforma occorsa tramite la *loi* 22 maggio 2019, n. 2019-486 «*relative à la croissance et la transformation des entreprises*» (c.d. *loi* PACTE), abbia, di fatto, posto un freno alla sua applicazione.

Essa, perseguendo una direzione opposta a quella del legislatore italiano con l'art. 2477, comma 3 c.c., così come modificato dall'art. 379, comma 1 CCII – benché si debba tenere conto della novella al comma 2, apportata dal decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito, con modificazioni, nella legge 14 giugno 2019, n. 55 – ha emendato la disciplina delle persone giuridiche, segnatamente le soglie che rendono obbligatoria la nomina di un *commissaire aux comptes*.

Il risultato, alla luce del successivo intervento correttivo operato con il *décret* 7 febbraio 2020, n. 2020-101, è stato quello di parificare tutte le soglie per ogni tipo di società, *personne morale de droit privé non commerçante ayant une activité économique* e *groupement d'intérêt économique*. Sono ora obbligate alla nomina del revisore contabile le persone giuridiche che, nei due esercizi

⁽¹¹⁴⁾ Si veda *infra* § 10.

antecedenti la scadenza del mandato del revisore, abbiano superato almeno due tra i seguenti parametri: 1) totale dell'attivo dello stato patrimoniale pari a 4 milioni di euro; 2) volume di affari pari a 8 milioni di euro; 3) dipendenti occupati in media durante l'esercizio pari a 50 unità.

La dottrina francese, pressoché all'unanimità ⁽¹¹⁵⁾, ha mostrato più di qualche riserva rispetto alla modifica *de qua*, poiché – soprattutto con riferimento alle società anonime, ove prima la nomina era svincolata da qualsiasi parametro perché sempre obbligatoria – posto che le società non rientranti nei requisiti sono, generalmente, quelle che ricorrono maggiormente al credito, vi è il rischio di pregiudicare il funzionamento dell'allerta interna; ma vi è di più: dato che il *législateur* non ha provveduto a contemplare alcuna misura di prevenzione della crisi di impresa che si ponga in rapporto di alternatività con quella dei *commissaire*, è ragionevole ritenere che il meccanismo dell'allerta dei revisori contabili sia destinato a scomparire del tutto.

È opportuno soffermarsi brevemente a esaminare anche il ruolo ricoperto dagli istituti di credito nell'allerta: nel considerando 16 della proposta di direttiva COM(2016) 723, la Commissione europea aveva individuato, tra i possibili meccanismi di allerta, obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito, conscia del fatto che il rapporto creditizio possa svolgere la funzione di indicatore della capacità di solvenza del debitore, ma tale indicazione non è stata recepita in sede di adozione del provvedimento finale. Curiosamente, in piena consonanza con quanto previsto dal più recente diritto dell'Ue, né la disciplina dell'allerta francese, né quella di cui al CCII riconoscono alle banche un'autonoma legittimità ad attivare l'allerta: il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, infatti, prevede all'art. 14, comma 4 che le stesse, nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti, debbano darne notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti, i quali, se riterranno, alla luce di un'analisi complessiva della situazione dell'impresa risultante dalle scritture contabili, che tale dato possa effettivamente costituire un sintomo della crisi, potranno procedere alla segnalazione di cui al comma 1. Similmente, in Francia, tra le «*difficultés de nature à compromettre le continuité de l'exploitation*» che possono fondare l'allerta – in questo caso, a differenza di quella italiana, *esterna* del presidente del tribunale – rientrano anche le «*injonctions à payer à répétition*», le quali ben possono essere state concesse dai

⁽¹¹⁵⁾ M.-H. MONSERIE-BON, *Le projet de loi PACTE, une avancée pour le droit des entreprises en difficulté?*, in *B JE*, 2018, p. 338 ss.; M. LEBRETON, *Oraison funèbre du commissaire aux comptes: le gouvernement pactisera-t-il au détriment de la détection précoce des difficultés des entreprises?*, in *BJE*, 2018, p. 460 ss.

giudici in seguito all'esercizio di un'azione esecutiva da parte degli istituti di credito ⁽¹¹⁶⁾).

A costituire una delle maggiori differenze tra il sistema di allerta del CCII e quello congegnato dal legislatore francese è la possibilità per i lavoratori dipendenti dell'impresa, riuniti in un comitato, di dare avvio alla procedura di allerta. La scelta del *législateur*, la quale affonda le sue radici ben prima dell'emanazione della *loi* 1° marzo 1984, n. 84-148, segnatamente nel *rapport Sudreau* del 1975, ove si ambiva a realizzare una riforma che consentisse una maggiore partecipazione del lavoratore alla vita e all'evoluzione economica dell'impresa, non è affatto casuale: il *comité* è un organo interno all'impresa e, proprio in forza di questa sua particolare posizione di vicinanza, esso si pone come il soggetto che, tra tutti coloro che sono legittimati ad agire, è meglio in grado di vivere e, conseguentemente, di comprendere appieno quale sia la reale situazione economica e, soprattutto, sociale in cui l'impresa ove i suoi membri lavorano versa, conoscendone profondamente i *point faible* e gli *atout*.

Non solo: si è avuto modo di vedere come il legislatore d'oltralpe abbia attribuito al *comité* un esteso margine, in primo luogo, di valutazione, e, secondariamente, di manovra nell'allerta sotto il profilo oggettivo, potendo il CSE lanciare l'allarme in un ventaglio di situazioni più ampio di quello dei *commissaire*, essendo legittimato a ritenere che a gettar ombra sullo «stato di salute» dell'impresa siano non solo preoccupazioni di carattere contabile, ma altresì gestionale; ancora, una simile attribuzione di poteri consente al CSE di intervenire con una certa frequenza e ciò – lo si è già esaminato – viene guardato con un certo sospetto dai dirigenti, i quali, percependo tale azione come, forse, un'incursione nella propria attività gestoria, spesso si sono rivolti all'autorità giudiziaria per domandare la sospensione del corso della procedura, soprattutto ove questa era stata attivata dopo aver comunque ricevuto risposte – evidentemente ritenute insufficienti o inadeguate – dalla direzione.

A sposare pienamente le considerazioni suesposte e, quindi, il fatto che al personale debba essere riconosciuto un ruolo da protagonista nell'attivare l'allerta sono state le istituzioni comunitarie: se la proposta di direttiva COM(2016) 723

⁽¹¹⁶⁾ Ma vi è di più: A. PELLEGGATTA, *Prevenzione della crisi d'impresa e procedura di allerta*, in www.judicium.it, 2013; *Idem*, *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, in www.ilcaso.it, 2017, dà conto del fatto che potenziali situazioni di conflitto relative all'utilizzo o alla revoca delle linee di finanziamento del capitale sono rimesse all'attenzione del mediatore della Banca di Francia, che convoca le banche presso la prefettura competente e coordina un'analisi della situazione, suggerendo correttivi, incoraggiando un maggior approfondimento dei dati e aiutando l'imprenditore a presentare, nella forma più corretta, ogni informazione utile a una più attenta e costruttiva valutazione del rischio.

non fa alcun riferimento a esso, è invece la direttiva (UE) 2019/1023 a menzionare *expressis verbis* i lavoratori ⁽¹¹⁷⁾ tra i soggetti deputati ad allertare. L'art. 3, commi 3 e 5, sulla scorta di quanto indicato nel considerando 23, prevede che, al fine di aumentare il sostegno ai lavoratori e ai loro rappresentanti, gli Stati membri dovrebbero assicurare che i rappresentanti dei lavoratori possano accedere a informazioni pertinenti e aggiornate sulla disponibilità di strumenti di allerta precoce e dovrebbe essere possibile per loro prestare sostegno nella valutazione della situazione economica del debitore. Tale formulazione – aggiunta su proposta del Comitato delle regioni, della Commissione per l'occupazione e gli affari sociali, della Commissione per i problemi economici e sociali, e del Parlamento – manifesta apertamente come l'Unione europea si sia ispirata all'ordinamento francese per delineare gli strumenti di allerta. Secondo il diritto dell'Ue, invero, a poter accedere all'allerta debbono essere anche i rappresentanti dei lavoratori e l'esercizio di tale facoltà viene realizzato in concreto mediante la possibilità per questi di raccogliere informazioni e dati sulla situazione economica dell'impresa, per la cui intellegibilità possono essere assistiti da altri soggetti; si potrebbe ben trattare di professionisti dotati di competenze tecniche specifiche, di cui sono privi i dipendenti, in modo da poter efficacemente assistere questi ultimi: il riferimento agli *expert-comptable* che affiancano i membri del *comité sociale et économique* nella lettura delle scritture contabili risulta perspicuo.

Ciò detto, è evidente che il disegno dell'allerta italiana contenuto nel CCII necessita di una radicale riforma in tal senso e stupisce negativamente chi scrive il fatto che il legislatore della recente riforma occorsa con il d.l. n. 118/2021 non abbia colto l'occasione per introdurre questo nuovo meccanismo sia, *in primis*, poiché imposto dal diritto comunitario, anche e soprattutto alla luce del riconoscimento dell'importanza del valore sociale dell'impresa con riferimento alla salvaguardia dei livelli occupazionali ⁽¹¹⁸⁾, sia perché esso ha dato prova oltralpe di costituire un buono strumento cui ricorrere per richiamare l'attenzione dei *manager* sullo *status* dell'impresa.

Per quanto riguarda, invece, il meccanismo di allerta degli *associé*, esso, ad avviso di chi scrive, costituisce un vero e proprio *unicum* nel panorama dell'allerta interna francese, anche alla luce del fatto che l'Unione europea non

⁽¹¹⁷⁾ Tale modifica era stata auspicata anche dai sindacati italiani. Si veda AA.VV. *Proposta di direttiva sulle procedure di ristrutturazione e insolvenza. Un primo commento*, in www.cgil.it, 2018.

⁽¹¹⁸⁾ Ciò si riflette, come visto, anche, *rectius*, *a fortiori*, nel fatto che secondo le istituzioni comunitarie debbano essere altresì assoggettate all'allerta le imprese di grandi dimensioni e i gruppi.

abbia previsto la necessità di adeguamento della normativa degli Stati membri con riferimento ai soci.

In realtà, si è già visto come parte della dottrina italiana non abbia sostenuto la necessità di introdurre *ex novo* nel nostro ordinamento giuridico le misure di allerta a causa della pregressa esistenza di alcuni istituti considerati come alternativi all'allerta stessa, poiché questi parrebbero trovare applicazione con riferimento alla medesima fattispecie e sarebbero parimenti idonei a lanciare un allarme: tra questi spicca l'art. 2409 c.c., che, secondo la tesi propugnata da tali giuristi, consentirebbe di poter affermare l'esistenza di un'allerta dei soci anche nel sistema italiano.

La disposizione *de qua*, invero, prevede che gravi irregolarità possano essere denunciate non solo, a mente del comma 7, dal collegio sindacale o dall'organo di controllo, ma, ai sensi del comma 1, altresì dai soci, di qualsiasi categoria, i quali rappresentino almeno un decimo del capitale sociale – per evitare iniziative pretestuose da parte dei titolari di percentuali minime del capitale sociale – oppure, qualora la società sia quotata o faccia ricorso al capitale di rischio, almeno un ventesimo del capitale sociale, per rendere agevole l'utilizzo di tale strumento di tutela da parte delle minoranze organizzate come investitori istituzionali o aggregazioni di azionisti ⁽¹¹⁹⁾, fatta salva la possibilità di prevedere nello statuto percentuali diverse.

Chi scrive ha già avuto modo di confutare l'opinione della dottrina con riferimento al solo paragone tra la denuncia *ex art.* 2409 c.c. e l'allerta interna così come contemplata dal Codice della crisi d'impresa ⁽¹²⁰⁾, tuttavia è questa la sede adatta a procedere alla formulazione di una serie di ulteriori considerazioni – comuni sia all'allerta dei sindaci, sia a quella, meramente ipotetica, dei soci – che depongono a favore della mancata alternatività dei due strumenti.

In primo luogo, per quanto concerne i presupposti, la denuncia fa riferimento a gravi irregolarità della gestione, ma, come si è visto poc'anzi proprio con riferimento all'allerta del revisore, non è detto che l'insorgenza della crisi sia riconducibile a una causa endogena all'impresa, la quale, quindi, riguardi strettamente la gestione della società, mentre il controllo di cui all'art. 2409 c.c. è un controllo di legalità ⁽¹²¹⁾, azionabile solo in presenza di irregolarità gravi che

⁽¹¹⁹⁾ Così G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, vol. II, 9ª ed., Torino, 2015, p. 434.

⁽¹²⁰⁾ Si veda *supra* cap. III, § 2.

⁽¹²¹⁾ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit. p. 433.

Con riferimento all'allerta, invece, si veda altresì G. BOCCUZZI, *I meccanismi di allerta e di prevenzione e le procedure stragiudiziali*, in *Dir. fall.*, 2005, p. 633, il quale, a suo tempo, aveva utilizzato la medesima locuzione nel confrontare la disciplina dell'art. 2409 c.c. con il progetto elaborato dalla parte minoritaria della prima Commissione Trevisanato: l'Autore evidenziava

arrechino danno alla società quali l'irregolarità della tenuta della contabilità o la falsa redazione di questa; al contrario, invece, la segnalazione degli *associé* viene ricondotta a qualsiasi fatto che possa compromettere la continuità aziendale, per cui è evidente che la denuncia *de qua* e l'allerta dei soci realizzino funzioni differenti.

Secondariamente, accantonando il paragone con l'allerta francese e limitando la riflessione alla denuncia al tribunale come alternativa all'allerta del CCII, è evidente come la prima abbia uno sbocco giurisdizionale, comportando l'immediato coinvolgimento dell'autorità giudiziaria affinché accerti le irregolarità e adotti i provvedimenti atti a rimuoverle; viceversa, l'allerta del Codice è stata concepita come stragiudiziale dal legislatore della riforma, posto che gli interlocutori di tutti i soggetti legittimati ad allertare sono, in prima istanza, gli amministratori, e, in seconda battuta, gli OCRI. Ancora, la «presunta allerta» dei soci e del collegio di cui all'art. 2409 c.c. può condurre a ispezioni dell'amministrazione della società da parte di un consulente designato dal tribunale, con un aggravio, sotto il profilo delle tempistiche, non indifferente, mentre l'esame della situazione dell'imprenditore dinnanzi all'OCRI, che avviene entro quindici giorni dalla segnalazione, viene effettuato, ai sensi dell'art. 18, comma 3 CCII, sulla base delle informazioni e dei dati acquisiti (*id est*: si fonda sul resoconto effettuato dai soggetti segnalanti), nonché di ogni elemento di valutazione assunto direttamente e autonomamente dal referente oppure fornito dallo stesso debitore auditato.

