



**DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA**

**Cattedra di Diritto delle crisi d'impresa**

**LE PROCEDURE DI ALLERTA  
E DI COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI  
NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA  
E NELL'ORDINAMENTO FRANCESE**

**RELATORE**

Chiar.mo Prof.  
Vincenzo De Sensi

**CORRELATORE**

Chia.mo Prof.  
Andrea Palazzolo

**CANDIDATA**

Greta Maria Ferraro  
(Matricola 113013)

**ANNO ACCADEMICO 2017/2018**

LE PROCEDURE DI ALLERTA  
E DI COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI NEL CODICE  
DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA  
E NELL'ORDINAMENTO FRANCESE

**INDICE**

---

**INTRODUZIONE**..... 1

**CAPITOLO I**

LE CRISI D'IMPRESA: PRESUPPOSTI, PROBLEMATICHE E OBIETTIVI  
DELLE RIFORME IN MATERIA

1.	L'impresa, il suo valore e la sua crisi.....	5
2.	Lo "stato di insolvenza": origine, nozione, esegesi.....	9
3.	Lo "stato di crisi": origine, definizione, applicazione concreta.....	21
4.	Gli interessi rilevanti nella crisi d'impresa. Liquidazione e continuità aziendale.....	34
5.	L'importanza del fattore tempo per l'impresa in crisi.....	39
5.1.	Dalla logica dell'emergenza a quella della prevenzione: l'emersione tempestiva della crisi.....	39
5.2.	Gli obiettivi della velocizzazione e della riduzione dei costi delle procedure di gestione della crisi.....	46
6.	L'obiettivo della degiurisdizionalizzazione.....	50
7.	La governance della crisi: prevenzione e gestione della crisi delle società.....	53
8.	Assenza di norme sull'allerta e inadeguatezza degli strumenti per fronteggiare efficacemente le crisi. Riepilogo.....	63

## **CAPITOLO II**

### **LE PROCEDURE DI ALLERTA E DI COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

1.	Premessa.....	70
2.	I tentativi di riforma della legge fallimentare nel corso del Novecento: nascita ed evoluzione di una concezione preventiva dell'insolvenza.....	71
3.	Le Commissioni Trevisanato.....	77
4.	I principi e gli indirizzi dell'Unione Europea.....	85
5.	(segue) Dal d.d.l. Rordorf al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.....	90
6.	Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.....	95
7.	Le procedure di allerta.....	97
7.1	Il presupposto soggettivo e oggettivo delle procedure di allerta.....	97
7.2	L'allerta interna. Il ruolo degli organi di amministrazione e controllo.....	106
7.3	L'allerta esterna.....	110
7.4	L'Organismo di composizione della crisi d'impresa (OCRI).....	113
7.5	La gestione della procedura di allerta .....	115
7.5.1	La composizione e la costituzione del collegio.....	115
7.5.2	Il ruolo del collegio. L'audizione del debitore.....	119
8.	Il procedimento di composizione assistita della crisi.....	121
9.	Gli incentivi all'emersione tempestiva della crisi: le misure premiali.....	127

## **CAPITOLO III**

### **LA PREVENZIONE DELLA CRISI E LE PROCEDURE DI ALLERTA NELL'ORDINAMENTO FRANCESE**

1.	Premessa.....	130
----	---------------	-----

2.	Il sistema francese di prevenzione e di gestione delle crisi d'impresa. Evoluzione storico-normativa.....	131
3.	Le <i>procédures d'alerte</i> .....	138
3.1	L'allerta interna attivata dal <i>commissaire aux comptes</i> .....	139
3.1.1	Nelle SA, SCA e SAS.....	145
3.1.2	Nelle SNC, SCS e SARL.....	150
3.1.3	Nei GIE.....	154
3.1.4	Nelle <i>personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique</i> .....	156
3.2	L'allerta interna su iniziativa degli <i>associés</i> .....	157
3.3	L'allerta interna del <i>Comité social et économique</i> , già <i>Comité d'entreprise</i> .....	159
3.4	L'allerta esterna attivata dal <i>groupement de prévention agréé</i> .....	162
3.5	L'allerta esterna innescata dal <i>Président du Tribunal</i> .....	167
4.	Il <i>mandat ad hoc</i> .....	173
5.	Il <i>règlement amiable</i> . Cenni.....	181
6.	La <i>procédure de conciliation</i> .....	182
7.	La gestione dell'insolvenza: le altre procedure. Cenni.....	195

## **CAPITOLO IV**

### **CONFRONTI, CRITICHE E OBIETTIVI**

1.	Osservazioni conclusive sulle differenze normative tra il sistema delineato nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il modello francese.....	201
2.	Pregi della riforma e obiettivi mancati.....	209
	<b>OSSERVAZIONI CONCLUSIVE</b> .....	<b>216</b>

**BIBLIOGRAFIA** ..... 221

**GIURISPRUDENZA** ..... 233

## **INTRODUZIONE**

Con l'approvazione da parte del Consiglio dei Ministri del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14 recante il nuovo "*Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*", si è concluso l'iter di riforma del diritto delle crisi d'impresa che aveva avuto avvio su iniziativa del Governo nel corso della XVII legislatura.

Dalla nomina della Commissione ministeriale, avvenuta con decreto del Ministro della Giustizia il 28 gennaio 2015, sono decorsi ben quattro anni, un arco di tempo in apparenza lungo ma abbastanza contenuto se messo in relazione con la portata della revisione.

La riforma è stata definita "organica", posto che – escluse l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese, la liquidazione coatta amministrativa e le disposizioni speciali in materia di crisi d'impresa delle società pubbliche – tutti gli istituti, compresi nella materia, sono stati oggetto di modifiche.

È stato opportuno porre mano a tale branca del diritto sia per ammodernare una legge – quella fallimentare – che risale al 1942, sia per riorganizzare una disciplina che è stata sottoposta – soprattutto negli ultimi quindici anni – ad interventi frammentari e caotici.

La prima fase della riforma – che è passata alla storia come riforma Rordorf – ha visto all'opera l'omonima Commissione, la quale ha avuto il compito di redigere un progetto di legge che è stato proposto alla Camera dei deputati e al Senato della Repubblica nella prima metà del 2016, per essere approvato dalla Camera nel febbraio 2017 e dal Senato nell'ottobre dello stesso anno.

La promulgazione della legge delega n. 155 – rubricata "*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*" – è avvenuta con decreto del Presidente della Repubblica il 19 ottobre 2017 e la legge è entrata in vigore il successivo 14 novembre.

Il Governo avrebbe dovuto esercitare la delega entro il termine di un anno decorrente da quest'ultima data. Tuttavia, a causa di diverse vicissitudini – tra cui le elezioni politiche nel marzo 2018 e l'avvicendamento di un nuovo esecutivo nel giugno dello stesso anno – si è fatto ricorso alla proroga di sessanta giorni ammessa dalla delega stessa cosicché l'approvazione, in esame definitivo, è intervenuta solo il 10 gennaio scorso. La

pubblicazione in Gazzetta Ufficiale<sup>1</sup>, invece, risale al 14 febbraio 2019.

Le innovazioni contenute nel Codice sono molteplici, a partire dal fatto che si è inteso superare l'aura negativa che accompagnava il fallimento andando a modificare la denominazione dell'istituto, che oggi – in linea con diversi ordinamenti europei – prende il nome di “*liquidazione giudiziale*”. Inoltre, è stata accordata una priorità di trattazione alle proposte che comportino il superamento della crisi garantendo la continuità aziendale e, parimenti, si è pensato di privilegiare tra gli strumenti di gestione della crisi e dell'insolvenza, le procedure alternative rispetto all'esecuzione giudiziale.

Tra le altre numerose novità compaiono anche le cosiddette “*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*”, alle quali si è scelto di dedicare questo lavoro di ricerca per curiosità verso tali istituti tanto agognati dalla dottrina quanto, in apparenza, lontani dalla mentalità imprenditoriale italiana.

La nuova normativa non rappresenta un “lampo di genio” del legislatore nostrano, in quanto è una risposta alle istanze dell'Unione Europea in materia di crisi d'impresa ed è in linea con le previsioni dell'UNCITRAL. Tra l'altro in diversi Paesi del Vecchio Continente, gli istituti in oggetto – o altri simili – “hanno diritto di cittadinanza” da più di un trentennio. Tra questi vi è, ad esempio, lo Stato francese che ha introdotto le cosiddette *procédures d'alerte* a metà degli anni Ottanta del secolo scorso.

È opportuno notare, inoltre, che lo stesso legislatore italiano aveva già tentato, in diverse occasioni in passato, di istituire delle misure volte all'emersione tempestiva della crisi e alla prevenzione dell'insolvenza, cercando – senza riuscirvi pienamente – di spostare il baricentro della disciplina dalle soluzioni di carattere liquidatorio a quelle incentrate sulla continuità aziendale.

La scelta attuale è frutto di un mutamento di prospettive, influenzato anche dalla dottrina aziendalistica e dalla crisi economica del 2008. Si è passati, infatti, dal ritenere che le difficoltà dell'impresa fossero frutto della *mala gestio* dell'imprenditore incapace – il quale, appunto, era considerato un “fallito” con tutto il discredito che accompagnava l'appellativo – alla convinzione corrente che la crisi o l'insolvenza possano essere conseguenze naturali dell'andamento del ciclo economico, nonché fasi fisiologiche e transitorie della vita dell'impresa.

Venendo al presente lavoro, si può evidenziare che l'opera risulta suddivisa, per ragioni

---

<sup>1</sup> GU Serie Generale n. 38 del 14.02.2019 – Suppl. ordinario n. 6

espositive, in quattro capitoli. Va precisato, *in primis* che la sua redazione è avvenuta a cavallo tra il giugno 2018 e il febbraio 2019. Pertanto nel Capitolo I – che ha un intento introduttivo – si prendono in considerazione gli istituti così come delineati dalla legge delega. Mentre i Capitoli II e IV sono successivi all’approvazione del decreto recante il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Il Capitolo III, infine, relativo alla normativa francese, è aggiornato al febbraio 2019.

Quanto al contenuto, nel primo si analizzeranno quelli che sono stati i presupposti che hanno condotto gli addetti ai lavori a sostenere fermamente che fosse necessaria l’introduzione di misure di allerta e di emersione anticipata della crisi d’impresa. In particolare, l’analisi si dipanerà a partire dai concetti di “stato di crisi” e di “stato di insolvenza”, atteso che sono afferenti il primo alle misure conservative della continuità aziendale e il secondo agli istituti di carattere liquidatorio. Si approfondiranno, poi, gli interessi rilevanti sia all’interno dell’impresa sia nel contesto in cui essa opera (ad es. la tutela dei dipendenti e gli interessi del mercato), in modo tale da capire le ragioni che hanno determinato la valorizzazione della prevenzione dell’insolvenza e della continuità aziendale, a discapito della liquidazione. Una parentesi sarà dedicata alle problematiche concrete che affliggono il sistema giudiziario – si pensi alle annose questioni della lunga durata dei processi e dei costi delle procedure – che sono confliggenti con le esigenze di speditezza del sistema economico e, nello specifico, dell’impresa in difficoltà e che hanno indotto la preferenza per le procedure stragiudiziali di gestione della crisi. Infine, in conclusione del capitolo, si rifletterà sugli strumenti di prevenzione dell’insolvenza delle società, disciplinati dal Codice civile, che comportano un ruolo attivo degli organi di amministrazione e controllo. E sarà anche effettuato un brevissimo *excursus* sugli istituti di tipo concorsuale adottati negli ultimi anni per favorire l’emersione anticipata della crisi e la prevenzione dell’insolvenza.

Il secondo capitolo, invece, avrà un ruolo centrale nella trattazione, in quanto integralmente dedicato alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi così come delineate dal Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. Tuttavia, si è scelto, anche, di effettuare un’indagine storica per capire quali siano stati i tentativi esperiti nel corso del tempo dal legislatore italiano ai fini dell’introduzione delle misure di allerta. Uno spazio, per di più, sarà riservato agli indirizzi della recente normativa eurounitaria e alla *Cross-Border Insolvency Model Law* dell’UNCITRAL onde capire

cosa abbia finalmente spinto il legislatore ad adottare le procedure in questione.

Il terzo capitolo, viceversa, avrà un carattere comparatistico. La scelta è stata dettata dal fatto che le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi sono di recentissima introduzione nell'ordinamento italiano. Si è pensato, dunque, sia al fine di coglierne ulteriori sfumature, sia per capire quali potrebbero essere i punti di forza o i limiti della disciplina, di analizzare le *procédures de prévention des difficultés des entreprises* sancite dall'ordinamento francese, a cui il legislatore italiano si è ispirato. Anche in tal caso sarà effettuata, *in primis*, una breve indagine storico-normativa e, in secondo luogo, una descrizione dettagliata degli istituti, che vengono applicati in ragione di una gradazione della crisi. Ci si soffermerà, in particolare, sulle diverse *procédures d'alerte*, sul *mandat ad hoc* e sulla *procédure de conciliation*, con dei brevi cenni al *règlement amiable*, ormai abrogato, e alle procedure di gestione dell'insolvenza.

Il quarto capitolo, per concludere, verrà destinato ad un confronto tra la disciplina italiana e quella francese, analizzate nei capitoli precedenti. E saranno compiute, anche, delle brevi riflessioni critiche inerenti alle scelte normative del legislatore.

Si cercherà, così, di valutare la capacità degli istituti codificati di rispondere efficacemente alle esigenze per le quali sono stati introdotti e, infine, l'impatto che essi potrebbero avere sul tessuto imprenditoriale italiano. Ovviamente, tali considerazioni non avranno alcuna pretesa di esaustività, stante la portata innovativa delle misure e la loro recentissima introduzione.

# CAPITOLO I

## LE CRISI D'IMPRESA: PRESUPPOSTI, PROBLEMATICHE E OBIETTIVI DELLE RIFORME IN MATERIA

### *1. L'impresa, il suo valore e la sua crisi*

Nella dottrina economico-aziendalistica è largamente condivisa la cosiddetta *teoria del valore* in virtù della quale ciascuna impresa ha come obiettivo principale la creazione e la massimizzazione del proprio valore. Secondo questa teoria, l'impresa è in grado di esistere finché riesce ad autorigenerarsi nel tempo creando in modo continuativo valore economico<sup>2</sup>.

Il controllo periodico del valore prodotto dall'impresa è uno strumento essenziale per valutarne tempestivamente lo stato di salute, per rilevare eventuali squilibri in atto, per cogliere e, dunque, prevenire le situazioni patologiche che volgono al declino e alla crisi. Ogni impresa necessita di un sistema di controllo completo fondato su un *reporting* mensile che comporta la compilazione della situazione patrimoniale e del conto economico del periodo, la misurazione della quota di mercato, l'analisi del fatturato, l'accertamento della situazione di indebitamento e del livello delle scorte<sup>3</sup>.

Per ragioni di chiarezza è utile evidenziare la nozione di "impresa" data dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, la quale in diverse pronunce ha ribadito che per impresa si intende qualsiasi entità che, indipendentemente dal suo status giuridico e dalla modalità di finanziamento, eserciti un'attività economica – quindi anche priva di uno scopo di lucro – “*consistente nell'offrire beni o servizi in un determinato mercato*”<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Per tutti cfr. BERTOLI G., *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Egea, Milano, 2000, p.14

<sup>3</sup> Cfr. SCIARELLI S., *La crisi d'impresa*, Cedam, Padova, 1995, p.35

<sup>4</sup>CGUE 29.09.2011, C-521/09, Elf Aquitaine; CGUE 29.03.2011, C-201/09, 216/09, ArcelorMittal; CGUE 03.03.2011, C-437/09, Ag2R. Decisioni richiamate anche da Cass. 24.03.2014, n. 6835

Così definita l'impresa, se ne può dedurre che tutte le entità rientranti nella nozione possono essere soggette nel corso della loro vita ad una crisi cosiddetta d'impresa, ossia ad un insuccesso riconducibile all'alea assunta con l'inizio dell'attività stessa.

Generalmente la crisi d'impresa costituisce lo stadio finale “*di un lento deterioramento della strategia e della struttura aziendale*”<sup>5</sup> e può essere reversibile o irreversibile a seconda che possa qualificarsi come declino, crisi in senso stretto, insolvenza o dissesto. Tralasciando momentaneamente lo stato di crisi e l'insolvenza – che saranno oggetto di trattazione approfondita nel prosieguo<sup>6</sup> – possiamo notare che la classificazione è effettuata sulla base di una sorta di gravità crescente. Infatti, se il declino è sempre rimediabile e consiste in una situazione di perdita sistematica di flussi (di reddito o di cassa) risolvibile tramite interventi risanatori o di ristrutturazione, il dissesto è lo stadio più grave di decozione dell'impresa. È una condizione di squilibrio patrimoniale irreversibile, salvo l'assenso dei finanziatori a rinunciare alla restituzione immediata dei capitali loro spettanti<sup>7</sup>.

A tale classificazione – cara alla dottrina maggioritaria – alcuni autori preferiscono la distinzione tra fase preliminare, fase acuta, fase cronica e fase risolutiva; ed altri quella tra incubazione della crisi, preallarme, diffusione delle disfunzioni a diversi livelli aziendali e, infine, crisi acuta. È d'obbligo notare, tuttavia, che tali ripartizioni sono decisamente meno fedeli al lessico usato dal legislatore e la loro rilevanza è più terminologica che essenziale.

Sebbene nella generalità dei casi la crisi costituisca l'evoluzione di un lento e graduale processo di deterioramento, non si può tralasciare che talvolta questa possa verificarsi a causa di eventi traumatici come accade ad esempio in caso di calamità naturali, di guerre, di sentenze di condanna per gravi responsabilità nei confronti di managers ed esponenti aziendali o di shock improvvisi che riguardano i mercati in cui l'impresa opera.

Le cause della crisi – ad onor del vero irrilevanti ai fini dell'accertamento dei requisiti per accedere alle soluzioni negoziali stabilite dal legislatore<sup>8</sup> – possono essere di carattere *strutturale* ovvero *congiunturale*.

---

<sup>5</sup> Cit. DE MATTEIS S., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 30

<sup>6</sup> V. par. 2 relativo allo stato di insolvenza e par. 3 relativo allo stato di crisi

<sup>7</sup> Cfr. DE MATTEIS S., *Op. cit.*, p. 30

<sup>8</sup> Mentre le analisi degli aziendalisti e degli economisti si concentrano su aspetti più sofisticati (come ad es. le cause del dissesto) per capire in che modo quest'ultimo possa essere fronteggiato, ai giuristi e, in

Le prime, solitamente interne all'impresa, sono:

- di tipo finanziario (ad es. l'eccessivo indebitamento),
- di tipo amministrativo e manageriale (ad es. la rigidità della direzione o l'opacità dell'allocazione del potere decisionale),
- di ordine informativo (si pensi all'utilizzazione non sistematica delle informazioni ai fini dell'incentivazione della competitività e della redditività).

Oltre a queste, occorre considerare altre cause come: il livello eccessivo dei costi, la carenza di innovazione, l'inadeguatezza del sistema di controllo o l'assenza di una adeguata strategia di marketing.

Le cause congiunturali, invece, sono prevalentemente di matrice esterna alla struttura imprenditoriale e riguardano le evoluzioni e le turbolenze che caratterizzano lo spazio e il tempo di cui l'impresa è parte. Si pensi, ad esempio, all'eccessiva concorrenza o alle innovazioni tecnologiche a cui l'impresa non riesce ad adeguarsi.

Diversi studi empirici hanno dimostrato che, nella generalità dei casi, la crisi è – in origine – di natura interna, anche se, negli ultimi anni, il susseguirsi di crisi sovranazionali ha determinato un'inversione di tendenza e dunque non sono rare le ipotesi di declini scaturenti da situazioni esterne.

È fondamentale notare che non tutte le crisi d'impresa richiedono l'applicazione delle misure approntate dal legislatore. Infatti, tra i momenti negativi che caratterizzano talvolta un'attività imprenditoriale solo alcuni si susseguono in un *continuum* che impedisce a imprenditori, managers e addetti ai lavori di risollevarne le sorti. In tal caso la crisi viene qualificata come crisi di tipo *strutturale*. Diversamente, accade spesso che le fasi negative che si affacciano nella vita di un'impresa siano periodiche e temporanee e dunque che si possa parlare di crisi *cicliche*, sostanzialmente alternate a fasi positive e non determinanti un declino o una crisi più grave. Queste ultime non richiedono dunque alcun intervento volontario o autoritativo perché destinate a risolversi naturalmente.<sup>9</sup>

Gli aziendalisti distinguono, da un punto di vista qualitativo, tra:

---

particolare, ai giudici interessa solo valutare se vi siano determinati presupposti (ad es. stato di insolvenza o stato di crisi, requisiti dimensionali, *etc.*) per applicare le procedure concorsuali previste dalla legge, a prescindere dalle cause e dai rimedi. Ovviamente questo non sta a significare che il giudice prima di decidere non debba farsi una propria opinione in merito ad aspetti quasi prettamente economici, pur se con il solo scopo di prendere una decisione in merito alla questione posta alla sua attenzione

<sup>9</sup> Cfr. GUATRI L., *Tournaround*, Egea, Milano, 1996

- crisi non patrimoniali, che riguardano l'organizzazione dell'impresa e comprendono anche le cosiddette crisi di legalità<sup>10</sup>;
- crisi patrimoniali, le quali vengono ulteriormente distinte in crisi economiche, crisi finanziarie e crisi patrimoniali in senso stretto.

Le crisi economiche ricorrono quando i ricavi derivanti dall'esercizio dell'attività non riescono a coprire i costi di gestione e dunque l'impresa è condotta in modo palesemente antieconomico, dal momento che la gestione genera delle perdite che mettono a rischio la capacità dell'imprenditore di far fronte alle proprie obbligazioni. Si parla di rischio in quanto l'imprenditore potrebbe comunque essere in grado di onorare gli impegni presi con i terzi grazie a risorse extra aziendali. Tale tipologia di crisi può essere qualificata come declino e non come stato di crisi o stato di insolvenza. Per tale ragione, situazioni di questo tipo non giustificano l'accesso agli strumenti alternativi al fallimento, i quali richiedono perlomeno uno "stato di crisi". Tale squilibrio, infine, è rilevabile dal conto economico e può essere agevolmente superato con una riorganizzazione dell'attività imprenditoriale.

Con l'espressione crisi finanziarie, invece, si fa riferimento a quelle situazioni in cui le attività finanziarie a breve esistenti (liquidità e crediti) non sono sufficienti a coprire i debiti a breve scadenza ed è questo il motivo per cui tali crisi possono anche essere qualificate come "monetarie". In questa ipotesi, lo squilibrio emerge dal cosiddetto rendiconto finanziario<sup>11</sup> e non rappresenta sempre una situazione allarmante. Infatti, se l'azienda produce redditività, la difficoltà finanziaria ha quasi sempre carattere transitorio ed è destinata a rientrare. Viceversa, se l'aspetto finanziario è in equilibrio ma è accompagnato da uno squilibrio sul piano del conto economico, l'equilibrio non è destinato a resistere per lungo tempo.

Lo squilibrio finanziario è fondamentale perché può essere considerato un indice dello stato di crisi o dell'insolvenza.

---

<sup>10</sup> Sono quelle crisi che nascono da condotte illegali, dalla sistematica violazione di norme di legge o di regolamenti e spesso si ripercuotono sulla redditività e di conseguenza sulla solvibilità

<sup>11</sup> Con il d. lgs. n. 139/2015, il rendiconto finanziario è stato inserito nei documenti in cui si articola il bilancio d'esercizio, aggiungendosi al conto economico, allo stato patrimoniale e alla nota integrativa. In passato era semplicemente raccomandato dai principi contabili internazionali ed obbligatorio soltanto per le società emittenti titoli quotati sui mercati regolamentati europei. È uno strumento molto utile a fini informativi dal momento che espone l'ammontare e la composizione delle risorse liquide dell'impresa (all'inizio e alla fine dell'esercizio), nonché le entrate e i pagamenti che ne hanno determinato la variazione

Infine, le crisi patrimoniali insorgono quando l'attivo, nel suo complesso, è inferiore al passivo. Possono originare da una scarsa redditività (e quindi da uno squilibrio economico) e, talvolta, determinano uno squilibrio finanziario in quanto la carenza di attività può impedire di soddisfare in modo regolare le obbligazioni assunte con i terzi qualora lo squilibrio patrimoniale non venga arginato tramite la ricapitalizzazione o con finanziamenti sostitutivi di apporti di capitale.

Tale squilibrio è in alcuni ordinamenti considerato un presupposto oggettivo per la dichiarazione di fallimento. In altri, invece, può ben essere ritenuto un affidabile sintomo del prossimo verificarsi dell'insolvenza.

## **2. Lo “stato di insolvenza”: origine, nozione, esegesi**

Lo “stato di insolvenza” è un concetto fondamentale in materia di crisi d'impresa in quanto rappresenta non solo il cosiddetto presupposto oggettivo della liquidazione giudiziale<sup>12</sup>, ma è anche la chiave di volta per definire lo “stato di crisi” il quale è indicato dal legislatore come “*probabilità di futura insolvenza*”.

Quest'ultimo è un concetto contemplato, in diverse norme della legge fallimentare<sup>13</sup> e va tenuto distinto dallo stato di insolvenza dal momento che la sua nozione è decisamente più ampia in quanto comprensiva – come si vedrà meglio nel prosieguo – della fattispecie di cui si discorre.

Prima delle riforme del diritto fallimentare intervenute tra il 2005 e il 2006<sup>14</sup>, secondo un orientamento consolidato in dottrina e in giurisprudenza, lo stato di insolvenza rappresentava il presupposto oggettivo di tutte le procedure concorsuali – compresa

---

<sup>12</sup>L'espressione sostituisce, ai sensi dell'art. 2, l. 19.10.2017, n.155, il termine “fallimento”

<sup>13</sup>Regio decreto 16.03.1942, n.267. In seguito indicata come “legge fallimentare” o anche, semplicemente, “l. fall.”

<sup>14</sup> Si fa qui riferimento a due diversi interventi di riforma. Come meglio si vedrà nei paragrafi a seguire, il primo ha comportato – tra le altre novità – una modifica dell'art. 160, l. fall. relativo al concordato preventivo. Tale rimaneggiamento è avvenuto tramite due diversi provvedimenti:

- il d.l. 14.03.2005, n. 35, (c.d. decreto sulla competitività) convertito in legge con modificazioni dalla l. 14.05.2005, n. 80;
- l'art. 36 del d. l. 30.12.2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla l. 23.02.2006, n. 51.

Il secondo (D. lgs. 09.01.2006, n. 5) ha determinato l'abrogazione dell'intero titolo quarto relativo all'amministrazione controllata, procedura concorsuale minore a cui si ricorreva in caso di “*temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*” (art.187, l. fall. - ora abrogato con effetto dal 16.07.2006)

l'amministrazione controllata – sebbene il legislatore avesse indicato come presupposto di quest'ultima una situazione di “*temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*”.

Infatti, mentre in origine sia la dottrina che la giurisprudenza erano fortemente convinte che il significato di “temporanea difficoltà” fosse nettamente distinto da quello di “stato d'insolvenza”<sup>15</sup>, col tempo, a seguito di un'intensa elaborazione dottrina, si era pervenuti alla soluzione opposta, in virtù della quale la temporanea difficoltà era considerata come uno stadio reversibile dello stato di insolvenza. Una conferma di tale orientamento si può ritrovare in diverse pronunce della Suprema Corte, la quale ha statuito – solo per citarne una tra tutte – che “*La situazione di temporanea difficoltà, denunciata dall'imprenditore che chiede il beneficio dell'amministrazione controllata, equivale infatti ontologicamente allo stato d'insolvenza. (...) In altri termini, il principio è fondato sulla considerazione che il concetto di "temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni" (l. fall., art. 187) non diverge dallo stato d'insolvenza (l. fall., art. 5), salva la possibilità, nel primo caso, di formulare una prognosi di reversibilità della crisi. L'elemento di differenziazione dei due fenomeni è appunto soltanto detta prognosi*”<sup>16</sup>.

Concentrandoci sull'oggetto della nostra analisi, la nozione di “stato di insolvenza” ci è data dall'art. 5 della legge fallimentare, il quale è appunto rubricato “stato d'insolvenza” e stabilisce che “*L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito. Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”.

L'insolvenza consiste dunque in un'interruzione *attuale e non momentanea* del flusso dei pagamenti, determinata da una carenza di liquidità e da una impossibilità di accedere al credito “*in condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio*”<sup>17</sup>. E corrisponde, quindi, secondo la dottrina maggioritaria, a quella che gli

---

<sup>15</sup>Cfr. CARDINALI S., *La crisi e lo stato di insolvenza*, capitolo di monografia, in GHIA L., SEVERINI F., PICCININNI C., *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Utet giuridica, Milano, 2010, pp. 407 ss.

<sup>16</sup> Cass. 28.11.2008, n. 28445

<sup>17</sup> Cass. 27.03.2014, n. 7252

aziendalisti chiamano crisi finanziaria o monetaria sebbene sia cagionata, nella maggior parte dei casi, da una pregressa crisi di natura economico-patrimoniale<sup>18</sup>.

Vi è anche, tuttavia, chi non la considera come una crisi del rapporto di credito e la inquadra come crisi di produttività dell'impresa<sup>19</sup>.

La giurisprudenza, nel definire lo stato di insolvenza, osserva un orientamento dominante. Le massime ribadiscono in modo ricorrente<sup>20</sup> che lo stato di insolvenza si realizza in presenza di una situazione di impotenza strutturale – e non soltanto transitoria – dell'imprenditore commerciale a soddisfare le proprie obbligazioni alle scadenze e con mezzi normali, a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie alla relativa attività e a prescindere dalle cause che l'hanno determinata<sup>21</sup>.

Le cause dello stato di insolvenza, dunque, sono assolutamente irrilevanti ai fini del suo accertamento<sup>22</sup>, così come è irrilevante la loro imputabilità all'imprenditore.

Si evince chiaramente che il concetto deve essere riferito *soggettivamente* all'imprenditore commerciale sebbene sia *oggettivamente* fondato sull'impresa e, in particolare, sull'organizzazione del suo finanziamento e dei rapporti con i creditori.

Nell'esegesi della norma, va posto l'accento sull'avverbio "*regolarmente*", che deve senza dubbio essere interpretato in due diverse accezioni. *In primis*, va legato ai mezzi provenienti dal "normale esercizio dell'impresa". E, in secondo luogo, deve essere letto nel significato di "programmaticamente", ossia nel rispetto della programmazione imprenditoriale, la quale tiene ovviamente conto dei tempi ordinari di adempimento

---

<sup>18</sup>Cfr. RIPA G. & Felicioni A., *Previsione della crisi d'impresa nell'ottica della riforma del diritto fallimentare*, in *Fallimento & crisi d'impresa*, Celt, Piacenza, 2008

<sup>19</sup> Cfr. PACILEO F., *Ancora sullo "stato di insolvenza". Appunti sull'art. 5 legge fallimentare e spunti sulla nozione di "sovraindebitamento" di cui alla l. n. 2/2012* in *Dir. Fall.*, II, Cedam, Padova, 2013, pp. 48 ss.

<sup>20</sup> Per tutte v. Cass. Civ. VI Sez. 17.02.2012, n. 2351; Cass. 28.02.2007, n. 4766; Cass. SS. UU. 13.03.2001, n. 115; Cass. 9.05.1992, n. 5525

<sup>21</sup> Ad es. citando testualmente Cass. 06.02.2018, n. 2810, "[lo stato di insolvenza] si identifica con uno stato di impotenza funzionale non transitoria a soddisfare le obbligazioni inerenti all'impresa e si esprime, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, nell'incapacità di produrre beni con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze di impresa (prima fra tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose decurtazioni del patrimonio"

<sup>22</sup> Ad es. Cass. 07.06.2012, n. 9253 "*Questa S.C. ha invero ed inoltre statuito, con proposizioni cui intende dare continuità, che "Ai fini della dichiarazione di fallimento, lo stato di insolvenza deve essere valutato secondo dati oggettivi, prescindendo da qualsiasi indagine in ordine alle relative cause"*

delle obbligazioni ed è una programmazione che tocca sia l'aspetto finanziario ma anche quello economico-strategico<sup>23</sup>.

Il riferimento agli “*inadempimenti od altri fatti esteriori*” ha generato non pochi problemi interpretativi. Infatti secondo parte, seppur minoritaria della dottrina, gli inadempimenti o gli altri indici devono essere reiterati e riferiti a molteplici obbligazioni; e un singolo inadempimento non sarebbe significativo, perché potrebbe avere una matrice diversa dall'insolvenza. Orientamento quest'ultimo che si fonda sull'elemento letterale e in particolare sull'uso del plurale da parte del legislatore.

Secondo altra parte della dottrina, invece, un singolo inadempimento sarebbe sufficiente ma non necessario. Ossia la scelta della disgiunzione “*od*” da parte del legislatore non è considerata casuale: in tal modo il legislatore vorrebbe sottolineare che lo stato di insolvenza che giustifica la dichiarazione di fallimento sussiste sì in ipotesi di cessazione dei pagamenti ma anche qualora vi fossero solo dei meri “*fatti esteriori*”<sup>24</sup> diversi dall'inadempimento. Oltre che al dato letterale (scelta della disgiunzione “*od*”), questa teoria è ancorata ad una considerazione di tipo pratico. Se non fossero sufficienti dei fatti esteriori, non sarebbe possibile dichiarare il fallimento di quelle imprese di grandi dimensioni (ad es. banche o società pubbliche) che navigano in cattive acque e rappresentano, dunque, un serio rischio per l'equilibrio sistemico (ad es. l'impresa ha subito perdite patrimoniali gravissime e l'azionista di riferimento non può o non intende ripianarle) ma sono ancora in grado, per un certo periodo, di mantenere dei rapporti regolari con i propri creditori poiché munite di ampia liquidità.

La giurisprudenza sembra accogliere questa seconda teoria ed è infatti orientamento consolidato della Suprema Corte, la convinzione che anche *un* singolo episodio potrebbe rivelare lo stato di dissesto del patrimonio dell'imprenditore e addirittura che

---

<sup>23</sup> Cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017 e inoltre, *Ancora sullo “stato di insolvenza”. Appunti sull'art. 5 legge fallimentare e spunti sulla nozione di “sovraindebitamento” di cui alla l. n. 2/2012* in *Dir. Fall.*, II, Cedam, Padova, 2013

Da quest'ultima fonte emerge anche la seguente considerazione provocatoria. “[Attribuendo all'avverbio “regolarmente” in significato appena dato] allora, persino l'adempimento delle obbligazioni tramite la liquidità derivante da una dismissione in blocco del complesso aziendale, ovvero di un suo ramo strategico (comunemente intesa dalla giurisprudenza come uno dei tipici «fatti esteriori» rivelatori dell'insolvenza), può essere «regolare», se debitamente programmato”. Il che dimostra come sia molto arduo stabilire con esattezza l'interpretazione e il contenuto da dare alla norma in esame, la quale, come spiegato meglio nel prosieguo, è una norma aperta

<sup>24</sup> Cfr. TERRANOVA G., *Op. cit.* p. 60

*“lo stato di insolvenza (...) non è escluso dalla circostanza (...) che non esistano conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili”*<sup>25</sup>.

Parimenti è orientamento consolidato quello secondo cui l'eccesso del passivo rispetto all'attivo non è indizio sufficiente per dichiarare la sussistenza dello stato di insolvenza<sup>26</sup>. Infatti, uno sbilanciamento patrimoniale non fornisce da solo la prova dell'insolvenza, in quanto può essere superato da ricapitalizzazioni dell'impresa o da un miglioramento della gestione e degli affari. D'altronde non potrebbe essere diversamente dal momento che l'insolvenza è un concetto dinamico che riguarda una realtà altrettanto dinamica qual è l'impresa, e non potrebbe fondarsi, per non incorrere in un contrasto logico, su un concetto statico qual è quello di patrimonio.

Ovviamente bisogna giungere ad una conclusione differente, e dunque ritenere che l'eccesso del passivo rispetto all'attivo sia un indice dello stato di insolvenza, qualora tale sbilanciamento patrimoniale sia accompagnato dall'assenza di prospettive di continuità aziendale<sup>27</sup>.

Tornando agli inadempimenti e agli altri fatti esteriori di cui all'art. 5, c.2 della l. fall., la corte di cassazione ha ribadito che *“lo stato d'insolvenza non suppone necessariamente degli inadempimenti e non è da essi direttamente deducibile. (...) Gli inadempimenti, laddove sussistano, sono equiparabili ad altri fatti esteriori e hanno valore meramente indiziario, da esaminare caso per caso”*<sup>28</sup>.

Va notato che il riferimento ai fatti esteriori, di cui all'art. 5, c. 2 l. fall., ha dato vita ad un ampio dibattito tra chi vede in quei fatti un elemento necessario perché possa dirsi integrato il presupposto oggettivo del fallimento ossia tra chi ritiene che debbano essere dei *fatti costitutivi*, in grado di dare la prova diretta dell'insolvenza; e chi, diversamente, ritiene che siano sufficienti dei *fatti indiziari* tali da inferirne soltanto la prova in termini presuntivi.

Irrilevante è la natura dell'obbligazione oggetto di inadempimento. Lo stato di insolvenza, infatti, può essere dichiarato anche in caso di inadempimento di obbligazioni estranee all'attività commerciale e addirittura nell'ipotesi in cui l'obbligazione sia di carattere non pecuniario (si pensi, ad esempio, all'inadempimento

---

<sup>25</sup> Cass. 06.02.2018, n. 2810; in passato, tra le altre, Cass. 27.03.2014, n. 7252

<sup>26</sup> Cass. 06.02.2018, n. 2810; in passato, tra le altre, Cass. 17.02.2012, n. 2351

<sup>27</sup> Per approfondire la questione, cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 256 ss.

<sup>28</sup> Cass. 08.08.2013, n. 19027, riferimento ripreso anche in Cass. 15.12.2017, n. 30209

dell'appaltatore che non da esecuzione all'opera appaltata in quanto non è in grado di procurarsi i mezzi per procedere).

È altresì irrilevante l'entità dell'inadempimento: talvolta anche l'inadempimento di obbligazioni di modestissima entità è considerata indizio di insolvenza dell'imprenditore in quanto idonea a dimostrare che egli è sprovvisto anche di quella limitata liquidità che gli permetterebbe di adempiere.

Volendo esemplificare, invece, i sintomi dell'insolvenza – senza alcuna pretesa di completezza<sup>29</sup> – la dottrina aziendalistica più ricorrente tende ad individuarli nelle seguenti avvisaglie: a) minore disponibilità di liquidità; b) aumento delle scorte; c) maggiore immobilizzazione tecnica e finanziaria; d) aumento dell'indebitamento verso le banche; e) eccessivo indebitamento verso i fornitori; f) minore patrimonio netto, a parità di dimensioni aziendali<sup>30</sup>. Tali indici sintomatici non sono sufficienti, tuttavia, per valutare se la situazione di illiquidità abbia natura transitoria o duratura. Occorre, infatti, considerare oltre agli indicatori di liquidità, anche quelli di redditività, solidità e sviluppo aziendale.

D'altro canto, i giuristi tendono a ravvisare i segnali dell'insolvenza ad esempio nel mancato pagamento di imposte scadute e iscritte a ruolo oppure di contributi previdenziali; o ancora in situazioni eclatanti come la fuga, l'irreperibilità o la latitanza dell'imprenditore; nella chiusura dei locali in cui era esercitata l'attività; nel trafugamento, nella sostituzione o nella diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; nel compimento di atti non coerenti con l'ordinaria attività d'impresa, *etc.*.

Talvolta sono sintomatici di uno stato di insolvenza anche dei comportamenti di terzi, emblematica è la revoca del credito bancario da parte di un istituto, indiziaria del venir meno del merito creditizio dell'imprenditore.

A tal proposito, la Commissione Europea, elaborando gli *Orientamenti comunitari sugli aiuti di Stato per il salvataggio e la ristrutturazione di imprese in difficoltà* (Comunicazione 2004/C), ha stabilito che i sintomi tipici di un'impresa in difficoltà sono i seguenti: “*il livello crescente delle perdite, la diminuzione del fatturato,*

---

<sup>29</sup> La dottrina dominante è concorde nel ritenere che l'espressione “altri fatti esteriori” non faccia riferimento a fattispecie tipizzate tassativamente dal legislatore bensì ad ipotesi indeterminate. Per tutti cfr. TERRANOVA G., *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento* in Giur. comm., I, Giuffrè, Milano, 1996

<sup>30</sup> Cfr. ALBERICI A., *Analisi dei bilanci e previsione delle insolvenze*, Isedi, Milano, 1975, pp. 99 ss.

*l'aumento delle scorte, la sovraccapacità, la diminuzione del flusso di cassa, l'aumento dell'indebitamento e degli oneri per interessi, nonché la riduzione o l'azzeramento del valore netto delle attività”.*

La nozione contenuta nell'art. 5 della legge fallimentare è di elaborazione remota e non ha subito alcuna modifica sebbene a seguito della sua entrata in vigore sia stata copiosa la letteratura sul punto e siano state numerose le riforme in materia.

È d'obbligo notare, d'altronde, che il legislatore nella *Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza* (l. 19.10.2017, n. 155)<sup>31</sup> ha tenuto a precisare<sup>32</sup> che nell'introdurre la definizione dello stato di crisi – tutt'ora mancante nell'ordinamento – si dovrà mantenere l'attuale nozione di insolvenza di cui all'art. 5 della legge fallimentare.

Questo è, senza dubbio, sintomo della “*perdurante vitalità di un concetto che è stato elaborato dal Bonelli*<sup>33</sup> *sulla scia dell'esperienza tedesca*”<sup>34</sup> agli albori del 1900 ed è stato, poi, tradotto in norma nell'art. 1 del Suo progetto risalente al 1921<sup>35</sup>. È,

---

<sup>31</sup> La legge 19.10.2017, n. 155 reca la “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*”. Il d.d.l. è stato elaborato sulla base di uno schema licenziato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con decreto del 28.01.2015, c.d. Commissione Rordorf, di cui si parlerà più approfonditamente in seguito.

La legge è entrata in vigore il 14.11.2017 e il Parlamento ha fissato il termine di dodici mesi da tale data per l'adozione dei decreti legislativi da parte del Governo. Alla data in cui si scrive il presente capitolo (agosto 2018), l'esame delle bozze dei decreti attuativi elaborati dal Governo Gentiloni sembra aver ripreso il suo corso dopo la battuta d'arresto subita a causa delle elezioni per il rinnovo di Camera e Senato e del successivo insediamento del nuovo Governo. “*Nell'agenda del premier Giuseppe Conte e del Ministro Alfonso Bonafede sono già fissate le riunioni per la discussione dei lavori propedeutici alla predisposizione dei nuovi decreti attuativi che comunque è intenzione del Governo di emanare entro il termine della delega, la quale permette un'eventuale proroga di due mesi per l'approvazione da parte del Governo, purché siano consegnati i testi definitivi, entro il 14 novembre prossimo, alle commissioni referenti per il parere vincolante.*” (Fonte: ITALIAOGGI, n. 158 del 06.07.2018 – [www.italiaoggi.it/news/riforma-del-fallimento-il-governo-lega-cinquestelle-va-avanti-2282434](http://www.italiaoggi.it/news/riforma-del-fallimento-il-governo-lega-cinquestelle-va-avanti-2282434)).

Si noti che nel prosieguo la legge 19.10.2017, n. 155 sarà indicata semplicemente come “legge delega”  
APPENDICE: il decreto attuativo della legge delega è il d. lgs. 12.01.2019, n. 14 – recante il c.d. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – di cui si parlerà diffusamente nel cap. successivo

<sup>32</sup> Art. 2, c. 1, lett. c) legge delega

<sup>33</sup> Il riferimento è a Gustavo Bonelli, illustre giureconsulto nato a Perugia il 4 settembre 1853 e morto a Roma il 9 aprile 1926. Nominato sottocapo e poi capo del contenzioso della Banca d'Italia, si dedicò quasi esclusivamente agli studi di diritto privato e in particolare a quelli di diritto commerciale. In questo campo, con una copiosa e originale letteratura scientifica, contribuì fortemente al progresso della giurisprudenza italiana con interventi ancora oggi decisamente attuali. La prima formulazione delle sue tesi sul concetto di insolvenza risale al 1898. (Fonte: [www.treccani.it/enciclopedia](http://www.treccani.it/enciclopedia), lemma Gustavo Bonelli, 07.08.2018)

<sup>34</sup> Cit. TERRANOVA G., *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 1

<sup>35</sup> Il progetto può leggersi integralmente in *Riv. dir. comm.*, 1921, I, p. 522; la Relazione, a cura dell'Autore, nella stessa Rivista, 1922, I, p. 190. Sui lavori preparatori del codice, con specifico riferimento alla parte fallimentaristica v. PELLEGRINO, *Lo stato d'insolvenza*, Padova, 1980, pp. 163 ss.

quest'ultima, una formalizzazione che è giunta fino a noi considerato che, salvo qualche ritocco, la tesi fu recepita dall'art. 5 della legge fallimentare ad oggi ancora vigente.

Tale impostazione ha sostituito il presupposto oggettivo del fallimento precedentemente sancito dal legislatore. Il riferimento è qui all'art. 683 del *Codice di commercio* del 1882, il quale stabiliva che “[I]l commerciante che cessa di fare i suoi pagamenti per obbligazioni commerciali è in stato di fallimento”, riconducendo così il fallimento al mero *inadempimento*, secondo un'impostazione mutuata dal Codice Napoleonico del 1807. Tale norma era completata dall'art. 705 dello stesso codice, ai sensi del quale anche i pagamenti effettuati con “*mezzi rovinosi o fraudolenti*” sarebbero rientrati tra i presupposti del fallimento come cessazione “virtuale” dei pagamenti<sup>36</sup>.

Il “mutamento di paradigma” è evidente: mentre sotto la vigenza del *Codice di commercio* del 1882, presupposto oggettivo del fallimento è l'inadempimento, ossia un *fatto* che ci porta all'attenzione il singolo rapporto obbligatorio di tipo personale, dal momento che è costituito da un unico episodio che può dipendere dalla volontà dell'obbligato; con la legge fallimentare attualmente in vigore, presupposto oggettivo del fallimento è lo stato di insolvenza, cioè una *situazione* patrimoniale che riguarda necessariamente i molteplici rapporti economici dell'obbligato, ha un forte impatto sociale e richiede l'attivazione di una tutela particolareggiata a difesa dell'ordinato svolgimento della vita economica.

E ancora, il primo è certamente un fatto puntuale che si verifica, dunque, in un momento ben determinato; l'insolvenza, invece, è uno stato che ricopre un arco di tempo più o meno lungo. Viene da chiedersi, di conseguenza, quale sia l'orizzonte temporale che il giudice deve prendere in considerazione ai fini dell'accertamento dello stato in questione. Indubbiamente a tale quesito la dottrina non riesce a dare una risposta univoca dal momento che il legislatore non detta alcun criterio direttivo. Opinione condivisa è che l'accertamento dello stato di insolvenza non si debba basare solo sulla situazione finanziaria e sulla constatazione di uno stato di illiquidità, ma presupponga anche un *giudizio prognostico*. Ossia il giudice deve domandarsi se sussista una probabilità, sulla base degli elementi di prova acquisiti e sulla base della regola dell'*id quod plerumque accidit*, che la programmazione imprenditoriale non sia

---

<sup>36</sup> Cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 166, il quale si ispira a BONELLI G., *Del fallimento in Commentario del Codice del commercio*, VIII, 3<sup>a</sup> ed., D.F. Vallardi, Milano, 1938

adeguata a consentire l'adempimento delle obbligazioni in tempi brevi e prevedibili. In sostanza, l'insolvenza da accertare è sia quella *attuale* che quella *prospettica*<sup>37</sup>. A tal fine può essere utile l'impiego di tecniche di matrice aziendalistica come i *solvency tests*<sup>38</sup>.

Tornando al concetto bonelliano di stato di insolvenza, che relega la cessazione dei pagamenti “*al rango di semplice fatto sintomatico non esclusivo*”<sup>39</sup>, è essenziale sottolineare come la sua fortuna sia legata forse più all'inerzia del legislatore che al supporto della dottrina. Infatti, non sussiste unanimità di vedute in merito all'interpretazione della norma e la ragione risiede nel fatto che siamo al cospetto di una tipica clausola generale<sup>40</sup>, di un concetto elastico che evoca questioni lasciate volutamente in sospeso in sede legislativa e rimesse alla determinazione dell'interprete e in particolare del giudice<sup>41</sup>.

Bisogna notare, di conseguenza, che da più parti<sup>42</sup> non mancano gli *input* a correggere<sup>43</sup>, modificare e, per certi versi, modernizzare la nozione e, in linea generale, questi sono volti ad ampliarne la portata in modo da anticipare il trattamento della crisi.

---

<sup>37</sup> Cfr. STANGHELLINI L., *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007

<sup>38</sup> I *solvency tests* sono degli strumenti contemplati in diversi ordinamenti giuridici. Sono molto utili, tra le altre funzioni, ad accertare se sussistono i presupposti per l'apertura delle procedure concorsuali. Non esiste una definizione ufficialmente riconosciuta di *solvency tests* e in genere con tale terminologia ci si riferisce a diversi tests. La dottrina aziendalistica prevalente vi include:

- il *cash flow test* (anche detto *liquidity t.*, *ability-to-pay t.*, *equity t.*) volto ad accertare se la società ha dei flussi di cassa sufficienti per adempiere le proprie obbligazioni alla scadenza.

- il *balance sheet test* (anche detto *bankruptcy t.*) utile a valutare la differenza tra l'attivo e il passivo patrimoniale, anche se è fondamentale notare che il parametro di tale test non è univocamente definito, dal momento che questo si fonda sulle risultanze del bilancio, il quale, a sua volta è elaborato sulla base di principi contabili discrezionalmente individuati dagli amministratori.

- il *capital adequacy test* con il quale si va ad accertare se l'impresa, pur essendo patrimonialmente solida in quanto sono positivi i risultati nei tests di cui ai punti precedenti, potrebbe essere prossima all'insolvenza se si presentasse una difficoltà inaspettata anche di rilievo limitato. L'esito positivo di tale test consente di affermare che l'impresa è solida dal punto di vista patrimoniale e finanziario e quindi stabile nel lungo periodo.

Va notato che l'esito positivo di ciascuno dei tre tests, considerato singolarmente, è insufficiente ad escludere la crisi se non confrontato con gli esiti degli altri. Di conseguenza, per evitare risultati fallaci è fondamentale effettuare tutti i *solvency tests* e confrontarne i risultati.

<sup>39</sup> Cit. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 86

<sup>40</sup> Cfr. FERRO M., *Ddl crisi d'impresa: la nozione di crisi nel testo approvato dalla Camera*, in [www.studiolegale.leggiditalia.it](http://www.studiolegale.leggiditalia.it)

<sup>41</sup> Si noti che tale tendenza è molto diffusa nelle scelte legislative e la Suprema Corte ha connotato l'attività del giudice come “normativa” anche se, naturalmente, con effetti circoscritti al caso concreto. Cfr. Cass. 11.05.2009, n. 10741 che fa riferimento al concetto di “giurisprudenza normativa”

<sup>42</sup> Per tutti cfr. JORIO A., *Introduzione*, in *Il fallimento*, a cura di Ambrosini, Cavalli e Jorio, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Cottino, vol. XI, 2, Padova, 2009, p. 15; NIGRO A. & VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2009, pp. 65 ss.; CAVALLI G., *Il presupposto oggettivo*, in *Il fallimento*, a cura di Ambrosini, Cavalli e Jorio, pp. 123 ss.

Inutile dire, tuttavia, che tali stimoli non sono stati colti dal legislatore delle riforme (il riferimento è principalmente ai d. lgs. n. 5/2006 e n. 169/2007), il quale non è intervenuto per chiarire le questioni sorte o per modificare la nozione di stato di insolvenza.

Ciò nondimeno è innegabile che la portata precettiva della norma sia stata modificata dalle riforme concernenti altri aspetti delle procedure concorsuali. Si pensi, ad esempio, all'introduzione del limite di fallibilità – con finalità deflattive del contenzioso – di cui all'art. 15, c. 9 1. fall.<sup>44</sup> (“*Non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare è complessivamente inferiore a euro trentamila*”).

Originariamente tale novità ha creato non poche discussioni in dottrina. Taluni sostenevano che fosse stata data nuovamente importanza agli inadempimenti come fatti costitutivi dello stato di insolvenza e non come meri elementi probatori. Altri autori ritenevano, al contrario, che il nuovo presupposto avrebbe avuto rilevanza solo qualora i sintomi dello stato di insolvenza fossero stati gli “*inadempimenti*” e non gli “*altri fatti esteriori*” di cui all'art.5, c. 2, 1. fall..

Di fatto, la dottrina è giunta quasi unanimemente alla conclusione che la soglia prevista dall'ultimo comma dell'art. 15 non incida sul concetto di insolvenza pur se ne condiziona comunque l'accertamento, dal momento che la domanda di fallimento è improcedibile se nel corso dell'istruttoria prefallimentare non si abbia la prova del requisito in esame.

Si è detto che è stato ed è, a dire il vero, ancora ampio il dibattito in sede interpretativa dell'art. 5 della legge fallimentare e sono due gli orientamenti che riassumono le vedute sul punto. Entrambi si fondano su una minuziosa esegesi del testo normativo. Da una parte vi è chi sostiene la *teoria patrimonialistica*<sup>45</sup> la quale collega l'incapacità di soddisfare regolarmente le obbligazioni al patrimonio del debitore, cosicché il non

---

<sup>43</sup> Ad esempio NIGRO A. in *I problemi fondamentali del diritto concorsuale nelle prospettive di riforma dell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, p. 1335 ha suggerito di chiarire “*se c'è o meno distinzione tra stato di insolvenza e manifestazione di tale stato, se possa costituire (sempre o in certi casi) stato di insolvenza il semplice sbilancio tra attivo e passivo, etc.*”

<sup>44</sup> L'art. 15 è stato sostituito dall'art. 13, c. 1 d.lgs. 9.01.2006, n. 5, a decorrere dal 16.07. 2006. Successivamente, è stato nuovamente sostituito dall'art. 2, c. 4, d.lgs. 12.09.2007, n. 169, a decorrere dal 1° gennaio 2008

<sup>45</sup> Tale teoria fa capo a BONELLI G., *Del fallimento in Commentario del Codice del commercio*, I, D.F. Vallardi, Milano, 1923. Oggi sostenuta da diversi autori. Per tutti cfr. DE FERRA G., *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 36 ss.

essere in grado di far fronte agli impegni presi dipende da un'impotenza patrimoniale e non da una cattiva condotta.

Tale tesi è ancorata alla contrapposizione tra i due periodi del 2° comma dell'art. 5, l. fall.: il primo (*“lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori”*) dà indicazione degli indici che manifestano lo stato di insolvenza; il secondo (*“i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*) indica in cosa consiste l'insolvenza e pone l'accento sull'incapacità dell'imprenditore, incapacità che ha un'accezione patrimoniale.

Sul fronte opposto vi è chi sostiene, invece, la cosiddetta *teoria personalistica*<sup>46</sup> in virtù della quale l'insolvenza non consiste in una mera situazione patrimoniale ma nella *“inidoneità del debitore a tenere una certa condotta (soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni)” prolungata nel tempo ovvero in una condizione personale del debitore riferita ad un congruo arco temporale anziché alle sue concrete ed episodiche manifestazioni esterne*<sup>47</sup>. Tenendo ferma tale impostazione, lo stato d'insolvenza può dirsi sussistente non in ragione di singoli fatti (*“inadempimenti od altri fatti esteriori”*) ma considerando globalmente la condotta dell'obbligato<sup>48</sup>. Tale teoria – a dire il vero piuttosto risalente – attribuisce rilevanza alla persona del debitore anziché al suo patrimonio.

È utile notare che non sono mancate le critiche alle due teorie<sup>49</sup>, così come i tentativi – decisamente più recenti – di ricondurle ad unità elaborando una terza interpretazione<sup>50</sup> del concetto di stato di insolvenza.

La tesi cosiddetta *unitaria* osserva che pure nella teoria patrimonialistica si dà in qualche modo rilievo alla condotta del debitore. Infatti, se è vero che l'impossibilità di ottemperare agli obblighi assunti dipende da un'incapacità di tipo patrimoniale, è anche vero che il debitore avrebbe avuto i mezzi per adempiere se con la sua condotta avesse mantenuto la fiducia che aveva sul mercato o se avesse gestito l'attività d'impresa in modo proficuo.

---

<sup>46</sup> Per tutti cfr. PROVINCIALI R., *Trattato di diritto fallimentare*, I, Giuffrè, Milano, 1974

<sup>47</sup> Cit. DE MATTEIS S., *Op. cit.*, p. 90

<sup>48</sup> Per un confronto puntuale sulle due teorie v. DE SENSI V., *Il concetto di insolvenza in Dir. Fall.*, II, Cedam, Padova, 2001, pp. 1456-1467

<sup>49</sup> Una critica puntuale si può trovare in TERRANOVA G., *Op. cit.*, pp. 50 ss.

<sup>50</sup> Cfr. TERRANOVA G., *Lo stato di insolvenza*, Giappichelli, Torino, 1998

Il pregio di questa terza tesi è quello di cogliere che lo stato di insolvenza non può riferirsi soltanto al patrimonio dell'imprenditore ma anche all'attività di pianificazione e gestione dell'impresa<sup>51</sup>.

La tesi unitaria e le altre rivisitazioni delle due teorie elaborate dalla dottrina possono essere considerate minoritarie e le due tesi, quella patrimonialistica e quella personalistica, seppur da diverse parti ritenute ormai superate, sono ancora oggetto di attenzione in quanto definire la reale portata del concetto di stato di insolvenza è strategicamente decisivo al fine di stabilire l'*an* e il *quando* si possa fare ricorso alle procedure concorsuali. Questa è, sostanzialmente, una di quelle classiche ipotesi di interpretazione orientata alle conseguenze<sup>52</sup>.

Per concludere questi brevi cenni sullo stato di insolvenza, va fatto riferimento al concetto di insolvenza valido in ambito civilistico e contenuto nell'art. 1186 c.c., il quale prevede che *“Quantunque il termine sia stabilito a favore del debitore, il creditore può esigere immediatamente la prestazione se il debitore è divenuto insolvente o ha diminuito, per fatto proprio, le garanzie che aveva date o non ha dato le garanzie che aveva promesse”*.

Secondo la dottrina, la nozione di insolvenza a cui si fa riferimento nella norma in oggetto è senza dubbio diversa da quella di cui all'art. 5, 1. fall. perché la prima è basata su un valore statico qual è appunto la cosiddetta garanzia patrimoniale generica (necessaria in funzione del soddisfacimento coattivo dei creditori) e al contrario la seconda è, come si è detto, un concetto dinamico che tiene conto anche di fattori di natura appunto dinamica come la capacità produttività dell'impresa e il merito di credito di cui gode l'obbligato.

In secondo luogo le due norme non vanno confuse perché quella civilistica ha una dimensione individualistica, quella di cui alla legge fallimentare, invece, ha l'obiettivo di tutelare l'intera massa dei creditori<sup>53</sup>.

---

<sup>51</sup> Cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 178 e ss.

<sup>52</sup> Cfr. MENGONI L., *Interpretazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Giuffrè, Milano, 1994, pp. 1 ss.

<sup>53</sup> Per approfondimento cfr. TERRANOVA G., *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013, pp. 98 ss.

### ***3. Lo “stato di crisi”: origine, definizione, applicazione concreta***

Nel nostro ordinamento giuridico non esiste al momento alcuna definizione normativa di “stato di crisi”, sebbene questo sia previsto dal legislatore come *presupposto oggettivo* per

- l’accesso al concordato preventivo (art. 160, c. 1 l. fall.),
- l’omologazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis, c. 1 l. fall.),
- gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari (art. 182-septies, c. 1 l. fall.),
- le convenzioni di moratoria (art. 182-septies, c. 5 l. fall.).

D’altronde è carente di una nozione di “stato di crisi” anche la normativa europea. Tuttavia, la Raccomandazione della Commissione UE n. 135 del 12.03.2014 (“*Su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all’insolvenza*”), al par. III, punto 6, lett. a) stabilisce che “*il debitore dovrebbe poter procedere alla ristrutturazione [dei debiti] in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste soltanto la probabilità dell’insolvenza*”.

Un riferimento simile è contenuto anche nel considerando n. 17 della Proposta di Direttiva della Commissione europea, datata 22.11.2016 e rivolta al Parlamento europeo e al Consiglio.

Da ciò bisogna dedurre, dunque, che in ambito eurounitario lo “stato di crisi” è inteso come una *probabilità dell’insolvenza*.

A tale indicazione si è attenuto il Parlamento nella legge delega<sup>54</sup>, prevedendo all’art. 2 – rubricato Principi Generali – che il Governo nell’adottare i decreti legislativi cosiddetti delegati dovrà “*introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica, mantenendo l’attuale nozione di insolvenza di cui all’articolo 5 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*”.

---

<sup>54</sup> Ciò in linea anche con le riforme precedenti e con i relativi lavori preparatori. Un esempio per tutti, lo schema di d.l. elaborato dalla commissione Trevisanato istituita nel 2004 definiva la crisi come “*la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l’impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*” (art.2, lett. h)

È doveroso precisare che la relazione accompagnatoria della legge delega – alla formula “*probabilità di futura insolvenza*” – predilige l’espressione “*pericolo di futura insolvenza*” e tale scelta ha aperto un dibattito in dottrina, il quale tuttavia vede prevalere l’orientamento secondo cui le due espressioni – probabilità di futura insolvenza e pericolo di futura insolvenza – sono equivalenti. Non si può tralasciare, però, che non manca chi sostiene, al contrario, che i due concetti siano nettamente distinti.

Va notato che prima d’ora le uniche definizioni di “stato di crisi” erano state azzardate nel d.d.l. “Trevisanato” che non si è mai tradotto in legge e nella “proposta Chiaraviglio”, la quale confluì nel progetto di Statuto dell’impresa e nel cosiddetto “progetto Pajardi”, risalenti entrambi agli anni Ottanta del secolo scorso e rimasti, di fatto, lettera morta<sup>55</sup>.

Dal momento che non vi è nell’ordinamento una definizione legislativa di “stato di crisi”, possiamo dire che siamo in presenza di un’ipotesi di “tecnicizzazione non univoca” di un vocabolo di uso ordinario; ossia si tratta di un caso in cui un vocabolo o espressione di uso comune è assunto in una specifica materia – per noi quella giuridico-aziendalistica – con una particolare accezione, più ristretta rispetto al significato che il termine ha nell’uso ordinario<sup>56</sup>.

Si tratta di un esempio tipico di “*normazione per clausole generali*” e, di conseguenza, anche in questa ipotesi, come per lo stato di insolvenza, spetta all’interprete e, in ultima analisi, al giudice l’onere di attribuire a tale formula un significato coerente con il sistema e conforme ai principi costituzionali. Tale scelta risponde a due esigenze: rendere elastiche le procedure ed evitare che queste risultino ben presto antiquate rispetto ad un sistema in continua evoluzione, quale può essere un qualsiasi ordinamento giuridico-economico di un Paese sviluppato o in via di sviluppo.

Il legislatore, dunque, ha lasciato fin’ora ampio spazio di decisione all’imprenditore, il quale può attribuire i sintomi di malessere della propria impresa allo stato di crisi o allo stato di insolvenza, sulla base di una personale valutazione, senza essere costretto da una nozione legislativa rigorosa. Ovviamente spetterà al giudice decidere se l’inquadramento della crisi sia stato effettuato correttamente e se vi siano gli estremi per

---

<sup>55</sup> Per approfondimento cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp.288 ss.

<sup>56</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 115

la dichiarazione dello stato di insolvenza o per l'ammissione al concordato preventivo o per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione e via dicendo.

Lo "stato di crisi" è un concetto introdotto dal legislatore con le riforme avutesi a cavallo tra il 2005 e il 2006, sebbene questo non fosse del tutto nuovo nel nostro ordinamento giuridico. In effetti, già prima di tale momento, era prevista una procedura che, pur avendo subito diversi rimaneggiamenti, è ancora in vigore: *l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*<sup>57</sup>. Anche se è corretto notare che in quel caso la dottrina e la giurisprudenza, in modo unanime, interpretavano il termine crisi come sinonimo di insolvenza.

Lo stato di crisi, nell'accezione oggi usata e che a noi interessa, è una nozione risalente alla riforma del 2005 (d.l. 14.03.2005, n. 35, convertito in legge con modificazioni dalla l. 14.05.2005, n. 80.), la quale ha modificato l'art. 160, l. fall. relativo al concordato preventivo. Il testo della norma attualmente vigente si applica "[al]l'imprenditore che si trova in stato di crisi" e tale norma ha sostituito quella previgente, che faceva riferimento, invece, "[al]l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza".

Questo, però, non è tutto. Infatti il legislatore, con l'art. 36 del d.l. 30.12.2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla l. 23.02.2006, n. 51, ha aggiunto un nuovo comma all'art. 160 l. fall., prevedendo che ai fini della proposta del concordato preventivo, "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza" (art. 160, c. 3, l. fall.).

All'indomani di tali riforme, sono diverse le questioni che dottrina e giurisprudenza si sono trovate a risolvere. *In primis* non vi è dubbio che il punto principale sia definire lo "stato di crisi", concetto che ancora oggi non ha una definizione legislativa.

In secondo luogo, è tornato in auge il problema dei legami tra lo stato di crisi e lo stato di insolvenza. Oltre al fatto che risulta fondamentale capire in cosa divergano questi due concetti cardine e quali siano eventualmente i loro punti di contatto.

Tali problematiche hanno, ovviamente, una rilevanza differente a seconda che ci si ponga dal punto di vista del giurista o dello studioso di discipline economico-aziendaliste<sup>58</sup>. Mentre al primo, infatti, interessa soltanto capire se sussistono i presupposti dello stato di crisi (o dello stato di insolvenza), senza alcun interesse per le

---

<sup>57</sup> L. 03.04.1979, n. 95 *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 30 gennaio 1979, n. 26, concernente provvedimenti urgenti per l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi*

<sup>58</sup> Cfr. tra gli altri ROCCO DI TORREPADULA N., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 2009, pp.216-239

cause e per gli sviluppi ulteriori che potrebbero verificarsi, al secondo interessa molto di più l'aspetto *dinamico* della crisi. Questi indaga sulle cause, ha interesse a capire l'evoluzione della crisi, il suo aggravarsi, i tempi di durata delle singole fasi, *etc.*. In ogni caso, non si può negare che anche nell'ottica del giurista, la nozione di crisi – come quella di insolvenza – ha un carattere dinamico in quanto è sì un dato attuale relativo alla vita dell'impresa, ma è anche “*una situazione che, vista in prospettiva, può pregiudicare la sua esistenza*”<sup>59</sup>.

Senza alcun dubbio, infatti, la crisi è una situazione contrapposta alla *continuità aziendale*<sup>60</sup>, la quale consiste nella capacità dell'impresa di autogenerare le risorse necessarie a mantenersi indefinitamente sul mercato. Questa capacità rappresenta, quindi, uno dei requisiti fondamentali per la corretta amministrazione aziendale, uno dei principi che bisogna osservare nella redazione del bilancio<sup>61</sup> (ai sensi dell'art. 2423-*bis* c.c.) ed è anche un indicatore dello “stato di salute” dell'impresa, utile a chi gestisce l'attività ai fini delle dovute valutazioni.

Tuttavia, non si può affermare che il configurarsi di uno stato di crisi faccia di per sé venire meno la prospettiva di continuità aziendale. Lo stato di crisi, infatti, non esclude automaticamente la possibilità di proseguire l'attività d'impresa, semplicemente la mette a rischio, la compromette<sup>62</sup>.

Lo stesso legislatore, ammettendo che lo stato di crisi è compatibile con la continuazione dell'attività aziendale, ha introdotto il cosiddetto concordato con continuità aziendale (art. 186 *bis* l. fall.)<sup>63</sup> che consente all'imprenditore in stato di crisi di depositare la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo allegando un piano che “*prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del*

---

<sup>59</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 118 il quale fa riferimento a PRESTI G., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in CAGNASSO O. e PANZANI L. (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, I, Utet, Torino, 2016

<sup>60</sup> Cfr. par. 4

<sup>61</sup> Gli amministratori devono spiegare in bilancio se vi sono aspettative positive e concrete sulla continuità aziendale o, eventualmente, quali sono i fattori da cui nascono i dubbi sulla continuità. È doveroso precisare che qualora, in sede di redazione del bilancio, emergano dubbi significativi sulla continuità aziendale o qualora questa risulti compromessa, non necessariamente è in corso una crisi d'impresa nell'accezione giuridica o economico-aziendale. Infatti la continuità può essere anche compromessa da una situazione che è definibile di pre-crisi oppure dalla volontà dei soci di sciogliere la società o, ancora, dalla sussistenza di una causa di scioglimento della società stessa.

<sup>62</sup> Cfr. TRONCI L., *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento* in *Giur. comm.*, Fascicolo 6, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1269-1291

<sup>63</sup> Articolo aggiunto dall'art. 33 del d.l. 22.06.2012, n. 83, convertito in legge con modificazioni dalla l. 7.08.2012, n. 134. La modifica si applica dall' 11.09.2012

*debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione*<sup>64</sup>.

Tra l'altro va notato che, al fine di favorire un'emersione anticipata della crisi d'impresa, il legislatore nella legge delega (art. 6, c.1, lett. a) chiede di limitare l'ammissione delle proposte di concordato che abbiano natura meramente liquidatoria, nell'ottica di configurare il concordato preventivo come un istituto volto a garantire la continuità dell'attività d'impresa piuttosto che la liquidazione della stessa. Tale obiettivo, d'altronde, è comune ormai alla maggior parte degli ordinamenti europei ed è in linea con le precedenti riforme<sup>65</sup> che hanno sancito l'inammissibilità del concordato meramente liquidatorio qualora assicurati il pagamento dei creditori chirografari in misura inferiore al 20%.

Sempre il legislatore delegante ha previsto che il Governo, nel dare attuazione alla delega, dovrà *“dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'idonea soluzione alternativa”*<sup>66</sup>.

Seppur con un eccesso di semplificazione, si può affermare che l'intenzione del legislatore della legge delega sembra quella di ricondurre gli strumenti relativi alla gestione delle crisi d'impresa a due soli istituti.

Il primo, di matrice liquidatoria, è la cosiddetta *liquidazione giudiziale* (art.7 legge delega) ed è destinato a risolvere quelle situazioni che presentano i tratti caratteristici dello stato di insolvenza e che dunque possono essere risolte con la disgregazione dei valori aziendali dal momento che l'impresa è incapace di garantire una prospettiva di continuità.

Il secondo istituto, invece, è la *procedura di concordato preventivo* (art.6 legge delega) ed è volta alla continuità (diretta o indiretta) dell'attività d'impresa, attuabile in quelle ipotesi in cui l'impresa appare in grado di restare sul mercato.

---

<sup>64</sup> Art. 186-bis, c. 1, l. fall.

<sup>65</sup> Il riferimento è al d.l. 27.06.2015, n. 83 convertito, con modifiche, nella l. 06.08.2015, n. 132 che ha aggiunto un c. 4 all'art. 160 l. fall., entrato in vigore il 21.08.2015

<sup>66</sup> Legge delega, art. 2, c.1, lett. g)

In tale ottica, tuttavia, non è apprezzabile che la legge delega chieda di prevedere l'ammissibilità di proposte di concordato di matrice liquidatoria *“esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori”* (art. 6, c.1, lett. a) legge delega). Infatti se il legislatore sembra andare in direzione della configurazione del concordato preventivo come strumento per la continuazione dell'attività d'impresa, non è coerente incentivare tale *concordato liquidatorio con finanza esterna*, dal momento che l'apporto di risorse esterne resta finalizzato a migliorare la soddisfazione dei creditori e non a stimolare la continuazione dell'attività d'impresa<sup>67</sup>.

