

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TORINO

Dipartimento di Giurisprudenza

Laurea magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza



TESI DI LAUREA

LE MISURE DI ALLERTA

Relatrice:
Prof. ssa Eva Raffaella Desana

Candidata:
Elisa Bellino

Anno accademico 2020/2021

INDICE

<i>Premesse</i>	8
-----------------------	---

I. CENNI STORICI E FONTI DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

1. L'evoluzione del diritto fallimentare nell'ordinamento italiano.....	11
1.1. Le novità del codice di commercio del 1865.....	13
1.2. La legge fallimentare R. D. n. 267/1942.....	14
1.3. Inadeguatezza della normativa in materia di crisi d'impresa: nuove esigenze e tempo di riforme.....	16
1.4. Alla ricerca della riforma della legge fallimentare: i due progetti delle Commissioni Trevisanato.....	19
1.5. Anni di riforme: dal "Decreto competitività" (d.l. 35/2005) al d.l. n. 83/2012 "Misure urgenti per la crescita del Paese".....	24
1.6. L' <i>iter</i> di formazione della riforma Rorforf ed il ritorno dell'allerta.....	26
1.7. Uno sguardo complessivo: dal nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n.14/2019) al decreto correttivo n.147/2020.....	30
2. Il diritto fallimentare nell'ordinamento francese.....	40
2.1. Progressi legislativi: dal <i>Code de Commerce</i> del 1807 alla legge del 1967.....	41
2.2. Le fondamenta del <i>droit des entreprises en difficulté</i> : le leggi del 1° marzo 1984 e del 25 gennaio 1985.....	44
2.3. Normativa successiva: verso una cultura della <i>prévention</i>	46
3. Gli organismi sovranazionali.....	49
3.1. Unidroit.....	49
3.2. Uncitral.....	51
4. Il diritto dell'insolvenza nell'unione europea.....	54
4.1. La vecchia disciplina fallimentare europea: il Regolamento n. 1346/2000.....	54

4.2 Il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa: armonizzazione ed integrazione alla luce della Raccomandazione n. 135/2014 e del Regolamento n. 848/2015.....	58
4.2.1. La Raccomandazione n.135/2014.....	59
4.2.2. Il Regolamento n. 848/2015.....	61
4.3 L'entrata in vigore della Direttiva n. 1023/2019.....	66

II. LE PROCEDURE D'ALLERTA NELLA LEGISLAZIONE FRANCESE: FONTE D'ISPIRAZIONE PER IL NOSTRO CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

1. La détection des difficultés et les mesures de prévention-détection : les procédures d'alerte.....	71
2. L'alerte interne.....	78
2.1 L'intervention des commissaires aux comptes.....	79
2.1.1 Le développement de la procédure.....	84
2.1.2 La responsabilité des commissaires aux comptes.....	87
2.2 L'intervention du comité social et économique.....	89
2.2.1 Le développement de la procédure.....	92
2.3 L'intervention des associés	95
2.3.1 Le développement de la procédure	96
3. L'alerte externe.....	97
3.1 Le déclenchement du Tribunal de commerce.....	97
3.1.1 Le développement de la procédure.....	100
3.2 Le déclenchement des groupements de prévention agréés (GPA).....	102
3.2.1 Le développement de la procédure.....	105
4. Les mesures de prévention : les procédures d'alerte.....	106
4.1. Le mandat <i>ad hoc</i>	107
4.2. La conciliation.....	110

III. LE MISURE DI ALLERTA NEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

1. Premessa.....	117
------------------	-----

1.1	Nozione di crisi ed insolvenza nell'attuale disciplina concorsuale	119
1.2	La nozione di insolvenza secondo la giurisprudenza di legittimità	123
1.3	Il dibattito sull'insolvenza prospettica.....	125
1.4	I concetti di crisi e insolvenza nel Codice della Crisi.....	128
2.	La <i>twilight zone</i> : una fase di crisi atipica	132
3.	Le modalità di accertamento della crisi: tre approcci individuati.....	137
4.	L'indicizzazione della crisi d'impresa: gli indicatori significativi.....	141
4.1.	Profili critici: il rischio di falsi positivi e falsi negativi.....	152
5.	L'art. 2086 c.c. riformato: il dovere di rilevare ed il dovere di reagire dinanzi alla crisi.....	154
6.	Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi.....	163
6.1.	La fase dell'allerta non volontaria.....	164
6.1.1.	L'allerta interna ed esterna.....	165
6.1.2.	L'Organismo di Composizione della Crisi d'impresa: natura, composizione, doveri e funzioni.....	170
6.1.2.1.	Perplessità sull'efficacia dell'OCRI.....	175
6.1.3	Le regole procedimentali.....	178
6.2.	La fase dell'allerta volontaria: il procedimento di composizione assistita della crisi.....	180
6.3.	Le misure protettive e le misure premiali a favore del debitore.....	182
6.4.	La conclusione positiva e negativa della fase dell'allerta.....	185
7.	L'apparente allineamento alla Direttiva <i>Insolvency</i> del nuovo diritto della crisi d'impresa: l'impatto europeo sul sistema dell'allerta.....	186
8.	Pandemia Covid-19: il Codice della crisi entrerà in vigore il 1° settembre 2021? Criticità, perplessità e nuovi spunti di riflessione.....	194