Infine, diversa è la soluzione cui le due procedure addivengono: l'audizione del debitore davanti all'OCRI conduce a un confronto tra lo stesso imprenditore e il collegio, che insieme individuano le misure più adatte a fare fronte a uno stato di crisi acclarato; viceversa, il procedimento *ex art.* 2409 c.c. può sfociare nella revoca degli amministratori esistenti che non abbiano posto in essere condotte volte a eliminare le violazioni accertate, nonché, laddove le attività compiute si fossero rivelate in seguito insufficienti, nella nomina di un amministratore giudiziario. L'amministratore, designato dal tribunale, che ne determina anche i poteri e la durata dell'incarico, viene così a inserirsi in un contesto per lui del tutto inedito ed è piuttosto improbabile che, non conoscendo la storia dell'impresa e le dinamiche aziendali di questa, possa efficacemente

come lo schema di legge delega fornisse copertura anche ai profili semplicemente gestionali, prescindendo dalle irregolarità e riferendosi genericamente a tutte le ipotesi di crisi aziendali in grado di compromettere la continuità dell'impresa; la ragione, come visto *supra* § 8, è da ricondurre al diverso presupposto oggettivo adottato dalla Commissione Trevisanato rispetto a quello scelto dalla Commissione Rordorf, che non consente di trasporre l'osservazione *de qua* anche con riferimento agli strumenti di allerta disegnati dal CCII.

fronteggiare il fenomeno della crisi, nonché, eventualmente, trattare con i creditori: al contrario, l'efficacia del meccanismo di superamento della crisi disegnato dal CCII riposa proprio nella cooperazione tra OCRI e debitore, chiamato, ancor prima di proporre iniziative atte a risanare la situazione economica, a illustrare quest'ultima, nella consapevolezza che nessuno meglio dell'imprenditore è in grado di sapere come l'attività sia stata fino a quel momento organizzata e quali siano state le difficoltà attraversate nella gestione dell'impresa.

È evidente, pertanto, come il procedimento di cui all'art. 2409 c.c. non possa essere considerato, sotto alcun profilo, alternativo all'allerta, essendo caratterizzato da fasi, termini e scopi completamente differenti: da ciò discende la conseguenza che, *rebus sic stantibus*, in Italia non esiste ancora un sistema di allerta promosso dai soci; malgrado l'assenza di un obbligo imposto dall'Ue agli Stati membri in tal senso, tuttavia, l'estensione dell'allerta anche alle società quotate e operanti in mercati regolamentati – ciò è sì, come visto, prescritto dal dettato normativo comunitario – potrebbe spingere il legislatore italiano a novellare il CCII introducendo una nuova procedura attivabile su iniziativa degli azionisti.

A costituire un ulteriore elemento caratterizzante l'allerta francese sono i *groupement de prévention agréé*, associazioni che non trovano alcun corrispondente in Italia: essi sono qualificati come dei veri e propri «*centres de diagnostic des difficultés des entreprises*», la cui adesione da parte degli imprenditori è, tuttavia, facoltativa. Si tratta di gruppi di imprese dotati di capacità giuridica, i quali possono essere costituiti in forma diversa, a condizione che questa conferisca loro la capacità di essere titolari di diritti e obblighi, e assolvono una funzione solidaristica e consultiva nei confronti degli imprenditori che si rivolgono a loro in cerca di assistenza nell'analisi delle informazioni economiche, contabili e finanziarie. Essi sono stati, invero, istituiti dalla *loi* 1° marzo 1984, n. 84-148 proprio in ragione del fatto che le piccole imprese non hanno un direttore commerciale o finanziario, né sono solite avvalersi di un apposito servizio di contabilità esterno; al contempo, tuttavia, gli imprenditori sono, di fatto, obbligati a padroneggiare le tecniche di *gestion prévisionnelle*. Al fine di consentire a queste tipologie di imprese di uscire dal proprio «stato di isolamento»⁽¹²²⁾ senza dover sopportare nuovi costi, il *législateur* ha proposto l'introduzione di un meccanismo che consenta di aiutare le imprese che vi aderiscano su base volontaria, nella più completa confidenzialità.

⁽¹²²⁾ Questa l'espressione utilizzata da Jacques Roger-Machart, portavoce della Commission des lois, nel corso della seduta n. 1 del 4 luglio 1983.

Rispetto alle altre procedure di allerta, tuttavia, essa rappresenta una « *très mini-alerte* » ⁽¹²³⁾ in ragione del fatto che i *groupement* non dispongono di alcun mezzo di coercizione nei confronti dell'imprenditore che decida di non attivarsi per risolvere lo stato difficoltà dagli stessi evidenziato; anche il CSE e i lavoratori sono ugualmente privi di tali poteri, ma, come si ricorderà, entrambe le procedure prevedono, se attivate, l'obbligo di comunicare al *commissaire aux comptes*, rispettivamente, il *rapport spécial* del *comité* – ove si dà conto della sussistenza dello stato di crisi – e la risposta dei dirigenti alle sollecitazioni mosse dai soci, in modo tale che in entrambi i casi il revisore, se ritiene l'attivazione fondata, debba, a propria volta, esercitare la propria funzione di allerta, la quale può sfociare nella convocazione del debitore da parte del presidente del tribunale di commercio.

Alla luce della minore portata dell'allerta, tenendo conto del fatto che comunque i *groupement* forniscono un servizio di assistenza, eventualmente anche attraverso la nomina di un esperto contabile, il legislatore francese ha cercato di incentivare la partecipazione degli imprenditori, in primo luogo estendendo la facoltà di adesione a tutti coloro che siano iscritti presso il *registre du commerce et des sociétés* o, con riguardo alle libere professioni, il *répertoire des métiers*, nonché prevedendo la possibilità di beneficiare, in caso decidessero di entrare a farne parte, di vantaggi fiscali ⁽¹²⁴⁾ e convenzioni profittevoli con gli istituti di credito e le assicurazioni ⁽¹²⁵⁾.

Per quanto concerne la compatibilità con il diritto europeo, l'idea del *groupement* si confà pienamente al dettato sia della proposta di direttiva, sia della direttiva che da questa è, infine, scaturita: la prima prevede, al considerando 36, che i dirigenti, qualora l'impresa versi in difficoltà finanziarie, dovrebbero prendere le misure opportune, tra cui richiedere consulenza professionale, anche sulla ristrutturazione e sull'insolvenza, concetto ripreso *verbatim* nel considerando 70 della direttiva (UE) 2019/1023; quest'ultima, poi, ribadisce ulteriormente all'art. 3, comma 2, lett. b) che gli strumenti di allerta precoce possano includere servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private.

Sempre con riferimento all'allerta esterna, il coinvolgere creditori pubblici particolarmente qualificati parrebbe essere una scelta cui solo il legislatore italiano, *rectius*, i legislatori nostrani siano arrivati: il riferimento è, in prima istanza, alla Commissione Trevisanato – sia in composizione «divisa», sia in

⁽¹²³⁾ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 132.

⁽¹²⁴⁾ *Ibidem*, nt. 109, ove l'Autrice specifica che il vantaggio fiscale consiste nel vedere riconosciuto, con riguardo all'IRES, un credito di imposta pari al 25% delle spese sostenute nei primi due anni di adesione, nel limite di euro 1.500 per anno.

⁽¹²⁵⁾ *Ivi*, p. 131; Y. CHAPUT, *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, cit., p. 107.

quella ristretta – nonché alla Commissione Rordorf, la quale ha attribuito legittimità ad allertare all'Agenzia delle entrate, all'Istituto nazionale della previdenza sociale e all'agente della riscossione.

In realtà, l'Italia non può vantare la paternità della soluzione *de qua*, che quindi non è qualificabile come completamente innovativa e avente carattere del tutto originale: infatti, ancor prima, nel 1993, in Francia, in sede di discussione della riforma dell'allerta, resasi necessaria in ragione degli scarsi risultati ottenuti in termini di prevenzione dell'insolvenza, erano state avanzate ben due proposte di legge da parte dei parlamentari Bignon e Barrot, le quali prevedevano di potenziare l'allerta ampliando la legittimità ad allertare. In particolare, in caso di ritardo nel pagamento di somme garantite da privilegio del Fisco, l'amministrazione incaricata del recupero (*id est*: l'agente della riscossione) avrebbe dovuto informare il presidente del tribunale di commercio competente; un'analoga obbligazione avrebbe altresì dovuto gravare sull'Istituto di previdenza sociale. La difficoltà per i creditori pubblici qualificati di essere in grado di agire tempestivamente nei confronti dei propri debitori aveva portato le proposte *de quibus* a essere scartate, non prima, tuttavia, di avere raggiunto una sorta di compromesso: il Trésor e l'URSAFF che avessero vantato crediti per un ammontare superiore a una certa soglia ⁽¹²⁶⁾ sarebbero stati obbligati a iscrivere il proprio privilegio presso la cancelleria del tribunale di commercio in cui ha sede l'*établissement commerciale* del debitore persona fisica o presso cui si trova la sede legale della *personne morale de droit privé* iscritta presso il RCS.

Ai sensi dell'art. 1929-*quater*, comma 7 del *Code général des impôts*, nell'eventualità in cui l'iscrizione del privilegio non sia stata regolarmente effettuata nei confronti del debitore e vengano aperte procedure di *sauvegarde*, *redressement judiciaire* o *liquidation judiciaire* del debitore, nonché di liquidazione dei beni di quest'ultimo, il Trésor non può fare valere il suo privilegio per i crediti soggetti a pubblicità: la sanzione è esattamente quella prevista dal legislatore italiano per incentivare i creditori a segnalare agli imprenditori, a mente dell'art. 15 CCII, l'esistenza di debiti di importo rilevante.

A una lettura della direttiva, sia l'allerta esterna italiana, sia quella francese appaiono conformi al dettato normativo comunitario: il considerando 16 della proposta di direttiva COM(2016) 723 dispone che si possono incoraggiare od obbligare, a norma del diritto nazionale, i terzi in possesso di informazioni rilevanti, come le autorità fiscali e di sicurezza sociale, a segnalare gli andamenti

⁽¹²⁶⁾ Con decorrenza dal 1° luglio 2019, le soglie sono state fissate a euro 20.000 per l'URSAFF e, ai sensi dell'art. 1929-*quater*, comma 4 del *Code général des impôts*, euro 200.000 per l'Agenzia delle entrate.

negativi; tale indicazione è stata in seguito trasfusa nell'art. 3, comma 2, lett. c) della direttiva, e il considerando 22 di quest'ultima interviene a puntualizzare che gli strumenti di allerta possono essere attivati allorquando il debitore non abbia effettuato taluni tipi di pagamento, come imposte o contributi previdenziali.

Il legislatore francese ha optato per la prima opzione indicata nella proposta direttiva: tale incoraggiamento si traduce nella possibilità per il *président* del tribunale di utilizzare, tra le informazioni conservate presso la *greffe* che sono suscettibili di compromettere la *continuité de l'exploitation*, le richieste di pagamento avanzate dall'Agenzia delle entrate e dalle *Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales* per fondare la convocazione del dirigente. Al contrario, il legislatore italiano, ai sensi dell'art. 15, comma 1 CCII, ha preferito porre in capo all'amministrazione finanziaria e all'INPS l'obbligo di segnalare al debitore 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 oppure non avrà presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso a 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.

Per completare il quadro dei soggetti legittimati a «*sonner l'alarme*» non resta che esaminare l'allerta del *président du tribunal de commerce*, tuttavia, alla luce della peculiarità della figura *de qua*, si preferisce rinviare a quanto verrà esposto nel successivo paragrafo, ove si tratterà altresì del ruolo (*rectius*, mancato ruolo) ricoperto dall'autorità giudiziaria nella procedura di allerta italiana.

10. Segue. *Il differente ruolo dei tribunali e la parabola ascendente dell'allerta del président du tribunal de commerce.*

Nel corso dell'esame della disciplina dell'allerta italiana, si è visto come esista un solo sbocco giurisdizionale di questa, ossia l'ipotesi patologica di mancata comparizione *ex art. 18 CCII* del debitore dinnanzi al collegio in seguito alla convocazione da parte dell'organismo di composizione della crisi d'impresa: in questo caso, ai sensi dell'art. 22 CCII, il collegio, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente, il quale, a propria volta, ne dà notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente, che, quando ritiene fondata

la notizia di insolvenza, tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla ricezione della relazione, presenta il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale.

Nel caso, invece, della procedura di composizione assistita della crisi, esistono più ipotesi in cui l'autorità giudiziaria è chiamata a intervenire: nell'ipotesi di fisiologico svolgimento della procedura di composizione, il debitore può rivolgersi al giudice perché questo conceda tutte le misure protettive necessarie affinché sia possibile concludere le trattative in corso con i creditori e addivenire a un accordo. Per quanto concerne la patologia del corso della procedura, invece, il collegio provvede alla segnalazione di cui all'art. 22 se il debitore, dopo l'audizione, non deposita istanza di composizione assistita senza che sia stata disposta dal collegio l'archiviazione di cui all'art. 18, comma 3, nonché qualora, all'esito delle trattative, non depositi domanda di accesso a una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel termine assegnato ai sensi dell'art. 21, comma 1.

Se questo è l'attuale disegno della procedura di audizione del debitore e di composizione assistita della crisi, decisamente differente appariva l'iniziale bozza di disegno di legge redatta dalla prima Commissione Rordorf e presentata nel 2015. In un primo momento, invero, debitore e creditori avrebbero dovuto trovare un accordo per il tramite di un mediatore, nominato dall'OCRI su istanza del debitore e scelto tra soggetti di adeguata professionalità nella gestione della crisi d'impresa; il legislatore della prima bozza di riforma, tuttavia, aveva provveduto a contemplare unicamente la mera possibilità di accordo, senza nulla disporre riguardo all'eventuale patologia del procedimento, ossia l'ipotesi in cui l'imprenditore e i suoi creditori non fossero giunti a comporre la crisi.

La dottrina e, più in generale, gli operatori della materia fallimentare osteggiarono fermamente l'idea di una procedura disciplinata nel suo avvio ma priva di qualsiasi tipo di «coda», di una fase finale che fosse compiuta, e il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili aveva suggerito, peraltro a più riprese ⁽¹²⁷⁾, di prevedere che l'OCRI segnalasse l'esito negativo della soluzione concordata al tribunale competente perché questo, in seguito, si attivasse per la convocazione del debitore.