Venendo alla definizione del concetto di “stato di crisi”, abbiamo già ribadito che non esiste nell'ordinamento alcuna definizione di questo.

Partendo dal comma 3 dell'art. 160 l. fall., il quale sancisce che *“per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”*, dobbiamo dedurre *in primis* che il legislatore ha tenuto a distinguere nettamente lo stato di crisi dallo stato di insolvenza. E una conferma in tal senso è data dal fatto che in caso di inammissibilità della proposta di concordato (art. 162 l. fall.) o di revoca dell'ammissione al concordato (art. 173 l. fall.), il Tribunale può procedere *“su istanza del creditore o su richiesta del Pubblico Ministero”*<sup>68</sup> ad accertare la sussistenza dello stato di insolvenza e degli altri requisiti richiesti ai fini della dichiarazione di fallimento. Possibilità che non sarebbe stata riconosciuta, evidentemente, se il legislatore avesse ritenuto coincidenti la nozione di crisi e quella di insolvenza.

Una conferma a tale interpretazione si può rinvenire nella legge delega. Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. c) della stessa, infatti, il legislatore delegato dovrà introdurre una *“definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza”* e da tale testo si evince espressamente che il delegante ha voluto confermare la differenza tra lo stato di crisi e l'insolvenza.

Si può inoltre affermare, in quanto la dottrina è ormai generalmente concorde sul punto, che crisi e insolvenza sono legate da un rapporto di *genus ad speciem*. Ossia l'insolvenza è una specie, quella più grave, di una situazione più ampia che è lo stato di crisi. Nonostante ciò, va sottolineato che non necessariamente l'ipotesi più grave, cioè

---

<sup>67</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., pp. 311 ss.

<sup>68</sup> Art. 162, c.2 e art. 173, c. 2, l. fall.

l'insolvenza, debba essere preceduta dalla crisi, atteso che la prima può talvolta sovvenire in modo repentino e per eventi accidentali (ad es. si pensi alle calamità naturali come i terremoti o agli incendi che potrebbero distruggere l'azienda), impedendo all'imprenditore di adempiere le proprie obbligazioni<sup>69</sup>.

In ragione di ciò, non è mancato chi ha sostenuto che lo stato di crisi e lo stato di insolvenza sono non solo dei concetti diversi – come sostiene la dottrina maggioritaria – ma anche slegati tra loro<sup>70</sup>.

Chi supporta la tesi secondo cui la crisi “contiene” l'insolvenza parte dalla constatazione che lo stato di crisi, come presupposto del concordato preventivo, è stato previsto con l'obiettivo di stimolare l'emersione anticipata delle difficoltà dell'impresa, per tentare il salvataggio di quelle realtà imprenditoriali che sono in crisi ma che non si trovano ancora in stato di insolvenza<sup>71</sup>.

Storicamente il comma 3 dell'art.160 l. fall. è stato introdotto da una disposizione di interpretazione autentica<sup>72</sup> proprio per chiarire che lo stato di crisi ricomprende anche lo stato di insolvenza e per dirimere un contrasto, oramai appartenente al passato, nato in sede giurisprudenziale, che ha visto contrapporsi due diversi orientamenti. Vi era chi, da una parte, riteneva che solo l'imprenditore in stato di crisi potesse richiedere l'ammissione al concordato preventivo e che per l'imprenditore insolvente l'unica via perseguibile restasse il fallimento, in ragione del fatto che la crisi – presupposto del concordato preventivo – era considerata uno stato diverso e meno grave dell'insolvenza. D'altra parte, vi era quella giurisprudenza, ad onor del vero maggioritaria, che sosteneva che la crisi non fosse altro che una condizione più ampia dell'insolvenza e in grado di ricomprenderla. Cosicché anche l'imprenditore in stato di insolvenza avesse la possibilità al pari di quello in crisi di chiedere l'ammissione al concordato preventivo.

La scelta compiute dal legislatore nelle riforme del biennio 2005-2006 sono state criticate da una parte della dottrina, la quale ha notato, in primo luogo, che estendere il privilegio del concordato preventivo all'imprenditore in crisi è perlomeno iniquo, poiché si chiede ai creditori di concedere uno “sconto” al debitore, facendosi di fatto

---

<sup>69</sup> Si deve notare, tuttavia, che anche in merito a tale punto vi è una parte della dottrina che ritiene il contrario. Ad es. cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 326

<sup>70</sup> Cfr. ad es. FRASCAROLI SANTI E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 2012

<sup>71</sup> Cfr. CARDINALI S., *Op. cit.*, p. 410

<sup>72</sup> Art. 36 del d.l. 30.12.2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla l. 23.02.2006, n. 51

carico delle difficoltà economiche dell'impresa e della sua ristrutturazione, atteso che spesso il sacrificio chiesto ai creditori è tale da consentire loro di ottenere soltanto un pagamento che si attesta, in percentuale, su una soglia prossima allo zero.

A tale critica si può obiettare che una delle caratteristiche tipiche del concordato preventivo è che questo deve essere approvato “*dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto*”<sup>73</sup> e, dunque, spetta a ciascun creditore compiere le proprie valutazioni e decidere se salvare il salvabile per quanto sia limitato rispetto ai propri diritti o se rifiutare la proposta di concordato nella convinzione che questa non sia conveniente poiché il patrimonio del debitore consentirebbe il pagamento di una percentuale maggiore.

Un'altra critica che viene mossa al legislatore concerne il fatto che si è voluto concedere una sorta di beneficio all'imprenditore in stato di insolvenza (che potrebbe quindi avere i requisiti per essere dichiarato fallito), consentendogli di chiedere l'ammissione al concordato preventivo e di non essere stigmatizzato con un marchio infamante, simulando dunque agli occhi dei terzi un semplice stato di crisi in luogo dell'insolvenza. Probabilmente la scelta del legislatore è stata dettata dall'intento di far assumere al concordato la funzione di prevenzione della crisi per limitare gli effetti derivanti dall'assenza di procedure di allerta nel sistema<sup>74</sup>.

Certamente negli ultimi anni, non solo nell'ordinamento italiano ma anche in altri ordinamenti europei e a livello eurounitario, si può registrare una sorta di inversione di tendenza. Si è passati, cioè, dalla gestione della crisi d'impresa in un'ottica di emergenza ad una gestione della crisi in un'ottica di prevenzione<sup>75</sup>. Questo è denotato dal fatto che mentre fino ad oggi il presupposto oggettivo di tutti gli strumenti alternativi per la gestione della crisi ha ricompreso anche l'insolvenza, ora invece, la legge delega nel definire lo stato di crisi come “*probabilità di futura insolvenza*” marca indubbiamente un nuovo percorso, intendendo stimolare l'emersione anticipata della crisi.

Di conseguenza, il legislatore delegante sarebbe coerente qualora riformulasse il presupposto oggettivo del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei

---

<sup>73</sup> Art. 177, l. fall.

<sup>74</sup> Cfr. TERRANOVA G., in *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013 e in *Stato di crisi, stato di insolvenza, in capienza patrimoniale*, Giappichelli, Torino, 2007

<sup>75</sup> Per approfondimento cfr. par. 5.1

debiti e delle convenzioni di moratoria, andando ad escludere l'ammissibilità di tali procedure nel caso di insolvenza<sup>76</sup>.

Fatte salve queste critiche sulla coerenza del sistema, non si sbaglia se si pensa che grandi passi avanti siano stati compiuti con la legge delega, la quale ha colmato anche se non pienamente il "vuoto legislativo" preesistente. D'altronde la necessità di prendere posizione sulla definizione di stato di crisi si è imposta a causa dell'introduzione dell'istituto dell'allerta, il quale non può non avere come presupposto oggettivo proprio l'entrata in crisi dell'impresa.

Ciò nonostante è sempre bene tener presente che il legislatore, come si diceva sopra, non ha ancora delineato la nozione di stato di crisi giuridicamente rilevante, dal momento che non sono stati emanati i cosiddetti decreti di attuazione.

La legge delega si ispira alla normativa europea sopraccitata, ai sensi della quale lo stato di crisi coincide con la "*probabilità dell'insolvenza*". E anche la giurisprudenza, in diverse sentenze ha attribuito tale significato allo stato di crisi. Tra tutte si può ricordare una decisione del Tribunale di Sulmona risalente al 02.11.2010 secondo la quale "*La situazione di "crisi" che, ai sensi dell'articolo 160, legge fallimentare - R.D. n. 267/1942, consente all'impresa l'accesso alla procedura di concordato preventivo si distingue dallo stato di insolvenza e deve essere intesa come "rischio di insolvenza", situazione, questa, che si verifica quando l'imprenditore, pur potendo adempiere i debiti scaduti, preveda che non sarà in grado di adempiere ai debiti di prossima scadenza*"<sup>77</sup>.

Numerose sono, invece, le espressioni di cui nel corso degli anni si è servita la dottrina, la quale ha parlato indistintamente di rischio di insolvenza, probabilità di rischio di insolvenza, prossima insolvenza, stato prodromico all'insolvenza, pericolo di insolvenza, minaccia di insolvenza, *etc.* facendo riferimento ad un unico concetto che è quello in oggetto.

Mettendo da parte tali elaborazioni attinenti alla sfera teorica e spostandosi sul piano pratico, preme in primo luogo sottolineare che il rischio di insolvenza sussiste quando l'impresa è ancora in grado di esistere dal momento che l'imprenditore ha i mezzi per adempiere i debiti scaduti (verso i fornitori, dipendenti, *etc.*) ma, a causa di determinati eventi, è probabile che nel prossimo futuro (stimato in genere in termini di sei mesi o al

---

<sup>76</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 376

<sup>77</sup> Fonte [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 02/08/2018

massimo un anno) verrà a trovarsi in stato di insolvenza e non sarà in grado di far fronte ai debiti di prossima scadenza.

*“Non dunque la certezza che l’insolvenza arriverà, ma la ragionevole constatazione che essa costituisce, allo stato delle conoscenze del debitore, lo scenario più probabile”*<sup>78</sup>.

Una constatazione che in qualche modo è *“un giudizio attuale in una visione prospettica”*<sup>79</sup> e deve tener conto di due presupposti a cui la legge ha dato peso. Il rischio di insolvenza deve, infatti, essere sia probabile ma anche tale da realizzarsi a breve, in assenza di rimedi adeguati.

Una parte della dottrina ha sottolineato che *“l’iniziativa del debitore non deve essere tardiva ma neppure prematura”*<sup>80</sup>. Non tardiva in quanto, come si diceva sopra, l’ordinamento mostra un certo favore per il concordato con continuità aziendale e, per tale motivo, vi è tutto l’interesse a far emergere la crisi in una fase in cui l’impresa è ancora salvabile. Del resto, l’iniziativa non deve essere prematura per evitare che ne sia fatto un utilizzo improprio ossia che l’imprenditore tragga un vantaggio dal concordato preventivo – vantaggio che va a discapito dei creditori e della concorrenza – pur essendo ancora in grado di salvare l’attività con i propri mezzi o con mezzi concessi da terzi sulla base del credito che egli ancora riscontra.

Una questione da risolvere è quella relativa ai “confini” dello stato di crisi. In primo luogo, vi è la necessità di tenere distinto lo stato di crisi da una situazione di pre-crisi dal momento che non vi è un *quid* che dia la certezza che ci si trovi in un contesto prodromico all’insolvenza, qual è la crisi, o in una situazione ancora antecedente. Autorevole dottrina<sup>81</sup> ha rinvenuto il confine tra lo stato di *crisi* di cui all’art. 160 l. fall. e quello di *pre-crisi* nel fatto che in una situazione di pre-crisi non è ancora venuta meno la fiducia del mercato verso l’impresa e, di conseguenza, non è compromessa la possibilità per l’imprenditore di fare ricorso al credito. Al contrario, la perdita di credito da parte dell’imprenditore va senza dubbio ritenuta presupposto sufficiente per integrare lo stato di crisi.

Altri autori hanno, inoltre, sostenuto che la differenza tra una situazione “normale” e lo stato di crisi si gioca sul rapporto tra la probabilità e la mera possibilità. Se, infatti, in

---

<sup>78</sup> Cit. STANGHELLINI L., Op. cit., p. 138

<sup>79</sup> Cit. DE MATTEIS S., Op. cit., p.128

<sup>80</sup> Cit. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 121

<sup>81</sup> Cfr. STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in Riv. Soc., Giuffrè, Milano, n.4/2012

una fase positiva della vita dell'impresa c'è solo la possibilità che si giunga ad uno stato di insolvenza, in un contesto di crisi tale possibilità si trasforma in una probabilità. Ovviamente è necessario un intervento del legislatore delegato, al quale spetta il compito di definire la disciplina di dettaglio, essendosi la legge delega correttamente limitata a dare una vaga nozione di stato di crisi.

Un'altra distinzione fondamentale è quella tra la *crisi in atto* e la *crisi prospettica*. Con la prima ci si riferisce alla probabilità di futura insolvenza, a quello che è il presupposto del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti (anche con intermediari finanziari) e delle convenzioni di moratoria. Con la seconda espressione, invece, si fa riferimento a quella situazione di prossimità alla crisi in cui è possibile ricorrere ai cosiddetti piani di risanamento. Questi ultimi rappresentano una procedura minore, una sorta di *tertium genus* rispetto al concordato e all'accordo di ristrutturazione e

hanno come obiettivo il risanamento dell'esposizione debitoria e il riequilibrio della situazione finanziaria dell'impresa in crisi.

Altresì importante è non confondere lo *stato di crisi* con la *temporanea difficoltà di adempiere*, presupposto ormai abrogato dell'amministrazione controllata. Infatti se per il primo il giudizio attuale dell'imprenditore è positivo ma la prognosi è negativa, per la seconda il giudizio attuale è negativo, in quanto l'imprenditore non riesce a soddisfare le proprie obbligazioni, ma la prognosi è positiva perché è concretamente probabile che vi possa riuscire nel breve periodo<sup>82</sup>. Altra dottrina, invece, ritiene che la differenza tra lo stato di crisi e la temporanea difficoltà sia da ravvisare nel fatto che in questa seconda ipotesi sussiste una situazione di "illiquidità senza dissesto" mentre per lo stato di crisi vi è un'incapienza patrimoniale che, tuttavia, non impedisce di far fronte alle obbligazioni assunte atteso che può non comportare una situazione di illiquidità<sup>83</sup>.

Integra senz'altro il presupposto dello stato di crisi lo *squilibrio patrimoniale*, ossia la carenza di attività rispetto alle passività. Normalmente, infatti, tale sbilancio si accompagna allo squilibrio finanziario dal momento che la carenza di attivo il più delle volte determina l'impossibilità di adempiere le obbligazioni assunte, specie nel caso in cui ad esso non si pone rimedio con la ricapitalizzazione o con finanziamenti sostitutivi degli apporti di capitale.

---

<sup>82</sup>Cfr. ROCCO DI TORREPADULA N., Op. cit., p. 233

<sup>83</sup> Cfr. TERRANOVA G., *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013

Da quanto appena detto, si può dedurre che anche lo *squilibrio finanziario*, ossia quella situazione in un cui l'imprenditore è incapace di far fronte alle proprie obbligazioni a breve scadenza, può configurare uno stato di crisi sufficiente per avviare le procedure previste dalla legge.

Nel caso in cui, invece, l'impresa si trovi a vivere una fase di *squilibrio economico*, ossia qualora i ricavi non siano sufficienti a coprire i costi di gestione e si determina, quindi, una perdita di capacità reddituale, di regola non si può ritenere che sussista lo stato di crisi e sarebbe corretto tutt'al più parlare di un mero declino. Il motivo è presto intuibile se si pensa ad un'impresa che risenta ancora degli effetti dell'avviamento. E d'altronde, non sarebbe corretto far pagare ai creditori, nell'ambito di procedure alternative al fallimento, la perdita di redditività dell'impresa. Tuttavia, da più parti si è sottolineato che, se le perdite d'esercizio sono accompagnate da un eccessivo indebitamento a copertura del capitale sociale, il perdurare dello sbilancio economico potrebbe compromettere l'equilibrio finanziario e, di conseguenza, si configurerebbe lo stato di crisi<sup>84</sup>.

Infine, ulteriore ipotesi da tener presente è il caso della *riduzione del patrimonio netto al di sotto del minimo legale*. In tale situazione dovrebbe essere integrato il presupposto dello stato di crisi sebbene non si determini uno sbilancio patrimoniale. Questo dal momento che sono forti le esigenze di tutela dei creditori, la cui soddisfazione è messa a rischio da una prospettiva di liquidazione della società – che potrebbe essere determinata dalla riduzione del capitale al di sotto del minimo legale – ancor prima e ancor più che da uno squilibrio patrimoniale.

Passando ora ad aspetti di carattere processuale, è fondamentale notare che la prova dello stato di crisi spetta al debitore, il quale deve esibire tutti quegli “*elementi oggettivi interni*”<sup>85</sup> (come i bilanci, i documenti attestanti la situazione patrimoniale, i report, *etc.*) che siano idonei a comprovare lo stato di crisi. È richiesto, dunque, all'imprenditore tale sacrificio che rientra nel principio di simmetria informativa<sup>86</sup> e che comporta anche un suo atteggiamento cooperativo oltreché diligente. Ovviamente tale impegno profuso dal debitore nell'esternare la crisi – anche qualora questa fosse

---

<sup>84</sup> Per tutti cfr. MARINO R. & CARMINATI M., *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l. fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, 2015, pp. 385 ss.

<sup>85</sup> Cit. DE MATTEIS S., *Op. cit.*, p.128

<sup>86</sup> Per approfondimento cfr. BOCCHINI E., *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, I, Cedam, Padova, 2011

asintomatica – fa da contraltare al sacrificio che egli richiede ai creditori, i quali non sono stati soddisfatti nei tempi pattuiti e subiranno, quasi certamente, la falce dei loro crediti.

La tesi appena esposta è quella prevalentemente sostenuta dalla dottrina<sup>87</sup>, la quale giunge alla conclusione che, se la prova della sussistenza del requisito oggettivo per l'ammissione al concordato preventivo o per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione o, infine, per accogliere l'opposizione dei creditori non aderenti alla convenzione di moratoria, spetta all'imprenditore, l'autorità giudiziaria può mettere in discussione la sussistenza dello stato di crisi in ragione della mancata prova o di una prova fittizia. Tale orientamento del resto risulta confermato anche nella prassi dei tribunali italiani come emerge da un'indagine condotta su un campione degli stessi<sup>88</sup>.

È d'obbligo far riferimento anche a quella dottrina minoritaria ad avviso della quale, considerato che l'esternazione della propria crisi o dello stato di insolvenza da parte dell'imprenditore non è un fatto per lui piacevole o a lui favorevole, la dichiarazione del debitore non potrebbe essere sconfessata dal giudice – né, aggiungerei, da terzi – e, quindi, non vi è necessità di alcuna prova poiché lo stato di crisi o d'insolvenza sussiste di per sé in quanto dichiarato dal debitore<sup>89</sup>.

Si noti, in ogni caso, che la valutazione che il giudice deve compiere non è relativa alla convenienza del singolo strumento al vaglio dell'autorità giudiziaria. Il giudice, infatti, deve limitarsi a prendere in considerazione la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi previsti ai fini dell'applicazione delle procedure. È cosa risaputa, infatti, che l'ordinamento giuridico ha scelto di lasciare ampio spazio ai privati in merito alla scelta dello strumento negoziale di risoluzione della crisi a cui fare ricorso.

---

<sup>87</sup> Per tutti cfr. JORIO A., *La riforma: pregi e carenze delle nuove regole*, in BARACHINI F. (a cura di), *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 147. Il concetto è ribadito, anche e in modo più approfondito, da DE MATTEIS S., Op. cit., p. 131

<sup>88</sup> I risultati dell'indagine a cui si fa riferimento, promossa dal Consorzio UNIPROF (organismo partecipato dall'Università di Roma Tor Vergata e dall'Ordine Dottori Commercialisti Esperti Contabili di Roma), sono stati raccolti nel seguente volume FERRO M., RUGGIERO A., DI CARLO A. (a cura di), *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti – Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, Giappichelli, Torino, 2009

<sup>89</sup> Per tutti cfr. DE LUCA N., *Prevenire è meglio che curare (proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 1/2010. E ancora PASQUARIELLO F., *Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa* in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 1/2010

#### ***4. Gli interessi rilevanti nella crisi d'impresa. Liquidazione e continuità aziendale***

Gli interessi sottostanti alla gestione della crisi d'impresa e che il legislatore deve, in qualche modo, tenere in conto non sono solo quelli dei soggetti immediatamente coinvolti dalla crisi stessa. Infatti, la crisi dell'impresa, specie se è di dimensioni notevoli – oltre a coinvolgere l'imprenditore e i creditori – genera una situazione di conflitto che coinvolge, inevitabilmente, la concorrenza, i consumatori, gli *stakeholders* e, insomma, tutto il tessuto sociale che fa da contorno all'attività.

A grandi linee si può dire che due sono i forti interessi contrapposti:

- l'interesse – proprio dei dipendenti, dei soci e, ovviamente, dell'imprenditore – alla continuazione dell'attività aziendale al fine di salvaguardare la propria fonte di reddito;
- l'interesse – dei creditori principalmente – alla liquidazione degli *assets* aziendali per avere una, seppur parziale, soddisfazione dei loro crediti.

Ovviamente la continuazione dell'attività aziendale e la liquidazione sono prospettive inconciliabili tra loro cosicché all'ordinamento non resta altro che scegliere quale prospettiva favorire.

La dottrina ha dato vita a due diversi orientamenti. Vi è chi sostiene la continuazione dell'attività aziendale, continuazione che ha una matrice *publicistica* poiché mira alla conservazione dell'impiego ed è anche uno strumento di tutela dei consumatori poiché stimola la concorrenza. All'opposto, non mancano coloro che sostengono l'impostazione *privatistica*, ossia che prediligono quelle soluzioni della crisi che tutelano maggiormente l'interesse privato dei creditori tramite la disgregazione e la liquidazione dell'azienda<sup>90</sup>.

Chi scrive ritiene che sia eccessivamente riduttivo propendere per l'uno o per l'altro interesse. È difficile, infatti, schierarsi con gli interessi publicistici e negare che sia altrettanto forte e rilevante l'interesse dei creditori. Così come è innegabile anche il contrario. Come si potrebbe affermare che sia maggiormente meritevole di tutela l'interesse privato, non contemplando l'interesse pubblico, che in qualche modo ha

---

<sup>90</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 63

anche una sua sfera privata poiché riguarda direttamente coloro che sono impiegati nell'impresa (dipendenti) o la controllano (soci)?

Se la *virtus in medio stat*, forse la soluzione migliore potrebbe essere quella di preferire la liquidazione o la continuazione dell'attività aziendale e, dunque, l'interesse privato o quello pubblico, in base a degli indici preventivamente individuati, quali ad esempio le dimensioni dell'impresa in crisi, i suoi livelli occupazionali, l'ammontare dei debiti, la gravità della crisi, *etc.*.

D'altronde questa è l'opzione scelta dal legislatore, il quale ha previsto delle soluzioni differenziate alla crisi, di cui alcune puntano alla continuità aziendale (ad es. concordato preventivo con continuità aziendale, amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, accordi di ristrutturazione, *etc.*) ed altre, invece, mirano alla dissoluzione dell'impresa e alla liquidazione (ad es. il fallimento o, come lo definisce la legge delega, liquidazione giudiziale, o il concordato preventivo liquidatorio). Inoltre, non si può fare a meno di notare che questo avvicendamento tra le procedure di stampo privatistico e quelle di stampo pubblicistico ha avuto delle tendenze differenti a seconda delle varie epoche storiche.

Fino alla riforma del diritto concorsuale intrapresa nel 2005 il legislatore aveva sempre preferito delle prospettive liquidatorie. Attualmente, invece, come si è già avuto modo di notare, la tendenza, non solo nel nostro Paese ma anche in altri ordinamenti, è quella di favorire l'emersione anticipata della crisi d'impresa cosicché, ben lontani dalla fase di decozione, si possa tentare il salvataggio dell'attività. Tale tentativo deve essere realizzato tenendo conto anche del contributo che può provenire dalle discipline aziendalistiche soprattutto un termini di strumenti operativi utili nel rilevare gli indizi di crisi<sup>91</sup>. È questa, secondo la dottrina dominante, la strada per garantire una elevata probabilità di risanamento delle imprese e di soddisfacimento dei creditori, mantenendo pressoché invariati gli indici occupazionali.

A tal fine è necessario, perlomeno secondo la nuova ottica del legislatore, che la crisi emerga quando essa rappresenta ancora una situazione temporanea che può essere rimossa con limitate azioni di tipo extra-giudiziale; diversamente è forte il rischio di

---

<sup>91</sup> Cfr. PECCHIANI N. & MIGLIORINI S., *Strumenti di allerta, crisi, insolvenza e continuità: questioni interpretative ed applicative alla luce della riforma*, in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/strumenti-di-allerta-crisi-insolvenza-e-continuit-questioni-interpretative-ed> , 04.09.2018, in cui gli autori indicano sinteticamente quali sono gli strumenti aziendalistici utili a rilevare i sintomi della crisi

dover avviare una procedura concorsuale che richieda ampi sacrifici ai creditori e che sia fondata su logiche liquidatorie.

Questo nuovo approccio, che pone al centro la prevenzione e la continuità aziendale, traspare chiaramente dalla legge delega, atteso che l'art. 2, c. 1, lett. g) della stessa prevede che il Governo, nei decreti attuativi dovrà *“dare priorità di trattazione, fatti salvi i casi di abuso, alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche tramite un diverso imprenditore, purché funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori e purché la valutazione di convenienza sia illustrata nel piano, riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non sia proposta un'idonea soluzione alternativa”*.

Tra l'altro dal testo appena citato della legge delega emerge chiaramente che la continuità riguarda solo l'impresa e non l'imprenditore<sup>92</sup>. Ossia il legislatore ha manifestato il proprio *favor* non solo rispetto al concordato con continuità cosiddetta diretta, ma anche verso quel concordato in cui la continuità sia realizzata indirettamente. Infatti, la bozza di decreto delegato varata alla fine del 2017, ora all'attenzione del Governo, recita all'art. 89, c. 2: *“La continuità può essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio in capo a soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente alla presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo”*<sup>93</sup>.

D'altro canto, la salvaguardia della continuità aziendale è un obiettivo previsto anche in tutti i recenti atti comunitari, aventi ad oggetto la materia della crisi d'impresa. Ad esempio, volendo considerare l'atto più recente, la proposta di Direttiva della Commissione europea presentata a Strasburgo il 22 novembre 2016, al Considerando n. 16 prevede che *“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*

---

<sup>92</sup> Cfr. DI MARZIO F., *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza - Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Giuffrè, Milano, 2018

<sup>93</sup> APPENDICE: Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ha mantenuto questa norma sancita ora all'art. 84, c.2, apportandovi una modifica. Il testo approvato è il seguente: *“La continuità può essere diretta, in capo all'imprenditore che ha presentato la domanda di concordato, ovvero indiretta, in caso sia prevista la gestione dell'azienda in esercizio o la ripresa dell'attività da parte di soggetto diverso dal debitore in forza di cessione, usufrutto, affitto, stipulato anche anteriormente, **purché in funzione della** presentazione del ricorso, conferimento dell'azienda in una o più società, anche di nuova costituzione, o a qualunque altro titolo”*

*un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione. È opportuno pertanto dare informazioni chiare sulle procedure di ristrutturazione preventiva disponibili e disporre strumenti di allerta per spingere i debitori che cominciano ad avere problemi finanziari ad agire in una fase precoce".* Inoltre, dalla definizione di "ristrutturazione", contenuta nell'art. 2, si evince che la stessa deve mirare alla continuazione, in tutto o in parte, dell'impresa.

Ovviamente tale tendenza a favorire l'emersione anticipata della crisi e la continuità aziendale, così come in generale qualsiasi altra tendenza, è legata al particolare momento storico e non si può dire, in definitiva, che vi è mai stato o vi potrà mai essere un netto "confine" tra l'interesse pubblico alla continuazione dell'attività aziendale e quello privato alla liquidazione né tantomeno una netta prevalenza dell'uno sull'altro.

In tale quadro, vi è, tuttavia, una stella polare: proteggere l'interesse dei creditori. Resta questo l'obiettivo a cui tendono, in ultima istanza, le procedure concorsuali. E una conferma di ciò proviene anche dalla legge: è sì ammessa e favorita la continuità aziendale ma non a tutti i costi. Infatti, ai sensi dell'art. 104, c. 1, l. fall. rubricato *Esercizio provvisorio dell'impresa del fallito*, "il Tribunale può disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda [...] purché non arrechi pregiudizio ai creditori". E, inoltre, in merito al concordato cosiddetto con continuità aziendale, la legge fallimentare (art. 186-bis, c. 2, lett. b)) sancisce che la prosecuzione dell'attività d'impresa deve essere "funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" e ciò deve risultare dalle attestazioni del professionista indipendente. Infine, l'ultimo comma dell'art. 186-bis prevede espressamente che se nell'ambito di un concordato con continuità aziendale, "l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il Tribunale provvede ai sensi dell'articolo 173". Ossia procede con la revoca dell'ammissione al concordato anche se resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato.

Ma questo non è tutto, in quanto la continuità aziendale ha una sua rilevanza non solo nella fase di crisi o di insolvenza dell'impresa ma anche in quel periodo in cui l'impresa è florida.

Per capire quale sia l'importanza, bisogna partire dallo stretto legame esistente tra la continuità aziendale e il principio di solvenza. Per chiarezza espositiva, precisiamo

innanzitutto che la “solvenza” consiste nella “*capacità dell’impresa di soddisfare programmaticamente ed in maniera integrale i creditori alla scadenza delle obbligazioni ad essa facenti capo*”<sup>94</sup>. E, dunque, ponendola in relazione con la continuità aziendale possiamo notare che vi è un diverso rapporto tra i due principi correlato alla situazione economica in cui si trova l’impresa. Nello specifico, se l’impresa è *in bonis*, la gestione è condotta con continuità e in modo efficiente. La solvenza ha un peso ridotto in quanto l’imprenditore *in bonis* è in grado, con naturalezza, di rispettare tale principio, adempiendo alle proprie obbligazioni. A necessitare di tutela è, in questo caso, la continuità aziendale, poiché *in primis* la continuità aziendale è essenziale perché possa realizzarsi l’oggetto dell’attività a beneficio dell’imprenditore o dei soci. In secondo luogo, la continuità va tutelata sia per il ceto creditorio sia, in generale, per la collettività, atteso che è nell’interesse di tutto il mercato conservare un’attività imprenditoriale virtuosa (si pensi ad es. alla concorrenza, alla tutela dei livelli occupazionali, *etc.*).

Viceversa qualora l’impresa cominci ad avvertire il sentore della crisi (c.d. *twilight zone*<sup>95</sup>), aumenta il peso specifico del principio di solvenza poiché il legislatore punta a tutelare gli interessi dei creditori a dispetto della continuità aziendale e dell’interesse imprenditoriale alla redditività. D’altronde con l’aggravarsi della crisi, l’importanza del principio di solvenza cresce, cosicché l’ordinamento lo tutela, a discapito, stavolta – come si è già sottolineato – della continuità aziendale. Infatti l’impresa in difficoltà che, incurante dei suoi problemi, continui ad esercitare la propria attività, costituisce un pericolo per la sicurezza del sistema economico dal momento che potrebbe innescarsi un contagio a catena degli *stakeholders* (ad es. fornitori) e, di conseguenza, una crisi sistemica.

Oltre al già visto *favor legis* per l’interesse dei creditori, l’ordinamento giuridico, al fine di scoraggiare la continuazione dell’attività aziendale dopo l’insolvenza, nel caso in cui

---

<sup>94</sup>Cit. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 112

<sup>95</sup> Con il termine *twilight zone* – introdotto da una Guida Uncitral e diventato, a pieno titolo, di uso comune in materia – si fa riferimento alla fase di pre-crisi, ossia a quella fase – che è stata anche definita “fase crepuscolare” – antecedente ad una vera e propria crisi e caratterizzata dal fatto che ha avuto inizio una sorta di declino ma ancora non risulta pregiudicato il ricorso al credito. Il mancato intervento in tale fase determina un ulteriore peggioramento delle sorti dell’impresa e quindi l’avvento di una fase di crisi (reversibile) – che è una probabilità di futura insolvenza – ed eventualmente di una fase di insolvenza (ossia di crisi irreversibile)

non vi siano delle prospettive di risanamento o l'intenzione di ricapitalizzare, ha previsto delle norme più severe per i reati di bancarotta e insolvenza fraudolenta.

A conclusione dei ragionamenti condotti, volendo trovare una sorta di equilibrio tra le diverse istanze che emergono – ossia tra quello che abbiamo definito interesse pubblico alla continuazione dell'attività e l'interesse cosiddetto privato alla liquidazione – si può affermare che sarebbe auspicabile favorire la continuità aziendale ma solo nell'eventualità in cui questa si presenta come “effettiva”, nel senso che *“un tentativo di risanamento dovrebbe ritenersi meritorio – e comunque lecito – solo qualora sussista la concreta aspettativa di ripristinare la normale attività d'impresa”*<sup>96</sup>.

Tale opinione trae spunto dalla giurisprudenza recente. In particolare, il Tribunale di Firenze, con decreto del 12.02.2018 in sede di omologazione del concordato preventivo di una nota impresa, ha negato l'omologa in quanto *“per ritenere integrata la continuità non è sufficiente - perché è opzione semplicistica - che l'azienda trasferita non abbia “chiuso i battenti”, essendo invece necessario verificare se l'impresa sia effettivamente in grado di continuare ad operare e, anche solo potenzialmente, generare utili a prescindere dalle iniezioni finanziarie dell'acquirente: solo in tal caso, infatti, è possibile sostenere l'effettiva esistenza di una continuità aziendale, pena, altrimenti, una estensione generalizzata della norma di favore di cui all'art. 186 bis l. f. a tutte le aziende formalmente attive anche se di fatto incapaci di consentire una prosecuzione dell'operatività anche sotto l'egida di un diverso imprenditore”*.

## **5. L'importanza del fattore tempo per l'impresa in crisi**

### **5.1. Dalla logica dell'emergenza a quella della prevenzione: l'emersione tempestiva della crisi**

Come già si sottolineava nel paragrafo precedente, le riforme risalenti al biennio 2005-2006, possono essere ricordate per l'inversione di rotta che il legislatore ha voluto effettuare. Se, infatti, la legge fallimentare del 1942 aveva come perno la tutela dei

---

<sup>96</sup>Cit. MACAGNO G. P., *Continuità aziendale effettiva verso apparente: i confini mobili del concordato preventivo hanno trovato un argine?* in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, n. 7/2018, pp. 889 ss.

creditori e il principio della *parcondiciocreditorum*, ad oggi si può dire che il *leitmotiv* delle riforme in materia sia la *prevenzione della crisi*, volta ad evitare che la situazione di difficoltà si aggravi irrimediabilmente e che la disgregazione del patrimonio aziendale sia una naturale conseguenza. Inoltre, sebbene il fine ultimo delle norme sulla crisi d'impresa rimanga sempre la tutela dei creditori, ha acquistato maggiore rilievo anche la continuità dell'attività aziendale.

Storicamente, questo mutamento può farsi risalire agli anni Settanta. Infatti già da quell'epoca la giurisprudenza e il legislatore sono intervenuti per imprimere una nuova direzione al sistema. Non si può negare, infatti, che i primi germi di questa nuova prospettiva, improntata alla prevenzione e alla continuità aziendale, si possano rintracciare nell'*amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi* introdotta con la legge 03.04.1979, n. 95<sup>97</sup>, con la quale il legislatore ha voluto dare alle imprese di dimensioni rilevanti la possibilità di conservare “*il patrimonio produttivo, mediante prosecuzione, riattivazione o riconversione delle attività imprenditoriali*”<sup>98</sup>.

Tuttavia, solo in tempi recenti, questa prospettiva ha preso nuovamente vigore ed è stata estesa all'impresa in generale. L'intenzione del legislatore di fare propri nuovi obiettivi emerge chiaramente, ad esempio, dalla Relazione accompagnatoria del d. lgs. n. 5/2006, nella quale è scritto che “*qualsiasi tentativo di riforma della materia non soltanto deve risultare compatibile con la legislazione europea, ma deve anche ispirarsi ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale*”.

Già nella riforma del 2006, dunque, e ancora oggi nelle riforme in corso, il legislatore ha compiuto delle scelte in tale direzione. Ad esempio è stata messa da parte la concezione meramente liquidatoria del concordato preventivo ed è stato introdotto il cosiddetto concordato con continuità aziendale; sono stati previsti nuovi strumenti – quali il piano di risanamento (art. 67, c. 3, lett. d, l. fall.), gli accordi di ristrutturazione

---

<sup>97</sup> L'istituto introdotto nel 1979 è stato radicalmente riformato dal d. lgs. 08.07.1999, n. 270.

Inoltre il legislatore ha previsto un ulteriore istituto che è l'*amministrazione straordinaria speciale* (d.l. 23.12.2003, n. 347 convertito nella l. 18.02.2004, n. 39 e più volte modificato) riservata alle imprese di maggiori dimensioni.

<sup>98</sup> Art. 1, d.lgs. 270/2003

dei debiti (art. 182-bis, l. fall.), gli accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari (art. 182-septies, c.1, l. fall.) e le convenzioni di moratoria (art. 182-septies, c.5, l. fall.) – che puntano alla ristrutturazione della posizione debitoria dell’impresa, nell’ottica della continuità aziendale; si è cercato e si cerca tutt’ora di anticipare il momento di emersione della crisi, in quanto l’emersione tempestiva delle difficoltà aziendali è una condizione imprescindibile per avviare una procedura che punti alla continuità ma anche per liquidare con maggiore convenienza il patrimonio aziendale.

L’obiettivo della prevenzione e del risanamento non è un fatto solo italiano dal momento che tale inversione di tendenza si è registrata in diversi Paesi<sup>99</sup>, i quali possono essere considerati dei pionieri rispetto al nostro. Infatti, molti Stati del continente europeo, ispirandosi all’esperienza americana, già dalla seconda metà degli anni ’70 del secolo scorso, hanno manifestato un certo *favor* per la conservazione dell’impresa a seguito di una situazione di crisi. La *ratio* è la forte convinzione che l’impresa rappresenti un valore in sé al pari dell’interesse dei creditori e vada preservata a prescindere dalla figura dell’imprenditore e dalla sua decisione di attivarsi per fronteggiare la crisi con degli strumenti adeguati.

*“Una ricerca condotta dall’università di Heidelberg ha rivelato che quasi due terzi degli Stati dell’Unione Europea prevedono procedure di preinsolvenza o procedure ibride [...] rivolte alla riorganizzazione delle imprese piuttosto che alla mera liquidazione”*<sup>100</sup>.

Anche la stessa Unione Europea ha manifestato e continua a manifestare una crescente attenzione verso gli strumenti di prevenzione dell’insolvenza e di risanamento delle imprese in crisi. In particolare, la Raccomandazione della Commissione UE del 12 marzo 2014 (2014/135/UE) – *“che può considerarsi la principale matrice d’ispirazione del nuovo istituto delle procedure d’allerta”*<sup>101</sup> – invitava gli Stati membri ad adottare, entro il 14 marzo 2015, nuove regole sulla crisi che disciplinassero – tra gli altri temi – l’emersione tempestiva della crisi d’impresa.

---

<sup>99</sup> Ad es. un Paese in cui è sempre stata forte l’attenzione per la prevenzione delle crisi d’impresa è la Francia. Dell’esperienza francese, come delle spinte dell’Unione Europea, si tratterà ampiamente nei capitoli successivi

<sup>100</sup> Cit. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 15

<sup>101</sup> Cit. BENEDETTI L., *Le procedure d’allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, in VIII Convegno annuale dell’associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, *“Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”*; Roma, 17-18 febbraio 2017

Tale previsione veniva recepita anche in atti successivi delle istituzioni europee ed è destinata a determinare un nuovo corso in tutti i Paesi del Vecchio Continente che fanno parte dell'Unione Europea.

Nel nostro ordinamento, l'esigenza di stimolare l'emersione anticipata della crisi d'impresa e di prevenire l'insolvenza è attuata nella legge delega all'art. 4 che disciplina le cosiddette "*procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*".

Inoltre l'art. 14 della stessa legge delega – rubricato "*Modifiche al Codice civile*" – al c. 1, lett. b) sancisce che il Governo, nel procedere alle modifiche del Codice civile, necessarie per l'attuazione dei principi contenuti nella legge stessa, dovrà prevedere "*il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*".

Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi rappresentano una novità nell'ordinamento giuridico, ma non si può dire che il tema sia sconosciuto al nostro Paese, atteso che in passato sono stati molteplici i tentativi di introdurle. Tra tutti si può ricordare il tentativo esperito dalle due commissioni Trevisanato tra il 2001 e il 2004<sup>102</sup> che tuttavia non portò all'introduzione di nessuna misura di allerta con i provvedimenti che furono all'epoca promulgati, probabilmente a causa del fatto che i tempi e la mentalità risultavano decisamente poco maturi.

Nel corso degli anni, inoltre, da più parti si è sottolineata l'importanza e la necessità di tali misure e diverse sollecitazioni alla loro introduzione sono provenute sia dal mondo giuridico, che da altri soggetti.

Ad esempio il Consiglio Nazionale dei Dottori commercialisti, nel gennaio 2005, ha elaborato una relazione su tali tematiche intitolata "*Crisi d'impresa: strumenti per l'individuazione di una procedura di allerta*". Inoltre lo stesso Consiglio ha organizzato un convegno a Milano il 27 giugno 2013 avente per oggetto "*L'efficacia della legislazione sulla crisi d'impresa; le prospettive della "procédure d'alerte"*", durante il quale si è discusso dell'opportunità di trarre spunto dalle misure già collaudate

---

<sup>102</sup>Il 2001 è l'anno in cui fu istituita la prima commissione, il 2004 quello in cui la seconda commissione terminò i propri lavori. Quello delle commissioni Trevisanato (v. cap. II, par. 3) fu solo uno dei tentativi volti ad introdurre delle procedure di allerta e di gestione assistita della crisi. Gli altri tentativi sono trattati ampiamente nel cap. II, par. 2

nell'ordinamento francese. Tutto questo è sicuramente sintomo di un crescente interesse del sistema economico-industriale italiano verso le misure di prevenzione della crisi, destinate “*a far emergere col maggior anticipo possibile le situazioni di crisi aziendale rispetto al loro irreversibile concludersi*”<sup>103</sup>.

L'obiettivo di salvare l'attività d'impresa e di scongiurare la liquidazione degli *assets* aziendali non può assolutamente prescindere, dunque, da un *intervento tempestivo*. Rilevare o esternare con ritardo la crisi potrebbe, infatti, rivelarsi fatale poiché verrebbe compromessa in modo irrimediabile la possibilità di proseguire l'attività d'impresa e di trarne ancora utilità economica.

Autorevole dottrina ha sottolineato, tuttavia, come sia impossibile quantificare in termini di danno risarcibile l'omesso avvio di una procedura volta al salvataggio dell'impresa<sup>104</sup>.

D'altronde, come si accennava in precedenza, i nuovi obiettivi fissati dal legislatore non fanno venir meno e non devono offuscare il fine ultimo delle procedure d'insolvenza che è la tutela degli interessi dei creditori. Per questo motivo, bisogna puntare sì a degli interventi tempestivi e al salvataggio delle imprese in crisi ma senza abusare delle regole di favore previste dal legislatore. Anche perché è indubitabile che la crisi abbia, in un certo senso, il suo aspetto positivo: tra le imprese che vivono in uno stato di difficoltà, solo le più virtuose sono in grado di riemergere dalla crisi, mentre quelle peggiori sono destinate ad uscire dal sistema. Questo è stato definito “*l'effetto ecologico*” della crisi<sup>105</sup> e consente di mantenere in equilibrio l'intero mercato. In altri termini, non bisogna cadere nell'inganno di auspicare un'emersione tempestiva della crisi e di puntare ad un salvataggio di massa delle imprese in difficoltà. Le procedure di insolvenza sono strumenti pensati per la tutela dei creditori, non per limitare i deficit occupazionali o per salvaguardare in modo generalizzato le imprese in crisi in un periodo di recessione.

D'altra parte non bisogna neppure ritenere che il legislatore abbia omesso di tutelare

---

<sup>103</sup> Cit. PELLEGATTA A., *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, in [http://www.ilcaso.it/articoli/cri.php?id\\_cont=938.php](http://www.ilcaso.it/articoli/cri.php?id_cont=938.php), 08/03/2017

<sup>104</sup> DE FERRA G., *La riforma societaria e gli istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali* in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 1/2005, p. 472

<sup>105</sup>SCIARELLI S., *La crisi d'impresa*, Cedam, Padova, 1995, pp. 33 ss.. L'autore riprende, però, un concetto di BOOTH S., espresso in *Crisis management strategy. Competition and change in moderne enterprises* (1993)

quelle situazioni giuridiche soggettive che sono “protette” dalla Costituzione. E’ il caso, ad esempio, del rapporto di lavoro. Infatti l’art. 2, c. 1, lett. p) della legge delega prevede che il legislatore delegato dovrà “*armonizzare le procedure di gestione della crisi e dell’insolvenza del datore di lavoro con le forme di tutela dell’occupazione e del reddito dei lavoratori che trovano fondamento nella Carta sociale europea [...]*”.

Dunque, l’emersione tempestiva della crisi, la riorganizzazione, la continuazione dell’attività aziendale sono da favorire ma solo se quest’ultimo obiettivo risulti in concreto fattibile<sup>106</sup> cosicché la prospettiva di tutelare l’interesse dell’impresa – che è quello di continuare ad esistere – e il diritto all’iniziativa economica privata (art. 41 Cost.) giustifichino il ridimensionamento del valore primario che è l’interesse dei creditori.

È doveroso precisare che dall’art. 4 della legge delega si evince chiaramente che l’intenzione del legislatore non è solo quella di far emergere tempestivamente la crisi al fine di garantire una riorganizzazione dell’impresa ma anche quella di avere un accertamento tempestivo dell’insolvenza cosicché si possa avviare per tempo la liquidazione giudiziale degli *assets* aziendali. Infatti, è nell’interesse degli attori avviare precocemente la liquidazione giudiziale per non incorrere nel rischio che il patrimonio aziendale diventi obsoleto e non sia più cedibile o, comunque, che se ne tragga una remunerazione inferiore rispetto a quella che si sarebbe potuta trarre da una liquidazione tempestiva. E, inoltre, è inevitabile che con il decorso del tempo venga meno l’avviamento e perdano valore anche i beni immateriali.

Questo è ben chiaro al legislatore che all’art. 4, c. 1, lett. h) ha previsto l’obbligo per il Governo di “*prevedere delle misure premiali, sia di natura patrimoniale, sia in termini di responsabilità personale, in favore dell’imprenditore che ha tempestivamente [...] proposto ricorso per l’apertura della procedura di liquidazione giudiziale*”.

In definitiva, quindi, la tempestiva emersione della crisi è indispensabile per avviare una gestione efficace della crisi stessa e per tutelare in modo proficuo le posizioni giuridiche soggettive, a prescindere dalla soluzione – conservativa o liquidatoria – a cui si perverrà.

---

<sup>106</sup> Tale soluzione è quella accolta oggi non solo nell’ordinamento italiano ma anche in altri ordinamenti tra cui quello spagnolo, quello tedesco e – come si diceva – quello francese. Semplificando, si può affermare che tutti questi ordinamenti esprimono una preferenza per il salvataggio dell’impresa e lasciano come soluzione residuale la liquidazione del patrimonio aziendale. Le soluzioni intermedie sono la ristrutturazione dei debiti e la riorganizzazione aziendale

Dato per certo che la tempestività non può che essere un vantaggio nella gestione della crisi, a prescindere dalla continuazione dell'attività, un problema che la dottrina si è sempre posto è capire in termini temporali cosa significhi tempestività.

Sempre all'art. 4, c. 1, lett. h) della legge delega, il legislatore ha stabilito un termine ben preciso, sancendo che toccherà al Governo *“prevedere che il requisito della tempestività ricorra esclusivamente quando il debitore abbia proposto una delle predette istanze, entro il termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l'indice di rotazione dei crediti, l'indice di rotazione del magazzino e l'indice di liquidità”*.

Indubbiamente, poi, dalla prassi emerge che *“più grande è l'impresa maggiormente anticipato deve essere il tempo dell'allerta”*<sup>107</sup>. Tuttavia, non vi è un momento in cui si possa affermare che l'emersione della crisi sia tardiva. Infatti, a seconda del momento in cui la difficoltà emerge, tale esternazione ha sempre una sua utilità.

Nella fase pre-crisi, esternare le prime criticità equivale ad evitare che l'impresa venga a trovarsi in una situazione di difficoltà. Successivamente, una volta che la crisi si sia manifestata, l'emersione tempestiva evita che la stessa si aggravi e si evolva in insolvenza. Quando la crisi è conclamata, l'emersione della crisi potrebbe comunque considerarsi tempestiva se consente di riorganizzare l'impresa evitando che lo stato di crisi si aggravi in modo irrimediabile. E ancora, se l'impresa è in una situazione di insolvenza irrimediabile e l'unica strada da percorrere resta la liquidazione giudiziale, far emergere senza indugi l'insolvenza è utile per evitare che si disperda completamente il valore economico dell'impresa.

Senza dubbio sarebbe ideale rendere palesi già le prime difficoltà, ma questo – perlomeno nella mentalità italiana – cozza con due convinzioni ricorrenti. Se da una parte, infatti, l'imprenditore in crisi è restio a rendere pubbliche le proprie difficoltà perché prova vergogna per la disfatta del proprio progetto. Dall'altra, il mercato è spesso spietato verso chi esterna la propria crisi, tende a non concedere più credito e così, ben presto, da poche avvisaglie di crisi si arriva al tracollo. Sicuramente va operata

---

<sup>107</sup> Cit. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 2. L'autore riprende QUAGLIOTTI L., *Legge sulle crisi d'impresa o crisi del legislatore*, in PATALANO C. & SANTINI C. (a cura di), *Profili di gestione delle crisi. Il mercato, le imprese, le società*, Cedam, Padova, 2013

una trasformazione delle radicate convinzioni culturali, prima ancora che un intervento sul sistema legislativo, però certamente partire da nuovi istituti di *early warning*, da nuove possibilità di gestione della crisi potrebbe essere una miccia per rivoluzionare anche la mentalità degli attori del sistema economico.

## ***5.2. Gli obiettivi della velocizzazione e della riduzione dei costi delle procedure di gestione della crisi***

Un altro obiettivo attinente alla sfera temporale che il legislatore da sempre si è posto è quello della velocizzazione delle procedure di gestione della crisi d'impresa.

La *ratio* sottostante a tale obiettivo è la necessità di riallocare tempestivamente le risorse economiche. Infatti, al pari della tempestiva emersione della crisi, la velocizzazione delle procedure impedisce il “*dissolvimento dell’azienda e il deperimento dei valori organizzativi*”<sup>108</sup>.

Si tratta di un obiettivo di ampio respiro atteso che è stata l’Unione Europea *in primis* ad aver sollevato il problema della durata irragionevole delle procedure, invitando a “*ridurre la durata eccessiva delle procedure di insolvenza in molti Stati membri, che determina incertezza giuridica per i creditori e gli investitori e bassi tassi di recupero*”<sup>109</sup>.

Il legislatore delegante, in linea con le richieste eurounitarie, nella legge delega (art. 2, c. 1, lett. 1)) chiede al Governo di “*ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali*”.

Preme sottolineare che il riferimento ai costi non è un di più, anzi completa la previsione poiché i costi hanno un’incidenza in due diverse direzioni. Da una parte, infatti – oltre alle lungaggini burocratiche e alla lentezza patologica del sistema giudiziario – anche gli elevati costi di attivazione e di gestione delle procedure possono allungare i tempi di risoluzione della crisi poiché ne ritardano l’emersione in quanto inducono l’imprenditore o gli amministratori ad occultarne i sintomi.

---

<sup>108</sup> Cit. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 12

<sup>109</sup> Considerando n.39, proposta di direttiva UE DEL 22.11.2016. In realtà è bene notare che vi sono altre fonti che ribadiscono lo stesso punto. Ad es. il Considerando n. 17 della Raccomandazione della Commissione UE n. 135 del 12.03.2014 sancisce che “*la procedura di ristrutturazione non dovrebbe essere lunga né costosa*”

E dall'altra, ogni ritardo nell'emersione della crisi e nella gestione della stessa si traduce in un aggravio delle perdite e dei costi dell'attività d'impresa che noccono all'imprenditore e ai creditori.

Nell'ottica di velocizzare il sistema, ancor prima della previsione contenuta nella legge delega, il legislatore ha apportato delle modifiche alle procedure concorsuali esistenti. Ad esempio, sono stati previsti dei termini stringenti per le singole fasi e per la conclusione del fallimento e del concordato preventivo; nell'ambito del fallimento, è stata introdotta la possibilità per il curatore di *“cedere i crediti, compresi quelli di natura fiscale o futuri, anche se oggetto di contestazione”* o in alternativa di *“stipulare contratti di mandato per la riscossione dei crediti”*<sup>110</sup> nell'ottica di evitare ritardi causati dalla lunghezza eccessiva dei contenziosi; o ancora fondamentale per velocizzare il fallimento è il comma 4 dell'art. 43, l fall. secondo il quale *“Le controversie in cui è parte un fallimento sono trattate con priorità”*<sup>111</sup>.

Il legislatore delegante ha provato a contribuire a tale causa introducendo diversi principi a cui il Governo dovrà dare attuazione. Nello specifico, al fine di porre rimedio ad un serio problema – che è quello dell'assorbimento dell'attivo da parte delle stesse procedure, con ulteriore aggravio dei creditori – nell'art. 2, c. 1, lett. l) della legge delega, si è previsto che il Governo, oltre a *“ridurre la durata e i costi delle procedure concorsuali”*, dovrà adottare delle misure propedeutiche alla *“responsabilizzazione degli organi di gestione e di contenimento delle ipotesi di prededuzione, con riguardo altresì ai compensi dei professionisti, al fine di evitare che il pagamento dei crediti prededucibili assorba in misura rilevante l'attivo delle procedure”*.

Nell'ottica della semplificazione del sistema processuale, invece, l'art. 2, c. 1, lett. h) della legge delega ha sancito che sarà compito del legislatore delegato *“uniformare e semplificare, in raccordo con le disposizioni sul processo civile telematico, la disciplina dei diversi riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale”*. A tal fine il delegante, all'art. 2, c. 1, lett. i) ha anche previsto che *“la notificazione nei confronti del debitore, che sia un professionista o unimprenditore, degli atti delle procedure concorsuali e, in particolare, dell'atto che dà inizio al procedimento di accertamento dello stato di crisi abbia luogo obbligatoriamente all'indirizzo del servizio elettronico di*

---

<sup>110</sup> Art. 106, l fall. così come modificato dal decr. lgs. 09.01.2006, n. 5, in vigore dal 16.07.2006

<sup>111</sup> Art. 43, c. 4, l fall. Comma aggiunto dall' art. 7, c. 1, d.l. 27.06.2015, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla L. 6.08.2015, n. 132

*recapito certificato qualificato o di posta elettronica certificata del debitore risultante dal registro delle imprese ovvero dall'indice nazionale degli indirizzi di posta elettronica certificata (INI-PEC) delle imprese e dei professionisti” e, nel caso in cui tale notificazione non dovesse avere esito positivo, per causa imputabile al destinatario, si ricorrerà ad una procedura telematica alternativa che il Governo dovrà introdurre con la disciplina di attuazione. Infine, bisogna notare che l'imprenditore sarà tenuto a “mantenere attivo l'indirizzo del servizio elettronico di recapito certificato qualificato o di posta elettronica certificata comunicato all'INI-PEC per un anno decorrente dalla data della cancellazione dal registro delle imprese”.*

Inoltre, l'intenzione del legislatore di efficientare le procedure di gestione della crisi sia dal punto di vista dei costi che dal punto di vista della durata, emerge anche da altri Principi generali previsti dall'art. 2 della legge delega.

*In primis*, il legislatore ha previsto che il Governo si dovrà occupare della riorganizzazione del lavoro dei giudici e dei professionisti che gestiscono le procedure. A tal proposito, l'art. 2, c. 1, lett. n) detta delle linee guida tra cui rientra la “*specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale*”. Tale punto appare molto delicato e la norma non è stata esente da critiche in quanto va a creare un sistema – decisamente confusionario – che prevede una tripartizione di competenze che risulta, probabilmente, più utile a “*premiare le clientele sacrificando l'efficienza, a dare soddisfazione a giudici e professionisti interessati al localismo*”<sup>112</sup>, piuttosto che a raggiungere una specializzazione concreta. La tripartizione su cui si fonda la competenza è la seguente:

- i tribunali in cui hanno sede le sezioni specializzate in materia di impresa saranno competenti per le procedure concorsuali e per le cause che da esse derivano, relative alle imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di dimensioni rivelanti.
- In secondo luogo, restano invariati i criteri attualmente vigenti per l'attribuzione della competenza relativa alle procedure di crisi o insolvenza del consumatore, del professionista e dell'imprenditore in possesso del profilo dimensionale ridotto.

---

<sup>112</sup>Cit. DI MARZIO F., *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza - Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 28

- Infine, sono precisati, in modo dettagliato, degli indicatori (legge delega art. 2, c. 1, lett. n ) su cui il legislatore delegato dovrà focalizzare la propria attenzione al fine di individuare, tra i tribunali esistenti, quelli competenti alla trattazione delle procedure concorsuali relative alle imprese diverse da quelle rientranti nei due casi precedenti.

Inoltre, per contenere il numero delle procedure concorsuali è eliminata, la possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio (ipotesi di cui all'art. 3, c. 1, del d. lgs. 08.07.1999, n. 270)<sup>113</sup>.

Va poi notato che il delegante, sempre nell'ottica di semplificazione del sistema, ha sancito delle novità in merito all'accertamento dei presupposti per l'applicazione delle procedure di gestione della crisi. L'art. 2, c. 1, lett. d) prevede che il Governo dovrà *“adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, in conformità all'articolo 15 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e con caratteristiche di particolare celerità, anche in fase di reclamo [...]”*. E inoltre, a quest'unico modello processuale sarà assoggettata *“ogni categoria di debitore, sia esso persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dei soli enti pubblici [...]”*<sup>114</sup>.

Fatte queste considerazioni in merito alle novità introdotte dalla legge delega con l'intenzione di semplificare il sistema processuale relativo alle misure di risoluzione delle crisi d'impresa, di ridurre i costi e accorciarne i tempi, è doveroso augurarsi che la riforma sia portata a compimento dal legislatore delegato e che, perlomeno, si riescano a piantare i semi dell'efficientamento del sistema.

Nel nostro Paese, infatti, sono ancora numerose le problematiche legate a queste tematiche e si è ben lontani dal riuscire a giocare d'anticipo rispetto ad una situazione di crisi. Inutile aggiungere anche che si è distanti anni luce dalle medie europee per quanto attiene alla durata delle procedure e ai costi delle stesse. E si è ben al di sotto delle percentuali di realizzo degli altri Paesi del nostro continente. Queste dinamiche, che traggono origine dagli alti costi connessi all'inefficienza delle procedure concorsuali, vanno per ovvie ragioni ad incidere negativamente sulla competitività delle imprese nostrane ed è anche per questo che, oltre agli interventi mirati da parte del legislatore,

---

<sup>113</sup> Art. 2, c. 1, lett. b) legge delega

<sup>114</sup> Art. 2, c. 1, lett. e) legge delega

bisognerebbe auspicare una presa di coscienza del mondo imprenditoriale, il quale dovrebbe mettere da parte remore e “*disagi reputazionali*”<sup>115</sup> per far emergere tempestivamente le situazioni di crisi.

## **6. L’obiettivo della degiurisdizionalizzazione**

Col termine “degiurisdizionalizzazione” si intende il “*ridimensionamento della competenza giurisdizionale*”<sup>116</sup> nell’ambito della gestione della crisi d’impresa e ci si riferisce ad un ulteriore obiettivo che il legislatore si è posto nel riformare la materia.

Trae origine, certamente, da un approccio completamente nuovo che caratterizza le riforme e che, in un certo senso, avvicina il nostro ordinamento agli ordinamenti di *common law*, i quali storicamente hanno sempre prestato molta attenzione alla figura del debitore (c.d. ordinamenti *debtor oriented*).

In particolare, in questo cambiamento di direzione che ha contraddistinto le ultime riforme in materia concorsuale, il legislatore ha abbandonato il caratteristico approccio afflittivo che manifestava nei confronti del debitore per prediligere un trattamento diverso, decisamente più moderato.

Questa nuova impostazione nasce, senza dubbio, da diverse concezioni poste a fondamento della riforma. *In primis* si guarda alla crisi considerandola una difficoltà oggettiva, una situazione particolare in cui l’impresa viene a trovarsi per cause che generalmente prescindono dalle intenzioni dell’imprenditore. Inoltre, l’impresa in difficoltà non è più considerata “*una pianta malata nell’hortus dell’economia*”<sup>117</sup>, anzi – come già si diceva – autorevole dottrina<sup>118</sup> sostiene che la crisi abbia un “*effetto ecologico*” a vantaggio del mercato.

In secondo luogo, il fine ultimo delle procedure concorsuali è la tutela dell’interesse dei creditori e – qualora sia compatibile con questo – la disciplina relativa alla gestione

---

<sup>115</sup> Cit. FERRI A., *La procedura di allerta tra il D.L. n. 83/2015, la legge delega di riforma e le bozze di decreti attuativi* in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/la-procedura-di-allerta-tra-il-dl-n-832015-la-legge-delega-di-riforma-e-le-bozze-di> , 01/09/2018

<sup>116</sup> Cit. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 7

<sup>117</sup> Cit. CARNELUTTI F., *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958

<sup>118</sup> Cfr. ad es. SCIARELLI S., *La crisi d’impresa*, Cedam, Padova, 1995, pp. 33 ss.. Si veda il paragrafo 5.1 in cui si è già trattata la questione

della crisi d'impresa persegue l'obiettivo di salvaguardare la continuità aziendale o, in ultima istanza, di liquidare al meglio gli *assets* aziendali, tramite un'emersione tempestiva della crisi.

La linea guida della degiurisdizionalizzazione non è un obiettivo tipico del sistema italiano. È anche questa una sorta di *leitmotiv* comune a tutti gli ordinamenti continentali<sup>119</sup>. Si può dire che riassume in sé due diverse declinazioni. La prima è la “contrattualizzazione” della gestione della crisi d'impresa, in virtù della quale l'insolvenza dall'essere soltanto un fatto accertato e gestito dall'autorità giudiziaria diventa *anche* un fatto “privato” nel senso che è accresciuta l'autonomia decisionale dei creditori e vi è una maggiore apertura dell'impresa in crisi nei confronti di imprenditori-investitori terzi che contribuiscono alla risoluzione della crisi stessa.

La seconda accezione della degiurisdizionalizzazione è l' “arretramento” della posizione del giudice: l'autorità giudiziaria vede diminuire le proprie competenze a fronte dell'ascesa della figura del curatore fallimentare a cui è affidata l'amministrazione del patrimonio fallimentare, sotto la vigilanza del comitato dei creditori o, in sostituzione, del giudice delegato (art.41, l. fall.)<sup>120</sup>.

Preme sottolineare che autorevole dottrina<sup>121</sup> ha ribadito come non si possa parlare di “privatizzazione dell'insolvenza” rispetto a determinate procedure – quali l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (d.lgs. n. 270/1999) e l'amministrazione speciale di cui al decreto Marzano (d.l. n. 347/2003 convertito nella l. n. 39/2004) – atteso che sono affidate alla conduzione dell'autorità amministrativa e, dunque, già di per sé è contenuta l'area d'intervento dell'autorità giudiziaria, sebbene traspaia una concezione tipicamente statalista più che liberale.

Va notato che la degiurisdizionalizzazione non intende sminuire il ruolo del giudice, il quale resta pur sempre una figura di rilievo nella gestione della crisi d'impresa: egli ha un ruolo di tutela dei diritti concorsuali in conflitto tra loro e, in ultima istanza, è un presidio posto a salvaguardia dell'intero sistema poiché si cura di evitare che questo non diventi un luogo di impunità. Non va, dunque, confuso con un mero spettatore.

---

<sup>119</sup> Ad es. si può pensare alla Spagna, alla Germania, al Belgio, al Regno Unito e alla Francia in cui vi è la procedura di *conciliation* – di cui si parlerà approfonditamente nel prosieguo – che si caratterizza proprio per il ridimensionamento del ruolo dell'autorità giudiziaria

<sup>120</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., pp. 7 ss.

<sup>121</sup> Cfr. FABIANI M., *Fallimento e concordato preventivo*, vol. II, *Il concordato preventivo*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 16

D'altronde questa idea di giudice-spettatore potrebbe insidiarsi nella mente dei più, considerato che la legge delega, se da una parte sembra voler creare delle figure di giudici altamente specializzate in materia concorsuale e dunque onniscienti su questioni attinenti a tale sfera, dall'altra pare tendere un tranello. Quello di dipingere il giudice come una figura non solo depotenziata ma addirittura sminuita. L'art. 2, c. 1, lett. o) della legge delega, infatti, prevede che il Governo, nei decreti cosiddetti delegati dovrà *“istituire presso il Ministero della giustizia un albo dei soggetti, costituiti anche in forma associata o societaria, destinati a svolgere, su incarico del Tribunale, funzioni di gestione o di*

*controllo nell'ambito delle procedure concorsuali”*. In realtà tale albo fu già previsto in passato ma non trovò mai attuazione. Questo risponde a due diverse esigenze. La prima è quella di creare una lista dalla quale attingere in modo ordinato i soggetti che si occupano della gestione delle procedure, i quali vengono nominati dai giudici delegati e dai tribunali fallimentari, che hanno anche il compito di vigilare sul loro operato, confermarli o rimuoverli dall'incarico o, infine, sostituirli per responsabilità civile o penale. La seconda funzione è quella di creare un elenco di soggetti specializzati in materia, in una sorta di parallelismo con la specializzazione dei giudici<sup>122</sup>.

Soffermandosi ancora sulla legge delega, non si può fare a meno di notare che la crescente degiurisdizionalizzazione delle crisi d'impresa è evidentissima anche in relazione alle *procedure di allerta e di composizione assistita della crisi* (art. 4 legge delega).

Infatti, allo scopo di incentivare psicologicamente il debitore a far emergere tempestivamente la situazione di difficoltà al fine di raggiungere un accordo con i creditori, il legislatore delegante ha pensato bene di limitare per le procedure di allerta l'intervento dell'autorità giudiziaria. Tale modello – di cui si tratterà approfonditamente nel capitolo successivo – è dettato da una scelta pragmatica del legislatore che è stato ben consapevole delle remore tipiche dell'imprenditore italiano, il quale generalmente è poco incline ad ammettere la crisi anche a sé stesso. Probabilmente optare per un sistema differente magari più simile a quello francese – a cui, tuttavia, le procedure di allerta italiane si ispirano – avrebbe significato determinarne il sicuro insuccesso. Il modello francese, infatti, che si basa su una sorta di autoconfessione giudiziale,

---

<sup>122</sup> Cfr. DI MARZIO F., Opera cit., pp. 28-29

funziona molto bene poiché è decisamente diverso il tessuto economico-sociale d'oltralpe.

L'allerta, così come delineata nella legge delega, assegna un ruolo di protagonista ad un apposito organismo istituito presso le Camere di Commercio che ha il compito di cercare una soluzione concordata della crisi, interagendo con il debitore e i creditori. È previsto l'intervento del Tribunale ma solo nell'eventualità in cui – come meglio si vedrà – non si raggiunga un accordo oppure qualora sia l'imprenditore in crisi a rivolgersi all'autorità giudiziaria per chiedere l'adozione di *“misure protettive necessarie per condurre a termine le trattative in corso”* (art.4, c.1, lett. g).

L'assetto della legge delega prevede un possibile coinvolgimento del Tribunale che era assente nel testo consegnato dalla Commissione Rordorf al Ministro della Giustizia. Molti autori hanno valutato negativamente questo *addendum* comparso nel testo presentato al Parlamento, sottolineando che tale previsione era già contenuta nella riforma Trevisanato e probabilmente fu, all'epoca, la causa del mancato accoglimento delle procedure d'allerta che non furono particolarmente apprezzate poiché viste come *“un'indebita ingerenza nella libertà dell'imprenditore di gestire la crisi sino a quando questa non fosse sfociata in vero e proprio stato di insolvenza”*<sup>123</sup>.

L'intenzione originaria della Commissione Rordorf era quella di non prevedere alcun intervento da parte dell'autorità giudiziaria, affidando la gestione della procedura esclusivamente agli organismi istituiti presso le Camere di Commercio. Di questo resta traccia nell'*incipit* dell'art. 4 della legge delega che fa riferimento alla *“natura non giudiziale e confidenziale”* delle procedure d'allerta.

## ***7. La governance della crisi: prevenzione e gestione della crisi delle società***

Un principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico – anch'esso comune, per la verità, ad altri ordinamenti continentali – è quello secondo cui spetta agli

---

<sup>123</sup> BENEDETTI L., *Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, in VIII Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”; Roma, 17-18 febbraio 2017

amministratori della società l'arduo compito di denunciare tempestivamente la crisi per limitare la persistenza della persona giuridica "moribonda" sul mercato.

Tale compito è stato, negli anni passati, ancora più rilevante atteso che non vi era traccia nel nostro Paese di procedure d'allerta. Data tale circostanza, il debitore – e per esso l'organo amministrativo – ha dovuto e deve tutt'ora impegnarsi non solo ai fini dell'*emersione tempestiva* della crisi ma anche ai fini della *prevenzione* della stessa. Si tratta dunque, di "*doveri funzionali sia alla pronta scoperta di uno stato di crisi già sussistente, sia a limitarne la durata e/o gli effetti, sia ancora ad evitarne la sua stessa insorgenza*"<sup>124</sup>.

Ed è bene sottolineare – prima di passare oltre – che i medesimi doveri vanno rispettati anche nell'ambito delle società di persone e, in tal caso, i soggetti obbligati sono i soci.

La *bankruptcy governanceo governance della crisi* ricomprende, concretamente, tre diversi compiti:

- l'individuazione di quei fattori che possono mettere a rischio la continuità aziendale;
- l'individuazione della soluzione ottimale per garantire la continuità aziendale che risulta in pericolo;
- l'attuazione di tale soluzione<sup>125</sup>.

Va notato, tuttavia, che la dottrina non concorda unanimemente con tale tripartizione. Infatti, vi è un orientamento<sup>126</sup> – seppur minoritario – secondo il quale compito degli amministratori è soltanto la rilevazione e l'esternazione della crisi e non il risanamento dell'impresa. In pratica, quest'ultimo dovere sorgerebbe soltanto qualora l'attività d'impresa fosse proseguita dopo l'avvento della crisi.

A questa tesi si contrappone quella dottrina che ritiene, invece, che il risanamento sia un dovere specifico degli amministratori, riscontrabile già nel momento in cui si presentano i primi sintomi della crisi<sup>127</sup>.