IV. LE PROCEDURE DI ALLERTA NELL'ORDINAMENTO FRANCESE ED ITALIANO: DUE MODELLI A CONFRONTO

1.	Riferimenti normativi italo-francesi: due modelli più lontani che vicini ...	204
----	--	-----

2. Il sistema di <i>alerte</i> interna ed esterna: tratti comuni e differenze nella rilevazione degli indici di allarme.....	205
3. <i>Vis à vis</i> tra il <i>Tribunal de Commerce</i> e l'OCRI: una diversa attribuzione di competenze all'Autorità giudiziaria.....	207
<i>Conclusioni</i>	213
<i>Bibliografia</i>	215

Un sentito ringraziamento alla mia relatrice, Prof.ssa Eva Raffaella Desana, per l'aiuto e la disponibilità con cui mi ha accompagnato nella realizzazione di questo elaborato e per averne condiviso l'entusiasmo.

Grazie di cuore anche all'Avvocato Giada Emanuela De Leo per l'attenzione e la minuziosa cura con cui ha seguito passo dopo passo la stesura di questa tesi.

PREMESSE

La legge delega n.155 del 19 ottobre 2017 cui è seguita, con decreto legislativo n.14 del febbraio 2019, la pubblicazione del Codice della Crisi d'impresa e dell'Insolvenza (d'ora innanzi, per brevità, anche CCII), ha posto le basi per un'integrale riforma del diritto fallimentare, sino a quel momento esclusivamente definito dalla legge n. 267 del 1942. Detta riforma esprime la sua forza innovativa *in primis* dal profilo tecnico-semantic, ove la parola "fallimento" viene sostituita dal termine "liquidazione giudiziale", *in secundis* spostando l'attenzione sulla fase che precede l'insolvenza e quindi dando ingresso ad un nuovo concetto, individuato dal termine "crisi". Segue l'introduzione nell'ordinamento del nuovissimo sistema di allerta cui è demandato il delicato compito di fungere da "ancora di salvezza" per l'impresa in difficoltà e favorirne in tal modo il risanamento. Le procedure liquidatorie restano così in vita unicamente per definire quelle situazioni di crisi irreversibile, che ne conducono, *sine dubio*, alla morte.

Il presente lavoro intende pertanto offrire, attraverso un'analisi complessiva della novella normativa e delle sue successive integrazioni, l'esame degli specifici assetti organizzativi e finanziari ora imposti all'impresa, che, *de jure condendo*, ne connotano l'ampiezza della portata.

Il *focus* di approfondimento si incentra sulle misure di allerta, in rapporto di comparazione con le *procédures d'alerte* dell'ordinamento francese, così da evidenziarne similitudini e diversità, all'interno di un confronto più generale tra le discipline fallimentari degli ordinamenti italiano e d'oltralpe, con particolare riguardo agli strumenti di prevenzione della crisi.

Nel primo capitolo si procede dunque all'analisi dell'evoluzione storica del diritto fallimentare, con attenzione alle riforme che di esso sono susseguite nel tempo, fino ad approdare al Codice della Crisi e dell'Insolvenza come da ultimo riformato tramite il decreto correttivo n.147/2020. Viene inoltre esaminato il diritto fallimentare francese dal *Code de Commerce* del 1807 fino a quello odierno, dal quale la disciplina italiana trae ispirazione, nonché il diritto internazionale ed europeo cui anche il Codice della crisi si uniforma.

Dal momento che le misure di allerta recepiscono la disciplina d'oltralpe, il secondo capitolo si sofferma sull'esame di tale istituto nella legislazione francese, caratterizzato dalla cd. *prévention-détection*, il cui scopo è salvare l'impresa da un possibile fallimento. A tal fine, avendo avuto l'occasione di frequentare il quarto anno accademico presso la Facoltà *Jean Monnet - Paris Saclay*, ho scelto di avvalermi, per la sua stesura, della lingua francese, così da conservare l'autenticità del significato espresso dal lessico giuridico ivi richiamato, nella acquisita consapevolezza della difficoltà e della parziale impossibilità, culturale, tecnica e giuridica di procedere alla traduzione di moltissime espressioni.

Il terzo capitolo ha per oggetto l'analisi delle misure e delle procedure di allerta nel CCII, con il proposito di mettere in luce la *ratio* e i motivi che hanno indotto il legislatore a modificare la previgente Legge Fallimentare. Seguono alcuni spunti di riflessione in merito alle possibili ulteriori modifiche conseguenti alla pandemia da Covid – 19 da parte del Codice della crisi, la cui entrata in vigore è prevista per il 1° settembre 2021.

Per concludere, nel quarto capitolo si mettono a confronto le procedure di allerta nell'ordinamento francese e italiano, facendone emergere le similitudini e le differenze. In particolar modo, concentrandosi sul diverso ruolo assunto dal *Tribunal de Commerce* e dall'Organismo di composizione assistita della crisi, si giunge a ritenere, in ultima istanza, che i due modelli siano più dissimili che simili.