⁽¹²⁷⁾ Si vedano CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Audizione in relazione allo schema di "Disegno di legge recante la riforma e il riordino delle procedure concorsuali"*, documento del 2 dicembre 2015, in www.oldsite.commercialisti.it; Idem, *Delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Osservazioni e proposte del Consiglio Nazionale dei Commercialisti e degli Esperti Contabili*, documento dell'8 giugno 2016, in www.commercialisti.it.

La proposta del CNDCEC venne parzialmente sposata dal Consiglio dei ministri, che elaborò un nuovo progetto di riforma, secondo la nuova formulazione del quale, qualora il debitore non si fosse recato dinnanzi l'OCRI o non avesse posto in essere le misure atte ad arginare la crisi stabilite in sede di composizione assistita, il tribunale (*id est*: il presidente della sezione specializzata in materia di impresa), convocati l'imprenditore e gli organi di amministrazione, avrebbe potuto nominare un nuovo professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d) l.fall., perché provvedesse ad attestare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'impresa ⁽¹²⁸⁾, e assegnare un diverso termine entro cui attuare le nuove misure per porre rimedio allo stato di crisi emerso. Decorso inutilmente tale termine, l'inerzia dell'imprenditore sarebbe stata punita mediante la disposizione da parte dell'autorità giudiziaria della pubblicazione della relazione del professionista nel registro delle imprese.

La proposta, ancora una volta, vide la coriacea opposizione della dottrina ⁽¹²⁹⁾ e degli esperti ⁽¹³⁰⁾, mossa da plurime ragioni: si era ritenuto che la bifasicità della procedura di composizione assistita fosse inutile, posto che si trattava, di fatto, di una duplicazione delle medesime attività – audizione, composizione assistita – davanti a soggetti diversi – OCRI e tribunale; ancora, la pubblicazione della relazione acclarante la sussistenza dello stato di crisi sul registro delle imprese venne vista come un assalto alla garanzia della confidenzialità che avrebbe dovuto circondare la composizione della crisi, poiché tale fuga di notizie avrebbe compromesso la reputazione dell'impresa generando conseguenze nefaste sulla possibilità di accesso al credito e sui rapporti con il mercato; infine, soprattutto per ciò che qui rileva, radicata era – e tutt'ora è – l'idea che l'imprenditore potesse recarsi dinnanzi all'OCRI, perché convocato nel corso della procedura di allerta oppure in modo spontaneo in quella di composizione assistita della crisi, solamente se i procedimenti *de quibus* avessero avuto carattere

⁽¹²⁸⁾ Come si vedrà *infra* § 11, tale procedimento richiama la procedura di *conciliation*.

⁽¹²⁹⁾ La letteratura, sul punto, è vastissima. Si vedano, *ex multis*, A. MATONTI, *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018, p. 214; R. RUSSO, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, cit., p. 132.

⁽¹³⁰⁾ Anche in questo caso, molti sono stati i professionisti che si sono pronunciati a sfavore della proposta. Tra coloro che, nel corso dei lavori parlamentari, sono stati chiamati in audizione dinnanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati, si vedano, ad esempio, Nicola Alessandri, docente presso la Scuola di specializzazione per le professioni legali dell'Università degli Studi di Bologna; Mario Cardoni, direttore generale di Federmanager; Antonio Matonti, direttore Affari legislativi di Confindustria; Maurizio Sella, presidente dell'Associazione fra le società italiane per azioni (ASSONIME).

stragiudiziale, per non essere così concepiti come un'anticamera della procedura di liquidazione giudiziale ⁽¹³¹⁾.

Non si dimentichi, poi, di volgere, con riferimento alla procedura di allerta, lo sguardo al passato: in seno alla Commissione Trevisanato, nella sua prima formazione, la maggioranza aveva previsto che il giudice potesse convocare l'imprenditore per verificare le circostanze riferite dagli organi di controllo sulla situazione economica e patrimoniale dell'impresa e sollecitarlo all'adozione di iniziative di risanamento, ivi compresa la richiesta di avvio della procedura di composizione concordata della crisi.

⁽¹³¹⁾ Sulla scorta della stessa motivazione, identico esito toccò a una timida proposta avanzata da Massimo Orlando – componente del gruppo di esperti della Commissione europea «*on restructuring and insolvency law*», in audizione dinnanzi alla Commissione Giustizia della Camera dei deputati il 27 ottobre 2016 – il quale fu l'unico a tentare di trapiantare, *mutatis mutandis*, la procedura di allerta esterna francese in Italia: egli riteneva, infatti, che la sezione specializzata in materia di impresa del tribunale dovesse essere investita del compito di raccogliere in via riservata le segnalazioni in una banca dati e, qualora si fosse superato un certo tetto di esposizione debitoria – trattandosi di una mera proposta, è difficile affermare se questo dovesse considerarsi complessivo o, al contrario, necessitasse di essere calcolato e preso in considerazione per ciascuna tipologia di debito – il giudice avrebbe poi convocato il debitore.

Della stessa opinione, anche A. JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, p. 428 ss. (e in *Dir. fall.*, 2019), il quale, confrontando l'allerta francese con quella approntata dal CCII, rileva, acutamente, come l'estraneità del giudice dalla procedura di gestione assistita della crisi sia più affermata che effettiva, posto che il giudice designa un componente della terna dei coadiutori dell'imprenditore. L'Autore pone a fondamento della tesi *de qua* anche la facoltà per il tribunale di decidere sulla meritevolezza dell'apertura dell'ombrello protettivo: tale specifico ancoraggio, tuttavia, non convince appieno chi scrive, posto che il giudizio non è rimesso interamente alla discrezionalità del magistrato. Così come, ai sensi dell'art. 20, comma 5 CCII, le misure protettive possono essere revocate in ogni momento, anche d'ufficio, se risultano commessi atti di frode nei confronti dei creditori oppure se il collegio segnala che non sia possibile addivenire a una soluzione concordata della crisi o che non vi siano stati significativi progressi nell'attuazione delle misure adottate per superare la stessa, è logico ritenere che sarà lo stesso collegio il soggetto a cui il giudice si indirizzerà per ottenere riscontro della *causa petendi* della domanda proposta dall'imprenditore, ossia saranno i tre esperti, alla luce delle trattative fino a quel momento svolte, a indicare se la concessione delle misure possa essere funzionale alla buona riuscita della composizione della crisi.

Parzialmente adesivo anche F. LAMANNA, *Osservazioni sul DDL delega della Commissione Rordorf*, in www.ilfallimentarista.it, 2016, secondo cui, tuttavia, un'allerta simile a quella francese avrebbe dovuto essere introdotta a condizione che venisse affidata al presidente della sezione fallimentare.

M. FABIANI, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in www.ilcaso.it, 2015, preso atto dell'intenzione del legislatore di costituire un organismo di composizione collegiale, aveva suggerito, invece, che la selezione dei membri dovesse ricadere su soggetti autorevoli, preparati e rappresentativi del pluralismo degli interessi coinvolti nella crisi d'impresa, tra i quali rientrano i magistrati specializzati nelle liti d'impresa.

In ogni caso, qualsiasi tentativo, diretto o indiretto, di far sì che l'imprenditore potesse instaurare una qualche forma di dialogo con il presidente della sezione specializzata in materia di impresa per poter confrontarsi sulla situazione di quest'ultima non ebbe, in Italia, alcuna fortuna; al contrario, la sorte alla quale, in Francia, un simile confronto, tradottosi poi in un'apposita procedura di allerta, andò incontro assunse tutt'altro tono.

La procedura di allerta promossa dal *président du tribunal de commerce* è stata introdotta, al pari delle altre, con la *loi* 1° marzo 1984, n. 84-148 e ha subito, nel corso del tempo, profonde modifiche, tutte volte a potenziarne l'efficacia, anche, e soprattutto, alla luce degli ottimi risultati che questa ha prodotto in termini di ristrutturazione dell'impresa e conseguente fronteggiamento della crisi ⁽¹³²⁾.

Si è già avuto modo di vedere, tuttavia, con solo riferimento al presupposto oggettivo, come la riforma occorsa con la *loi* 10 giugno 1994, n. 94-475 abbia costituito la prima tappa del percorso di modifica della disciplina dell'*alerte du président*: se il dettato originale dell'art. 34 della legge del 1984 subordinava l'esercizio della facoltà da parte del presidente alla sussistenza di una perdita contabile netta superiore a un terzo dell'ammontare dei capitali propri al termine dell'esercizio, la novella del 1994 – poi trasposta nel 2000 nel *Code de commerce* all'art. L.611-2, par. I, comma 1 – aveva individuato gli indici di cui il giudice avrebbe potuto tenere conto nelle «*difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*» che fossero risultati da «*tout acte, document ou procédure*», una definizione ben più lata di quella adottata in precedenza.

Per quanto concerne l'ambito di applicazione, invece, in origine l'attuazione dell'allerta era prevista solamente nei confronti delle *société commerciale* (società anonime, società a responsabilità limitata, società in accomandita e società in nome collettivo) e dei *groupement d'intérêt économique* che avessero avuto un oggetto di natura civile o commerciale, per cui erano escluse le altre persone giuridiche di diritto privato e le *entreprise individuelle*; tale esclusione rispondeva poco a principi di logica, posto che erano proprio queste imprese a essere caratterizzate da meccanismi di controllo della gestione dell'impresa malfunzionanti. Le successive novelle hanno progressivamente esteso il campo applicativo dell'allerta: segnatamente, la legge del 1994 ha prescritto che questa trovi applicazione anche nei confronti degli imprenditori individuali, commerciali o artigianali, mentre l'art. 2 dell'*ordonnance* 12 marzo

⁽¹³²⁾ Soprattutto con riguardo al tribunale di commercio di Parigi e a quelli dei centri della Île-de-France. Cfr. L. PANZANI, *Insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fallimento*, 2015, p. 1017.

2014, n. 2014-326 ha introdotto nel *Code de commerce* l'art. L.611-2-1, il cui comma 1 ha esteso l'allerta a ogni *personne morale de droit privé* e alle persone fisiche esercenti un'attività professionale, artigianale o indipendente, ivi compresa una qualsiasi libera professione soggetta a uno statuto legislativo o regolamentare oppure il cui titolo sia protetto ⁽¹³³⁾.

Non solo: la *loi* 26 luglio 2005, n. 2005-845 (la c.d. «*loi de sauvegarde des entreprises*») ha attribuito un potere di particolare rilevanza al presidente del tribunale allorquando i dirigenti di una società commerciale non abbiano provveduto al deposito, presso la *greffe*, dei conti annuali entro il termine prescritto: in questi casi, al presidente viene riconosciuta la facoltà di ingiungere gli imprenditori al pagamento.

Si tratta di un potere di enorme portata, soprattutto nell'ambito dell'allerta – e la collocazione della disciplina è del tutto significativa, posto che essa non è stata inserita in un nuovo articolo *ad hoc* del *Code*, ma configurata quale secondo paragrafo della disposizione disciplinante l'allerta del giudice, l'art. L.611-2 – poiché permette al *président* di emanare un'ingiunzione di deposito, entro un breve termine, dei conti, a pena di *astreinte*: così facendo, egli assicura non solo la regolare tenuta delle scritture contabili da parte delle società, ma garantisce altresì la costante vigilanza sui dati ivi contenuti da parte della *greffe* attraverso i mezzi informatici disposti per la raccolta delle informazioni e la loro analisi, posto che è la cancelleria a dover monitorare, tramite questi ultimi, l'esistenza di indizi della crisi.

⁽¹³³⁾ In quest'ultima ipotesi, tuttavia, a essere legittimato ad allertare non è il presidente del tribunale di commercio, bensì il *président* del *tribunal judiciaire* – che, come visto, a partire dal 1° gennaio 2020 sostituisce l'organo cui prima era riconosciuto l'esercizio di tale funzione, il *tribunal de grande instance* – il quale gode degli stessi poteri conferiti al primo.

L'applicazione della regola generale di cui all'art. L.611-2, par. I, comma 1 del *Code de commerce* subisce, tuttavia, un'eccezione qualora il soggetto destinatario della procedura di allerta sia una persona fisica o giuridica esercitante la professione di avvocato, amministratore giudiziario, *mandataire judiciaire*, pubblico ufficiale od *officier ministériel* (notai, cancellieri). In questi casi, l'art. L.611-2-1, comma 2 prevede che il presidente, non potendo convocare il soggetto personalmente, dovrà limitarsi a indirizzare al rappresentante dell'ordine professionale o all'autorità a cui il debitore appartiene una nota, notificata dal cancelliere tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento, ove egli illustra le difficoltà aventi natura tale da compromettere la continuità d'impresa, portandoli a conoscenza della situazione economica, sociale, finanziaria e patrimoniale di quest'ultima. L'art. R.11-10-1 dispone che spetti poi all'ordine o all'autorità domandare al professionista i chiarimenti necessari e, con lettera raccomandata con avviso di ricevimento, aggiornare il presidente del tribunale, entro il termine di un mese, sul seguito che sia stato dato a tale informazione.

L'art. R.611-13 prevede che tale provvedimento assuma la forma dell'ordinanza, firmata dal *greffier* ⁽¹³⁴⁾, avverso la quale non è esperibile alcun mezzo di impugnazione. Essa deve contenere, a pena di nullità, l'indicazione dell'*astreinte*, nonché del luogo, del giorno e dell'ora dell'udienza in cui sarà esaminato il caso; il termine previsto per il deposito, pari a un mese, decorre a partire dal momento della sua notificazione a opera della cancelleria.

Ai sensi dell'art. R.611-14, comma 2, se la lettera viene rispedita al mittente con l'avviso che essa non è stata reclamata dal debitore, il *greffier* provvede nuovamente a far notificare l'ordinanza dalla cancelleria, riproducendone il contenuto; il comma 3 disciplina il caso in cui la lettera venga rispedita in cancelleria poiché l'indirizzo non risulti più essere quello del destinatario: in quest'ipotesi, la causa è cancellata dal ruolo dal *président du tribunal*, il quale poi informa il pubblico ministero, mentre il cancelliere provvede a riportare la cessazione dell'attività nel *registre du commerce et des sociétés*, in modo da aggiornarlo.

A mente dell'art. R.611-15, se la condanna a questo particolare obbligo di *facere* viene eseguita, la causa viene rimossa dal ruolo; viceversa, se le scritture non dovessero essere depositate oppure lo fossero oltre la scadenza del termine indicato, il cancelliere constata il mancato o irregolare deposito redigendo un processo-verbale di carenza. L'art. R.611-16, invece, regola puntualmente le successive attività del presidente del tribunale: egli è tenuto a statuire sulla liquidazione dell'*astreinte* con ordinanza, recante altresì il nome e la firma del cancelliere, e l'ammontare dovrà essere versato al Trésor; il presidente dispone, altresì, della facoltà di convocare i dirigenti per domandare loro chiarimenti: tale incontro, tuttavia, potrebbe poi sfociare nell'apertura di una procedura di *redressement judiciaire* o di *liquidation judiciaire* ⁽¹³⁵⁾.