In concreto, gli amministratori sono "*ritenuti destinatari del dovere di monitorare la situazione economica, finanziaria, patrimoniale e organizzativa, così come tutti quei*

---

<sup>124</sup> Cit. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 201

<sup>125</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 202

<sup>126</sup> Per tutti cfr. LUCIANO A. M., *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, Milano, 2016

<sup>127</sup> Per tutti cfr. BRIZZI F., *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Giappichelli, Torino, 2015

*parametri la cui valutazione risulti necessaria a rilevare la presenza di uno stato patologico di crisi, al fine di conoscerne tempestivamente l'eventuale esistenza e, conseguentemente, di adottare prontamente le contromisure necessarie ad affrontarlo e a favorirne il superamento”<sup>128</sup>.*

Tali compiti rientrano nell'ambito dei principi di corretta gestione dell'impresa, atteso che un'impresa che eserciti la propria attività con scarsa diligenza e in mancanza di una prospettiva di continuità aziendale costituisce un pericolo non solo per sé ma anche per i suoi *stakeholders* poiché potrebbe sia moltiplicare le proprie difficoltà che innescare delle crisi a catena<sup>129</sup>.

Tralasciando per un attimo il contesto italiano e focalizzando quello eurounitario, non si può fare a meno di considerare la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio in materia di procedure di ristrutturazione e di insolvenza, datata 22.11.2016, che all'art. 18 prevede testualmente che:

*“Gli Stati membri fissano disposizioni per garantire che, qualora sussista una probabilità di insolvenza, i dirigenti abbiano i seguenti obblighi:*

- (a) prendere misure immediate per ridurre al minimo le perdite per i creditori, i lavoratori, gli azionisti e le altre parti interessate;*
- (b) tenere debitamente conto degli interessi dei creditori e delle altre parti interessate;*
- (c) prendere misure ragionevoli per evitare l'insolvenza;*
- (d) evitare condotte che, deliberatamente o per grave negligenza, mettono in pericolo la sostenibilità economica dell'impresa.”*

Dobbiamo dedurre, dunque, che vi sono stati in passato degli *input* – questo riportato è solo un esempio – da parte dell'Unione Europea ad introdurre una disciplina specifica in materia. Ciò nonostante, il nostro Paese non è ancora riuscito ad adeguarsi. Manca, infatti, una normativa ordinata e completa – quantomeno in via programmatica – sulla responsabilità degli amministratori – e più in generale dei dirigenti – e sui loro doveri informativi e gestori. Ma attenzione, non in relazione alla gestione dell'impresa, bensì in relazione alla gestione della crisi d'impresa. Tuttavia – è bene notarlo – la dottrina e

---

<sup>128</sup> Cit. BENEDETTI L., *Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, in VIII Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”; Roma, 17-18 febbraio 2017

<sup>129</sup> Cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, pp. 354 ss.

la giurisprudenza, come spesso accade in questi casi, hanno colmato le lacune tramite quello che è il cosiddetto diritto vivente.

Non si può dubitare, *in primis*, del fatto che – sebbene la legislazione positiva sia molto carente – si possa ravvisare un dovere specifico degli amministratori di affrontare tempestivamente la crisi e di svolgere la propria attività anche nell’interesse dei creditori e non solo dei soci.

Addirittura vi è una parte della dottrina, la quale sostiene che “*quando la società è insolvente, il cordone ombelicale che lega gli amministratori agli azionisti deve essere reciso*”<sup>130</sup> e che, quindi, gli amministratori – oltre ai doveri nei confronti dei soci – sono tenuti a rispettare dei doveri a favore dei creditori e, in generale, degli *stakeholders*. Va sottolineato, però, che non vi è unanimità di vedute sulla questione. E certamente la tesi non è del tutto fondata in relazione alla cosiddetta *twilight zone*. In questa fase, infatti, i soci generalmente detengono ancora il loro investimento e i loro interessi hanno ancora un certo rilievo, tale da non poter essere posposti agli interessi dei creditori. Anzi, gli azionisti – e in generale i soci – hanno il potere di valutare se vi siano eventualmente i presupposti per riorganizzare l’impresa, anche tramite nuovi finanziamenti. Tuttavia, è innegabile che i seppur rilevanti interessi dei soci vadano temperati con quelli dei creditori<sup>131</sup>, dal momento che anche questi ultimi hanno interesse a vedere soddisfatte le proprie pretese prima che l’impresa sia completamente decotta.

Esclusa la cosiddetta fase crepuscolare<sup>132</sup> in cui si può dire che sia necessario un bilanciamento di interessi dei soci e dei creditori, se si accoglie la tesi secondo cui gli amministratori – durante la crisi o l’insolvenza – hanno dei doveri principalmente nei confronti dei creditori, allora bisogna concludere che gli amministratori o i soci della società di persone devono costantemente vigilare su due questioni:

- che la società sia in grado di continuare la propria attività aziendale perseguendo l’oggetto sociale (attuando, in concreto, i tre compiti sopraccitati);
- che la prosecuzione dell’attività non vada a depauperare il patrimonio.

Per dirla in altri termini, la *responsabilità* che gli amministratori hanno nei confronti dei

---

<sup>130</sup>Cit. STANGHELLINI L., *Le crisi d’impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007, pp. 44 ss.

<sup>131</sup> Come si diceva nel paragrafo 4, vi deve essere un bilanciamento tra la continuità aziendale (interesse dei soci) e il principio di solvenza (interesse dei creditori)

<sup>132</sup> Sinonimo di *twilight zone*

creditori sociali è quella di evitare perdite ulteriori – dovute alla loro inerzia o a gestioni irragionevoli nella crisi – rispetto a quelle che già derivano dalla situazione di difficoltà. A tutela di tale diritto dei creditori, l'art. 2394 c.c. sancisce che *“Gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale. L'azione può essere proposta dai creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti”*. Inoltre, la legge delega ha stabilito che il Governo dovrà apportare delle modifiche al Codice civile, volte ad *“esplicitare presupposti, legittimazione ed effetti dell'azione sociale di responsabilità e dell'azione dei creditori sociali, in conformità ai principi dettati dal Codice civile”*(art.6, c. 2, lett. a) legge delega).

Quanto ai rapporti tra gli amministratori e i soci, è fondamentale notare che la riforma risalente al 2015<sup>133</sup> ha ampliato il peso dell'assemblea in “fase crepuscolare”. Infatti, dal momento che, con le prime difficoltà, è necessario che gli amministratori assumano in tempi rapidi le loro determinazioni – le quali generalmente incidono sulla struttura della società e sull'investimento dei soci – l'organo amministrativo è tenuto a convocare l'assemblea dei soci in modo tempestivo per *“rendere edotti gli stessi sulla situazione societaria e chiedere un interpello o una “ratifica” in merito all'indirizzo da adottare, da considerarsi di regola come parere non vincolante”*<sup>134</sup>. Ovviamente in tale sede gli amministratori dovranno essere già a conoscenza degli scenari che potrebbero aprirsi a seguito delle varie soluzioni a cui si potrebbe ricorrere. Soluzioni tra le quali – come si diceva – rientra certamente l'apporto di nuove risorse finanziarie da parte dei soci.

I doveri e le responsabilità degli amministratori scaturiscono dal fatto che il grado di diligenza loro richiesto non è più quello del buon padre di famiglia di cui all'art. 1176 c.c. ma è quello derivante *“dalla natura dell'incarico e dalle loro specifiche competenze”*, ai sensi dell'art. 2392 c.c., così come sostituito dal d.lgs. 17.01.2003, n. 6. Inoltre, il c. 2 dello stesso articolo sancisce che *“In ogni caso gli amministratori [...] sono solidalmente responsabili se, essendo a conoscenza di fatti pregiudizievoli, non hanno fatto quanto potevano per impedirne il compimento o eliminarne le conseguenze dannose”* e la dottrina tende a ravvisare in tali *“fatti pregiudizievoli”* anche la crisi d'impresa.

---

<sup>133</sup> d.l. 83/2015

<sup>134</sup> Cit. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 379-380

Dunque, la diligenza richiesta comporta – tra le altre cose – che l’amministratore debba costantemente cercare degli strumenti utili a prevenire il declino e poi la crisi e debba affrontare tali situazioni al momento della loro emersione. Ovviamente, le misure di carattere strategico-gestionale a cui ricorrere non sono identiche per qualsiasi realtà imprenditoriale, poiché la scelta della soluzione più adeguata non può prescindere da una *valutazione concreta* relativa alle dimensioni dell’impresa, al contesto in cui si trova ad operare, alla sua partecipazione ad un gruppo, alla filiera di cui è parte, *etc.*<sup>135</sup> . La responsabilità dell’amministratore, dunque, sorge – a titolo esemplificativo – non soltanto per una *mala gestio* della crisi d’impresa, per aver omesso di rilevare la crisi, per un’esternazione non tempestiva, per un ritardo a reagire, per l’attivazione di una procedura preventiva al solo scopo di ritardare il fallimento, ma deve ritenersi sussistente una responsabilità degli amministratori anche per l’inadeguatezza degli strumenti prescelti per fronteggiare la crisi, se tale inadeguatezza poteva essere valutata *ex ante*<sup>136</sup> .

Quanto ai dover informativi degli amministratori, bisogna innanzitutto notare che – a prescindere dalla distinzione tra amministratori esecutivi e amministratori non esecutivi – ciascun amministratore è tenuto a rispettare dei doveri informativi sanciti dall’art. 2381 c.c. (commi 5 e 6).

In particolare il c. 5 dispone che gli organi delegati “*riferiscono al consiglio di amministrazione e al collegio sindacale, con la periodicità fissata dallo statuto e in ogni caso almeno ogni sei mesi, sul generale andamento della gestione e sulla sua prevedibile evoluzione nonché sulle operazioni di maggior rilievo, per le loro dimensioni o caratteristiche, effettuate dalla società e dalle sue controllate*”. In aggiunta a tali informazioni che devono essere fornite (anche) al consiglio di amministrazione, il c. 6 prevede un obbligo per ogni singolo amministratore. Quello di “*agire in modo informato*”, e ancora si prevede che “*ciascun amministratore può chiedere agli organi delegati*<sup>137</sup> *che in consiglio siano fornite informazioni relative alla gestione della società*”.

---

<sup>135</sup> Cfr. FERRI A., *La procedura di allerta tra il D.L. n. 83/2015, la legge delega di riforma e le bozze di decreti attuativi* in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/la-procedura-di-allerta-tra-il-dl-n-832015-la-legge-delega-di-riforma-e-le-bozze-di> , 01.09.2018

<sup>136</sup> GUERRIERI G., *La responsabilità dell’amministratore nell’impresa in crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Cedam, Padova, 2016, p. 578

<sup>137</sup> Amministratori delegati o comitato esecutivo

Va notato che oltre a tali iniziative dei singoli, gli amministratori delegati e il consiglio di amministrazione – nell’ambito della gestione degli assetti organizzativi che a breve vedremo – “*curano*”, i primi, e “*valuta*”, il secondo, la sussistenza di un’organizzazione adeguata tale da consentire un opportuno flusso informativo interno – tra amministratori e collegio sindacale-revisori e viceversa – anche in merito ad eventuali criticità ed alla relativa gestione<sup>138</sup>.

Quanto alla *disclosure* verso i terzi e, in particolare, verso i creditori sociali, certamente il canale preferenziale per manifestare la situazione di difficoltà in cui versa l’impresa è il bilancio. In tal caso non sono previsti obblighi informativi specifici, in quanto esternare le proprie difficoltà potrebbe avere degli effetti deleteri per la sopravvivenza dell’impresa, a causa delle reazioni del mercato.

Tuttavia, vi sono dei requisiti minimi da tenere in conto nella redazione del bilancio affinché le scritture contabili rappresentino in modo veritiero e corretto quanto accaduto durante l’esercizio.

Infine, in ambito contabile vi sono dei doveri informativi degli amministratori nei confronti del professionista attestatore nel caso in cui l’impresa versi in una situazione di crisi o insolvenza e si decida di gestire tale fase tramite una procedura che prevede il suo intervento<sup>139</sup>.

Venendo ora alla legge delega, è fondamentale notare che il legislatore non ha perso l’occasione per codificare alcuni dei doveri – tra cui quelli appena visti – che la dottrina e la giurisprudenza avevano già individuato in via interpretativa partendo da disposizioni di carattere generale.

Vi sono, infatti, diverse norme che obbligano il Governo a prendere posizione su dei punti chiave, fin’ora privi di una normativa positiva specifica.

In primo luogo, sono stati formalizzati i doveri gestori – dell’imprenditore e, di conseguenza, degli amministratori – relativi alla prevenzione e alla gestione della crisi. L’art. 14, c. 1, lett. b) della legge delega sancisce, infatti, che il Governo, apportando delle modifiche al Codice civile, dovrà introdurre “*il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della*

---

<sup>138</sup> PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 375 ss.

<sup>139</sup> Cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 377

*crisi e il recupero della continuità aziendale*". Vi dovrà, quindi, essere – anche a livello codicistico – un'evoluzione da una responsabilità focalizzata solo sulla gestione dell'attività, ad una responsabilità relativa anche alla fase di gestione della crisi. Si dovrà passare, sostanzialmente, da un mero dovere negativo – quello di non aggravare la situazione di crisi – ad una prospettiva più ampia. Gli amministratori dovranno ora attivarsi, con un'*apposita struttura organizzativa*, per monitorare costantemente la persistenza della continuità aziendale.

È opportuno notare che la norma appena riportata non è altro che una specificazione dell'art. 2381 c.c., atteso che l'organo amministrativo delegato è già obbligato a "*curare*", il consiglio di amministrazione delegante a "*valutare*" e il collegio sindacale a "*vigilare*" su "*l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società*" e si intende sia in fase "normale" che in fase "patologica".

In concreto, tale "*paradigma degli assetti organizzativi adeguati*"<sup>140</sup> comporta un controllo *ex ante* sulla correttezza delle scelte gestionali e sull'adeguatezza amministrativa. Controllo che richiede certamente un'attività istruttoria e un'elaborazione di linee programmatiche (ad es. perizie, due diligence, pianificazione finanziaria, *etc.*). Tale attività di controllo risulta così rilevante che le scienze aziendalistiche hanno creato un apposito processo a ciò deputato: il cosiddetto *risk management*, mediante il quale si identificano i rischi tipici dell'attività d'impresa, si delineano gli indicatori di allerta per ciascun rischio e si sviluppano delle strategie di gestione del rischio.

È fondamentale notare due punti: *in primis* che la mancata predisposizione o l'inadeguatezza del *risk management* fa sorgere la responsabilità degli amministratori per i danni derivanti e, in secondo luogo, che tali doveri legati al contenimento dei rischi – e in generale tutti i doveri gestori – acquistano necessariamente maggiore rilevanza già con l'avvento della *twilight zone*.

Tornando alla legge delega, si può notare che l'art. 14, c. 1, lett. b) si completa con il dettato dell'art. 4, c. 1, lett. h) che affida al legislatore delegato il compito di "*prevedere misure premiali, sia di natura patrimoniale sia in termini di responsabilità personale, in favore dell'imprenditore che ha tempestivamente proposto l'istanza di cui alla lettera*

---

<sup>140</sup> Cit. PACILEO F., Op. cit., p. 381

b)<sup>141</sup> o che ha tempestivamente chiesto l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o proposto un concordato preventivo o proposto ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale”.

Da tale articolo si evince chiaramente un principio a cui erano già pervenute in via interpretativa la dottrina e la giurisprudenza, secondo le quali l'iniziativa per l'apertura di una procedura concorsuale su base volontaria (ad es. accordo di ristrutturazione, concordato preventivo, liquidazione giudiziale ed, oggi, anche l'allerta) spetta agli amministratori della società. Gli stessi hanno anche competenza relativamente alle convenzioni di moratoria e ai piani attestati di risanamento sebbene la legge fallimentare non sia chiarissima su tali punti e quindi la dottrina non sia concorde.

Non si può fare a meno di notare che tali poteri-doveri attribuiti all'organo amministrativo – sia quelli di carattere informativo che quelli di tipo gestionale – hanno contribuito e contribuiscono all'emersione tempestiva delle crisi d'impresa, tanto che – secondo taluni<sup>142</sup> – non sarebbe stato neppure necessario un intervento del legislatore volto a ridefinire gli strumenti utilizzabili e ad introdurre un'apposita procedura d'allerta per la gestione di quelle situazioni di declino che rientrano nella cosiddetta *twilight zone* e possono evolversi – salvo interventi tempestivi – in una vera e propria crisi e, infine, nell'insolvenza. Sarebbe stato sufficiente e meno oneroso impegnarsi a far attuare e a far rispettare tempestivamente e in maniera corretta tutte quelle norme relative alla *corporate governance* che costituiscono di per sé il miglior rimedio alla crisi d'impresa.

Guardando ancora alla legge delega, un accenno va fatto all'ampliamento del campo dei soggetti ritenuti responsabili nell'ambito della crisi d'impresa, sia relativamente all'emersione che relativamente alla prevenzione della crisi stessa. In effetti, in linea con quanto già prescritto a livello di *soft law* dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili<sup>143</sup> e con le conclusioni a cui erano pervenute la dottrina e la giurisprudenza, il legislatore delegante ha attribuito dei poteri-doveri di

---

<sup>141</sup> Istanza con cui si chiede l'apertura della procedura di allerta, presentata all'organismo istituito presso la Camera di Commercio

<sup>142</sup> Per approfondimento cfr. BENEDETTI L., *Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, in VIII Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, “Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti”; Roma, 17-18 febbraio 2017. E ancora, cfr. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 363

<sup>143</sup> Cfr. CNDCEC, *Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate: “Attività del collegio sindacale nella crisi di impresa”*. Roma, 2.12.2015

attivazione non soltanto agli amministratori ma anche agli organi di controllo della società (ad es. il collegio sindacale)<sup>144</sup>. Sicuramente tale scelta è decisiva per il funzionamento del sistema, dal momento che gli organi di controllo potrebbero rivelarsi un perno fondamentale per la prevenzione delle crisi aziendali poiché, valutando periodicamente i dati che emergono dai bilanci e dagli altri documenti rilevanti, dovrebbero – perlomeno – essere in grado di focalizzare tempestivamente i sintomi della crisi. Non si può fare a meno di notare, tuttavia, che probabilmente i sindaci non saranno mai messi nelle condizioni di conoscere l'avvento di una crisi prima che questa sia palese dalla documentazione. E, se tale assunto è vero, sarà più facile per chi gestisce concretamente l'attività rilevare per tempo i segnali di difficoltà.

Verosimilmente, la scelta del legislatore punta semplicemente a far decollare le procedure d'allerta, atteso che l'organo di controllo è quello meno vicino alla proprietà dell'impresa e dunque probabilmente quello più propenso ad esternare per tempo la crisi.

Il sistema di poteri-doveri degli amministratori e degli organi di controllo è potenziato da una serie di azioni esercitabili in caso di condotte lesive nell'ambito della gestione. Solo per citare alcuni esempi – atteso che il tema è molto vasto – oltre all'azione, già menzionata, a cui possono ricorrere i creditori concorsuali (art. 2394 c.c.), l'ordinamento giuridico prevede delle azioni di responsabilità esercitabili contro gli amministratori dalla società (art. 2393 c.c.), dai soci (art. 2393 bis c.c.), dagli organi delle procedure concorsuali (art. 2394-bis c.c.), dal singolo socio o da un terzo (art. 2395 c.c.). Parimenti sono previste delle azioni di responsabilità esercitabili contro i sindaci (art. 2407 c.c.). Non mancano delle sanzioni in tema di responsabilità dell'amministratore per la condotta seguita al verificarsi di una causa di scioglimento, o ancora in tema di abuso di attività di direzione e coordinamento. E non ci si sofferma a citare tutte le misure di carattere penale applicabili in materia. Volendosi limitare solo alle disposizioni più comuni, si può pensare agli artt. 216 ss. 1. fall. che vanno a sanzionare gli amministratori di s.p.a. in caso di prosecuzione dell'esercizio di un'impresa in stato di dissesto senza fare ricorso alle procedure concorsuali. Aldilà di questi esempi – l'elenco sarebbe ancora lungo – non si può fare a meno di notare che

---

<sup>144</sup> All'art. 2, c. 1, lett. d) della legge delega si prevede che il Governo dovrà *“adottare un unico modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore [...] prevedendo la legittimazione ad agire dei soggetti con funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa”*

tali norme di carattere punitivo hanno un'importanza strategica miliare. Infatti, pur essendo dei rimedi *ex post*, sono state certamente pensate per indurre *ex ante* alla corretta gestione dell'attività d'impresa e quindi alla rilevazione tempestiva dei sintomi della crisi, a tutela della continuità aziendale<sup>145</sup>.

A conclusione di questi brevi cenni alla *governance* della crisi, non ci si può esimere dall'esprimere dei dubbi – che nel corso della trattazione saranno meglio sviscerati – in merito alla necessità di introdurre delle misure di allerta, nei confronti di quelle imprese costituite in forma societaria per le quali già si prevedevano dei precetti volti a far emergere tempestivamente delle situazioni di difficoltà. Si è scelto di far riferimento solo alle disposizioni principali in materia, però va notato che sono davvero numerose le norme<sup>146</sup> – previste per lo più nel Codice civile – che, se applicate diligentemente, consentono un'emersione tempestiva della crisi e una gestione efficace della stessa. Dunque, pare lecito dubitare della reale portata e dell'utilità della riforma, quantomeno relativamente a tali questioni. Tuttavia, si ritiene che per abbozzare una valutazione sugli effettivi risvolti bisognerebbe perlomeno attendere i decreti attuativi.

## ***8. Assenza di norme sull'allerta e inadeguatezza degli strumenti per fronteggiare efficacemente le crisi. Riepilogo***

Prima di passare alla trattazione del tema principale di questa dissertazione, si ritiene che possa essere utile effettuare un breve riepilogo per focalizzare quelle che sono state le inefficienze che, nel corso del tempo, hanno spinto più volte il legislatore a tentare l'introduzione degli strumenti di allerta.

Come si è spiegato, sono molteplici gli obiettivi a cui bisogna puntare per aspirare ad un mercato efficiente. Tuttavia, è bene riconoscere che non sarà mai possibile eliminare le situazioni di crisi o d'insolvenza poiché sarebbe come voler accettare la vita ma non la

---

<sup>145</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit. , pp. 252 ss.

<sup>146</sup> Oltre alle disposizioni che, per brevità di trattazione, si è scelto di analizzare, vi sono una serie di norme nell'ambito della legge fallimentare che dettano agli amministratori delle linee guida da seguire nel corso della crisi d'impresa. Ad es. l'art. 161, l. fall. (relativo alla domanda di concordato preventivo) prevede che tra il deposito della domanda e il decreto con cui si dichiara aperta la procedura di concordato (*ex art. 163, l. fall.*) gli amministratori possono “*compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del Tribunale*” mentre invece rimane alla loro discrezionalità il compimento di atti di ordinaria amministrazione

morte. Queste rappresentano dei momenti patologici che rientrano nella normale evoluzione delle vicende relative all'impresa. Ciò nonostante molto si può fare per contenerle, per evitare che fungano da miccia e che inneschino delle crisi sistemiche. È questo sicuramente un obiettivo-dovere a cui la coscienza comune deve sentirsi legata e che il legislatore deve, ad ogni costo, perseguire.

Nel delineare la disciplina della crisi e dell'insolvenza, il legislatore italiano ha da tempo focalizzato l'obiettivo di salvaguardare la continuità aziendale onde evitare una dispersione di ricchezza. Non ad ogni costo, tuttavia, ma solo nei limiti in cui la prosecuzione dell'esercizio dell'attività d'impresa non vada a ledere un valore fondamentale che è l'interesse dei creditori. D'altronde non si può negare che tutte le procedure di gestione della crisi d'impresa abbiano come fine ultimo la tutela dei creditori, rispetto alla quale altri diritti – pur di rilevanza costituzionale – cedono il passo.

Nel caso in cui la continuità aziendale non sia funzionale ad un “*miglior soddisfacimento dei creditori*”, il legislatore manifesta il proprio *favorper* la liquidazione del patrimonio aziendale.

A prescindere dalla scelta tra la continuità aziendale e la liquidazione, un fattore è innegabile. Far emergere tempestivamente la crisi e velocizzarne la gestione è certamente ottimale sia che si opti per una soluzione sia che si opti per l'altra. Il legislatore è consapevole di ciò ed è per questo che nelle recenti riforme si evince tale linea guida.

Va notato, inoltre, che l'emersione tempestiva della crisi è stimolata da una riduzione dei costi delle procedure: l'imprenditore in difficoltà spesso desiste dall'avviare una procedura concorsuale per non aggravare le proprie finanze, con la convinzione di essere in grado di rimediare da sé alla crisi.

Parimenti le lungaggini burocratiche e giudiziarie, nonché i ritardi nell'emersione delle difficoltà determinano un aggravio dei costi che, inevitabilmente, ricadrà sui creditori. È stato opportuno, quindi, adottare delle misure per contenere anche i costi – oltretutto i tempi – e per degiurisdizionalizzare la crisi.

È doveroso notare che tali considerazioni valgono per l'ordinamento italiano ma, dal momento che ogni sistema giuridico del Vecchio Continente non è più una cella a compartimenti stagni, si può dire che – fatte le dovute eccezioni – gli stessi problemi e

le stesse linee guida si ritrovano in molti Paesi, tra cui la Francia che sarà trattata specificamente nel prosieguo in quanto fonte d'ispirazione per il legislatore delegante. D'altronde non potrebbe essere diversamente considerato che tali istanze provengono dall'Unione Europea e, dunque, influenzano necessariamente la legislazione di tutti i suoi membri.

Stanti queste problematiche e questi obiettivi di fondo, il legislatore ha cercato di individuare delle soluzioni, atteso che le norme relative alla governance della crisi sono sì adeguate – *in via di principio* – anche a far emergere tempestivamente e a gestire adeguatamente le crisi dell'impresa, ma di fatto non hanno sortito negli scorsi anni i risultati sperati, probabilmente a causa di un'applicazione poco diligente.

Dopo l'entrata in vigore della legge fallimentare sono stati molteplici gli interventi volti a trovare delle soluzioni ai problemi che di volta in volta si sono presentati. Diverse modifiche hanno completamente ridefinito gli istituti già presenti nel testo originario della legge. Altri istituti sono stati introdotti *ex novo* ma, in un modo o nell'altro, tutti hanno presentato dei profili problematici e si è sempre registrata un'inadeguatezza di fondo di tali strumenti rispetto alle esigenze di prevenzione e di gestione efficace della crisi.

La critica che viene mossa al sistema è che gli strumenti disegnati dal legislatore non risultano idonei a prevenire la crisi ma semplicemente ad anticipare la gestione della stessa, atteso che, da una parte, non sono previsti particolari controlli preventivi e successivi e, dall'altra, il tessuto imprenditoriale italiano ha sempre manifestato resistenze a far emergere le proprie difficoltà e, dunque, il ricorso agli strumenti stragiudiziali per la gestione e il superamento della crisi è generalmente tardivo.

Oltre che per la carenza di controlli, l'emersione tardiva è probabilmente da ricondurre al fatto che, tralasciando le azioni esercitabili nei confronti degli organi di amministrazione e controllo delle società, il legislatore non ha mai pensato di introdurre delle disposizioni sanzionatorie in grado di sollecitare concretamente l'emersione tempestiva della crisi. Le norme previste, infatti, sono per lo più di carattere penale e sono applicabili in quei casi in cui l'inerzia dell'imprenditore ha causato gravi danni all'attività. Si è nell'ambito, dunque, di situazioni in cui è palese la decozione dell'impresa e non si tratta di norme aventi una funzione preventiva.

Non bisogna pensare, tuttavia, che introdurre delle sanzioni possa spingere

l'imprenditore a dichiarare la crisi tempestivamente in quanto, la paura della sanzione, considerata la psicologia dell'imprenditore medio italiano, potrebbe indurlo ad insabbiare ulteriormente le proprie difficoltà.

Nel tentativo di stimolare una gestione adeguata e una tempestiva emersione della crisi il legislatore si è appellato a diversi strumenti i quali hanno, tuttavia, manifestato ben presto delle lacune, che hanno loro impedito di centrare gli obiettivi prefissati.

Tra le misure di risoluzione negoziale della crisi, che il legislatore ha, in un certo modo, utilizzato per « “ *mettere una toppa*” *alla mancata introduzione di misure preventive*»<sup>147</sup>, possiamo ricordare il concordato preventivo, il piano di risanamento attestato, l'accordo di ristrutturazione dei debiti e le convenzioni di moratoria.

Il *concordato preventivo* (artt. 160 ss. l. fall.) è una procedura applicabile sia in stato di crisi – e dunque nell'ottica di prevenzione dell'insolvenza – che in stato di insolvenza ai sensi di quanto previsto dall'art. 160, c. 3, l. fall. . Questo è stato, senza dubbio, il suo punto di debolezza: spesso viene richiesta l'ammissione al concordato solo in via alternativa rispetto al fallimento – e, quindi, allo scopo di ritardare (a spese del ceto creditorio) una liquidazione giudiziale che appare già inevitabile – oppure per liquidare un'impresa ormai decotta.

Tale tendenza non è stata smentita neppure con l'introduzione, avvenuta nel 2012, del *concordato con riserva di presentazione del piano e della proposta* (c.d. concordato prenotativo o concordato in bianco)<sup>148</sup>. Quest'ultimo strumento fu introdotto con il dichiarato intento di “*incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi*”<sup>149</sup> e di superare quelle difficoltà che erano emerse in sede di applicazione della disciplina del concordato preventivo.

La funzione del concordato con riserva è quella di far guadagnare tempo al debitore mentre appronta la soluzione migliore per la gestione della crisi, in quanto egli beneficia immediatamente degli effetti protettivi derivanti dall'apertura della procedura concordataria, tramite una domanda incompleta. In un momento successivo, entro un termine stabilito dal legislatore, l'imprenditore ha la possibilità di completare la domanda (depositando la proposta, il piano e l'altra documentazione prevista dalla

---

<sup>147</sup> Cit. TERRANOVA G., *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 81

<sup>148</sup> Introdotto dal d.l. 22.06.2012, n. 83 convertito nella l. 07.08.2012, n. 134

<sup>149</sup> Cit. relazione illustrativa alla l. 134/2012

legge) oppure di depositare la domanda per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o ancora di chiedere l'autofallimento. Il vantaggio dell'effetto prenotativo avrebbe dovuto – nella logica del legislatore – fare del concordato in bianco uno strumento appetibile, destinato sia a risolvere delle situazioni di insolvenza ma, soprattutto, a far emergere tempestivamente le situazioni di crisi. Per tale ragione, la dottrina maggioritaria tende a ritenere che questa sia una misura di allerta. Non si può tralasciare, tuttavia, che taluni autori<sup>150</sup> ritengono che l'istituto di fatto ha avuto, tra gli altri, l'effetto di ritardare l'emersione della crisi, posto che – come si diceva sopra – spesso e volentieri il debitore sull'orlo del fallimento si cela dietro al concordato in bianco per posticiparne la dichiarazione, con la convinzione erronea di riuscire a risolvere in autonomia le proprie difficoltà.

Un altro strumento per la risoluzione della crisi è il cosiddetto *piano di risanamento attestato* (art. 67, c. 3, lett. d) l. fall.). Si tratta di una misura privatistica<sup>151</sup> che può essere definita negoziale in quanto per essere fattibile deve fondarsi su un accordo con i principali creditori, anche se una parte della dottrina sostiene che il piano sia uno strumento negoziale ma non contrattuale poiché potrebbe anche essere costituito da un mero progetto unilaterale. Non è un istituto a cui è dedicata ampia disciplina positiva. Infatti, il legislatore si è limitato “*a regolarne l'efficacia esonerativa dal rischio revocatorio e dal rischio penale*”<sup>152</sup>. Dunque nella legge fallimentare ne sono indicati solo gli effetti e non si traggono informazioni in merito al suo contenuto. Si può dedurre che il piano di risanamento attestato possa avere il contenuto più vario ma debba essere funzionale al risanamento della posizione debitoria e alla riorganizzazione dell'impresa, in un'ottica di continuità aziendale. Non può considerarsi una procedura concorsuale, in quanto il debitore concorda con ciascun creditore i tempi e le modalità di soddisfazione, senza alcun obbligo di rispettare il principio della *par condicio creditorum*. E non è neppure un procedimento, dal momento che è completamente estraneo al giudice, al quale può competere al massimo un controllo eventuale e successivo.

È principalmente uno strumento a cui ricorrere nella cosiddetta *wilight zone* e non per fronteggiare una crisi vera e propria.

---

<sup>150</sup> Cfr. fra tutti DI MARZIO F., *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza - Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 32

<sup>151</sup> Nel senso che si è visto in relazione alla degiurisdizionalizzazione

<sup>152</sup> Cit. FABIANI M., *Il diritto della crisi e dell'insolvenza – Aggiornato alla l. 19 ottobre 2017, n. 155*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 431

Un'ulteriore possibilità per la risoluzione negoziale della crisi è rappresentata dai cosiddetti *accordi di ristrutturazione dei debiti* (art. 182-bis l. fall). Il loro presupposto oggettivo è lo stato di crisi – sebbene questo ricomprenda anche l'insolvenza – e si tratta di un istituto introdotto dal legislatore allo scopo di favorire una denuncia anticipata della crisi. Tale strumento consta di due fasi: una stragiudiziale – durante la quale l'imprenditore in crisi negozia con i creditori per giungere ad un accordo – e una giudiziale volta a conseguire l'omologazione dell'accordo stesso. L'istituto ricalca in parte il modello del concordato preventivo<sup>153</sup> poiché è sottoposto ad un controllo giudiziale e garantisce il beneficio dell'*automatic stay*. Ossia dalla data di pubblicazione dell'accordo presso il registro delle imprese e per sessanta giorni, i creditori per titolo o causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore, né acquistare diritti di prelazione non concordati. Sostanzialmente al pari del concordato preventivo in bianco, si consente all'imprenditore di beneficiare dei vantaggi previsti, ancora prima che siano giunte a conclusione le trattative con i creditori interessati.

In secondo luogo, ricalca il modello dei piani di risanamento, comportando un accordo con i debitori, sebbene mentre il piano di risanamento è utile solo per far fronte ad una crisi prospettica, l'accordo di ristrutturazione dei debiti è uno degli strumenti con cui gestire una crisi in atto, cosicché l'omologazione va rigettata qualora manchi il rischio di insolvenza o l'insolvenza stessa.

È indispensabile notare che gli accordi di ristrutturazione dei debiti non prevedono una soddisfazione integrale delle obbligazioni a cui il debitore è tenuto: i creditori vengono soddisfatti nella misura e con le scadenze pattuite nell'accordo. Inoltre, la ristrutturazione può comportare sia la conservazione – e, quindi, la continuità totale o parziale dell'attività aziendale – che la liquidazione della stessa. Si può dire, in astratto, che tale strumento sia adeguato a prevenire l'insolvenza.

Infine, un ultimo esempio di soluzione negoziale della crisi sono le cosiddette *convenzioni di moratoria* (art. 182-septies, c. 5, l. fall.). Si tratta di accordi che vengono stipulati in via provvisoria con una o più banche o intermediari finanziari al fine di

---

<sup>153</sup> In passato una nutrita schiera di autori ha ritenuto che tale istituto avesse un rapporto di *genus ad speciem* con il concordato preventivo. Oggi tale disputa è ormai sopita ed è generalmente riconosciuta l'autonomia degli accordi di ristrutturazione dei debiti rispetto al concordato preventivo, sebbene vi siano dei chiari punti di contatto tra i due istituti

ottenere una moratoria dei debiti. È un istituto ibrido che ha, per alcuni aspetti, una natura contrattuale – che lo rende simile al piano di risanamento – e, per altri, una natura concorsuale. Inoltre, somiglia – per certi versi – agli accordi di ristrutturazione dei debiti poiché, in caso di opposizione dei creditori non aderenti alla convenzione, si apre una fase giudiziale ai fini dell’omologazione. Può essere utilizzato dall’imprenditore in stato di crisi e, ovviamente, anche in questo caso per stato di crisi si intende lo stato di insolvenza. Non vi può, invece, fare ricorso l’imprenditore che si trova nella “fase crepuscolare”, ossia in quella fase di crisi prospettica. Va notato che la *ratio* dell’istituto non è quella di trovare una soluzione definitiva alle crisi d’impresa né di ristrutturare il debito. Vuole essere soltanto una soluzione “provvisoria”, temporanea, per consentire all’impresa di guadagnare del tempo per predisporre una gestione adeguata della crisi. Per tale motivo viene accostato anche al concordato preventivo in bianco.

Da questo succinto *excursus*, ci si può rendere conto che tutte le misure alternative al fallimento presentano dei tratti caratteristici che non le rendono idonee ad affrontare tempestivamente i primi sintomi di difficoltà. Solo il piano di risanamento attestato è utile per far fronte alle cosiddette pre-crisi o “fasi crepuscolari”. Gli altri istituti hanno come presupposto lo stato di crisi e sono applicabili anche in quelle ipotesi già trasformatesi in insolvenze. Nondimeno, oltre agli istituti appena visti – fatta, appunto, eccezione per il piano di risanamento attestato – un’impresa in stato di insolvenza può ricorrere anche al fallimento.

In tale quadro manca uno strumento atto a far emergere in modo deciso i primi segnali di crisi e, per questo motivo, da tempo la dottrina proponeva l’introduzione – anche nel nostro ordinamento – di misure di allerta e di prevenzione. Nel corso degli anni i tentativi del legislatore in tale direzione – che in realtà non sono mancati – si sono rivelati fallimentari. Tuttavia, l’obiettivo è stato centrato con la legge delega nell’ottobre del 2017 e i decreti di attuazione del Governo<sup>154</sup> apriranno certamente diversi scenari e nuove possibilità.

---

<sup>154</sup> V. cap. II, par. 5 e ss.

## **CAPITOLO II**

### **LE PROCEDURE DI ALLERTA E DI COMPOSIZIONE ASSISTITA DELLA CRISI NEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA**

#### ***1. Premessa***

Come emerso in conclusione del capitolo precedente, il tentativo di introdurre dei meccanismi di allerta e di prevenzione dell'insolvenza non è recente nel nostro ordinamento giuridico. Partendo dagli inizi del nuovo millennio, infatti, è possibile individuare diversi progetti di riforma in cui il legislatore aveva previsto tali procedure, le quali tuttavia sono rimaste lettera morta fino all'ultimo intervento di rimaneggiamento della legge fallimentare avviato con la nomina della Commissione Rordforf e conclusosi con la recentissima approvazione del *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*<sup>155</sup> da parte del Governo.

Con tale intervento hanno finalmente preso vita le cosiddette procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, di cui nel prosieguo si intende esporre prima i retroscena storico-normativi che ne hanno segnato l'evoluzione, poi i tratti caratteristici salienti e, infine, le differenze rispetto al prototipo francese, nonché le prospettive future dei neonati istituti.

---

<sup>155</sup> Con *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza* si indica il decreto legislativo 12.01.2019, n. 14, approvato dal Consiglio dei Ministri, in esame definitivo, il 10.01.2019 in attuazione della legge delega 19.10.2017, n. 155. “*Il Codice ha l’obiettivo di riformare in modo organico la disciplina delle procedure concorsuali, con due principali finalità: consentire una diagnosi precoce dello stato di difficoltà delle imprese e salvaguardare la capacità imprenditoriale di coloro che vanno incontro a un fallimento di impresa dovuto a particolari contingenze*” (fonte:<http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n-37/10687>). L'entrata in vigore è prevista per il 15.08.2020, salvo alcune disposizioni che saranno elencate nel prosieguo e che entreranno in vigore il 16.03.2019 (cfr. par. 5 del presente capitolo).

Si noti che nel presente capitolo il decreto potrebbe essere indicato semplicemente come “Codice”

## ***2. I tentativi di riforma della legge fallimentare nel corso del Novecento: nascita ed evoluzione di una concezione preventiva dell'insolvenza***

L'importanza dell'emersione tempestiva della crisi d'impresa è una questione da tempo sentita dalla dottrina italiana e, di riflesso, anche dal legislatore. La dottrina a cui ci si riferisce non è solo di stampo giuridico ma anche di matrice aziendalistica.

Quest'orientamento nasce da due diverse consapevolezza. Da una parte, il principio secondo cui la prevenzione sarebbe più efficace della cura è oramai ampiamente accettato e pare trovare riconoscimento anche in materia di crisi d'impresa. Dall'altra, la scelta – a dire il vero molto diffusa – di gestire i primi sintomi della crisi tramite rimedi “fai da te” al limite della legalità o talvolta addirittura truffaldini<sup>156</sup> si rivela, spesso e volentieri, inadeguata rispetto alle reali esigenze dell'impresa e incapace di fornire garanzie concrete sul piano della continuità aziendale.

Il primo indice di allerta introdotto nell'ordinamento italiano può farsi risalire addirittura al *Codice di commercio* del 1882, il quale all'art. 689 sancì l'obbligo per “*i notari e gli usceri*” di “*trasmettere al presidente del Tribunale di commercio nella cui giurisdizione risiedono o del Tribunale civile che ne fa le veci [...] un elenco dei protesti fatto nel mese precedente.*

*L'elenco deve indicare la data di ciascun protesto, il nome, il cognome e il domicilio delle persone alle quali fu fatto e del richiedente, la scadenza dell'obbligazione protestata, la somma dovuta e i motivi del rifiuto del pagamento.*

*Gli elenchi devono essere di mese in mese riuniti in fascicoli e conservati nella cancelleria, affinché ognuno possa prenderne notizia. [...]*”.

Tale strumento – pensato per “allarmare” i terzi sulle reali condizioni dell'impresa – non può, per ovvie ragioni, essere considerato un prototipo, neppure elementare, delle procedure di allerta. Fu semplicemente un primo indicatore idoneo ad aprire un dibattito – durato evidentemente più di un secolo – sull'opportunità di introdurre dei meccanismi di prevenzione e di contenimento delle crisi.

La legge fallimentare del 1942 ridusse l'intervallo di segnalazione dei protesti da 30 a

---

<sup>156</sup> Ad es. basti pensare all'emissione di assegni postdatati, alla richiesta di mutui ipotecari per scopi ben diversi da quelli dichiarati, etc.

quindici giorni<sup>157</sup>, probabilmente allo scopo di centrare l'obiettivo per cui l'indicatore era stato introdotto. Va rilevato, tuttavia, che – nonostante questa modifica – l'efficacia della norma fu decisamente limitata.

L'innescamento di un dibattito – a partire dagli anni Settanta del secolo scorso – sui vantaggi e le opportunità, sia per le imprese che in generale per il tessuto sociale, derivanti dall'introduzione di misure preventive del dissesto, è testimoniato da diverse proposte “private” presentate al Ministero di Grazia e Giustizia che, pur non facendo espressamente riferimento alle procedure di allerta, in qualche modo manifestarono l'importanza crescente riservata dalla dottrina alla prevenzione dell'insolvenza.

Il sistema di gestione della crisi d'impresa – emergente dalla legge fallimentare del 1942 – era fondato soprattutto su misure volte alla cessazione dell'attività e all'eliminazione dell'impresa dal mercato, a vantaggio della liquidazione dei cespiti disponibili e della soddisfazione dei creditori. Agli inizi degli anni Settanta, invece, questa disciplina cominciò a rivelarsi inadeguata e incompleta, dal momento che la permanenza dell'impresa sul mercato poteva considerarsi la soluzione più opportuna nell'interesse non solo dei creditori ma anche di tutto il sistema economico. Questo spinse la dottrina ad avanzare proposte e il legislatore a istituire diverse commissioni e gruppi di lavoro, delegati a redigere dei disegni di legge della materia concorsuale, con l'arduo compito di mutare la concezione della crisi d'impresa e le modalità di gestione della stessa.

Negli anni Ottanta, realizzare una disciplina al passo con i tempi, che tenesse conto sia del tessuto imprenditoriale italiano – costituito perlopiù da piccole e medie imprese da tutelare – che delle novità promulgate dalle altre potenze europee<sup>158</sup>, significava prevedere delle misure – tra cui l'allerta – che non si limitassero soltanto a trovare una soluzione allo stato di insolvenza e, quindi, alle difficoltà conclamate dell'impresa, ma andassero anche a prevenire la stessa intervenendo in presenza di un mero stato di crisi.

La prima proposta di carattere privato a puntare verso la prevenzione della crisi fu quella che viene ricordata come “*proposta Chiaraviglio-Gerini-Severgnini*”, presentata

---

<sup>157</sup>L. fall., art. 13 (*Obbligo di trasmissione dell'elenco dei protesti*) abrogato dal d. lgs. 09/01/2006, n. 5, a decorrere dal 16.07.2006

<sup>158</sup>Si pensi ad es. alla Francia che introdusse le *procédures d'alerte* nel 1984

al XXI Congresso dei dottori commercialisti<sup>159</sup> nell'ottobre 1978. Non prevedeva delle misure di allerta ma attribuiva un peso non irrilevante alla procedura di amministrazione controllata (art. 187 l. fall., abrogato dal d. lgs. 09.01.2006, n. 5, art. 147, c. 1 a decorrere dal 16 luglio 2006).

In particolare, gli autori proponevano una sorta di anticipazione del momento di attivazione della stessa, suggerendo di sostituire il presupposto oggettivo rappresentato dalla “*temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni*” e dalle “*comprovate difficoltà di risanare l'impresa*” (art. 187 l. fall.) con un nuovo presupposto costituito da “*una situazione di crisi intesa in senso economico*”<sup>160</sup> – ossia da una “*persistenza per un congruo tempo dello squilibrio fra costi e ricavi (senza che debba ancora constare la difficoltà dell'imprenditore di adempiere alle proprie obbligazioni)*”<sup>161</sup>.

La misura era attivabile a seguito di una richiesta – configurata come obbligatoria – del titolare o degli amministratori dell'impresa e comportava una moratoria dei pagamenti (al massimo per due anni) nonché il controllo dell'autorità giudiziaria sulla gestione dell'attività al fine di consentire l'elaborazione e l'approvazione di un piano di risanamento<sup>162</sup>.

Si evince, dunque, la convinzione che un intervento preventivo fosse possibile oltre che necessario, atteso che l'insolvenza rappresentava il “*punto di arrivo di un cammino, nel corso del quale le manifestazioni del cattivo andamento sono state sicure e numerose*”<sup>163</sup>.

La proposta non ebbe un seguito concreto, al pari dei progetti di riforma della legge fallimentare che ne raccolsero l'eredità.

Tuttavia, l'obiettivo di tutelare la continuità aziendale – anticipando l'emersione della crisi – e la distinzione tra lo stato di crisi e lo stato di insolvenza furono dei punti chiave anche nel progetto di “*Statuto dell'impresa*” elaborato tra il luglio 1979 e l'ottobre 1983 da una commissione nominata dal Ministro di Grazia e Giustizia, presieduta da

---

<sup>159</sup> A tale ordine professionale appartenevano i tre autori

<sup>160</sup> A prescindere, quindi, dall'aspetto finanziario della stessa. Ci troviamo di fronte ad una situazione che oggi – come è stato spiegato nel capitolo I – gli aziendalisti qualificano come declino e non come un vero e proprio stato di crisi

<sup>161</sup> Cit. RONDINONE N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della “commercialità”*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 49

<sup>162</sup> Per approfondimento cfr. CHIARAVIGLIO L., GERINI L. & SEVERGNINI O., *Le procedure concorsuali previste dalla legislazione vigente e l'attuale realtà economica e sociale in Riv. dir. comm.*, Vallardi, Milano, 1979, I, pp. 1 ss.

<sup>163</sup> CHIARAVIGLIO L., GERINI L. & SEVERGNINI O., Op. cit.

Giuseppe Ferri e costituita da illustri giuristi ed economisti dell'epoca, tra cui figuravano anche Luigi Chiaraviglio e Piero Pajardi. Nella bozza dello Statuto – che, poi, non fu approvato – si prevedevano diverse misure attivabili in via preventiva dall'imprenditore in stato di crisi<sup>164</sup>.

Altresì importante per i fini che a noi interessano fu il cosiddetto “*progetto di riforma Pajardi*”. Si trattava di una proposta privata, presentata al Ministero di Grazia e Giustizia negli anni Ottanta, che – per volontà dei suoi redattori – non si inserì nel contesto normativo come un punto di rottura, come un radicale cambiamento rispetto al tracciato della legge fallimentare del 1942.

Va qualificato, piuttosto, come “*un progetto attento a tutti i miglioramenti piccoli o grandi suggeriti dall'esperienza forense e giudiziaria di quasi 50 anni*”<sup>165</sup> e che – in modo molto realistico – “*teneva conto del dato di comune esperienza secondo cui le procedure liquidative servono a ben poco oltre all'eliminazione fisica dell'impresa*”. Nondimeno – in linea con i precedenti tentativi di riforma – puntava a radicare una nuova *forma mentis* più favorevole all'emersione anticipata della crisi d'impresa.

La proposta di legge delega manifestò l'intenzione di conservare e migliorare l'amministrazione controllata. Secondo la dottrina, infatti, l'istituto nella sua fisionomia svolgeva “*il ruolo non secondario di soluzione ponte verso la composizione del dissesto e il superamento della crisi*”<sup>166</sup>. La sua utilità derivava dal fatto che la procedura era attivata “*per consentire l'avvio del risanamento dell'impresa e il raggiungimento di un accordo con i creditori – sotto il controllo del commissario e del giudice delegato – per un piano dei pagamenti compatibile con la (ancora) traballante salute dell'impresa*”<sup>167</sup>. È vero che la dottrina avrebbe allora preferito un intervento correttivo più ampio, che andasse a ridurre i margini di abuso a cui era senza dubbio esposta la procedura, stante che gli imprenditori erano soliti ricorrere ad essa con il mero intento di rinviare la

---

<sup>164</sup> Nello Statuto dell'impresa, all'art. 34 lo stato di crisi era definito come quella situazione in cui “*superata la fase di avviamento, i ricavi ordinari non sono sufficienti a coprire i costi ordinari di gestione e lo squilibrio perdura per tre esercizi consecutivi*”

<sup>165</sup> Cit. BONSIGNORI A., *I procedimenti concorsuali nell'ottica del progetto di riforma Pajardi* in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, 1991, p. 723

<sup>166</sup> Cit. JORIO A., *Le procedure concorsuali con riferimento al sistema continentale e al progetto di riforma elaborato dalla commissione Pajardi* in *Dir. fall.*, Cedam, Padova, 1991, p. 715

<sup>167</sup> Cit. JORIO A., *Op. cit.*, p. 715

dichiarazione di fallimento<sup>168</sup>. Tuttavia non si può negare che – anche se in maniera contenuta – il progetto di riforma puntò ancora una volta alla promozione dell'amministrazione controllata e all'anticipazione del momento di attivazione della stessa.

Questo emerge chiaramente dal commento del Pajardi alla bozza di legge delega passata alla storia con il suo nome<sup>169</sup>. Secondo l'autore, infatti, tra “*i filoni portanti della riforma*” vi era “*una marcata prospettiva di salvataggio dell'impresa*”, nonché “*una fortissima rivalutazione del momento della prevenzione dell'insolvenza*”. Inoltre punto cruciale per il raggiungimento di tali scopi era considerato il “*ridisegno dell'amministrazione controllata vista come procedura prodromica con la finalità di superare situazioni di squilibrio economico che si manifestino con la insufficienza dei ricavi della gestione ordinaria a coprire i costi ordinari di gestione*”.

È opportuno notare, dunque, che vi fu un ritorno in campo dello stesso presupposto oggettivo della *proposta Chiaraviglio-Gerini-Severgnini*, sebbene fossero già decorsi più di sei anni da quest'ultima. Il che va inteso come un chiaro sintomo della persistente volontà della dottrina di indurre il legislatore all'introduzione di misure di gestione anticipata della crisi. Tuttavia, non ci si può esimere dal notare che mancò lo stesso slancio deciso da parte di quest'ultimo, slancio che, a metà degli anni Ottanta, fu registrato invece in diversi Paesi Europei.

Probabilmente la causa è da attribuire all'incompletezza del progetto, il quale non solo non sanciva vere e proprie procedure d'allarme ma – nel complesso – risultava anche poco garantista per i creditori, atteso che l'unica misura che avrebbe dovuto stimolare l'emersione anticipata della crisi era l'amministrazione controllata, ossia una procedura attivabile all'insorgere di quello squilibrio che viene qualificato come crisi economica. Situazione, quest'ultima, che avrebbe quindi consentito all'impresa di presentare dei bilanci in perdita e di far dichiarare aperta la procedura in oggetto – richiedendo un sacrificio ai creditori in termini di ritardo nella soddisfazione delle loro obbligazioni e di riduzione del tasso di interesse convenzionale al tasso legale – anche a prescindere

---

<sup>168</sup> Ad es. Jorio nell'opera citata auspica l'introduzione di limiti alla possibilità di ricorrere all'istituto rappresentato da indicatori effettivi di superabilità della crisi. Oppure l'ipotesi di una riduzione dei termini della moratoria, al fine di scoraggiare il ricorso all'amministrazione controllata

<sup>169</sup> PAJARDI P., *Linee generali della bozza di legge delega per la riforma della legge fallimentare* in *Il Corriere Giuridico*, Ipsoa, Assago, n. 12/1985, pp. 1261 ss.

dalla manifestazione dello stato di insolvenza ossia anche qualora l'impresa avesse avuto “riserve sufficienti per far fronte a situazioni congiunturali o per provvedere alla sua ristrutturazione”.

Mettendo da parte i tentativi falliti del vecchio millennio, si può verosimilmente affermare che in ambito politico un vero e proprio interesse ad innovare il sistema delle procedure concorsuali viene avvertito solo agli inizi del XXI secolo.

Anche se si tratta di progetti di legge non recepiti nella riforma del 2006, meritano di essere ricordati sia il disegno di legge<sup>170</sup> n. C-7458 (recante la “*Delega al Governo per la riforma delle procedure relative alle imprese in crisi*”) approvato a maggioranza e presentato dal Governo alla Camera il 24 novembre 2000, sia la proposta di legge<sup>171</sup> C-7497, elaborata da un gruppo di deputati dei banchi del partito dei Democratici di Sinistra.

Il primo predisponesse due diverse misure, una dedicata alla crisi e una all'insolvenza e si faceva promotore della necessità di introdurre delle “*procedure anticipatorie o di crisi*”. La seconda – quasi parallela dal punto di vista cronologico – distingueva sempre una misura di carattere liquidatorio<sup>172</sup> e una di ordine anticipatorio<sup>173</sup> ma risultava più completa e più garantista<sup>174</sup> rispetto al disegno di legge dell'esecutivo.

Nonostante l'interesse che i progetti riscossero, nessuno dei due fu approvato nel corso della XIII legislatura. Non si può negare, tuttavia, che in qualche modo rappresentarono un *input* per la costituzione delle cosiddette *Commissioni Trevisanato* che furono istituite e prestarono la loro opera a cavallo tra il 2001 e il 2004, con l'intento di riformare in modo organico la materia fallimentare e di introdurre delle misure anticipatorie di gestione della crisi d'impresa.

---

<sup>170</sup> Reperibile qui <http://leg13.camera.it/dati/leg13/lavori/stampati/pdf/7458.pdf>

<sup>171</sup> Reperibile qui <http://leg13.camera.it/dati/leg13/lavori/stampati/pdf/7497.pdf>

<sup>172</sup> La procedura d'insolvenza

<sup>173</sup> La procedura di ristrutturazione delle passività

<sup>174</sup> Ad es. prevedeva delle misure premiali volte all'emersione tempestiva della crisi d'impresa, completamente assenti nel disegno di legge C-7458

### ***3. Le Commissioni Trevisanato***

Nel fare riferimento alle Commissioni Trevisanato – che prendono il nome dal loro presidente, l’avvocato Sandro Trevisanato – sembra opportuno usare il plurale, atteso che – seppur nell’ambito di un unico progetto di riforma – le Commissioni istituite furono due.

La prima prese vita con un Decreto Ministeriale del 28.11.2001 e terminò i suoi lavori il 20.06.2003, licenziando a maggioranza dei suoi componenti uno schema di legge delega. La seconda, invece, venne istituita sempre con Decreto Ministeriale il 27.02.2004 e terminò i lavori nello stesso anno.

In realtà va notato che la distinzione è utile a fini espositivi ma non deve indurre a pensare che le due Commissioni siano state entità completamente distinte l’una dall’altra. Anzi, si può affermare che la seconda non sia stata altro che una sorta di duplicato della prima ma con un assetto ristretto nel numero dei componenti.

Di conseguenza, i testi approvati dalle due Commissioni non contenevano degli approcci differenti alle problematiche emergenti dalle crisi d’impresa. Ma discordavano soltanto per alcuni aspetti, che verranno individuati tenendo a mente il “testo approvato a maggioranza” – con riferimento a quello licenziato dalla Commissione del 2001 – e il “testo di minoranza” detto anche “proposta alternativa”, con riferimento al progetto del 2004<sup>175</sup>.

La necessità di nominare una seconda Commissione nacque da una spaccatura che si creò in seno alla prima e che impedì la condivisione piena di una proposta da parte di tutti i componenti. Il gruppo di minoranza – scontento per gli emendamenti non accolti – non era irrilevante, atteso che ne facevano parte i rappresentanti di Banca d’Italia, Abi e Confindustria. Le divergenze portarono nel 2003 a presentare al Ministro della Giustizia due diversi testi affinché potesse scegliere personalmente quale sottoporre all’attenzione del Parlamento per l’approvazione.

Il Ministro, impossibilitato a scegliere tra le due proposte divergenti tra loro, nominò la nuova Commissione che giunse all’approvazione della cosiddetta proposta alternativa.

---

<sup>175</sup> I due testi messi a confronto si possono reperire al seguente link <http://www.ilfallimento.it/norme/testo%20magg%20e%20min%20trevisanato.pdf>. Mentre per la relazione accompagnatoria al testo approvato a maggioranza e al testo di minoranza si veda <http://www.ilfallimento.it/norme/relazione%20al%20testo%20di%20magg%20e%20min%20trevisanato.pdf>.

Che il progetto di riforma Trevisanato rappresentò un punto di svolta nella storia delle riforme concorsuali non si può mettere in dubbio. Per la prima volta, infatti, si concretizzò con esso l'idea di introdurre delle procedure di allerta. Dal passo della Francia – già allora presa come modello – in tale direzione, erano trascorsi una ventina d'anni e una quindicina ne sarebbero passati fino alla codificazione di tali misure nel nostro ordinamento giuridico. Le procedure di allerta, infatti, non trovarono spazio in nessuna delle riforme della materia che si ebbero tra il 2006 e l'epoca più recente, così come le proposte nate dai lavori delle Commissioni non ebbero un seguito in ambito parlamentare. Tuttavia, restano ad oggi la prima pietra delle misure di allerta.

Lo schema di legge della Commissione – se avesse avuto un seguito – avrebbe ridisegnato il diritto fallimentare, sostituendo il fallimento, il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa con due nuove procedure principali: la composizione concordata della crisi e la liquidazione concorsuale. Accompanate da strumenti di carattere preventivo: i cosiddetti “*istituti di allerta e di prevenzione*” (art. 3).

Il passaggio dalla vecchia concezione liquidatoria alla nuova impostazione fu messo in chiaro già all'interno dei principi direttivi. I due testi, infatti, all'art. 2. lett. b) precisavano l'obiettivo di “*favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio*”. Inoltre, la relazione accompagnatoria del testo di minoranza sanciva che “*il Governo viene delegato a sostituire le attuali procedure di fallimento, concordato preventivo e amministrazione controllata con gli istituti di prevenzione e allerta e con le procedure di composizione concordata della crisi e di liquidazione concorsuale*”.

La novità si rese necessaria a causa “*dell'importanza che la tempestività dell'intervento sulla crisi dell'impresa riveste al fine di una soluzione positiva della crisi stessa, e comunque di un esito più favorevole per tutte le parti coinvolte*”<sup>176</sup>.

Le misure di allerta e prevenzione contemplate dalle Commissioni Trevisanato furono molteplici. Da una parte, si cercò di rafforzare gli strumenti informativi delle difficoltà dell'impresa già previsti dalla legge. Si pensi, ad esempio, al bollettino protesti, alla

---

<sup>176</sup> Cit. COMMISSIONE MINISTERIALE PER LA RIFORMA DELLE PROCEDURE CONCORSUALI, Schema di disegno di legge recante “Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza”, Relazione generale in [https://www.tuttocamere.it/files/pconcorsuali/Schema\\_DdL\\_Relazione.pdf](https://www.tuttocamere.it/files/pconcorsuali/Schema_DdL_Relazione.pdf), p. 1

convocazione obbligatoria per perdite di capitale superiori ad un terzo, *etc.*. Dall'altra, si cercò di introdurre nuovi obblighi informativi volti ad esternare tempestivamente le difficoltà. In particolare, si possono ricordare:

- l'obbligo, per le pubbliche amministrazioni munite del potere di riscuotere i tributi, di creare e custodire un pubblico registro dei propri crediti e di comunicare tempestivamente all'autorità giudiziaria i crediti di ammontare superiore ad una certa soglia iscritti a ruolo o muniti di titolo esecutivo per i quali sussisteva "*una mora qualificata*"<sup>177</sup> (c.d. allerta esterna<sup>178</sup>); e
- l'obbligo dell'organo di controllo o dei revisori dei conti – ove esistenti – di informare l'autorità giudiziaria dei "*fatti indicatori della crisi*", in caso di mancata attivazione da parte dell'imprenditore di misure volte al superamento della crisi stessa<sup>179</sup>(c.d. allerta interna<sup>180</sup>).

Inoltre, bisogna notare che era previsto il potere dell'autorità giudiziaria – a seguito dell'informazione ricevuta dalla pubblica amministrazione e/o dagli organi di controllo interno – di aprire una fase interlocutoria, convocando l'imprenditore per "*verificare le circostanze riferite e sollecitarlo all'adozione di iniziative di risanamento*" compresa la procedura di composizione concordata della crisi, di cui all'art. 4 dello schema di legge<sup>181</sup>. Una convocazione, dunque, che in apparenza puntava alla *moral suasion*. Sebbene – qualora il giudice avesse ritenuto che le iniziative di risanamento non avrebbero potuto sortire, verosimilmente, gli effetti sperati – avrebbe potuto avviare il procedimento per la dichiarazione ufficiosa di fallimento.

A tutela dell'intero sistema, infine, era prevista anche l'istituzione presso i Tribunali dei capoluoghi di provincia di "*sezioni specializzate nelle materie di cui alla presente*

---

<sup>177</sup> Testo approvato a maggioranza, art. 3, c. 1, lett. a). La "proposta alternativa" mantiene un obbligo di pubblicità in capo alle pubbliche amministrazioni citate ma esclude l'invio di qualsiasi informazione all'autorità giudiziaria

<sup>178</sup> Talvolta definita anche esogena dalla dottrina

<sup>179</sup> Testo approvato a maggioranza, art. 3, c. 1, lett. b). Si può notare che il testo approvato dalla minoranza prevedeva l'obbligo degli organi di controllo e dei revisori dei conti di informare l'organo amministrativo solo qualora fosse stata pregiudicata la continuità aziendale, al fine di invitare lo stesso ad adottare misure correttive. Solo in caso di inerzia da parte degli amministratori era ammessa la possibilità di convocare l'assemblea dei soci per le deliberazioni opportune e di informare il Tribunale dei fatti rivelatori dell'insolvenza (e NON della crisi). Questo era l'unico contatto con l'autorità giudiziaria ammesso dalla proposta alternativa del 2004, in virtù della quale l'allerta era, dunque, delineata come uno strumento interno all'impresa

<sup>180</sup> Ammessa ovviamente solo per le società di capitali e, in generale, per gli imprenditori collettivi per i quali era prevista la presenza di organi di controllo interni

<sup>181</sup> Cfr. Testo approvato a maggioranza, art. 3, c. 1, lett. c). Nella proposta alternativa tale potere non era previsto

*legge, assicurando la terzietà del giudice e l'efficienza dei procedimenti*"<sup>182</sup>.

Questi evidenziati sono i tratti salienti della *procedura di allerta e di prevenzione* così come delineata dal testo approvato dalla maggioranza. È opportuno sottolineare, tuttavia, che il testo licenziato dalla minoranza nel 2004 era parzialmente differente. Infatti, quest'ultimo continuava sì a prevedere tali misure ma escludeva ogni tipo di coinvolgimento attivo dell'autorità giudiziaria nelle stesse, mutandone quindi le caratteristiche fondamentali.

In sostanza, nel testo più recente l'istituto fu costruito alla stregua di uno strumento interno all'azienda utile a sollecitare le opportune riflessioni dell'imprenditore o degli amministratori nonché l'adozione di contro-misure onde scongiurare l'ulteriore declino e l'avvento dell'insolvenza. L'unico coinvolgimento dell'autorità giudiziaria era rappresentato dall'obbligo dei revisori dei conti e degli organi di controllo di informare il Tribunale dello stato di insolvenza, anche se si trattava di un'informativa formale poiché al giudice non era riconosciuto alcun potere in risposta.

La diversa impostazione si fondava sulla ferma convinzione che gli organi di amministrazione e controllo possedessero già gli strumenti legislativi idonei a prevenire ed, eventualmente, auto-regolare la crisi.

È d'obbligo notare che, di primo acchito, l'istituto di allerta sembrava essere destinato alle imprese collettive. Le norme, infatti, si rivolgevano ad organi interni o esterni tipici delle imprese costituite con questa forma. Tuttavia – posto che il sistema imprenditoriale era costituito, e d'altronde lo è ancora oggi, da imprese medio-piccole, spesso individuali – a prescindere dal dato letterale, si può ritenere che quelle norme fossero applicabili anche a quest'ultime con oneri di monitoraggio e di segnalazione della crisi in capo ai professionisti esterni a cui l'impresa si affidava<sup>183</sup>.

Nonostante questa modifica rilevante tra la prima e la seconda versione, preme sottolineare che già all'epoca la fonte d'ispirazione – soprattutto per il testo approvato a maggioranza – fu la disciplina francese di cui si parlerà nel prosieguo<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup>Testo approvato a maggioranza, art 7, lett. a). La norma venne meno nel testo della minoranza poiché – come si vedrà – quest'ultimo escludeva qualsiasi intervento dell'autorità giudiziaria nella procedura d'allerta

<sup>183</sup> Cfr. CARDARELLI M.C., *Istituti di allerta e di prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali* in ABETEL., AULETTA F., BASSI A. et al., *Crisi dell'impresa e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2004

<sup>184</sup>Mentre per favorire la composizione della crisi d'impresa secondo procedure stragiudiziali alternative alle procedure concorsuali classiche la Commissione Trevisanato si ispirò al modello statunitense

Sempre nell'ottica di prevenire la crisi, la prima Commissione propose anche “*la costituzione di istituzioni pubbliche e private con compiti di analisi delle situazioni di difficoltà delle imprese e di supporto alla loro soluzione*”<sup>185</sup>. Il testo di minoranza, invece, conteneva ulteriori precisazioni e attribuiva alle medesime istituzioni dei compiti specifici – a vantaggio soprattutto delle piccole imprese – di assistenza, consulenza e promozione di soluzioni concordate della crisi.

L'art. 11, per di più, sancì l'istituzione di apposite banche dati presso le Camere di Commercio, in cui sarebbero state raccolte tutte le informazioni disponibili in ordine ai mancati pagamenti di somme spettanti agli Organi pubblici, atteso che questo fatto era considerato un sintomo oggettivo di difficoltà da cui desumere la presenza di uno stato di crisi aziendale.

In aggiunta all'allerta, poi, era prevista una *procedura di composizione concordata della crisi* detta anche procedura di risanamento (art. 4). Avrebbe dovuto rappresentare un'innovazione significativa nell'ambito delle procedure concorsuali tradizionali, andando a sostituire l'amministrazione controllata e il concordato preventivo. Era finalizzata a concedere al debitore la possibilità di superare la crisi o di regolare il suo stato di insolvenza, proponendo ai creditori un accordo di conservazione e/o di liquidazione (parziale) dell'impresa.

Il presupposto soggettivo era molto ampio. L'istituto, infatti, poteva essere attivato su iniziativa del debitore, il quale doveva semplicemente essere un imprenditore iscritto nel registro delle imprese<sup>186</sup>. Ne restavano esclusi soltanto gli enti pubblici e quei soggetti che nel triennio precedente erano stati sottoposti personalmente o per interposta persona ad una procedura di liquidazione o di composizione concordata della crisi.

Per ciò che attiene al presupposto oggettivo, la procedura poteva applicarsi tanto ad una situazione di insolvenza, quanto ad una mera situazione di crisi, tale da non poter essere superata con le normali operazioni di ristrutturazione o di ricorso al credito.

Ai fini dell'apertura era necessaria la dichiarazione del debitore di volersene avvalere, nella quale bisognava esporre le cause della crisi. Inoltre, era opportuno il deposito di una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa,

---

<sup>185</sup> Testo approvato a maggioranza, art. 3, c. 1, lett. d)

<sup>186</sup> Del tutto nuova nel panorama del diritto fallimentare era la previsione di una procedura applicabile anche all'imprenditore agricolo e al piccolo imprenditore, per i quali tuttavia bisognava stabilire delle misure semplificate

nonché dell'elenco dei creditori e di un piano di composizione della crisi, il cui contenuto poteva essere concordato dal debitore con i creditori, prevedendo tempi certi e rapidi per la definizione degli accordi (testo approvato dalla maggioranza, art. 4, c. 2 lett. a).

Non era previsto alcun potere del Tribunale di valutare l'ammissibilità della procedura ma il giudice aveva la possibilità di interrompere in ogni momento la stessa e di pronunciare *“su istanza del debitore, dei creditori, del Pubblico Ministero o d'ufficio, la dichiarazione di insussistenza dei presupposti di accesso alla procedura o la sua cessazione nei casi in cui, alternativamente, non sono depositate le accettazioni dei creditori nei termini di cui ai commi precedenti o il piano non risulta attuabile o il debitore si sottrae alla vigilanza ovvero alle disposizioni degli organi della procedura o risultano atti di frode; prevedere che, nei predetti casi, il Tribunale dichiara aperta la procedura di liquidazione concorsuale se risulta l'insolvenza”*(testo approvato dalla maggioranza, art. 4, c. 4, lett. l).

Quanto agli effetti, bisogna notare che in pendenza della procedura, l'imprenditore conservava l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'attività d'impresa.

Era previsto, poi, *“il divieto di azioni esecutive e cautelari, anche speciali e dei mezzi di autotutela esecutiva”*<sup>187</sup>, nonché l'inefficacia degli atti costitutivi dei diritti di prelazione<sup>188</sup>, la sospensione di tutti i termini e delle decadenze per l'apertura della procedura di insolvenza<sup>189</sup>, etc. .

Al consiglio dei creditori erano riconosciuti dei poteri incisivi. Ad esempio, si pensi a quello di autorizzare *“gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione e, per evidente opportunità ai fini dell'attuazione del piano e con la corresponsione di equo indennizzo, autorizzare altresì lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione”* (testo approvato dalla maggioranza, art. 4, c. 4, lett. d).

Va notato infine, che a scopi preventivi e per evitare dissesti a catena si prevedevano obblighi di carattere pubblicitario mediante il deposito della dichiarazione di apertura della procedura presso il registro delle imprese.