Ci si interroga di conseguenza, *rebus sic stantibus*, sulla possibile portata innovativa e strategica delle misure di allerta, in funzione dell'auspicato salvataggio delle imprese in difficoltà.

I. CENNI STORICI E FONTI DEL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA

SOMMARIO:1. L'evoluzione del diritto fallimentare nell'ordinamento italiano – 1.1. Le novità del codice di commercio del 1865 – 1.2. La legge fallimentare R. D. n. 267/1942 – 1.3. Inadeguatezza della normativa in materia di crisi d'impresa: nuove esigenze e tempo di riforme – 1.4. Alla ricerca della riforma della legge fallimentare: i due progetti delle Commissioni Trevisanato – 1.5. Anni di riforme: dal “Decreto competitività” (d.l. 35/2005) al d.l. n. 83/2012 “Misure urgenti per la crescita del Paese” – 1.6. L'iter di formazione della riforma Rorforf ed il ritorno dell'allerta – 1.7. Uno sguardo complessivo: dal nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n.14/2019) al decreto correttivo n.147/2020 – 2. Il diritto fallimentare nell'ordinamento francese – 2.1. Progressi legislativi: dal *Code de Commerce* del 1807 alla legge del 1967 –2.2. Le fondamenta del *droit des entreprises en difficulté*: le leggi del 1° marzo 1984 e del 25 gennaio 1985 – 2.3. Normativa successiva: verso una cultura della *prévention* – 3. Gli organismi sovranazionali – 3.1. Unidroit – 3.2. Uncitral – 4. Il diritto dell'insolvenza nell'Unione europea – 4.1. La vecchia disciplina fallimentare europea: il Regolamento n. 1346/2000– 4.2. Il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa: armonizzazione ed integrazione alla luce della Raccomandazione n. 135/2014 e del Regolamento n. 848/2015 – 4.2.1. La Raccomandazione n.135/2014 – 4.2.2. Il Regolamento n. 848/2015– 4.3. L'entrata in vigore della Direttiva n. 1023/2019.

1. L'evoluzione del diritto fallimentare nell'ordinamento italiano

La nascita nonché l'evoluzione del diritto fallimentare presenta uno stretto legame storico e comparatistico con i mutamenti e le trasformazioni della società e dell'economia europea e mondiale nelle varie epoche: il Medioevo e la civiltà comunale, l'era delle scoperte geografiche, delle colonizzazioni, la rivoluzione industriale inglese di fine Settecento e americana dell'Ottocento, l'affermarsi del capitalismo industriale ed infine la globalizzazione dell'economia capitalistica. L'istituto del fallimento è sorto fra l'XI ed il XV secolo principalmente nelle città mercantili italiane, dove i beni del mercante insolvente venivano sottoposti in maniera coattiva ad esecuzione in caso di inadempimento; l'istituto si è diffuso poi velocemente in tutta Europa.

Lo scopo primario del fallimento consisteva nel garantire un'idonea tutela ai creditori che avessero instaurato rapporti con i mercanti i quali non fossero più stati in grado di adempiere le proprie obbligazioni. La categoria dei commercianti costituiva un ceto predominante nella realtà dei Comuni e doveva pertanto svolgere con professionalità la propria attività al fine di non lederne l'immagine. Per queste ragioni doveva essere tutelato in via diretta e immediata chiunque entrasse in affari con un esponente del ceto mercantile: tale tutela veniva espressamente garantita mediante l'eliminazione dal mercato dell'impresa decotta ed il ripristino dello stesso ceto. Questo era il fulcro dell'istituto inteso come «liquidazione generale ed officiosa del patrimonio d'un dissestato nell'interesse dei suoi creditori¹». Riportando una citazione dello scrittore Jean Hilaire, è

¹SCIUME', *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, p. 12 nota 36, in Vassalli F., Luiso F.P., Gabrielli E. (diretto da), 2013, *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali – I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali*, Vol. I, Torino, G. Giappichelli Editore.

possibile affermare che «*la faillite est née des besoins propres à la vie commerçante et était attachée à l'état de marchand*²».

La disciplina del fallimento è sempre stata caratterizzata, per un verso, da una grande severità nei confronti dei falliti e, per l'altro, da una spiccata protezione dei creditori; tale concezione si è con l'andar del tempo notevolmente sfumata, giungendo quasi a capovolgersi. Il sistema delle procedure concorsuali infatti può raggrupparsi essenzialmente in due grandi categorie:

- *favor creditoris*: con una disciplina diretta ad escludere l'impresa insolvente dal mercato e quindi più severa nei confronti del debitore, secondo la formula “*decoctor ergo fraudator*”;