Alla luce di quanto finora esaminato, occorre domandarsi quale sia il motivo che abbia portato questa peculiare tipologia di allerta a ottenere un successo tale da spingere il legislatore a porre in essere plurime novelle tese a incrementarne progressivamente l'estensione, sia sotto il profilo oggettivo, sia sotto quello soggettivo.

La ragione principale viene individuata nel fatto che i giudici del *tribunal de commerce* non siano magistrati togati assunti a seguito del superamento di un concorso pubblico, bensì giudici non professionali: la giustizia civile francese,

⁽¹³⁴⁾ Cass. com., 29 settembre 2009, n. 08-14.146, in www.legifrance.gouv.fr, con nota di D. PORACCHIA, *Injonction de dépôt des comptes: l'ordonnance liquidant l'astreinte doit être signée par un greffier*, in *Rev. soc.*, 2010, p. 90 ss.

⁽¹³⁵⁾ C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 102.

infatti, consente da tempo la partecipazione all'esercizio della funzione giurisdizionale a soggetti estranei alla magistratura, soprattutto con riguardo alla decisione di controversie su materie di grande rilevanza economico-sociale, quali quelle di competenza delle *juridiction de spécialité*, ossia dei *conseil de prud'homme*, dei *tribunal paritaire de baux ruraux* ⁽¹³⁶⁾, dei *tribunal des affaires de sécurité sociale*, nonché dei *tribunal de commerce* ⁽¹³⁷⁾.

I tribunali di commercio sono, infatti un'istituzione antichissima, risalente all'età medioevale e di ispirazione italiana ⁽¹³⁸⁾, nata – e, in seguito, anche unica sopravvissuta alle riforme attuate durante la Rivoluzione francese, che portarono a un completo «smantellamento» di tutte le giurisdizioni dell'*Ancien régime* allora esistenti, poiché rappresentative, quanto alla composizione, della sola nobiltà – in ragione del fatto che le controversie sottoposte loro potessero venire meglio risolte non da un giudice-giurista, custode del solo «diritto puro», ma da un giudice-operatore, che conoscesse – e impiegasse egli stesso – le prassi commerciali, non codificate normativamente e, peraltro, suscettibili di mutare piuttosto velocemente; ancor'oggi, infatti, è rimasto vivo il convincimento che la loro presenza nel sistema giuridico sia indispensabile, poiché i loro giudici non sono chiamati a limitarsi alla mera applicazione del dato normativo, ma, al contrario, in sede decisoria sono tenuti a integrare quest'ultima con valutazioni di carattere economico, sociale e tecnico ⁽¹³⁹⁾.

I *tribunal de commerce*, facenti parte della giustizia ordinaria ⁽¹⁴⁰⁾, ma configurati come giudici di eccezione ⁽¹⁴¹⁾, presentano, quali magistrati speciali, un tratto distintivo di assoluta rilevanza: essi sono, infatti, composti da soggetti facenti parte delle medesime classi professionali alle quali appartengono, altresì, le parti in lite – per quanto concerne l'allerta, naturalmente, l'affermazione deve essere intesa con riferimento ai soggetti che dal presidente sono convocati.

⁽¹³⁶⁾ G. FANFANI, *Giudice laico e giurisdizioni speciali in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983, p. 936.

⁽¹³⁷⁾ Sulla base della competenza per materia, il *tribunal de commerce* giudica le controversie sorte tra imprenditori relative ad atti di natura commerciale, comprese le controversie societarie e le procedure concorsuali.

⁽¹³⁸⁾ Il riferimento è ai giudici-consoli e ai tribunali dei mercanti.

⁽¹³⁹⁾ Un secondo motivo – di natura meno giuridica e, quindi, «nobile», ma avente carattere più pratico e veniale – che scoraggia il legislatore dall'operare una riforma abrogativa dei *tribunal de commerce* va ravvisato nel fatto che si tratta di una magistratura onoraria, per cui, avendo costi inferiori rispetto alla giurisdizione di diritto comune, non incide particolarmente sui bilanci dello Stato.

⁽¹⁴⁰⁾ In contrapposizione all'*ordre administratif*, al pari di quanto avviene nel sistema giuridico italiano.

⁽¹⁴¹⁾ Il riferimento è al secondo grande distinguo che è possibile operare nel sistema francese: alle giurisdizioni di eccezione si oppongono quelle di diritto comune, in cui rientrano, ad esempio, i *tribunal judiciaire*.

Il metodo adottato per reclutare i giudici – che ha consentito la conservazione dei tribunali anche in seguito al 1789 – è quello elettivo: i commercianti e gli imprenditori non eleggono direttamente i giudici, ma votano, con cadenza triennale, un numero variabile – da sessanta a seicento, in base alla circoscrizione – di candidati; questi si riuniscono in un organo collegiale, al quale partecipano, altresì, i membri attuali e passati del *tribunal* stesso e della Camera di commercio: tale collegio «di secondo grado» ⁽¹⁴²⁾ provvede, infine, a eleggere i giudici con sistema maggioritario uninominale.

La durata del mandato dei giudici è di due anni, quattro per quanto riguarda il *président*, e tutti sono rieleggibili per tre volte consecutive, ma allo scadere del terzo mandato sono chiamati a osservare un anno di interruzione prima di poter essere nuovamente eletti.

I requisiti per potere eleggere sono l'iscrizione nel *registre du commerce et des sociétés* e il mancato compimento di alcuni reati indicati dalla legge; per poter essere eletti, invece, oltre ai requisiti summenzionati, è necessario avere compiuto trent'anni e avere alle spalle almeno cinque anni di esercizio della professione, al fine di garantire il possesso, acquisito direttamente «sul campo», di tutte le competenze tecniche necessarie a ricoprire un ruolo così delicato ⁽¹⁴³⁾.

Una volta eletto, il giudice può continuare a esercitare la propria attività professionale, posto che, trattandosi di una magistratura onoraria, non si insatura alcun rapporto di impiego con lo Stato.

⁽¹⁴²⁾ G. FANFANI, *Giudice laico e giurisdizioni speciali in Francia*, cit., p. 947, spiega che, in origine, il meccanismo di duplice elezione era nato al fine di porre rimedio al fenomeno dell'assenteismo dell'elettorato.

⁽¹⁴³⁾ Non è richiesto, quindi, alcun titolo di studio. Al fine di sopperire a un'eventuale mancata conoscenza del diritto, il *décret* 27 luglio 2018, n. 2018-664 «*relatif à la formation initiale et continue des juges des tribunaux de commerce*», in vigore dal 1° novembre dello stesso anno, ha previsto che i giudici eletti dopo tale data siano obbligati a seguire, entro venti giorni dalla nomina, un corso di formazione iniziale composto da sei moduli, da ripartirsi in otto giorni complessivi. I moduli hanno a oggetto l'organizzazione giudiziaria e la deontologia; il diritto processuale civile; la redazione dei provvedimenti giurisdizionali; il diritto delle obbligazioni e dei contratti; il sistema delle garanzie; il «*droit des entreprises en difficultés*». In seguito – e la disposizione trova applicazione anche per i magistrati eletti anteriormente al novembre 2018, i giudici sono tenuti a partecipare a due sessioni, scelte liberamente tra quelle organizzate dall'École nationale de la magistrature, in modo tale da assolvere all'obbligo di formazione continua, divenendo depositari di tutti quegli aggiornamenti che siano nel frattempo occorsi in seguito a novelle in materia di contenzioso commerciale e trattamento delle difficoltà delle imprese.

In questo modo, il legislatore è intervenuto a scongiurare definitivamente il rischio di riproposizione della questione di legittimità costituzionale relativa alla conformità della presenza della magistratura consolare all'interno dell'ordinamento giudiziario francese, la quale era già stata più volte respinta dal Conseil constitutionnel (*id est*: la Corte costituzionale francese): secondo il Conseil, infatti, «*l'absence de compétence juridique des juges consulaires est compensée par leur compétence en termes de gestion d'entreprise*», al contempo evidenziando, cionondimeno, che la loro formazione avrebbe potuto essere migliorata.

Per quanto riguarda il presidente del tribunale, il giudice eletto può aspirare a ricoprire tale carica solo dopo essere stato per tre anni giudice supplente e, divenuto a quel punto giudice titolare, aver ricoperto questa carica per ulteriori tre anni.

L'elettività, la temporaneità dell'incarico e l'assenza di prospettive di avanzamento di carriera presidiano l'indipendenza dei magistrati *de quibus* ⁽¹⁴⁴⁾.

Alla luce della suesposta analisi della disciplina della giurisdizione dei *tribunal de commerce*, ben si comprende, ora, quale sia il motivo del tasso di riuscita così elevato dell'allerta del *président*: secondo il legislatore – e la prassi lo conferma – nessun soggetto diverso da un imprenditore potrebbe comprendere le ragioni, finanche gli insuccessi gestori, di un proprio collega. Il presidente si pone, così, come un «*super manager de l'entreprise*», l'imprenditore tra gli imprenditori, perfettamente in grado di immedesimarsi nei «*troubles de l'entreprise en difficulté*» ⁽¹⁴⁵⁾ e nel quale, quindi, l'imprenditore in stato di crisi sarà maggiormente incentivato a riporre la propria fiducia.

Inoltre, la partecipazione a – e, *a fortiori*, la presidenza di – questi organi giurisdizionali costituisce fonte di notevole prestigio sociale e «autorità morale», da cui discende la pressoché certa fruttuosità dei risultati derivanti da quella funzione di *moral suasion* nei confronti dell'imprenditore – data dalla prospettazione di accesso alla procedura di composizione della crisi e dall'illustrazione delle conseguenze pregiudizievoli cui potrebbe andare incontro se non intervenisse a porre rimedio – che il *président* è chiamato a effettuare nel corso dell'audizione.

Alla singolare modalità di composizione della giurisdizione cui in Francia è stato affidato il compito di promuovere il meccanismo di allerta, si aggiungono alcune regole di buona prassi che vengono solitamente adottate per lo svolgimento dell'*entretien* con l'imprenditore. La lettera raccomandata di convocazione ⁽¹⁴⁶⁾, ad esempio, specifica che, il giorno dell'incontro, l'imprenditore sarà chiamato non con il proprio nome o con quello dell'impresa, ma con un numero identificativo, in modo tale da conservare il suo anonimato anche tra le stanze del palazzo di giustizia ⁽¹⁴⁷⁾, mentre il tenore generale della comunicazione scritta

⁽¹⁴⁴⁾ E. SILVESTRI, *Note in tema di giudici speciali e «juges d'exception»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 521.

⁽¹⁴⁵⁾ Così A. JORIO, *Legislazione francese, raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015, 1070.

⁽¹⁴⁶⁾ La cui busta, spedita all'indirizzo della sede legale, reca un generico «All'attenzione personale dell'imprenditore» in modo tale da evitare che i dipendenti dell'impresa ne vengano a conoscenza.

⁽¹⁴⁷⁾ I. ROHART-MESSAGER, *La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce*, cit., p. 5 ss.

deve avere un tono sì fermo e preciso, ma, al contempo, rassicurante, poiché l'imprenditore comprenda fin dal principio – e su questo possa altresì fondare la decisione circa la sua comparizione o meno dinnanzi al giudice – che lo scopo della convocazione non è quello di spaventarlo o, peggio, giudicarlo, bensì di informarlo ⁽¹⁴⁸⁾. Ancora, giunto dinnanzi all'aula, il presidente del tribunale accoglierà l'imprenditore personalmente, stringendogli la mano e senza indossare la toga ⁽¹⁴⁹⁾, in modo tale da metterlo a suo agio e condurlo, così facendo, a esprimersi senza reticenza alcuna.

Tutto ciò considerato, risulta evidente *icto oculi* come l'unicità della giurisdizione dei *tribunal de commerce* francesi e delle particolari regole che informano lo svolgimento del *tête-à-tête* dell'imprenditore con il *président* rappresentino, contestualmente, da un lato, le *raison d'être* per la buona riuscita della procedura di allerta e, dall'altro, i fattori-chiave che impediscono – malgrado i tentativi, non a caso vani, compiuti dalla Commissione Trevisanato e da parte dei riformatori in sede di redazione del CCII – di poter importare, *sic et simpliciter*, una simile procedura nel nostro ordinamento giuridico.

11. I possibili esiti del procedimento di allerta.

Al pari di quanto avviene in Italia ⁽¹⁵⁰⁾, il legislatore francese non ha ritenuto che le procedure di allerta dovessero essere eziologicamente collegate alla procedura di composizione assistita della crisi, essendo l'una indipendente dall'altra, malgrado non vada esclusa la possibilità che, in seguito all'audizione del debitore – da intendersi sia come immediata conseguenza dell'esperimento diretto della procedura da parte del *président du tribunal de commerce*, sia quale stadio finale di quella, rivelatasi fallimentare, promossa dai *commissaire* – quest'ultimo, anche su indicazione del presidente del tribunale – che ben può ricordargli l'opportunità, in caso di crisi non risolvibile tramite ristrutturazione, di avvalersi dei meccanismi di composizione della stessa – chieda di addivenire a un

⁽¹⁴⁸⁾ A conferma di ciò, A. PELLEGATTA, *Prevenzione della crisi d'impresa e procedura di allerta*, cit.; *Idem*, *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, cit., il quale afferma che nei tribunali di commercio sono esposte comunicazioni che incoraggiano gli imprenditori a rivolgersi ai giudici («*Entrepreneurs, ne vous imaginez pas seuls... nous avons des solutions... attentifs à votre côté*»).

⁽¹⁴⁹⁾ I. ROHART-MESSAGER, *La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce*, cit., p. 5 ss.

⁽¹⁵⁰⁾ Si è già detto come allerta e composizione della crisi d'impresa costituiscano due procedure tra loro autonome e non necessariamente consequenziali l'una all'altra.

accordo con i creditori per il tramite di un soggetto terzo nominato dal presidente ⁽¹⁵¹⁾.

Sia nell'ipotesi di volontaria istanza del debitore, sia all'esito dell'audizione di quest'ultimo disposta dal *président*, quindi, è possibile per l'imprenditore ricorrere, alternativamente, alle procedure di composizione assistita previste *ex lege*, segnatamente il *mandat ad hoc* e la *conciliation*, che saranno in seguito brevemente esaminate.

Innanzitutto, l'art. L.611-3 del Code de commerce stabilisce che il debitore (*id est*: ai sensi di quanto indicato dall'art. R.611-18, il debitore persona fisica o il legale rappresentante della persona giuridica) possa rivolgersi al *président* affinché questo nomini un *mandataire ad hoc*, del quale determina la missione.