Per concludere questo breve riferimento alle disposizioni più importanti – per i fini che a noi interessano – degli schemi della riforma Trevisanato, va notato che era previsto un

---

<sup>187</sup> Testo approvato a maggioranza, art. 4, c. 3, lett. a)

<sup>188</sup> Testo approvato a maggioranza, art. 4, c. 3, lett. b)

<sup>189</sup> Testo approvato a maggioranza, art. 4, c. 3, lett. c)

potere di omologazione del piano da parte del Tribunale. Sul punto i due testi erano agli antipodi. Infatti, quello approvato dalla maggioranza attribuiva un autonomo potere del giudice di valutazione della fattibilità del piano. Mentre la proposta della minoranza attribuiva all'organo giudiziario un potere di controllo sulla legittimità del piano e del procedimento, escludendo ogni verifica di merito sulla convenienza e sulla fattibilità dello stesso, atteso che la valutazione sulla fattibilità si riteneva già compiuta dal commissario giudiziale e dalla maggioranza dei creditori.

Per quanto interessanti, le norme contenute nei testi approvati dalle Commissioni Trevisanato rimasero dei meri spunti. Infatti, persa l'occasione per approvare una riforma organica del diritto fallimentare, a partire dal 2005 il legislatore cominciò a rivedere singolarmente gli istituti principali con risultati mai pienamente convincenti.

In tale periodo, fino al gennaio del 2019, le tanto agognate misure di allerta e di prevenzione – chiedo fisso di gran parte della dottrina – *“non hanno mai avuto diritto di cittadinanza nella nostra legge fallimentare”*<sup>190</sup>, sebbene gli interventi di riforma abbiano sempre lasciato trasparire un'intenzione di fondo del legislatore di tutelare la continuità aziendale dell'impresa in difficoltà e di prevenire lo stato di insolvenza. Basti pensare a tal fine all'introduzione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani di risanamento attestati<sup>191</sup> – concepiti per la risoluzione della crisi – nonché alla novità del settembre 2012 rappresentata dal cosiddetto concordato in bianco, a cui si faceva cenno nel capitolo precedente<sup>192</sup>.

Ad onor del vero, bisogna anche menzionare il tentativo – contenuto nella proposta di legge n. 2870, presentata alla Camera il 30.10.2009 – di introdurre l'allerta interna. L'art. 1 della proposta in oggetto, infatti, recitava *“Gli organi di controllo, i revisori contabili e le società di revisione dell'impresa esercitata in forma societaria o collettiva hanno l'obbligo di comunicare tempestivamente all'organo di amministrazione ogni circostanza idonea a pregiudicare la continuità dell'impresa con l'invito ad adottare o a promuovere l'adozione delle misure necessarie al superamento della crisi e, in mancanza di iniziative idonee, di convocare l'assemblea dei soci per le opportune deliberazioni. I medesimi soggetti, esperite senza esito le iniziative di cui al periodo*

---

<sup>190</sup> Cit. NEGRI G., *Le procedure di allerta ancora in attesa*, Il Sole 24 Ore, 05.02.2014

<sup>191</sup> Entrambi gli istituti sono stati introdotti dal d.l. n. 35 del 2005

<sup>192</sup> A proposito delle caratteristiche fondamentali dei tre istituti v. cap. I, par. 8

*precedente, hanno l'obbligo di riferire al Tribunale i fatti rivelatori di uno stato di crisi*".

Sul fronte della dottrina, infine, va notato che – come si accennava – i dibattiti sull'allerta non si sono mai sopiti né in ambito giuridico né economico-aziendalistico.

Ad esempio il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti – che si è da sempre interessato a tali misure – elaborò nel gennaio del 2005 un documento sul tema<sup>193</sup> – a cui si è già fatto riferimento<sup>194</sup> – con cui intendeva stimolare il legislatore all'introduzione delle procedure di allerta, fornendo delle dritte sulla possibile configurazione del modello<sup>195</sup> ed effettuando un confronto con l'esempio ventennale delle *procédures d'alerte* francesi. Il rapporto – secondo quanto dichiarato nell'introduzione – nasceva *“dall'esigenza sempre più impellente per gli imprenditori di avere sistemi di controllo dello stato di salute dell'azienda che si rivelino in grado di agevolare e indirizzare la gestione d'impresa”*.

Inoltre, a testimonianza della profonda attenzione dedicata dall'Ordine dei Dottori Commercialisti alla causa, va ricordato che questo ha patrocinato diversi incontri sull'efficacia della legislazione relativa alla crisi d'impresa e alle procedure di allerta non solo in concomitanza dei dibattiti fisiologici scaturiti a seguito dell'approvazione dei testi delle Commissioni Trevisanato ma anche a distanza di anni da quei lavori<sup>196</sup>.

Infine, va rilevato che l'introduzione di procedure di allerta era avvertita come necessaria, e quindi supportata anche dagli enti creditizi e, in particolare, dalle banche, le quali erano e sono *“assai sensibili alla tematica considerato che la selezione dei clienti a cui erogare prestiti o finanziamenti rappresenta uno dei compiti più delicati”*<sup>197</sup>.

---

<sup>193</sup> Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti - Ufficio Studi, *“Crisi d'impresa: strumenti per l'individuazione di una procedura d'allerta”*, gennaio 2005

<sup>194</sup> Cfr. cap. 1, par. 5.1

<sup>195</sup> Il documento a p. 5 riporta che *«[...] il punto di partenza del lavoro è quello di determinare un sistema in grado di far capire se un'impresa sia in crisi attraverso una lettura dei dati di natura quantitativa e qualitativa. Tale modello ha l'ambizione di individuare sia l'effettivo stato di solvibilità e solidità d'azienda in cui, nonostante i dati di bilancio, l'impresa può trovarsi, sia il pericolo che l'azienda medesima possa imbattersi nel futuro in situazioni di difficoltà [...]»*

<sup>196</sup> Si può ricordare ad es. il convegno organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili di Milano, SAF – Scuola di Alta Formazione Luigi Martino, dal titolo *L'efficacia della legislazione sulla crisi d'impresa; le prospettive della “procédures d'alerte”* tenutosi a Milano il 27 giugno 2013

<sup>197</sup> Cit. Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti - Ufficio Studi, *“Crisi d'impresa: strumenti per l'individuazione di una procedura d'allerta”*, gennaio 2005, p. 3

#### ***4. I principi e gli indirizzi dell'Unione Europea***

Dopo il fallimento dei diversi tentativi analizzati – volti all'introduzione di misure preventive delle crisi d'impresa – si è verificato un “presupposto” che in progresso di tempo ha obbligato il legislatore ad armonizzare il diritto interno in materia fallimentare con quello vigente negli altri ordinamenti continentali.

Il termine “armonizzare” si può dire che, in questo contesto, risulti particolarmente eloquente, atteso che il presupposto a cui si fa riferimento è l'introduzione da parte dell'Unione Europea di nuove norme focalizzate sulla prevenzione e mirate appunto all'armonizzazione della disciplina delle crisi d'impresa dei Paesi membri.

La materia delle procedure di insolvenza con implicazioni transfrontaliere era originariamente disciplinata dal *Regolamento CE n.1346 del 2000*, il quale vide la luce dopo ben trent'anni di tentativi infruttuosi. Riproduceva – in modo praticamente inalterato – una Convenzione approvata il 23.11.1995 e mai entrata in vigore a causa della mancata ratifica da parte del Regno Unito. Aveva un approccio molto minimalista a causa delle resistenze degli Stati membri verso l'adozione di un regime comune per la gestione dell'insolvenza<sup>198</sup>.

A seguito di una proposta di modifica della Commissione UE<sup>199</sup> risalente al 2012 – è stato sostituito dal *Regolamento UE 2015/848 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 20.05.2015*<sup>200</sup> che oggi disciplina la materia.

Altresì importanti, tuttavia, sono la *Raccomandazione della Commissione UE 2014/135/UE*, che ai nostri fini risulta essere la più interessante, la *Proposta di Direttiva della Commissione UE del 22.11.2016* e il *Piano di azione imprenditorialità 2020 COM (2012)795 del 09.01.2013*<sup>201</sup>.

Quest'ultimo è fondamentale poiché contiene un invito – rivolto dalla Commissione agli Stati membri e richiamato nella *Raccomandazione 2014/135/UE*<sup>202</sup> – ad introdurre “*servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per*

---

<sup>198</sup> Per approfondimento cfr. BOGGIO L., *Introduzione al nuovo diritto UE in materia di insolvenza e di pre-insolvenza in Giurisprudenza italiana*, Utet, Torino, gennaio 2018, pp. 223 ss.

<sup>199</sup> La proposta di modifica era contenuta in una Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio e al Comitato Economico e Sociale Europeo, COM (2012)742 del 12.12.2012

<sup>200</sup> G.U.U.E. 05.06.2015, serie L

<sup>201</sup> Elaborato dalla Commissione

<sup>202</sup> Considerando n. 9 della Raccomandazione

*evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi”.*

L'importanza di interventi precoci volti al salvataggio delle imprese è ribadito dal Considerando n. 1 della stessa Raccomandazione, il quale può considerarsi una sintesi della politica europea in materia di crisi d'impresa. Citando testualmente, lo scopo primario è quello di *“garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l'economia in generale”*<sup>203</sup>. Inoltre, *“un altro obiettivo è dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono”.*

La citazione è sicuramente un'enunciazione (non l'unica!<sup>204</sup>) chiara e completa dell'approccio dell'Unione rispetto alle crisi d'impresa, un approccio che è decisamente nuovo e che comporta un'attenzione crescente e costante verso l'introduzione nei Paesi membri di *strumenti di prevenzione* dell'insolvenza. L'intenzione innovativa è evidente fin dal titolo della Raccomandazione: *“Un nuovo approccio al fallimento delle imprese e dell'insolvenza”.*

La scelta di esprimere dei concetti così rilevanti in una Raccomandazione, cioè in un atto privo di efficacia diretta, e non in un Regolamento o in una Direttiva, è da imputare al fatto che probabilmente la Commissione intendeva solo fissare delle linee guida, ossia dei principi volti ad illuminare il diritto delle crisi d'impresa degli Stati membri negli anni a venire, lasciando tuttavia ciascun legislatore libero di assumere le proprie determinazioni in materia.

Il vantaggio più immediato, inoltre, è rappresentato dal fatto che – ancor prima di stravolgere gli ordinamenti interni – è possibile interpretare gli istituti già vigenti, relativi alle crisi d'impresa, alla luce dei principi ritenuti prioritari dall'ordinamento comune.

Dal rapporto sull'applicazione della Raccomandazione 2014/135/UE emerge che questa è stata attuata solo parzialmente da alcuni membri, i quali tra l'altro lo hanno fatto in modo selettivo e disomogeneo<sup>205</sup>.

---

<sup>203</sup> Oltre che nel Considerando n.1 della Raccomandazione 2014/135/UE, tale finalità è ribadita nel par. I, punto 1 della stessa

<sup>204</sup> Ad es. il concetto è ripreso dal Regolamento UE 2015/845 nel Considerando n. 10 e nell'art. 1.

<sup>205</sup> Cfr. DE MATTEIS S., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p.57

Le ambizioni della Raccomandazione erano davvero alte poiché questa si inseriva in un contesto desolante in cui annualmente i fallimenti si aggiravano intorno alle 200.000 unità e i dipendenti privati del loro posto di lavoro erano all'incirca 1.7 milioni<sup>206</sup>.

Gli strumenti concreti, proposti per la risoluzione delle crisi d'impresa erano:

- la ristrutturazione dell'impresa in una fase antecedente all'insolvenza mediante dei meccanismi di “*early intervention*”;
- le misure di risanamento dell'impresa alternative rispetto all'intervento giudiziale;
- la previsione di un momento di “*temporary stay*” prima dell'aggressione del patrimonio aziendale da parte dei creditori, qualora questo fosse apparso ancora potenzialmente produttivo;
- le misure di “*win-win*” che permettono di trovare un equilibrio tra la ristrutturazione e la soddisfazione delle esigenze del ceto creditorio;
- la previsione di misure di “*discharge*”, ossia di una sorta di riabilitazione del fallito onesto al fine di un nuovo ingresso nel mercato.

Dopo la promulgazione della Raccomandazione del 2014, a seguito di una serie di riunioni del gruppo d'esperti all'uopo costituito e di alcuni incontri con i Paesi membri e gli *stakeholders*, la Commissione ha pubblicato una Proposta di Direttiva il 22.11.2016, nella consapevolezza che “*Una percentuale significativa di imprese e di posti di lavoro potrebbe essere salvata se in tutti gli Stati membri in cui l'impresa ha dipendenze, attivi o creditori esistessero procedure di prevenzione*”<sup>207</sup>.

Espletato l'iter legislativo delle istituzioni europee, che ha coinvolto il Consiglio dei Ministri dell'UE e il Parlamento, la proposta è stata approvata il 19.12.2018 e la Direttiva, che ne è scaturita, è in attesa di adozione formale da parte delle due istituzioni e di pubblicazione in Gazzetta Ufficiale<sup>208</sup>. Si tratta di un atto di armonizzazione minima che dà attuazione alla Raccomandazione del 2014, va ad integrare il Regolamento del 2015 e dovrà essere recepito nei 28 Paesi membri<sup>209</sup>. Non mira alla

---

<sup>206</sup>La stima si riferisce all'intero territorio dell'UE e all'anno 2016. Fonte: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2018/10/11/directive-on-business-insolvency-council-agrees-its-position/>. Altrove si precisa che vengono stimati circa 600 fallimenti al giorno

<sup>207</sup> Cit. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22.11.2016

<sup>208</sup> Fonte: <https://www.consilium.europa.eu/it/press/press-releases/2018/12/19/eu-agrees-new-rules-on-business-insolvency/>

<sup>209</sup> Numero di membri che potrebbe essere pari a 27 in caso di formalizzazione della Brexit

completa armonizzazione in quanto non tocca la disciplina delle procedure liquidatorie, quella dei privilegi e quella della gerarchia dei creditori.

Per armonizzazione minima si intende l'imposizione di *standards* minimi, lasciando agli Stati membri la possibilità di prevedere delle disposizioni ulteriori, purché non incompatibili con le finalità della Direttiva. Per tale motivo l'obiettivo può considerarsi ambizioso ma non irraggiungibile come sarebbe se si puntasse ad una armonizzazione completa.

La necessità di approvare una Direttiva e di applicare il Regolamento è stata dettata dalla scarsa efficienza della Raccomandazione, anche se si può affermare che quest'ultima resti comunque una pietra miliare per la definizione dei principi fondamentali su cui è costruita l'intera materia.

Venendo al Regolamento UE 2015/848, bisogna notare che dopo la sua entrata in vigore si è registrato un ampliamento – rispetto al Regolamento del 2000 – del “perimetro” delle procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza. Ciò deriva dal fatto che – tramite l'*Allegato A* – hanno ricevuto riconoscimento le nuove procedure concorsuali adottate nei singoli Stati. In sostanza, l'allegato elenca – in modo tassativo e per ogni Paese – le *insolvency proceedings* previste dalla legge interna, alle quali viene applicato il Regolamento europeo. La decisione in merito alle procedure da includere nell'elenco viene lasciata ai singoli Stati<sup>210</sup>, i quali devono effettuare una valutazione di opportunità nella consapevolezza che le misure tenute al di fuori dell'ambito di applicazione del Regolamento non sono riconosciute nell'insieme dell'Unione Europea. L'indicazione delle procedure ammesse e riconosciute nell'UE, dunque, viene effettuata *per relationem*.

Bisogna notare, per di più, che l'ampliamento del “perimetro” non è solo da attribuire al riconoscimento “ufficiale” da parte dell'UE delle procedure di gestione delle crisi d'impresa o dell'insolvenza, introdotte recentemente nei Paesi membri, ma anche alla novità contenuta nell'art. 1 del Regolamento UE 2015/848. Quest'ultimo – oltre ad ammettere l'attivazione delle procedure riportate nell'*Allegato A* nelle ipotesi in cui

---

<sup>210</sup> Il nostro Paese ha deciso di sottoporre al regolamento, e quindi sono menzionati nell'allegato A, il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria, gli accordi di ristrutturazione, le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento del consumatore (accordo o piano), la liquidazione dei beni. Dovrebbero rientrare anche il concordato con riserva e gli accordi di ristrutturazione con gli intermediari finanziari in quanto rappresentano un sottotipo rispettivamente del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione. Ne restano esclusi, invece, il risanamento e le convenzioni di moratoria

sussiste uno stato di insolvenza – autorizza l’applicazione del Regolamento anche in quei casi in cui le procedure interne possano essere attivate pur sussistendo una mera “*probabilità di insolvenza*”<sup>211</sup>, allo scopo di “*evitare l’insolvenza del debitore o la cessazione dell’attività di quest’ultimo*”.

Salvo questo riferimento alla fase che precede l’insolvenza, va sottolineato che il Regolamento non contiene alcun riferimento – nonostante quanto auspicato dalla Commissione nella Comunicazione del 2012 (COM (2012)742) – alle misure di pre-insolvenza<sup>212</sup> e alle procedure ibride<sup>213</sup>.

Le sollecitazioni provenienti dall’Unione Europea, contenute sia nella Raccomandazione del 2014 – e ora anche nella Direttiva di imminente emanazione – sia nel Regolamento del 2015 hanno reso improcrastinabile quella che ha preso il nome di riforma Rordorf e che si è conclusa con l’introduzione del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

In realtà, nel momento in cui intervenne la Raccomandazione del 2014, il nostro Paese non era messo male rispetto alle istanze propuginate a livello europolitano, posto che vi erano già degli strumenti avanzati – se messi a confronto con quelli degli altri Stati membri – che in qualche modo favorivano l’emersione anticipata della crisi. Si pensi, ad esempio, al concordato con riserva, al concordato con continuità aziendale, alle innovazioni in materia di nuova finanza dell’impresa in crisi oppure al riconoscimento della possibilità per l’imprenditore di sciogliersi da determinati rapporti pendenti. Tuttavia, la necessità di innovare ulteriormente la materia si è imposta a causa della carenza di organizzazione nel sistema, da imputare alle riforme parziali e disordinate dell’ultimo quindicennio.

---

<sup>211</sup>Il concetto di “*probabilità dell’insolvenza*” era già stato previsto dalla Raccomandazione del 2014. È assunto come metro di misura della crisi nel nostro ordinamento

<sup>212</sup> “*Procedure quasi concorsuali sotto la vigilanza di un giudice o di un’autorità amministrativa che danno al debitore in difficoltà finanziarie la possibilità di ristrutturare la società prima di trovarsi in stato di insolvenza nel senso tradizionale del termine*”

<sup>213</sup> Procedure in cui il debitore conserva una “*supervisione sui suoi beni e affari, anche se sotto il controllo o la sorveglianza del giudice o di un curatore*”

## ***5. (segue) Dal d.d.l. Rordorf al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza***

Come si accennava, l'ultima riforma in materia di crisi d'impresa si è conclusa il 10.01.2019 con l'approvazione del decreto legislativo 12.01.2019, n.14 recante il nuovo *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*.

L'iter di riforma ha preso avvio su iniziativa del Governo della XVII legislatura, il quale ha nominato una Commissione ministeriale – con decreto del Ministro della Giustizia Andrea Orlando, il 28.01.2015 – costituita da magistrati, docenti universitari e professionisti, supportati da un comitato scientifico.

La Commissione – incardinata presso il Ministero della Giustizia e presieduta da Renato Rordorf<sup>214</sup>, dal quale la riforma prende il nome – ha svolto i suoi lavori per tutto il corso del 2015 con il compito di presentare entro il 31 dicembre dello stesso anno delle proposte normative per la riforma organica del diritto della crisi d'impresa, nel rispetto degli ambiti e delle linee guida indicate nei 9 articoli del decreto di nomina.

I lavori hanno tenuto impegnata la Commissione per tutto il corso del 2015 e un testo definitivo è stato posto all'attenzione del Ministro della Giustizia, che ha provveduto a proporlo alla Camera dei deputati l'11.03.2016.

Il d.d.l. A.C. 3671 – contenente poche ma decisive varianti rispetto al testo licenziato dalla Commissione Rordorf – è stato originariamente assegnato in sede referente alla Commissione Giustizia della Camera. Successivamente, a seguito dello stralcio di alcune norme relative all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, il disegno originario è stato ripartito in due diversi d.d.l., di cui uno ha seguito il suo iter dinanzi alla Commissione citata (d.d.l. A.C. 3671-bis), mentre l'altro – limitato all'amministrazione straordinaria – è stato assegnato alla Commissione Attività produttive (d.d.l. A.C. 3671-ter).

L'esame del primo è stato avviato il 24.05.2016 e l'approvazione da parte dell'Assemblea è intervenuta il 01.02.2017.

Al Senato, invece, il d.d.l. A.S. 2681 è stato approvato senza modificazioni l'11.10.2017, al contrario la parte della riforma relativa alla crisi delle grandi imprese (A.C. 3671-ter) – approvata dalla Camera dei deputati – ha poi interrotto il proprio iter

---

<sup>214</sup> Presidente della I sezione civile della Suprema Corte di Cassazione

al Senato.

La promulgazione della legge n. 155 è avvenuta con decreto del Presidente della Repubblica il 19.10.2017 e la legge – rubricata “*Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*” – è stata pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 30.10.2017 (n. 254), entrando in vigore il 14.11.2017.

Il Governo avrebbe dovuto esercitare la delega entro il termine di un anno decorrente da quest'ultima data. Tuttavia, a causa di diverse vicissitudini – tra cui le elezioni politiche a marzo 2018 e l'avvicendamento di un nuovo esecutivo nel giugno dello stesso anno – si è fatto ricorso alla proroga di sessanta giorni sancita dall'art.1, c. 3 della legge delega<sup>215</sup>.

Lo schema di decreto legislativo<sup>216</sup> è stato redatto dal Ministero della Giustizia e la deliberazione preliminare del Consiglio dei Ministri è avvenuta in occasione della riunione dell'8.11.2018.

Ai fini dell'emanazione di un decreto di tal guisa, la legge prevede come necessario il parere del Consiglio di Stato – posto che si tratta di un testo unico (L. 15.05.1997, n. 127, art. 17, c. 25, lett. a) – nonché quello delle Commissioni competenti di Camera e Senato. I pareri in oggetto sono stati acquisiti – ai sensi di quanto stabilito dalla legge – prima di sottoporre lo schema di decreto alla deliberazione finale del Consiglio dei Ministri.

Il decreto – adottato dal Ministro della giustizia, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze e il Ministro del lavoro e delle politiche sociali – è stato approvato dal Consiglio dei Ministri, in esame definitivo, il 10.01.2019 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 febbraio 2019.

Entrerà in vigore decorsi 18 mesi dalla data di pubblicazione, ossia il 15.08.2020, salvo alcune norme che avranno efficacia già a partire dal trentesimo giorno successivo alla pubblicazione (16.03.2019). Questo diverso termine riguarda, in particolare, le disposizioni relative a:

- competenza per materia e per territorio (art. 27, c. 1);
- modifiche alla disciplina dell'amministrazione straordinaria (art. 350);

---

<sup>215</sup> L'approvazione del Codice è avvenuta, dunque, nel corso della XVIII legislatura

<sup>216</sup> Lo schema di decreto legislativo è corredato da una Relazione tecnica, dall'Analisi tecnico-normativa (A.T.N.) e dall'Analisi di impatto della regolazione (A.I.R.)

- albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza (art.356);
- funzionamento del predetto albo (art. 357);
- area web riservata (art. 359);
- certificazione dei debiti contributivi e per premi assicurativi (art. 363);
- certificazione dei debiti tributari (art. 364);
- modifica all'art. 147 del T.U. in materia di spese di giustizia (art. 366);
- assetti organizzativi dell'impresa (art. 375);
- modifiche sulla responsabilità degli amministratori (art. 377);
- modifiche sulla nomina degli organi di controllo (art. 378);
- nomina degli organi di controllo (art. 379);
- garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (artt. 385-388).

Il testo è costituito da 391 articoli suddivisi in quattro parti<sup>217</sup> e sostituirà buona parte delle disposizioni vigenti in materia di procedure concorsuali, riportate nella legge fallimentare e nella l. n. 3/2012 sulle procedure di sovraindebitamento<sup>218</sup>.

Da diverse fonti si prevede che il testo subirà delle correzioni nel periodo di *vacatio legis*.

L'iniziativa del Governo nasce da diverse motivazioni. *In primis*, certamente un ruolo importante è stato giocato dalla “*presa d'atto della frammentazione normativa*<sup>219</sup> *causata dalla giustapposizione di testi legislativi occasionali e spesso tutt'altro che armonici*”<sup>220</sup>. In secondo luogo, è intervenuta la consapevolezza che la materia in oggetto necessita di un costante aggiornamento per favorire la competitività delle imprese, le quali possono trovarsi ad affrontare delle situazioni di difficoltà non tanto a causa di una *mala gestio* dell'imprenditore ma purtroppo, sempre più spesso, a causa di cicli negativi, fisiologici per il sistema economico. Questo mutamento di prospettiva

<sup>217</sup> Parte I: codice della crisi e dell'insolvenza; parte II: modifiche al Codice civile; parte III: garanzie a favore degli acquirenti di immobili da costruire; parte IV: disposizioni finali e transitorie

<sup>218</sup> Le procedure di sovraindebitamento sono quelle applicabili in caso di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start – up innovative (di cui al d.l.18.10.2012, n. 179, convertito, con modificazioni, nella l. 17.12.2012, n. 221) e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza (Cfr. art. 2, c. 1, lett. c del Codice della crisi e dell'insolvenza)

<sup>219</sup>Per avere un'idea più puntuale del contesto normativo in cui si inserisce la riforma, cfr. <http://www.camera.it/temiap/documentazione/temi/pdf/1104643.pdf>

<sup>220</sup> Cit. FABIANI M., *Il diritto della crisi e dell'insolvenza – Aggiornato alla l. 19 ottobre 2017, n. 155*, Zanichelli, Bologna, 2017, p. 616

sulle cause della crisi spinge il legislatore ad ammodernare il quadro normativo al fine di introdurre delle misure di prevenzione e modificare gli istituti tradizionali ormai obsoleti.

Inoltre, la riforma è stata indotta dal contesto di crisi economica in cui versa il nostro Paese e, in generale, parte del Vecchio Continente. La recessione ha avuto inizio nel 2008 e le statistiche rivelano un aumento sensibile delle istanze di fallimento e dei concordati preventivi. Si evidenzia, anche, una crescita nelle procedure esecutive sia di carattere mobiliare che immobiliare. Per far fronte alla crisi, prima della nomina della Commissione Rordorf, due interventi rilevanti di riforma si sono avuti nel 2012, anno che ha visto l'introduzione dell'istituto della composizione delle crisi da sovraindebitamento (l. n. 3/2012 e d.l. n. 179/2012), applicabile a coloro che restano esclusi dalle procedure concorsuali, e la riforma del concordato preventivo (d.l. n. 83/2012). In particolare, quest'ultimo decreto intendeva permettere alle imprese in crisi un accesso più rapido alle procedure di risanamento, consentendo, tra l'altro, di attingere a nuovi mezzi finanziari per garantire la continuità aziendale.

Un altro elemento decisivo, poi, è rappresentato dalle sollecitazioni provenienti dal contesto europeo ed internazionale. Quanto al primo, si è evidenziato nel paragrafo precedente quali sono stati gli *inputs* provenienti dall'UE che hanno spinto e spingono gli Stati membri a rinnovare il diritto interno per adeguarsi alla nuova politica focalizzata sulla prevenzione della crisi, sulla ristrutturazione dell'attività aziendale e sulla riabilitazione del fallito. L'influenza delle istanze eurounitarie sul Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza si evince dai vari istituti rispettosi della normativa europea e dalla scelta di introdurre finalmente delle misure di allerta e di prevenzione, in linea con gli auspici dell'Unione. Va notato, tuttavia, che tale legame è anche ribadito nella delega e nel testo del decreto, che richiamano, in generale, la normativa dell'UE e, nello specifico, il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2015/848 e la Raccomandazione della Commissione 2014/135/UE.

Quanto, invece, alle sollecitazioni che provengono dal contesto internazionale, è opportuno ricordare che la riforma tiene conto anche dei principi della cosiddetta *model law* elaborati dalla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale (UNCITRAL)<sup>221</sup>. La *model law* – nel caso di specie la “*Cross-Border*

---

<sup>221</sup> Cfr. legge delega, art. 1, c. 2

*Insolvency Model Law*” – è una sorta di legge modello direttamente recepibile dalle legislazioni nazionali. Ad oggi, è stata fatta propria da ben 41 Paesi sia in ambito extraeuropeo (ad es. Giappone, USA, Australia, Canada) sia europeo (ad es. Regno Unito, Polonia, Romania, Slovenia e Grecia). Il nostro Paese non è tra gli Stati che hanno scelto di adottarla, anche se nella legge delega si fa riferimento ad essa. Senza dubbio la sua adozione potrebbe rappresentare un’opportunità dal punto di vista dell’armonizzazione dei diversi ordinamenti nazionali.

Il richiamo alla normativa europea e alla *model law* emerge anche dal parere del Consiglio di Stato (Parere 12.12.2018, n.2854) relativo allo schema del decreto legislativo recante il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza. In questo caso – va notato – vengono richiamati anche il Regolamento delegato UE 2016/451 della Commissione, che stabilisce i principi e i criteri generali per la strategia d’investimento e le regole di gestione del Fondo di risoluzione unico, nonché la proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 22.11.2016.

Passando alle principali novità del Codice, il comunicato stampa diffuso dal Consiglio dei Ministri dopo l’approvazione dello stesso, segnala:

- la sostituzione del termine “fallimento” con l’espressione “liquidazione giudiziale” in conformità a quanto avviene in altri Paesi europei (si pensi alla Francia in cui l’istituto prende il nome di *liquidation judiciaire*) onde evitare il discredito sociale e personale che da sempre si accompagna alla parola “fallito”;
- l’introduzione della procedura di allerta pensata per favorire una pronta emersione della crisi, nella prospettiva del risanamento dell’impresa e del più elevato soddisfacimento dei creditori;
- la priorità di trattazione alle proposte che comportino il superamento della crisi garantendo la continuità aziendale;
- il privilegio accordato, tra gli strumenti di gestione della crisi e dell’insolvenza, alle procedure alternative rispetto all’esecuzione giudiziale;
- l’uniformità e la semplificazione della disciplina dei riti speciali previsti dalle disposizioni in materia concorsuale;
- la riduzione della durata e dei costi delle procedure di gestione della crisi e dell’insolvenza;

- l’istituzione presso il Ministero della giustizia di un albo dei soggetti destinati a svolgere, su incarico del Tribunale, funzioni di gestione o di controllo nell’ambito di procedure concorsuali, con l’indicazione dei requisiti di professionalità esperienza e indipendenza previsti per l’iscrizione;
- l’armonizzazione delle procedure di gestione della crisi e dell’insolvenza del datore di lavoro con forme di garanzia per l’occupazione e il reddito dei lavoratori.

A grandi linee si può notare che si tratta di modifiche che toccano diverse norme della materia concorsuale sia sostanziale che processuale. La riforma si definisce “organica” ma in realtà alcuni<sup>222</sup> – e fondamentali – istituti della legge fallimentare non sono stati sottoposti ad alcun tipo di revisione.

Certamente le previsioni più innovative sono l’introduzione dell’allerta, accompagnata da una serie di disposizioni volte a favorire la scelta di strumenti di composizione stragiudiziale della crisi, nonché la codificazione di una disciplina specifica applicabile alle crisi e all’insolvenza dei gruppi d’imprese, completamente assente nella legge fallimentare.

## ***6. Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza***

Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi sono disciplinate nel Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza negli artt. da 12 a 25, che rappresentano un’attuazione dell’art. 4 della legge delega, rubricato “*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*”. In particolare, va notato che gli articoli menzionati vanno a formare il Titolo II (“*Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*”) della prima parte del decreto di attuazione della delega, Titolo che è suddiviso in quattro Capi:

- Capo I: “*strumenti di allerta*” (artt. 12-15);
- Capo II: “*organismo di composizione della crisi d’impresa*” (artt. 16-18);

---

<sup>222</sup> Ne restano escluse l’amministrazione straordinaria delle grandi imprese, la liquidazione coatta amministrativa e le disposizioni speciali in materia di crisi d’impresa delle società pubbliche (Cfr. Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, art. 1)

- Capo III: “*procedimento di composizione assistita della crisi*” (artt. 19-23);
- Capo IV: “*misure premiali*” (artt. 24-25)

Venendo nello specifico alla disciplina, quello che emerge è che l'emersione tempestiva della crisi e la prevenzione dell'insolvenza sono affidate dal legislatore a diverse misure menzionate dagli artt. 12 e 19 del Codice.

Il c. 1 dell'art.12, in primo luogo, sancisce che “*Costituiscono strumenti di allerta gli obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli articoli 14 e 15, finalizzati, unitamente agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile, alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione*”.

Per sgomberare, innanzitutto, il campo da ogni dubbio, va precisato che “*gli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal codice civile*” sono quelli analizzati a grandi linee al cap. I, par. 7 e già esistenti da anni nel nostro ordinamento giuridico. È opportuno notare, tuttavia, che anch'essi sono stati oggetto di modifiche, contenute nella parte II del decreto attuativo (“*Modifiche al Codice civile*”, artt. 376-384), in virtù della previsione di cui all'art. 14, c. 1, lett. b della legge delega<sup>223</sup>.

Gli “*obblighi di segnalazione posti a carico dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15*”, invece, rappresentano la vera novità: le tanto agognate procedure di allerta.

Dalla consultazione degli articoli menzionati dalla norma, emerge in modo chiaro che ci si trova di fronte a due istituti simili ma differenti sia relativamente ai soggetti legittimati ad attivarli, sia relativamente al presupposto oggettivo.

Limitandosi alla prima differenza, bisogna notare che l'art. 14 si riferisce all' “*obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari*” ossia a quella procedura che viene identificata come *allerta interna*. Mentre, l'art. 15 è relativo all' “*obbligo di segnalazione dei creditori pubblici qualificati*”, obbligo che dà avvio alla cosiddetta *allerta esterna*.

Per ragioni di completezza, infine, è opportuno menzionare l'art. 19. Esso si riferisce ad una diversa procedura stragiudiziale – il procedimento di composizione assistita della

---

<sup>223</sup> L'art. 14 della legge delega stabiliva l'obbligo per il Governo di prevedere “*il dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di istituire assetti organizzativi adeguati per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*”

crisi – che può rappresentare o un’evoluzione eventuale della procedura d’allerta o può essere avviata in modo autonomo dal debitore.

Riassumendo, dunque, i nuovi istituti volti all’emersione tempestiva della crisi e alla prevenzione dell’insolvenza sono l’allerta interna, l’allerta esterna e la procedura di composizione assistita della crisi, attivabili:

- la prima dagli organi di controllo societari, dal revisore contabile e dalla società di revisione;
- la seconda “*dai creditori pubblici qualificati*” (Agenzia delle entrate, INPS, agente della riscossione);
- la terza su istanza del debitore, fermo restando che può rappresentare anche un’evoluzione dell’allerta.

## ***7. Le procedure di allerta***

### ***7.1 Il presupposto soggettivo e oggettivo delle procedure di allerta***

L’attivazione delle procedure di allerta può avvenire qualora si verificano congiuntamente due requisiti. Uno di carattere soggettivo e l’altro di carattere oggettivo. Il primo è comune alle due tipologie, mentre per il secondo è opportuno fare una differenziazione tra il requisito idoneo ad innescare l’allerta interna e quello richiesto dalla legge per l’avvio dell’allerta esterna.

Il presupposto soggettivo è sancito dall’art. 12 del Codice, a mente del quale “*gli strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale*”, dovendo dedurre, di conseguenza, che ne restano esclusi tutti quei soggetti a cui si applicano le procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento. Bisogna sottolineare, tuttavia, che l’istituto non è stato pensato per tutte le imprese, atteso che lo stesso art. 12 contiene un lungo elenco di soggetti esclusi.

Innanzitutto la procedura, in virtù di requisiti di carattere dimensionale, non è applicabile:

- alle grandi imprese<sup>224</sup>,
- ai gruppi di imprese di rilevante dimensione<sup>225</sup>,
- alle società quotate in mercati regolamentari,
- alle società con azioni diffuse tra il pubblico in misura rilevante<sup>226</sup>.

Inoltre, restano escluse anche una serie di imprese di cui all'art. 12, c. 5<sup>227</sup> in ragione della particolare attività esercitata. Si tratta o di imprese esercenti attività che rappresentano, addirittura, un *unicum* nel mercato italiano<sup>228</sup> o per le quali sono previsti dei limiti sia per l'ingresso che per la permanenza nel mercato (ad es. autorizzazioni ed iscrizioni ad albi come banche e intermediari finanziari).

La scelta del legislatore di riservare le procedure di allerta alle piccole e medie imprese è decisamente in linea con i tratti caratteristici della procedura, la quale è stata pensata come una misura di carattere *riservato e confidenziale*. Caratteristiche, queste ultime, difficilmente compatibili con le peculiarità di tali soggetti, sottoposti generalmente a vigilanza, vincoli e pubblicità particolari.

---

<sup>224</sup> Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 1, c.1, lett. g): "grandi imprese": le imprese che, ai sensi dell'articolo 3, paragrafo 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

<sup>225</sup> Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 1, c.1, lett. i) "gruppi di imprese di rilevante dimensione": i gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013

<sup>226</sup> La diffusione delle azioni in misura rilevante viene valutata sulla base dei criteri stabiliti dal Regolamento emittenti della CONSOB

<sup>227</sup> Art. 12, c. 5. "Sono altresì escluse dall'applicazione degli strumenti di allerta: a) le banche, le società capogruppo di banche e le società componenti il gruppo bancario; b) gli intermediari finanziari iscritti nell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385; c) gli istituti di moneta elettronica e gli istituti di pagamento; d) 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 il gruppo; e) i fondi comuni di investimento, le succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi; i depositari centrali; f) le fondazioni bancarie di cui al decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153; g) 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; h) i fondi pensione; i) le imprese di assicurazione e riassicurazione di cui al codice delle assicurazioni private, di cui al decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209. l) le società fiduciarie di cui all'articolo 199 del testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria di cui 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"

<sup>228</sup> Si pensi all'esclusione di cui all'art. 12, c.5, lett. g) di Cassa depositi e prestiti

Si noti, infatti, che la riservatezza è impensabile per le grandi imprese, atteso che esse sono sottoposte a rigide norme sulla trasparenza a garanzia della concorrenza e del mercato (anche borsistico). Inoltre, anche qualora si prescindesse da tali norme, “sarebbe in concreto velleitario volerla praticare (la trasparenza), poiché le grandi imprese e le società quotate sono sempre sotto i riflettori della stampa e, dunque dell’opinione pubblica”<sup>229</sup>.

Inoltre, le società quotate e le imprese di grandi dimensioni dovrebbero già in base alla normativa attuale essere in grado di prevenire le crisi d’impresa mediante una rigorosa applicazione della normativa sui principi contabili e sugli *impairment tests*<sup>230</sup>.

D’altronde non va dimenticato che spesso e volentieri, proprio a causa dei loro tratti caratteristici, la gestione della crisi di tali società è affidata a istituti delineati *ad hoc*, tenendo conto della natura dell’attività nonché delle ricadute che le difficoltà di tali operatori potrebbero avere sull’intero mercato. Basti pensare alla gestione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento, disciplinata principalmente dalla Direttiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive*, BRRD) e dal cosiddetto *Single Resolution Mechanism*, nonché alla procedura di liquidazione coatta amministrativa o all’amministrazione straordinaria delle grandi imprese.

È opportuno notare che le imprese soggette a liquidazione coatta amministrativa diverse da quelle per cui è prevista espressamente l’esclusione dalla procedura, ai sensi dell’art. 12, commi 4 e 5, possono ricorrere all’allerta e alla composizione assistita della crisi, anche se le funzioni degli Organismi di composizione della crisi d’impresa (cc.dd. OCRI<sup>231</sup>) sono esercitate dalle rispettive autorità amministrative di vigilanza<sup>232</sup>.

Un’altra questione importante da tener presente in relazione ai soggetti esclusi, è che il legislatore ha espressamente previsto l’estensione delle misure premiali sancite dall’art. 25 – di cui si parlerà nel prosieguo – anche alle imprese che restano escluse dalle procedure di allerta, purché sia rispettato il requisito generale per la loro erogazione.

---

<sup>229</sup> Cit. SANTORO V., *Tendenze conservative delle imprese nel diritto europeo e italiano della crisi. I costi organizzativi* in *Nuovo dir. soc.*, Giappichelli, Torino, n. 4/2018, p. 718

<sup>230</sup> Per approfondimento cfr. RANALLI R., *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità* in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/le-procedure-di-allerta-e-di-composizione-assistita-della-crisi-insidie-ed-opportunit>, 31.10.2017

<sup>231</sup> L’art. 2, c. 1, lett. u) descrive gli OCRI come “organismi di composizione della crisi d’impresa, disciplinati dal capo II del titolo II del presente codice, che hanno il compito di ricevere le segnalazioni di allerta e gestire la fase dell’allerta e, per le imprese diverse dalle imprese minori, la fase della composizione assistita della crisi”

<sup>232</sup> Cfr. Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, art. 316

Ossia purché l'esternazione della loro crisi possa essere qualificata come tempestiva sulla base delle "condizioni di tempestività previste dall'articolo 24"<sup>233</sup>. La ratio, ovviamente, è quella di stimolare l'emersione anticipata delle difficoltà anche in quelle ipotesi in cui l'istituto dell'allerta non sarebbe applicabile per le ragioni analizzate.

Un'ulteriore precisazione va fatta per le imprese agricole e le imprese minori<sup>234</sup>. Queste possono essere assoggettate sia alle misure di allerta (interna ed esterna, compatibilmente con la loro struttura) che alla fase di composizione assistita della crisi. Tuttavia, mentre la competenza per la gestione delle procedure di allerta spetta all'OCRI, la composizione assistita della crisi è gestita dagli OCC ossia dagli Organismi di composizione della crisi da sovraindebitamento<sup>235</sup> iscritti presso il cosiddetto Registro degli organismi tenuto dal Ministero della Giustizia.

La scelta di applicare gli strumenti di prevenzione anche alle imprese minori è in linea con l'art. 3, par. 3 della Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 2016 ma il legislatore non ha voluto rompere nettamente con gli istituti tradizionali applicabili a tali imprese mantenendo la competenza – già prevista – degli OCC per la composizione della crisi.

Per chiudere il discorso sul presupposto soggettivo un cenno va fatto all'ultimo comma dell'art. 12, il quale contiene un principio relativo all'incompatibilità tra le procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza e le misure preventive<sup>236</sup>. La scelta del legislatore di disciplinare la questione in questa sede è dettata dal fatto che da tale incompatibilità deriva un'esclusione dalle procedure di prevenzione. In particolare, queste ultime non sono attivabili o, se aperte, devono essere immediatamente chiuse qualora sia pendente uno degli istituti di gestione della crisi e dell'insolvenza disciplinati dal Codice.

---

<sup>233</sup> Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 12, c. 6

<sup>234</sup> Ai sensi dell'art. 2, c. 1, lett. d. del Codice per *imprese minori* si intendono le imprese "che presentano congiuntamente i seguenti requisiti: 1) un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 2) ricavi, in qualunque modo essi risultino, per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore; 3) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila; i predetti valori possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia adottato a norma dell'articolo 348"

<sup>235</sup> Organismi disciplinati dal decr. Ministro della Giustizia 24.09.2014, n. 202 e successive modificazioni

<sup>236</sup> Il principio vale sia per le procedure di allerta che per il successivo ed eventuale procedimento di composizione assistita della crisi

Passando, invece, al presupposto oggettivo, è opportuno puntualizzare che il requisito per l'attivazione della procedura è differente a seconda che si tratti di un'ipotesi di allerta interna o di allerta esterna.

Infatti, dall'art. 14 c. 1 relativo all'allerta interna emerge che l'obbligo di effettuare la segnalazione all'organo amministrativo – segnalazione con cui si dà avvio alla procedura – scatta in caso di “*esistenza di fondati indizi della crisi*”<sup>237</sup>. Oltre a capire cosa si intenda per “fondati indizi della crisi”, lo sforzo preliminare che bisogna compiere è quello di capire cosa si debba intendere per “crisi”.

Si è già detto, nel capitolo I, della particolare rilevanza che le scelte legislative avrebbero avuto in sede di definizione del concetto in oggetto, posto che prima della riforma era completamente assente nel nostro ordinamento giuridico una nozione di crisi.

La legge delega si limitava a precisare che il legislatore delegato avrebbe dovuto intendere il concetto “*come probabilità di futura insolvenza*” e avrebbe dovuto anche tenere conto “*delle elaborazioni della scienza aziendalistica, mantenendo l'attuale nozione di insolvenza di cui all'articolo 5 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*”<sup>238</sup>.

Da più parti si auspicava che finalmente il legislatore risolvesse l'annosa questione della differenza tra stato di crisi e stato di insolvenza senza trincerarsi dietro all'uso di formule vaghe e di difficile applicazione, tanto più che la nozione di stato di crisi è strettamente collegata all'attivazione dell'allerta<sup>239</sup>.

Ora, dopo l'approvazione del decreto delegato, non è ancora chiaro se l'arcano sia stato risolto. Probabilmente sarebbe preferibile attendere l'entrata in vigore delle procedure per capire, in concreto, come sarà inteso il concetto di crisi. Soffermandoci solo su quanto emerge dal Codice, non si può fare a meno di notare che per inquadrarlo non è stato fatto un ampio uso di parole. Lungi, infatti, dal dedicargli un articolo, il legislatore si è limitato a precisarne la nozione nell'art. 2 dedicato alle definizioni generali. Nel c. 1, appunto, sono riportati – tra le altre – sia la definizione di insolvenza<sup>240</sup> – che è

---

<sup>237</sup> Presupposto già previsto dalla legge delega, art. 4, c. 1, lett. c)

<sup>238</sup> Legge delega, art. 2, c.1, lett. c)

<sup>239</sup> Cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 365

<sup>240</sup> Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 2, c.1, lett. b) “*insolvenza*”: *lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*

praticamente invariata rispetto all'art. 5 della legge fallimentare, in virtù di quanto previsto dalla delega – sia quella di crisi.

La norma sancisce che la crisi consiste in uno *“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”*.

Di primo acchito sembrerebbe, dunque, che il legislatore abbia preferito intendere la crisi come “probabilità di insolvenza”, ricorrendo ad un concetto già usato in passato e ripreso dalla normativa europea<sup>241</sup>, lasciando in piedi ancora una volta tutte le problematiche derivanti da una definizione “vuota”.

A ben guardare nel Codice, in realtà, una soluzione sembra esserci, posto che l'art. 13 – rubricato *“Indicatori della crisi”* – specifica quelli che sono appunto gli indici rivelatori di una situazione di crisi che possono giustificare il ricorso alle procedure di allerta.

Quello che si evince è che *“Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario”* e verrebbe da dire, dunque, che il concetto sia molto ampio poiché include le diverse tipologie di crisi che vengono individuate dalla scienza aziendalistica. Tuttavia, il legislatore pone subito un limite onde evitare di concepire un presupposto troppo ampio per l'attivazione delle misure preventive, andando a paralizzare quelle attività che vivono solo un periodo di difficoltà fisiologica. Le situazioni di squilibrio, dunque, non vanno valutate in assoluto ma devono essere rapportate *“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<sup>242</sup> 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”*.

Gli *“appositi indici”* a cui si riferisce la norma sono *“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.*

---

<sup>241</sup> Cfr. cap. I, par. 3

<sup>242</sup> Fondamentale, come si può constatare è il concetto di continuità aziendale. Cfr. cap. I, par. 4

*Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24.”*

È opportuno notare, inoltre, che la definizione in concreto degli indicatori che, “*valutati unitariamente*”, fanno presumere che l'impresa versi in uno stato di crisi spetta al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, il quale deve tenere in considerazione “*le migliori prassi nazionali ed internazionali*”. L'elaborazione va effettuata con cadenza almeno triennale e non sono ammessi degli indici generici, poiché questi devono essere definiti con riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T.. Inoltre, degli indici specifici devono essere fissati per le start-up innovative, per le PMI innovative, per le società in liquidazione e, infine, per le imprese costituite da meno di due anni onde evitare che le difficoltà imputabili all'avviamento o derivanti dalla delicata fase di transizione verso la liquidazione vengano intese come sintomi di una crisi.

Gli indici elaborati dal CNDCEC sono approvati con decreto del Ministero dello Sviluppo economico, per questioni di garanzia.

Una disposizione interessante ma che lascia ampio spazio ai dubbi soprattutto legati all'efficienza dal punto di vista operativo, è quella contenuta nel c. 3 dell'art. 13. Il quale prevede, al fine di tener conto delle peculiarità delle singole imprese, che l'impresa – “*che non ritenga adeguati, in considerazione delle proprie caratteristiche*” gli indici elaborati dal CNDCEC – può anche precisare, nella nota integrativa del proprio bilancio, gli indici che valuta idonei a far ragionevolmente presumere la sussistenza del proprio stato di crisi.

Ovviamente l'articolo stesso pone dei limiti a tale possibilità atteso che è forte il rischio di gettare alcool sul fuoco dell'elusione e di rendere vana l'introduzione delle procedure preventive. Di conseguenza, da una parte chi si avvale dell'opzione è tenuto a motivare la propria scelta nella nota integrativa stessa, dall'altra l'adeguatezza di tali indici in rapporto alla specificità dell'impresa deve essere attestata<sup>243</sup> da un professionista

---

<sup>243</sup> “L'attestazione è allegata alla nota integrativa al bilancio di esercizio e ne costituisce parte integrante. La dichiarazione, attestata in conformità al secondo periodo, produce effetti per l'esercizio successivo” (Codice della crisi e dell'insolvenza, art. 13, c. 3)

indipendente<sup>244</sup>, il quale certifica – attraverso indici diversi rispetto a quelli fissati dal CNDCEC – che la società non versa in stato di crisi.

Bisogna notare, tuttavia, che gli indici sono comunque un parametro astratto che potrebbe non essere coerente con la realtà, atteso che tra l'altro *“ogni indicatore porta con sé un rischio di falsi positivi, ovverosia di allerta in assenza di una concreta situazione di crisi. Non esiste formula magica capace di intercettare senza possibilità di errore la presenza di una crisi”*<sup>245</sup>.

Tornando brevemente un passo indietro, preme sottolineare che la nozione di crisi è sì legata alle procedure d'allerta ma non va confusa con il presupposto delle stesse. Era stata, di fatto, lasciata una questione in sospeso: definito il concetto di crisi, è opportuno capire cosa siano i *“fondati indizi della crisi”* che sono assunti come presupposto oggettivo dell'allerta interna.

La dottrina maggioritaria tende a ritenere che per attivare tale misura non sia necessaria la sussistenza della *“probabilità di futura insolvenza”*, essendo sufficienti anche degli indizi di tale probabilità. In sostanza, il presupposto dell'allerta interna è più ampio della nozione di stato di crisi. E, per dirla con un gioco di parole, l'obbligo di segnalazione nasce nel momento in cui vi è *“il rischio del rischio di insolvenza (c.d. rischio al quadrato)”*<sup>246</sup> »<sup>247</sup>.

Va sottolineato, tuttavia, che una parte – seppur minoritaria – della dottrina è in disaccordo e ritiene, al contrario, che per raggiungere l'obiettivo della prevenzione dell'insolvenza, sia necessario far emergere *“con maggiore tempestività le ragioni ultime della futura crisi, piuttosto che i suoi prodromi”*<sup>248</sup>.

---

<sup>244</sup> Art. 2, c. 1, lett. o) *“professionista indipendente”*: il professionista incaricato dal debitore nell'ambito di una delle procedure di regolazione della crisi di impresa che soddisfi congiuntamente i seguenti requisiti: 1) essere iscritto all'albo dei gestori della crisi e insolvenza delle imprese, nonché nel registro dei revisori legali; 2) essere in possesso dei requisiti previsti dall'articolo 2399 del codice civile; 3) non essere legato all'impresa o ad altre parti interessate all'operazione di regolazione della crisi da rapporti di natura personale o professionale; il professionista ed i soggetti con i quali è eventualmente unito in associazione professionale non devono aver prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore, né essere stati membri degli organi di amministrazione o controllo dell'impresa, né aver posseduto partecipazioni in essa

<sup>245</sup> Cit. RANALLI R., *Il codice della crisi gli “indicatori significativi”: la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in Il caso

<sup>246</sup> Si tratta della fase di pre-crisi (cd. twilight zone) nell'accezione prevista per i piani di risanamento

<sup>247</sup> Cit. DE MATTEIS S., *Op. cit.*, p. 365

<sup>248</sup> CATALDO M., *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e di composizione assistita in Il fallimento*, Ipsoa, Assago, 2016, p. 1023

Passando ora al presupposto oggettivo per l'attivazione dell'allerta esterna, ciò che viene subito alla luce dopo una mera lettura dell'art. 15 (*“Obbligo di segnalazione di creditori pubblici qualificati”*) è che in questo caso l'individuazione dello stesso è decisamente più lineare.

I *“creditori pubblici qualificati”* hanno l'obbligo di segnalazione e, dunque, di attivare la procedura, qualora – ai sensi del c. 2 – l'esposizione debitoria dell'imprenditore sia *“di importo rilevante”*.

Tale ipotesi ricorre:

- a) *“per l'Agenzia delle entrate, quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica [...] sia pari ad almeno il 30 per cento 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 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.*
- b) *per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, quando il debitore è in ritardo di oltre sei mesi nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore alla metà di quelli dovuti nell'anno precedente e superiore alla soglia di euro 50.000;*
- c) *per l'agente della riscossione, quando la sommatoria dei crediti affidati per la riscossione dopo la data di entrata in vigore del presente codice, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni superi, per le imprese individuali, la soglia di euro 500.000 e, per le imprese collettive, la soglia di euro 1.000.000<sup>249</sup>.*

---

<sup>249</sup> Codice della crisi e dell'insolvenza, art. 15, c.2

La semplicità della norma è evidente, tuttavia, la scelta del legislatore, in tal caso, è soggetta ad altro tipo di critica. Non si può fare a meno di osservare, infatti, che alcune attività anche rilevanti (ad es. quelle di natura finanziaria ed in parte anche quelle immobiliari) sono escluse o esenti dall'IVA e pertanto non risultano sottoposte al monitoraggio da parte dell'Agenzia dell'entrate. Il riferimento alla sola IVA impedisce a tale creditore pubblico qualificato di attivarsi nel caso di mancato versamento di altre imposte, come ad esempio quelle sui redditi. Questa, dunque, può essere considerata una lacuna che va a limitare fortemente l'ambito di applicazione della procedura e sarebbe pertanto auspicabile un intervento correttivo.

## ***7.2 L'allerta interna. Il ruolo degli organi di amministrazione e controllo***

Normalmente, una situazione di crisi dell'impresa viene rilevata dapprima all'interno della stessa, dall'imprenditore individuale oppure dall'organo amministrativo sulla base dei dati contabili. In genere, l'esternazione di una situazione di tale tipo è molto difficoltosa a causa dell'imbarazzo che essa genera e questo vale, a maggior ragione, per le imprese individuali di piccole e medie dimensioni.

La tendenza a non esteriorizzare le proprie difficoltà e a mantenerle nella sfera dell'imprenditore è molto diffusa nel sistema economico italiano ed è favorita dall'asimmetria informativa tra il debitore e i propri creditori. Tuttavia, bisogna notare che prima o poi solitamente si verifica un punto di rottura e, tramite i documenti contabili (bilancio, relazione sulla gestione e nota integrativa), si ha la *disclosure* delle difficoltà dell'impresa.

Per anticipare tale momento, il legislatore (sia europeo che interno) nel corso degli ultimi anni ha cercato di affinare gli strumenti contabili. Ad esempio, l'art. 2428, commi 1 e 2 c.c. sancisce l'obbligo per gli amministratori di precisare nella relazione sulla gestione “*i principali rischi ed incertezze cui la società è sottoposta*” per dare conto della sostenibilità della situazione finanziaria e, quindi, in modo implicito, della

sussistenza di uno stato di crisi<sup>250</sup>. Oppure la già citata proposta di Direttiva del 22.11.2016 riconosce che tra gli *earning warning tools* possono rientrare gli obblighi per l'imprenditore di redigere il bilancio e monitorare l'attività.

Su questa linea, allo scopo di anticipare sempre più l'emersione delle difficoltà dell'impresa, affinché queste possano essere trattate tempestivamente in modo da evitare che sfocino in insolvenza, il legislatore delegato ha pensato di introdurre degli obblighi di segnalazione in capo agli organi di controllo societari, disciplinati dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza all'art. 14.

In particolare, i soggetti vincolati sono sia gli organi di controllo interni della società sia il revisore contabile e la società di revisione. Bisogna dedurre, dunque, che i tipi societari per i quali non è prevista la nomina di tali soggetti restano esclusi dalla procedura di allerta interna, fermo restando che il debitore ha sempre la possibilità di far emergere tempestivamente la crisi attivando la procedura di composizione assistita di cui si tratterà nel prosieguo.

Va notato, però, che il Codice prevede un ampliamento delle società obbligate alla costituzione dell'organo di controllo (per le s.r.l. vengono modificati i parametri di cui all'art. 2477, c. 3, lett. c) c.c.) e si stima che *“Sulla base dei dati di bilancio relativi agli anni 2015 e 2016 forniti da Cerved – associati con i dati INPS sugli addetti – il numero di società soggette alla procedura sia pari a circa 180.000, corrispondenti a circa il 35 per cento delle società di capitali del campione<sup>251</sup> considerato. [...] Peraltro, in ragione dei dati disponibili, si tratta di valori sottostimati”<sup>252</sup>.*

Tornando alla procedura, i soggetti di cui all'art. 14 *“ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni”* sono tenuti a rispettare diversi obblighi precisati dall'articolo.

In particolare devono:

- *“verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è*

---

<sup>250</sup> Cfr. CINCOTTI C. & NIEDDU ARRICA F., *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo* in *Giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 2013, I, p.1241

<sup>251</sup> *“Il campione adoperato non coincide con l'universo delle imprese esistenti, ma con quello, più ristretto, delle società per le quali è disponibile nella base dati Cerved il bilancio di esercizio per gli anni 2015 e 2016”*

<sup>252</sup> Per approfondimento cfr. il rapporto della Banca d'Italia – da cui è tratta la citazione – al seguente link [http://senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/000/808/BANCA\\_D\\_ITALIA.pdf](http://senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/000/808/BANCA_D_ITALIA.pdf)(p.11)

*adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione”;*

- *“segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi”.*

Si individuano, dunque, due diverse tipologie di obblighi. È previsto, infatti, un obbligo di carattere ordinario che è quello di vigilare costantemente, nei limiti delle proprie funzioni, sull'esecuzione di compiti specifici rientranti nella competenza dell'organo amministrativo. E a questo si aggiunge un obbligo speciale che è quello di *“monitoraggio sullo stato di salute della società”*<sup>253</sup>, che comporta il dovere di segnalare agli amministratori l'esistenza del cosiddetto rischio al quadrato di cui si è diffusamente parlato nel paragrafo precedente.

La segnalazione deve rispettare la forma prevista dalla legge: *“deve essere motivata, fatta per iscritto, a mezzo posta elettronica certificata o comunque con mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione, e deve contenere la fissazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni, entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle soluzioni individuate e alle iniziative intraprese”* (art. 14, c. 2).

Questa rappresenta il primo step della procedura di allerta interna all'impresa e ha la funzione di spingere l'organo amministrativo a trovare delle soluzioni alla crisi in corso. Questo ha a disposizione un arco di tempo relativamente breve, che è di sessanta giorni dalla ricezione della comunicazione, per delineare un piano di gestione della crisi e comunicarlo all'organo di controllo interno o al revisore da cui è provenuta la segnalazione.

La scelta del legislatore di fissare un termine – peraltro ristretto – per l'adozione di determinazioni adeguate è certamente una manifestazione dell'intenzione di creare degli strumenti celeri ed efficaci per il superamento della crisi, in risposta alla carenza di speditezza che ha caratterizzato negli ultimi anni le procedure concorsuali.

Quanto alla prosecuzione della procedura di allerta interna, va notato che la seconda fase è meramente eventuale, atteso che potrebbe verificarsi che a seguito *“dell'allarme”*

---

<sup>253</sup>CAGNASSO O., *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro* in MONTALENTI P. (a cura di), *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2018, p. 93

ed entro il termine stabilito, gli amministratori provvedano ad adottare un piano, ritenuto adeguato dal revisore o dall'organo di controllo interno, rispetto alle esigenze di superamento della crisi.

Diversamente, qualora l'organo di amministrazione non fornisca alcun riscontro, oppure se non provvede a definire delle contro-misure alla crisi in corso nei termini previsti o, ancora, qualora le misure indicate nella risposta siano giudicate inadeguate dal segnalante, si apre la seconda fase che comporta un ulteriore obbligo per l'organo che aveva effettuato la segnalazione: quello di informare *“senza indugio”* ossia senza ritardo l'OCRI, *“fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza”*.

Si capisce, dunque, quanto delicato sia il ruolo che la nuova procedura attribuisce agli organi di controllo interno e ai revisori. Bisogna riconoscere, infatti, che in pratica la responsabilità della gestione e del superamento della crisi è lasciata cadere sulle loro spalle. Questi si trovano di fronte ad un bivio, posto che spetta a loro, in concreto, valutare se sussistano i *“fondati indizi della crisi”* per avviare la procedura. Da una parte potrebbero indugiare, col rischio però di perdere del tempo utile per la gestione tempestiva delle difficoltà. Dall'altra potrebbero far emergere troppo in fretta il problema distogliendo gli amministratori dalla gestione ordinaria dell'attività e correndo anche il rischio di influenzare negativamente il mercato e, in particolare i fornitori, qualora dovesse diffondersi la notizia della pendenza della procedura, che in realtà proprio per evitare rischi di tal guisa gode del massimo riserbo.

Per attenuare in parte i vacillamenti che potrebbero colpire chi ha il potere di *“lanciare l'allarme”*, il legislatore ha previsto delle norme di carattere garantistico. In primo luogo, infatti, la legge stabilisce che la segnalazione effettuata non costituisce giusta causa di revoca dall'incarico. Inoltre, *“la tempestiva segnalazione all'organo amministrativo [...] costituisce causa di esonero dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione, a condizione che, nei casi previsti [...], sia stata effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI.”* (Codice, art. 14, c.3)

Infine, va notato che l'art. 14 si chiude con una previsione che dovrebbe agevolare gli organi di controllo societario nella valutazione dell'esistenza dei presupposti della crisi. In particolare è posto a carico delle *“banche e (de)gli altri intermediari finanziari di cui all'articolo 106 del testo unico bancario”* l'obbligo di dare notizia anche agli organi di controllo societari, se esistenti, *“nel momento in cui comunicano al cliente variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti”*.

### ***7.3 L'allerta esterna***

L'allerta esterna è uno dei nuovi istituti funzionali all'emersione anticipata della crisi d'impresa, introdotti dal nuovo Codice. È disciplinato dall'art. 15, rubricato *“Obbligo di segnalazione di creditori pubblici qualificati”*.

La competenza per l'attivazione della procedura emerge dal c.1 dell'articolo citato, a mente del quale *“l'allarme”* può essere lanciato dall'Agenzia delle entrate, dall'Istituto nazionale della previdenza sociale e dall'agente della riscossione, che vengono appunto definiti *“creditori pubblici qualificati”*. Tanto basta per capire il motivo per cui tale procedura venga inquadrata come esterna: siamo di fronte ad un istituto inescabibile da soggetti che sono appunto esterni all'impresa, a differenza di quanto emerso per l'attivazione dell'allerta interna.

La legge sancisce in capo ai soggetti legittimati un vero e proprio obbligo, che scatta qualora si verifichi il presupposto oggettivo già esaminato ed è rafforzato dalle sanzioni applicabili in caso di inerzia.

In particolare, l'Agenzia dell'entrate e l'INPS sono tenuti ad attivarsi *“a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari”*. Mentre l'agente della riscossione, è obbligato *“a pena di inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione”*. Si noti che la differenziazione tra i soggetti deriva dal fatto che ipotizzare la sanzione della perdita del privilegio per spese ed oneri di riscossione a carico dell'agente della riscossione, equivarrebbe a non prevedere di fatto alcuna

sanzione, poiché la giurisprudenza di legittimità ha reiteratamente affermato che il credito per aggravi relativi al detto ente è di carattere chirografario<sup>254</sup>.

A proposito di tali sanzioni, è opportuno domandarsi, inoltre, se queste in fondo fossero davvero necessarie. Infatti, in un sistema economico colpito recentemente dalla crisi, sono davvero numerosissime le imprese che – secondo le stime della Banca d'Italia a cui sopra si faceva riferimento – saranno suscettibili di essere assoggettate all'allerta esterna. Il carico di lavoro che si prevede – a cui verosimilmente i creditori pubblici non saranno in grado di far fronte – potrebbe dunque avere delle ripercussioni negative dovute alla perdita dei privilegi vantati sui crediti.

Infine, non si può tralasciare che sussiste la concreta *“possibilità che le norme favoriscano comportamenti strategici del debitore: inducendolo a pagare i creditori qualificati, con precedenza rispetto ad altri, col solo obiettivo di paralizzare l'avvio della procedura”*<sup>255</sup>.

Passando all'attivazione dell'allerta esterna, bisogna notare che questa viene innescata mediante un avviso inviato al debitore<sup>256</sup>, con cui, in primo luogo, si comunica che la sua esposizione debitoria ha superato una certa soglia critica individuata nell' *importo rilevante*<sup>257</sup> di cui al c. 2 dell'art. 15. In secondo luogo, gli si chiede di provvedere – *“entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso”* – a:

- estinguere integralmente il proprio debito o regolarizzarlo con una delle modalità ammesse dalla legge (ad es. l'adesione alla definizione agevolata, la dilazione di pagamento, la compensazione delle somme iscritte a ruolo, *etc.*)
- mettersi in regola con il pagamento rateale del debito<sup>258</sup>, presentare l'istanza di composizione assistita della crisi o la domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

È opportuno sottolineare che dalla normativa emerge che il primo punto si riferisce a tutti i creditori pubblici qualificati, mentre il secondo è relativo alla sola Agenzia delle entrate.

---

<sup>254</sup> Per tutte si veda Cass. 23.12.2015, n. 25932

<sup>255</sup> Cit. da

[http://senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento\\_evento\\_procedura\\_commissione/files/000/000/808/BANCA\\_D\\_ITALIA.pdf](http://senato.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/documento_evento_procedura_commissione/files/000/000/808/BANCA_D_ITALIA.pdf)

<sup>256</sup> *“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”* (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 15, c. 1)

<sup>257</sup> Gli importi in questione sono quelli visti al par. 6.2

<sup>258</sup> La rateazione delle somme dovute è concessa ai sensi del d.lgs. 18.12.1997, n. 462, art.3-bis

A seguito di tale richiesta, se il debitore risponde positivamente alla stessa, *nulla quaestio*. Diversamente, il creditore pubblico – decorsi novanta giorni dalla ricezione dell’avviso – ha il potere di avviare l’allerta dinnanzi all’OCRI, mediante un’apposita segnalazione, sia al fine di raggiungere un accordo con il proprio debitore sia affinché la situazione di difficoltà – che si presume sulla base dei debiti di importo rilevante – possa essere portata a conoscenza degli organi di controllo della società, tramite il collegio dell’OCRI.

L’avviso al debitore deve essere inviato rispettando determinate formalità procedurali:

- a) l’Agenzia delle entrate vi provvede contestualmente alla comunicazione di irregolarità accertate in sede di controllo delle dichiarazioni IVA<sup>259</sup>;
- b) l’INPS è tenuto ad inviare l’avviso entro sessanta giorni decorrenti dal verificarsi del presupposto oggettivo;
- c) l’agente della riscossione, è tenuto a rispettare il termine di sessanta giorni dalla data di superamento delle soglie relative all’esposizione debitoria fissate dall’art. 15, c. 2 .

Scaduto il termine di novanta giorni se il debitore non ha “*dato prova*” di aver provveduto secondo le richieste del creditore pubblico, quest’ultimo procede senza indugio – ossia senza ritardo – alla segnalazione all’OCRI. La segnalazione, in ragione della particolare qualità del soggetto competente, è effettuata con modalità telematiche, che saranno “*definite d’intesa con Unioncamere e InfoCamere*”.

L’accesso all’OCRI, inoltre, può essere successivo qualora il debitore – che aveva in origine risposto positivamente alle richieste del creditore qualificato – decada dalla rateazione, sempre che ovviamente si ravvisi il presupposto oggettivo.

In ragione, probabilmente, dei casi di imprenditori caduti in disgrazia, nonostante i cospicui crediti vantati nei confronti della Pubblica Amministrazione, che negli ultimi anni hanno colpito e infervorato reiteratamente l’opinione pubblica, il legislatore ha “messo nero su bianco” una norma garantistica, onde evitare iniquità. Ai sensi dell’art. 15, c. 5, infatti, i creditori pubblici qualificati *non* possono procedere né all’invio dell’avviso al debitore, né alla segnalazione all’OCRI qualora il debitore dia prova, mediante adeguata documentazione, “*di essere titolare di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni risultanti dalla piattaforma per la gestione*

---

<sup>259</sup> Cfr. Decr. Pres. Rep. 26.10.1972, n. 633, art. 54-bis

*telematica del rilascio delle certificazioni<sup>260</sup>[...] per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato”.*

Per concludere questi brevi cenni ai tratti caratteristici specifici dell’allerta esterna è opportuno notare che il Codice prevede anche la creazione di un elenco nazionale custodito dalle Camere di Commercio, industria, artigianato e agricoltura<sup>261</sup> ma consultabile liberamente dai soli creditori pubblici qualificati. Dall’elenco risultano i soggetti sottoposti alle misure di allerta e le domande dagli stessi presentate sia per la composizione assistita della crisi sia per l’accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza.

La finalità è chiara: la norma vuole garantire ai creditori pubblici un’informazione piena e costante sulle vicissitudini e le scelte che riguardano l’impresa in difficoltà ma comunque vitale. Ovviamente il registro giocherà un ruolo importante onde evitare “sovrapposizioni” di segnalazioni da parte di diversi soggetti con inutile dispendio di risorse.

#### ***7.4 L’Organismo di composizione della crisi d’impresa (OCRI)***

Dall’esame dell’allerta interna e dell’allerta esterna si è potuto notare che – superato un primo momento di confronto con il debitore – coloro che hanno la competenza per l’avvio della procedura sono tenuti a rivolgersi al cosiddetto Organismo di composizione della crisi: l’OCRI. È ragionevole domandarsi di cosa si tratti, dal momento che questo rappresenta un ente di nuova istituzione ad opera del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

La relativa disciplina è contenuta nell’art. 16, rubricato appunto “OCRI” e la norma – decisamente scarna – sarà oggetto di integrazione in sede regolamentare. Bisognerà, dunque, attendere il regolamento interministeriale per capire a fondo i tratti di tali organismi. In ogni caso, poche informazioni fondamentali emergono già dal Codice.

---

<sup>260</sup> Piattaforma “*predisposta dal Ministero dell’economia e delle finanze ai sensi dell’articolo 4 del 34 decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 25 giugno 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 2 luglio 2012, n. 152, e dell’articolo 3 del decreto del Ministro dell’economia e delle finanze 22 maggio 2012, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 21 giugno 2012, n. 143*” Inoltre, si noti che “*La consultazione della piattaforma avviene con modalità telematiche definite d’intesa con il Ministero dell’economia e delle finanze*”

<sup>261</sup> Nel prosieguo sarà indicata con la sigla CCIAA

L'OCRI è un organismo istituito presso ciascuna Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura ed è il soggetto a cui l'ordinamento giuridico attribuisce il compito di ricevere le segnalazioni – da parte degli organi di controllo societari e dei creditori pubblici qualificati – previste dagli artt. 14 e 15 del Codice.