- *favor debitoris*: con una disciplina più favorevole alla continuazione dell'attività d'impresa e quindi più vicina alle ragioni del debitore e della libertà d'impresa. Inizialmente, infatti, il fallimento veniva equiparato ad un reato: dapprima a quello di truffa o furto ed in seguito all'autonoma fattispecie di fallimento doloso, di cui l'insolvenza rappresentava il presupposto di punibilità. Con la nascita dello Stato moderno si è assistito ad una politica di accentramento del potere giurisdizionale e normativo nelle mani del sovrano che ha determinato una maggiore tutela del mercato e dello stesso ceto mercantile, inteso quale bene pubblico rispetto a quello creditorio. Ne sono un esempio l'emanazione dei provvedimenti dell'*ordonnance de commerce (1673)* e dell'*ordonnance de la Marine (1681)* che hanno segnato una prima forma di consolidamento del diritto commerciale pur non potendo considerarsi quali vere e proprie codificazioni. E' dunque soltanto con la costituzione del Regno d'Italia e la sua intensa opera di unificazione legislativa che si assiste, finalmente, alla codificazione della materia commerciale.

² HILAIRE *Introduction historique au droit commercial*, Parigi 1986, «Il fallimento nasceva dalle esigenze specifiche della vita commerciale ed era legato allo status di commerciante».

1.1 Le novità del codice di commercio del 1865

Il Codice del Commercio è stato pubblicato il 25 giugno 1865 e nella sostanza rappresentava una revisione del Codice albertino del 1842, a sua volta basato sul *Code de commerce* del 1807. Quest'ultimo ha introdotto una severissima normativa contro i falliti per far fronte alla crisi economica di quel periodo, tramite una legislazione improntata al massimo rigore che incideva drasticamente sullo *status* giuridico del debitore delimitandone i diritti ed impedendone, sempre nell'ottica di tutela dei creditori, la dispersione dei beni. La legge del 4 marzo 1889 ha poi inaugurato l'istituto della *liquidation judiciaire*, a favore del debitore fallito senza colpa.

Il Codice di Commercio francese ha avuto inoltre, quale obiettivo, quello di definire gli atti di commercio, per un duplice scopo: *in primis*, attribuire la qualità di commerciante a chi esercitava abitualmente tali atti; *in secundis*, delimitare la sfera di applicazione di un complesso di norme legate al fallimento ed alla bancarotta. Cambia dunque il destinatario del *Code*: nell'*Ordonnance du commerce* del 1673 si presupponeva l'appartenenza di uno dei soggetti alla categoria del mercante, mentre nel codice del 1807 per gli atti di commercio non conta più l'iscrizione a tale categoria ma il carattere commerciale dell'atto da disciplinare. Le conseguenze di ciò avrebbero coinvolto non solo il diritto sostanziale ma anche quello processuale: la giurisdizione sugli atti di commercio sarebbe stata infatti devoluta ai tribunali di commercio.

Tale innovazione del diritto commerciale codificato da Napoleone presenta un carattere estremamente rivoluzionario: non vi sono più i privilegi di classe, i diritti sono validi ed applicati a tutti. Si abbandona dunque il sistema soggettivo per uno oggettivo, applicato a tutti gli atti di commercio. Ed è proprio così che anche il Codice del 1865 ha importato questa grande novità nel nostro ordinamento, superando i particolarismi giuridici delle legislazioni negli stati pre-unitari. Nonostante quest'ultima novità attinente al nuovo carattere oggettivo dell'istituto, l'Italia Unita non ha potuto che risentire comunque della legislazione napoleonica

ottocentesca, tanto più che la stessa si è posta in perfetta linea di continuità con quella che era da sempre stata la visione del diritto fallimentare nel Basso Medioevo italiano: una procedura concorsuale di netto sfavore verso il debitore e verso la continuazione dell'attività d'impresa. In Italia il pilastro del diritto fallimentare era pertanto dominato dalla liquidazione dell'impresa. Occorre però ricordare che il Codice di Commercio del 1865 era quello del Regno di Sardegna, redatto da Barbaroux ed esteso in modo provvisorio all'intero territorio del Regno d'Italia. Il primo vero e proprio Codice di commercio italiano viene infatti promulgato solo il 31 ottobre 1882 a seguito di lunghi lavori di preparazione ed è stato il Senato ad approvarne il progetto, di cui si era occupato principalmente il ministro della giustizia Mancini.

1.2. La legge fallimentare R. D. n. 267/1942

Con il Regio Decreto n° 267, il 16 marzo 1942 entra in vigore la legge fallimentare, nella quale l'istituto del fallimento viene considerato come «un fenomeno la cui importanza eccede la economia privata e interessa tutta la pubblica economia: ciò che non ha poca importanza anche per la regolamentazione giuridica dei rapporti che ne derivano³»; o ancora «[.]l'organizzazione dei mezzi con cui lo Stato provvede alla tutela del ceto creditorio in conformità ai fini della legge⁴». Ne emerge una concezione marcatamente pubblicistica in cui l'economia pubblica e l'interesse dello Stato sono predominanti e solo in seconda battuta ed indirettamente viene offerta una tutela ai creditori, attraverso istituti statali preposti alle procedure concorsuali⁵. La

³SCIUME', *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, p.30 nota 84 cit.

⁴IVI p. 31 nota 90 cit.