La condizione affinché la procedura del *mandat ad hoc* possa essere instaurata è che il debitore non si trovi in uno stato di *cessation de paiements*: tale indicazione è fondamentale, poiché all'imprenditore non è consentito accedervi nemmeno nel caso in cui tale stato persista da meno di quarantacinque giorni, ossia quando egli non sia ancora divenuto insolvente.

La domanda, presentata per iscritto e rivolta direttamente al presidente, deve essere depositata presso la cancelleria del tribunale: essa deve indicare puntualmente la *causa petendi* ⁽¹⁵²⁾ ed è ammesso che il debitore possa produrre in giudizio documenti da allegare alla domanda, quali i bilanci annuali, lo stato dei debiti e dei crediti o un progetto di piano di ristrutturazione; il debitore può, altresì, proporre lui stesso il nome del *mandataire*, del quale deve precisare l'identità e l'indirizzo: se il presidente non dovesse accogliere la richiesta, egli può, entro dieci giorni dalla decisione, proporre opposizione tramite un'apposita dichiarazione da depositare presso la cancelleria del tribunale.

L'imprenditore viene fatto poi convocare, al fine di raccogliergli le osservazioni, dalla cancelleria su ordine del presidente, il quale in seguito provvede, con ordinanza, a nominare il *mandataire ad hoc* – si tratta, solitamente, di persone riconosciute per le proprie competenze professionali e conoscenza del mondo delle imprese – nonché a determinarne la missione, il compenso e la durata

⁽¹⁵¹⁾ Si ripete nuovamente che tale paragrafo non si pone l'obiettivo di trattare né dettagliatamente, né, *a fortiori*, compiutamente le procedure di composizione della crisi francesi, anche alla luce del fatto che l'argomento esula dall'oggetto dell'elaborato; tuttavia, chi scrive ritiene necessario, per ragioni di completezza espositiva, fornire almeno una breve panoramica delle modalità di trattamento delle difficoltà dell'impresa che possono seguire alle procedure di allerta.

⁽¹⁵²⁾ Quanto al *petitum*, esso può avere contenuto vario, poiché la domanda può essere volta a risolvere situazioni tra loro molto diverse: un conflitto di natura sociale o pecuniaria in seno all'impresa; una divergenza tra soci; alcune difficoltà con un fornitore; problemi di ordine bancario o finanziario.

dell'incarico, la quale può essere prolungata in funzione dell'andamento dell'*affaire*. Tale ordinanza viene poi comunicata dal cancelliere al debitore ed è provvisoriamente esecutiva.

Il *mandataire*, a cui l'ordinanza di nomina viene notificata, deve, senza indugio, far conoscere immediatamente l'accettazione o il rifiuto del mandato al presidente; in caso di accettazione, questa viene comunicata dal *greffier* al *commissaire aux comptes*, se esistente.

Nel corso del *mandat*, l'imprenditore conserva ogni sua prerogativa, per cui continua ad amministrare l'organizzazione dell'impresa senza essere sostituito, pur, qualora lo desideri, con l'assistenza del *mandataire*.

La missione del *mandataire* consta, essenzialmente, nel ricercare soluzioni negoziate della crisi e, spesso, nell'ottenere concessioni presso i creditori, potendo altresì suggerire una ristrutturazione finanziaria o giuridica, che, tuttavia, i creditori non sono tenuti ad accettare ⁽¹⁵³⁾.

Qualora l'esito della missione sia positivo, le parti concludono un *protocole d'accord*, che non viene pubblicato, avente la medesima forza di un contratto: il rilievo non è di poco conto, poiché, nell'eventualità in cui la crisi degenerasse in insolvenza e venisse aperta una procedura di *redressement judiciaire* o di *liquidation judiciaire*, esso, se stipulato nel c.d. «periodo sospetto», verrebbe colpito da nullità.

Il *mandat ad hoc* è una procedura ibrida, parzialmente volontaria – perché il *mandataire* realizza la sua missione solo nella misura in cui percepisca da entrambe le parti la volontà di addivenire a un accordo – e parzialmente giudiziale – poiché il presidente del tribunale, oltre a determinare i poteri del *mandataire*, è da quest'ultimo tenuto informato circa il corso della sua missione e le eventuali difficoltà incontrate. In ogni caso, esso si rivela un'ottima soluzione allorquando l'impresa attraversi difficoltà la cui risoluzione non dipenda che da un numero ristretto di *partner*, ma spesso – fermo restando, lo si ripete, che, anche in questo caso, i procedimenti sono tra loro autonomi – esso costituisce il preludio alla ricerca di una soluzione concordata nell'alveo di un'altra procedura, quella di *conciliation*, la quale, come si vedrà, ha recentemente costituito parziale fonte d'ispirazione del legislatore italiano in occasione dell'intervento correttivo al CCII di cui al decreto-legge 24 agosto 2021, n. 118.

⁽¹⁵³⁾ Si veda Cass. com., 22 settembre 2015, n. 14-17.377, in www.legifrance.gouv.fr.

La *conciliation* è una procedura che consente all'imprenditore di chiedere al presidente di designare un *conciliateur* ⁽¹⁵⁴⁾, la cui missione consiste, secondo quanto disposto dall'art. L.611-7, nel mettere fine alle difficoltà dell'impresa, riconciliando il debitore con i suoi creditori e pervenendo a un accordo secondo cui il primo si obbliga ad adottare misure di risanamento dell'impresa in cambio di sacrifici finanziari compiuti dai secondi – indicativo, in tal senso era il precedente *nomen iuris* dell'istituto, *règlement amiable* («accordo amichevole») ⁽¹⁵⁵⁾.

Essa può essere avviata, su iniziativa del solo debitore, qualora questo incontri delle difficoltà reali, non semplicemente prospettiche, potendosi altresì trovare – si badi – in uno stato di cessazione dei pagamenti da almeno quarantacinque giorni ⁽¹⁵⁶⁾: egli, ai sensi dell'art. L.611-6, espone al presidente la sua situazione finanziaria, sociale e patrimoniale, le sue necessità di finanziamento, nonché i mezzi per farvi fronte, presentando altresì un conto dell'attivo realizzabile, un piano finanziario previsionale e un documento da cui risulti la previsione dei risultati futuri.

Al pari di quanto disposto per il *mandat ad hoc*, il debitore può, nei modi di cui all'art. R.611-27, proporre al presidente la nomina di un *conciliateur* da sé scelto e gli è altresì consentito di ricusare quello che sia stato individuato direttamente dal *président*.

⁽¹⁵⁴⁾ Il *conciliateur*, al pari del *mandataire ad hoc*, è costituito da una persona singola: ecco dove il legislatore italiano, sulla scorta della dottrina critica (si veda *supra* cap. III, § 5, nt. 46), ha mutuato l'idea di introdurre la figura dell'esperto indipendente di cui al d.l. n. 118/2021.

⁽¹⁵⁵⁾ Come visto, la procedura *de qua* ricorda molto quella proposta dalla prima Commissione Rordorf nel 2015 nel vano tentativo di trovare una «chiusura» alla procedura di composizione della crisi.

Dalla *conciliation*, tuttavia, aveva altresì tratto ispirazione l'Unione europea, segnatamente la Commissione, la quale, nella raccomandazione 2014/135/UE del 12 marzo 2014 su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, aveva previsto, nella parte III («Quadro di ristrutturazione»), par. B («Agevolare i negoziati sui piani di ristrutturazione»), n. 9, lett. a), che il giudice, nell'ambito di un processo di ristrutturazione dell'impresa volto a impedire l'insolvenza, non avrebbe dovuto nominare obbligatoriamente un *mediatore* o un supervisore, bensì avrebbe dovuto decidere, di volta in volta, se la nomina fosse necessaria ad assistere il debitore e il creditore nel condurre a buon fine i negoziati.

Curiosamente, una delle critiche – alquanto pretestuosa – avanzate dalla dottrina italiana al primo progetto Rordorf va ricondotta ai termini impiegati per designare il procedimento di composizione della crisi, «mediazione», e il soggetto terzo cui affidare il compito di facilitarla, il «mediatore» – mutuato pedissequamente dalla raccomandazione dell'Ue – poiché si riteneva che essi fossero idonei a generare confusione tra l'istituto *de quo* e la mediazione di cui al decreto legislativo 4 marzo 2020, n. 28.

⁽¹⁵⁶⁾ Perspicuo il riferimento all'art. 2, comma 1 del d.l. n. 118/2021, allorquando, invece, la composizione assistita della crisi dinanzi agli OCRI non presuppone, sotto il profilo oggettivo, l'insolvenza.

L'incarico del conciliatore ha una durata limitata nel tempo, pari a quattro mesi, prorogabili, per una sola volta e solo su richiesta del debitore, per un ulteriore mese: questo è il motivo per cui accade sovente che la *conciliation* sia preceduta da un *mandat ad hoc*, la cui durata è, lo si è visto, potenzialmente illimitata ⁽¹⁵⁷⁾.

La decisione dell'apertura della procedura *de qua* non viene pubblicata, tuttavia il *greffier* provvede a notificarla al conciliatore e al debitore istante, nonché al *commissaire aux comptes*, se esistente, e al pubblico ministero ⁽¹⁵⁸⁾.

L'accordo, redatto per iscritto, ha forza tra le parti, ma non costituisce titolo esecutivo: perché ciò si realizzi, è necessario che il presidente, su richiesta congiunta delle parti, gli accordi una sorta di *placet*; può, altresì, venire omologato, al ricorrere di certe condizioni, dal tribunale.

Esso vincola solamente le parti (*id est*: i creditori) che lo hanno sottoscritto, per cui, se l'accordo viene «*constaté*» (*id est*: riceve il *placet*) od omologato, ai creditori è fatto divieto di esperire qualsiasi iniziativa esecutiva individuale tanto sui crediti aventi a oggetto beni mobili quanto su quelli aventi a oggetto beni immobili che formano oggetto dell'accordo ⁽¹⁵⁹⁾.

Da tale affermazione discende che i creditori che non siano parte dell'accordo, in qualità di terzi non vincolati, sono legittimati a esperire azioni esecutive contro qualsiasi bene del debitore; al contrario, i creditori parte dell'accordo possono esperire solo quelle azioni esecutive che non abbiano a oggetto i crediti rientranti nell'accordo.

⁽¹⁵⁷⁾ Emerge qui una profonda differenza con quanto disposto dal CCII per la composizione assistita, ove la durata complessiva non può mai superare, ai sensi dell'art. 19, comma 1, i centottanta giorni (tre mesi, cui si aggiungono al massimo ulteriori tre mesi in caso di positivo riscontro delle trattative).

Viceversa, il dettato del d.l. n. 118/2021 è molto più vago: esso, a mente dell'art. 5, comma 7, considera l'incarico dell'esperto concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non abbiano individuato una soluzione adeguata al superamento delle condizioni di cui all'art. 2, comma 1 (*id est*: le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza dell'impresa). L'incarico può proseguire quando tutte le parti lo richiedano e l'esperto vi acconsenta, ma il legislatore non chiarisce quale debba essere la durata massima complessiva.

⁽¹⁵⁸⁾ L'obbligatorietà della comunicazione al pubblico ministero è stata fortemente criticata dalla dottrina, poiché essa scoraggerebbe gli imprenditori a ricorrervi. La *ratio legis*, tuttavia, è stata individuata nel fatto che, da un lato, il pubblico ministero sia il garante dell'ordine pubblico – ivi compreso quello economico – e, dall'altro, egli debba comunque essere coinvolto nella procedura in sede di determinazione del compenso spettante al *conciliateur*, rispetto al quale esprime un proprio parere. Cfr. C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, cit., p. 201 ss.

⁽¹⁵⁹⁾ La disposizione è pienamente compatibile con l'art. 6 della direttiva (UE) 2019/1023; sarà necessario, tuttavia, rispettare il termine massimo di un anno da questa stabilito.

12. *Oltre la positivizzazione del législateur: uno sguardo alle pratique spontanée di prevenzione della crisi.*

In Francia, la predisposizione dei meccanismi di allerta esiste, si è visto, già a partire dal 1985, anno di entrata in vigore della legge introduttiva: si tratta, quindi, di ben trentasei anni, un tempo sufficiente per comprendere appieno come la prevenzione delle difficoltà delle imprese sia essenziale per garantire la sopravvivenza di queste.

Per questo motivo, sono state avviate, a seguito della promozione da parte di alcuni professionisti, iniziative che, affiancandosi alle cinque procedure di allerta puntualmente preconizzate dal legislatore, si pongono anch'esse l'obiettivo di individuare anticipatamente la crisi d'impresa.

Tra le *pratique spontanée* – così chiamate perché sono misure *praeter legem* – vi sono quelle di iniziativa delle Chambre de commerce, d'industrie, de métiers, d'artisanat et d'agriculture (CCI), le quali hanno creato dei «*comité de prevention des difficultés des entreprises*»: la prima tra tutte fu la Camera di commercio di Montpellier, che nel 1982 fondò il *comité Cure*, costituito dal direttore della Banca di Francia; da un rappresentante del Trésor e da quelli dell'industria e del commercio individuati in seno alla Camera stessa e dei grandi sindacati; dal presidente del tribunale di commercio; dai direttori dell'URSAFF e degli Affari economici della prefettura; dai rappresentanti delle vicine CCI di Béziers e Sète.

L'iniziativa riscosse successo, al punto che, in seguito, le Camere di commercio delle altre città francesi, senza passare per la costituzione di *comité*, ma semplicemente attraverso la firma di accordi con i *commissaire aux comptes* – deputati a fornire un aiuto di carattere contabile – si organizzarono al fine di fornire un simile soccorso alle imprese in difficoltà. Tutt'oggi, le CCI possono essere consultate per ottenere consigli, previo esame della situazione dell'impresa effettuato in via confidenziale, su come risolvere la crisi; le misure suggerite possono essere le più diverse: ristrutturazioni finanziarie, operazioni societarie, ricerca di finanziatori o *partner*. Ancora, esse giocano un ruolo importante anche nella fase della prevenzione delle difficoltà, incoraggiando gli imprenditori a tenere un c.d. *tableau de bord* con cadenza mensile e a controllare periodicamente lo stato della propria liquidità.

Meritano altresì menzione i Centre d'information sur la prévention (CIP), presenti capillarmente sul territorio francese – ve ne sono all'incirca una sessantina, tendenzialmente uno per ciascun Conseil Régional de l'Ordre des

Experts-comptables ⁽¹⁶⁰⁾ – e tutti fanno capo a un CIP nazionale, deputato al loro coordinamento.