Ha anche il compito di gestire la fase di allerta per tutte le imprese per cui è ammessa la procedura e si occupa dell'eventuale composizione assistita della crisi per le imprese diverse da quelle agricole e da quelle minori, atteso che la competenza per la fase di composizione assistita della crisi di tali imprese è riservata all'OCC e, pertanto, al verificarsi di tale evenienza il referente dell'OCRI è tenuto a procedere alla convocazione del debitore davanti all'Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento competente per territorio.

L'individuazione dell'OCRI munito di competenza segue il criterio territoriale: la segnalazione va presentata all'Organismo “*costituito presso la Camera di Commercio nel cui ambito territoriale si trova la sede legale dell'impresa*” (Codice della crisi e dell'insolvenza, art. 16, c. 2).

L'OCRI, incardinandosi all'interno della CCIAA, ha una struttura e un'organizzazione che si “fondono” con quelle della Camera stessa. Esso, infatti, opera esternamente tramite la figura del *referente*, che in virtù di quanto stabilito dal Codice è il segretario generale della CCIAA. Ovviamente, è ammessa anche la possibilità di nominare un delegato, scelta che verosimilmente sarà molto diffusa considerato sia l'alto numero di procedure che ci si attende (soprattutto di carattere esterno), sia il fatto che le competenze della CCIAA non sono affatto limitate a tale questione.

Nell'esercizio dei propri compiti, il referente può contare sull'appoggio del proprio ufficio, il quale può essere costituito o nell'ambito della singola CCIAA o in forma associata tra diverse Camere di Commercio e si occupa dell'aspetto logistico della procedura e delle comunicazioni con chi prende parte alla stessa, comunicazioni che vengono inviate tramite PEC.

Abilitati ad operare nell'ambito della procedura sono sia il referente, sia il suo ufficio sia, infine, il collegio degli esperti – di cui si tratterà a breve – che viene nominato di volta in volta in ragione della singola procedura aperta.

Prima di analizzare l'allerta dal punto di vista procedurale, è opportuno notare che il legislatore ha introdotto all'art. 16, c. 4 una norma a garanzia del sistema: “*Il referente*

*assicura la tempestività del procedimento, vigilando sul rispetto dei termini da parte di tutti i soggetti coinvolti”.*

Certamente non si può negare che il comma voglia attribuire al referente una posizione preminente rispetto agli altri soggetti che hanno un ruolo attivo nella procedura. Ma vi è di più, in quanto qui sembra configurarsi anche un’ipotesi di responsabilità.

Non c’è dubbio che il rispetto dei termini previsti dalla legge dovrebbe avvenire spontaneamente nell’ambito di un ordinamento giuridico che si definisce democratico, per questo la precisazione sembrerebbe di primo acchito banale e ridondante. Tuttavia, è anche vero che *repetita iuvant* e quindi prevedere espressamente tale onere per *tutti* i soggetti coinvolti non può che essere utile, soprattutto se si considera che gli strumenti di allerta sono stati introdotti anche con l’intento di far emergere tempestivamente la crisi e superarla in tempi brevi, per evitare lunghe paralisi dell’attività imprenditoriale legate a ritardi e incombenze burocratiche tipiche delle procedure concorsuali.

In ogni caso, per capire se si possa configurare un’ipotesi di responsabilità specifica o se si è al cospetto di una norma meramente programmatica, bisognerà attendere l’entrata in vigore del decreto, la costituzione degli Organismi e l’inizio della loro attività. Di sicuro a favore della seconda soluzione vi è il fatto che il principio appare isolato in un contesto che non gli appartiene e, per di più, non viene codificata alcuna sanzione particolare a carico del referente inadempiente, né gli sono attribuiti sufficienti poteri come ci si aspetterebbe a favore di un organo munito di notevoli responsabilità.

## ***7.5 La gestione della procedura di allerta***

### ***7.5.1 La composizione e la costituzione del collegio***

Sebbene il legislatore abbia scelto di differenziare l’allerta interna e l’allerta esterna dal punto di vista dei presupposti oggettivi, dei soggetti legittimati ad effettuare la segnalazione nonché relativamente alla disciplina della fase di avvio, va notato che dopo la segnalazione all’OCRI i due istituti sono ricondotti alla medesima procedura. E, addirittura, le norme previste sono parzialmente applicabili anche al procedimento di

composizione assistita della crisi su istanza del debitore, di cui agli artt. 19 ss. del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza.

Dopo la segnalazione all'OCRI da parte dei soggetti competenti<sup>262</sup>, si apre una fase sufficientemente complessa, che ha tuttavia una durata molto breve: al massimo quindici giorni lavorativi. Nel corso di questa, il referente deve esercitare tre compiti fondamentali, ai sensi degli artt. 17 e 18 del Codice.

In particolare, egli deve “senza indugio”:

- procedere “*a dare comunicazione della segnalazione stessa agli organi di controllo della società, se esistenti*”;
- procedere alla nomina del collegio degli esperti;
- convocare il debitore “*per l'audizione in via riservata e confidenziale*”.

Ponendo innanzitutto l'attenzione sul collegio, è opportuno capire da chi sia composto e in che modo venga costituito, nonché quali siano le sue funzioni. E va notato che la formazione del collegio è una di quelle questioni che, dai primi commenti alla riforma, appaiono come le più complesse da snocciolare.

Stando alla lettera, il collegio è costituito da tre esperti “*tra quelli iscritti all'albo di cui all'art. 356*”. Ora, il legislatore ha inteso costituire, presso il Ministero della Giustizia, un albo<sup>263</sup> di soggetti particolarmente qualificati che potessero essere incaricati dall'autorità giudiziaria – sia singolarmente che in forma societaria o associata – per esercitare delle funzioni<sup>264</sup> di gestione e di controllo nell'ambito delle procedure di cui al Codice della crisi e dell'insolvenza.

L'iscrizione all'albo è stata concessa ai dottori commercialisti, agli esperti contabili agli avvocati e – dopo lunghi dibattiti – ai consulenti del lavoro.

Tornando alla nomina degli esperti, è opportuno evidenziare che – in attesa della costituzione dell'albo stesso – si applicano le norme transitorie sancite dall'art. 352 del Codice, che prevede dei requisiti più stringenti rispetto a quelli su cui attualmente si fondano le nomine.

La designazione dei soggetti costituenti il collegio, è tutt'altro che semplice. Infatti, il referente – o, ovviamente, il suo delegato – deve tempestivamente prendere contatti con

---

<sup>262</sup> Soggetti legittimati ex artt. 14 e 15 per l'allerta, il debitore per il procedimento di composizione assistita della crisi

<sup>263</sup> “*Albo dei soggetti incaricati dall'autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure di cui al codice della crisi e dell'insolvenza*”

<sup>264</sup> Ad es. curatore, commissario giudiziale o liquidatore

due enti diversi ed autonomi che hanno il potere di nominare, ciascuno, un membro del collegio. A tal fine, egli invia due parallele comunicazioni – chiedendo appunto la nomina di un esperto – indirizzate al:

- presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale individuato tenendo conto del luogo in cui si trova l'impresa;
- presidente della CCIAA (ovvero, un suo delegato – diverso tuttavia dal referente o dal suo eventuale delegato).

Il nominativo designato deve pervenire all'OCRI “*entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta*” e, dati i tempi stretti di questa prima fase, il termine è da considerarsi tassativo. Dunque, qualora i soggetti in questione non procedano, il referente avrà il potere di designare in via sostitutiva nominativi di sua scelta.

Quanto alla terza nomina, invece, questa compete al referente, il quale decide dopo aver sentito il debitore. In tale ipotesi, l'esperto viene scelto tra coloro che appartengono ad un'associazione imprenditoriale che rappresenti il settore di riferimento dell'imprenditore. Nello specifico, quindi, annualmente ogni associazione imprenditoriale di categoria è tenuta a trasmettere un elenco – contenente “*un congruo numero di esperti*”<sup>265</sup> – all'OCRI.

Va precisato, in merito alla scelta degli esperti che il legislatore detta dei criteri fondamentali che devono guidare la stessa. Si richiede, infatti, che le scelte siano effettuate “*secondo criteri di trasparenza e rotazione, tenuto conto in ogni caso della specificità dell'incarico*”<sup>266</sup>. Per questi motivi, la richiesta di designazione inviata al Tribunale e al presidente della CCIAA non deve contenere nessun riferimento che consenta di identificare il debitore. È permessa la sola “*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*”<sup>267</sup>.

Al termine di questa fase, il referente è tenuto a valutare se nel collegio costituito siano rappresentate le professionalità necessarie per una gestione completa della crisi. In particolare, gli esperti – che sono stati scelti dall'albo o dall'elenco di cui si è detto – devono avere profili differenti in modo tale che, nel corso della procedura, si possa

---

<sup>265</sup> Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 17, c. 1

<sup>266</sup> Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 17, c. 2

<sup>267</sup> Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 17, c. 3

godere di un supporto di tipo contabile-finanziario, aziendalistico e legale. Tale valutazione risulta particolarmente delicata ma, allo stesso tempo fondamentale poiché tra coloro che effettuano le designazioni non è previsto alcun tipo di confronto e non c'è alcun obbligo – fatto salvo per il referente – di fondare la propria scelta su un requisito di professionalità. Pertanto, dopo la nomina, potrebbe ben capitare che il collegio sia costituito da professionisti appartenenti allo stesso ordine.

In ogni caso, se manca una delle tre professionalità ritenute necessarie, il referente – ai sensi dell'art. 17, c. 4 del Codice – provvede alla sostituzione dell'esperto con atto motivato. Il nuovo esperto sarà designato sempre tra gli iscritti all'albo *ex art.* 356 e sostituirà il componente nominato dal presidente della CCIAA.

Tornando alla procedura, va notato che – una volta designato – ciascun professionista dovrà entro il giorno successivo alla propria nomina far pervenire all'OCRI un'attestazione dei requisiti della propria indipendenza, previsti dall'art. 2, c. 1, lett. o). Sono anche stabilite delle ipotesi di incompatibilità rispetto all'incarico nell'ambito della singola procedura (art. 17, c.5). Infatti, *“i professionisti nominati ed i soggetti con i quali essi sono eventualmente uniti 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”.*

In caso di rinuncia all'incarico o di decadenza dallo stesso, la nomina del sostituto spetta al referente a prescindere dal soggetto che originariamente aveva provveduto alla designazione.

Quanto all'organizzazione interna del collegio, le norme risultano scarse e bisognerà attendere il regolamento interministeriale. Il decreto prevede soltanto che, una volta formato, il collegio provvede a nominare un presidente tra i propri membri. Quest'ultimo potrà assumere anche il ruolo di relatore – con il *“compito di acquisire”<sup>268</sup>* e riferire i dati e le informazioni rilevanti<sup>269</sup> – o assegnarlo ad uno dei due colleghi.

---

<sup>268</sup> Sia dal debitore che da qualsiasi altra fonte

<sup>269</sup>Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 18, c. 2

### ***7.5.2 Il ruolo del collegio. L'audizione del debitore***

Il primo compito che il collegio esercita dopo la sua costituzione è disciplinato dall'art. 18 ed è quello di audire “*in via riservata e confidenziale*” il debitore, nonché – se previsto dall'assetto societario – i componenti degli organi di controllo.

La norma non fa alcun riferimento al diritto del debitore di farsi assistere da un professionista di fiducia in sede di colloquio, tuttavia, bisogna ritenere che “*la riservatezza e confidenzialità – essendo disposte a tutela del debitore – siano da questi unilateralmente derogabili quando ritenga di voler fare partecipare agli incontri anche soggetti da lui individuati*”<sup>270</sup>.

Va notato, peraltro, che – considerando che il collegio, in seguito all'audizione, può assumere la propria decisione sulla base di “*elementi di valutazione*” forniti dal debitore – bisogna dedurre che la partecipazione del professionista all'audizione possa rivelarsi fondamentale non solo per l'esplicazione dei dati (qualitativi o quantitativi sullo stato dell'attività) ma anche perché egli può avere una competenza maggiore nel “convincere” il collegio dell'inesistenza della crisi.

In ogni caso, fatta salva la conoscenza da parte del professionista per libera scelta del debitore, bisogna ritenere che gli OCRI siano tenuti a garantire la riservatezza della procedura, anche e soprattutto in fase di raccolta di elementi utili per la valutazione della situazione in cui versa l'impresa.

L'audizione deve tenersi entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione della segnalazione (in caso di allerta) o dall'istanza del debitore (in caso di composizione assistita della crisi). Il termine è molto stringato a garanzia della speditezza della procedura.

La fase in oggetto è a dir poco cruciale, atteso che, dopo questo colloquio, il collegio può disporre l'archiviazione della segnalazione<sup>271</sup> se reputa – sulla base degli elementi forniti dal debitore stesso o assunti dal relatore – che la crisi non sussista oppure che l'impresa non sia tra quelle soggette all'allerta. O, in alternativa, può anche dichiarare l'esistenza di uno stato di crisi aziendale.

---

<sup>270</sup>Cit. RINALDI P., *Il Collegio di Esperti dell'OCRI: arbitri, giocatori e guardalinee?* In <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/il-collegio-di-esperti-dell-ocri-arbitri-giocatori-e-guardalinee>

<sup>271</sup> Si noti che attualmente non è chiaro se avverso la decisione si possa proporre reclamo ed eventualmente in quale sede

L'archiviazione, ai sensi dell'art. 18, c. 3, deve essere disposta *“in ogni casose l'organo di controllo societario, se esistente o, in sua mancanza, un professionista indipendente, attesta l'esistenza di crediti di imposta o di altri crediti verso pubbliche amministrazioni per i quali sono decorsi novanta giorni dalla messa in mora, per un ammontare complessivo che, portato in compensazione con i debiti, determina il mancato superamento delle soglie di cui all'articolo 15, comma 2, lettere a), b) e c). All'attestazione devono essere allegati i documenti relativi ai crediti. L'attestazione ed i documenti allegati sono è utilizzabili solo nel procedimento dinanzi all'OCRF”*. Qualora si verifichi tale evenienza, il collegio è tenuto a comunicare l'archiviazione sia al debitore che ai soggetti che avevano effettuato la segnalazione.

Se, invece, il collegio – dopo il confronto con il debitore – rileva l'esistenza di una situazione di crisi dell'attività, è tenuto ad esercitare un ruolo attivo, sancito dall'art. 18, c. 4 del Codice della crisi e dell'insolvenza.

Questo a cui ci si riferisce è un ruolo differente rispetto alla mera audizione dell'imprenditore allo scopo di valutarne la posizione. In tal caso, infatti, il collegio *“individua con il debitore le possibili misure”* per porre rimedio alla crisi. Si è posto l'accento sul fatto che si tratta di un potere attivo, in quanto il decreto non si limita a prevedere che l'organo collegiale effettui una valutazione, un'analisi, una verifica di misure predisposte dal debitore. Questo, infatti, deve collaborare *con il debitore* ed, eventualmente, con il professionista di fiducia di quello per individuare le misure più appropriate rispetto alla situazione concreta.

Individuate di comune accordo le misure per porre rimedio alla crisi, il collegio è tenuto a fissare anche un termine entro il quale il debitore deve relazionare dinnanzi al collegio stesso sull'attuazione degli strumenti previsti. A tal proposito, bisogna sottolineare che il decreto non fissa il termine massimo ed è auspicabile che venga usata molta ragionevolezza.

Se nel termine concesso al debitore questi non dia alcuna attuazione a quanto pianificato e, quindi, se non assume alcuna iniziativa, il collegio informa il referente con una breve relazione scritta. Quest'ultimo sarà tenuto a dare immediata comunicazione a coloro che avevano avviato la procedura mediante la segnalazione. La previsione è decisamente lacunosa in quanto nulla dispone per il caso, verosimilmente più frequente, in cui il debitore assuma iniziative, ma queste siano palesemente insufficienti o considerate non

idonee dagli organi della procedura. Non è ben chiaro, dunque, come si evolverà il procedimento dinnanzi all'OCRI qualora il debitore abbia un comportamento non adeguato rispetto alle misure programmate.

Va precisato – anche se il Codice non lo dice espressamente – che, nel momento in cui viene presentata una segnalazione all'OCRI, il debitore non ha alcuno scampo, ossia non può esimersi dal prendere parte alla procedura di allerta. Se egli sceglie di non comparire all'audizione – alla quale, si ricordi, viene espressamente convocato – il collegio procederà comunque con le sue valutazioni e, ai sensi dell'art. 22, se ritiene sussistente uno stato di insolvenza, dovrà segnalarlo con una relazione motivata al referente, il quale è tenuto a darne notizia – con modalità informatiche – al Pubblico Ministero presso il Tribunale competente. Quest'ultimo – se ritiene fondata la notizia dell'insolvenza – deposita il ricorso per la liquidazione giudiziale.

Al debitore, conviene, dunque presentarsi in sede di audizione per perorare la propria causa – magari anche con il supporto di un professionista – al fine di indurre il collegio ad archiviare la procedura.

In alternativa, se la crisi è ritenuta sussistente, il debitore può soltanto depositare un'istanza per l'accesso alla composizione assistita della crisi, e in tal caso la procedura prosegue dinnanzi all'OCRI. Oppure può prediligere un'altra procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza<sup>272</sup>.

## ***8. Il procedimento di composizione assistita della crisi***

Il procedimento di composizione assistita della crisi è un istituto introdotto dal Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza che, si potrebbe dire, presenta una doppia anima. Può configurarsi, infatti, sia come una procedura autonoma attivabile con apposita istanza, sia come una prosecuzione della procedura di allerta e in tal caso, la richiesta per l'attivazione dell'istituto deve essere avanzata nel corso dell'audizione di cui all'art. 18.

Il soggetto legittimato a dare avvio alla composizione assistita è solo il debitore.

---

<sup>272</sup>Piano attestato, accordo di ristrutturazione del debito, concordato preventivo, liquidazione giudiziale

Va notato che un ruolo fondamentale nell'ambito della procedura è quello del collegio, il quale dunque, oltre ai compiti esercitabili durante la fase di allerta, vanta dei poteri attivi volti alla ricerca di una soluzione concordata della crisi con i creditori, che rappresenta appunto l'obiettivo della procedura in oggetto.

Qualora il debitore opti, nell'ambito dell'allerta, per l'attivazione della procedura, proseguirà il proprio rapporto con il collegio di esperti già costituito. In tal caso – ai sensi dell'art. 18, c. 6 del Codice – il referente è tenuto a dare notizia della presentazione dell'istanza di composizione assistita della crisi ai soggetti legittimati a dare avvio all'allerta interna ed esterna che non abbiano effettuato la segnalazione, *“avvertendoli che essi sono esonerati dall'obbligo di segnalazione per tutta la durata del procedimento”*. Diversamente, se la procedura è autonoma, il debitore prenderà contatti con l'OCRI e si procederà alla costituzione del collegio.

Quanto al procedimento, anch'esso si svolge in modo *“riservato e confidenziale”* (art. 12, c. 2). Ai sensi dell'art. 19, il collegio è tenuto a fissare un termine *“non superiore a tre mesi”*, durante i quali bisognerà cercare di trovare una soluzione concordata della crisi. Il termine è prorogabile, al massimo di ulteriori tre mesi, solo a fronte di riscontri positivi nelle trattative, che vengono seguite dal relatore, il quale mantiene, dunque, i rapporti con i terzi creditori.

Il ruolo del collegio in questa fase è quello di acquisire *“nel più breve tempo possibile”* dal debitore (col supporto, ovviamente, dei professionisti di sua fiducia) una relazione aggiornata inerente alla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché gli elenchi dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei relativi crediti e delle eventuali cause di prelazione.

In alternativa – e questa è una peculiarità dell'istituto – il collegio può addirittura predisporre esso stesso i documenti indicati, anche suddividendo i compiti fra i tre esperti che lo compongono, in ragione delle loro competenze professionali. In questa ipotesi, dunque, tale organo manifesta tutto il supporto al debitore, ponendosi al suo fianco come se stesse idealmente combattendo la medesima battaglia. Questo è, certamente, un chiaro sintomo del fatto che il legislatore ha inteso ammodernare le procedure concorsuali. Egli ha introdotto un pizzico di informalità che potrebbe – perlomeno nelle intenzioni – avvicinare l'imprenditore in crisi agli strumenti di emersione tempestiva delle difficoltà dell'impresa.

È opportuno sottolineare che la scelta tra fornire la propria documentazione e affidarsi al collegio degli esperti per la redazione di nuovi documenti spetta solo ed esclusivamente al debitore. Ovviamente bisogna tener presente che egli deve valutare diversi elementi prima di accingersi a decidere. In particolare, rivolgersi al collegio potrebbe rappresentare – nell’ottica del debitore – un rischio, dal momento che questo è costituito da membri designati da soggetti terzi a sua insaputa e che egli esprime solo un parere sul nome del componente scelto dal referente. Inoltre, i professionisti di fiducia, che hanno redatto la documentazione che egli potrebbe consegnare al collegio, vantano certamente una conoscenza più approfondita dell’azienda, della sua storia, delle sue peculiarità, delle sue debolezze fisiologiche, *etc.*, conoscenza che il collegio non potrebbe mai ricreare in tempi stretti. Queste ed altre riflessioni dovrà compiere il debitore prima di optare per l’una o per l’altra soluzione di cui all’art. 19, c. 2. Tornando, invece, alla procedura di composizione assistita, è da notare che nel corso della stessa, il debitore potrebbe ritenere che il percorso intrapreso non sia quello più adeguato, posto che la ricerca di una soluzione concordata con i creditori potrebbe rivelarsi infruttuosa. In tal caso, egli ha la possibilità di proporre “*domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti oppure di apertura del concordato preventivo*”. A questo esito si può pervenire anche su invito dello stesso collegio, qualora – decorso il termine di tre mesi, o l’eventuale termine prorogato – non sia stato concluso un accordo con i creditori coinvolti e permanga ancora una situazione di crisi (art. 21, c.1).

Si noti che, se viene richiesto il concordato preventivo o l’accordo di omologazione dei debiti, il debitore potrà domandare al collegio di procedere ad attestare anche la veridicità dei dati aziendali. La norma, tuttavia, ha destato non poche perplessità e critiche posto che questi potrebbero essere stati anche predisposti dal collegio stesso e quindi sarebbe gravemente messa in pericolo la terzietà dell’attestatore rispetto al dato.

Nel caso in cui, invece, si pervenga ad un accordo con i creditori, questo deve avere forma scritta, resta depositato presso l’OCRI e, per ragioni di riservatezza – dal momento che è questo il tratto caratteristico delle nuove procedure – “*non è ostensibile a soggetti diversi da coloro che lo hanno sottoscritto*”. Ciò nonostante, il Codice prevede che, su richiesta del debitore e con il consenso dei creditori interessati, possa

essere iscritto nel registro delle imprese. L'accordo produce i medesimi effetti che la legge sancisce per gli accordi di esecuzione del piano attestato di risanamento.

Prima di avviarcì alla conclusione, è opportuno notare che – allo scopo di incentivare il ricorso a tali procedure – l'art. 20 del decreto delegato consente al debitore, che dopo l'audizione ha proposto l'istanza per la composizione assistita della crisi, di chiedere alla sezione specializzata in materia di impresa – competente ai sensi del c. 1 dell'articolo – di stabilire delle misure protettive affinché possano essere condotte a termine le trattative in corso con i creditori.

Le misure attivabili sono indicate dall'art. 20, c. 4 del Codice<sup>273</sup> e possono essere richieste durante tutto il procedimento di composizione e fino alla sua conclusione. Si tratta di provvedimenti di natura cautelare che dovrebbero garantire all'imprenditore di "concentrarsi" nella ricerca dell'accordo senza doversi occupare di incombenze di rilievo nell'ambito dell'impresa, considerato anche che le operazioni eventualmente poste in essere (ad es. in relazione al capitale sociale) potrebbero rivelarsi inutili dopo il raggiungimento dell'accordo stesso.

Al procedimento per l'emissione delle misure di cui si discorre, sono applicabili – nei limiti della compatibilità – gli artt. 54 e 55 relativi al procedimento cautelare nell'ambito dell'apertura della liquidazione giudiziale, della procedura di concordato preventivo o dell'omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Per decretare le misure più idonee, il giudice può (non deve!) sentire sia i soggetti che hanno effettuato la segnalazione sia il presidente del collegio. La durata dei provvedimenti è fissata dal giudice e, in prima battuta, non deve essere superiore a 3 mesi. Successivamente il debitore può richiederne la proroga, che può essere accordata anche più volte ma solo se sono stati compiuti "*progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo*". Tale presupposto deve essere attestato dal collegio e in ogni caso le misure disposte non possono avere una durata massima superiore a 6 mesi.

Le misure concesse sono revocabili, anche d'ufficio, in tre ipotesi. Ossia qualora:

- risultati che siano stati commessi atti in frode ai creditori;

---

<sup>273</sup> Vi rientrano ad es. il differimento dell'obbligo di riduzione il capitale per perdite e degli obblighi connessi a tale evenienza (art. 2446, commi 2 e 3; art. 2447; art. 2482-bis, commi 4,5 e 6) come la convocazione dell'assemblea

- il collegio segnali al giudice competente che non è possibile pervenire ad un accordo con i creditori;
- il collegio faccia presente al giudice competente che non vi sono progressi significativi nell'attuazione delle misure adottate per il superamento della crisi.

Quanto alla conclusione del procedimento, gli sbocchi possibili sono due. Nella migliore delle ipotesi, viene raggiunto l'accordo con i creditori e l'imprenditore si impegnerà a dare ad esso attuazione con tutti gli obblighi che ne derivano. Diversamente, il procedimento potrebbe avere un esito negativo e in tal caso – se allo scadere del termine fissato non è stato ancora raggiunto un accordo e la crisi permane – il collegio, come si diceva, è tenuto ad invitare il debitore a presentare, entro trenta giorni, domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza<sup>274</sup>. Inoltre, l'OCRI comunica la conclusione negativa ai soggetti legittimati a segnalare l'allerta interna ed esterna che non abbiano preso parte alla procedura.

È opportuno segnalare, prima di avviarci alla conclusione, che vi sono diverse situazioni in cui le procedure di allerta o il procedimento di composizione assistita della crisi, che si caratterizzano per la loro stragiudizialità, hanno – al contrario – uno sbocco giudiziale. In particolare questo accade se:

- il debitore non si presenta all'audizione dinnanzi al collegio degli esperti;
- dopo l'audizione non deposita l'istanza di composizione assistita;
- dopo le trattative non deposita l'istanza per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza entro il termine di trenta giorni fissato dalla legge.

Ovviamente le prime due ipotesi si riferiscono all'allerta e presuppongono che il collegio non abbia ritenuto opportuno disporre l'archiviazione della procedura. La terza ipotesi, invece, è relativa al fallimento del procedimento di composizione assistita della crisi.

In ogni caso, in tutte le situazioni indicate, il collegio – se ritiene che dagli elementi acquisiti emerga uno stato di insolvenza del debitore – lo segnala al referente “con

---

<sup>274</sup> Si noti che gli atti acquisiti al procedimento di composizione assistita della crisi o prodotti nel corso di questo non sono utilizzabili in tutte le procedure successive ma solo nell'ambito della liquidazione giudiziale o di un procedimento penale (Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 21, c. 4)

*relazione motivata*” affinché egli ne dia notizia al Pubblico Ministero presso il Tribunale competente, con modalità informatiche.

Quest’ultimo se ritiene fondata la notizia dell’insolvenza, propone *“tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione”* il ricorso per l’apertura della liquidazione giudiziale (Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza, art. 22).

Per concludere queste osservazioni sulle procedure che si svolgono nell’ambito dell’OCRI, è opportuno effettuare una precisazione relativa ai costi delle stesse.

Il compenso dell’OCRI, relativamente alla procedura di allerta, nonché relativamente al procedimento di composizione assistita della crisi, dovrà essere concordato con il debitore. Tuttavia, qualora ciò non si verifichi, gli importi spettanti all’Organismo sia per la gestione amministrativa delle procedure che per i compensi dei componenti del collegio sono liquidati dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa, che aveva contribuito alla formazione del collegio oppure da un suo delegato.

È fondamentale notare che per la determinazione del compenso bisogna tener conto *“dell’impegno inconcreto richiesto e degli esiti del procedimento”*. Inoltre, la legge fissa dei parametri definiti da rispettare. Nello specifico:

- a) *“in caso di mancata comparizione del debitore, il compenso minimo del curatore ridotto al cinquanta per cento, di cui la metà all’ufficio del referente e la restante metà suddivisa tra i componenti del collegio”*;
- b) *“per la sola audizione del debitore, il compenso minimo del curatore, di cui un terzo all’ufficio del referente e due terzi da suddividere tra i componenti del collegio”*;
- c) *“per il procedimento di composizione assistita della crisi, i compensi e i rimborsi delle spese previsti dal decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014, n. 202, articoli 14, 15 e 16, in quanto compatibili, avuto riguardo all’attivo e al passivo del debitore risultanti dai dati acquisiti dall’organismo”*.

Infine, i costi fissi che gravano sulle Camere di Commercio vengono coperti mediante il versamento di diritti di segreteria *“determinati ai sensi dell’articolo 18 della legge n. 580 del 29 dicembre 1993”*.

## ***9. Gli incentivi all'emersione tempestiva della crisi: le misure premiali***

Dopo aver analizzato le nuove procedure, è opportuno soffermarsi su un'ulteriore questione, che dovrebbe rappresentare una garanzia per il funzionamento del sistema.

Con l'intento di incentivare l'emersione tempestiva della crisi da parte dell'imprenditore, il legislatore ha previsto diverse misure premiali ad integrazione degli strumenti di allerta su iniziativa dei soggetti di cui agli artt. 14 e 15 del Codice.

Tali misure sono applicabili nel caso in cui il debitore provveda tempestivamente a presentare l'istanza per l'attivazione del procedimento di composizione assistita della crisi, nonché la domanda di accesso ad una procedura regolatrice della crisi e dell'insolvenza.

Va notato, inoltre, che tali incentivi sono applicabili anche in altre ipotesi previste dal Codice, sempre che ricorra la tempestività dell'emersione. Ad esempio, prima si accennava al caso delle imprese escluse dall'applicazione degli strumenti di allerta.

Il requisito per godere delle misure premiali, di cui all'art. 25 del Codice, è sancito dall'art. 24 rubricato "Tempestività dell'iniziativa", ai sensi del quale l'iniziativa del debitore, volta a prevenire l'aggravarsi della crisi, non è tempestiva se egli propone

- una domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza previste dal codice oltre il termine di sei mesi,
- l'istanza per il procedimento di composizione assistita della crisi oltre il termine di tre mesi,

a decorrere da quando si verifica, uno dei seguenti presupposti:

- 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, ossia degli indicatori della crisi fissati dal CNDCEC oppure dall'impresa stessa.

La norma prevede, anche, che il presidente del collegio – costituito presso l’OCRI per la gestione delle procedure di allerta oppure per la composizione assistita della crisi – possa attestare l’esistenza dei requisiti di tempestività, su richiesta del debitore.

È d’obbligo notare che l’art. 25 sembra richiedere ulteriori presupposti – oltre alla tempestività dell’iniziativa – per l’erogazione delle misure premiali. Infatti, fa riferimento all’esecuzione in buona fede da parte del debitore delle indicazioni dettate dall’OCRI e prevede anche chela domanda di accesso ad una delle procedure regolatrici della crisi o dell’insolvenza non sia stata dichiarata inammissibile.

I benefici riconosciuti – cumulabili tra loro – sono di cattere fiscale o penale. Nel dettaglio, abbiamo che:

- *“durante la procedura di composizione assistita della crisi e sino alla sua conclusione gli interessi che maturano sui debiti tributari dell’impresa sono ridotti alla misura legale;*
- *le sanzioni tributarie per le quali è prevista l’applicazione in misura ridotta in caso di pagamento entro un determinato termine dalla comunicazione dell’ufficio che le irroga sono ridotte alla misura minima se il termine per il pagamento scade dopo la presentazione dell’istanza di cui all’articolo 19, comma 1, o della domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza;*
- *le sanzioni e gli interessi sui debiti tributari oggetto della procedura di composizione assistita della crisi sono ridotti della metà nella eventuale procedura di regolazione della crisi o dell’insolvenza successivamente aperta;*
- *la proroga del termine fissato dal giudice ai sensi dell’articolo 44 per il deposito della proposta di concordato preventivo o dell’accordo di ristrutturazione dei debiti è pari al doppio di quella che ordinariamente il giudice può concedere, se l’organismo di composizione della crisi non ha dato notizia di insolvenza al Pubblico Ministero ai sensi dell’articolo 22;*
- *a proposta di concordato preventivo in continuità aziendale concorrente con quella da lui presentata non è ammissibile se il professionista incaricato attesta che la proposta del debitore assicura il soddisfacimento dei creditori chirografari in misura non inferiore al 20% dell’ammontare complessivo dei crediti.*

- *Quando, nei reati di cui agli articoli 322, 323, 325, 328, 329, 330, 331, 333 e 341, comma 2, lettere a) e b)<sup>275</sup>, limitatamente alle condotte poste in essere prima dell'apertura della procedura, il danno cagionato è di speciale tenuità, non è punibile chi ha tempestivamente presentato l'istanza all'organismo di composizione assistita della crisi d'impresa ovvero la domanda di accesso a una delle procedure di regolazione della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice se, a seguito delle stesse, viene aperta una procedura di liquidazione giudiziale o di concordato preventivo ovvero viene omologato un accordo di ristrutturazione dei debiti. Fuori dai casi in cui risulta un danno di speciale tenuità, per chi ha presentato l'istanza o la domanda la pena è ridotta fino alla metà quando, alla data di apertura della procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, il valore dell'attivo inventariato o offerto ai creditori assicura il soddisfacimento di almeno un quinto dell'ammontare dei debiti chirografari e, comunque, il danno complessivo cagionato non supera l'importo di 2.000.000 euro”<sup>276</sup>.*

Per concludere, è opportuno notare che, sempre allo scopo di stimolare l'emersione tempestiva della crisi, tutelando la posizione del debitore, il legislatore ha previsto un'ulteriore garanzia valida sia nelle procedure d'allerta (interna ed esterna) che nel procedimento di composizione assistita della crisi. Nello specifico si prevede che l'attivazione delle procedure non determina la risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con la Pubblica Amministrazione, né la revoca degli affidamenti bancari e, per di più, sono nulli i patti contrari (art.12, c. 3 Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza).

---

<sup>275</sup>Si tratta di alcuni reati commessi dall'imprenditore in liquidazione giudiziale(ad es. bancarotta fraudolenta (art. 322); bancarotta semplice (art. 323); ricorso abusivo al credito (art.325), etc.). Oppure da persone diverse dall'imprenditore in liquidazione giudiziale (ad es. bancarotta fraudolenta (art. 329); bancarotta semplice (art. 330); ricorso abusivo al credito (art. 331), reati dell'institore (art. 333)). E infine di alcuni reati commessi nell'ambito del concordato preventivo, dell'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria (art. 341, comma 2, lettere a) e b) )

<sup>276</sup> Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, art. 25, commi 1 e 2

## CAPITOLO III

### LA PREVENZIONE DELLA CRISI E LE PROCEDURE DI ALLERTA NELL'ORDINAMENTO FRANCESE

#### *1. Premessa*

L'ordinamento giuridico francese ha rappresentato e rappresenta ancora oggi un vero e proprio modello per gli ordinamenti cosiddetti di *civil law*. La tendenza a rifarsi a tale sistema affonda le sue radici agli inizi del XIX sec., epoca in cui fu elaborato ed emanato il *Code Napoléon* ossia il Codice civile Napoleonico, tuttora in vigore in Francia<sup>277</sup>.

La diffusione del Codice Napoleonico – primo esempio in assoluto di Codice civile – non restò nei confini francesi. Infatti il *Code* fu “esportato” dapprima in tutti gli Stati dominati – direttamente o indirettamente – dalla Francia (si pensi ad es. al Belgio e all'Olanda) e, successivamente, si affermò in altri Paesi che lo adottarono su base volontaria.

Tra il 1804 e il 1809 il *Code Napoléon* entrò in vigore in quasi tutti i territori della penisola italiana, all'epoca estremamente frazionata. Questo fu un fatto di portata straordinaria, perché grazie ad esso cessarono di esistere le consuetudini locali, gli statuti, i vincoli feudali<sup>etc.</sup> che per secoli avevano costituito il diritto del nostro Paese. Inoltre, la rilevanza storica dell'evento è ancora maggiore se si pensa che il *Code* costituì la base del Codice civile dell'Italia post-unitaria.

Oltre a questa “ispirazione” così di rilievo, sono davvero numerosissimi i casi di

---

<sup>277</sup> Il *Code Napoléon* venne redatto da una commissione di quattro esperti, scelti da Napoleone nel 1800. Fu emanato il 21 marzo 1804 ed è tuttora in vigore. L'idea di riorganizzare le fonti del diritto e di codificare i nuovi principi avvertiti come vincolanti risale alla Rivoluzione francese. Dominava, infatti, una grande incertezza dovuta alla molteplicità di fonti e di norme. E, di conseguenza, era molto ampia la discrezionalità del giudice. Il nuovo Codice, che vide la luce dopo il fallimento di numerosi tentativi, rappresenta un compromesso tra le norme del passato e le nuove istanze provenienti dalla Rivoluzione ed è relativo soltanto ad una delle ripartizioni tradizionali del diritto. A questo seguirono, infatti, altri codici: il *Code de procédure civile* del 1806 (vigente fino al 1970), il *Code de commerce* del 1807 (ad oggi in vigore), il *Code d'instruction criminelle* del 1808 (in vigore fino al 1958) e il *Code pénale* del 1810 (vigente fino al 1994)

importazione di istituti giuridici d’Oltralpe. Ai fini che qui interessano, si deve ammettere che il sistema di prevenzione e, in particolare, le misure di allerta e di composizione assistita della crisi – che di recente il legislatore ha introdotto nel nostro ordinamento, dopo i numerosi e fallimentari tentativi attestati negli ultimi decenni – ricalcano ampiamente il modello francese. Il quale – rappresentando in Europa il più antico e il più ampio sistema di prevenzione e di composizione negoziata della crisi – si pone come un prototipo “*trasversale rispetto alla tradizionale classificazione dei sistemi giuridici come di civil law o di common law*”<sup>278</sup>, dal momento che è un archetipo delle procedure di prevenzione di tutti quei Paesi – tra cui il nostro – che rientrano nella cosiddetta *western legal tradition*<sup>279</sup>.

Ovviamente – limitando l’analisi al diritto interno – non si può sostenere che il legislatore italiano abbia riprodotto *tout court* la normativa francese<sup>280</sup>. D’altronde non avrebbe mai potuto farlo, essendo forte il rischio di introdurre istituti privi di giustificazione e fondamento per il nostro ordinamento giuridico. Non si può fare a meno di notare, infatti, che quel sistema ha delle peculiarità differenti dall’ordinamento nostrano. Basti pensare all’efficienza della burocrazia o al rilevante ruolo dello Stato nella gestione dell’economia<sup>281</sup>, due caratteri nettamente in controtendenza rispetto alla radicata inefficienza della pubblica amministrazione italiana e rispetto all’ondata di privatizzazioni che ha caratterizzato l’economia del Belpaese nell’ultimo trentennio.

## ***2. Il sistema francese di prevenzione e di gestione delle crisi d’impresa. Evoluzione storico-normativa***

La normativa francese relativa alla prevenzione e alla gestione delle crisi d’impresa è inserita nel *Code de commerce* Napoleonico. Nello specifico, la porzione più rilevante è raccolta nel libro VI – titolato “*Des difficultés des entreprises*” (artt. da

---

<sup>278</sup>Cit. CORAPI D., DE DONNO B. & BENINCASA D., *Le procedure concorsuali in un’ottica comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Vassalli F. - Luiso F. P. – Gabrielli E. (diretto da), Vol. V, Giappichelli, Torino, 2014, p. 385

<sup>279</sup> Vi rientrano – tra i più importanti – Paesi come gli USA, il Regno Unito, la Francia, l’Italia, la Spagna e la Germania

<sup>280</sup> Un confronto tra il sistema italiano di prevenzione delle crisi d’impresa e quello francese sarà effettuato nel capitolo successivo

<sup>281</sup> Cfr. DE MATTEIS S., *L’emersione anticipata della crisi d’impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 317

L. 610-1 a L. 680-7) – mentre la *procédure d’alerte* è disciplinata in parte dal libro II (artt. da L. 234-1 a L. 234-4) dedicato alle società commerciali e in parte dal *Code du travail*<sup>282</sup>. L’assetto attuale è stato definito, principalmente, dalla *Loi de sauvegarde des entreprises* del 26.07.2005, n. 845/2005 (in vigore dall’01.01.2006).

Oltre a queste fonti, vi sono diverse altre disposizioni contenute in svariate leggi che in qualche modo completano tale disciplina organica. Si pensi – a titolo di esempio – alla normativa attinente alle scritture contabili, atteso che queste rappresentano uno strumento indispensabile per avere un quadro chiaro sullo stato di salute dell’impresa.

L’ordinamento francese – al pari di quello italiano – prevede una molteplicità di istituti applicabili alle imprese in crisi. È possibile constatare come nel corso dell’ultimo trentennio il sistema abbia subito una sorta di rivoluzione. Sostanzialmente si è passati da una concezione punitiva delle procedure concorsuali – concezione focalizzata per lo più sulla *liquidation judiciaire*, istituto assimilabile all’fallimento<sup>283</sup> – ad una concezione “più attenta ai profili economici della crisi d’impresa, incentrata sull’impresa e sulla sua natura produttiva di ricchezza anche a beneficio dei creditori concorsuali e dell’occupazione lavorativa”<sup>284</sup>.

Non bisogna pensare, tuttavia, che il sistema relativo a *les entreprises en difficulté* non preveda più delle norme applicabili alle aziende ormai decotte e, quindi, non risanabili. Infatti, pur essendosi moltiplicati gli strumenti volti alla conservazione dell’impresa e dedicati, in particolare, alla *prévention des difficultés* (in questa categoria oggi vi rientrano le *procédures d’alerte*, il *mandat ad hoc* e la *procédure de conciliation*), continuano ad esistere degli strumenti di natura collettiva e prettamente giudiziaria applicabili sia alle imprese in difficoltà ma risanabili (la *sauvegarde* e il *redressement judiciaire*) e sia a quelle non risanabili (la *liquidation judiciaire*).

Oltre alle già citate procedure, poi, sempre a testimonianza della centralità della prevenzione e della conservazione dell’impresa – tanto cara all’ordinamento francese – non si può fare a meno di sottolineare la previsione contenuta nella L. 01.03.1984, n. 84-148 (relativa alla *prévention des difficultés*) con cui il legislatore ha sancito che al

---

<sup>282</sup> Codice del lavoro dell’ordinamento francese

<sup>283</sup> Si noti che l’art. 2 della legge delega ha disposto la sostituzione del termine “fallimento” con l’espressione “liquidazione giudiziale” anche nel nostro ordinamento giuridico

<sup>284</sup> Cit. PACILEO F., *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 26

superamento di determinate soglie dimensionali<sup>285</sup>, tutte le imprese – a prescindere dalla loro natura giuridica – sono tenute a redigere:

- la *situation ARDPE (Actif Réalisable et Disponible et Passif Exigible)*, ossia un documento che descrive lo stato patrimoniale dell'impresa ed è idoneo, dunque, a far emergere un'eventuale insolvenza nonché l'incapacità di proseguire l'attività;
- il *tableau de financement* che corrisponde al rendiconto finanziario. Si tratta di un prospetto che riassume i flussi di cassa dell'esercizio, ossia le fonti che hanno incrementato le risorse finanziarie dell'impresa e gli investimenti che ne hanno determinato, invece, un decremento;
- il *compte de résultat prévisionnel*, ossia un documento riportante il risultato atteso nel nuovo esercizio e che viene periodicamente aggiornato al fine di conformare i dati attesi ai dati effettivi;
- il *plan de financement prévisionnel*, cioè un riepilogo delle previsioni di finanziamento su un orizzonte temporale di un anno. Si tratta di un atto che tiene conto dei risultati dell'anno precedente e che ha l'obiettivo di valutare l'adeguatezza del livello delle risorse pianificate in relazione ai bisogni futuri<sup>286</sup>.

La *ratio* della previsione legislativa in analisi è quella di garantire sia un quadro chiaro della situazione economico-patrimoniale in cui versa l'impresa, sia una proiezione delle conseguenze economiche e finanziarie legate alle scelte che il management effettua nel presente. Si tratta, dunque, di documenti non soggetti a pubblicità – a differenza di quanto accade per il bilancio ordinario – onde evitare un'influenza negativa sui *partner* e sui potenziali creditori dell'impresa. Vengono, perciò, diffusi solo tra i rappresentanti del personale, i revisori dei conti e il consiglio di sorveglianza e sono portati a conoscenza dei soci esclusivamente in occasione dell'assemblea generale annuale degli stessi.

Ovviamente la convinzione e l'auspicio sono sempre quelli di riuscire – tramite la cosiddetta contabilità previsionale – a presagire la crisi e a porvi rimedio prima che le difficoltà diventino irreparabili.

---

<sup>285</sup> La redazione della c.d. contabilità previsionale è ammessa anche per le altre società commerciali su base volontaria

<sup>286</sup> Cfr. RIVIERE B., *Les documents liés à la prévention des difficultés (loi du 1er mars 1984)* in <https://www.auditsi.eu/?p=4148>

È possibile affermare che in tal modo viene a crearsi una vera e propria *cultura della crisi*. Si stimola, insomma, la lungimiranza dell'imprenditore-manager, cosicché egli – oltre ad essere in grado di affrontare la crisi quando questa è in atto – è capace anche di prevederne i primi sintomi e di correggere il tiro quando lo stato di insolvenza è solo probabile.

Dal punto di vista storico, l'approccio dell'ordinamento francese al modello della prevenzione risale ad un periodo decisamente anteriore rispetto al momento in cui il legislatore italiano ha cominciato a mostrarsi interessato a tali tematiche.

Infatti, se una vera e propria inversione di tendenza da una politica punitiva ad una politica incentrata sull'allerta si è avuta nell'ultimo trentennio, è altrettanto vero che già nella seconda metà degli anni sessanta del secolo scorso la Francia si è accostata ad un nuovo modello. La procedura di *suspension provisoire des poursuites* – risalente al 1967<sup>287</sup> – può già considerarsi un istituto di carattere alternativo. Si trattava di una sospensione provvisoria delle azioni giudiziarie e fu una pietra miliare poiché segnò l'inizio di un nuovo corso che ha portato il sistema francese verso un'impostazione decisamente affascinante, ma soprattutto differente rispetto alla tradizione continentale dell'epoca<sup>288</sup>.

Va rilevato, tuttavia, che il primo antecedente di tali *procédures* risale addirittura alla metà del XIX sec., quando con un decreto del 22.08.1848 fu introdotta una sorta di composizione stragiudiziale delle crisi, ossia un accordo tra il debitore e i suoi principali creditori. A quest'istituto seguì un compromesso (l. 02.07.1919), la creazione di una nuova – rispetto a quella del 1848 – composizione stragiudiziale omologata (decr. l. 31.08.1937), la procedura di sospensione provvisoria delle azioni giudiziarie (ordinanza 23.09.1967) per giungere al rafforzamento del sistema nel 1984, anno in cui – oltre alla già menzionata disciplina mirata alla *prevention par l'information comptable et financière* oltre al *règlement amiable* – la L. 01.03.1984, n. 84-148 introdusse le *procédures d'alerte* intese a richiamare l'attenzione dei dirigenti sulle difficoltà oggettivamente rilevabili incontrate dall'azienda. Va notato che tale intervento si è rivelato cruciale per l'ordinamento d'Oltralpe, dal momento che prima di esso le misure di prevenzione della crisi d'impresa non ebbero il successo atteso dal legislatore sia per

---

<sup>287</sup> Ordinanza 23.09.1967 relativa ai *groupements d'intérêt économiques*

<sup>288</sup> Cfr. APICE U. & MANCINELLI S., *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 19

la difficoltà di applicazione sia per l'ostilità da parte della dottrina.

Venendo, poi, alle riforme, è doveroso notare che il sistema – così come disegnato nel 1984 – è stato oggetto di numerosi interventi. I principali risalgono al 1994 (L. 10.06.1994, n. 94-475), al 2003 (L. 01.08.2003, n. 2003-721), al 2005 – anno in cui fu riorganizzato il *Code de commerce*– e agli anni tra il 2008 e il 2016. Le modifiche hanno ritoccato tutti i meccanismi di prevenzione e di gestione delle crisi d'impresa. Limitatamente alle questioni che qui interessano, si può affermare che anche le novità introdotte sono state avvertite come necessarie al fine di rendere l'archetipo ancora più chiaro ma – soprattutto – più appetibile.

Prima di passare ad un'analisi della normativa preme fare qualche considerazione ulteriore. Il maggior peso che il diritto francese riserva alle misure preventive della crisi d'impresa deriva da una diversa nozione di “stato di insolvenza” che quell'ordinamento sancisce. Infatti, mentre in Italia – affinché possa dirsi esistente lo stato di insolvenza ai sensi dell'art. 5 della legge fallimentare – si richiedono degli “*inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”, in Francia l'insolvenza è definita come una “*condizione di impossibilità per l'imprenditore di far fronte al passivo esigibile con l'attivo disponibile*” (art. L. 631-1 *Code de commerce*).

Pertanto, se nel nostro ordinamento l'insolvenza consiste in un'interruzione *attuale e non momentanea* del flusso dei pagamenti, che può evincersi concretamente anche da un adempimento effettuato con mezzi non regolari (ossia diversi rispetto a quelli provenienti dal “normale esercizio dell'impresa”) o in modo non conforme rispetto all'ordinaria programmazione imprenditoriale, nel sistema d'Oltralpe la nozione è decisamente più restrittiva poiché si richiede una “*condizione di impossibilità*”, ossia uno stato definitivo di decozione.

Di qui la necessità di introdurre una serie di procedure volte alla *prévention des difficultés des entreprises*, ossia anteriori alla fase di insolvenza (intesa nel senso di cui sopra), diverse rispetto alle procedure concorsuali (*procédures collectives*) e finalizzate a preservare la funzionalità dell'impresa in difficoltà. In tal modo si va a “coprire” tutta una serie di situazioni in cui si registrano delle problematiche nella conduzione dell'attività, le quali – pur necessitando di un intervento tempestivo a salvaguardia

dell'attività stessa – non sono qualificabili come stato di insolvenza e non giustificano, dunque, l'applicazione delle procedure collettive.

Ovviamente – perché possano essere attivate le misure di prevenzione – le problematiche a cui si fa riferimento debbono perlomeno essere inquadrabili come una probabilità di insolvenza. Ne deriva, dunque, che non è lecito innescare tali istituti qualora l'insolvenza sia già in atto o – a maggior ragione – qualora manchi del tutto qualsiasi indizio premonitore di tale stato.

Dal momento che la Francia sembra essere il Paese europeo che meglio affronta la questione dell'emersione anticipata della crisi d'impresa, è lecito domandarsi quali siano o quali siano state le specificità proprie del sistema francese che ne abbiano decretato il successo.

Certamente merita di essere ricordata l'abilità del legislatore di rispondere alle richieste e alle sollecitazioni imprenditoriali in tempi ristretti, con strumenti immediati e di facile applicazione. Una semplicità di fondo delle norme, un'adeguatezza delle stesse rispetto alle istanze promosse, una chiarezza relativamente all'ambito e alle modalità di applicazione della disciplina sono senza alcun dubbio dei punti di forza che spingono i singoli a ricorrere a tali misure. A ciò si aggiungano anche i pressanti inviti da parte dei *Tribunaux de commerce* fare ricorso alle procedure e all'aiuto dei giudici e degli ausiliari per porre rimedio alle prime avvisaglie di crisi evitando l'accentuarsi delle patologie di cui l'impresa soffre.

Infine, il ricorso alle procedure di “allarme” è stato senza dubbio stimolato dal fatto che le misure previste dal legislatore, in determinate ipotesi, scattano anche su istanza di terzi e, quindi, a prescindere dalla volontà dell'imprenditore.

Tornando alla disciplina e prima di passare all'esame delle singole misure preventive della crisi, è opportuno considerare delle disposizioni trasversali applicabili a tutte le procedure di cui al libro VI <sup>289</sup>. L'articolo R. 600-1 *Code de commerce* attribuisce la competenza territoriale al Tribunale nella cui giurisdizione il debitore persona giuridica ha la propria sede principale o il debitore persona fisica ha stabilito l'indirizzo della sua azienda.

Sono previste delle deroghe per le imprese di diritto straniero, per le quali è territorialmente competente il Tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sede sul

---

<sup>289</sup> Le norme sulla competenza, dunque, si applicano al *mandat ad hoc*, alla *procédure de conciliation*, alla *sauvegarde*, al *redressement judiciaire* e all'*liquidation judiciaire*

territorio francese e – in mancanza di tale sede – quello del luogo in cui il debitore ha il principale centro dei suoi interessi in Francia.

In caso di mutamento della sede sociale nei sei mesi antecedenti<sup>290</sup> al deferimento della questione al giudice, rimane competente – in modo esclusivo – il Tribunale nella cui giurisdizione si trovava la sede precedente onde evitare che l'imprenditore – avvertendo nell'aria la crisi – trasferisca la propria attività sotto la giurisdizione di un giudice a lui più favorevole.

L'art. R. 611-23-1 prevede, inoltre, delle norme particolari applicabili quando sono soddisfatte le condizioni di cui all'art. L. 721-8, punto 4° *Code de commerce*, ai sensi del quale quando il debitore esercita un'attività commerciale o artigianale ed è rispettata una delle seguenti condizioni:

- a) l'impresa ha una forza lavoro pari o superiore a 250 dipendenti e un fatturato netto di almeno 20 milioni di Euro;
- b) l'impresa ha un fatturato netto di almeno 40 milioni di Euro;
- c) la società controlla un'altra società (ai sensi degli artt. L. 233-1 e L. 233-3) a condizione che il numero di dipendenti di tutte le società interessate sia pari o superiore a 250 e che il fatturato netto di tutte queste società sia di almeno 20 milioni di Euro;
- d) la società controlla un'altra società (ai sensi degli artt. L. 233-1 e L. 233-3) a condizione che il fatturato netto di tutte le società sia di almeno 40 milioni di Euro;

la competenza a conoscere la questione è di uno dei Tribunali specializzati appositamente designati dalla legge<sup>291</sup>.

Infine – qualora sia stato adito un giudice incompetente – il presidente del Tribunale di commercio, dinnanzi al quale pende la questione, può procedere alla cosiddetta *traslatio iudicii* trasferendo la causa al Tribunale specializzato sia d'ufficio sia previa richiesta motivata del debitore o del Pubblico Ministero, richiesta che deve essere notificata – senza ritardo – dal cancelliere alle parti.

Il trasferimento viene disposto con ordinanza motivata dopo aver ascoltato o,

---

<sup>290</sup> Il termine di sei mesi è computato prendendo in considerazione come *dies a quo* la modifica della sede nel registro del commercio e delle società

<sup>291</sup> Il sistema è stato pensato in modo tale che se l'impresa ha sede in una città X, la competenza è attribuita al Tribunale della città Y. La "corrispondenza" tra sede dell'impresa e Tribunale è fissata dalla legge

comunque, convocato il debitore e dopo aver appreso il parere del Pubblico Ministero. Il cancelliere del Tribunale adito trasmette immediatamente il fascicolo della controversia – unitamente ad una copia dell’ordinanza di rinvio – al presidente del Tribunale specializzato designato.

Le decisioni relative alla *traslatio iudicii* sono misure di carattere amministrativo, non soggette a ricorso e, di conseguenza, sono vincolanti per le parti e per il giudice del rinvio designato.

### ***3. Le procédures d’alerte***

Entrando ora nel vivo della trattazione, sembra opportuno avviare la disamina dalle ipotesi meno gravose per l’impresa: le *procédures d’alerte*, le quali costituiscono – insieme al *mandat ad hoc* e alla *procédure de conciliation* – le cosiddette misure di *prevention des difficultes des entreprises*.

Si tratta di istituti preventivi, attivabili – come si è detto – nel momento in cui l’impresa non versa ancora in stato di insolvenza ma manifesta comunque degli indizi di difficoltà che giustificano l’accesso a tali soluzioni anticipatorie della crisi d’impresa, onde evitare il successivo ricorso alle procedure concorsuali (c.d. *procédures collectives*: la *sauvegarde*, il *redressement judiciaire* e la *liquidation judiciaire*).

Furono introdotte dalla L. 01.03.1984 n. 84-148 e sono state rafforzate da svariate riforme. In ordine di tempo, l’ultimo intervento di revisione risale al 2016 (L. 18.11.2016, n. 2016-1547, art. 99).

A livello sovranazionale, va notato che – sebbene siano molto affermate e rappresentino un modello per diversi Stati – non sono menzionate nell’allegato A del Regolamento UE n. 845 del 2015 che elenca<sup>292</sup> e – come già detto – “riconosce” le procedure interne dei Paesi membri per la prevenzione e la gestione delle crisi.

Una *procédure d’alerte* è attivabile da soggetti interni o esterni all’impresa e, dunque, si può parlare rispettivamente di allerta interna o di allerta esterna a seconda dell’origine.

L’iniziativa volta all’attivazione dell’allerta interna può provenire da diverse categorie

---

<sup>292</sup> Cfr. cap. II, par. 4

di soggetti. Lo strumento più rilevante è l'allerta attivata dal *commissaire aux comptes*<sup>293</sup>, una figura corrispondente al revisore dei conti nel sistema italiano. Ma altresì importanti sono l'allerta interna da parte de *les associés* (i soci) e quella attivata dal *comité d'entreprise* (il consiglio di fabbrica)<sup>294</sup>.

L'allerta esterna, invece, può essere innescata dal *groupement de prévention agréé* (Gruppo di prevenzione approvato – GPA) o dal *président du Tribunal de commerce* (presidente del Tribunale di commercio).

### ***3.1 L'allerta interna attivata dal commissaire aux comptes***

Anche se potrebbe sembrare ridondante, prima di analizzare la disciplina della *procédure d'alerte* su iniziativa del revisore dei conti (artt. L. 234-1 e L. 234-2 *Code de commerce*) è opportuno sottolineare che si tratta di un istituto applicabile, appunto, a quelle società o enti per i quali è stato nominato un *commissaire aux comptes*.

Preme ribadire, innanzitutto, che la legge non prevede tale nomina come vincolante per tutte le persone giuridiche. Pertanto è opportuno determinare in quali ipotesi essa sia obbligatoria o possibile. Il che, ovviamente, equivale ad individuare i casi in cui è ammissibile che la procedura di allerta sia innescata da un revisore.

Considerando *in primis* le *società commerciali*, va fatta una distinzione essenziale. Quella tra le società commerciali in cui la nomina di un revisore è obbligatoria indipendentemente dalle dimensioni dell'azienda e le società commerciali per le quali, al contrario, la nomina di un revisore è facoltativa ma diviene obbligatoria in caso di superamento di determinate soglie dimensionali.

---

<sup>293</sup> Indicati talvolta con la sigla c.a.c.

<sup>294</sup> Il *comité d'entreprise* (comitato d'impresa - CE) è un organo interno all'impresa e rappresentativo del personale. È composto dal datore di lavoro – o da un suo rappresentante – che funge da presidente e da una delegazione eletta dai dipendenti, costituita da un numero di membri variabile in base alle dimensioni dell'azienda.

A seguito di un'*ordonnance* risalente al 22.09.2017 n. 2017-1386, con decorrenza 01.01.2018 il *comité d'entreprise* e altri organi di rappresentanza del personale sono stati o saranno progressivamente sostituiti da un organo unico che è il *Comité social et économique* (Comitato Sociale ed Economico - CSE). Fino al 31.12.2019 è prevista, tuttavia, una fase di transizione in cui sopravviveranno i due modelli, atteso che la sostituzione del CE e degli altri organi con il CSE avverrà, nelle singole imprese, al momento del rinnovo delle rappresentanze, fino alla completa estinzione del modello attuale. (Per approfondimento cfr. <https://travail-emploi.gouv.fr/dialogue-social/le-comite-social-et-economique/article/le-comite-d-entreprise-mise-en-place-et-composition> )

Nella prima categoria rientrano:

- le SA (*sociétés anonymes*) corrispondenti alle società per azioni italiane, per le quali la procedura di allerta è disciplinata dall'art. L. 234-1 *Code de commerce*;
- le SCA (*sociétés en commandite par actions*) simili alle nostre società in accomandita per azioni, per le quali l'art. L. 226-1, c. 2 *Code de commerce* rinvia all'art. L. 234-1 dello stesso codice;
- le SAS (*sociétés par actions simplifiées*) ossia le società per azioni semplificate, per le quali l'art. L. 227-1, c. 3 *Code de commerce* ammette l'applicazione dell'art. L. 234-1 *Code de commerce*.

Tra le società, invece, che si caratterizzano per il fatto che la nomina del revisore dei conti è una facoltà e diviene un obbligo solo al superamento di determinate soglie dimensionali<sup>295</sup> vi sono:

- le SNC (*sociétés en nom collectif*) cioè le società in nome collettivo;
- le SCS (*sociétés en commandite simple*) riconducibili, in linea di massima, alla società in accomandita semplice del nostro ordinamento;
- le SARL (*sociétés à responsabilité limitée*) molto simili alle società a responsabilità limitata.

In secondo luogo, vengono in rilievo i *groupements d'intérêts économiques*(GIE) che sono degli enti diversi dalle società, costituiti da almeno due<sup>296</sup> persone fisiche o giuridiche, per un periodo determinato (art. L. 251-1 *Code de commerce*). Queste “mettono in comune” alcune delle attività esercitate, con l'intento di facilitare o sviluppare la loro attività economica e di migliorarne o aumentarne i risultati pur mantenendo ciascuna la propria individualità. L'attività del gruppo, quindi, deve essere correlata all'attività esercitata dai suoi membri e può essere solo di carattere ausiliario in relazione ad essa. Ai sensi dell'art. L. 251-12, c. 3 *Code de commerce*, in un gruppo di interessi economici la revisione dei conti – che di regola è facoltativa – deve essere effettuata da uno o più revisori esterni quando il gruppo emette obbligazioni (secondo le modalità previste dall'art. L. 251-7 *Code de commerce*) oppure se, alla chiusura

---

<sup>295</sup> Le soglie dimensionali previste sono il numero medio dei dipendenti (inferiore a 50), il totale del bilancio (inferiore a € 1 550 000) e l'ammontare delle vendite al netto delle tasse (inferiore a € 3 100 000). Se alla chiusura dell'esercizio viene appurato il superamento di almeno due delle tre soglie indicate, scatta l'obbligo di nominare un revisore dei conti (art. L. 221-9 *Code de commerce* che rinvia per le soglie numeriche all'art. R. 221-5 *Code de commerce*)

<sup>296</sup> Non è stabilito un numero massimo di partecipanti al GIE

dell'esercizio, risulta l'assunzione di cento o più dipendenti.

Un ulteriore caso è quello delle *personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique*<sup>297</sup>. Con tale espressione vengono indicate tutte quelle entità munite di personalità giuridica e costituite da persone fisiche che hanno interessi in comune, degni di essere giuridicamente tutelati. Vi rientrano, sia le cosiddette società civili che le associazioni purché esercitino un'attività qualificabile come economica<sup>298</sup>. In tale ipotesi, potrebbe rendersi necessaria la nomina di un revisore dei conti e di un sostituto qualora dovessero essere superati gli stessi requisiti dimensionali previsti per le società commerciali e precisati in modo dettagliato dall'art. R. 612-1 *Code de commerce*. Se non si verifica il superamento di tali soglie, il legislatore ammette comunque la possibilità di nominare un revisore dei conti e un sostituto, per i quali sono sanciti gli stessi poteri, obblighi e responsabilità civili e penali del *commissaire* nominato per legge.

Infine, vanno ricordate le *entreprises publiques* ossia le aziende pubbliche. L'art. 30 della L. 01.03.1984, n. 84-148 dispone che le istituzioni dello Stato non soggette alle norme della contabilità pubblica – come le aziende pubbliche – sono tenute a designare almeno un revisore e un sostituto. Tuttavia, tale obbligo non si applica quando il numero di dipendenti, l'ammontare del fatturato o delle risorse al netto delle imposte e il totale di bilancio non eccedono, per due di questi criteri, le soglie stabilite da uno specifico decreto del *Conseil d'État*<sup>299</sup>.

Tralasciando momentaneamente questa partizione e spostandosi su un altro piano, occorre dividere le società e gli enti analizzati in due differenti categorie. In una vi rientrano le *Sociétés Anonymes*<sup>300</sup> (SA) nonché le *sociétés en commandite par*

---

<sup>297</sup> “Persone morali di diritto privato non commerciali esercenti un'attività economica”

<sup>298</sup> Vanno esclusi da tale categoria i partiti, i sindacati e i consigli di fabbrica, atteso che sono delle “persone morali di diritto privato” ma non esercitano attività economica

<sup>299</sup> Il Consiglio di Stato è un organo dell'ordinamento francese, munito di due funzioni principali. Da una parte funge da “consigliere del Governo” per la preparazione di progetti di legge, ordinanze e determinati decreti. In molteplici ipotesi – come nel caso di specie – è la stessa legge che obbliga il Consiglio di Stato ad elaborare un decreto di perfezionamento della disciplina. Inoltre, nell'ambito di questa funzione si occupa anche di esprimere pareri e opinioni quando richiesti e svolge studi per conto del Governo o di propria iniziativa. D'altra parte ha anche una funzione giurisdizionale atteso che ricopre il ruolo di giudice supremo amministrativo, ossia di giudice ultimo delle attività delle amministrazioni (potere esecutivo, autorità locali, autorità indipendenti, istituzioni pubbliche, organizzazioni con prerogative del potere pubblico). È infine responsabile della gestione dell'intera giurisdizione amministrativa (Fonte: <http://www.conseil-etat.fr/Conseil-d-Etat/Missions>)

<sup>300</sup> Per società anonime si intendono le società per azioni francesi (*Société Anonyme* - SA). La SA viene generalmente prediletta per le grandi imprese che hanno bisogno di reperire capitali presso il pubblico e

*actions*(SCA) e *lesociétés par actions simplifiées*(SAS) e ciò che le contraddistingue è che sono munite di un consiglio di amministrazione o di un *directoire* in cui spicca una figura di vertice, il presidente. Per queste società – che rientrano tra le società commerciali – la *procédure d’alerte* è disciplinata dall’art. L. 234-1 *Code de commerce*. Al contrario, le restanti società commerciali (SNC, SCS, SARL) – a cui si applica l’art. L. 234-2 *Code de commerce* – sono prive di un vero e proprio consiglio di amministrazione o di un *directoire* e vengono gestite nonché rappresentate da uno o più amministratori (*gérants*)<sup>301</sup>, che hanno un ruolo simile a quello dei dirigenti. Regole, infine, parzialmente diverse valgono invece per gli altri enti sopraccitati.

Passando ora al presupposto oggettivo, si può notare che l’obbligo per il revisore contabile di far scattare l’ “allarme” ricorre nel caso in cui vengano ravvisati “*faits de nature à compromettre la continuité de l’exploitation*”<sup>302</sup> ossia “fatti di natura tale da compromettere la continuità dell’esercizio”.

Un problema che sorge – peraltro non di scarsa rilevanza – è la vaghezza della normativa francese in relazione a tale presupposto, atteso che la legge non si cura di precisare nel dettaglio in quali ipotesi risulta compromessa la “continuità dell’esercizio”. Questa, ovviamente, è una scelta di politica legislativa dal momento che da una parte si è preferito lasciare un ampissimo margine di azione al *commissaire aux comptes* e dall’altra si è voluto eliminare alla radice il rischio di dimenticare alcune fattispecie o l’incombente di aggiornare periodicamente l’elenco. Tale volontà emerge chiaramente dal fatto che – prima dell’entrata in vigore della l. 84-148 che ha introdotto la procedura d’allerta – altri progetti legislativi ispirati al cosiddetto *rapport Sudreau* avevano proposto di introdurre un presupposto oggettivo non di carattere generale – come quello poi effettivamente introdotto e tuttora in vigore – bensì costituito da un elenco di fattispecie sintomatiche della compromissione della continuità

---

può essere quotata o meno. In sede di costituzione, i soci possono scegliere tra un modello di amministrazione “ordinario” in cui l’amministrazione è affidata ad un Consiglio di Amministrazione, ad un Direttore Generale o eventualmente ad uno o più Direttori Generali Delegati; e un modello “dualistico” in cui l’amministrazione è affidata ad un Consiglio di Sorveglianza (*Conseil de Surveillance*) e ad un Consiglio di Gestione (*Directoire*) o ad un Direttore Generale Unico quando il capitale sociale è inferiore a € 150.000. È sempre obbligatoria, invece, la nomina del *commissaire aux comptes* e di un supplente, le cui funzioni sono molto simili a quelle del revisore contabile in Italia. (Fonte: [https://www.macchi-gangemi.it/upload/approfondimenti/allegato\\_it/00017\\_allegato\\_it.pdf](https://www.macchi-gangemi.it/upload/approfondimenti/allegato_it/00017_allegato_it.pdf))

<sup>301</sup> Devono essere persone fisiche e possono essere soci o terzi

<sup>302</sup> Art. L.234-1 *Code de commerce*

aziendale (cc.dd. *clignotants*). La dottrina francese<sup>303</sup> ritiene comunque che – a prescindere dalle scelte del legislatore – tali elenchi rimangano sempre utili per avere un’idea degli elementi rilevanti ai fini dell’esercizio dei poteri legati alla procedura d’allerta.

Tendenzialmente alla questione si può agevolmente trovare una soluzione anche ricorrendo a delle nozioni – già riportate nel capitolo I – care alla scienza aziendalistica e riprese dal legislatore italiano. È ragionevole affermare, infatti, che la prospettiva di continuazione dell’attività aziendale risulti minacciata nel momento in cui si manifesta il *rischio di insolvenza*<sup>304</sup>. Inoltre, volendo esemplificare dei fatti idonei a “compromettere la continuità dell’esercizio” si può pensare a “*circostanze fondate sulla situazione finanziaria dell’impresa, come (...) un’interruzione dei rapporti di credito (...), ma anche circostanze fondate sulla situazione patrimoniale dell’impresa, come quelle dell’avvenuta costituzione di apposite garanzie reali su tutto o gran parte dell’attivo dell’impresa. Ancora possono rientrare, fra i fatti oggetto di necessaria verifica da parte del commissario ai conti, la rilevazione dei conflitti sociali, la diminuzione del numero di richieste da parte della clientela, la perdita di licenze o di brevetti e finanche lo stato delle relazioni con i fornitori, allorché quest’ultimo diventi più difficile o problematico. Da ultimo rientrano nell’ambito della verifica anche aspetti più strettamente giuridici quali, ad esempio, il mancato pagamento di debiti fiscali, di debiti di lavoro e oneri sociali in genere*”<sup>305</sup>.

Passando oltre, va notato che si è parlato di obbligo del *commissaire aux comptes* di far scattare l’allerta. Va precisato che questo si configura come un potere-dovere, atteso che se da una parte egli è legittimato ad attivare la procedura, dall’altra è anche obbligato a farlo. Tuttavia, la sua posizione appare oltremisura delicata poiché si trova a dover contemperare le ragioni contrapposte dell’impresa e della massa dei creditori. Alla prima, infatti, converrebbe ritardare l’attivazione della procedura onde evitare di perdere la fiducia dei propri *partner*, per i secondi – al contrario – sarebbe preferibile attivare tempestivamente la stessa, scongiurando un ulteriore depauperamento del patrimonio.