⁵«L'interesse pubblico che imprime una così peculiare natura ai procedimenti concorsuali è in funzione della difesa dell'economia generale contro il fenomeno morboso dell'insolvenza, che minando la vita delle imprese commerciali, recide i gangli vitali della produzione e del credito, dai quali dipende il benessere del paese: [...] nel processo di esecuzione collettiva l'interesse pubblico è di carattere primario rispetto a quello dei privati; e che lo Stato, con gli organi giudiziari a ciò predisposti, tende primariamente a conseguire il primo: sia pure come mezzo che contestualmente determina anche il soddisfacimento del secondo» P.32. nota 92, ancora: «sarebbe infatti un errore

novità portata dalla legge n.267 del 1942 consiste nell'aver introdotto, accanto all'istituto del fallimento - la cui finalità principale era quella di eliminare dal mercato l'impresa "malata" e soddisfare le ragioni creditorie - altre procedure concorsuali dotate di un *quid pluris* assai rilevante: la tutela anche della stessa impresa. Le procedure minori previste con la legge n. 267/1942 sono: il concordato preventivo, l'amministrazione controllata e la liquidazione coatta amministrativa. Il concordato preventivo (artt. 160 ss. l.f.) nasce quindi con la finalità di prevenire il fallimento dell'impresa, permettendo così all'imprenditore "onesto ma sfortunato"⁶ di preservare e raggiungere un accordo con i creditori a determinate condizioni. Per avvalersene è necessario tanto il presupposto oggettivo (l'impossibilità di far fronte in modo regolare alle proprie obbligazioni) quanto quello soggettivo (il superamento di una certa soglia), entrambi applicati anche al fallimento. L'imprenditore deve inoltre garantire di pagare per intero i creditori privilegiati e quelli chirografari in una percentuale pari almeno al 40%, oppure offrire la cessione dei propri beni pignorabili ove vi sia pari possibilità di soddisfazione delle pretese creditorie. Se a seguito della delibera del Tribunale la domanda ottiene esito positivo, allora il debitore può continuare ad amministrare il proprio patrimonio senza che nessun creditore possa iniziare o proseguire azioni esecutive singolari. Per l'approvazione del progetto occorrono i due terzi dei creditori ammessi al voto, vincolando così anche la quota dei creditori dissenzienti una volta che il concordato sia stato omologato dal Tribunale⁷.

L'amministrazione controllata (art. 187 ss. l.f.) è invece finalizzata al risanamento dell'impresa qualora l'imprenditore, sempre dotato dei presupposti poc' anzi menzionati, non si trovi ancora in uno stato di insolvenza ma unicamente di temporaneo inadempimento alle proprie obbligazioni.

il pensare che ciò interessi solo i singoli creditori mentre interessa immediatamente lo Stato» p. 31 nota 85 cit.

⁶La celebre espressione utilizzata la prima volta da CANDIAN nel *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, 1 ss. con riferimento alla disciplina nella forma antecedente di cui alla legge 24 maggio 1903, n. 197.

⁷*L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal regio decreto n.267 del 1942 ai giorni nostri*, cap. I, www.giappichelli.it.

Per essere ammessi a tale procedura, disposta con decreto dal Tribunale, occorre l'approvazione della maggioranza dei creditori che rappresentino anche la maggioranza dei crediti. Se durante applicazione dell'amministrazione controllata (non superiore a due anni) l'imprenditore dimostra di aver superato positivamente il periodo di temporanea difficoltà, egli può continuare la sua attività nella normalità; altrimenti è dichiarato fallito.

Infine occorre menzionare la liquidazione coatta amministrativa, i cui presupposti però si ritrovano in singole leggi speciali che individuano specificamente gli imprenditori assoggettabili a questa procedura. Il fondamento per richiedere l'accesso a tale procedura è la rilevanza dell'attività imprenditoriale per l'economia nazionale, per gli enti pubblici o per enti con partecipazione pubblica. La tutela di tale interesse generale consente infatti l'intervento pubblico di carattere amministrativo, il quale consiste nella nomina di un commissario liquidatore incaricato di gestire il patrimonio dell'impresa sotto il controllo e la direzione di un comitato di sorveglianza. Tale provvedimento comporta l'inibizione, per l'imprenditore, dall'esercizio dell'amministrazione con conseguente l'impossibilità di indire assemblee nonché la perdita di disponibilità dei beni dell'impresa, al fine di individuare il patrimonio assoggettabile a liquidazione. Gli effetti nei confronti dei creditori sono gli stessi di quelli prodotti dall'istituto del fallimento.

1.3 Inadeguatezza della normativa in materia di crisi d'impresa: nuove esigenze e tempo di riforme

Il legislatore del 1942 ha risolto dunque la crisi d'impresa concentrandosi quasi esclusivamente sulle pretese dei creditori e garantendole attraverso istituti di carattere pubblicistico e procedure sottoposte al controllo giudiziale. In fin dei conti le controversie tra le ragioni creditorie e l'interesse dell'imprenditore a proseguire la propria attività sono state concluse con la liquidazione dei beni dell'impresa e la distribuzione di quanto ricavato ai creditori, nonché con la scomparsa definitiva dell'impresa dall'economia. Le procedure minori alternative

(soprattutto il concordato preventivo e l'amministrazione controllata), per quanto abbiano rappresentato una grande novità, non sono state adoperate particolarmente a causa dell'alta percentuale dei crediti di cui bisognava garantire la soddisfazione nei confronti di tutti i creditori.