L'aiuto offerto dai CIP è duplice: in primo luogo, esso si sostanzia in un servizio informatico di autodiagnosi, del quale si avvalgono soprattutto le imprese di piccole e medie dimensioni in ragione della propria scarsa propensione al costante monitoraggio della crisi. L'imprenditore è chiamato a rispondere tramite computer a un'articolata serie di domande relative alla propria impresa – segnatamente ai debiti contratti nei confronti di un'ampia pletora di soggetti – alle quali replicare scegliendo una tra le possibili alternative: a ciascuna di queste, il sistema associa un diverso grado di criticità della crisi, per cui, concluso il questionario, è possibile tracciare un primo, indicativo bilancio della situazione in cui versa l'impresa ⁽¹⁶¹⁾.

Nell'eventualità in cui le risposte indichino l'esistenza di segnali preoccupanti, ma non gravi, è offerta al debitore la possibilità di fissare un appuntamento per un colloquio presso la sede più vicina del CIP durante i c.d. «*entretiens du jeudi*». Si tratta di incontri, tenuti nelle sole giornate del giovedì, della durata di massimo un'ora, in cui l'imprenditore, da solo o accompagnato, se preferisce, dai propri consiglieri abituali (avvocati, commercialisti, esperti contabili), può essere ricevuto, in modo confidenziale, anonimo e gratuito, da una triade di esperti – un *expert-comptable* o un *commissaire aux comptes*, un *avocat* e un giudice, non più di ruolo, del tribunale di commercio ⁽¹⁶²⁾ – che lo ascolta, gli fornisce ogni informazione richiesta e lo indirizza, in modo non vincolante, verso l'adozione di quelle misure di aiuto che ritiene si confacciano maggiormente alla fattispecie sottopostale.

⁽¹⁶⁰⁾ Nella sola Île-de-France ne esistono cinque, uno per *département*, tra cui quello di Parigi, e due CIP sono presenti, altresì, nell'isola di Martinica e nell'arcipelago di Guadalupa.

⁽¹⁶¹⁾ Perspicua l'ispirazione che l'Italia ne ha tratto con riferimento al nuovo istituto della composizione negoziale della crisi: ai sensi dell'art. 3, comma 2 del d.l. n. 118/2021, su una piattaforma telematica nazionale, accessibile agli imprenditori iscritti nel registro delle imprese attraverso il sito istituzionale di ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura, è disponibile una lista di controllo particolareggiata, adeguata anche alle esigenze delle micro, piccole e medie imprese, che contiene indicazioni operative per la redazione, secondo quanto previsto dall'art. 2, del piano di risanamento e un test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, accessibile da parte dell'imprenditore e dei professionisti dallo stesso incaricati.

Il contenuto della piattaforma e della lista di controllo particolareggiata, le indicazioni per la redazione del piano di risanamento e le modalità di esecuzione del test pratico saranno definiti con decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia da adottarsi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto stesso.

⁽¹⁶²⁾ Tale composizione, sia con riferimento al numero dei membri, sia, soprattutto, avuto a riguardo alle professionalità coinvolte, ricorda indubbiamente quella dell'OCRI.

I servizi offerti sia dalle *Chambre de commerce*, sia dai *Centre d'information sur la prévention* rispondono pienamente al dettato delle fonti Ue: analogamente a quanto già visto per i *groupement d'intérêt économique*, infatti, il considerando 36 della proposta di direttiva COM(2016) 723, il considerando 70 della direttiva (UE) 2019/1023 e l'art. 3, comma 2, lett. b) di quest'ultima legittimano la facoltà dei *manager* di un'impresa in difficoltà di usufruire, qualora lo ritengano opportuno, di consulenze professionali fornite da organizzazioni, pubbliche o private che siano; si tratta di servizi che, secondo quanto previsto dal legislatore comunitario, sono qualificati come dei veri e propri strumenti di allerta precoce.

Recentemente, la *Direction générale des entreprises* (DGE) e altri *partner*, tra cui la Banca di Francia e l'*Agence centrale des organisme de sécurité sociale* (ACOSS) hanno siglato una convenzione per la realizzazione di «*Signaux Faibles*», una *start-up* statale la cui funzione è quella di mettere l'intelligenza artificiale al servizio delle imprese fragili, consentendo di individuare il rischio di *défaillance* delle imprese di lì a diciotto mesi, intervenendo più a valle possibile: il funzionamento del meccanismo riposa sul trattamento, mediante algoritmi, di dati relativi ai debiti gravanti su ciascuna impresa nei confronti delle pubbliche amministrazioni o di altri organismi pubblici; i risultati saranno poi – per ricorrere all'ossimoro impiegato nell'accordo – «condivisi nella misura più ristretta possibile», ossia verranno diffusi, al solo fine di riscontrare le difficoltà delle imprese, in seno a una piattaforma cui avranno accesso unicamente la DGE e gli altri enti che hanno aderito all'iniziativa *de qua*.

CONCLUSIONI

Muovendo dal principio, enucleato dalla scienza aziendalistica, secondo il quale la crisi è un fenomeno che, se non percepito immediatamente, rischia di acuirsi in modo progressivo fino a sfociare nell'insolvenza, la Francia è stato il primo Stato dell'Unione europea a introdurre, a partire dalla seconda metà degli anni Ottanta, un elaborato sistema di allerta che permettesse, in primo luogo, di attirare l'attenzione dell'imprenditore – soprattutto se titolare di complessi di piccole o medie dimensioni – sulla presenza di segnali che indicassero la difficoltà attraversata dall'impresa e, in seconda istanza, di predisporre misure atte al risanamento di questa. Oltralpe esistono ben cinque procedure di allerta, tre interne e due esterne: quella del *commissaire aux comptes*, dei soci e del *président du tribunal de commerce* sono tese a intercettare ogni segnale che possa compromettere la *continuité de l'exploitation*, mentre le altre, attivate su iniziativa del *comité sociale et économique* e del *groupement de prévention agréé* sono, più genericamente, volte alla percezione di segni di difficoltà dell'impresa.

In ragione della frequenza con cui esse vengono adoperate e dei risultati conseguiti, è possibile affermare che l'allerta dei *commissaire* e quella del *président* costituiscano le procedure-cardine del sistema francese: la prima è quella cui il legislatore ha dedicato maggiore attenzione, provvedendo a disciplinarne ogni singola fase in modo puntuale; al *commissaire* è riconosciuta la possibilità di trarre indizi della crisi da più fonti, nonché, in una graduale *escalation*, di intervenire a richiamare l'attenzione dell'imprenditore in più modalità, coinvolgendo, progressivamente, un numero sempre crescente di soggetti dinnanzi ai quali i dirigenti saranno chiamati a rispondere del fronteggiamento della crisi, in modo che ciò incentivi il *management* a intervenire quanto prima. Ma vi è di più: egli può decidere di lanciare la propria allerta per dare seguito ai meccanismi attivati dal CSE e dai soci, che, sotto questo profilo, sono privi di un potere di intervento – non coercitivo, ma sicuramente più incisivo in termini di persuasione a operare il risanamento – quale è quello riconosciuto ai revisori. Il presidente del tribunale di commercio, invece, oltre a essere l'interlocutore diretto del *commissaire* nella quarta e ultima fase della procedura attivata dallo stesso, è dotato di un'apposita facoltà di convocazione dell'imprenditore, potendo invitare quest'ultimo a un incontro, *rectius*, confronto da tenersi in via del tutto riservata e confidenziale.

Per quanto riguarda l'Italia, invece, una volta raggiunta, più tardivamente rispetto al *législateur*, la consapevolezza dell'importanza della prevenzione della crisi d'impresa, il nostro legislatore ha tentato, a più riprese, di elaborare una riforma della materia concorsuale che consentisse di raggiungere lo scopo summenzionato attraverso la predisposizione di meccanismi di allerta, ma, almeno inizialmente, i risultati si rivelarono fallimentari.

Il primo progetto di legge, redatto dalla Commissione Trevisanato agli inizi degli anni duemila, non aveva potuto vedere la luce delle aule parlamentari a causa di molteplici fattori, riconducibili ai profondi dissidi creatisi in seno alla medesima commissione con riferimento alla modalità di concepire il sistema di allerta; ciò condusse alla redazione di due progetti distinti, entrambi fortemente ispirati all'allerta francese. La minoranza riteneva che i revisori contabili – cui si affiancavano, altresì, i sindaci – avrebbero dovuto, in caso di inerzia o risposta inefficiente dell'imprenditore, coinvolgere il presidente della sezione specializzata in materia d'impresa; la maggioranza, invece, sulla scorta dell'allerta esterna francese, aveva previsto che il giudice potesse direttamente convocare l'imprenditore per verificare le circostanze riferitegli dagli organi di controllo e dalle pubbliche amministrazioni sulla situazione dell'impresa e, così, sollecitarlo, in qualità di magistratura morale, all'adozione di iniziative di risanamento, svolgendo una vera e propria «attività di persuasione» nei confronti del debitore affinché prendesse coscienza dello stato di crisi e, soprattutto, si adoperasse per risolverlo. L'idea di una procedura che, da un lato, coinvolgesse l'autorità giudiziaria e, dall'altro, necessitasse di un radicale cambio di mentalità dell'imprenditore, da sempre restio ad ammettere l'esistenza di falle od ostacoli non fronteggiati nella gestione della propria impresa, contribuì al fallimento del progetto; al medesimo destino andò incontro, quando il legislatore decise di porre in essere un secondo tentativo attraverso la costituzione di una commissione numericamente più ristretta, anche lo schema di d.d.l. da quest'ultima elaborato.

Trascorso più di un decennio dal definitivo naufragio dei lavori delle due Commissioni Trevisanato, il legislatore italiano, segnatamente la Commissione Rordorf, ha preso il coraggio a due mani ed è finalmente riuscito, pur percorrendo una rotta piuttosto travagliata, a condurre in porto la tanto auspicata riforma introduttiva dell'allerta in occasione della redazione del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, destinato a sostituirsi alla legge fallimentare e a racchiudere organicamente la quasi totalità della disciplina concorsuale italiana.

Il meccanismo dell'allerta predisposto è duplice: vi è un'allerta interna, promossa dai revisori legali dei conti o dal collegio sindacale in presenza di indici della crisi risultanti dalle scritture contabili dell'impresa, e un'allerta esterna, che

L'Agenzia delle entrate e l'Istituto nazionale della previdenza sociale possono fare scattare. I primi interlocutori dei soggetti allertanti sono gli imprenditori, riponendo fiducia nel fatto che questi, spinti dalla volontà di salvare la propria impresa, pongano immediatamente in essere tutte le misure necessarie affinché la crisi possa rientrare. Qualora, invece, l'imprenditore sia inerte oppure la risposta sia inadeguata o le misure tese a far fronte alla crisi non vengano adottate entro i termini previsti *ex lege*, essi possono rivolgersi all'organismo di composizione della crisi d'impresa, al quale spetterà il vaglio sulla fondatezza della segnalazione e che, in caso di esito positivo, convocherà un collegio costituito da tre soggetti rappresentanti tutte le professionalità necessarie a gestire la crisi sotto i profili contabile, giuridico e aziendalistico; all'OCRI è, altresì, affidato, su iniziativa dell'imprenditore o all'esito dell'audizione che conclude le procedure di allerta, il compito di comporre la crisi, favorendo l'accordo tra debitore e creditori.

Malgrado il Codice della crisi d'impresa – e, tanto più, la parte disciplinante gli strumenti di allerta – non sia ancora entrato in vigore, per cui nell'operare il confronto tra l'allerta francese e quella italiana chi scrive non può che limitarsi a considerare il dato meramente letterale, pertanto non applicativo, di quest'ultima, è evidente *icto oculi* come i due meccanismi approntanti siano profondamente differenti tra loro, soprattutto se si considerano i diversi sistemi giuridici in cui essi sono stati innestati. Persino l'unica procedura parzialmente comune, almeno sotto il profilo soggettivo, risulta essere completamente diversa con riguardo al presupposto oggettivo adottato e allo svolgimento: i *commissaire* fondano l'attivazione dell'allerta su un concetto, quello di *continuité de l'exploitation*, sufficientemente lato, che tiene maggiormente conto del principio – ormai acclarato in economia – secondo il quale la crisi può essere dovuta a cause esogene non rinvenibili, almeno nell'immediato, dalle scritture contabili, e che impedisce il rischio che i *commissaire* stessi possano ingerirsi nella gestione dell'impresa, o comunque arrivare a giudicarla. I revisori legali italiani sono, invece, vincolati al solo monitoraggio di indici che attengono per lo più alla situazione patrimoniale e finanziaria della società, senza considerare che il declino possa essere cagionato anche da fattori di carattere gestionale.

Ancora, la prima è destinata a concludersi nell'arco di circa tre mesi, comprensivi di tutte le quattro fasi, mentre almeno quarantacinque sono i giorni che devono intercorrere prima che il debitore italiano possa presentarsi, qualora lo voglia, dinnanzi al collegio per l'audizione.

Infine, l'allerta francese, data l'unicità della figura dei magistrati del *tribunal de commerce*, ha uno sbocco giudiziale che sarebbe impensabile

trapiantare nel sistema italiano, posto che il nostro legislatore riconduce l'efficacia dell'allerta alla sua totale stragiudizialità.

È possibile rinvenire, tuttavia, un unico tratto comune alle due procedure nel fatto che entrambe necessiteranno di essere modificate alla luce dell'articolato della direttiva (UE) 2019/1023, che costituisce la pietra miliare di un lungo percorso che ha condotto l'Unione europea, dapprima prevalentemente interessata alla regolamentazione dell'apertura di procedure concorsuali transfrontaliere, a volgere la propria attenzione anche all'individuazione di strumenti di allerta precoce che possano essere applicati nel corso di una fase ancora connotata da una mera probabilità di insolvenza. Le indicazioni precettive contenute nella direttiva sono manifestamente ispirate alla disciplina dell'allerta francese, sia per quanto riguarda l'*intentio legis* – l'Unione europea, oltre a guardare a lungo termine, progettando piani di imprenditorialità volti a incrementare la produttività delle imprese degli Stati membri in un mercato sempre più globalizzato e, quindi, competitivo, ha fatto propria l'idea per la quale l'impresa costituisce un valore non solo economico, ma altresì sociale, sia per l'imprenditore, sia per i dipendenti che vi lavorano, così come indicava il *rapport Sudreau*, con la conseguenza che la salvaguardia di un'impresa che attraversa una crisi sanabile comporta la preservazione dei livelli occupazionali e della prosperità economica sia a livello nazionale, sia a quello comunitario – sia per quanto riguarda i soggetti cui affidare la legittimità ad allertare – perspicua è la menzione *apertis verbis* dei lavoratori tra i soggetti a cui rendere disponibili informazioni che consentano di comprendere la situazione economica del debitore e ricorrere agli strumenti di allerta disponibili.