---

<sup>303</sup> Cfr. PAILLUSSEAU J. & PETITEAU G., *Les difficultés des entreprises. Prévention et règlement amiable*, Parigi, 1985, pp. 54 ss.

<sup>304</sup> Cfr. STRAMPELLI G., *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. Soc.*, Giuffrè, Milano, n. 4/2012, ripreso da DE MATTEIS S., *Op. cit.*, p. 321

<sup>305</sup> *Cit.* DE MATTEIS S., *Op. cit.*, pp. 321- 322

Il rischio, dunque, per il revisore è quello di “sollevare” l’allerta troppo presto e con eccessiva disinvoltura, compromettendo i rapporti commerciali e – di conseguenza – la continuità aziendale. Oppure, di trascurare la situazione con il pericolo di limitare le possibilità dei creditori di ottenere la restituzione del proprio credito e di impedire la prosecuzione dell’attività a causa della scarsa “vitalità” dell’impresa.

L’allerta, dunque, andrebbe attivata al momento giusto, il che sarebbe utopistico data le difficoltà di individuarne uno preciso. Probabilmente è questo il motivo che ha spinto il legislatore francese a non prevedere alcuna misura sanzionatoria specifica da comminare al revisore per l’esercizio del potere in modo tardivo o eccessivamente anticipato. Pertanto tali disfunzioni sono sanzionate applicando la disciplina generale di cui all’art. L. 822-17 *Code de commerce* e, dunque, la responsabilità del *commissaire* per un’errata attivazione dell’allerta sussiste solo in caso di dolo ossia qualora egli attivi volontariamente la procedura per danneggiare la società. Invece, la responsabilità per omissione dell’ “allarme” o attivazione tardiva sorge se il revisore non ha rilevato gli indizi di difficoltà di cui avrebbe – a causa delle sue funzioni – dovuto avere conoscenza.

Sempre a proposito di responsabilità, infine, bisogna notare che la giurisprudenza d’Oltralpe tende a valutare in modo lasco il comportamento dei *commissaires aux comptes*, affermando addirittura che non è configurabile un’ipotesi di colpa neppure qualora l’attivazione sia avvenuta in assenza di qualsiasi indice idoneo a mettere in pericolo la continuità dell’attività d’impresa<sup>306</sup>.

Venendo alla procedura, è opportuno sottolineare che questa varia a seconda delle persone giuridiche a cui si applica, in funzione della loro complessità organizzativa. Si evincono, quindi, delle differenze – anche relativamente al numero delle fasi procedurali – tra l’allerta nelle società commerciali in cui è previsto un consiglio di amministrazione o un *directoire* (art. L. 234-1 *Code de commerce*) e l’allerta attivata nelle altre società o enti. Bisogna puntualizzare, tuttavia, che non è stabilita alcuna procedura specifica per le *entreprises publiques* posto che a tali enti si applica l’uno piuttosto che l’altro dei modelli analizzati nel prosieguo a seconda del tipo societario

---

<sup>306</sup> Cfr. BENEDETTI L., *Le procedure d’allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, in VIII Convegno annuale dell’associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, “*Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti*”; Roma, 17-18 febbraio 2017

adottato.

### **3.1.1 Nelle SA, SCA e SAS**

Limitandosi, innanzitutto, all'allerta nelle SA (*sociétés anonymes*), nelle SCA (*sociétés en commandite par actions*) e nelle SAS (*sociétés par actions simplifiées*), ciò che viene in risalto dopo una lettura veloce dell'articolo (art. L. 234-1 *Code de commerce*) è che tale *procédure d'alerte* consta di quattro diverse fasi.

Nella *prima* – mediante una comunicazione scritta inviata, senza ritardo, a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno<sup>307</sup> – il revisore informa il presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire* degli eventuali indizi del rischio di insolvenza che egli abbia rilevato “à l'occasion de l'exercice de sa mission”, cioè nel corso dell'esercizio della sua attività ordinaria (art. L. 234-1 *Code de commerce*). L'art. R. 234-1 *Code de commerce* – relativo all'allerta delle *sociétés anonymes*– precisa che i “fatti di natura tale da compromettere la continuità dell'esercizio” possono essere rilevati tramite l'esame di documenti di cui il *commissaire* ha la disponibilità o può trattarsi di fatti di cui egli è venuto a conoscenza. Da tali precisazioni è opportuno dedurre – e a tale conclusione giunge anche la dottrina francese – che il *commissaire* non è tenuto a ricercare gli indizi della crisi, dovendosi limitare a segnalarli qualora emergano accidentalmente nell'ambito dell'espletamento delle sue funzioni. Tanto emerge anche dai lavori parlamentari sulla procedura in oggetto. Tuttavia, non si può neppure tacere che la *Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes*<sup>308</sup> ha pubblicato delle linee guida in cui raccomandata ai revisori di vigilare “su tutti gli elementi suscettibili di mettere in discussione la continuità aziendale”<sup>309</sup>.

Dopo aver ricevuto la comunicazione a cui si faceva riferimento, il presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire* ha a disposizione quindici giorni entro i quali deve elaborare le proprie considerazioni sulle rimostranze ricevute e darne comunicazione – sempre tramite lettera raccomandata con avviso di ricevimento – al *commissaire*.

---

<sup>307</sup> Modalità stabilite dal decreto del *Conseil d'Etat* di cui all'art. L.234-1, c. 1 *Code de commerce* e contenute nell'art. R. 234-1 *Code de commerce*

<sup>308</sup> L'ordine dei revisori contabili nella Repubblica francese

<sup>309</sup> Cfr. la NEP-570 sulla *Continuité d'exploitation*, reperibile in [www.cncc.fr](http://www.cncc.fr)

Essenzialmente, l'attività dei vertici sociali deve essere diretta a delineare dei provvedimenti anticipatori idonei a garantire la continuità dell'esercizio dell'attività aziendale.

A questo punto gli scenari che possono delinearsi sono due. Nella migliore delle ipotesi, le misure che i vertici della società intendono porre in essere sono tali da garantire la continuità, il piano correttivo viene eseguito fedelmente e in modo sollecito, produce gli effetti sperati e, dunque, la procedura di allerta si chiude, atteso che il *commissaire aux comptes* – che aveva sollevato la questione – può ritenersi soddisfatto. In tal caso, non si può parlare di un'ingerenza vera e propria del revisore nella gestione dell'impresa poiché egli si è limitato a constatare, in modo del tutto confidenziale, degli indizi – a suo giudizio – del pericolo di insolvenza ed a sollecitare l'azienda ad adottare delle contromisure.

Qualora, invece, il presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire* non risponda al sollecito del revisore dei conti nel termine di quindici giorni oppure se il piano correttivo elaborato è ritenuto inadeguato dal *commissaire*, la procedura entra in una nuova fase: la *seconda*.

Nel corso di questa, il revisore contabile invia una nuova comunicazione scritta – a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno – al presidente del consiglio di amministrazione o al *directoire* (non solo, dunque, al presidente dello stesso), invitandoli questa volta a convocare il consiglio di amministrazione o, rispettivamente, il *Conseil de Surveillance* affinché tali organi possano deliberare sui rilievi precedentemente effettuati.

Alla riunione ha diritto di partecipare anche il *commissaire aux comptes*, ai sensi dell'art. L.234-1, c.2 *Code de commerce*.

La nuova richiesta scritta che innesca la seconda fase deve essere inviata dal *commissaire* entro otto giorni dalla ricezione della risposta del presidente del consiglio di amministrazione o del presidente del *directoire* o dalla constatazione che – nel termine concesso di quindici giorni decorrenti dalla prima comunicazione – non è pervenuta alcuna risposta dei vertici societari.

Un termine di otto giorni – che decorrono dal momento in cui viene ricevuta la raccomandata contenente l'invito a convocare – è concesso anche al presidente del consiglio di amministrazione o al *directoire* per la convocazione in oggetto.

Entro quindici giorni decorrenti dal medesimo *dies a quo*, invece, deve intervenire la deliberazione del consiglio di amministrazione o del *Conseil de Surveillance* e la legge prevede che questa sia portata a conoscenza del presidente del Tribunale di commercio e del *comité d'entreprise* o, in mancanza, dei delegati del personale (art. L.234-1 *Code de commerce*) entro gli otto giorni successivi alla data di deliberazione.

È fondamentale notare che in tal modo l'autorità giudiziaria viene messa al corrente dello stato della procedura. Questo, tuttavia, non è il primo "contatto" tra il *Tribunal de commerce* e la *procédure d'alerte* in corso poiché – ai sensi dell'art. L. 234-1 *Code de commerce* – una copia dell'invito del revisore a convocare il consiglio di amministrazione o il *Conseil de Surveillance*, invito che innesca la seconda fase, va inviata – tramite raccomandata con avviso di ricevimento – al *président du Tribunal de commerce*.

Un ulteriore potere riconosciuto al revisore dei conti è quello di chiedere di essere sentito dal presidente del Tribunale. Qualora si verifichi questa eventualità, l'art. L. 234-1<sup>310</sup> dispone l'applicazione dell'art. L.611-2, c. 2 *Code de commerce*, il quale riconosce il potere del Tribunale "*in deroga a qualsiasi legge o regolamento, di ottenere – da parte dei revisori contabili, dei membri e dei rappresentanti del personale, della pubblica amministrazione, dei fondi previdenziali e degli organismi di previdenza sociale e dei servizi responsabili della centralizzazione dei rischi bancari e delle morosità – la comunicazione di informazioni idonee a fornirgli un quadro preciso della situazione economica e finanziaria del debitore*".

Si può constatare, dunque, che – nel corso della seconda fase – la *procédure de alerte* avviata dal *commissaire aux comptes* non è più riservata – atteso che è portata a conoscenza di diversi organi societari – e che addirittura può evolversi in un momento di accertamento giurisdizionale "uscendo" dai confini dell'impresa.

La *terza fase* comporta un'erosione ancor più profonda della riservatezza della procedura. Infatti, qualora la fase precedente non abbia prodotto gli esiti sperati, l'allerta viene portata a conoscenza anche all'assemblea degli azionisti.

Le ipotesi<sup>311</sup> in cui "scatta" il terzo livello di misure stabilite dal legislatore francese sono:

---

<sup>310</sup> Così come modificato dalla L. 18.11.2016 n. 2016-1547, art. 99

<sup>311</sup> Art. L. 234-1, c. 3 *Code de commerce*

- la mancata convocazione del consiglio di amministrazione o del *Conseil de Surveillance*,
- la mancata convocazione del *commissaire aux comptes* alla seduta,
- il rilievo da parte del revisore contabile della compromissione della *continuité de l'exploitation* nonostante le decisioni adottate<sup>312</sup>.

In questa fase, il *commissaire* è tenuto a redigere una relazione straordinaria sulla situazione dell'impresa e sullo stato della procedura di allerta che sarà presentata all'assemblea dei soci – convocata “secondo le condizioni e i limiti fissati da un decreto del Conseil d'Etat ”<sup>313</sup>.

Si prevede che il revisore dei conti debba, in prima battuta, invitare il consiglio di amministrazione o il *directoire* a convocare l'assemblea degli azionisti. Tale invito è effettuato a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento – a cui è allegata anche la relazione straordinaria – da inviarsi entro quindici giorni decorrenti dal momento in cui il *commissaire* riceve la deliberazione del consiglio di amministrazione o del *Conseil de Surveillance* oppure dalla scadenza del termine concesso per la convocazione di questi e per la deliberazione delle misure.

Al ricevimento dell'invito, sorgono degli obblighi sia per il presidente del consiglio di amministrazione – o del *directoire*– che per l'intero consiglio di amministrazione – o per il *directoire*. Il primo è tenuto a comunicare la relazione del revisore al *comité d'entreprise* o, in sua mancanza, ai rappresentanti del personale, entro otto giorni dal ricevimento della raccomandata del *commissaire*. Il secondo, entro lo stesso termine, ha il dovere di convocare l'assemblea degli azionisti con le modalità ordinarie sancite dagli artt. R. 225-62 ss. del *Code de commerce*.

Nell'eventualità in cui il consiglio di amministrazione o il *directoire* non ottemperi a tale compito nel termine stabilito, il revisore ha il potere di convocare autonomamente l'assemblea degli azionisti negli otto giorni successivi alla scadenza del termine stesso. Se necessario, può indire la seduta – i cui costi sono totalmente a carico della società – in un luogo diverso da quello eventualmente previsto dallo statuto, purché situato nello

---

<sup>312</sup> La legge 17.05.2011 n. 2011-525 (*de simplification et d'amélioration de la qualité du droit des sociétés*) ha eliminato un'ulteriore ipotesi. Infatti in passato la terza fase veniva innescata anche nell'eventualità in cui la deliberazione del consiglio di amministrazione o del *Conseil de Surveillance* non fosse stata notificata al presidente del Tribunale e al *comité d'entreprises* o, in mancanza, ai delegati del personale

<sup>313</sup> Art. L. 234-1, c. 3 *Code de commerce*

stesso *département*<sup>314</sup>.

È doveroso puntualizzare che non è stabilito alcun termine entro il quale deve aver luogo l'assemblea degli azionisti. Nella prassi tra la data in cui i vertici societari ricevono l'invito a convocare i soci e la data dell'assemblea potrebbero intercorrere anche dei mesi e, di conseguenza, il ritardo potrebbe inficiare l'efficacia dell'intera *procédure d'alerte*<sup>315</sup>.

Nel corso dell'assemblea, gli azionisti prendono dapprima visione della relazione speciale appositamente redatta dal *commissaire aux comptes* e vengono, dunque, messi al corrente della situazione di crisi in cui versa l'impresa, nonché dei tentativi già compiuti dai vertici societari – col supporto del revisore – di individuare delle misure idonee a ristabilire la continuità dell'attività aziendale. Successivamente – tenendo conto dei rilievi del revisore dei conti – deliberano dei provvedimenti adatti a fronteggiare le difficoltà dell'impresa.

Se al termine dell'assemblea il *commissaire* giudica le deliberazioni della stessa inadeguate ad assicurare la *continuité de l'exploitation*, si apre la quarta ed ultima fase.

Egli è tenuto ad informare il presidente del Tribunale di commercio delle operazioni poste in essere e degli esiti della procedura (art. L. 234-1, c. 4 *Code de commerce*). Ha nuovamente la facoltà di chiedere di essere ascoltato e anche in tale ipotesi è applicabile l'art. L.611-2, c. 2 *Code de commerce* sopraccitato.

L'art. R. 234-4 *Code de commerce* statuisce che le informazioni di cui si discorre devono essere fornite al giudice “*sans délai*” ossia senza ritardo e a mezzo lettera raccomandata con ricevuta di ritorno. A questa va allegata una copia di tutti i documenti utili al presidente per avere un quadro chiaro della situazione, nonché una dichiarazione dei motivi che hanno portato il revisore a ritenere insufficienti le misure deliberate. Nella prassi si considera “documento utile” anche la relazione straordinaria redatta ai fini della terza fase.

Il *président du Tribunal de commerce* – dopo aver valutato la situazione presentatagli – deve giudicare se vi sia già stata o meno la cessazione dei pagamenti. In caso di

---

<sup>314</sup> Il dipartimento è la suddivisione territoriale di secondo livello dopo le regioni. Al suo interno vi sono diverse organizzazioni territoriali: gli *arrondissements* (dipartimentali costituiti da più comuni), i cantoni e infine i comuni. Le città più grosse (Parigi, Lione e Marsiglia) sono suddivise al loro interno in *arrondissements* municipali. Va notato che mentre le regioni, i dipartimenti, i comuni e gli *arrondissements* municipali sono enti territoriali muniti di personalità giuridica di diritto pubblico, gli *arrondissements* dipartimentali e i cantoni sono semplicemente delle organizzazioni tra comuni

<sup>315</sup> Cfr. DE MATTEIS, Op. cit., p. 322

soluzione negativa, convoca i dirigenti aziendali per metterli al corrente della situazione economica e finanziaria in cui versa la società. Nell'ipotesi contraria, è tenuto ad informare il Pubblico Ministero affinché questi possa eventualmente esercitare i propri poteri promuovendo le azioni consentitegli. Quest'ultima è una scelta obbligata per il presidente del Tribunale di commercio, atteso che egli non ha il potere di promuovere alcuna azione.

Per concludere, non si può fare a meno di sottolineare l'ultimo comma dell'art. L. 234-1 *Code de commerce*. È stato introdotto dalla L. 17.05.2011, n. 2011-525, art. 62 ed è fondamentale poiché ha reso molto meno rigido lo schema procedurale dell'allerta. Infatti, mentre in passato – in caso di interruzione della *procédure* – non era prevista alcuna possibilità di riprendere la stessa e il *commissaire aux comptes*, se vi fossero stati i presupposti, era obbligato a ricominciare nuovamente dalla prima fase (ossia dalla prima comunicazione rivolta al presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire*), oggi il *Code* stabilisce che entro sei mesi dalla data di attivazione della prima procedura, il revisore può riprenderne il corso – dalla fase in cui era stata interrotta – se si verifica il presupposto stabilito dall'articolo stesso. In particolare, è necessario che risulti ancora compromessa la *continuité de l'exploitation* e che vi sia l'urgenza di adottare delle misure immediate, malgrado si siano verificati in precedenza dei fattori che hanno spinto il revisore ad “abbandonare” la procedura già intrapresa.

### **3.1.2 Nelle SNC, SCS e SARL**

L'art. L. 234-2 *Code de commerce* – relativo alla *procédure d'alerte* attivabile dal *commissaire aux comptes* nelle SNC (*sociétés en nom collectif*), nelle SCS (*sociétés en commandite simple*) e nelle SARL (*sociétés à responsabilité limitée*)<sup>316</sup>– delinea una procedura più snella rispetto alla precedente ma simile a quella per molti aspetti.

Il presupposto oggettivo per l'attivazione dell'allerta è quello dell'art. L. 234-1, c.1 *Code de commerce* a cui il c. 1 dell'art. L. 234-2 rinvia. Il revisore dei conti, infatti, può chiedere al dirigente di spiegare quei “*fatti di natura tale da compromettere la*

---

<sup>316</sup> Si tratta di quelle società commerciali in cui la nomina del *commissaire aux comptes* diviene obbligatoria solo al superamento di determinati parametri di carattere dimensionale e caratterizzate dall'assenza del consiglio di amministrazione e del *directoire*, cosicché il ruolo di vertice è ricoperto da una figura dirigenziale

*continuità dell'esercizio*".

L'allerta, in questo caso, viene avviata tramite una richiesta di chiarimenti sulle difficoltà dell'impresa e non semplicemente tramite un atto di informazione posto all'attenzione dei vertici societari. Questo si evince dall'art. L. 234-2, il quale sancisce che "*le commissaire aux comptes demande au dirigeant (...) des explications sur les faits*", laddove – invece – l'art. L. 234-1 si limita a prevedere che "*le commissaire aux comptes (...) informe le président du conseil d'administration (des faits)*".

La richiesta di spiegazioni deve essere avanzata senza ritardo, per iscritto – a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento – e può riferirsi a qualsiasi circostanza rilevata dal revisore sia nell'ambito dell'esame dei documenti a cui ha accesso che, in generale, nell'esercizio della propria attività.

Il dirigente è obbligato a rispondere – tramite lettera raccomandata con ricevuta di ritorno – entro il termine di quindici giorni decorrenti dalla ricezione della richiesta, inoltrando copia della sua risposta<sup>317</sup> anche al *comité d'entreprise* – o, in mancanza, ai rappresentanti del personale – e al *Conseil de surveillance*, se presente. Nella risposta egli fornisce un'analisi della situazione in cui versa l'impresa "*e, se del caso, specifica le misure previste*"<sup>318</sup>.

La legge stabilisce anche che dell'esistenza di tale procedura sia informato, senza ritardo, il *président du Tribunal* mediante lettera del *commissaire aux comptes* inviata a mezzoraccomandata con avviso di ricevimento (art. R. 234-5 *Code de commerce*).

Il revisore deve anche aggiornare il presidente del Tribunale di commercio della ricezione della missiva di risposta oppure della mancata risposta del dirigente nel termine previsto. L'informazione dovrà avvenire entro quindici giorni che decorrono dal momento in cui viene ricevuta la risposta oppure dal momento in cui – in caso di inottemperanza – scade il termine ultimo concesso al dirigente per le proprie spiegazioni. Inoltre, il *commissaire aux comptes* ha la possibilità di rendere delle dichiarazioni all'organo giudiziario e in tal caso è applicabile il già citato art. L.611-2, c. 2 *Code de commerce*.

Al termine di questa fase potrebbe presentarsi la necessità di proseguire la procedura qualora il dirigente non fornisca alcuna spiegazione alle questioni poste alla sua attenzione oppure nell'eventualità in cui – nonostante le decisioni prese – la *continuité*

---

<sup>317</sup>Nelle stesse forme e con la stessa scadenza (art. R. 234-5 *Code de commerce*)

<sup>318</sup>Art. R. 234-5 *Code de commerce*.

*de l'exploitation* rimanga fortemente compromessa<sup>319</sup>.

Se tali ipotesi si verificano, il revisore – al pari di quanto accade nell'ambito della *procédure d'alerte* delle società per azioni – deve redigere un rapporto speciale sui fatti rilevati e deve invitare il manager a convocare – secondo le condizioni e i tempi stabiliti da un decreto del *Conseil d'Etat* – un'assemblea generale dei soci affinché questa deliberi sulle misure da adottare a garanzia della continuità operativa.

La richiesta di convocazione dell'assemblea deve essere inviata dal revisore – a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento – entro quindici giorni dalla ricezione della risposta del dirigente o dalla data di scadenza del termine concesso per la risposta stessa. Il rapporto speciale va sempre allegato a tale invito affinché sia portato tempestivamente a conoscenza del dirigente. Una copia della richiesta è inviata *sans délai* al presidente del Tribunale tramite lettera raccomandata con ricevuta di ritorno (art. R. 234-6 *Code de commerce*).

Il momento in cui il dirigente riceve l'invito in oggetto è il *dies a quo* per la decorrenza del termine di otto giorni ai fini della comunicazione dell'invito stesso e del rapporto speciale al *comité d'entreprise* – o in mancanza ai delegati del personale – nonché per la convocazione dell'assemblea dei soci. Questa deve, in ogni caso, riunirsi entro e non oltre un mese dalla data dell'invito del *commissaire aux comptes*<sup>320</sup>.

In caso di inottemperanza del dirigente, il revisore deve convocare l'assemblea dei soci entro otto giorni dalla scadenza del termine concesso al primo con le stesse modalità e gli stessi limiti visti nel paragrafo precedente e precisati all'art. R. 234-6, c. 3 *Code de commerce*.

Se l'assemblea dei soci delibera delle misure che non sono idonee – a giudizio del *commissaire aux comptes* – al superamento delle difficoltà rilevate e che non garantiscono la continuità dell'attività aziendale, il revisore è tenuto a mettere al corrente il presidente del *Tribunal de commerce* dello svolgimento della procedura e degli esiti della stessa. Ai sensi dell'articolo R. 234-7 *Code de commerce*, la comunicazione deve essere fatta senza ritardo, a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno, deve contenere l'indicazione delle ragioni che lo hanno portato a constatare

---

<sup>319</sup> Prima della L. 17.05.2011, n. 2011-525 un'ulteriore ipotesi determinante la convocazione dell'assemblea dei soci era la mancata comunicazione al *comité d'entreprise* e al consiglio di sorveglianza, se presente, della mancata risposta dei dirigenti alla richiesta di chiarimenti dei *commissaires aux comptes*

<sup>320</sup> Art. R. 234-6, c. 2 *Code de commerce*

l'insufficienza delle decisioni adottate e ad essa va allegata una copia di tutti i documenti utili.

Il revisore può chiedere di essere ascoltato, nel qual caso si applica l'art. L. 611-2, c. 2 *Code de commerce*.

Infine, l'ultimo comma dell'art. L. 234-2 *Code de commerce* dispone che anche alle SNC (*sociétés en nom collectif*), alle SCS (*sociétés en commandite simple*) e alle SARL (*sociétés à responsabilité limitée*) si applica – alle stesse condizioni viste per lesociétés anonymes – l'art. L. 234-1 nella parte in cui prevede la possibilità di riprendere il corso della procedura precedentemente sospesa.

Dall'esame dell'iter, quello che emerge è che rispetto al primo modello viene meno una fase. Infatti, se da una parte si registra anche qui una forte volontà del legislatore di portare l'allerta a conoscenza degli organi sociali e di renderli partecipi dell'individuazione delle misure idonee a superare la crisi, dall'altra è inevitabile che la procedura si abbrevi a causa dell'assenza – in questa sede – del consiglio di amministrazione e del *directoire*, poiché quindi sussiste la necessità di convocare un solo organo collegiale che è l'assemblea dei soci.

Un tratto comune, invece, che si può evidenziare è l'obbligo per il *commissaire aux comptes* di informare il *Tribunal de commerce* dell'attivazione, dell'andamento e dell'esito della procedura. Sicuramente in questa ipotesi tale obbligo è ancora più pregnante dal momento che già la prima richiesta di delucidazioni da parte del revisore deve essere comunicata anche al presidente del Tribunale mentre nel caso della *procédure d'alerte* delle *sociétés anonymes* il Tribunale è informato dal revisore dell'esistenza della procedura solo con l'avvio della seconda fase e, dunque, potrebbe ben accadere che l'allerta si chiuda dopo la prima fase senza che la notizia “esca dai confini della società”. Probabilmente la scelta è dettata dall'intenzione di garantire una maggiore riservatezza alle società di dimensioni più rilevanti, posto che si tratta spesso di società ad azionariato diffuso e che sarebbe troppo forte il rischio di divulgare informazioni capaci di creare allarmismi tra gli investitori.

Per completare il discorso relativo alle società commerciali, bisogna, infine, porre l'attenzione sugli artt. L. 234-3 e L.234-4 *Code de commerce*. Il primo sanciva delle prerogative riconosciute al *comité d'entreprise* o, in mancanza, ai delegati del personale, tuttavia risulta inapplicabile dal momento che l'*Ordonnance* 12.03.2007, n. 2007-329,

art. 12 (in vigore dal 01.03.2008) ha abrogato gli artt. L. 422-4 e L. 432-5 *Code du travail* a cui la norma rinvia. Il secondo, invece, è stato introdotto dalla L. 26.07.2005, n. 2005-845, art. 162 (in vigore dal 01.01.2006) ed istituisce un limite al potere del *commissaire aux comptes* di avviare la procedura d'allerta, la quale non può essere innescata “*qualora sia stata istituita una procedura di conciliazione o di salvaguardia [dinnanzi al tribunale] da parte dei dirigenti in conformità delle disposizioni dei titoli I e II del libro VI*”.

### **3.1.3 Nei GIE**

Mettendo da parte le società commerciali e spostando l'attenzione sui GIE (*groupements d'intérêts économiques*), va ribadito, innanzitutto, che la procedura di allerta attivabile dai *commissaire aux comptes* esterni – solo in quelle ipotesi, ovviamente, in cui tale figura sia stata nominata – presenta delle sfumature differenti rispetto all'allerta delle società commerciali.

Il presupposto oggettivo della procedura – che è disciplinata nel libro II del *Code de commerce* dedicato ai GIE, agli artt. L. 251-15 e L. 251-16 – è sempre rappresentato dai “*fatti di natura tale da compromettere la continuità dell'esercizio*” di cui il revisore viene a conoscenza in occasione dell'espletamento delle sue funzioni. L'articolo, però, precisa che la continuità operativa va riferita al gruppo e non alle persone singolarmente considerate, le quali tuttavia mantengono una marcata individualità.

La procedura consta di tre fasi e rispecchia il modello più snello analizzato per le SNC, le SCS e le SARL anche se sono previste delle semplificazioni.

*In primis*, non si può fare a meno di notare che per i GIE gli interlocutori del revisore sono gli amministratori del gruppo e non la singola figura del dirigente (art. L. 234-2 *Code de commerce*) o del presidente del consiglio di amministrazione o del *directoire* (art. L. 234-1 *Code de commerce*).

Inoltre – sebbene per la fase di avvio della procedura così come per la risposta (obbligatoria) da parte degli amministratori valgano i contenuti, le modalità e i termini già analizzati – possono evidenziarsi delle differenze.

La prima è che la risposta degli amministratori – includente un'analisi della situazione e, se del caso, l'indicazione delle misure previste – deve essere comunicata al solo

*comité de entreprise* non anche al *Conseil de surveillance* dal momento che nella struttura dei GIE non è previsto questo organo.

È opportuno, poi, evidenziare che il revisore può notificare al *Tribunal de commerce* l'apertura della procedura sia tramite invio – a mezzo raccomandata con avviso di ritorno – della copia della missiva<sup>321</sup> inviata agli amministratori per esporre i fatti rilevati, sia tramite consegna a mano della stessa al presidente del Tribunale o a un suo delegato<sup>322</sup>.

I presupposti per l'accesso alla seconda fase restano legati all'inottemperanza da parte degli amministratori ai doveri che sorgono dall'avvio dell'allerta, nonché al giudizio negativo del revisore sulle considerazioni espresse dagli amministratori stessi in risposta alla sua raccomandata iniziale.

La nuova fase comporta un invito del revisore – rivolto agli amministratori – a porre all'attenzione della successiva assemblea generale – che in questo caso è costituita dai membri del GIE<sup>323</sup> – una relazione speciale sulle questioni da lui rilevate. Questa seconda fase viene innescata nei tempi e nei modi già visti in precedenza<sup>324</sup>.

Si prevede anche l'obbligo per gli amministratori di comunicare il contenuto della relazione speciale al *comité d'entreprise* entro quindici giorni (non otto giorni come nei casi precedenti) dalla data di ricezione della richiesta del *commissaire aux comptes*. Di contro, non è previsto alcun onere, in capo al revisore, di inviare la copia della propria richiesta e della relazione speciale al *Tribunal de commerce*.

Se al termine della riunione dei membri del GIE il revisore reputa che i provvedimenti adottati siano insufficienti a garantire una continuità aziendale, si avvia la terza fase nei tempi e nei modi visti per le società commerciali.

Quello che è possibile evidenziare è una riduzione ulteriore delle formalità previste, nonché un allungamento – seppur limitato – dei termini della procedura. Dinamiche da imputare probabilmente al minor peso che un gruppo di interessi economici in difficoltà può avere, a livello sistemico, rispetto ad una società commerciale. Questo ha spinto anche il legislatore a semplificare la seconda fase. Non è previsto, infatti, a carico degli

---

<sup>321</sup> Missiva che da avvio alla procedura di allerta nel GIE

<sup>322</sup> All'atto della consegna a mano viene, in ogni caso, rilasciata una ricevuta

<sup>323</sup> I membri del GIE non sono propriamente dei soci

<sup>324</sup> La richiesta di far deliberare la prossima assemblea dei membri sui fatti rilevati deve essere inviata – a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento – entro quindici giorni dalla ricezione della risposta degli amministratori o dalla data di scadenza del termine concesso per la risposta stessa

amministratori alcun obbligo di convocare l'assemblea generale nei termini stabiliti, e si impone agli stessi solo l'onere di portare a conoscenza dei membri del GIE – nel corso della prima seduta utile – i fatti rilevati. Per la medesima ragione il legislatore non ha sancito neppure il potere del revisore di convocare l'assemblea o il diritto di prendere parte alla stessa – diritto che era invece previsto nelle *sociétés anonymes*. Non si può fare a meno di notare, inoltre, che la legge non riconosce al *commissaire* il potere di chiedere di essere sentito dall'autorità giudiziaria.

Un accenno merita, infine, l'art. L. 251-16 *Code de commerce*, avente il medesimo contenuto dell'art. L.234-3 dello stesso *Code* e pertanto inapplicabile.

### **3.1.4 Nelle “*personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique*”**

La disciplina della procedura di allerta attivabile dal *commissaire aux comptes* – qualora sia stato nominato – nelle *personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique*, è contenuta nell'art. L. 612-3 *Code de commerce* (libro VI – *Des difficultés des entreprises*) e si può affermare che – salvo qualche sottile differenza – valgono anche per tali enti le norme analizzate.

Il presupposto oggettivo per l'avvio della procedura è quello già visto, atteso che l'art. L. 612-3 non stabilisce regole particolari.

Fondamentale, invece, è la ripartizione tracciata dall'art. R. 612-4 *Code de commerce*. Da una parte, vi sono le *personnes morales* in cui l'organo collegiale responsabile dell'amministrazione è distinto dall'organo di gestione. Dall'altra abbiamo le *personnes morales* che si caratterizzano per l'attribuzione delle funzioni di amministrazione e gestione ad un unico organo collegiale.

In sostanza, le prime sono equiparate alle *Sociétés Anonymes*(SA) e ad esse è applicabile la procedura disciplinata dagli artt. R. 234-1 ss. del *Code de commerce*<sup>325</sup>. Le seconde, invece, sono equiparate alle SNC, SCS e SARL e la loro procedura è quella istituzionalizzata negli artt. R. 234-5 ss. del *Code de commerce*<sup>326</sup>.

---

<sup>325</sup> Cfr. par. 3.1.1 del presente capitolo

<sup>326</sup> Cfr. par. 3.1.2 del presente capitolo

Tuttavia bisogna notare una differenza rilevante rispetto ai modelli di riferimento: il giudice competente – al quale, dunque, va comunicata la procedura nei tempi e nei modi stabiliti – non è il presidente del Tribunale di commercio, bensì quello del *Tribunal de grande instance*, ossia il Tribunale civile di primo grado.

È opportuno ribadire, infine, che l'art. L. 612-3 *Code de commerce* sancisce sia il potere del revisore di riprendere la procedura “abbandonata” alle stesse condizioni ed entro gli stessi termini visti in precedenza sia l'incompatibilità della *procédure d'alerte* degli enti in questione con la procedura *de conciliation* o la procedura *de sauvegarde* attivata, eventualmente, dall'ente stesso.

### ***3.2 L'allerta interna su iniziativa degli associés***

Un'altra ipotesi di allerta interna – alternativa rispetto all'allerta dei *commissaires aux comptes* – è quella attivata dai soci. Per fugare ogni dubbio, va subito precisato che si tratta di un potere decisamente meno incisivo rispetto a quello dei revisori dei conti sebbene abbia il merito di risvegliare l'attenzione di questi ultimi sulle difficoltà dell'impresa.

Innanzitutto è doveroso definire il presupposto soggettivo poiché il potere di effettuare la segnalazione non è riconosciuto dalla legge ai soci di tutti i tipi societari ma soltanto agli *associés*

- della SARL (art. L. 223-36 *Code de commerce*),
- della SA (art. L. 225-232 *Code de commerce*),
- della SCA (art. L. 226-1 che rinvia all'art. L. 225-232 *Code de commerce*) e
- della SAS (art. L. 227-1 che rinvia all'art. L. 225-232 *Code de commerce*)<sup>327</sup>.

Sostanzialmente il legislatore ha previsto due modelli, dei quali uno applicabile alle società a responsabilità limitata e l'altro applicabile alle tre tipologie di società per azioni.

Per quanto riguarda la SARL, l'art. L. 223-36 *Code de commerce* sancisce il diritto di ogni socio amministratore di presentare delle richieste scritte di chiarimento ai

---

<sup>327</sup> Il diritto non è riconosciuto, dunque, ai soci della SNC e della SCS

dirigenti (“*gérants*”) in merito a qualsiasi fatto “*di natura tale da compromettere la continuità dell’esercizio*”. Va notato che tale potere, però, è limitato: può essere esercitato al massimo due volte nell’arco di ogni esercizio finanziario.

Nel caso della SA, invece, l’art. L. 225-232 *Code de commerce* – applicabile anche alla SCA e alla SAS –attribuisce la legittimazione per l’avvio della procedura a uno o più azionisti che “*rappresentino almeno il 5% del capitale sociale*” o ad “*un’associazione che soddisfi le condizioni di cui all’articolo L. 225-120*<sup>328</sup>”.

Le condizioni e le modalità di esercizio del potere sono le stesse in entrambi i casi, con la sola differenza che le richieste scritte – nelle società per azioni – vanno poste all’attenzione del presidente del consiglio di amministrazione o al *directoire*.

Ai sensi dell’art. R. 223-29 (relativo alla SARL) e R. 225-164 (relativo alla SA) *Code de commerce* il destinatario della richiesta di chiarimenti è tenuto a rispondere per iscritto entro un mese dalla stessa ed entro lo stesso termine deve inoltrare copia della richiesta e la risposta al *commissaire aux comptes*.

Non si può fare a meno di notare che la dottrina francese è concorde nell’affermare che il potere dei soci di attivare la *procédure d’alerte* è di scarsa utilità posto che la legge non stabilisce alcunché in merito alle determinazioni che gli organi gestori dovrebbero assumere su sollecitazione dei soci, né relativamente alle misure sanzionatorie applicabili in caso di inerzia davanti alla richiesta di chiarimenti<sup>329</sup>.

Si evince, dunque, che la procedura di avvertimento può essere avviata al solo fine di attirare l’attenzione del dirigente o del presidente del consiglio di amministrazione su fatti che potrebbero compromettere la continuità operativa, considerato – tra l’altro – che non è prevista neppure una comunicazione della procedura al Tribunale. Va notato, tuttavia, che gli *associés* non sono vincolati dalla riservatezza che compete al revisore dei conti. Ciò nonostante non avranno alcun interesse a far conoscere le difficoltà dell’azienda, se non altro per evitare di creare un senso di panico tra gli azionisti che andrebbe con alta probabilità a determinare un aggravamento della crisi.

---

<sup>328</sup> L’art. L. 225-120 riconosce la possibilità di costituire – nelle società le cui azioni sono ammesse alla negoziazione in un mercato regolamentato – delle associazioni formate da azionisti che sono registrati nei libri sociali da più di due anni e che detengono almeno il 5% dei diritti di voto. L’associazione ha l’obiettivo di rappresentare i loro interessi nella società. Per esercitare – tra gli altri – il diritto di avviare la *procédure d’alerte*, le associazioni devono aver comunicato il loro status alla società e all’*Autorité des marchés financiers*. La rappresentanza del 5% è ridotta – secondo gli scaglioni indicati dall’articolo stesso – quando il capitale della società è superiore a €750 000

<sup>329</sup> Cfr. BENEDETTI L., Op. cit.

### ***3.3 L'allerta interna del Comité social et économique, già Comité d'entreprise***

La *procédure d'alerte* innescata dal consiglio di fabbrica è stata recentemente modificata dall'*Ordonnance* 22.09.2017, n. 2017-1386, art. 1 (in vigore dal 01.01.2018) ed è disciplinata dagli artt. da L. 2312-63 a L. 2312-69 *Code du travail*. L'istituto non rappresenta una novità nell'ordinamento, atteso che in passato era disciplinato da altre norme contenute sempre nel *Code de travail* (art. L. 2323-50ss.<sup>330</sup>) e – rispetto a queste ultime – si pone in continuità.

La nuova normativa si è resa necessaria, tuttavia, a seguito della progressiva sostituzione del *comité d'entreprise* e di altri organi rappresentanti degli interessi dei dipendenti con il *Comité social et économique* (Comitato sociale ed economico – CSE) ed è a quest'ultimo organo che la disciplina attuale fa riferimento.

Ai sensi dell'art. L. 2312-63 *Code du travail*, il CSE può avvalersi del suo *Droit d'alerte économique* (diritto di allerta per ragioni economiche) – ossia del diritto di chiedere al datore di lavoro di fornire spiegazioni in merito alla reale situazione dell'impresa e alle misure adottate per far fronte alle difficoltà – quando viene a conoscenza di “*faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise*”.

Si può evidenziare, *in primis*, un presupposto oggettivo per l'attivazione della procedura diverso rispetto a quello preso in considerazione nell'allerta del revisore contabile e dei soci. Qui, invero, non si parla di “*fatti di natura tale da compromettere la continuità dell'esercizio*”, bensì di “*fatti che possono incidere in modo preoccupante sulla situazione economica dell'impresa*”. Questi ultimi rappresentano un requisito decisamente più ampio e di carattere non solo economico-finanziario ma anche tecnico e addirittura sociale. Qui, infatti, ciò che viene in rilievo non sono solo i fattori capaci di minacciare la continuità operativa, bensì anche tutti quegli indizi<sup>331</sup> sintomatici di un “malessere” dell'impresa che tuttavia – essendo mediamente gravi – non si traducono in un vero e proprio rischio di insolvenza. Ovviamente, atteso che i fatti devono essere tali

---

<sup>330</sup> Artt. di riferimento per la procedura d'allerta nel CE

<sup>331</sup> Si pensi, ad esempio, ad un piano di licenziamenti collettivi, ai ritardi nel pagamento degli stipendi, alla diminuzione del portafoglio ordini, al fallimento di un grande cliente, ai problemi di produzione, al forte aumento del prezzo delle principali materie prime, *etc.*

da generare una preoccupazione, non è sufficiente un indizio “momentaneo” ma è necessario che tale indizio si protragga nel tempo o che vi siano più indizi concomitanti. La richiesta avanzata dal CSE al datore di lavoro è registrata di diritto all'ordine del giorno della successiva riunione del Comitato stesso, riunione a cui prende parte anche il datore di lavoro o un suo delegato, i quali sono tenuti a rispondere alle questioni – presentate sotto forma di domande dettagliate – poste alla loro attenzione. È possibile sia porre i quesiti nel corso della riunione del Comitato e attendere la successiva riunione per avere delle risposte, sia anticipare le domande a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno per avere le spiegazioni richieste già alla seduta del Comitato durante la quale l'argomento – posto all'ordine del giorno – è discusso per la prima volta.

Se le risposte del datore di lavoro sono ritenute precise e rassicuranti, la procedura si conclude. Qualora, invece, il datore di lavoro non adempia al proprio compito o non lo faccia in modo soddisfacente oppure se conferma la natura preoccupante della situazione, il CSE redige una relazione, in cui sono analizzate le possibili cause delle difficoltà e vengono proposte delle misure per risolverle.

Nelle società in cui sono impiegati almeno mille dipendenti è possibile – ai sensi dell'art. L. 2315-45 *Code du travail* – stipulare un accordo aziendale per la creazione di commissioni specializzate ai fini dell'esame di questioni particolari. In tale ipotesi, la relazione in oggetto viene redatta dalla commissione specializzata e, in seconda battuta, approvata dal *Comité social et économique*. Tuttavia, qualora – nonostante le dimensioni dell'impresa – non sia stato stipulato tale l'accordo, viene creata una commissione economica all'interno del CSE (art. L. 2315-46 *Code du travail*), la quale – tra gli altri compiti – procede a redigere la relazione.

È fondamentale notare che l'art. L. 2312-64 *Code du travail* riconosce al CSE o – rispettivamente alla commissione economica – il diritto di avvalersi, in fase di redazione del rapporto, dell'assistenza di un esperto contabile<sup>332</sup>, del revisore dei conti e di due dipendenti della società – non membri del comitato sociale ed economico – scelti per la loro competenza. A tale prerogativa sono previsti dei limiti: ciascuna figura professionale può prestare la propria assistenza una sola volta per esercizio contabile e per i dipendenti è prevista anche una soglia di cinque ore a testa, atteso che queste sono retribuite dalla società come orario di lavoro.

---

<sup>332</sup>Cfr. art. L. 2315-92 *Code du travail* relativo ai poteri di tale figura e ai presupposti della sua nomina

La relazione così redatta – a prescindere dal supporto di tale soggetti – viene inviata al datore di lavoro e al *commissaire aux comptes* (art. L. 2312-63 *Code du travail*). Inoltre, il CSE – o la commissione economica – a conclusione di tale fase, deve emettere un parere relativo all’opportunità di riferire le proprie conclusioni e di chiedere dei chiarimenti all’organo responsabile dell’amministrazione o del controllo delle società e delle *personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique*, sempre che tali organi siano presenti. O, in alternativa, di informare i soci (delle società) o i membri dei GIE (art. L.2312-65 *Code du travail*), se la struttura non prevede un organo di amministrazione e controllo. In ogni caso, la comunicazione della relazione ai vertici della società o ai soci deve essere accompagnata da un’ulteriore relazione sulla reale situazione in cui versa l’impresa, redatta da un esperto contabile.

Le decisioni – a cui si è fatto ora riferimento e che si concretano nella prosecuzione o nell’arresto della procedura – vanno prese “*alla luce della relazione*” e a maggioranza dei membri presenti. Pertanto alla redazione del rapporto segue una riunione del CSE in cui si riesamina la relazione e si delibera in merito alle questioni in oggetto (art. L.2312-65, ultimo comma *Code du travail*).

Quanto alla prosecuzione della procedura, l’art. L. 2312-66 *Code du travail* stabilisce che, se viene avanzata una richiesta di chiarimenti sulla preoccupante situazione economica dell’impresa, la stessa è iscritta all’ordine del giorno della successiva seduta del Consiglio di amministrazione o del *Conseille de Surveillance* – se l’impresa è dotata di uno dei due – oppure dell’organo che esercita le funzioni di amministrazione o di vigilanza, a condizione che la richiesta sia stata presentata con almeno quindici giorni di anticipo. La risposta deve essere motivata e l’organo investito della questione deve deliberare entro un mese dalla richiesta, inviando al CSE l’estratto del verbale della deliberazione.

Qualora, ai sensi dell’art. L. 2312-65 *Code du travail*, il CSE ha deciso di mettere al corrente della situazione aziendale i soci della società o i membri del GIE, il dirigente o gli amministratori devono comunicare loro il rapporto del CSE o della commissione economica (art. L. 2312-66 *Code du travail*). Tali informazioni hanno natura prettamente confidenziale e chiunque acceda ad esse è vincolato da un obbligo di discrezione (art. L. 2312-66 *Code du travail*).

Mettendo ora da parte la procedura, preme fare una precisazione. L'*alerte économique* può essere innescata solo dal CSE, il quale non è un organo obbligatorio per tutte le imprese. Infatti – ai sensi dell'art. L. 2311-2 *Code du travail* – il comitato sociale ed economico “è istituito in aziende con almeno undici dipendenti. La sua attuazione è obbligatoria solo se la forza lavoro di almeno undici dipendenti è raggiunta per dodici mesi consecutivi”<sup>333</sup>.

È doveroso notare, tuttavia, che questo non determina alcun ampliamento del campo di applicazione della normativa attuale rispetto a quella previgente. Infatti è vero che la creazione del *comité d'entreprise* era obbligatoria per le aziende in cui risultavano impiegati più di cinquanta dipendenti<sup>334</sup> – un numero di aziende, quindi, nel complesso minore – ma è altrettanto vero che il *Droit d'alerte économique* può essere esercitato solo dai CSE istituiti nelle imprese in cui è impiegato lo stesso numero di persone (art. L.2312-1 *Code du travail*). L'allerta interna innescata dal CSE non è prevista, dunque, per le imprese in cui sono impiegati meno di cinquanta dipendenti<sup>335</sup>.

A conclusione non si può non sottolineare che in quest'ultima ipotesi di allerta “interna”, non è prevista l'informazione del Tribunale, il quale non verrà mai a conoscenza della procedura avviata dal CSE dal momento che questa è coperta da un marchio di segretezza e costituisce una sorta di dialogo tra la società e il *Comité social et économique*. Nel caso in cui venga violato tale obbligo di riservatezza, si incorre pertanto in responsabilità.

### ***3.4 L'allerta esterna attivata dal groupement de prévention agréé***

Quanto all'allerta esterna, è possibile individuarne due diverse ipotesi attivabili da soggetti differenti. È opportuno sottolineare *in primis* che si tratta di un istituto che si

---

<sup>333</sup> Lo stesso art. L. 2311-2 *Code du travail* all'ultimo comma precisa che “Le modalità di calcolo della forza lavoro sono quelle previste dagli artt. L. 1111-2 e L. 1251-54”

<sup>334</sup> La disciplina previgente – relativa al CE – stabiliva, tuttavia, che in caso di abolizione del CE o in caso di problematiche tali da inficiarne l'elezione, l'allerta poteva essere innescata dai delegati del personale (art. L. 2313-14, c.1 *Code du travail*) alle stesse condizioni del comitato aziendale, purché nell'azienda fosse stata raggiunta la soglia dei cinquanta dipendenti

<sup>335</sup> Alle imprese aventi un numero di dipendenti pari o superiore a undici (necessario per l'istituzione del CSE) ma inferiore a cinquanta si applica soltanto la disciplina relativa all'*Alerte en cas d'atteinte aux droits des personnes* (allerta per le ipotesi di attentato ai diritti delle persone, art. L. 2312-59 *Code du travail*) e l'*Alerte en cas de danger grave et imminent* (allerta per le ipotesi di pericolo grave ed imminente, art. L. 2312-60 *Code du travail*) e non il *Droit d'alerte économique* (artt. da L.2312-63 a L.2312-69 *Code du travail*) e le altre tipologie di allerta

discosta dall'allerta interna a causa del fatto che l'iniziativa non compete ad un soggetto interno all'impresa, bensì ad un soggetto esterno a questa e – per tali motivi – ci si trova dinnanzi ad una procedura decisamente differente nei suoi tratti salienti.

I soggetti competenti per l'attivazione dell'istituto sono il *groupement de prévention agréé* (gruppo di prevenzione approvato - GPA) e il *président du Tribunal*.

Partendo dalla prima ipotesi, è possibile rilevare che si tratta della prima misura prevista dal libro VI del *Code de commerce* per la prevenzione delle difficoltà delle imprese ed è disciplinata dall'art. L. 611-1.

Sembra opportuno, innanzitutto, fare chiarezza su cosa sia un gruppo di prevenzione approvato. Facendo riferimento alla disciplina relativa all'approvazione<sup>336</sup>, emerge chiaramente che il GPA è un ente che può essere costituito in qualsiasi forma che gli conferisca una personalità giuridica di diritto privato (art. D.611-2 *Code de commerce*). Molto semplicemente si tratta di una sorta di associazione che deve necessariamente "soddisfare le condizioni di cui agli artt. da D. 611-2 a D. 611-8"<sup>337</sup> – che saranno brevemente analizzate in questa sede – per beneficiare dell'approvazione prevista dall'art. L. 611-1 *Code de commerce*.

La domanda di approvazione – ai sensi dell'art. D. 611-3 *Code de commerce* – deve essere depositata presso il *préfet de la région* in cui ha sede il gruppo. Quest'è una figura nominata dal Governo centrale per rappresentare lo Stato a livello regionale, al fine di garantire la sovranità repubblicana. Tanto basta per dire che il GPA è un'associazione di diritto privato che opera, tuttavia, a seguito di un riconoscimento pubblico.

Il prefetto a cui viene presentata la domanda è tenuto a dare conferma della ricezione della stessa dopo essersi assicurato che la documentazione sia completa. La richiesta di approvazione, infatti, deve necessariamente indicare:

1. lo scopo del GPA che corrisponde alla missione definita all'art. L. 611-1 *Code de commerce*, il quale sancisce che l'obiettivo dell'organismo è di fornire ai suoi membri informazioni riservate e analisi dei dati economici, contabili e finanziari che i partecipanti si impegnano a trasmettere regolarmente al gruppo stesso;

---

<sup>336</sup> Artt. da D. 611-1 a D. 611-9 *Code de commerce*

<sup>337</sup> Art. D. 611-1 *Code de commerce*

2. la giurisdizione in cui opera, che non va oltre la regione in cui il GPA ha sede;
3. le persone giuridiche che fanno parte del gruppo;
4. i mezzi a disposizione del gruppo e le persone che agiscono in suo nome con un'indicazione delle loro qualifiche professionali;
5. i metodi di analisi delle informazioni contabili e finanziarie e loro frequenza.

Ai sensi dell'art. D. 611-4, inoltre, perché la domanda sia completa deve contenere determinati allegati. La legge fa riferimento, in particolare, a:

1. la copia degli statuti e, secondo il caso, del regolamento interno del gruppo;
2. la prova dell'esecuzione delle formalità previste dalla legge per la regolare costituzione del GPA secondo la forma giuridica scelta;
3. l'elenco delle persone che dirigono e gestiscono il GPA e, per ciascuna di esse, l'indicazione di nome, cognome, data e luogo di nascita, nazionalità, domicilio, professione e attività svolta nel gruppo,
4. un certificato – per ciascun dirigente, direttore o amministratore – attestante che egli ha la capacità di esercitare l'attività professionale o d'impresa e che non è raggiunto da alcun divieto di dirigere, amministrare o controllare una persona giuridica o un'impresa individuale o artigianale;
5. una copia conforme del contratto di assicurazione<sup>338</sup> stipulato a garanzia delle conseguenze pecuniarie nascenti dalla negligenza e dagli errori commessi nell'esercizio delle attività professionali da coloro che collaborano con il gruppo;
6. l'impegno – da parte del gruppo – di non fare pubblicità se non nei giornali e nelle newsletter professionali, impegno che deve essere ribadito nella corrispondenza e in tutti i documenti da esso redatti sulla propria qualità di GPA e in ogni riferimento all'approvazione ricevuta.

Quanto all'approvazione, l'art. D. 611-6 *Code de commerce* prevede che la decisione in merito spetta al prefetto regionale, il quale ha a disposizione un periodo di tre mesi – decorrenti dalla data di rilascio dell'avviso di ricevimento che attesta la completezza del

---

<sup>338</sup> Di cui all'art. D. 611-5 *Code de commerce*

fascicolo di candidatura presentato dal GPA – per concedere o rifiutare la sua approvazione. È fondamentale tenere presente che vale la regola del silenzio assenso e dunque, se il prefetto non fa notificare la propria risposta entro il termine assegnatogli, il gruppo si considera approvato.

Ai sensi dell'art. D. 611-7 *Code de commerce*, l'approvazione è concessa per un massimo di tre anni. Tuttavia è rinnovabile per volontà del prefetto della regione in cui si trova la sede centrale del gruppo<sup>339</sup>. Inoltre, può essere revocata su iniziativa dello stesso prefetto – con una procedura identica a quella di concessione – se non sono più rispettati gli impegni previsti dall'art. D. 611-5 *Code de commerce*. La revoca deve essere comunicata per lettera al gruppo – che è tenuto ad informare immediatamente i propri membri – e a tutte le amministrazioni.

Tra i doveri dei gruppi di prevenzione approvati, sanciti dall'art. D. 611-5 *Code de commerce*, emerge – oltre agli impegni già menzionati – che ogni GPA è tenuto ad informare il prefetto delle modifiche apportate al proprio stato e dei cambiamenti avvenuti in relazione alle persone che gestiscono o amministrano il gruppo<sup>340</sup> e a richiedere a qualsiasi persona che collabori all'interno dello stesso di rispettare il segreto professionale. A proposito di tali soggetti, va notato che, nella prassi, coloro che nell'ambito dei gruppi si occupano delle analisi economico-finanziarie e delle diagnosi sulle difficoltà delle imprese sono generalmente dei volontari. Questo non deve far nascere, tuttavia, dei dubbi in merito alla loro professionalità posto che il più delle volte si tratta di professionisti – come avvocati, esperti contabili, banchieri, manager, *etc.* – in pensione e, quindi, dotati di una certa esperienza.

Mettendo da parte le modalità e i requisiti per la costituzione e l'approvazione del gruppo, è opportuno notare che al GPA possono prendere parte tutte le persone iscritte al registro del commercio e delle società<sup>341</sup>, le imprese artigiane, gli imprenditori individuali a responsabilità limitata e le persone giuridiche di diritto privato (art. L. 611-1, c. 1 *Code de commerce*).

---

<sup>339</sup> Il rinnovo del riconoscimento è concesso se gli obiettivi perseguiti sono conformi con la missione del gruppo di cui all'art. L. 611-1, meglio precisata sopra; se i mezzi utilizzati sono adeguati rispetto agli obiettivi perseguiti; se il GPA rispetta gli impegni sottoscritti precisati dall'art. D. 611-5; se sono rispettati i requisiti di onorabilità degli amministratori, dei direttori, dei dirigenti e di tutte le persone che agiscono per conto del gruppo e se è comprovata la loro esperienza nell'analisi delle informazioni contabili e finanziarie, nonché nella gestione delle società.

<sup>340</sup> Entro un mese dalla realizzazione di tali modifiche

<sup>341</sup> Il riferimento è al *Registre du commerce et des sociétés* di cui agli artt. R. 123-31 ss. *Code de commerce*

La partecipazione è di carattere volontario e comporta da una parte il dovere di fornire al gruppo tutta la documentazione contabile e finanziaria dell'impresa, dall'altra il diritto di ottenere – in modo assolutamente riservato – un'analisi della situazione economico-finanziaria in cui versa l'impresa stessa, nonché un parere del gruppo sulle misure che andrebbero a migliorarne la gestione. L'intervento del gruppo può essere *una tantum* ma anche periodico (ad es. controllo annuale) e non ha un costo specifico in quanto l'azienda è tenuta a pagare una sorta di quota associativa al GPA che varia a seconda delle proprie dimensioni.

L'adesione al *groupement de prévention agréé* comporta anche altri vantaggi. Ad esempio l'art. L. 611-1, c. 5 *Code de commerce* prevede la possibilità per ciascun gruppo di concludere accordi – la cui copia deve essere inoltrata al prefetto regionale<sup>342</sup> – con istituti di credito, società finanziarie e compagnie di assicurazione, a beneficio dei loro membri. O ancora, su richiesta del prefetto, le autorità competenti – nazionali o locali – possono prestare il loro sostegno al gruppo<sup>343</sup>.

Venendo ora alla procedura di allerta attivabile da tale organismo, va rilevato in primo luogo che la disciplina in materia è decisamente scarna. Tuttavia, non si è mai reso necessario alcun intervento di riforma o integrazione da parte del legislatore dal momento che i GPA non hanno avuto il successo atteso.

Cruciale è l'art. L. 611-1, c. 3 *Code de commerce* a mente del quale l'allerta può essere innescata qualora il gruppo rilevi “*indizi di difficoltà*”. Non vi sono, tuttavia, ulteriori precisazioni relative al presupposto oggettivo cosicché non è ben chiaro cosa il legislatore abbia voluto intendere con questa formula. Senza dubbio è un criterio indiscutibilmente ampio poiché per “*indizi di difficoltà*” non si intendono necessariamente delle circostanze che minacciano la continuità aziendale e il che suggerisce che il gruppo potrebbe basarsi su qualsiasi elemento che sottintenda un principio di difficoltà.

Secondo la dottrina rilevante il rischio è, quindi, che il gruppo – per tenersi al riparo da

---

<sup>342</sup> Art. D. 611-8 *Code de commerce*

<sup>343</sup> Ad es. la legge prevede che la *Banque de France* può essere chiamata – in conformità con i termini e le condizioni previsti da un accordo – ad esprimere pareri sulla situazione finanziaria delle aziende associate (art. L. 611-1, c.4 *Code de commerce*). L'assistenza che lo Stato e le istituzioni pubbliche possono prestare ai gruppi deve essere richiesta da questi ultimi previo accordo scritto e modulata caso per caso dalle società associate interessate (art. D. 611-9 *Code de commerce*). Qualsiasi informazione personale che può essere rilasciata – nell'ambito di tali rapporti con le istituzioni statali – rimane confidenziale. L'inosservanza di questa regola comporta automaticamente il ritiro dell'approvazione nelle forme previste per la sua concessione.

qualsiasi responsabilità – faccia scattare “l'allarme” anche quando questo rappresenterebbe un eccesso di zelo. Non manca, tuttavia, chi in dottrina sottolinea che questa formula aperta usata dal legislatore è temperata dal fatto che i GPA possono rivolgersi direttamente alla *Banque de France* per avere pareri sulla situazione finanziaria in cui versa l'impresa e, di conseguenza, verosimilmente gli indizi di difficoltà sulla base dei quali viene innescata l'allerta sono – perlomeno nella maggior parte delle ipotesi – fondati<sup>344</sup>.

In ogni caso, è opportuno notare che la procedura è certamente asciutta rispetto a quella prevista per l'allerta interna, atteso che consta di una sola fase durante la quale il GPA – rilevati gli indizi di difficoltà – può soltanto informare il capo dell'impresa e proporre l'assistenza di un esperto. Da ciò si deduce che il potere di intervento del gruppo è a dir poco limitato e spetterà all'imprenditore valutare se concretamente si rendono necessarie delle misure straordinarie per il superamento dell'impasse. Il vantaggio dell'adesione ad un GPA – oltre alle prerogative già accennate – è ravvisabile nel fatto che vi è una “sentinella” – come talvolta l'ha definito la dottrina – pronta ad allertare l'imprenditore e a fornire un parere sulla situazione in cui versa l'impresa, qualora egli sia disposto ad affidarsi al gruppo.

### ***3.5 L'allerta esterna innescata dal président du Tribunal***

Dalle considerazioni conclusive del paragrafo precedente emerge che l'allerta attivata dal presidente del Tribunale è l'ipotesi più rilevante e complessa tra i due casi di allerta esterna.

Una precisazione doverosa – in primo luogo – è quella relativa ai soggetti passivi della procedura. Guardando alla disciplina legislativa, ciò che viene subito alla luce è che l'elenco degli stessi è più ricco rispetto a quello dei soggetti passivi dell'allerta interna. Mentre, infatti, l'allerta interna è attivabile dalle società commerciali, dai GIE e dalle *personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique*, all'allerta esterna possono essere sottoposte ulteriori categorie di soggetti.

Questo è frutto delle riforme intervenute, posto che la legge del 01.03.1984, n. 84-148

---

<sup>344</sup> Cfr. VIDAL D., *Prévention des difficultés des entreprises*, in *JurisClasseur procédures collectives*, fasc. 2025, 2014

che introducesse la *procédure d'alerte* prevedeva l'attivazione dell'allerta esterna da parte del presidente del Tribunale solo nei confronti delle piccole imprese<sup>345</sup>, ossia di quelle imprese che non erano tenute a redigere un bilancio di previsione. La legge 10.06.1994, n. 94-475, invece, ha sancito l'applicazione della procedura – a prescindere da qualsiasi limite dimensionale – nei confronti di:

- società commerciali, GIE, ditte individuali esercenti attività commerciale o artigianale (art. L. 611-2<sup>346</sup> *Code de commerce*);
- persone giuridiche di diritto privato, persone fisiche esercenti attività agricola o attività professionale indipendente, compresa una professione liberale “*soggetta ad autorità di regolamentazione o il cui titolo è protetto*” (art. L. 611-2-1 *Code de commerce*).

Va sottolineato, inoltre, che l'art. L. 611-2-1, c. 2 *Code de commerce* prevede anche un'ipotesi particolare. La disciplina in oggetto, infatti, non è applicabile a quelle persone fisiche o giuridiche che esercitano la professione di avvocato, amministratore giudiziario, rappresentante giudiziario e funzionario pubblico o ministeriale<sup>347</sup>, essendo prevista per tali professionisti una procedura decisamente meno articolata.

Ciò che differenzia i primi due gruppi di soggetti è la competenza ad innescare la procedura, dal momento che nel primo caso questa spetta al presidente del *Tribunal de commerce*, mentre nel secondo caso – e nei confronti dei cosiddetti professionisti “para-legali” – è competente il presidente del *Tribunal de grande instance*.

Il presupposto oggettivo è simile a quello stabilito per l'allerta interna dei *commissaires aux comptes*, tuttavia risulta più ampio poiché le “*difficoltà di natura tale da compromettere la continuità dell'esercizio*”<sup>348</sup> che l'impresa sta vivendo possono evincersi non solo dai documenti contabili bensì da *qualsiasi* atto, documento o procedura.

Qualora ricorrano i presupposti, il *président du tribunal de commerce* può esercitare il *pouvoir de convocation du chef d'entreprise* ossia il potere di convocare i dirigenti delle società commerciali e dei GIE o gli imprenditori delle ditte individuali esercenti attività

---

<sup>345</sup> La disciplina del 1984 era “*molto superficiale e poco praticabile*” dal momento che i poteri concessi al presidente del Tribunale erano limitati e poco flessibili. Questo ha reso necessaria la riforma del 1994 (Cfr. CAMPANA M., *La prevenzione della crisi delle imprese, l'esperienza francese* in BONFATTI S. & FALCONE G. (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2004)

<sup>346</sup> Siamo nell'ambito del libro VI del *Code de commerce* intitolato *Des difficultés des entreprises*

<sup>347</sup> Cc.dd. professionisti “para-legali”

<sup>348</sup> Art. L. 611-2 *Code de commerce*

commerciale o artigianale per un colloquio confidenziale al fine di valutare la possibilità di applicare delle misure – non necessariamente giuridiche – di “contenimento” delle difficoltà (art. L. 611-2 *Code de commerce*).

Preme evidenziare che l’invito non fa sorgere alcun contenzioso atteso che “*l’intervento del presidente del Tribunale di commercio è di tipo cognitivo e di moral suasion*”<sup>349</sup>. È, piuttosto, una convocazione ad un colloquio di carattere strettamente amichevole a cui i dirigenti o gli imprenditori decidono, su base volontaria, se prendere parte o meno. Per l’imprenditore comunque può risultare utile il confronto con il presidente, dal momento che i giudici del *Tribunal de commerce* (cc.dd. magistrati consolari) sono degli imprenditori o dei dirigenti di società che vengono eletti a questa carica.

Le modalità di convocazione dei dirigenti o degli imprenditori sono fissate dall’art. R. 611-10 *Code de commerce*, il quale afferma che l’invito deve essere rivolto dal presidente del Tribunale di commercio – tramite il cancelliere – al rappresentante legale della persona giuridica debitrice o alla persona fisica debitrice mediante una raccomandata con ricevuta di ritorno o mediante una lettera semplice. La convocazione viene inviata almeno un mese prima dell’incontro fissato e alla missiva viene allegata una nota in cui il presidente del Tribunale espone i fatti che lo hanno spinto ad assumere l’iniziativa.

Se l’invito viene accolto, il colloquio si svolgerà senza la presenza del cancelliere. Tuttavia, di questo resta traccia dal momento che il presidente del Tribunale è tenuto a redigere un processo verbale – in cui devono essere riportati la data, il luogo del colloquio e l’identità dei soggetti presenti – che deve essere sottoscritto da tutti gli intervenuti compreso il presidente stesso.

Nell’eventualità, invece, in cui l’invito non venga accolto, il cancelliere procede il giorno stesso alla redazione di un processo verbale che certifica l’assenza del convocato. A questo va allegato l’avviso di ricevimento della convocazione. Una copia dell’atto è comunicata, senza indugio, dal cancelliere stesso alla persona assente, mentre l’originale è depositato presso la cancelleria del Tribunale (art. R. 611-11 *Code de commerce*). Tale atto è necessario in virtù dell’applicazione delle disposizioni di cui all’art. L. 611-2, I, c. 2 *Code de commerce*, su cui a breve ci si soffermerà.

Nell’eventualità in cui il rappresentante legale oppure l’imprenditore si siano presentati

---

<sup>349</sup> Cit. JORIO A., *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, n. 10/2015, p. 1072

all'appuntamento fissato dal presidente del *Tribunal de commerce* e se il confronto ha dato i frutti sperati, in quanto sono state delineate delle soluzioni ai sintomi della crisi, *nulla quaestio*.

Diversamente, se i convocati non hanno accettato l'invito oppure se l'esito dell'incontro non soddisfa l'autorità giudiziaria, la legge riconosce al presidente del Tribunale un ulteriore potere: il *pouvoir de renseignement*, ossia un potere di assumere informazioni. Questi può – ai sensi dell'art. L. 611-2, I, c. 2 *Code de commerce* cui si faceva riferimento – “*in deroga a qualsiasi legge o regolamento, ottenere– da parte dei revisori contabili, dei membri e dei rappresentanti del personale, della pubblica amministrazione, dei fondi previdenziali e degli organismi di previdenza sociale e dei servizi responsabili della centralizzazione dei rischi bancari e delle morosità – la comunicazione di informazioni idonee a fornirgli un quadro preciso della situazione economica e finanziaria del debitore*”.

L'art. R. 611-12 *Code de commerce*, in relazione a tale richiesta di informazioni, sancisce due requisiti. Il primo è di carattere temporale: la richiesta deve essere inviata entro un mese dalla data del colloquio o del verbale che certifica l'assenza del soggetto convocato. Il secondo è di carattere formale: alla richiesta deve essere allegata una copia del colloquio oppure il processo verbale redatto in assenza del convocato. Il rispetto dei requisiti indicati è fondamentale poiché, se la domanda è stata presentata nella forma e nei termini prescritti, le persone o le organizzazioni interpellate sono tenute a comunicare le informazioni pretese entro un mese. Altrimenti, non è loro richiesto di rispondere.

Bisogna notare, infine, che l'art. L. 611-2, II *Code de commerce* riconosce un ulteriore potere in capo al presidente del *Tribunal de commerce*, quello *d'injonction*. Egli, infatti, può ingiungere ai rappresentanti delle società commerciali, nonché agli imprenditori individuali esercenti attività commerciale o artigianale<sup>350</sup> di depositare i conti obbligatori annuali, a pena dell'applicazione delle sanzioni previste<sup>351</sup>, la cui aliquota è indicata nell'atto di ingiunzione. Tale potere è subordinato al mancato deposito dei documenti contabili obbligatori entro il termine stabilito dalla legge. L'art. R. 611-13 *Code de commerce* precisa che per conti obbligatori annuali si intendono il bilancio per

---

<sup>350</sup> Art. L. 611-2, ultimo comma *Code de commerce*

<sup>351</sup> La richiesta di emettere un'ingiunzione di deposito può provenire dagli osservatori di cui all'art. L. 910-1 A *Code de commerce*

le società commerciali e gli atti di cui all'art. L. 526-14<sup>352</sup> per l'impresa individuale.

Il termine concesso per l'adempimento è di un mese dalla notifica o dall'emanazione dell'ordinanza, che menziona il luogo, la data e l'ora dell'udienza durante la quale sarà esaminato il caso e non è ricorribile.

Ai sensi dell'art. R.611-14 *Code de commerce*, poi, il cancelliere notifica l'ordinanza al rappresentante legale della società o della ditta individuale, tramite lettera<sup>353</sup>. Se la missiva non viene restituita e il destinatario non la contesta, il cancelliere stesso dispone la cosiddetta *signification*<sup>354</sup>. Se la lettera, invece, viene restituita – dal momento che il destinatario non è più reperibile all'indirizzo indicato – il presidente del Tribunale effettua la cancellazione dal ruolo e ne informa il Pubblico Ministero. L'ordinanza originaria è conservata comunque presso la cancelleria.

Il cancelliere è tenuto, inoltre, a comunicare la cessazione dell'attività ai fini dell'aggiornamento del registro del commercio e delle società, salvo che non si tratti di un'impresa individuale.

Il deposito della documentazione oggetto di ingiunzione deve avvenire entro il termine prescritto<sup>355</sup>. Se tale presupposto si verifica, il presidente del Tribunale dispone la cancellazione dal ruolo (art. R. 611-15 *Code de commerce*). In caso contrario, il cancelliere è tenuto a redigere un processo verbale con il quale constata il mancato adempimento.