Sono iniziati così ad emergere i grossi limiti dell'impostazione liquidatoria della legge fallimentare del 1942, in particolare dovuti alla consapevolezza delle conseguenze negative che l'eliminazione dell'impresa produceva sia a livello economico sia a livello sociale. Sono sorte quindi nuove esigenze, che si è cercato di soddisfare seguendo principalmente due strade: la prima rappresentata dalla forzatura del dato normativo, andando perciò ad usare le procedure in modo alternativo; la seconda con l'introduzione di una disciplina specifica volta a gestire le crisi delle grandi imprese italiane. Per quanto attiene alla prima, si assiste proprio ad una applicazione storpiata delle procedure alternative per evitare la cessazione dell'impresa, così travalicando tanto ciò che era giuridicamente lecito quanto ciò che era conveniente dal punto di vista economico.

Nel caso specifico l'indagine dei requisiti giuridici per l'applicazione del concordato preventivo ha assunto un ruolo secondario, essendovi al centro unicamente l'accordo tra le parti. In particolare i creditori sono disposti ad accettare una percentuale inferiore al 40% pur di non cadere nel procedimento fallimentare⁸. Così come nell'amministrazione controllata, l'impresa utilizza dunque a proprio favore l'espressione «temporanea difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni» anche quando nella realtà vi erano tutti i presupposti per il fallimento e la liquidazione dell'attività⁹.

Sempre al fine di ovviare ai vincoli della legge fallimentare del 1942, si è optato per un'altra soluzione rispetto alle procedure concorsuali: gli accordi stragiudiziali. Questi potevano avere contenuti assai diversificati quale un *pactum de non petendo*, la rinuncia ad una parte del credito vantato, la conversione di

⁸ VIALE, *L'uso alternativo del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 231 ss.

⁹ GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 236 ss.

quote di credito in capitale d'impresa. Il problema legato a tali accordi è emerso tuttavia qualora questi non fossero andati a buon fine: infatti non vi era alcuna protezione normativa in caso di mancato successo. Per quanto riguarda la seconda strada, la legge n. 95 del 3 aprile 1979 ha introdotto la disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, rappresentando una novità nella ricerca «di coniugare l'intervento sulla crisi aziendale con la tutela delle classi lavorative nella più ampia cornice di intervento pubblico finalizzato ad una politica industriale di respiro nazionale¹⁰». Se dunque sussistono i requisiti per l'applicazione (art. 1 l. n. 95 del 1979¹¹), dopo la sentenza del Tribunale che dichiara lo stato di insolvenza la procedura amministrativa inizia con decreto del Ministro dell'industria. Vengono inoltre nominati dei commissari cui è affidata la gestione dell'impresa e l'elaborazione di un piano di risanamento che tuteli anche gli interessi dei creditori oltre a quelli generali di politica industriale. Si è potuto così disporre la continuazione dell'attività imprenditoriale per due anni al massimo con la possibilità di proroga per altri due per il beneficio di tutti. La liquidazione coattiva amministrativa prevista dalla l.f. del 1942 ha perso di conseguenza la sua importanza, in quanto poco rivolta alla tutela dei valori produttivi dell'impresa. Nonostante le innovazioni apportate dalla disciplina dell'amministrazione straordinaria, nota anche come Legge-Prodi, l'istituto ha subito un correttivo nel 1999 con il decreto legislativo n. 270. Il d.lgs. n. 270 o legge Prodi-bis, ha infatti corretto «l'automatica sottoposizione alla procedura straordinaria al mero riscontro degli elementi dimensionali con una valutazione relativa alla concreta possibilità di risanamento dell'impresa stessa. Ai sensi della legge delega, inoltre, il programma

¹⁰*L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal regio decreto n.267 del 1942 ai giorni nostri*, cap. I, www.giappichelli.it.

¹¹Ai sensi dell'art. 1 della l. n. 95 del 1979, nella sua versione originaria, la procedura trovava applicazione per gli imprenditori commerciali privati in stato di insolvenza o che comunque avessero omesso di pagare almeno tre mensilità di retribuzione ai loro dipendenti nel caso in cui, da almeno un anno, registrassero un numero di dipendenti non inferiore a trecento, e un'esposizione debitoria, verso aziende di credito, istituti speciali di credito, istituti di previdenza e di assistenza sociale non inferiore a 50.321 milioni di lire e superiore a cinque volte il capitale versato e risultante dall'ultimo bilancio approvato.

di prosecuzione dell'attività di impresa doveva salvaguardare (solamente) “in quanto possibile” i livelli occupazionali¹²».