Se la Francia dovrà al più presto provvedere a modificare la disciplina dell'allerta tenendo conto delle specificità delle grandi imprese e dei gruppi, tra i due Stati l'Italia è sicuramente quello che sarà chiamato a operare le novelle di maggior impatto, dovendo contemplare la costituzione di una nuova tipologia di allerta, quella del personale, ed estendere la disciplina generale anche a quelle categorie di imprese che, invece, erano state escluse ai sensi dell'art. 12, commi 4 e 5 CCII.

Alla luce della comparazione finora effettuata tra la disciplina dell'allerta italiana e di quella francese, scopo primario del presente elaborato, si ricava – pur non potendo dare conto dell'applicazione dell'allerta in Italia, stante il rinvio dell'entrata in vigore al 31 dicembre 2023 – che le abissali differenze emerse in astratto tra le due regolamentazioni si riflettono altresì sul piano concreto: il legislatore italiano, invero, considerati l'obbligo di nomina del revisore esteso alle società a responsabilità limitata che superino i requisiti di cui all'art. 2477 c.c.

così come modificato dall'art. 379 CCII, e l'innalzamento delle soglie che legittimano l'attivazione dell'allerta esterna, sembra puntare per lo più sul meccanismo dell'allerta interna, confidando, forse, nella maggiore *vicinitas* del revisore rispetto all'impresa e nella conoscenza più approfondita della situazione contabile rispetto a quella che potrebbero vantare organismi pubblici terzi.

Al contrario, in Francia, tenuto conto dell'adozione della *loi PACTE* e delle novelle che, dal 1994, si sono susseguite a modificare la disciplina dell'allerta del *président du tribunal de commerce*, è evidente come il legislatore d'oltralpe rimetta la buona riuscita della prevenzione della crisi a quest'ultimo, il quale è – per coniare un'espressione utilizzata da Michel Rouger, in passato presidente del tribunale di commercio di Parigi – un «*homme de l'économie qui est venu vers le droit et la justice*», un imprenditore che, trovandosi dinnanzi a un collega in difficoltà, può comprenderlo pienamente e indurlo, tramite un potere di persuasione – sua unica arma, che discende dall'autorevolezza e dalle competenze possedute – a esprimersi senza remora sulla reale situazione economica e finanziaria dell'impresa, prestando altresì ascolto alle soluzioni prospettate per risanare la crisi senza sindacarne il merito.

Recentemente, tuttavia, è emersa una notizia che ha destato, in chi scrive, ben più di una preoccupazione circa la stabilità del sistema di allerta in Italia. Il legislatore, invero, è intervenuto con il d.l. n. 118/2021, l'ultimo correttivo al CCII, a introdurre la disciplina della composizione negoziata della crisi, rispetto alla quale la possibilità di addivenire a un accordo con i creditori è affidata a un professionista esperto. La dottrina espressasi sul punto non ha mancato di evidenziare come tale innovazione lasci presagire una sostituzione della composizione assistita con quella negoziale, così come la figura dell'esperto si surrogerebbe a quella dell'OCRI. Il dubbio, per chi scrive, trova fondamento nel fatto che, come si è già avuto modo di biasimare nel corso del presente lavoro, il legislatore non abbia predisposto, nei due anni e mezzo trascorsi dalla pubblicazione del d.lgs. n. 14/2019 in G.U., alcuna iniziativa atta a costituire gli organismi *de quibus*.

Se la scelta può apparire, forse, più agevole in termini di composizione – ma, comunque, molte sono le riflessioni da farsi rispetto a un siffatto bilanciamento, che privilegia la celerità del procedimento alla collegialità dell'organo, dalla quale discendono maggiore ponderatezza e più elevata rappresentatività sotto i vari profili economici e giuridici – essa non lo è affatto se si guarda all'allerta, il cui sistema rischia di essere caducato completamente, posto che l'OCRI nasce come organo dalla «doppia anima» e, quindi duplice funzione, dal momento che, altresì, *rectius*, ancor prima, esso è chiamato a ricevere la

segnalazione degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati, a valutarne la fondatezza e, se il riscontro *de quo* fosse positivo, a nominare il collegio di esperti dinnanzi cui l'imprenditore si recherà in audizione.

Il legislatore italiano, dopo aver fatto proprio l'adagio «prevenire è meglio che curare», prospettato ai suoi pazienti (le imprese) una cura e chiesto loro di prepararsi all'operazione prescrivendo una terapia – e, si badi, qui non si tratta più dell'ormai abusata espressione «cambio di mentalità»: il legislatore ha imposto a piccole imprese la nomina di organi di controllo dapprima inesistenti, con conseguenze, sotto il profilo delle spese sostenute, nonché da sostenere nell'arco della loro esistenza, non affatto di poco conto – ha deciso di sospendere l'intervento nel dubbio – o, forse, nella certezza – di aver iniziato a incidere dalla parte errata. Tale infausta prospettiva è resa ancora più sconcertante se si considera che è della materia concorsuale di cui si discorre, la più complessa tra tutti gli ambiti del diritto, proprio perché tocca, sotto profili diversi (commerciale, civile, giuslavoristico, penale, tributario) soggetti differenti (imprenditore, creditori – tra questi i lavoratori – talvolta lo Stato e, comunque, l'economia sia dell'impresa, sia nel suo complesso).

Chi scrive auspica vivamente che il legislatore effettivamente colga, nell'ennesimo rinvio di vigenza, l'occasione per novellare il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, non solamente per adeguarlo alla disciplina promanata dall'Unione europea, ma per dare prova – in considerazione dell'*intentio legis*, più che apprezzabile, che lo aveva mosso a redigere una riforma sì perfettibile, ma, complessivamente, lodevole – di aver davvero compreso realmente che, se le possibilità di salvataggio dell'impresa sono direttamente proporzionali alla rilevazione della crisi di quest'ultima, allora le sorti delle imprese italiane sono inscindibilmente legate al destino, che dipende unicamente dal legislatore stesso, del sistema dell'allerta.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV. *Proposta di direttiva sulle procedure di ristrutturazione e insolvenza. Un primo commento*, in www.cgil.it, 2018

AA.VV., *Gli attori della governance coinvolti nella fase di allerta e gli indici della crisi secondo il nuovo C.C.I.*, in *Giur. comm.*, 2020, I

ALFANDARI E., *Associations. Préventions des difficultés, Alerte par le commissaire aux comptes, Procédures collectives, Action en comblement du passif social*, in *RTD Com.*, 1994

AMBROSINI S., GIANNELLI G., *L'impatto del "decreto liquidità" sulla continuità aziendale delle imprese e sulle procedure concorsuali pendenti*, in *Dir. fall.*, 2020

AMBROSINI S., *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in www.osservatorio-oci.org, 2018

AMBROSINI S., *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019 (e in www.ilcaso.it, 2019)

ARATO M., *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019

BALESTRA L., *La recente legge delega di riforma della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Corr. giur.*, 2017

BARBIERI J.-F., *Relèvement de fonctions d'un commissaire dans un groupe de sociétés: méconnaissance du principe de non-immixtion dans la gestion d'un groupe*, in *BJS*, 1992

BARBIERI J.-F., *Sur la faute justifiant le relèvement de fonctions d'un commissaire aux comptes et sur la prétendue nécessité de sa «mauvaise foi»: résistance des juridictions du fond?*, in *BJS*, 1998

BARTALENA A., *Le azioni di responsabilità nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2019

BINI M., *Procedura di allerta: indicatori della crisi ed obbligo di segnalazione da parte degli organi di controllo*, in *Società*, 2019

BOCCUZZI G., *I meccanismi di allerta e di prevenzione e le procedure stragiudiziali*, in *Dir. fall.*, 2005

BONFANTE G., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018

BONFANTE G., *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, II

BRODI E., *Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente «sistema di allerta e composizione»*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 440, 2018

BRODI E., *Emersione e gestione tempestiva della crisi: innovazioni e potenziali criticità nella legge n. 155 del 2017*, in *www.giustiziacivile.com*, 2018

BUFFELLI G., *Il principio di continuità in presenza di crisi*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2017

BUTA G. M., *Gli obblighi di segnalazione dell'organo di controllo e del revisore nell'allerta sulla crisi d'impresa*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019

CAGNASSO O., *Il diritto societario della crisi tra passato e futuro*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018 (e in *Giur. comm.*, 2017, I)

CAGNASSO O., *Denuncia di gravi irregolarità: una primissima pronuncia sul nuovo art. 2086 c.c.*, in *Giur. it.*, 2020, I

CAMPANA M.J., *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003

CAMPOBASSO G.F., *Diritto commerciale*, vol. II, 9^a ed., Torino, 2015

CAPELLI I., *Assetti adeguati, controllo dei sindaci e denuncia al tribunale ex art. 2409 c.c.*, in *Società*, 2020

CATALDO M., *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016

CECCHIELLA C., *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020

CESARE F., *I rischi di eterogenesi dei fini nell'attività degli OCRI*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2019

CHAPUT Y., *Droit des entreprises en difficultés et faillite personnelle*, Paris, 1996

CHATRIOT A., *La réforme de l'entreprise. Du contrôle ouvrier à l'échec du projet modernisateur*, in *Vingtième Siècle. Revue d'histoire*, 2012

COLOMBO G. E., *Il Rapport Sudreau sulla riforma dell'impresa*, in Riv. soc., 1975

COMPAGNIE NATIONALE DES COMMISSAIRES AUX COMPTES, *NEP 570 – Continuité de l'exploitation*, documento del 10 luglio 2017, in www.cncc.fr

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Principio di revisione contabile (ISA) Italia. Continuità aziendale*, in www.revisionelegale.mef.gov.it

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Linee guida per l'organizzazione del collegio sindacale incaricato della revisione legale dei conti*, documento del febbraio 2012, in www.commercialisti.it

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Norme di comportamento del collegio sindacale. Principi di comportamento del collegio sindacale di società non quotate*, documento del settembre 2015, in www.commercialisti.it

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Informativa e valutazione nella crisi di impresa*, documento del 30 ottobre 2015, in www.oldsite.commercialisti.it

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Audizione in relazione allo schema di "Disegno di legge recante la riforma e il riordino delle procedure concorsuali"*, documento del 2 dicembre 2015, in www.oldsite.commercialisti.it

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Delega al governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza. Osservazioni e proposte del Consiglio Nazionale dei Commercialisti e degli Esperti Contabili*, documento dell'8 giugno 2016, in www.commercialisti.it

CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI ESPERTI CONTABILI, *Crisi d'impresa. Gli indici di allerta*, documento del 20 ottobre 2019, in www.commercialisti.it

CORRADO D., *Le procedure di allerta perno della nuova disciplina dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it, 2017

CORSI F., *Crisi, insolvenza, reversibilità, temporanea difficoltà, risanamento: un nodo irrisolto?*, in *Fallimento*, 2000

COUTURIER G., *Comité d'entreprise. Droit d'alerte économique. Conditions d'exercice*, in *Dr. soc.*, 2011

D'ATTORRE G., *Gli OCRI: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, in *Fallimento*, 2019

D'ATTORRE, G., *Disposizioni temporanee in materia di riduzione del capitale ed obblighi degli amministratori delle società in crisi*, in *Fallimento*, 2020

DE BERNARDIN L., *Il sistema dell'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in *www.ilcaso.it*, 2020

DE CESARI P., MONTELLA G., *Osservatorio internazionale sull'insolvenza – la relazione della Commissione del Parlamento UE sulla proposta di direttiva della Commissione del 22 novembre 2016*, in *Fallimento*, 2018

DE CESARI P., *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, in *Fallimento*, 2017

DE FERRA G., *Il rischio di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2001, I

DE MATTEIS S., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa. Modelli attuali e prospettive di sviluppo*, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 413, Milano, 2017

DE SENSI V., *Indici di allerta della crisi e sistema finanziario*, in *Il diritto degli affari*, 2020

DELLA SANTINA R., *Crisi d'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 *www.ilcaso.it*, 2019

DI CATALDO V., ROSSI S., *Nuove regole generali per l'impresa nel nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019 (e in *RDS*, 2018)

DI GIORGIO G., *I rapporti tra l'allerta e le sopravvenute procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *www.osservatorio-oci.org*, 2019

DI SARLI M., *Sull'obbligo di dotarsi di assetti adeguati. Una prima applicazione dell'art. 2086, comma 2, c.c. da parte del Tribunale di Milano (Trib. Milano 18 ottobre 2019)*, in *NDS*, 2020

DIDONE A., *Breve storia del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Esecuzione forzata*, 2019

DONNETTE-BOISSIERE A., *Droit d'alerte du comité d'entreprise au sein d'une filiale: la société mère peut être concernée*, in *BJE*, 2017

FABBRINI M., *Alcune riflessioni sul sistema di prevenzione della crisi tratte da una sentenza della Corte di cassazione francese*, in *Dir. fall.*, 2005

FABIANI M., *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 2004

FABIANI M., *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, in *www.ilcaso.it*, 2015

FABIANI M., *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in www.ilcaso.it, 2019

FAGGIANO M., *Accertamento giudiziale dell'assenza del presupposto della continuità aziendale – il commento*, in *Società*, 2017

FANFANI G., *Giudice laico e giurisdizioni speciali in Francia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1983

FERRANDI F., *Sentieri normativi verso l'introduzione delle misure di allerta e prevenzione della crisi di impresa nell'ordinamento italiano*, in *Dir. fall.*, 2019

FERRO M., *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fallimento*, 2016

FERRO M., *Codice della Crisi d'impresa approvato dal CdM: la conclusione negativa del procedimento avanti all'OCRI e il rapporto al P.M.*, in www.studiolegale.leggiditalia.it, 2019

FERRO M., *Codice della crisi d'impresa: le misure protettive e premiali nelle istituzioni di prevenzione della crisi*, in www.studiolegale.leggiditalia.it, 2019

FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, SIDREA, *L'impatto dell'emergenza sanitaria sulla continuità aziendale e sull'applicazione dei principi contabili nazionali. Prime indicazioni*, documento del 20 aprile 2020, in www.fondazionenazionalecommercialisti.it

FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI, *La continuità aziendale nella crisi di impresa*, documento del 15 ottobre 2015, in www.fondazionenazionalecommercialisti.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 www.ilcaso.it, 2019

GALLETTI D., *L'insorgere della crisi e il dover essere nel diritto societario. Obblighi di comportamento degli organi sociali in caso di insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it, 2012

GALLETTI D., *I doveri reattivi dell'imprenditore sotto l'Impero CoVid-19 e l'obbligo di non arrendersi*, in www.ilfallimentarista.it, 2020