---

<sup>352</sup> L'art. fa riferimento al bilancio o ai documenti di contabilità semplificata di cui all'art. L. 523-13

<sup>353</sup> “La lettera di notifica riproduce le disposizioni dell'art. L. 611-2, II, c. 2 nonché dell'art. R. 611-15 e dell'art. R. 611-16, c. 1” (art. R. 611-14)

<sup>354</sup> Con il termine “notifica” – nella proposizione precedente – si fa riferimento alla *notification*, istituto distinto della *signification*. Sono ambedue delle modalità di notifica degli atti e spesso vengono confuse sia nel linguaggio comune che in sede di traduzione. Tuttavia, pur semplificando all'eccesso, si può affermare che la seconda non è altro che una modalità particolare della prima. Quando la legge fa riferimento alla *notification* va ad indicare genericamente la formalità con cui un soggetto è informato del contenuto di un atto. Generalmente tale formalità viene espletata a mezzo raccomandata semplice o con avviso di ritorno o addirittura tramite posta ordinaria. Diversamente, la *signification* è una notifica particolare effettuata dall'ufficiale giudiziario, che implica necessariamente un trasferimento fisico a casa del destinatario. In questo caso la notifica – effettuata tramite consegna a mano – è legalmente più efficace poiché dà una garanzia sulla data di notifica, sul contenuto dell'atto (che viene riletto dall'ufficiale), sulla correttezza dell'indirizzo, *etc.*, al contrario della *notification* che non attribuisce né una data certa né l'autenticità del contenuto – che potrebbe essere stato manomesso – e presta il fianco a contestazioni sull'effettivo recapito. La *signification* rappresenta, quindi, uno strumento per portare a conoscenza di terzi una scrittura, attribuendole la massima forza probatoria. Per queste ragioni, la *signification* è giuridicamente preferibile alla *notification*, tuttavia quest'ultima ha il vantaggio – non indifferente – di essere decisamente più economica. È questo il motivo per cui, in diversi casi (come quello in oggetto), si preferisce procedere prima tramite raccomandata e poi eventualmente con la consegna a mano

<sup>355</sup> Un mese dalla notifica o dall'emanazione dell'ordinanza

In questa seconda ipotesi si applica l'art. R. 611-16 *Code de commerce*, il quale attribuisce al presidente del Tribunale il potere di pronunciarsi sulla liquidazione della penalità prevista nell'ordinanza. Avverso tale decisione è ammesso l'appello secondo le regole precisate dall'art. R. 611-16 *Code de commerce* e il ricorso è proponibile anche dal Pubblico Ministero. Tuttavia, la decisione giudiziaria non è impugnabile quando l'ammontare della penalità non supera la soglia massima fissata dalle norme processuali ai fini della determinazione della competenza del *Tribunal de commerce* in sede di giudizio di ultima istanza. La decisione del presidente del Tribunale è comunicata alla Tesoreria dello Stato e notificata dal cancelliere – tramite l'ufficiale giudiziario – al rappresentante legale della persona giuridica o all'imprenditore individuale. L'ammontare della sanzione comminata è versato alla Tesoreria e recuperato con le stesse modalità di recupero dei crediti fiscali esteri.

Oltre all'applicazione della sanzione l'art. L. 611-2, c.4 sancisce che, in caso di inadempimento dell'ordinanza nel termine stabilito dalla legge, il presidente del Tribunale può applicare nuovamente la norma prevista dall'art. L. 611-2, I, c. 2 *Code de commerce* e chiedere informazioni sulla situazione economica e finanziaria dell'impresa alle autorità preposte. La richiesta deve essere avanzata dopo la scadenza del termine concesso per il deposito e l'autorità risponde entro un mese dalla stessa. Le modalità sono quelle previste per la richiesta di informazioni a cui si è fatto riferimento sopra.

La disciplina analizzata<sup>356</sup> – applicabile alle società commerciali, ai GIE e alle ditte individuali esercenti attività commerciale o artigianale – è estesa alle persone giuridiche di diritto privato e alle persone fisiche esercenti attività agricola o attività professionale indipendente – compresa una professione liberale “*soggetta ad autorità di regolamentazione o il cui titolo è protetto*”<sup>357</sup> – anche se i poteri elencati (convocazione dei vertici aziendali per un colloquio confidenziale, richiesta di informazioni sulla situazione economica e finanziaria della persona fisica o giuridica, ingiunzione per il deposito dei conti obbligatori annuali) sono attribuiti al *Tribunal de grande instance*, il cui presidente li esercita alle medesime condizioni previste per il presidente del *Tribunal de commerce* (art. L. 611-2-1, c.1 *Code de commerce*).

Prima di concludere è opportuno fare riferimento alla normativa – come si diceva molto semplice – relativa ai cosiddetti professionisti “para-legali”. L'art. L. 611-2-1, c.2 *Code*

---

<sup>356</sup>Art. L. 611-2 *Code de commerce*

<sup>357</sup> Art. L. 611-2-1 *Code de commerce*

*de commerce* dispone che il presidente del *Tribunal de grande instance* è tenuto ad informare l'ordine professionale a cui appartiene o l'autorità di riferimento della persona fisica o giuridica esercente una professione "para-legale", al fine di mettere tali soggetti al corrente delle difficoltà riscontrate in relazione alla situazione economica, sociale, finanziaria e patrimoniale del professionista.

Tale potere è puramente informativo e viene espletato tramite una nota del presidente del Tribunale in cui sono indicate le difficoltà, portate alla sua attenzione, che potrebbero compromettere la continuità dell'attività professionale. La nota viene materialmente inviata dal cancelliere al rappresentante legale di uno di questi organismi a mezzo raccomandata con avviso di ritorno. Il rappresentante dell'ordine o dell'autorità competente è invitato – entro un mese e con le stesse modalità – ad informare il presidente del Tribunale dei provvedimenti adottati a seguito delle informazioni ricevute (art. R. 611-10-1 *Code de commerce*).

#### **4. Il mandat ad hoc**

L'istituto del *mandat ad hoc* è stato introdotto nell'ordinamento francese con la l. 10.06.1994, n. 94-475, la quale ha istituzionalizzato una prassi già esistente nei Tribunali di commercio, rappresentata dalla nomina di un mandatario *ad hoc* incaricato di assistere gli amministratori della società in crisi nella ricerca di una soluzione alla stessa, qualora le difficoltà dell'impresa non siano tanto gravi da giustificare l'apertura di una procedura collettiva.

Originariamente l'istituto era legato al *règlemente amiable* che rappresenta un'ipotesi di composizione amichevole della crisi di cui si dirà a breve. In seguito, però, la l. 26.07.2005, n. 2005-845 ha rotto tale "legame" rendendolo un istituto autonomo.

Stando alla normativa, non esiste alcuna relazione particolare tra la procedura di cui si discorre e l'allerta, tuttavia va rilevato che nella prassi l'attivazione del *mandat ad hoc* viene richiesta in seguito all'apertura della *procédure d'alerte* qualora i vertici societari non siano capaci di rimettere in moto l'azienda, individuando e attivando gli opportuni meccanismi di arginamento delle difficoltà.

L'attuale disciplina – applicabile parzialmente anche alla procedura di conciliazione – è

contenuta nell'art. L. 611-3 *Code de commerce* e le norme regolamentari si trovano agli artt. da R. 611-18 a R. 611-21-1 dello stesso codice.

Ai sensi dell'art. L. 611-3 *Code de commerce*, il *président du Tribunal* può nominare un mandatario *ad hoc*, determinando i compiti che questi può espletare. Per Tribunale si intende il *Tribunal de commerce* se il debitore esercita un'attività commerciale o artigianale. Diversamente, è competente il *Tribunal de grande instance*. Invero, sebbene la competenza per la nomina spetti al presidente del Tribunale, egli può procedere alla stessa solo qualora vi sia stata una preventiva richiesta da parte del debitore, il quale può anche proporre il nome di un mandatario. Va notato che nessun soggetto, ad eccezione del debitore stesso, ha il potere di innescare la procedura che si qualifica, quindi, come volontaria.

La legge non precisa chi, concretamente, possa essere qualificato come “debitore” e sia, di conseguenza, legittimato ad effettuare la richiesta. Tuttavia, si può dedurre dal sistema che il *mandat ad hoc* può essere sollecitato, in primo luogo, da tutti i debitori che rientrano nella giurisdizione del *Tribunal de commerce* – indipendentemente dalla loro forma giuridica – purché esercitino un'attività commerciale o artigianale. In secondo luogo, dai debitori che rientrano nella giurisdizione del Tribunale civile di primo grado, ossia dalle persone fisiche che esercitano un'attività professionale indipendente o dalle persone che esercitano un'attività agricola.

Quanto al presupposto oggettivo, va rilevato che il *Code* tace sulla situazione in cui il debitore deve trovarsi perché maturi il diritto di chiedere la nomina del mandatario. Tuttavia, questa può essere desunta se ci si pone in una posizione idonea a valutare globalmente i presupposti per l'attivazione delle procedure applicabili alle imprese in difficoltà. Infatti, emerge che – come accade nel sistema italiano e in altri sistemi continentali – la procedura a cui ricorrere varia in base alla gravità della situazione in cui versa l'impresa.

Il *mandat ad hoc* è destinato a rivolgersi al debitore che si trova in uno stato di difficoltà meno grave di quelli che giustificano l'apertura di una *procédure de conciliation*, di una procedura di *sauvegarde*, del *redressement judiciaire* o della *liquidation judiciaire*. Ne consegue che al fine di richiedere la nomina di un mandatario, il debitore non deve aver cessato i pagamenti e non può trovarsi in uno stato di difficoltà insuperabile.

Sorge spontaneo domandarsi, inoltre, se un soggetto che non incontra difficoltà possa

richiedere l'apertura di un mandato *ad hoc*. La risposta deve necessariamente essere negativa, atteso che la procedura è inserita nel Libro VI del *Code de commerce* dedicato alle imprese in difficoltà. Pertanto, al fine di ottenere la nomina di un mandatario *ad hoc*, spetta al debitore provare l'esistenza di una situazione che potrebbe minacciare l'attività.

L'impresa deve – in breve – incontrare difficoltà che, pur non essendo insormontabili, potrebbero diventarlo se non vengono trattate tempestivamente con il supporto di un soggetto competente – qual è il *mandataire ad hoc*.

Venendo alle norme procedurali, dal *Code de commerce* emerge che la richiesta motivata di nomina del *mandataire ad hoc* (di cui all'art. L. 611-3) deve essere presentata per iscritto dal debitore – ossia dal rappresentante legale della persona giuridica o dalla persona fisica debitrice – ed è indirizzata al presidente del Tribunale di commercio o del Tribunale civile di primo grado – a seconda della competenza – per essere iscritta nel registro conservato presso la cancelleria.

Quando il debitore propone un mandatario è tenuto a specificare l'identità e l'indirizzo di quest'ultimo nella richiesta (art. R. 611-18 *Code de commerce*).

L'art. R. 611-19 *Code de commerce* disciplina quelle che sono le fasi della procedura ed è possibile individuare due momenti distinti. *In primis*, il presidente del Tribunale – dopo aver ricevuto la richiesta – fa convocare dal cancelliere il rappresentante legale della persona giuridica o la persona fisica debitrice al fine di raccogliergli le osservazioni personali. Successivamente – se il presidente del Tribunale ritiene che vi siano i presupposti per il conferimento del mandato – emette un'ordinanza di nomina del mandatario. L'ordinanza definisce l'oggetto dell'incarico, specificando – se il debitore è un imprenditore individuale a responsabilità limitata – l'attività interessata. Fissa, inoltre, le condizioni di retribuzione del mandatario, nel rispetto di quanto stabilito dal *Code de commerce*.

La decisione del presidente del Tribunale deve essere notificata dal cancelliere al richiedente, il quale – nel caso di rifiuto del presidente a procedere alla nomina – può presentare ricorso *ex art. R. 611-26 Code de commerce*. La lettera di notifica riproduce le disposizioni dell'art. L. 611-13 – di cui si dirà a breve – relative alle incompatibilità con l'incarico di mandatario.

La notizia del conferimento dell'incarico viene data – ovviamente – anche al

mandatario nominato. Egli è tenuto a comunicare immediatamente al presidente del Tribunale la propria accettazione o il proprio rifiuto e – in caso di accettazione – deve allegare una certificazione sul possesso dei requisiti per la nomina di cui all'art. L. 611-13.

Al ricevimento dell'attestazione, il cancelliere – a mezzo raccomandata con avviso di ritorno – comunica la nomina al *commissaire aux comptes*, se ne è stato designato uno (art. R. 611-20 *Code de commerce*). Non sono previsti, invece, oneri informativi a favore degli organi rappresentativi dei dipendenti dell'impresa (art. L. 611-3 *Code de commerce*).

Si può intuire che la procedura del *mandat ad hoc* è coperta da un marchio di riservatezza.

L'ordinanza non è soggetta ad alcuna misura pubblicitaria ed è semplicemente comunicata al debitore, al mandatario e al revisore dei conti, i quali devono – ovviamente – impegnarsi a non divulgare delle informazioni in merito. L'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di evitare allarmismi tra i partner del debitore.

Quanto alle incompatibilità con le funzioni di mandatario *ad hoc*<sup>358</sup>, sancite dall'art. L. 611-13, va notato che tali funzioni non possono essere svolte da una persona che, durante i ventiquattro mesi precedenti, ha ricevuto – direttamente o indirettamente – una remunerazione o un pagamento, per qualsiasi motivo,

- dal debitore,
- da qualsiasi creditore del debitore,
- da qualsiasi creditore di una persona che controlla il debitore o è da lui controllata ai sensi dell'art. L. 233-16.

Sono previste, inoltre, delle deroghe. Infatti può svolgere le funzioni in oggetto colui che ha percepito una retribuzione a titolo di remunerazione per un mandato *ad hoc* o una procedura di conciliazione attivate nei confronti dei soggetti di cui sopra. O, ancora, non sussiste alcun impedimento nel caso in cui la remunerazione sia stata ricevuta per un incarico – diverso da quello di commissario per l'esecuzione del piano – conferito dal Tribunale nell'ambito di una procedura di *sauvegardeo diredressement judiciaire*.

---

<sup>358</sup> Le norme relative alle incompatibilità valgono anche per la funzione di *conciliateur* ossia di conciliatore (procedura di conciliazione)

Infine, la remunerazione o il pagamento erogati da un singolo imprenditore a responsabilità limitata saranno valutati prendendo in considerazione tutte le attività di cui quest'ultimo è titolare.

Un'altra incompatibilità è prevista per la figura del *juge consulaire*<sup>359</sup>, il quale non può ricoprire il ruolo di mandatario (e di conciliatore) nel periodo in cui risulta in carica o nei cinque anni successivi alla cessazione dell'incarico.

Venendo all'esecuzione del mandato, non possiamo fare a meno di sottolineare la particolare scarsità di norme sul punto. Il che è certamente da imputare alla previsione di cui all'art. L. 611-3, c.1 *Code de commerce*, che lascia carta bianca al presidente del Tribunale per la determinazione della "mission" ossia dei compiti del mandatario *ad hoc*. Generalmente il suo ruolo è quello di affiancare il debitore nella gestione dell'azienda al fine di individuare insieme delle soluzioni per il superamento delle difficoltà e di assisterlo soprattutto per quanto riguarda la negoziazione con i suoi creditori delle condizioni di pagamento o della remissione dei debiti, andando a stabilire un piano reale che abbia lo scopo di appurare tutte le passività dovute e di ridefinire i tempi e le modalità di soddisfazione dei creditori.

L'attività concreta consta di tre fasi. Durante la prima il *mandataire* effettua un'osservazione accurata dell'azienda per valutare nel dettaglio la situazione in cui versa il debitore ed identificare i creditori della società. Dopodiché si apre la fase di negoziazione con i creditori, nel corso della quale egli propone un programma di pagamento, sollecita la remissione del debito e cerca dei finanziamenti. Infine, al termine dei negoziati – in un'ideale fase conclusiva – viene redatto un memorandum d'intesa, cioè un progetto di accordo con le controparti che hanno accettato di concedere al debitore una dilazione di pagamento o la riduzione del debito. L'accordo diviene esecutivo tra le parti conformemente all'art. 1103 del Codice civile francese.

Ai creditori renitenti, il mandatario *ad hoc* può sempre opporre la possibilità riconosciuta al debitore di chiedere al presidente del *Tribunal de commerce* la concessione di dilazioni di pagamento, posto che l'art. 1343-5 del *Code civile* prevede che "il giudice può, tenuto conto della situazione del debitore e delle esigenze del creditore, posticipare o rateizzare, nel limite di due anni, il pagamento delle somme dovute".

---

<sup>359</sup> È una sorta di giudice onorario del *Tribunal de commerce*. Per approfondimento cfr. <https://justice.ooreka.fr/astuce/voir/514835/juge-consulaire>

Ovviamente, a prescindere da tale avvertimento, ciascun creditore resta comunque libero di non accettare l'accordo e tale principio è anche affermato da una giurisprudenza ormai consolidata della Corte Suprema francese.

La legge non stabilisce alcuna durata per le singole fasi o per la procedura complessivamente considerata. Questo deriva sempre dal fatto che – ai sensi dell'art. L. 611-3 – compete al presidente del Tribunale la determinazione dei compiti del *mandataire* e, quindi, la definizione dei termini entro i quali adempiere agli stessi, nonché del termine di cessazione del mandato.

Il *mandat ad hoc* si chiude in quattro diverse ipotesi. La più frequente è che scada il termine stabilito dal Tribunale con l'ordinanza di apertura del mandato. La seconda è l'esecuzione dei compiti affidati, seppur in anticipo rispetto ai termini previsti. Oppure l'eventualità in cui il debitore richieda l'interruzione immediata della procedura, dal momento che l'art. R. 611-21 *Code de commerce* consente al debitore di avanzare tale richiesta al presidente del Tribunale. O, infine, il caso in cui quest'ultimo ritenga opportuno porre fine al mandato sulla base di elementi – forniti dal *mandataire ad hoc* – che ne giustificano la cessazione (art. R. 611-21-1 *Code de commerce*).

La legge – oltre a lasciare la definizione della funzione e dei ruoli del mandatario *ad hoc* alla discrezionalità del giudice – non stabilisce neppure regole particolari di carattere comportamentale. Il *Code*, infatti, all'art. L.611-15 prevede soltanto che il delegato – mandatario *ad hoc* o conciliatore – o colui che, a causa delle sue funzioni, viene a conoscenza di tali procedure è tenuto a rispettare un vincolo di riservatezza.

Molto dettagliata, invece, è la disciplina relativa alla remunerazione del mandatario *ad hoc*, contenuta principalmente nell'art. L. 611-14 e negli artt. da R. 611-47 a R. 611-52 *Code de commerce*. Si può facilmente evincere, innanzitutto, che il campo di applicazione è più ampio di quello menzionato in quanto risulta applicabile anche al *conciliateur*, al mandatario per l'esecuzione dell'accordo di conciliazione, nonché all'esperto a cui fa riferimento il primo articolo citato.

La remunerazione viene definita dal presidente del Tribunale nell'ordinanza di nomina dei soggetti di cui si discorre, ordinanza che deve essere comunicata al Pubblico Ministero, ai fini dell'impugnazione della stessa.

Il presidente – tenendo in considerazione la diligenza richiesta per l'esecuzione del mandato – va a stabilire gli elementi sulla base dei quali sarà determinata la

retribuzione, l'importo massimo ed, eventualmente, l'ammontare della stessa o le condizioni di pagamento (art. R. 611-47 *Code de commerce*). Sono previsti dei limiti alla discrezionalità del giudice, il quale non può deliberare che la retribuzione sia proporzionata rispetto alle remissioni del debito che il mandatario o il conciliatore sarà in grado di concordare con i creditori. Né è ammissibile una remunerazione forfettaria solo per l'apertura della procedura (art. L. 611-14 *Code de commerce*). Delle previsioni particolari, invece, sono contenute nell'art. R. 611-51 *Code de commerce* in materia di retribuzione delle figure analizzate qualora queste abbiano ricevuto il compito di organizzare una cessione parziale o totale della società.

Inoltre, l'ordinanza emessa per la nomina del mandatario per l'esecuzione dell'accordo di conciliazione – ai sensi dell'art. R. 611-47 – può specificare che la retribuzione sarà erogata *pro rata* alla fine di ogni anno di prestazione dell'attività. E, in tal caso, l'importo annuale è fissato da un'ordinanza comunicata dal cancelliere al Pubblico Ministero.

Dall'art. L. 611-14 emerge, poi, che la remunerazione viene definita previa approvazione del debitore<sup>360</sup> e, nella procedura di conciliazione, anche previo parere del Pubblico Ministero, alle condizioni stabilite da un decreto del *Conseil d'Etat*.

In particolare – ai sensi dell'art. R. 611-47 *Code de commerce* – se il nome del *mandataire ad hoc*, del conciliatore, del mandatario per l'esecuzione dell'accordo o dell'esperto è proposto dal debitore, le richieste avanzate da questi relativamente alla loro retribuzione sono allegate alla domanda di apertura del mandato o della conciliazione e, quelle del conciliatore, devono essere trasmesse anche dal cancelliere al Pubblico Ministero – senza ritardo – ai fini dell'emissione del parere.

Se, invece, il debitore non propone alcun nome, il presidente non può procedere alla nomina fino a quando non abbia ottenuto l'approvazione del debitore stesso sulle condizioni di remunerazione dei soggetti di cui si discorre.

Bisogna notare che in assenza di una comunicazione da parte del Pubblico Ministero, il presidente del Tribunale non può aprire la procedura di conciliazione prima che siano decorse almeno quarantotto ore dalla trasmissione a questi della proposta relativa alla remunerazione.

---

<sup>360</sup> L'approvazione del debitore deve essere data per iscritto prima della nomina ed è allegata all'ordinanza di apertura delle procedure (art. R611-48 *Code de commerce*)

Il *mandataire ad hoc*, il conciliatore e l'esperto hanno la possibilità di domandare la ridefinizione della remunerazione concordata, informando il presidente del Tribunale se nel corso del loro incarico reputano che l'importo massimo della retribuzione fissato dall'ordinanza di nomina sia insufficiente. Il giudice determina le nuove condizioni di remunerazione con un atto scritto, sempre in accordo con il debitore e dopo aver ottenuto il parere del Pubblico Ministero nell'ambito della procedura di conciliazione. Tuttavia, se un nuovo accordo non viene raggiunto, il rapporto si intende risolto (art. R. 611-49 *Code de commerce*).

Ai sensi dell'art. R. 611-50 *Code de commerce*, l'ordinanza che fissa la remunerazione deve essere notificata dal cancelliere al delegato e al debitore, oltreché comunicata al Pubblico Ministero.

Il delegato e il debitore possono proporre ricorso<sup>361</sup> senza limiti particolari. Il Pubblico Ministero, invece, è legittimato a presentare ricorso, salvo che l'ordinanza non abbia ad oggetto la nomina e la remunerazione del mandatario *ad hoc*.

Relativamente ai doveri di notifica, bisogna notare che al Pubblico Ministero va notificata, senza ritardo, anche la decisione del ricorso proposto nell'ambito della conciliazione.

Non si può evitare, infine, di fare cenno alle norme di cui all'art. L. 611-16 *Code de commerce*, applicabili anche alla procedura di *conciliation*. Si tratta di disposizioni di fondamentale importanza in quanto previste a protezione del debitore.

Il primo comma dell'articolo stabilisce che “*si considera come non apposta qualsiasi clausola che modifica le condizioni della prosecuzione del contratto in corso – riducendo i diritti o aggravando gli obblighi del debitore – in ragione della nomina di un mandatario ad hoc [...] o dell'apertura di una procedura di conciliazione [...] o di una richiesta presentata dal debitore a tali fini*”.

Il secondo comma, invece, prevede un diverso meccanismo di protezione, statuendo che “*si considera come non apposta qualsiasi clausola che ponga a carico del debitore – a seguito della semplice nomina di un mandatario ad hoc [...] o dell'apertura di una procedura di conciliazione [...] – l'onorario del consiglio davanti al quale il creditore ha proposto l'impugnazione nel contesto di queste procedure per la quota parte*

---

<sup>361</sup> Competente a decidere il ricorso è il primo presidente della Corte d'appello e la disciplina applicabile alla procedura è quella degli artt. da 714 a 718 del *Code de procédure civile*

*eccedente la proporzione fissata con decreto del Ministro della giustizia”.*

A conclusione di questa breve trattazione sul *mandat ad hoc* bisogna notare che qualora le difficoltà dell'impresa restino irrisolte dopo la *procédure d'alerte* e dopo il mandato, il Tribunale può in ogni momento dichiarare aperti d'ufficio il *redressement* (risanamento) o la *liquidation judiciaire*.

## **5. Il *règlement amiable*. Cenni**

Il *règlement amiable* – fino alla riforma del 2005 – rappresentava il naturale seguito delle procedure d'allerta. Infatti, successivamente a queste ultime veniva avviato l'istituto in oggetto paragonabile agli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis l. fall. .

Fu introdotto dalla l. 01.03.1984, n. 84-148 – che rappresentava un'evoluzione rispetto al sistema di prevenzione del 1967 – ed era disciplinato dagli artt. L. 611-2 – L. 611-6 *Code de commerce*.

Consisteva in una transazione amichevole allo scopo di concludere un accordo sulla base del quale i creditori dell'impresa in difficoltà assumevano l'impegno di concedere al debitore una dilazione dei pagamenti o una riduzione dei debiti.

Le trattative venivano avviate volontariamente dall'imprenditore in difficoltà ma non ancora insolvente e l'istituto era riservato alle imprese individuali o collettive esercenti attività commerciale nonché alle associazioni anche non commerciali.

La competenza per l'attivazione della procedura era attribuita al *président du Tribunal de commerce*, il quale – ricevuta la richiesta dell'impresa – procedeva alla raccolta di informazioni sulla situazione di fatto ed, eventualmente, disponeva una perizia sulle condizioni economiche, patrimoniali e finanziarie dell'impresa.

Successivamente, poteva – qualora avesse ritenuto esistenti i presupposti – nominare un conciliatore che si occupasse in sede stragiudiziale della composizione della crisi, cercando di raggiungere un accordo con i creditori.

Il mandato era sottoposto a termine – ad onor del vero decisamente breve – a conferma dell'intenzione del legislatore francese di prevenire la crisi vera e propria con procedure snelle, caratterizzate da tempi ridotti, idonee a restituire tempestivamente all'azienda

una nuova vitalità. Dall'apertura della procedura all'accordo, infatti, potevano decorrere al massimo tre mesi, prorogabili tutt'al più di ulteriori trenta giorni.

Il vantaggio della procedura – oltre alla gestione dei debiti – era rappresentato dal fatto che durante tale periodo l'azienda era al sicuro dalle azioni esecutive individuali dei creditori, atteso che queste non potevano essere esercitate o proseguite.

Il giudice poteva, inoltre, prevedere una dilazione dei debiti dovuti ai creditori non firmatari dell'accordo, fino ad un massimo di due anni.

In alternativa a tale procedura poteva essere avviato il *redressement judiciaire*<sup>362</sup> – di cui si tratterà brevemente nel prosieguo – qualora il Tribunale avesse accertato che l'impresa versava in stato di insolvenza e non in una mera fase di difficoltà.

Fu sostituito dalla *procédure de conciliation*, in parte simile al *règlement* ma attivabile da una sfera più ampia di soggetti<sup>363</sup>.

## **6. La procédure de conciliation**

La *procédure de conciliation* è – anch'essa – una misura di prevenzione delle difficoltà delle imprese. Trae origine dal *règlement amiable* (l. 01.03.1984, n. 84-148), il quale nel suo assetto originario – pur garantendo il vantaggio della riservatezza e della flessibilità all'imprenditore, che rimaneva investito tra l'altro dei suoi poteri di amministrazione – presentava tre importanti inconvenienti.

Il primo è che l'accordo risultava vincolante solo nei confronti dei creditori che avevano accettato di impegnarsi. Quindi, chi rifiutava di pervenire a qualsiasi compromesso poteva liberamente intentare una causa contro il debitore per ottenere la soddisfazione del proprio credito. Di fatto, dunque, un singolo creditore aveva il potere di compromettere l'attivo disponibile che sulla base dell'accordo sarebbe stato destinato agli altri creditori.

Il secondo inconveniente era che – trattandosi di un accordo di natura contrattuale – non aveva la stessa forza vincolante di una decisione giudiziaria. Pertanto, era molto forte il rischio che il debitore non rispettasse gli impegni assunti cosicché non solo la

---

<sup>362</sup> Risanamento giudiziario

<sup>363</sup> Come si vedrà, la *conciliation* è applicabile anche ai professionisti

conclusione dell'accordo poteva rappresentare per i creditori un'inutile perdita di tempo, ma questi – talvolta – non avevano altra scelta che intraprendere delle azioni legali con un ulteriore dispendio di tempo e di risorse economiche.

Infine, il terzo limite della disciplina era rappresentato dal rischio della violazione della *par condicio creditorum* qualora il debitore avesse concesso ad uno di essi un particolare vantaggio. Al fine di proteggersi da questo rischio, quindi, i creditori privilegiati preferivano mantenere il privilegio costituito e si tenevano alla larga dall'accordo.

In risposta a questi svantaggi non irrilevanti del *règlement amiable*, il legislatore ne ha riformato più volte la disciplina al fine di rendere l'istituto più attraente per i creditori. La prima riforma risale al 1994 ed è contenuta nella l. 10.06.1994, n. 94-475, con cui sono state introdotte le norme relative alla sospensione dei procedimenti in corso attivati dai creditori non aderenti all'accordo. Tale intervento ha ridisegnato l'istituto conferendogli i tratti descritti nel paragrafo precedente.

La seconda riforma è quella operata con la l. 26.07.2005, n. 2005-845, la quale ha sostituito il *règlement amiable* con la *procédure de conciliation*, che – a sua volta – è stata oggetto di diversi interventi di riforma<sup>364</sup> volti ad attribuirle l'assetto che ha attualmente, disciplinato dagli artt. L. 611-4 ss. ed R. 611-22ss. *Code de commerce*.

La procedura può essere attivata a beneficio di due categorie di soggetti:

- imprenditori che esercitano un'attività commerciale o artigianale, indipendentemente dalla forma prescelta<sup>365</sup> (art. L. 611-4 *Code de commerce*);
- persone giuridiche di diritto privato o persone fisiche che esercitano un'attività professionale indipendente, “*compresa una professione liberale soggetta a uno statuto legislativo o regolamentare o il cui titolo è protetto*” (art. L. 611-5 *Code de commerce*)<sup>366</sup>.

Nel primo caso competente ad attivare la *conciliation* è il *Tribunal de commerce*. Nel secondo, invece, la competenza è riservata al *Tribunal de grande instance* e il suo presidente esercita gli stessi poteri attribuiti al presidente del Tribunale commerciale.

---

<sup>364</sup> Cfr. ordinanza 18.12.2008, n. 2008-1345 e ordinanza 12.03.2014, n. 2014-326

<sup>365</sup> Vi rientrano ad es. persone fisiche, società commerciali, GIE, cooperative, *etc.*

<sup>366</sup> Si noti che un orientamento giurisprudenziale costante della Corte suprema francese esclude che in tale categoria vi rientrino quei soggetti che esercitano un'attività professionale ma non in modo indipendente poiché – in qualche maniera – ricevono ordini da terzi o collaborano con essi. Ad es. sono esclusi dipendenti, mandatari, agenti commerciali, dirigenti di società, soci di una società per l'esercizio di una professione liberale, *etc.* .

Rispetto al *règlement amiable*, quello che emerge è un ampliamento dei soggetti passivi, atteso che la previgente procedura non era applicabile ai professionisti.

Va notato, inoltre, che l'art. L. 611-5 ci tiene a ribadire l'inapplicabilità della *procédure* agli “agricoltori che beneficiano della procedura di cui agli artt. da L. 351-1 a L. 351-7 del Code rural et de la pêche maritime<sup>367</sup>”.

Il presupposto oggettivo è più complesso rispetto a quello dell'allerta o del *mandat ad hoc*, posto che la conciliazione rappresenta uno sbocco ulteriore in caso di fallimento delle prime due. È sancito dall'art. L. 611-4 *Code de commerce*, il quale dispone che per l'apertura della procedura devono sussistere due condizioni cumulative. Da un lato, il debitore deve dimostrare di versare in una situazione di difficoltà dal punto di vista legale, economico o finanziario e tale difficoltà deve essere “*comprovata o prevedibile*”. Dall'altro, l'imprenditore non deve essere in stato in cessazione dei pagamenti da oltre quarantacinque giorni, atteso che – qualora si verifichi questa evenienza – sussiste il presupposto per l'attivazione di una procedura pensata per la gestione delle crisi già in essere. Si deve dedurre, dunque, che la *conciliation* mira a risolvere in modo concordato la crisi, qualora l'insolvenza non si sia ancora manifestata ovvero sia recentemente insorta.

Quanto al primo presupposto, la giurisprudenza ha ripetutamente ribadito che deve trattarsi di una difficoltà seria di breve o medio termine, tale da giustificare un trattamento preventivo, in mancanza del quale, la difficoltà potrebbe trasformarsi in una crisi insuperabile.

È d'obbligo notare che – facendo riferimento alla “*difficoltà prevedibile*” come presupposto oggettivo – il legislatore francese ha scelto di attivare le misure preventive ancor prima rispetto al momento previsto dalla normativa europea<sup>368</sup>, la quale ha sancito che le procedure precoci volte alla gestione delle difficoltà imprenditoriali devono essere innescate nel momento in cui l'imprenditore versa in una situazione di “*probabilità d'insolvenza*”, che è uno stadio di decozione più avanzato della “*difficoltà prevedibile*” stabilito dalla legge francese.

Bisogna sottolineare, inoltre, che è richiesto un ulteriore presupposto. La *conciliation*, infatti, non può essere avviata se – nei tre mesi antecedenti alla richiesta di apertura della stessa – è stata aperta un'altra conciliazione. L'intento del legislatore – che

---

<sup>367</sup> Codice rurale e della pesca marittima vigente nell'ordinamento francese

<sup>368</sup> Raccomandazione Commissione UE 2014/135/UE del 12.03.2014

sancisce tale principio all'art L. 611-6 *Code de commerce* – è quello di evitare che l'imprenditore in difficoltà benefici di un regime preferenziale troppo a lungo, andando a ledere gli interessi dei creditori tramite la neutralizzazione o il rallentamento delle loro richieste.

Venendo alla procedura, al pari del *mandat ad hoc* questa è attivata dal presidente del Tribunale ma esclusivamente su richiesta del beneficiario. Non è ammessa, dunque, né l'iniziativa d'ufficio né quella di altri soggetti come i creditori o il Pubblico Ministero.

È necessario domandarsi, tuttavia, se – al verificarsi del presupposto oggettivo – sorga un vero e proprio obbligo in capo al debitore<sup>369</sup> o se si tratti di una mera facoltà. Nella risposta è fondamentale distinguere due diverse ipotesi. Da una parte, se il debitore ha cessato i pagamenti<sup>370</sup>, è obbligato a presentare l'istanza al Tribunale competente entro quarantacinque giorni, a pena della sanzione di cui all'art. L. 653-8, c. 1 *Code de commerce*, il quale sancisce il “*divieto di dirigere, gestire, amministrare o controllare, direttamente o indirettamente, qualsiasi attività commerciale o artigianale, qualsiasi azienda agricola e qualsiasi persona giuridica*”.

D'altra parte, se il debitore si trova in una situazione di difficoltà – comprovata e prevedibile – dal punto di vista legale, economico o finanziario ma non è ancora in uno stato di cessazione dei pagamenti, è libero di decidere se attivare o meno la procedura e, dunque, quest'ultima assume una connotazione di volontarietà.

Passando alla domanda – ai sensi dell'art. L. 611-6 *Code de commerce* – il debitore deve esporre dettagliatamente la situazione economica, finanziaria, sociale e patrimoniale in cui versa l'impresa. Inoltre, deve precisare le sue esigenze di finanziamento e, se necessario, i mezzi con cui intende farvi fronte. Egli deve, in breve, convincere il presidente del Tribunale che l'istituzione di una procedura di conciliazione gli consentirà di superare le proprie difficoltà. Ovviamente gli sforzi dell'imprenditore in tale direzione devono essere maggiori se egli versa in stato di cessazione dei pagamenti atteso che – dal canto suo – il presidente dovrà contemperare gli interessi dell'imprenditore con quelli dei creditori, i quali sarebbero ulteriormente lesi se la situazione dell'impresa dovesse peggiorare.

Oltre ai contenuti già menzionati, la legge sancisce che la domanda deve essere accompagnata da una serie di documenti elencati dall'art. R. 611-22 *Code de*

---

<sup>369</sup> Come accade nel caso del *redressement* o della *liquidation judiciaire*

<sup>370</sup> Ovviamente da meno di quarantacinque giorni, secondo quanto previsto dall'art. L. 611-4

*commerce*<sup>371</sup>.

Dopo aver ricevuto l'istanza, il presidente del Tribunale fa convocare dal cancelliere il rappresentante legale della persona giuridica o la persona fisica debitrice per raccogliergli eventuali dichiarazioni<sup>372</sup>. Al termine di tale fase, decide se dare o meno un seguito alla domanda. Se la richiesta di nomina di un conciliatore o la richiesta di proroga del suo mandato non è accolta, il debitore può proporre appello<sup>373</sup>.

Qualora il presidente del Tribunale reputi che sia opportuno aprire la *conciliation* perché sussistono concrete possibilità di salvare l'impresa, nomina – con ordinanza – un *conciliateur* la cui identità può essere proposta anche dal debitore, sebbene l'indicazione non sia in alcun modo vincolante per il Tribunale.

L'ordinanza di cui si discorre – in virtù di quanto stabilito dall'art. R. 611-23 *Code de*

---

<sup>371</sup> Salvo deroghe, vanno allegati:

1. il certificato di iscrizione nei registri di cui all'articolo R. 621-8 o, nel caso, il numero di identificazione univoco;
2. il resoconto dei crediti e dei debiti, accompagnato da un programma di pagamento e dall'elenco dei principali creditori;
3. lo stato patrimoniale nonché lo stato degli impegni fuori bilancio;
4. i conti annuali, la tabella dei finanziamenti nonché lo stato dell'attivo realizzabile e disponibile, i valori operativi esclusi e le passività esigibili degli ultimi tre esercizi, se questi documenti sono stati redatti;
5. una certificazione attestante l'assenza di una procedura di conciliazione nei tre mesi precedenti la data della richiesta;
6. una dichiarazione che indichi, eventualmente, l'assunzione da parte di terzi dei costi della procedura di cui si chiede l'attivazione.

Infine – secondo quanto stabilito dall'art. L. 611-6 *Code de commerce* – la richiesta deve precisare degli elementi eventuali che sono: la data di cessazione dei pagamenti, se tale evento si è verificato; l'ordine professionale o l'autorità a cui appartiene il debitore, se questi è un professionista; l'identità e l'indirizzo del conciliatore, se quest'ultimo è proposto dal debitore.

<sup>372</sup> In passato – prima della riforma del 2008 – la legge attribuiva ampi poteri investigativi al presidente del Tribunale, che poteva sia assumere informazioni da vari soggetti – ai sensi dell'art. L. 611-2, c.2 – sia conferire l'incarico ad un esperto per la redazione di un resoconto sulla situazione in cui versava l'impresa. A seguito della modifica, i poteri d'indagine di cui gode il presidente del Tribunale prima dell'apertura della procedura sono praticamente nulli atteso che il suo convincimento si fonda sulla domanda e sulle dichiarazioni del rappresentante legale della persona giuridica o della persona fisica debitrice. I suddetti poteri – come si vedrà – possono essere oggi esercitati dal presidente del Tribunale dopo l'apertura della *procédure de conciliation*

<sup>373</sup> Personalmente o a mezzo lettera raccomandata con avviso di ritorno inviata alla cancelleria del Tribunale. Si noti che – ai sensi dell'art. R. 611-26 – il debitore non è tenuto a conferire l'incarico ad un difensore.

Il presidente del Tribunale può – entro cinque giorni dalla proposizione dell'appello – modificare o ritirare la propria decisione e – in entrambe le ipotesi – il cancelliere notifica la decisione al debitore.

Se il presidente non ritiene opportuno procedere in tal senso, il cancelliere del Tribunale trasmette senza ritardo al cancelliere della Corte d'appello il fascicolo del caso unitamente alla dichiarazione di appello e ad una copia della decisione di primo grado e avvisa il debitore dell'avvenuta trasmissione.

L'appello è istruito e giudicato secondo le norme applicabili alla *procédure en matière gracieuse* davanti al *Tribunal de grande instance*. Si tratta di una procedura avviata davanti ad un Tribunale ma in assenza di contenzioso e quindi di un avversario. Il suo opposto è la procedura con carattere contenzioso. Per approfondimento cfr. <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/matiere-gracieuse.php>

*commerce* – deve anche dettare le disposizioni sulla remunerazione del conciliatore e sono applicabili – sul punto – le stesse norme previste dalla legge per il mandatario *ad hoc*. Inoltre, deve indicare i compiti che il *conciliateur* è chiamato a svolgere. E, infine, deve stabilire la durata della procedura, la quale può restare aperta non più di quattro mesi<sup>374</sup>, prorogabili fino ad massimo di cinque con un atto motivato del presidente del Tribunale, su richiesta del debitore (art. L.611-6, c. 2 *Code de commerce*).

Entro il termine della procedura, è opportuno che sia non solo raggiunto l'accordo ma anche che ne venga richiesta l'omologazione, di cui si parlerà più approfonditamente nel prosieguo. Se tale domanda perviene prima della scadenza prefissata, allora il mandato del conciliatore e la *conciliation* sono prorogate fino alla conclusione del giudizio di omologazione con decisione del presidente del Tribunale. In caso contrario, una richiesta di omologazione fuori tempo massimo determina l'estinzione automatica della conciliazione, la quale non può essere riaperta nei tre mesi successivi.

Venendo agli obblighi di notifica della decisione che apre la procedura, bisogna notare che questa è notificata – dal cancelliere – al debitore richiedente e al conciliatore nominato. La notifica deve riprodurre in entrambi i casi gli artt. R. 611-27 e R. 611-28, relativi all'esercizio del diritto di ricusazione del debitore nei confronti del conciliatore e – nel secondo caso – anche le incompatibilità con la funzione di conciliatore stabilite dall'art. L. 611-13 e applicabili altresì al *mandataire ad hoc* (art. R. 611-25 *Code de commerce*).

Il conciliatore dovrà informare senza ritardo il presidente del Tribunale della sua accettazione o

del suo rifiuto. In caso di accettazione, allega anche la certificazione attestante l'assenza di incompatibilità.

Inoltre, il cancelliere deve comunicare<sup>375</sup> l'apertura della procedura al Pubblico Ministero, affinché questi possa eventualmente proporre appello verso l'ordinanza<sup>376</sup>. E – se il debitore è sottoposto alla revisione legale dei conti – la comunicazione va fatta per di più al *commissaire aux comptes*. Infine – quando il debitore esercita un'attività professionale soggetta ad uno statuto legislativo o regolamentare o il cui titolo è protetto

---

<sup>374</sup> Un mese in più dunque, rispetto al *mandat ah hoc*

<sup>375</sup> Art. L.611-6 *Code de commerce*

<sup>376</sup> L'appello presentato dal Pubblico Ministero contro l'ordinanza di apertura della procedura di conciliazione è istruito e giudicato secondo la procedura senza rappresentanza obbligatoria ai sensi dell'art. R. 611-26-1 *Code de commerce*

– la comunicazione va inoltrata, in aggiunta, all'ordine professionale o all'autorità a cui il debitore è sottoposto, dinnanzi ai quali il professionista deve eventualmente riferire.

Non sono previsti, invece degli obblighi informativi a vantaggio delle rappresentanze dei dipendenti dell'impresa, il che sta a significare che la procedura ha un carattere confidenziale finché non interviene eventualmente la *constatation* o l'omologazione.

Il conciliatore può – come già accennato – essere ruscato dal debitore se sussiste uno dei presupposti di cui all'art. R. 611-27 *Code de commerce*<sup>377</sup>. La richiesta di ruscuzione – motivata e, se necessario, accompagnata da prove – deve essere presentata entro quindici giorni dalla notifica dell'ordinanza di nomina del conciliatore, con un atto scritto depositato presso la cancelleria del Tribunale o con una dichiarazione orale trascritta dal cancelliere in un processo verbale. La presentazione di tale domanda sospende la procedura fino ad una decisione definitiva del giudice sulla ruscuzione (art. R. 611-28 *Code de commerce*) e, dunque il conciliatore si astiene dall'esecuzione delle proprie funzioni fino a tale decisione. A tal fine il cancelliere notifica al conciliatore la richiesta di ruscuzione mediante lettera raccomandata con ricevuta di ritorno.

Entro otto giorni dal ricevimento di questa, egli dovrà portare a conoscenza del presidente del Tribunale – per iscritto – la sua accettazione della ruscuzione o le ragioni per le quali si oppone alla stessa.

Se il conciliatore è d'accordo viene sostituito senza ritardo (art. R. 611-28 *Code de commerce*). Diversamente – se si oppone alla ruscuzione o non risponde – la questione deve essere esaminata dal presidente del Tribunale, dal debitore e dal conciliatore che viene sentito o perlomeno convocato.

Il decreto che decide sulla ruscuzione è notificato dal cancelliere al debitore e una copia è anche consegnata o inviata al conciliatore. Se la domanda è accolta, il *conciliateur* ruscato è sostituito senza ritardo, in caso contrario la decisione di rigetto della domanda di ruscuzione può essere impugnata dal debitore dinnanzi al primo presidente della

---

<sup>377</sup>Ossia se:

1. il conciliatore ha un interesse personale diretto o indiretto nella procedura;
2. esiste un collegamento diretto o indiretto – di qualsiasi natura – tra il conciliatore e uno dei creditori o uno dei dirigenti o degli agenti per conto di un creditore;
3. c'è una causa di sfiducia tra il conciliatore e il debitore;
4. sussiste una delle ipotesi di incompatibilità con il ruolo di conciliatore di cui all'art. L. 611-13;
5. il conciliatore è stato definitivamente radiato o destituito da una professione regolamentata

corte d'appello entro dieci giorni dalla notifica<sup>378</sup>.

Prima di passare all'analisi della procedura e ai poteri del conciliatore è opportuno notare che – sebbene il diritto di chiedere la riconsiderazione spetti al debitore – il conciliatore è tenuto ad informare tempestivamente il presidente del Tribunale di ogni elemento che possa costituire motivo di riconsiderazione e di ogni altra questione che possa giustificare la cessazione del suo incarico, di cui egli non aveva cognizione nel momento in cui ha accettato la propria nomina (art. R. 611-34-1 *Code de commerce*). Quindi, talvolta, il giudizio di riconsiderazione – che viene deciso dal giudice competente per l'apertura della conciliazione – può essere avviato dal conciliatore.

Venendo alla procedura, l'art. L. 611-6 *Code de commerce* riconosce al presidente del Tribunale – dopo l'apertura della *conciliation* e in qualsiasi momento della stessa<sup>379</sup> – il potere di assumere delle informazioni sul debitore<sup>380</sup>, nonostante eventuali disposizioni legislative o regolamentari contrarie. Si tratta, in sostanza, dello stesso potere informativo analizzato nell'ambito delle procedure d'allerta. Le informazioni in oggetto devono essere relative alle condizioni economiche, finanziarie, sociali e patrimoniali del debitore e sono utili a definire non solo la situazione in cui versa l'impresa ma anche le prospettive di risoluzione. Inoltre, il presidente può incaricare un esperto da lui scelto di effettuare una perizia sulla situazione del debitore.

I compiti del *conciliateur* sono menzionati dall'art. L. 611-7 *Code de commerce*. Oltre alla missione principale – già citata – di stimolare la conclusione di un accordo tra il debitore e i suoi principali creditori per porre fine alle difficoltà dell'azienda, l'articolo fa riferimento alla possibilità di avanzare *qualsiasi proposta* per salvaguardare l'impresa, proseguire l'esercizio dell'attività aziendale e mantenere inalterate le soglie occupazionali. Inoltre, il conciliatore può essere incaricato – su richiesta del debitore e previa consultazione dei creditori partecipanti – del trasferimento parziale o totale

---

<sup>378</sup> L'appello è proposto mediante consegna o invio alla cancelleria della corte d'appello di una nota indicante le motivazioni. Il cancelliere della corte d'appello convoca il debitore e il conciliatore con lettera raccomandata con ricevuta di ritorno inviata con almeno quindici giorni di anticipo rispetto alla data fissata per il contraddittorio. Alla convocazione del conciliatore va allegata la nota presentata in sede di ricorso in appello dal debitore, di cui all'art. R. 611-33, c. 2 (art. R. 611-34 *Code de commerce*). La convocazione è necessaria affinché il primo presidente o un suo delegato possano sentire debitore e conciliatore nel contraddittorio delle parti. La decisione in sede di appello viene notificata dal cancelliere al debitore e il conciliatore è avvisato dell'esito.

<sup>379</sup> Art. R. 611-24 *Code de commerce*

<sup>380</sup> Da revisori dei conti, esperti contabili, notai, membri e rappresentanti del personale, amministrazioni e organismi pubblici, enti di previdenza sociale, istituti di credito, società finanziarie, istituti di moneta elettronica, servizi responsabili della centralizzazione dei rischi bancari e delle morosità.

dell'azienda<sup>381</sup>, il quale tuttavia potrebbe essere attuato – se necessario – nell'ambito di una successiva procedura di *sauvegarde*, di *redressement judiciaire* o di *liquidation judiciaire*.

Preme sottolineare, invece, che il conciliatore non ha assolutamente il potere di ingerirsi nell'attività di gestione dell'impresa.

Nell'esercizio dei suoi compiti, egli è tenuto a rispettare un vincolo di riservatezza<sup>382</sup>. Può, però, chiedere al debitore ogni ulteriore informazione che dovesse ritenere necessaria dopo aver appreso dal presidente del Tribunale quanto in sua conoscenza, nonché eventualmente i risultati della perizia effettuata. Il suo operato può essere contestato dal debitore che è l'unico soggetto che gode di tale potere nel rispetto – ovviamente – delle condizioni e dei termini stabiliti dalla legge.

Va notato che delle norme parzialmente differenti sono sancite per gli accordi che coinvolgono come creditori organismi particolari menzionati dall'art. L. 611-7, c. 3 *Code de commerce* (tra cui vi rientrano le amministrazioni finanziarie, gli organismi di sicurezza sociale, le istituzioni che gestiscono il regime di assicurazione contro la disoccupazione di cui agli artt. L. 5422-1 ss. del Codice del lavoro, *etc.*). Tali soggetti – in ragione della loro rilevanza nel sistema statale e della necessaria solidità che li deve contraddistinguere – possono sì rimettere in tutto o in parte i debiti secondo la normativa ordinaria però sono tenuti anche a rispettare i limiti fissati dall'art. L. 626-6 *Code de commerce*.

Mentre il conciliatore svolge il proprio mandato alla ricerca di un accordo, se il debitore è messo in mora o citato in giudizio da un creditore, può chiedere al giudice<sup>383</sup> che ha aperto la conciliazione di applicare le disposizioni dell'art. 1343 -5 *Code civil*. Quest'ultimo prevede una serie di norme volte a rimodulare la restituzione del debito, a controllare la maturazione degli interessi e a rinviare le procedure esecutive avviate dai creditori.

Durante l'esecuzione della procedura il conciliatore riferisce al presidente del Tribunale sull'andamento della sua missione ed esprime il suo parere sulla diligenza del debitore.

Se è impossibile raggiungere un accordo, il *conciliateur* deve immediatamente

---

<sup>381</sup> Nell'eventualità in cui il debitore avanzi questa ulteriore richiesta sono applicabili le norme di cui all'art. R. 611-26-2 *Code de commerce* relative all'ampliamento della procedura

<sup>382</sup> Come il mandatario *ad hoc* e come chiunque venga a conoscenza di tali procedure a causa dell'esercizio delle proprie funzioni (art. L. 611-15 *Code de commerce*)

<sup>383</sup> Il giudice decide dell'applicazione dopo aver sentito il *conciliateur*

presentare una relazione al presidente del Tribunale. In tal modo egli pone fine al proprio mandato e la *conciliation* si chiude<sup>384</sup>.

Qualora, invece, riesca a portare a termine con esito positivo il proprio incarico e, dunque, si giunge ad un'intesa, l'accordo deve divenire oggetto di un'ordinanza "di constatazione" oppure deve essere omologato (art. L. 611-8 *Code de commerce*). Nel primo caso il presidente del Tribunale – su richiesta congiunta delle parti<sup>385</sup> – prende atto dell'accordo e lo rende esecutivo con un'ordinanza che non è soggetta né a pubblicazione né ad appello e che pone fine alla procedura di *conciliation*. L'ordinanza e gli allegati sono depositati presso la cancelleria del Tribunale e una copia di essi – che vale come titolo esecutivo – può essere rilasciata solo a coloro che possono avvalersi delle disposizioni del contratto (art. R.611-39 *Code de commerce*). È fondamentale notare che l'ordinanza "di constatazione" può essere emessa soltanto qualora vi sia una dichiarazione certificata del debitore – che viene allegata all'ordinanza stessa – attestante che egli non era insolvente (ossia non si trovava in stato di cessazione dei pagamenti) al momento della conclusione dell'accordo o che quest'ultimo è idoneo a porre fine all'inadempienza.

L'omologazione, invece, può essere richiesta dal solo debitore qualora ricorrano i seguenti presupposti:

1. il debitore non è in stato di cessazione dei pagamenti o l'accordo concluso pone fine a tale stato;
2. i termini dell'accordo sono tali da garantire la continuità dell'attività dell'impresa;
3. l'accordo non pregiudica gli interessi dei creditori non firmatari.

Ai sensi dell'art. L. 611-8-1 *Code de commerce*, il debitore che chiede l'omologazione è tenuto a comunicare il contenuto dell'accordo agli organi rappresentativi del personale dell'impresa.

Inoltre – sempre con finalità informative – un avviso del giudizio di omologazione è inserito nel *Bulletin officiel des annonces civiles et commerciales* (letteralmente Bollettino ufficiale degli annunci civili e commerciali)<sup>386</sup> ed è pubblicato

---

<sup>384</sup> La sua decisione è notificata al debitore e comunicata al Pubblico Ministero ai sensi dell'art. L. 611-7 *Code de commerce*

<sup>385</sup> Per parti si intendono il debitore e i creditori firmatari

<sup>386</sup> L'inserzione contiene – tra le altre indicazioni – il nome del debitore, la sua sede o – quando è una persona fisica – l'indirizzo dell'impresa. Viene anche menzionato il suo codice univoco di identificazione

su un giornale di annunci legali del luogo in cui il debitore ha la propria sede o – se questi è una persona fisica – del luogo in cui si trova l'impresa. Nell'avviso si menziona il fatto che il fascicolo del giudizio è depositato presso la cancelleria affinché ogni persona interessata possa prenderne atto<sup>387</sup>.

Il Tribunale decide sull'omologazione – mettendo fine alla procedura di *conciliation* – dopo aver sentito o perlomeno convocato in camera di consiglio il debitore, i creditori parti dell'accordo, i rappresentanti del personale, il conciliatore, il Pubblico Ministero ed – eventualmente – l'ordine professionale o l'autorità competente se il debitore esercita una libera professione. Inoltre, il giudice può ascoltare qualsiasi altra persona alla cui audizione reputi opportuno procedere (art. L. 611-9 *Code de commerce*)<sup>388</sup>.

L'ordinanza di omologazione non riproduce l'accordo ma si limita soltanto a menzionare le garanzie e i privilegi stabiliti – al fine di garantirne l'esecuzione – nonché i privilegi costituiti ai sensi dell'art. L. 611-11 (art. R. 611-40 *Code de commerce*).

È notificata dal cancelliere al debitore e ai creditori firmatari dell'accordo ed è comunicata al conciliatore e al Pubblico Ministero (art. R. 611-41 *Code de commerce*). Se il debitore è soggetto alla revisione legale dei conti, l'accordo omologato viene inviato al suo *commissaire aux comptes*. In tal caso l'ordinanza di omologazione – oltre ad essere depositata presso la cancelleria affinché ogni persona interessata possa prenderne conoscenza – è soggetta a particolare pubblicità.

Il potere di impugnazione è attribuito al Pubblico Ministero e – in caso di controversia relativa al privilegio di cui all'art. L. 611-11 – alle parti dell'accordo. L'ordinanza può essere altresì oggetto di opposizione da parte di terzi (art. L. 611-10 *Code de commerce*).

La decisione del giudice che rigetta l'omologazione, invece, non è pubblicata ma è suscettibile di appello<sup>389</sup>.

Quando il presidente del Tribunale rende esecutivo l'accordo con l'ordinanza “di constatazione” o lo omologa, può – su richiesta del debitore – nominare un mandatario

---

e, se previsto, il nome della città in cui si trova la cancelleria o la Camera di commercio e artigianato regionale in cui è registrato (art. R. 611-43 *Code de commerce*)

<sup>387</sup> Tali formalità sono effettuate d'ufficio dal cancelliere entro otto giorni dalla data di inizio del giudizio

<sup>388</sup> Coloro che vengono ascoltati possono prendere visione dell'accordo presso la cancelleria del Tribunale ai sensi dell'art. R. 611-40 *Code de commerce*

<sup>389</sup> Ad esso si applicano le medesime regole viste per l'appello in ipotesi di rigetto della richiesta di nomina di un conciliatore o della richiesta di proroga del suo mandato. Va notato che anche in tal caso le parti non sono tenute alla nomina di un difensore (art. R. 611-42 *Code de commerce*).

per l'esecuzione dello stesso e questi resta in carica fino alla completa esecuzione di quanto previsto dall'accordo. In ogni caso, il *conciliateur* prima della nomina deve esprimersi sull'utilità di tale ruolo e deve manifestare il suo consenso (art. R. 611-40-1 *Code de commerce*).

La *procédure de conciliation* può chiudersi in tre occasioni anticipatamente rispetto alla sua naturale "scadenza". *In primis*, il conciliatore può chiedere al presidente del Tribunale di porre fine al suo mandato quando reputa indispensabili le misure che ha proposto e che sono state, invece, rifiutate dal debitore (art. R. 611-36 *Code de commerce*)<sup>390</sup>. Inoltre, in caso di difficoltà che ostacolano l'esercizio delle sue funzioni, anche il mandatario per l'esecuzione può chiedere – tramite un rapporto presentato senza ritardo – al presidente del Tribunale o al Tribunale – a seconda del caso – di porre fine al mandato con una decisione notificata al debitore (art. L. 611-8, ultimo comma *Code de commerce*). Infine, lo stesso debitore può – in qualsiasi momento – chiedere al Tribunale di porre fine, senza ritardo, alla conciliazione o all'esecuzione dell'accordo<sup>391</sup>(art. R. 611-37 e R. 611-38 *Code de commerce*).

L'accordo (reso esecutivo con ordinanza "di constatazione" o omologato) – oltre a produrre gli effetti stabiliti dalle parti d'intesa tra loro – interrompe o impedisce, per tutto il periodo di esecuzione, qualsiasi azione o procedimento legale sui beni mobili e immobili del debitore. Inoltre, nello stesso periodo non maturano gli interessi anatocistici e restano sospesi i termini stabiliti a favore dei creditori parte dell'accordo per l'esercizio dei diritti relativi ai crediti oggetto dell'accordo stesso.

Se in sede di esecuzione il debitore è messo in mora o citato in giudizio da uno dei creditori chiamati alla conciliazione per ottenere il pagamento di un debito che non è stato oggetto dell'accordo, il giudice che ha avviato la conciliazione può<sup>392</sup> applicare le disposizioni dell'art. 1343 -5 *Code civil*, tenendo conto delle condizioni di esecuzione dell'accordo stesso. Tale previsione non è applicabile ai creditori di cui all'art. L. 611-7, c. 3 *Code de commerce*.

---

<sup>390</sup> La richiesta viene avanzata con una relazione – la cui copia è inviata al debitore, custodita presso la cancelleria del Tribunale e comunicata dal cancelliere al Pubblico Ministero (art. R. 611-38-2 *Code de commerce*) – nella quale sono esposte le ragioni per cui è impossibile pervenire ad un accordo. La decisione del presidente del Tribunale in merito alla chiusura della procedura è notificata al debitore e comunicata al Pubblico Ministero

<sup>391</sup> In tal caso l'ordinanza che chiude la *conciliation* non è soggetta ad appello ed è comunicata dal cancelliere al conciliatore e al Pubblico Ministero

<sup>392</sup> Su richiesta del debitore e dopo aver raccolto, se del caso, le osservazioni del mandatario per l'esecuzione dell'accordo

L'accordo di conciliazione produce effetti anche nei confronti di soggetti diversi dalle parti. Infatti, dall'art. L. 611-10-2 *Code de commerce* emerge che i coobbligati o coloro che hanno concesso una garanzia personale o reale beneficiano dei vantaggi riconosciuti al debitore in applicazione del c. 5 dell'articolo L. 611-7 (dilazioni di pagamento, sospensione azioni esecutive, limiti alla maturazione di interessi, *etc.*) nonché delle disposizioni dell'accordo omologato.

Se è raggiunta l'intesa, inoltre, viene abolito automaticamente qualsiasi divieto di emettere assegni<sup>393</sup> previsto dalla legge in caso di apertura della conciliazione. Tuttavia, quando il debitore è un imprenditore individuale a responsabilità limitata, tale divieto viene revocato soltanto in relazione ai conti delle attività interessate dalla procedura.

È opportuno sottolineare che l'accordo di conciliazione non è assolutamente definitivo. Infatti, se il presidente del Tribunale – adito da una delle parti – constata l'inadempimento degli obblighi assunti ne dichiara la risoluzione<sup>394</sup> ai sensi dell'art. L. 611-10-3 *Code de commerce* e può anche dichiarare la decadenza da qualsiasi dilazione di pagamento accordata.

Si applicano le disposizioni previste a tutela del debitore dall'art. L. 611-16 *Code de commerce*, già analizzate in quanto applicabili anche al *mandat ad hoc*.

Per concludere la trattazione della *procédure de conciliation* è doveroso menzionare gli artt. L. 611- 11 e L. 611-12 *Code de commerce* che si riferiscono all'eventualità in cui dopo l'apertura della conciliazione sia opportuno dichiarare aperta una procedura di *sauvegarde*, di *redressement judiciaire* o di *liquidation judiciaire* a causa dell'aggravamento delle difficoltà aziendali e dell'insorgere dei presupposti di tali procedure, che – è bene metterlo subito in chiaro – pongono automaticamente fine all'accordo oggetto di constatazione o omologato (art. L. 611-12 *Code de commerce*).

Il primo articolo a cui si è fatto riferimento dispone che in caso di apertura di una delle procedure elencate, coloro che – prendendo parte all'accordo omologato in sede di conciliazione – avevano consentito al debitore di rimediare un contributo in contanti per

---

<sup>393</sup> L'art. R. 611-45 prevede che, per giustificare la possibilità di emettere nuovamente assegni, il debitore debba presentare all'istituto bancario una copia della sentenza di omologazione dell'accordo e un estratto degli "incidenti di pagamento". L'istituto provvede prontamente ad informare la *Banque de France* ai fini della regolarizzazione della posizione del soggetto

<sup>394</sup> La decisione di risoluzione dell'accordo – oltre ad essere oggetto delle formalità di carattere pubblicitario previste dall'art. R. 611-43 *Code de commerce* – deve essere comunicata al Pubblico Ministero e notificata dal cancelliere ai creditori che vedono rimodulati i termini di riscossione del credito.

assicurare il proseguimento dell'attività aziendale e la sua durabilità, sono pagati, per l'ammontare di questo contributo, in via privilegiata prima di ogni altra pretesa<sup>395</sup>. Le persone che, invece, nello stesso contesto, avevano fornito un nuovo bene o servizio al fine di assicurare la continuità aziendale e la sua durabilità beneficiano dello stesso privilegio per il prezzo di questo bene o servizio. Questa disposizione non si applica ai versamenti effettuati dai soci a titolo di aumento di capitale.

I creditori firmatari dell'accordo non possono beneficiare direttamente o indirettamente di questa disposizione in relazione a fatti anteriori all'apertura della conciliazione.

Va notato, infine, che – con l'apertura delle procedure in questione – i creditori recuperano integralmente i loro crediti e le loro fideiussioni, fatte salve le somme già incassate e senza pregiudicare la costituzione di privilegi di cui all'art. L. 611-11.

## ***7. La gestione dell'insolvenza: le altre procedure. Cenni***

Le procedure analizzate nel dettaglio nei paragrafi precedenti – la *procédure d'alerte*, il *mandat ad hoc* e la *procédure de conciliation* – sono inquadrare come misure di prevenzione delle difficoltà delle imprese nel sistema d'Oltralpe e costituiscono – insieme alla disciplina delle scritture contabili – gli strumenti principe per una corretta informazione sull'andamento dell'attività e per la gestione delle prime difficoltà dell'impresa, in un'ottica di prevenzione della crisi vera e propria.

Qualora l'attivazione di tali strumenti non dovesse sortire gli effetti sperati, atteso che – nonostante il ricorso ad essi – potrebbe ben verificarsi un aggravamento della crisi, possono essere innescate – come già si diceva in conclusione del paragrafo precedente – delle *procedures collectives* ossia delle procedure di natura concorsuale di cui, in questa sede, si intende fornire solo i tratti caratteristici salienti.

Prima di procedere, preme sottolineare che non è ammessa nei confronti di un singolo debitore l'apertura concomitante di due procedure (ad es. una misura preventiva e una di gestione della crisi oppure due misure dello stesso tipo) dal momento che vige il *principio di unità del patrimonio* sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche.

---

<sup>395</sup> “secondo il grado previsto all'articolo L. 622-17 II e II dell'articolo L. 641-13” (art. L. 611-11 *Code de commerce*)

Delle tre misure attivabili – la *sauvegarde*, il *redressement judiciaire* e la *liquidation judiciaire* – la prima – disciplinata dagli artt. L. 620-1 ss. e R. 621-1 ss. *Code de commerce* – è certamente la misura più *soft*. È una sorta di ibrido tra le procedure preventive e le procedure di gestione della crisi in essere. Infatti, come le prime ha uno scopo di prevenzione, mentre – al pari delle seconde – ha una natura concorsuale e giudiziaria.

Si applica all'imprenditore in difficoltà che, tuttavia, non versa ancora in uno stato di cessazione dei pagamenti – e da ciò si deduce il suo scopo preventivo rispetto allo stato di insolvenza – e che non è in grado di superare la crisi senza la cooperazione dei creditori.

L'iniziativa per l'attivazione della procedura spetta alla volontà del debitore che può essere una qualsiasi persona giuridica di diritto privato o un professionista (commerciante, artigiano, agricoltore e libero professionista) ad esclusione della persona fisica non esercente attività professionale a cui è dedicata la procedura di sovraindebitamento (la c.d. procedura di *surendettement*) e – ovviamente – del soggetto sottoposto ad altra procedura concorsuale in virtù del principio sopra menzionato.

La *sauvegarde* viene aperta dal giudice dopo aver accertato la sussistenza dei due presupposti indicati e dopo aver sentito il debitore, i rappresentanti dei dipendenti ed, eventualmente, altri soggetti la cui audizione sembri opportuna. Il giudice può anche non dare seguito alla richiesta del debitore ed, eventualmente, optare per l'avvio di una delle due procedure che presuppongono lo stato di insolvenza, se questo sussiste.

La *sauvegarde* è decisamente più lunga rispetto alle procedure di gestione anticipata della crisi, posto che prevede inizialmente un periodo di osservazione di sei mesi, prorogabile di ulteriori sei mesi, durante il quale diversi soggetti osservano l'andamento dell'impresa. La vigilanza su questa fase spetta al *Juge commissaire* ossia al giudice delegato che è assistito dal Pubblico Ministero. Il giudice delegato designa, poi, dei controllori – da uno a cinque, secondo quanto ritiene opportuno – tra i creditori che ne fanno richiesta<sup>396</sup>, un *mandataire judiciaire* – anch'esso rappresentante dei creditori – due curatori, un ufficiale giudiziario – che proceda all'inventario e alla stima dei beni presenti nel patrimonio – e uno o più *administrateurs judiciaires* (amministratori giudiziari), la cui nomina è facoltativa per le imprese con meno di venti dipendenti e

---

<sup>396</sup> La costituzione del comitato dei creditori è obbligatoria solo per le imprese di maggiori dimensioni, secondo le soglie stabilite dall'art. L. 626-29 *Code de commerce*

con volume d'affari inferiore a tre milioni di Euro.

Il ruolo dell'amministratore può essere – a scelta del Tribunale – o di mera sorveglianza sulla gestione dell'attività (controllo *a posteriori*) oppure di assistenza nella gestione stessa (controllo *a priori*). Dunque simile per certi versi a quello dell'amministratore nell'amministrazione controllata italiana. Salvo questo parallelo, però, non si può sostenere che nel nostro Paese siano previste attualmente delle procedure analoghe alla *sauvegarde*<sup>397</sup>.

A prescindere dal ruolo assegnato all'amministratore, il debitore conserva il potere di disposizione su tutti gli atti non riservati al primo. Egli, inoltre, ha il compito di proporre ai creditori un *plan de sauvegarde* ossia una sorta di piano di risanamento che comporta la riorganizzazione dell'impresa – anche tramite una cessazione parziale (mai totale) o un ampliamento dell'attività – e la gestione delle passività – tramite remissioni del debito e scaglionamenti – al fine di consentire la continuità aziendale e la conservazione degli standard occupazionali.

I creditori devono – esplicitamente o implicitamente mediante silenzio-assenso – approvare il piano a maggioranza del 50% degli aventi diritto al voto e dei due terzi del totale complessivo dei crediti<sup>398</sup>. Solo qualora venga accertato il raggiungimento di tale accordo, il Tribunale può omologare il *plan* che ha una durata fissata dallo stesso giudice nel limite di dieci anni o – al massimo – di quindici anni se l'imprenditore esercita un'attività agricola. Anche per l'istituto in oggetto è prevista la figura dell'esecutore del piano che generalmente è l'amministratore o il mandatario giudiziale.

Dal 2014 è ammessa, inoltre, la facoltà per ciascun membro del comitato dei creditori di presentare un piano concorrente.

Se non sono stati costituiti comitati dei creditori o se questi non votano a favore del piano, il Tribunale ha dei poteri decisionali più ampi<sup>399</sup> e non si limita all'omologazione.

L'obiettivo dell'accordo e – in generale – della procedura è quello di conservare l'attività d'impresa, sebbene – oltre alla previsione del piano – anche il Tribunale possa ordinare la cessazione parziale (non totale) dell'attività qualora risulti opportuno ai fini

---

<sup>397</sup> Cfr. M. FABBRINI, *Nuove modifiche al diritto delle imprese in difficoltà francese* in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 1/2009, p. 745

<sup>398</sup> Generalmente la consultazione è individuale. Tuttavia, se sono stati costituiti dei comitati dei creditori, alla consultazione individuale segue una consultazione collettiva dei soli membri dei comitati

<sup>399</sup> Ad es. può modificare i termini dilatori o l'ammontare delle remissioni del debito

della continuità aziendale.

Al Tribunale è altresì attribuito il potere di chiudere la *sauvegarde* qualora dovesse riscontrare il venir meno delle difficoltà, così come – in caso di peggioramento della crisi e di sopravvenienza dell'insolvenza – è ammessa la conversione in *redressement judiciaire*.

In passato era prevista anche la possibilità di convertire – in qualsiasi momento – la procedura in oggetto nella *liquidation judiciaire*, ipotesi abrogata con l'*ordonnance* n. 2008-1345 con l'intento di evitare che gli imprenditori in crisi si tenessero alla larga dalla *sauvegarde* – accettando peraltro il rischio di un aggravamento delle difficoltà – pur di non incorrere nel pericolo di essere assoggettati ad una procedura più invasiva.

Oggi, il potere del Tribunale di dichiarare aperta la procedura di *liquidation* – oltre al *redressement judiciaire* – è fatta salva se i presupposti della stessa e, in particolare, la cessazione dei pagamenti vengono accertati nel corso dell'esecuzione del piano.

Gli effetti della procedura previsti dal *Code de commerce* sono molteplici. Si possono ricordare: il divieto di proseguire le azioni di cognizione ed esecutive nei confronti del debitore e dei suoi garanti o coobbligati, i quali – tra l'altro – possono avvalersi del piano; l'arresto del corso degli interessi per le obbligazioni infrannuali; il divieto di iscriverne privilegi ed ipoteche; l'inesigibilità dei crediti non scaduti<sup>400</sup>; *etc.* .