A partire dalla legge Prodi, la disciplina della crisi delle imprese di rilevanti dimensioni è stata sottoposta negli anni successivi a numerose nuove disposizioni a causa della grave crisi economica in Italia. Rilevante è stata la stagione delle “leggi-fotocopia” che ha visto l’emanazione del decreto Marzano (d.l. n. 347/2003) ed ancora, più recentemente, una correzione della disciplina dell’amministrazione straordinaria con il d.l. n. 134 del 2008.

Dall’analisi, seppur sintetica, di alcune delle riforme più significative che hanno coinvolto le procedure concorsuali emerge dunque la rigidità e l’inadeguatezza della legge fallimentare del 1942, imperniata sulla soddisfazione di mere esigenze creditorie e noncurante di tutta una serie di interessi emergenti che necessitavano di tutele. La disciplina del 1942 poteva infatti applicarsi ad una realtà sociale ed economica ben diversa da quella in cui ci si trovava.

E’ stato dunque necessario adoperarsi nella ricerca di operazioni di ristrutturazione e di una nuova riforma dell’originaria legge fallimentare finalizzate al risanamento ed al reinserimento dell’impresa in crisi nel mercato economico considerando, solo quale *extrema ratio*, il suo fallimento e conseguentemente la sua liquidazione.

1.4 Alla ricerca della riforma della legge fallimentare: i due progetti delle Commissioni Trevisanato

A partire dagli anni '70 sono stati numerosi i tentativi di riforma della legge fallimentare del 1942, finché, con il D.M. 28 novembre del 2001, è stata istituita una Commissione *ad hoc* per redigerne un vero e proprio progetto. Quest’ultima ha elaborato i principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega del Governo, relativo all’emanazione della nuova legge fallimentare ed alla

¹²L’evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal regio decreto n.267 del 1942 ai giorni nostri, cap. I, www.giappichelli.it

revisione delle norme concernenti gli istituti connessi, conosciuta con il nome di Commissione Trevisanato.

Il cuore della riforma proposta constava nella riduzione delle procedure in due sole: la prima attivabile dal debitore, dal creditore o dall'autorità giudiziaria al verificarsi di certe circostanze, era finalizzata a prendere il posto del fallimento per ottenere, una volta terminata, la liberazione dei debiti non soddisfatti; la seconda invece, avviata su iniziativa dell'imprenditore, si caratterizzava per un accordo tra le parti. Inoltre all'art. 2 del testo di maggioranza e minoranza emergevano i principi direttivi di tale progetto, i quali si distinguevano nel: «a) perseguire l'obiettivo della valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni, assicurando il miglior soddisfacimento possibile dei creditori; b) favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio; c) incentivare comportamenti cooperativi del debitore e dei creditori, sanzionando le condotte che hanno aggravato od occultato il dissesto; d) disciplinare le procedure secondo criteri di efficienza, celerità, trasparenza e semplificazione.¹³».

E' emerso dunque un nuovo approccio, non più orientato verso la figura del creditore come nel tradizionale orientamento bensì verso quella del debitore. In particolare si è spostata l'attenzione dall'insolvenza dell'imprenditore al concetto di crisi d'impresa da un punto di vista oggettivo, disciplinando la prevenzione di quest'ultima attraverso strumenti giuridici idonei a farne emergere tempestivamente la crisi ed optando soprattutto per soluzioni concordatarie volte al suo risanamento e reinserimento¹⁴.

Nonostante tutte le novità che il progetto proponeva e che sarebbero state comunque fonte d'ispirazione per la legislazione futura, l'elevato numero di componenti della Commissione Trevisanato ha impedito l'elaborazione di un disegno di legge condiviso. Specificamente il contrasto si è manifestato in merito

¹³ Testo di maggioranza e minoranza del disegno di legge recante "Delega al Governo per la riforma organica della disciplina della crisi di impresa e dell'insolvenza" Trevisanato, in [ilfallimento.it](http://www.ilfallimento.it), <http://www.ilfallimento.it>.

¹⁴FABIANI, *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, in *Fallimento*, luglio 2014, pag. 825

alla marcata presenza dell'autorità giudiziaria in entrambe le procedure cui è stato attribuito un potere atipico di persuasione nei confronti dell'imprenditore affinché faccia fronte in modo tempestivo alla crisi. Tale ruolo più marcatamente invasivo del giudice richiamava del resto quello concesso allo stesso dall'ordinamento francese nella *procédure d'alerte et prévention*, da cui tale progetto aveva tratto ispirazione. E' stata prevista inoltre la costituzione di sezioni specializzate al fine di garantire una maggiore professionalità del magistrato competente per la gestione della crisi d'impresa.

Un nuovo schema di legge, nato dalla sintesi del progetto avallato dalla maggioranza della Commissione e dalle osservazioni della minoranza, è stato inoltre approvato con il d.m. 27 febbraio 2004 dalla "seconda Commissione Trivisonato" in composizione ristretta.