GUARNIERI A., *Lineamenti di diritto comparato*, 7^a ed., Milano, 2016

GUATRI L., *Crisi e risanamento dell'impresa*, Milano, 1986

GUATRI L., *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995

GUIDOTTI R., *Emersione della crisi e opportunità di risanamento*, in www.ilcaso.it, 2016

GUIOTTO A., *I sistemi di allerta e l'emersione tempestiva della crisi*, in *Fallimento*, 2019

GUIOTTO A., *La temporanea sospensione del giudizio sulla continuità aziendale nel bilancio di esercizio*, in *Fallimento*, 2020

HOUBEN M., *I doveri di riservatezza nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2020

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD, *International Accounting Standards 1 – Presentazione del bilancio*, in www.ragioneria.com

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

JORIO A., FORTUNATO S., *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, a cura di Jorio e Fortunato, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 269, Milano, 2004

JORIO A., *Legislazione francese, raccomandazione della Commissione europea, e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fallimento*, 2015

JORIO A., *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?*, in *Giur. comm.*, 2016, II

JORIO A., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018

JORIO A., *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019 (e in *Dir. fall.*, 2019)

LAMANNA F., *Osservazioni sul DDL delega della Commissione Rordorf*, in www.ilfallimentarista.it, 2016

LAMANNA F., *La corretta definizione di "crisi" e di "indici della crisi" secondo il primo Correttivo al Codice della crisi e dell'insolvenza*, in www.ilfallimentarista.it, 2020

LAZOPPINA G., *La crisi di impresa alla luce del nuovo sistema fallimentare*, in www.ilfallimentarista.it, 2019

LEBRETON M., *Oraison funèbre du commissaire aux comptes: le gouvernement pactisera-t-il au détriment de la détection précoce des difficultés des entreprises?*, in *BJE*, 2018

LEOGRANDE G., GHIGNONE F., *Commento ragionato alla riforma fallimentare*, Milano, 2019

LEUZZI S., *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in www.ilcaso.it, 2019

- LIENHARD A., *Utilisation d'information privilégiée: déclenchement d'une procédure d'alerte*, in *Rev. soc.*, 2010
- LIENHARD A., *Procédures collectives*, in *Rec. Dalloz*, Dalmas, 2021
- LO CASCIO G., *Il rischio di insolvenza nell'attuale concezione della Commissione europea*, in *Fallimento*, 2014
- LO CASCIO G., *Legge fallimentare attuale, legge delega di riforma e decreti attuativi in fieri*, in *Fallimento*, 2018
- LO PRETE G., SURA A., *Gli indici della crisi al vaglio delle scelte in materia di bilancio*, in *Fisco*, 2020
- LUCIANO A., *Le "procedure di allerta" previste dalla c.d. riforma Rordorf: un nuovo ruolo per amministratori e sindaci?*, in www.ilfallimentarista.it, 2018
- MACORIG-VENIER F., *Prévention des difficultés des entreprises. Alerte du comité d'entreprise. Conditions de fond. Appréciation du caractère préoccupant de la situation économique de l'entreprise*, in *RTD Com.*, 2003
- MACORIG-VENIER F., *Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises*, in *RTD Com.*, 2005
- MACORIG-VENIER F., *L'alerte du comité d'entreprise: un droit susceptible d'abus*, in *RTD Com.*, 2011
- MACORIG-VENIER F., *Simplification de l'alerte du CAC*, in *RTD Com.*, 2012
- MACORIG-VENIER F., *Alerte du comité d'entreprise: périmètre élargi de l'alerte déclenchée dans une filiale*, in *RTD Com.*, 2017
- MARCELLO R., BAUCO C., *Crisi d'impresa e insolvenza nella prospettiva aziendale e giuridica alla luce delle riforme in itinere*, documento del 28 febbraio 2017, in www.fondazionenazionalecommercialisti.it
- MARINO R., CARMINATI M., *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l.fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Fallimento*, 2015 (e in www.ilcaso.it, 2015)
- MATONTI A., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018
- MEO G., *Verso un nuovo diritto della crisi d'impresa?*, in *Giur. comm.*, 2016, II
- MONSIERE-BON M.-H., *Entreprise en difficulté: détection des difficultés*, in *Rép. com. Dalloz*, 2012
- MONSIERE-BON M.-H., *Le projet de loi PACTE, une avancée pour le droit des entreprises en difficulté?*, in *BJE*, 2018

MONTALENTI P., *Il diritto concorsuale tra passato e futuro*, in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018

MONTERAN T., *La procédure d'alerte filante des commissaires aux comptes issue de la loi de simplification du droit*, in *Gaz. Pal.*, 2011, 190

MUSARDO M. G., *La redazione del bilancio in caso di perdita di continuità aziendale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2016

NIGRO A., VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 4^a ed., Bologna, 2017

NIGRO A., VATTERMOLI D., *Disciplina delle crisi dell'impresa societaria, doveri degli amministratori e strumenti di pianificazione: l'esperienza italiana*, in www.ilcaso.it, 2018

NISIVOCIA N., *La composizione assistita della crisi*, in www.ilfallimentarista.it, 2020

ORGANISMO ITALIANO DI CONTABILITÀ, *Finalità e postulati del bilancio di esercizio*, documento del marzo 2018, in www.ragioneria.com

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

PALUCHOWSKI A., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018

PANZANI L., *La riforma delle procedure concorsuali: due soluzioni a confronto*, in *Fallimento*, 2001

PANZANI L., *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fallimento*, 2006

PANZANI L., *Misure di allerta e prevenzione della crisi. Nuove prospettive?*, in www.ilfallimentarista.it, 2013

PANZANI L., *La storia del fallimento: uno sguardo d'insieme (parte I)*, in *NDS*, 2015

PANZANI L., *Insolvenza in Europa: uno sguardo d'insieme*, in *Fallimento*, 2015

PARISI G., *L'adeguato assetto organizzativo e il rafforzamento degli obblighi e dei doveri dell'organo amministrativo e di controllo dopo il d.lgs. 14/2019*, in www.osservatorio-oci.org, 2019

PECCHIANI N., MIGLIORNI S., *Strumenti di allerta, crisi, insolvenza e continuità: questioni interpretative ed applicative alla luce della riforma*, in www.ilfallimentarista.it, 2018

PELLEGATTA A., *Prevenzione della crisi d'impresa e procedure di allerta*, in www.judicium.it, 2013

PELLEGATTA A., *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, in www.ilcaso.it, 2017

PERNA D., *Effetti del D.L. n. 23/2020 sulla materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 2020

PERRINO M., *Crisi d'impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019 (e in *Corr. giur.*, 2019, e in www.osservatorio-oci.org, 2018)

PETIT F., *Répertoire des sociétés*, in *Dalloz*, 2012

PETIT F., *La poursuite de la procédure d'alerte économique déclenchée par un comité d'entreprise*, in *Rev. soc.*, 2017

PORACCHIA D., *Injonction de dépôt des comptes: l'ordonnance liquidant l'astreinte doit être signée par un greffier*, in *Rev. soc.*, 2010

PORTALE G. B., *Dalla pietra del vituperio alle nuove concezioni del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in www.dircomm.it, 2009

QUAGLIA A., PANIZZA A., *Il sistema di allerta*, in www.ilcaso.it, 2019

RANALLI R., *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie e opportunità*, in www.ilfallimentarista.it, 2017

RANALLI R., *Il Codice della crisi. Gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in www.ilcaso.it, 2018

RANALLI R., in *Il successo della riforma dipende dall'OCRI: un accorato suggerimento al legislatore*, in www.ilcaso.it, 2018

RANALLI R., *La sostenibilità del debito nei sei mesi successivi: una formulazione infelice per l'identificazione degli indici di allerta*, in www.ilfallimentarista.it, 2019

RANALLI R., *Definiti gli indici della crisi e il percorso di rilevazione dei suoi fondati indizi*, in www.ilfallimentarista.it, 2019

RANALLI R., *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019

RANALLI R., *L'OCRI: un'opportunità e non una minaccia*, in www.ilsocietario.it, 2020

- RENAUT M.-H., *La déconfiture du commerçant du débiteur sanctionné au créancier victime*, in *RTD Com.*, 2000
- ROHART-MESSAGER I., *La prévention-détection par les présidents des tribunaux de commerce*, in *Gaz. Pal.*, 2010
- ROMANO M., FAVINO C., *Individuazione della crisi d'impresa e profili di informativa economica nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006
- RORDORF R., *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018
- RORDORF R., *Prime osservazioni sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Contratti*, 2019
- RORDORF R., *Doveri e responsabilità degli organi di società alla luce del codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Riv. soc.*, 2019
- ROSAPEPE R., *La responsabilità degli organi di controllo nella crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2013, I
- ROSSI A., *Dalla crisi tipica ex CCI alla resilienza della twilight zone*, in *Fallimento*, 2019
- ROSSI A., *Dalla crisi tipica ex CCI alle persistenti alterazioni delle regole di azione degli organi sociali nelle situazioni di crisi atipica*, in *www.ilcaso.it*, 2019
- RUSSO R., *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa*, in *Giur. comm.*, 2018, I
- SACCO B., *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e gli alert di bilancio: un'opportunità per le PMI?*, in *Quaderni di ricerca sull'artigianato*, 2019
- SAINT-ALARY-HOUIN C., *Droit des entreprises en difficulté*, 11^a ed., Issy-les Moulineaux, 2018
- SANCETTA G., IRENEO BARATTA A., *Le misure di allerta e di composizione assistita della crisi: primi spunti di riflessione*, in *www.ilfallimentarista.it*, 2018
- SANDULLI M., *Lo statuto dell'impresa*, in *Giur. comm.*, 1984, I
- SANTONI G., *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2004
- SANZO S., *La disciplina procedimentale, le norme generali, le procedure di allerta e di composizione della crisi, il procedimento unitario di regolazione della crisi o dell'insolvenza*, in *Il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Sanzo e Burrone, Bologna, 2019

- SANZO S., *Istanza di fallimento e insolvenza prospettica: ovvero le regole della crisi prima che entri in vigore la disciplina dell'allerta*, in www.ilfallimentarista.it, 2019
- SCHLESINGER R., *Comparative Law*, 6^a ed., West Academic, 1998
- SEGA D., *Allerta e prevenzione: nuovi paradigmi della crisi di impresa*, in *Nuova giur. civ.*, 2019
- SELLA M., in *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo. Atti Convegno Courmayeur 23-24 settembre 2016*, a cura di Montalenti, in *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, n. 41, Milano, 2018
- SILVESTRI E., *Note in tema di giudici speciali e «juges d'exception»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992
- SPIOTTA M., *Insolvenza (non ancora) prospettica: quali rimedi?*, in *Fallimento*, 2020
- TETI S., *Procedure di allerta*, Torino, 2019
- TRIMARCHI G. A. M., *Codice della crisi: riflessioni sulle prime norme*, in *Notariato*, 2019
- VALENSISE P., *Il ruolo dell'organo di controllo nella procedura di c.d. "allerta" tra legge delega e "Codice della crisi": nuove soluzioni o nuovi problemi?*, in *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019
- VATTERMOLI D., *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'OCRI*, in *Fallimento*, 2020
- VELLA P., *L'allerta nel Codice della crisi e dell'insolvenza alla luce della Direttiva (UE) 2019/1023*, in www.ilcaso.it, 2019
- VELLA P., *L'impatto della direttiva UE 2019/1023 sull'ordinamento concorsuale italiano*, in *Fallimento*, 2020
- VERDIER J.-M., *Le rapport Sudreau*, in *Revue internationale de droit comparé*, 1976
- ZOCCA L., *Equilibrio economico, patrimoniale e finanziario nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza. Riflessi sulla procedura di allerta*, in www.giustiziacivile.com, 2019

Cass. civ., sez. I, 6 maggio 2010, n. 11012, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2019, n. 15724, in www.laleggepertutti.it

Cass. civ., sez. VI, 13 dicembre 2019, n. 32997, in www.dejure.it

Cass. civ., sez. VI, 4 febbraio 2020, n. 2426, in www.dejure.it

Trib. Treviso, 15 giugno 2005, in *Fallimento*, 2006, 63

Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2006, 56

Trib. Milano, sez. II, 7 novembre 2005, in www.dejure.it (e in *Fallimento*, 2006, 51)

Trib. Bari, 21 novembre 2005, in *Fallimento*, 2006, 169

Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006, in *Fallimento*, 2006, 608

Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, 570

Trib. Torino, 14 novembre 2008, in *Giur. it.*, 2009, III

Trib. Arezzo, 17 settembre 2009, in www.dejure.it

Trib. Sulmona, 2 novembre 2010, in www.ilcaso.it

Trib. Arezzo, 24 gennaio 2013, in www.dejure.it

Trib. Benevento, 27 marzo 2013, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Trib. Monza, sez. III, 11 giugno 2013, in www.dejure.it

Trib. Benevento, 25 settembre 2014, in www.studiolegale.leggiditalia.it

Trib. Rovigo, 17 novembre 2015, in www.dejure.it

Trib. Milano, sez. spec. impresa, 19 aprile 2016, in www.dejure.it

Trib. Milano, sez. spec. impresa, 6 luglio 2016, n. 8436, in www.dejure.it

Trib. Milano, 3 ottobre 2019, in www.ildirittodegliaffari.it

Trib. Milano, sez. spec. impresa, 18 ottobre 2019, in www.eclegal.it

Cass. soc., 22 ottobre 1987, n. 86-11.385, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 29 ottobre 1987, n. 85-15.244, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 16 maggio 1990, n. 87-17.555, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 30 giugno 1993, n. 90-20.158, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 8 marzo 1995, n. 91-16.002, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 21 febbraio 1996, n. 93-16.474, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 27 novembre 2001, n. 99-21.903, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 19 febbraio 2002, n. 00-14.776, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 11 marzo 2003, n. 01-13.434, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 21 novembre 2006, n. 05-45.303, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. com., 29 settembre 2009, n. 08-14.146, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. com., 23 marzo 2010, n. 09-65.827, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 18 gennaio 2011, n. 10-30.126, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 27 novembre 2012, n. 11-21.566, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. com., 22 settembre 2015, n. 14-17.377, in www.legifrance.gouv.fr
Cass. soc., 21 settembre 2016, n. 15-17.658, in www.legifrance.gouv.fr

Appello Parigi, 25 febbraio 1998, n. 97-20.158, in *BJS*, 1998

Appello Parigi, 28 febbraio 2008, n. 06-22.696, in www.legifrance.gouv.fr

Appello Grenoble, 10 febbraio 2010, n. 09-01.272, in www.labase-lextenso.fr