Va sottolineato, inoltre, che i contratti in corso – salvo quelli di lavoro e fiduciari – continuano a produrre effetti anche durante la procedura, anche se dell'esecuzione, della risoluzione e in generale delle vicende legate ad essi decide l'amministratore giudiziario, nell'interesse collettivo dei creditori<sup>401</sup>.

I crediti sorti dopo l'apertura della *sauvegarde* e maturati a causa di essa devono essere soddisfatti entro la scadenza pattuita e – in caso di inadempimento – è ammesso sia l'esercizio dell'azione esecutiva sia la costituzione di un privilegio qualora venga aperta la liquidazione.

Se il piano viene eseguito, il Tribunale – su richiesta del commissario esecutore – accerta con sentenza l'esecuzione. In caso contrario, l'accordo viene risolto e si procede con l'apertura della *liquidation* se vi sono i presupposti.

---

<sup>400</sup> A differenza di quanto accade nelle procedure di *redressement* e *liquidation* in cui anche i crediti non scaduti sono esigibili, onde evitare l'insoddisfazione del creditore a causa delle gravi condizioni in cui versa l'impresa

<sup>401</sup> Per approfondimento cfr. DE MATTEIS S., Op. cit., p. 333

In tempi relativamente recenti la legge<sup>402</sup> ha introdotto due varianti dell'istituto: la *sauvegarde financière accélérée* (artt. L. 628-9 e L. 628-10 *Code de commerce*) e la *sauvegarde accélérée* (art. L. 628-1 ss. *Code de commerce*) applicabili rispettivamente – la prima – al caso specifico di debiti bancari o di carattere obbligazionario, – la seconda – al debitore che non ha cessato i pagamenti e vorrebbe negoziare un piano con i creditori ancor prima di ricorrere alla *sauvegarde* vera e propria.

Passando al *redressement judiciaire* (artt. L. 631-1 ss. e R. 631-1 ss. *Code de commerce*), bisogna notare che questo risulta – nel complesso – una misura più invasiva della *sauvegarde* atteso è applicabile laddove sussiste a tutti gli effetti uno stato di insolvenza. Delle due misure di gestione dell'insolvenza acclarata, tuttavia, è quella meno incisiva. In una sorta di scala, si collocherebbe un gradino più in alto rispetto alla *sauvegarde* che ha un *quid* di preventivo e un gradino più in basso rispetto alla *liquidation judiciaire* che è applicabile qualora la crisi sia talmente grave da rendere inutile qualsiasi tentativo di risanamento dell'impresa.

Il presupposto soggettivo, invece, è assolutamente invariato rispetto a quello della procedura di salvaguardia, così come simile a questa – nei caratteri e nella durata – è la fase di osservazione. Al termine di quest'ultima l'amministratore nominato dal Tribunale propone un piano di risanamento che può comportare delle modifiche al capitale sociale (ad es. "esproprio" delle partecipazioni) nelle imprese di maggiori dimensioni<sup>403</sup>, qualora questa appaia come l'unica soluzione per evitare danni al sistema economico e proseguire l'esercizio dell'attività; o la continuazione dell'attività d'impresa in capo al debitore; ovvero la cessione totale o parziale della stessa a terzi. La proposta contenuta nel piano può essere anche frutto dell'esperienza diretta dell'amministratore dal momento che egli può ricevere dal giudice l'incarico di gestire autonomamente l'impresa.

Gli effetti della procedura sono molto simili a quelli della *sauvegarde*, sebbene – a differenza di quell'ipotesi – i coobbligati e i garanti non possano avvalersi di quanto previsto dal piano.

Venendo, infine, alla *liquidation judiciaire* – non si può prescindere dal ribadire che si tratta della procedura concorsuale applicabile alle imprese completamente decotte, ossia

---

<sup>402</sup> L. 22.10.2010, n. 2010-1249

<sup>403</sup> Società con almeno centocinquanta dipendenti o che controllano una società con almeno centocinquanta dipendenti

che versano in una situazione di difficoltà irreversibile. È disciplinata dagli artt. L. 640-1 ss. e R. 640-1 ss. *Code de commerce* ed è assimilabile per molti aspetti all'istituto del fallimento previsto nel nostro ordinamento giuridico, istituto che peraltro – a seguito della recentissima riforma – è qualificato come “*liquidazione giudiziale*”.

È attivabile dal debitore in stato di cessazione dei pagamenti, il cui risanamento è manifestamente impossibile.

Questo presupposto oggettivo rappresenta una sorta di “chiusura” del sistema. Si è potuto appurare che lo Stato francese ha a cuore la gestione delle difficoltà dell'impresa sia che si tratti di timidi sintomi sia che si tratti di mali irrecuperabili. Per certi versi il nostro Paese – appartenendo alla medesima tradizione giuridica – vanta dei tratti comuni, tuttavia – come meglio emerge dal raffronto contenuto nel capitolo successivo – è innegabile che essendo diversa la mentalità degli attori, è necessariamente differente il punto focale da cui l'impianto di prevenzione e gestione delle crisi d'impresa prende vita e, di conseguenza, l'assetto stesso delle misure adottate.

## CAPITOLO IV

### CONFRONTI, CRITICHE E OBIETTIVI

#### ***1. Osservazioni conclusive sulle differenze normative tra il sistema delineato nel Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza e il modello francese***

Dopo aver condotto un'analisi del sistema italiano e della normativa francese relativi all'emersione tempestiva della crisi d'impresa e dopo aver focalizzato, in particolare, le procedure di allerta, sembra opportuno compiere delle brevi riflessioni sulle differenze sostanziali emergenti.

Non si intende sviluppare un confronto pedissequo, onde evitare di limitarsi a riprodurre la disciplina già riportata nei capitoli precedenti. Per questo si è scelto di evidenziare soltanto alcuni tratti caratteristici dell'uno o dell'altro ordinamento al fine di coglierne i punti di forza e di debolezza ma, soprattutto, di intuire se le neonate procedure italiane potrebbero verosimilmente essere destinate al successo.

Se si prendono in considerazione le procedure di allerta nostrane e le *procédures d'alerte* francesi, quello che emerge, in primo luogo, è che in entrambi i casi siamo di fronte a misure attivabili da una molteplicità di soggetti.

In ambedue gli ordinamenti, infatti, l'allerta è concepita sia come interna che come esterna. Tuttavia, non si può fare a meno di notare che i soggetti legittimati a "lanciare l'allarme" sono certamente differenti. Nel sistema francese, all'allerta da parte dei *commissaires aux comptes* – figura corrispondente al revisore dei conti – si aggiunge quella attivabile dagli *associés* (i soci) e dal *comité d'entreprise* (il consiglio di fabbrica), oggi *comité social et économique*. Mentre l'allerta esterna può essere innescata dal *groupement de prévention agréé* (Gruppo di prevenzione approvato – GPA) o dal *président du Tribunal de commerce* (presidente del Tribunale di

commercio).

Nel sistema italiano, invece, oltre all'allerta interna degli organi di controllo societari e del revisore dei conti, è prevista l'allerta esterna attivabile solo ed esclusivamente dai creditori pubblici qualificati (Agenzia delle entrate, INPS, agente della riscossione).

Anche se la Francia, in apparenza, sembra riconoscere tale potere ad una cerchia più ampia di persone e la dottrina italiana ha sottolineato come tale aspetto abbia rappresentato un punto di forza di quella normativa<sup>404</sup>, bisogna evidenziare diverse questioni che riducono ampiamente la portata degli istituti previsti.

In particolare, messe da parte la procedura su iniziativa del *commissaire aux comptes* e quella su iniziativa del *président du Tribunal de commerce*, che talvolta – in relazione a determinati soggetti – è attivabile dal presidente del *Tribunal de grande instance*, le restanti procedure hanno un'incidenza decisamente limitata nel sistema. Innanzitutto il potere dei soci di attivare la *procédure d'alerte* è scarsamente esercitato per due distinti motivi. Da un lato, la legge non precisa quelli che dovrebbero essere gli effetti dello strumento, né dal punto di vista delle determinazioni che gli organi gestori dovrebbero assumere su sollecitazione dei soci, né relativamente alle sanzioni applicabili in caso di inerzia. Dall'altro, non è previsto alcun obbligo di comunicazione della procedura al Tribunale, cosicché la stessa ha davvero un effetto limitato.

Per quanto concerne, invece, l'allerta del *groupement de prévention agréé* (Gruppo di prevenzione approvato – GPA), l'istituto è scarsamente applicato per un problema che si presenta “a monte”: la modestissima diffusione dei GPA a causa del loro scarsissimo successo.

Infine, per quanto abbia un presupposto oggettivo che, in sostanza, risulta più ampio rispetto alle misure innescate dagli altri soggetti, va rilevato che l'allerta del *comité social et économique* è uno strumento di portata contenuta poiché l'allarme lanciato da tale organo è destinato a restare circoscritto all'interno dell'impresa, atteso che neppure in tal caso è previsto l'intervento dell'autorità giudiziaria.

Un punto comune, relativamente ai soggetti legittimati ad attivare la procedura in Francia e in Italia, invece, è rappresentato dall'esclusione della competenza del

---

<sup>404</sup> Cfr. MARINONI R., *Riflessioni in materia di modelli preventivi dell'insolvenza: analisi di modelli a noi vicini e considerazioni*, <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/riflessioni-materia-di-modelli-preventivi-dellinsolvenza-analisi-di-modelli-noi>, 30.03.2012

debitore. Questo potrebbe essere considerato un elemento a favore del successo della procedura, posto che l'imprenditore o gli amministratori si trovano coinvolti in un procedimento che non hanno voluto, che viene loro imposto e che prosegue a prescindere dal loro atteggiamento collaborativo.

Va notato, comunque, che in entrambi i Paesi vi sono degli strumenti di prevenzione dell'insolvenza attivabili dal solo debitore o in via autonoma o come prosecuzione della procedura d'allerta. Si fa riferimento al procedimento di composizione assistita della crisi e al *mandat ad hoc*, nell'ambito dei quali il debitore chiede il supporto di un soggetto (in Italia il collegio dell'OCRI, in Francia il *mandataire ad hoc*) per ricercare una soluzione concordata con i creditori alla crisi d'impresa.

Passando oltre, si può notare che una caratteristica fondamentale delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi nostrane – chiarito dall'art. 12 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza – è rappresentato dalla riservatezza e dalla confidenzialità delle procedure. Al contrario, in Francia l'allerta è sì confidenziale ma talvolta priva di riserbo, poiché dopo l'avvio viene portata a conoscenza del Tribunale e dei delegati del personale.

Un'altra differenza, ancora, investe il presupposto oggettivo sancito per l'attivazione della procedura. Secondo il *Code de commerce*, il presupposto generale<sup>405</sup> è rappresentato dai “*faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation*”<sup>406</sup>, ossia da un parametro in apparenza evanescente, ma in sostanza ben definito dalle scienze contabili e aziendalistiche che nel corso degli anni ne hanno puntualmente segnato i confini<sup>407</sup>, nonché reso concreto dai cosiddetti *clignotants*, ossia da quelle fattispecie sintomatiche della compromissione della continuità aziendale emergenti da vecchi disegni di legge<sup>408</sup>. Al contrario, nel nostro ordinamento, l'allerta interna risulta di fatto attivabile qualora vi siano dei “*fondati indizi della crisi*”, sulla base di quegli “*indicatori*” stabiliti dall'art. 13 del Codice della crisi e dell'insolvenza. Si potrebbe pensare che questi ultimi siano degli elementi concreti, in realtà guardando alla norma si

---

<sup>405</sup>Vi sono talvolta diverse specificità – anche derivate in via interpretativa – che ampliano o restringono la portata del presupposto oggettivo in relazione alle singole tipologie di allerta

<sup>406</sup>Fatti idonei a compromettere la continuità aziendale

<sup>407</sup>Cfr. RUSSO R., *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa* in VIII Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, “*Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti*”; Roma, 17-18 febbraio 2017, p. 19

<sup>408</sup>Cfr. cap. III, par. 3.1

può ben capire che questa non altro che una scatola quasi vuota, posto che gli indicatori in oggetto saranno fissati dal CNDCEC con cadenza triennale e, alle condizioni analizzate, potranno essere stabiliti autonomamente dall'impresa.

Va rilevato che il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti aveva già evidenziato il rischio di definire dei presupposti estremamente discrezionali per l'attivazione delle procedure e, per evitare tale evenienza, aveva proposto di obbligare il collegio sindacale ad “*avvisare immediatamente gli amministratori di ogni circostanza idonea a pregiudicare la continuità dell'impresa*”<sup>409</sup>, prediligendo, quindi, lo stesso parametro scelto dal legislatore francese<sup>410</sup>. Tuttavia, la scelta legislativa è evidentemente ricaduta su un'altra soluzione.

Quanto al presupposto oggettivo dell'allerta esterna, invece, bisogna osservare che gli indici previsti dalla legge sono decisamente concreti poiché consistono in valori critici dell'esposizione debitoria dell'imprenditore. Anche se, come si rilevava, è evidente che sarebbe opportuno un intervento correttivo, poiché il presupposto è limitato, dal momento che vengono presi in considerazione solo i debiti derivanti dal mancato pagamento di alcuni tipi di imposta escludendone altri che, addirittura, potrebbero ampliare il presupposto soggettivo.

Un ulteriore tratto distintivo riguarda la diversa struttura delle procedure di allerta concepite dal legislatore italiano e delle *procédures d'alerte* francesi.

Essenzialmente, si fa riferimento al fatto che l'allerta interna e l'allerta esterna risultano decisamente più snelle rispetto alle cugine. In Italia, infatti, a prescindere da chi assuma l'iniziativa, le procedure si articolano in due diversi momenti che comportano *in primis* una sollecitazione dell'organo di amministrazione dell'impresa in crisi e, in secondo luogo, un momento di confronto in seno all'OCRI, nell'ambito del quale l'imprenditore, con la collaborazione dei professionisti del collegio costituito, cercherà di individuare una soluzione alla crisi, che dovrà essere attuata entro un termine assegnato.

In Francia, invece, la procedura è più o meno complessa a seconda del soggetto che ne ha determinato l'avvio e del debitore coinvolto nella stessa. L'ipotesi più articolata è quella della *procédure d'alerte* attivata dal *commissaire aux comptes* nelle SA (*sociétés anonymes*), nelle SCA (*sociétés en commandite par actions*) e nelle SAS (*sociétés par*

---

<sup>409</sup> Cit. RUSSO R., Op. cit., p. 19

<sup>410</sup> Cfr. anche RORDORF R., *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi* in *Le società*, Ipsa, Assago, n. 8-9/2014, pp. 917 ss.

*actions simplifiées*), che consta di quattro fasi. Mentre, l'ipotesi più semplice è rappresentata dall'allerta esterna attivata dal GPA.

Il tratto caratteristico più peculiare delle procedure di allerta, tuttavia, è dato dal diverso grado di ingerenza del giudice nelle stesse. Infatti, mentre da una parte vi è l'allerta italiana che è stata concepita, a tutti gli effetti, come una procedura stragiudiziale; dall'altra vi è l'allerta francese che in talune ipotesi prende avvio nell'ambito dell'impresa per essere, poi esternata, se la crisi non si risolve dopo la prima fase; in altri casi, rimane integralmente confinata all'interno dell'impresa in difficoltà (ad es. allerta interna su iniziativa delle rappresentanze dei dipendenti); in altri ancora nasce e si conclude in ambito stragiudiziale (allerta esterna su iniziativa del presidente del Tribunale).

Ma, a dire il vero, vi è di più, dal momento che il *Code de commerce* riconosce appunto il potere di innescare l'allerta esterna anche alla stessa autorità giudiziaria nella figura del *Président du Tribunal de Commerce o de grande instance*.

Egli, infatti, può convocare i dirigenti o l'imprenditore persona fisica per un colloquio confidenziale, qualora risulti, da un qualsiasi documento o atto, che l'impresa stia incontrando delle difficoltà che vanno a comprometterne la continuità aziendale e, in caso di esito negativo di questa prima fase, può esercitare ulteriori poteri.

Posto che il peso dell'autorità giudiziaria nelle procedure è il tratto caratteristico più tipico dell'una e dell'altra disciplina, vale la pena ragionare sui motivi che hanno indotto i rispettivi legislatori ad optare per un modello piuttosto che per l'altro.

Il legislatore delegato, che ha adottato il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, ha preferito una soluzione in linea con lo schema di legge approvato dalla seconda Commissione Trevisanato e ha voluto introdurre un istituto di carattere assolutamente stragiudiziale, prevedendo la creazione di un nuovo Organismo (OCRI), il quale si pone sul medesimo piano del debitore per aiutarlo ad uscire dalla crisi.

Il supporto – che si concretizza in una collaborazione – proviene da un *pool* di esperti (il cd. collegio) che dovrebbe rappresentare – perlomeno nelle intenzioni del legislatore – un *alter ego* rispetto ai professionisti di fiducia dell'imprenditore. Questo emerge chiaramente dalla previsione di cui all'art. 19, c. 2 del Codice della crisi e dell'insolvenza, in virtù del quale la documentazione inerente alla situazione in cui versa l'impresa, predisposta dalla stessa – e in sostanza dai suoi professionisti – è

equiparata a quella elaborata dal collegio.

Lo spazio di intervento dell'autorità giudiziaria rispetto alle procedure resta molto limitato. Infatti, questa esercita solo determinati poteri:

- partecipa alla nomina del collegio (in sede OCRI), posto che uno dei tre esperti dovrà essere designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa;
- il Tribunale decide se accordare o meno delle misure protettive nell'ambito della procedura di composizione assistita;
- il Pubblico Ministero deve essere informato se il collegio ritiene che dagli elementi acquisiti sia evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza (art.22);
- il presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale liquida gli importi spettanti all'OCRI per i costi amministrativi e i compensi dei componenti del collegio, se non concordati con il debitore (art. 351).

Al contrario, la *Loi française* sancisce che, oltre all'allerta esterna attivabile dal giudice, anche l'allerta interna su iniziativa del *commissaire aux comptes* possa approdare in Tribunale. Il revisore, infatti, può chiedere di essere sentito dall'autorità giudiziaria e quest'ultima può assumere delle informazioni sull'attività d'impresa qualora le prime due fasi (sollecitazione dell'organo amministrativo e convocazione del *Conseil de surveillance*) non abbiano sortito gli effetti sperati. Inoltre, va notato che, anche in conclusione della procedura, se il revisore ritiene che la deliberazione dell'assemblea dei soci sia inadeguata, è tenuto ad informare il Tribunale della situazione esistente nell'ambito dell'impresa e dei tentativi condotti per superare la crisi. Il Tribunale, a sua volta, deve valutare se sussiste la cessazione dei pagamenti e se la soluzione è positiva deve informare il PM poiché potrebbero esserci i presupposti per proporre un'istanza di apertura della *conciliation judiciaire*.

Le ragioni di questa differenza così rilevante risiedono, in primo luogo, nel fatto che il giudice italiano dei Tribunali specializzati in materia di impresa risulta avere una competenza decisamente diversa rispetto al collega francese. Infatti, mentre per tradizione in giudice nel nostro ordinamento ha una conoscenza a tutto tondo e – sebbene la legge usi l'aggettivo “*specializzato*” – non è ancora chiaro in che modo debba essere raggiunta e perfezionata questa specializzazione<sup>411</sup>, il collega francese del

---

<sup>411</sup> Cfr. DE MATTEIS S., *L'emersione anticipata della crisi d'impresa*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 358

*Tribunal de Commerce* è un magistrato cosiddetto consolare. Ossia, un soggetto che viene eletto tra imprenditori e dirigenti a seguito di una votazione in cui la legittimazione attiva spetta sempre a tali soggetti. Egli, dunque, è scelto in ragione della sua esperienza professionale e della sua capacità di valutare al meglio e, in concreto, le esigenze e gli interessi imprenditoriali che sono coinvolti nelle varie controversie relative all'impresa e nei procedimenti di gestione della crisi e dell'insolvenza.

Ha “*un ruolo centrale nel rendere positivo e utile il meccanismo dell'allerta*”, posto che rappresenta un “*imprenditore tra gli imprenditori*”<sup>412</sup>. Insomma, si potrebbe dire che in Italia vi sia un operatore del procedimento e al di là delle Alpi un operatore del mercato che dovrebbe ispirare fiducia nell'imprenditore.

Il legislatore nostrano ha scelto di propendere per una procedura totalmente stragiudiziale proprio nella speranza che un'impostazione meno formale possa determinare il successo dei nuovi strumenti. Va notato, infatti, che è convinzione radicata che il Tribunale sia la sede della punizione, pertanto sarebbe stato praticamente impossibile inculcare nella mentalità italiana la convinzione che il giudice avrebbe potuto anche convocare l'imprenditore in via confidenziale al fine di incentivarlo ad adottare delle misure idonee al superamento della crisi.

Queste opinioni ampiamente diffuse tra gli imprenditori erano ben note alla commissione Rordorf, la quale nella relazione di accompagnamento al d.d.l. ribadiva che “*Anche le caratteristiche salienti delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi dovrebbero essere concepite in modo da incoraggiare l'imprenditore ad avvalersene. Perciò si è previsto che siano contrassegnate dalla confidenzialità e si è preferito collocarle inizialmente al di fuori del tribunale*”, “*per evitare il rischio che l'intervento del giudice possa essere percepito dal medesimo imprenditore o dai terzi quasi come l'anticamera di una successiva procedura concorsuale di insolvenza*”<sup>413</sup>.

La scelta di costituire un Organismo *ad hoc* per la gestione delle procedure, tuttavia, non ha incontrato il favore di una parte seppur minoritaria della dottrina, la quale ha espresso dei dubbi in merito al fatto che gli OCRI potessero godere dell'autorevolezza necessaria per assolvere, in modo efficiente ed efficace, le incombenze che il legislatore

---

<sup>412</sup> Cit. JORIO A., *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, n. 10/2015, p.1070

<sup>413</sup>Cit. RUSSO R., *Op. cit.*, p. 21

ha pensato di attribuirgli. In ogni caso per qualunque valutazione di questo tipo bisognerebbe attendere che essi diventino operativi.

Va notato, poi, che la Commissione Rordorf aveva originariamente previsto il coinvolgimento nella procedura del presidente della sezione specializzata in materia di impresa del Tribunale, al quale l'OCRI si sarebbe dovuto rivolgere nel caso in cui non fossero state adottate le misure idonee al superamento della crisi oppure qualora il debitore non avesse preso parte al procedimento. In tal modo sarebbe stato accentuato il profilo giudiziario delle procedure di allerta, le quali tuttavia sarebbero rimaste essenzialmente di natura stragiudiziale poiché affidate all'apposito Organismo con ricorso eventuale al giudice. Tale opzione avrebbe certamente reso l'istituto più simile a quello francese. Tuttavia, l'intenzione del legislatore era quella di ispirarsi al modello senza riprodurlo totalmente, in considerazione della diversa impostazione su cui si fondano i due ordinamenti. Se, infatti, il nostro è di impostazione liberista, quello francese si configura come dirigista e, dunque, essendo già previsto al suo interno un pregnante intervento dell'autorità pubblica nelle vicende private, non avrebbe destato grosse problematiche l'ingerenza dell'autorità giudiziaria nella vita dell'impresa a scopo di prevenzione dell'insolvenza.

Passando oltre e tornando alle differenze tra i due sistemi, va notato che il legislatore francese – a seguito di una riforma del 2011 – ha introdotto una possibilità non prevista dal legislatore italiano. Quella di riprendere il corso della procedura – dalla fase in cui era stata interrotta – qualora dopo l'interruzione risulti ancora compromessa la *continuité de l'exploitation* e che vi sia l'urgenza di adottare delle misure immediate, malgrado si siano verificati in precedenza dei fattori che hanno spinto il revisore ad “abbandonare” la procedura già intrapresa. La scelta è stata dettata dalla volontà di rendere meno rigidi gli istituti, i quali – in passato – se abbandonati dovevano essere riaperti nuovamente dal primo step, con un inutile dispendio di risorse.

Il Codice della crisi e dell'insolvenza non prevede, invece, una misura analoga in quanto è evidente che le procedure siano state concepite come strumenti molto rapidi, al fine di evitare che l'impresa resti a lungo ingessata in questo momento di ricerca di una soluzione alla crisi. D'altronde il rischio di una riapertura successiva del procedimento non avrebbe mai potuto giocare a favore dello stesso.

Appare importante, infine, fare una considerazione attinente alle misure premiali.

Infatti, mentre il sistema francese risulta molto asciutto da questo punto di vista e prevede solo un regime di esenzione da responsabilità civile e penale per l'imprenditore che abbia fatto emergere tempestivamente le difficoltà dell'impresa, il Codice della crisi e dell'insolvenza sancisce un articolato sistema di misure premiali – per lo più di natura penale o fiscale – addirittura cumulabili tra loro, che sono applicabili qualora ricorra il presupposto della tempestività dell'iniziativa di cui all'art. 24.

In definitiva, a conclusione di questi brevi spunti, si può affermare che – nonostante il legislatore italiano si sia lasciato ispirare da quelle misure che rappresentano il “*fiore all'occhiello della disciplina francese*”<sup>414</sup> – non vi è assolutamente una sovrapposibilità della normativa nostrana e del modello d'Oltralpe. Verosimilmente la causa è da ricercare nel fatto che il legislatore ha voluto – come si vedrà meglio nel paragrafo successivo – introdurre degli elementi di dettaglio che potessero condizionare favorevolmente “l'attecchimento” delle procedure di emersione anticipata della crisi nel contesto imprenditoriale italiano.

## ***2. Pregi della riforma e obiettivi mancati***

I tratti caratteristici che il legislatore interno ha attribuito alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi sembrano dettati dall'intenzione di imprimere uno slancio a tali innovazioni.

I punti di forza che possono essere evidenziati sono molteplici in quanto – considerato che gli istituti rappresentano, a tutti gli effetti, un *quid novum* – vi era la necessità di renderli appetibili.

In primo luogo, si è già sottolineata la volontà di affidare la gestione delle misure all'OCRI e non all'autorità giudiziaria e sono state indicate le motivazioni che hanno portato il legislatore a optare per tale configurazione del sistema. Quello che preme ribadire è che la scelta è da imputare – oltre che alle caratteristiche tipiche dell'autorità giudiziaria, come emerso nel confronto con la Francia – anche al fatto che le procedure di allerta nascono in risposta a delle disfunzioni che, ormai da anni, ammorbano il

---

<sup>414</sup> Cit. JORIO A., Op. cit.

nostro ordinamento giuridico. Infatti, da una parte, intendono arginare l'incapacità degli strumenti di matrice giudiziale di far emergere tempestivamente la crisi. Dall'altra, si pongono come un mezzo volto al rapido superamento della stessa, in contrasto con i "tempi biblici" della giustizia<sup>415</sup>.

La scelta di creare un nuovo Organismo, evitando di attribuire delle competenze all'autorità giudiziaria, è stata dettata anche dalla considerazione pratica che non avrebbe avuto senso oberare ulteriormente di lavoro i Tribunali italiani, posto che questi non versano in condizioni ottimali e probabilmente dovrebbero dapprima essere destinatari di una seria e profonda riforma.

È opportuno notare, tuttavia, che anche qualora fosse stata attribuita la competenza al Tribunale delle imprese, anziché all'OCRI, probabilmente le misure adottate avrebbero comunque avuto – almeno sulla carta – tutti i crismi per raggiungere il successo. Infatti, le norme prevedono diversi tipi di garanzie che dovrebbero tutelare l'imprenditore impegnato a cercare una soluzione alla crisi d'impresa e quindi impossibilitato a seguire a pieno la propria attività.

Oltre alle misure cautelari applicabili in fase di composizione assistita, si pensi soprattutto al fatto che è espressamente vietata – e ogni patto contrario è nullo – la risoluzione dei contratti pendenti (anche con la Pubblica Amministrazione) nonché la revoca degli affidamenti bancari concessi. La norma è sancita dall'art. 12, c.3 e potrebbe addirittura "perdersi" tra le numerose norme del Codice. Tuttavia, bisogna assolutamente tener presente che questa rappresenta sicuramente una delle novità di maggior interesse apportate dall'allerta. La protezione garantita all'imprenditore in crisi, il quale non può vedersi "voltare le spalle" dalle controparti contrattuali e dalle banche, è un *plus* che dovrebbe garantire al debitore sia la possibilità di continuare l'esercizio ordinario della propria attività aziendale – qualora fosse innescata l'allerta – sia di chiedere l'attivazione della composizione assistita della crisi senza temere che una fuga di notizie possa allarmare le banche e le controparti.

Inoltre, non si può tralasciare che anche le misure premiali dovrebbero rappresentare un incentivo all'emersione tempestiva delle difficoltà. Il legislatore, infatti, ben consapevole del dato di esperienza empirica – secondo cui i comportamenti virtuosi non sono sempre spontanei ma generalmente vengono indotti da stimoli positivi e

---

<sup>415</sup> Cfr. cap. I, par. 5

negativi<sup>416</sup>—e consapevole dei vantaggi tradizionalmente cari alla mentalità italiana, ha pensato di concepire un sistema di benefici di carattere fiscale e di natura penale.

Spostandoci su un altro piano, è opportuno notare che il successo o l'insuccesso — perlomeno in termini di numero delle procedure avviate — dell'allerta, non dipende tanto dall'imprenditore in quanto egli non può chiedere l'apertura della procedura ma è obbligato (oltre che interessato!) a prendere parte allo svolgimento della stessa dinnanzi al collegio dell'OCRI. A differenza di quanto originariamente proposto in sede di riforma, agli strumenti è stato riconosciuto un carattere coercitivo e, di conseguenza, una buona parte della dottrina ha sollevato dei dubbi di costituzionalità<sup>417</sup> ipotizzando un conflitto con il principio di libera iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione. Tuttavia, non sembra potersi configurare tale illegittimità per due diversi motivi. *In primis*, anche se l'iniziativa economica privata è libera, lo stesso articolo della Costituzione prevede che essa non possa “*svolgersi in contrasto con l'utilità sociale*” e da ciò bisogna dedurre che, per l'utilità sociale e soprattutto a tutela del sistema economico, è opportuno che le crisi d'impresa emergano tempestivamente e siano rapidamente superate. In secondo luogo, l'istituto (sia l'allerta esterna che l'allerta interna) è configurato in modo tale che la segnalazione all'OCRI scatti soltanto qualora l'organo amministrativo, debitamente allarmato, non abbia delineato ed applicato delle contromisure.

Sempre a proposito della competenza del debitore, va notato che se, da una parte, si è voluto garantire uno strumento di carattere impositivo che potesse assicurare il ricorso a tali istituti, dall'altra si è anche pensato di lasciare il debitore libero di far emergere tempestivamente la crisi mediante la composizione assistita. Sicuramente il fatto di “sedersi” dinnanzi al collegio dell'OCRI dopo aver ponderato consapevolmente i risvolti che ne deriverebbero per la propria impresa, potrebbe rivelarsi un elemento a favore della buona riuscita della procedura, posto che il debitore dovrebbe essere ben disposto all'accordo con i creditori. Laddove, invece, a causa dell'imposizione dell'allerta, potrebbe mostrarsi indispettito.

---

<sup>416</sup> Cfr. TAROLLI R., Prevenire è meglio che curare: allerta ed incentivi all'emersione anticipata della crisi, in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/prevenire-meglio-che-curare-allerta-ed-incentivi-all-emersione-anticipata-della-crisi>, 05.01.2018

<sup>417</sup> Cfr. BENEDETTI L., *Le procedure d'allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, in VIII Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, “*Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti*”; Roma, 17-18 febbraio 2017. Egli riprende diversi autori tra cui Jorio, Calvosa e Panzani

Un altro aspetto che dovrebbe determinare l'avvio di numerose procedure è rappresentato dalle sanzioni applicabili agli organi di controllo e ai revisori, nonché ai creditori pubblici qualificati per costringerli a rispettare i loro obblighi o ad attivarsi tempestivamente.

Quanto ai primi, il legislatore sancisce la responsabilità solidale nel caso in cui la segnalazione all'organo amministrativo non sia tempestiva e vengano in essere le conseguenze pregiudizievoli di cui all'art. 14, c. 3 del Codice della crisi e dell'insolvenza. Mentre per i secondi, sono state previste delle sanzioni<sup>418</sup> applicabili qualora tali creditori non procedano ad avviare l'allerta esterna. Va rilevato, tuttavia, che queste ultime potrebbero, a tutti gli effetti, rappresentare una sorta di "arma a doppio taglio" in quanto – secondo le previsioni – il lavoro derivante, per i creditori pubblici, dall'introduzione delle nuove procedure dovrebbe essere macroscopico e dunque essi potrebbero trovarsi nell'incapacità di avviare le misure in questione non per negligenza ma semplicemente per carenza di organico e di strumenti, e ciò nonostante essere destinatari di misure sanzionatorie. Questa certamente è una nota negativa soprattutto per le casse dell'erario, per questo l'auspicio proveniente da più parti è che sia apportata una modifica.

La scelta dei soggetti legittimati ad avviare le procedure, invece, appare decisamente funzionale ed equilibrata. L'allerta interna è attivabile su iniziativa degli organi di controllo, i cui componenti dovrebbero essere muniti dei requisiti di indipendenza e professionalità e che, pertanto, dovrebbero rivelarsi in grado di mantenere una visione disincantata della realtà che l'impresa vive e delle sue prospettive future. Rispetto alla proprietà, infatti, questi non hanno interesse ad insabbiare le difficoltà poiché non temono gli allarmismi dei fornitori e, in generale, del mercato. Rispetto agli organi di amministrazione, invece, essi non incorrono in rischi particolari poiché non sono gli autori di quelle scelte gestorie che hanno indotto la crisi.

La legittimazione del revisore e della società di revisione, invece, si rivela funzionale in ragione del presupposto oggettivo per l'attivazione della procedura. Infatti, la valutazione degli indicatori della crisi non può prescindere da competenze di carattere contabile, atteso che questi emergono dai documenti del bilancio. Non a caso, infatti, in

---

<sup>418</sup> In particolare, l'Agenzia dell'entrate e l'INPS sono tenuti ad attivarsi "a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari". Mentre l'agente della riscossione, è obbligato "a pena di inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione"

Francia il modello principale di *procédure d'alerte* è attivabile dai *commissaires aux comptes*.

Passando all'allerta esterna, poi, si può affermare che anche in tal caso la scelta del legislatore risulta molto interessante. Questa è stata dettata dalla necessità di arginare la tendenza molto diffusa – soprattutto a seguito della crisi economica degli ultimi anni – di usare i debiti nei confronti della Pubblica Amministrazione alla stregua di uno strumento di autofinanziamento. Sostanzialmente, l'imprenditore in difficoltà, oberato dai debiti, tende a sottrarsi al pagamento di imposte, tasse e contributi per impiegare il relativo ammontare per finalità ritenute più “urgenti” ossia per far fronte alle esigenze legate alla produzione, che rappresenta la linfa vitale dell'impresa (ad es. acquisto di materie prime, retribuzione dipendenti, *etc.*). Questa condotta è influenzata sia dalla necessità di mantenere in vita l'azienda – posto che è un dato di fatto l'attaccamento dell'imprenditore alla propria attività nonostante la crisi – sia dalla minore “reattività” dell'erario rispetto alle iniziative di recupero dei creditori privati e soprattutto delle banche<sup>419</sup>.

Certamente da ora in poi, l'intento di evitare l'attivazione dell'allerta esterna indurrà il debitore ad evitare simili sotterfugi, pagando per tempo il dovuto, tuttavia a fronte di questo vantaggio emergono degli aspetti critici e delle carenze della disciplina.

Il primo, già rilevato, è legato al fatto che il presupposto oggettivo, rappresentato dal superamento degli importi rilevanti, prende in considerazione solo alcuni tributi, peraltro a cui non sono obbligate tutte le imprese<sup>420</sup>. In secondo luogo, non si può tralasciare che, considerando le piaghe dell'elusione e, soprattutto, dell'evasione che affliggono il nostro Paese, sicuramente non vi sarà una corrispondenza fedele tra le procedure di allerta innescate dai creditori pubblici qualificati e quelle che in astratto sarebbero attivabili qualora tali piaghe non vi fossero. Per di più, l'imprenditore in difficoltà potrebbe essere spinto a falsare le proprie dichiarazioni IVA oppure ad assumere “a nero” i propri dipendenti, al fine di contenere i debiti nei confronti dei creditori pubblici qualificati onde evitare di superare le soglie critiche per l'attivazione dell'allerta. In terzo luogo, è seriamente messa in dubbio la capacità di tali enti di fronteggiare gli oneri che deriveranno dall'entrata in vigore del Codice. E ancora, potrebbe verificarsi un'inversione di tendenza con conseguenze, tuttavia, ben più gravi per l'intero sistema

---

<sup>419</sup> Cfr. TAROLLI R., Op. cit.

<sup>420</sup> Cfr. cap. II, par. 7.1

qualora le imprese pagassero puntualmente i tributi per non incorrere nell'apertura dell'allerta ma accumulassero debiti con le altre imprese o, peggio ancora, con i propri dipendenti.

Un'osservazione va compiuta in merito al fatto che la riforma organica non ha mai preso in considerazione l'opportunità di attribuire ai soci il potere di attivare la procedura di allerta. Tuttavia, questa sembra una scelta ragionevole perché si è voluto evitare che una minoranza della compagine sociale potesse fare uso, in modo strumentale, di un istituto che di fatto distoglie – seppur per breve tempo – l'organo amministrativo dall'attività ordinaria<sup>421</sup>. La stessa *ratio*, inoltre, si può dire che valga per l'esclusione della legittimazione degli organi di rappresentanza dei dipendenti. Tra l'altro, considerando che l'allerta si rivolge principalmente alle piccole e medie imprese, l'incidenza, sull'intero sistema, delle procedure avviate da tali soggetti sarebbe stata presumibilmente marginale.

Per concludere, è opportuno notare che il legislatore ha previsto all'art. 353 del Codice che, entro un anno dalla sua entrata in vigore, il Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, nonché con il Ministro dello sviluppo economico, dovrà istituire un *osservatorio permanente* che valuti l'efficienza delle misure di allerta e delle procedure di composizione della crisi, incaricato di elaborare dei dati utili al Ministro della giustizia per redigere periodicamente – entro due anni in sede di prima applicazione e successivamente con cadenza triennale – una relazione dettagliata da presentare al Parlamento, al fine di rendere conto dei risultati derivanti dall'applicazione del Codice.

Inoltre, sulla base dei dati elaborati dall'osservatorio, sarà possibile provvedere, con regolamento<sup>422</sup>, alla revisione sia della tipologia dei debiti e degli importi rilevanti ai fini della segnalazione dei creditori pubblici qualificati, sia dei presupposti per valutare la tempestività dell'iniziativa con riferimento all'applicazione delle misure premiali, con il dichiarato intento di “*migliorare la tempestività e l'efficienza delle segnalazioni dirette a favorire l'emersione precoce della crisi d'impresa*” (art. 354).

La previsione ha senza dubbio una finalità garantista, tuttavia, in considerazione del fatto che è espressamente previsto che “*ai componenti dell'osservatorio non sono corrisposti compensi e gettoni di presenza, rimborsi spese ed altri emolumenti*

---

<sup>421</sup> Cfr. BENEDETTI L., Op. cit.

<sup>422</sup> Adottato ai sensi della l. 23.08.1988, n. 400, art. 17, c. 2

*comunque considerati*” (art. 353) potrebbero sorgere dei dubbi in merito alla concreta efficienza di tale organismo. In ogni caso, in attesa dell’istituzione dell’osservatorio, appare prematura qualsiasi valutazione. Sarebbe auspicabile che questo possa effettivamente fungere da stimolo soprattutto per il legislatore, il quale è verosimilmente tenuto ad adeguare periodicamente la normativa – e non solo quella di nostro interesse – alle esigenze concrete del mercato e all’evoluzione sociale, affinché i vecchi istituti non appaiano distonici rispetto alla realtà e i nuovi riescano in concreto a decollare.

## OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

Dall'analisi del sistema d'Oltralpe, è emerso che le *procédures d'alerte* non sempre hanno avuto successo o, perlomeno, non hanno mai avuto il successo atteso. Ancora oggi sono considerate quel *quid pluris* che rende l'ordinamento francese all'avanguardia, al punto che il nostro legislatore, dopo più di un trentennio dalla loro introduzione, le ha ritenute una buona fonte di ispirazione. Tuttavia, le imprese francesi sono restie all'idea di riconoscerle uno strumento pienamente idoneo al superamento della crisi.

La ragione principale andrebbe ricercata nella reticenza verso un istituto che, nonostante le competenze di carattere imprenditoriale del giudice, comporta un momento di confronto che potrebbe rivelarsi destabilizzante per il debitore e per l'impresa. Infatti, è vero che la confidenzialità è considerata una caratteristica di fondo del sistema, è altrettanto vero che il colloquio col giudice dovrebbe avere solo una funzione di indirizzo per il superamento della crisi, però non si può fare a meno di notare che il giudice è pur sempre inserito nel contesto del Tribunale che è la sede del giudizio e che la riservatezza e la confidenzialità risultano avere un carattere puramente teorico, soprattutto in città di piccole e medie dimensioni in cui è forte il timore e il rischio di suscitare il "panico" tra i propri interlocutori, aggravando ulteriormente la situazione di difficoltà.

Tale reticenza è il motivo per cui il legislatore nostrano ha scelto di rifarsi a quel sistema guardandolo più come una fonte di ispirazione che come un modello da copiare nei dettagli. E la radicale trasformazione delle misure di allerta da misure di carattere giudiziale – quali sono nell'ordinamento francese – a misure stragiudiziali è dettata probabilmente da questa logica.

Il legislatore d'Oltralpe, invece, in passato, per correggere il tiro e per strutturare un sistema di prevenzione che fosse davvero efficace, ha introdotto – successivamente all'allerta – la cosiddetta procedura di *sauvegarde* che, secondo autorevole dottrina<sup>423</sup>, costituisce l'*unico* strumento, tra quelli previsti dalla legge francese, in grado di riorganizzare in senso stretto le imprese in situazione di crisi. D'altronde alla

---

<sup>423</sup> Cfr. MONTALENTI P., Op. cit.

*sauvegarde financière accélérée* si è ispirato il legislatore italiano quando ha introdotto gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria. Queste e altre considerazioni possono condurre a dubitare della reale necessità di introdurre ben due nuovi istituti di prevenzione dell'insolvenza, andando di fatto a complicare la già intricata giungla di misure applicabili allo stato di crisi e allo stato di insolvenza che, al contrario, la Commissione Rordorf si era ripromessa di semplificare. Tuttavia, le procedure di allerta – che sono state tanto “rincorse” dagli addetti ai lavori – potrebbero certamente rappresentare un’opportunità per l’economia del nostro Paese, posto che nascono come strumenti di salvataggio delle imprese di dimensioni medio-piccole, che di fatto rappresentano una parte cospicua del tessuto imprenditoriale italiano.

Sono state da sempre percepite come uno strumento necessario, poiché questo contesto si caratterizza per la coincidenza in capo alle medesime persone della proprietà del capitale e della gestione dell’impresa ed è proprio questo l’elemento che determina il ritardo con cui l’imprenditore chiede l’apertura di una procedura concorsuale o cerca un accordo con i creditori. Tendenzialmente la carenza di confronto dialettico tra proprietà e gestione, nonché la convinzione di riuscire a fronteggiare con le proprie forze la crisi sono gli aspetti che determinano un ritardo nell’iniziativa e, di conseguenza, l’impossibilità di rimediare alle difficoltà quando ci si attiva per individuare una soluzione.

Se questo è il quadro in cui i nuovi istituti si inseriscono, le procedure di allerta potrebbero essere destinate ad avere successo, posto che la crisi emergerebbe non per merito della proprietà o della gestione bensì grazie all’intervento di soggetti terzi, i quali tra l’altro sarebbero spronati da vantaggi e garanzie “elargiti” dalla normativa. In quest’ottica, ovviamente, ci si attenderebbe un successo più contenuto per la composizione assistita della crisi che necessita dell’iniziativa dell’imprenditore in difficoltà. Tuttavia, si ritiene che le misure premiali rappresentino un buon modo per “ingolosire” il debitore, atteso che i benefici previsti sono cumulabili tra loro e toccano quegli aspetti che rappresentano un “nervo scoperto” per l’imprenditore in stato di crisi. Egli, infatti, riceverebbe vantaggi di carattere fiscale, in termini di riduzione di sanzioni e di interessi, nonché di carattere penale.

Era – ed è ancora in realtà – molto diffuso il timore che, tra qualche anno, tali strumenti

possano essere accostati al concordato in bianco, per via del destino comune. Anche quest'ultimo, infatti, era stato pensato in un'ottica preventiva, mentre, di fatto, si è rivelato uno strumento utilizzato principalmente allo scopo di ritardare la dichiarazione di insolvenza. Tuttavia, non si può tralasciare che, proprio la nuova impostazione, relativa alla legittimazione per l'attivazione degli istituti, possa essere considerata una tesaurizzazione da parte del legislatore degli errori del passato.

In ogni caso, va notato che questo aspetto è idoneo a determinare il successo delle nuove procedure in termini numerici ma permangono i dubbi sulla concreta possibilità che le misure previste possano effettivamente contribuire al superamento della crisi e al rilancio dell'impresa.

Ovviamente la sorte delle procedure avviate dipenderà da diversi fattori che difficilmente possono essere analizzati nel complesso. Soprattutto in considerazione del fatto che si è ben lontani dall'entrata in vigore della normativa – fissata per il 15.08.2020, salvo alcuni articoli del decreto – e, al momento, non sono neppure delineati alcuni aspetti che risulteranno fondamentali all'interno del sistema.

Probabilmente, il successo della “partita” dipenderà dall'OCRI e, in particolar modo, dal collegio di esperti costituito al suo interno.

Si potrebbe contestare l'autorevolezza dell'Organismo e va notato che, in passato, era stato proposto di optare per la competenza del Tribunale specializzato in materia di impresa, accostando al giudice un esperto “laico”. Inoltre, sorgono dei dubbi sul sovradimensionamento del collegio, in quanto presumibilmente un solo componente sarebbe potuto giungere in tempi più rapidi all'individuazione di una soluzione concordata alla crisi.

Tuttavia, va rilevato che la nomina di tre membri garantisce un confronto dialettico da cui potrebbero nascere nuove idee. E appare interessante la scelta del legislatore di assicurare che nel collegio siano rappresentati diversi profili tra cui uno proveniente dal “campo”, poiché manifesta l'intenzione di tenere in debito conto, a tutela dell'efficienza del sistema, la situazione concreta in cui versa il settore e le necessità imprenditoriali.

La chiave della buona riuscita è probabilmente rappresentata, sotto questo punto di vista, dall'effettiva competenza degli iscritti al nuovo albo di cui all'art. 356 e dall'abilità del collegio di individuare non soluzioni astrattamente applicabili bensì tarate rispetto alle caratteristiche dell'impresa e al contesto in cui opera.

Ovviamente si corre sempre il rischio che vengano proposti dei piani distonici rispetto a quelli del professionista di fiducia dell'impresa, andando a determinare intralci e sovrapposizioni tra diversi tentativi di risanamento. Pertanto, l'efficienza del collegio sembrerebbe anche legata alla sua capacità di contribuire al superamento della crisi individuando delle soluzioni che abbiano un *plus* rispetto a quelle private.

Un ruolo fondamentale, nei prossimi mesi, inoltre, sarà quello giocato dai decreti interministeriali a cui spetterà il compito di disciplinare nel dettaglio gli OCRI, cosicché possano essere costituiti e resi operativi entro l'agosto del 2020, in tempo per l'entrata in vigore della normativa.

Passando ad un altro aspetto, va rilevato che un'insidia per il buon esito delle procedure potrebbe essere rappresentata dai tempi eccessivamente brevi che il Codice fissa per l'espletamento. È vero, infatti, che queste si pongono come un'alternativa rispetto al passato e come uno strumento rapido per il superamento della crisi, tuttavia, appaiono da questo punto di vista decisamente utopistiche.

L'ingorgo potrebbe già crearsi al momento della costituzione del collegio, che deve avvenire entro tre giorni lavorativi dalla segnalazione o dall'istanza del debitore, ad opera di tre soggetti differenti che non sono obbligati a coordinarsi tra di loro e che hanno altre incombenze professionali. Tuttavia, non è questo il punto centrale. Il vero dubbio è legato alla sufficienza dei tempi previsti rispetto gestione di situazioni particolarmente complesse. Quanto all'allerta, va notato che l'imprenditore in difficoltà potrebbe non essere in grado di dare attuazione ai rimedi individuati, nei termini fissati dal collegio, che si presumono ragionevolmente brevi. Quanto alla composizione assistita della crisi, invece, il problema si pone rispetto al termine (di sei mesi al massimo) fissato per cercare una soluzione concordata della crisi con i creditori. Termine che potrebbe rivelarsi tutt'altro che sufficiente per via del fatto che la normativa non stabilisce nulla in merito alla categoria dei creditori e non prende assolutamente in considerazione le difficoltà che potrebbero incontrarsi in sede di ricerca dell'accordo, a causa di un atteggiamento poco collaborativo dei creditori stessi. In modo molto vago il Codice (art. 19) fa solo riferimento alla proroga del termine iniziale di tre mesi nel caso di "*positivi riscontri delle trattative*", senza precisare quando ciò si verifichi. Dunque, sarebbe necessario un riscontro positivo da parte di tutti di creditori? Di una porzione di essi? Quanto ampia? Verosimilmente per

rispondere a questi dubbi bisognerà attendere la normativa di attuazione se non addirittura l'applicazione concreta dell'istituto.

In conclusione, partendo da un contesto – ancora attuale – in cui le decisioni strategiche sulla sopravvivenza dell'azienda in crisi e sul rilancio della stessa sono appannaggio dell'imprenditore e dei professionisti a lui legati da un rapporto di fiducia, si è arrivati ad un punto di svolta storico segnato da un'ingerenza esterna ma di carattere “*riservato e confidenziale*” che richiede una rivisitazione profonda dei ruoli di coloro che sono legittimati ad attivare la procedura, ma anche dell'imprenditore e dell'autorità giudiziaria, nonché l'intervento di un Organismo di nuova creazione.

Al di là di quanto previsto dalla legge, tuttavia, la vera innovazione dovrebbe essere un'altra. L'esito positivo delle nuove procedure e i conseguenti benefici per il mercato, infatti, potrebbero essere decretati solo da un cambiamento radicale di mentalità dei soggetti coinvolti. Ovviamente non si tratta di una trasformazione che potrebbe verificarsi nel giro di pochi mesi. L'auspicio, tuttavia, è che nel solco tracciato dal legislatore e grazie agli *inputs* provenienti dal nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, possa iniziare una nuova epoca marcata da una prospettiva scevra, per il debitore, di ogni senso di inadeguatezza e di frustrazione dettato dal fallimento di un'idea imprenditoriale e, per gli organi coinvolti, di ogni senso di paternalismo. Solo così potrebbe aversi, da una parte, una piena *disclosure* delle difficoltà incontrate e della causa delle stesse e, dall'altra, una gestione “etica” della crisi che, tenendo conto degli interessi coinvolti, punti concretamente al salvataggio dell'impresa.

## **BIBLIOGRAFIA**

**ALBERICI A.**, *Analisi dei bilanci e previsione delle insolvenze*, Isedi, Milano, 1975

**AMBROSINI S., CAVALLI G., JORIO A.** (a cura di), *Il fallimento* in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Cottino, vol. XI, 2, Cedam, Padova, 2009

**APICE U. & MANCINELLI S.**, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Giappichelli, Torino, 2012

**BAMDÉ A.**, *La procédure d’alerte et la prévention des entreprises en difficulté*, in <https://aurelienbamde.com/2017/06/02/la-procedure-dalerte-et-la-prevention-des-entreprises-en-difficulte/> , 02.06.2017

**BAMDÉ A.**, *Le déroulement de la procédure de conciliation*, in <https://aurelienbamde.com/2017/07/05/le-deroulement-de-la-procedure-de-conciliation/> 05.07.2017

**BAMDÉ A.**, *Le mandataire ad hoc et la prévention des entreprises en difficulté*, in <https://aurelienbamde.com/2017/06/04/le-mandataire-ad-hoc-et-la-prevention-des-entreprises-en-difficultes/> , 04.06.2017

**BAMDÉ A.**, *Les conditions d’ouverture de la procédure de conciliation*, in <https://aurelienbamde.com/2017/07/05/les-conditions-douverture-de-la-procedure-de-conciliation/>, 05.07.2017

**BENEDETTI L.**, *Le procedure d’allerta: mieux vaut prévenir que guérir*, in VIII Convegno annuale dell’associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale “Orizzonti del diritto commerciale”, “*Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti*”; Roma, 17-18 febbraio 2017

**BERTOLI G.**, *Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*, Egea, Milano, 2000

**BOCCHINI E.**, *Diritto commerciale nella società dell'informazione*, I, Cedam, Padova, 2011

**BOGGIO L.**, *Introduzione al nuovo diritto UE in materia di insolvenza e di pre-insolvenza* in *Giurisprudenza italiana*, Utet, Torino, gennaio 2018, pp. 222 ss.

**BONELLI G.**, *Del fallimento* in *Commentario del Codice del commercio*, I, D.F. Vallardi, Milano, 1923

**BONSIGNORI A.**, *I procedimenti concorsuali nell'ottica del progetto di riforma Pajardi* in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, 1991, pp. 717 ss.

**BRIZZI F.**, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Giappichelli, Torino, 2015

**BRODI E.**, *Questioni di economia e finanza - Tempestiva emersione e gestione della crisi d'impresa. Riflessioni sul disegno di un efficiente «sistema di allerta e composizione»* in [http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/20180440/QEF\\_440\\_18.pdf?language\\_id=1](http://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/qef/20180440/QEF_440_18.pdf?language_id=1), giugno 2018

**CAGNASSO O.**, *Il diritto societario della crisi fra passato e futuro* in MONTALENTI P. (a cura di), *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2018

**CAMPANA M.**, *La prevenzione della crisi delle imprese, l'esperienza francese* in BONFATTI S. & FALCONE G. (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2004

**CAMPOBASSO G.**, *Diritto commerciale*, vol. III, 5<sup>a</sup> ed., Utet giuridica, Milano, 2013

**CARDARELLI M.C.**, *Istituti di allerta e di prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali* in ABETE L., AULETTA F., BASSI A. et al., *Crisi dell'impresa e insolvenza*, Giuffrè, Milano, 2004

**CARDINALI S.**, *La crisi e lo stato di insolvenza*, capitolo di monografia, in GHIA L., SEVERINI F., PICCININNI C., *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. III, Utet giuridica, Milano, 2010, pp. 407 ss.

**CARNELUTTI F.**, *Diritto e processo*, Morano, Napoli, 1958

**CATALDO M.**, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e di composizione assistita* in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, 2016, pp. 1021 ss.

**CAVALLI G.**, *Il presupposto oggettivo*, in *Il fallimento*, a cura di Ambrosini, Cavalli e Jorio in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Cottino, vol. XI, 2, Cedam, Padova, 2009

**CHAPUT Y.**, *Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Vassalli F. - Luiso F. P. – Gabrielli E. (diretto da), Vol. V, Giappichelli, Torino, 2014

**CHIARAVIGLIO L., GERINI L. & SEVERGNINI O.**, *Le procedure concorsuali previste dalla legislazione vigente e l'attuale realtà economica e sociale* in *Riv. dir. comm.*, D.F. Vallardi, Milano, 1979, I, pp. 1 ss.

**CINCOTTI C. & NIEDDU ARRICA F.**, *La gestione del risanamento nelle procedure di concordato preventivo* in *Giur. comm.*, Giuffrè, Milano, 2013, I, pp. 1238 ss.

**CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI – UFFICIO STUDI**, *Crisi d'impresa: strumenti per l'individuazione di una procedura d'allerta*, gennaio 2005

**CONSIGLIO NAZIONALE DEI DOTTORI COMMERCIALISTI E DEGLI**

**ESPERTI CONTABILI**, *Principi di comportamento del Collegio sindacale di società non quotate: “Attività del collegio sindacale nella crisi di impresa”*, Roma, 02.12.2015

**CORAPI D., DE DONNO B. & BENINCASA D.**, *Le procedure concorsuali in un’ottica comparatistica*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, VASSALLI F., LUISO F. P. & GABRIELLI E. (diretto da), Vol. V, Giappichelli, Torino, 2014

**D’ALESSANDRO F.**, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali* in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Crisi dell’impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2006

**DE CESARI P.**, *Riforma Rordorf e sollecitazioni europee: le parallele cominciano a convergere* in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, n. 10/2016, pp. 1143 ss.

**DE FERRA G.**, *La riforma societaria e gli istituti di allerta e prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali* in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 1/2005

**DE FERRA G.**, *Manuale di diritto fallimentare*, Giuffrè, Milano, 2002

**DE LUCA N.**, *Prevenire è meglio che curare (proposte per «curare» il concordato preventivo che non «previene»)*, in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 1/2010

**DE MATTEIS S.**, *L’emersione anticipata della crisi d’impresa*, Giuffrè, Milano, 2017

**DE SENSI V.**, *Il concetto di insolvenza, nota a sentenza*, in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, 2001

**DE SENSI V.**, *Orientamenti comunitari ed evoluzione della disciplina italiana della crisi d’impresa* in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 6/2014

**DI MARZIO F.**, *La riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza - Osservazioni sulla legge delega (l. n. 155/2017)*, Giuffrè, Milano, 2018

**FABBRINI M.**, *Nuove modifiche al diritto delle imprese in difficoltà francese in Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 1/2009

**FABIANI M.**, *Fallimento e concordato preventivo*, vol. II, *Il concordato preventivo*, Zanichelli, Bologna, 2014

**FABIANI M.**, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza – Aggiornato alla l. 19 ottobre 2017, n. 155*, Zanichelli, Bologna, 2017

**FERRI A.**, *La procedura di allerta tra il D.L. n. 83/2015, la legge delega di riforma e le bozze di decreti attuativi* in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/la-procedura-di-allerta-tra-il-dl-n-832015-la-legge-delega-di-riforma-e-le-bozze-di> , 01.09.2018

**FERRI G.**, *Lo stato d'insolvenza in Rivista del notariato*, fascicolo 6, Giuffrè, Milano, 2015, pp. 1149 ss.

**FERRO M., RUGGIERO A., DI CARLO A.** (a cura di), *Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti – Analisi giuridica ed aziendalistica sulla composizione giudiziaria della crisi d'impresa nella prassi dei tribunali italiani dopo la riforma: i risultati di un'indagine*, Giappichelli, Torino, 2009

**FERRO M.**, *Ddl crisi d'impresa: la nozione di crisi nel testo approvato dalla Camera*, in [www.studiolegale.leggiditalia.it](http://www.studiolegale.leggiditalia.it) , 26.07.2017

**FERRO M.** (a cura di), *La legge fallimentare, commentario teorico-pratico*, 3<sup>a</sup> ed., Cedam, Padova, 2014

**FONDAZIONE LUCA PACIOLI**, *La riforma del diritto fallimentare – Il Fallimento: i presupposti ed il procedimento* (Documento n. 15 del 19.07.2006)

**FRASCAROLI SANTI E.**, *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Cedam, Padova, 2012

**GALLETTI D.**, *La ripartizione del rischio di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2006

**GRANATA E.**, *La riforma della legge fallimentare italiana* in BONFATTI S. & FALCONE G. (a cura di) *La legislazione concorsuale in Europa*, Giuffrè, Milano, 2004

**GUATRI L.**, *Tournaround*, Egea, Milano, 1996

**GUERRIERI G.**, *La responsabilità dell'amministratore nell'impresa in crisi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, Cedam, Padova, 2016

**JORIO A.**, *La riforma: pregi e carenze delle nuove regole*, in BARACHINI F. (a cura di), *Il diritto dell'impresa in crisi fra contratto, società e procedure concorsuali*, Giappichelli, Torino, 2014

**JORIO A.**, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, n. 10/2015, pp. 1070 ss.

**JORIO A.**, *Le procedure concorsuali con riferimento al sistema continentale e al progetto di riforma elaborato dalla commissione Pajardi* in *Dir. fall.*, Cedam, Padova, 1991, pp. 707 ss.

**LUCIANO A. M.**, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Giuffrè, Milano, 2016

**MACAGNO G. P.**, *Continuità aziendale effettiva verso apparente: i confini mobili del concordato preventivo hanno trovato un argine?* in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, n. 7/2018, pp. 889 ss.

**MARINO R. & CARMINATI M.**, *Interpretazione estensiva del presupposto oggettivo di cui all'art. 160 l. fall. e prevenzione dell'insolvenza*, in *Il fallimento*, Ipsoa, Assago, 2015, pp. 385 ss.

**MARINONI R.**, *Riflessioni in materia di modelli preventivi dell'insolvenza: analisi di modelli a noi vicini e considerazioni*, <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/riflessioni-materia-di-modelli-preventivi-dellinsolvenza-analisi-di-modelli-noi> , 30.03.2012

**MATTEUCCI G.**, *Emersione anticipata della crisi di impresa in Italia: l'indice di allerta esiste, funziona, non viene usato* in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, ano 10, volume 17, numero 2, Julho a Dezembro de 2016

**MENGONI L.**, *Interpretazione orientata alle conseguenze*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, Giuffrè, Milano, 1994

**MONTALENTI P.**, *Le soluzioni concordate alle crisi d'impresa: gli interventi del legislatore italiano con uno sguardo comparatistico* in *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali* (Atti del convegno di Courmayeur del 23-24.09.2005) Milano 2006, p.172

**NEGRI G.**, *Le procedure di allerta ancora in attesa*, Il Sole 24 Ore, 05.02.2014

**NIGRO A.**, *I problemi fondamentali del diritto concorsuale nelle prospettive di riforma dell'ordinamento italiano*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002

**NIGRO A.**, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese*, Giappichelli, Torino, 2012

**NIGRO A. & VATTERMOLI D.**, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Il Mulino, Bologna, 2009

**PACILEO F.**, *Ancora sullo "stato di insolvenza". Appunti sull'art. 5 legge*

*fallimentare e spunti sulla nozione di “sovraindebitamento” di cui alla l. n. 2/2012” in Dir. Fall., Cedam, Padova, n. 1/2013*

**PACILEO F.**, *Continuità e solvenza nella crisi di impresa*, Giuffrè, Milano, 2017

**PAILLUSSEAU J. & PETITEAU G.**, *Les difficultés des entreprises. Prévention et règlement amiable*, Parigi, 1985

**PAJARDI P.**, *Linee generali della bozza di legge delega per la riforma della legge fallimentare* in *Il Corriere Giuridico*, Ipsoa, Assago, n. 12/1985, pp. 1261 ss.

**PASQUARIELLO F.**, *Strumenti di prevenzione della crisi d'impresa* in *Dir. Fall.*, Cedam, Padova, n. 1/2010

**PECCHIANI N. & MIGLIORINI S.**, *Strumenti di allerta, crisi, insolvenza e continuità: questioni interpretative ed applicative alla luce della riforma*, in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/strumenti-di-allerta-crisi-insolvenza-e-continuit-questioni-interpretative-ed> , 04.09.2018

**PELLEGATTA A.**, *La riforma della normativa sulla crisi d'impresa e dell'insolvenza: le procedure di allerta e di composizione assistita*, in [http://www.ilcaso.it/articoli/crisi.php?id\\_cont=938.php](http://www.ilcaso.it/articoli/crisi.php?id_cont=938.php) , 08.03.2017

**PELLEGRINO G.**, *Lo stato di insolvenza*, Cedam, Padova, 1980

**PRESTI G.**, *Stato di crisi e stato di insolvenza*, in O. CAGNASSO e L. PANZANI (diretto da), *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, I, Utet, Torino, 2016

**PROVINCIALI R.**, *Trattato di diritto fallimentare*, I, Giuffrè, Milano, 1974

**QUAGLIOTTI L.**, *Legge sulle crisi d'impresa o crisi del legislatore*, in PATALANO C. & SANTINI C. (a cura di), *Profili di gestione delle crisi. Il mercato, le imprese, le*

società, Cedam, Padova, 2013

**QUEIROLO I.**, *Profili di diritto dell'Unione Europea in Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, VASSALLI F., LUISO F. P. & GABRIELLI E. (diretto da), Vol. V, Giappichelli, Torino, 2014

**RANALLI R.**, *Gli indicatori dell'allerta nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare approvato dalla Camera; esame critico; rischi per il sistema delle imprese*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), 14.02.2017

**RANALLI R.**, *Il codice della crisi gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it)

**RANALLI R.**, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi: insidie ed opportunità* in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/le-procedure-di-allerta-e-di-composizione-assistita-della-crisi-insidie-ed-opportunit>, 31.10.2017

**RECCIA E.**, *La sentenza dichiarativa di fallimento nella bancarotta prefallimentare*, Giappichelli, Torino, 2018

**RINALDI P.**, *Il Collegio di Esperti dell'OCRI: arbitri, giocatori e guardalinee?* In <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/il-collegio-di-esperti-dell-ocri-arbitri-giocatori-e-guardalinee>

**RIPA G. & FELICIONI A.**, *Previsione della crisi d'impresa nell'ottica della riforma del diritto fallimentare*, in *Fallimento & crisi d'impresa*, Celt, Piacenza, 2008

**ROCCO DI TORREPADULA N.**, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, Vol. 2, Giuffrè, Milano, 2009, pp.216-239

**RONDINONE N.**, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Giuffrè, Milano, 2012

**RORDORF R.**, *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali* in CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali*, Giuffrè, Milano, 2006

**RORDORF R.**, *La continuità aziendale tra disciplina di bilancio e diritto della crisi in Le società*, Ipsoa, Assago, n. 8-9/2014, pp. 917 ss.

**RUSSO R.**, *Collegio sindacale e prevenzione della crisi d'impresa* in VIII Convegno annuale dell'associazione italiana dei professori universitari di diritto commerciale "Orizzonti del diritto commerciale", "Il diritto commerciale verso il 2020: i grandi dibattiti in corso, i grandi cantieri aperti"; Roma, 17-18 febbraio 2017

**SANCETTA G. & BARRATTA A.**, *Le misure di allerta e di composizione della crisi: primi spunti di riflessione* in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/le-misure-di-allerta-e-di-composizione-della-crisi-primi-spunti-di-riflessione> , 18.01.2018

**SANTORO V.**, *Tendenze conservative delle imprese nel diritto europeo e italiano della crisi. I costi organizzativi* in *Nuovo dir. soc.*, Giappichelli, Torino, n. 4/2018, pp. 711 ss.

**SCIARELLI S.**, *La crisi d'impresa*, Cedam, Padova, 1995

**STANGHELLINI L.**, *La proposta di direttiva UE in materia di insolvenza* in MONTALENTI P. (a cura di), *Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo*, Giuffrè, Milano, 2018

**STANGHELLINI L.**, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Il Mulino, Bologna, 2007

**STRAMPELLI G.**, *Capitale sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Riv. Soc.*, Giuffrè, Milano, n. 4/2012

**TAROLLI R.**, Prevenire è meglio che curare: allerta ed incentivi all'emersione anticipata della crisi, in <http://ilfallimentarista.it/articoli/focus/prevenire-meglio-che-curare-allerta-ed-incentivi-all-emersione-anticipata-della-crisi> , 05.01.2018

**TERRANOVA G.**, *Insolvenza stato di crisi sovraindebitamento*, Giappichelli, Torino, 2013

**TERRANOVA G.**, *Lo stato di insolvenza*, Giappichelli, Torino, 1998

**TERRANOVA G.**, *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento* in *Giur. comm.*, I, Giuffrè, Milano, 1996

**TERRANOVA G.**, *Stato di crisi, stato di insolvenza, in capienza patrimoniale* in GUERRERA F., JORIO A. *et al.*, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Giappichelli, Torino, 2007

**TRONCI L.**, *Perdita della continuità aziendale e strategie di risanamento* in *Giur. comm.*, Fascicolo 6, Giuffrè, Milano, 2013, pp. 1269-1291

**VIDAL D.**, *Prévention des difficultés des entreprises*, in *JurisClasseur procédures collectives*, fasc. 2025, 2014

#### **ABBREVIAZIONI (RIVISTE)**

**Dir. Fall.**, *Il diritto fallimentare e delle società commerciali: rivista di dottrina e giurisprudenza*, CEDAM

**Giur. comm.**, *Giurisprudenza commerciale*, GIUFFRÈ

**Il fallimento**, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali: rivista di dottrina e giurisprudenza*, IPSOA

**Le società**, *Le Società - Rivista di diritto e pratica commerciale societaria e fiscale*, IPSOA

**Nuove leggi civ. comm.**, *Le nuove leggi civili commentate*, CEDAM

**Nuovo dir. soc.**, *Il nuovo diritto delle società*, GIAPPICHELLI

**Riv. dir. comm.**, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, PICCIN NUOVA LIBRARIA già D.F. VALLARDI

**Riv. Soc.**, *Rivista delle società*, GIUFFRE'

**Riv. trim. dir. proc. civ.**, *Rivista trimestrale diritto processuale civile*, GIUFFRE'

## **GIURISPRUDENZA**

- CGUE 29.09.2011, C-521/09, Elf Aquitaine
- CGUE 29.03.2011, C-201/09, 216/09, ArcelorMittal
- CGUE 03.03.2011, C-437/09, Ag2R
- Cass. 06.02.2018, n. 2810
- Cass. 15.12.2017, n. 30209
- Cass. 23.12.2015, n. 25932
- Cass. 27.03.2014, n. 7252
- Cass. 24.03.2014, n. 6835
- Cass. 08.08.2013, n. 19027
- Cass. 07.06.2012, n. 9253
- Cass. Civ., VI Sez. 17.02.2012 n. 2351
- Cass. 11.05.2009, n. 10741
- Cass. 28.11.2008. n. 28445
- Cass. 28.02.2007, n. 4766
- Cass. SS. UU. 13.03.2001, n. 115
- Cass. 9.05.1992, n. 5525
- Tribunale di Firenze, Decreto 12.02.2018
- Tribunale di Sulmona, 02.11.2010

## RINGRAZIAMENTI

A conclusione del presente elaborato e, più in generale, del mio percorso universitario, vorrei esprimere brevemente la mia gratitudine.

*In primis* grande riconoscenza va al mio Relatore, il Prof. Vincenzo De Sensi, non solo per il supporto in fase di redazione e per i saggi spunti che hanno indirizzato il mio lavoro, ma anche per la passione e l'interesse verso questa materia che è riuscito a stimolare con le sue lezioni. Gli *inputs* ricevuti in quella sede mi hanno indotto diverse volte ad approfondire e ad effettuare riflessioni e collegamenti anche con aspetti del diritto che sembravano lontani dalla branca delle crisi d'impresa, spronando la mia curiosità e nutrendo la mia vivacità intellettuale.

Inoltre, un ringraziamento va al mio Correlatore, il Prof. Andrea Palazzolo, e a tutto il corpo docenti della LUISS. Da ciascuno ho sempre cercato di cogliere "affamata" il meglio e devo riconoscere che è immenso il bagaglio, non solo di conoscenze tecniche ma anche di esperienze personali, che ho ricevuto e che mi porto dietro.

Infine, un grazie immenso ai colleghi ed amici che hanno condiviso con me questo percorso e questi anni bellissimi. Credo di aver gustato pienamente, anche grazie a loro, tutto ciò che l'Università mi ha proposto. Non è un caso se ho fin da subito chiamato la LUISS con l'appellativo "mamma" e se ho sempre pensato di aver trovato a Roma una grande famiglia.