Il diritto fallimentare viene così riformato: le procedure concorsuali del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa sono sostituite con due nuovi istituti (la composizione concordata della crisi e la liquidazione concorsuale) e viene anche inserita una nuova procedura volta ad anticipare la crisi ed a prevenirla, la c.d. "procedura di allerta e prevenzione", nonché disposizioni penali e fiscali. Tale procedura di allerta e prevenzione diviene possibile grazie all'istituzione di banche dati da parte delle camere di commercio in cui poter registrare le insolvenze delle imprese per consentire una maggior trasparenza nei confronti di soggetti terzi che con esse vogliono intrattenere dei rapporti commerciali. E proprio grazie a tali banche dati, da un punto di vista interno, è garantita una verifica maggiore dello stato di salute nelle società di capitali attraverso organi di controllo e di revisione. Il tutto è ancor più incentivato dalla presenza di misure premiali che inducono l'imprenditore a denunciare in prima persona la difficoltà cui sta andando incontro.

Pertanto è interessante riportare brevemente il contenuto delle due nuove procedure concorsuali introdotte con il d.m. 27 febbraio 2004: la composizione concordata della crisi (Titolo III) e la liquidazione concorsuale (Titolo IV). Per

quanto riguarda la prima, si tratta di una procedura su iniziativa del solo debitore che ha quale fine «un piano di soluzione della crisi che può avere il contenuto più vario, anche il trattamento differenziato dei creditori che possono essere distinti in classi, all'interno delle quali deve essere garantita la parità di trattamento (art. 16 dello schema di d.d.l.) ma con possibilità di soddisfacimento differenziato a seconda delle diverse classi tramite conversione totale o parziale dei crediti in quote di capitale o altri strumenti finanziari oppure pagamenti in misura ridotta o dilazionata rispetto ad altra classe¹⁵». E' necessario poi, per l'approvazione del piano, il consenso della maggioranza assoluta dei crediti e, se vi è la suddivisione in classi, il voto favorevole dei due terzi di esse che devono anche rappresentare la maggioranza dei crediti (art.27). Il Tribunale infine deve omologare il piano dopo aver verificato la sola regolarità della procedura, a meno che non vi sia opposizione da parte di una maggioranza significativa dei creditori o se la relazione giudiziale del commissario sia negativa. In questi ultimi due casi allora il Tribunale farà una valutazione circa la convenienza e la fattibilità del piano stesso.

Importante novità è inoltre data dalla possibilità di concludere accordi stragiudiziali protetti giuridicamente, quando il debitore abbia ottenuto il consenso al piano di una parte rilevante di creditori o la maggioranza dei crediti, dei quali almeno la metà siano riferibili a banche o ad altri intermediari finanziari prima che abbia aperto la procedura ordinaria. Insieme al piano però il debitore deve anche presentare una relazione sottoscritta da una figura professionale competente in materia che verifichi la fattibilità del piano di soluzione della crisi. Il Tribunale, anche in questo caso, procederà successivamente alla sua omologa.

La seconda procedura è la liquidazione concorsuale: essa prende il posto dell'originario fallimento e, come si evince già dal nome, mira a «segnare una

¹⁵L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal regio decreto n.267 del 1942 ai giorni nostri, cap. I, www.giappichelli.it

svolta rispetto alla concezione afflittiva del fallimento eliminando proprio tale parola che trova le sue radici nel basso medioevo italiano¹⁶».

E' tuttavia ammessa l'apertura di tale procedura solo qualora il debito dell'impresa sia consistente (deve essere aggiornato periodicamente), così da non appesantire le strutture giudiziarie e garantire una maggiore velocità del processo. Viene nominato poi un curatore che si occupa di redigere un piano di liquidazione da approvare dal consiglio dei creditori, ferma restando comunque l'attenzione alla possibilità di proseguire l'attività dell'impresa tramite il suo esercizio provvisorio o l'affitto della stessa. Anche in questa procedura il debitore, il curatore, i creditori o un terzo già dopo l'apertura della liquidazione (art.85) possono proporre, dove possibile, un accordo attraverso il piano di insolvenza.

Infine, a conclusione del contenuto della riforma del seconda Commissione Trevisanato, si menzionano gli istituti di allerta e prevenzione prima accennati. Tali misure rappresentano una grossa innovazione nell'ordinamento giuridico italiano in quanto servono ad anticipare la crisi di un'impresa e mirano così a salvarla prima che questa fallisca. Si possono di seguito riassumerne gli aspetti principali degli istituti di allerta e prevenzione: «i) segnali di crisi provenienti dall'esterno, che vanno a costituire un'apposita banca dati (il c.d. allarme esterno); ii) accentuazione degli obblighi informativi da parte di organi societari adibiti al controllo stimolando iniziative per il superamento della crisi (il c.d. allarme interno); iii) un allarme caratterizzato dall'officiosità dell'Autorità giudiziaria¹⁷».

Si sottolinea dunque la completezza e l'organicità di tale riforma che va a riscrivere la disciplina delle procedure concorsuali nella loro totalità ed aggiunge nuove disposizioni in tema fiscale e penale. Tuttavia nonostante questa grande opera innovativa e seppur le indicazioni della Commissione siano state in un certo qual modo seguite, si è preferito applicare una serie di “leggi tappabuchi¹⁸” delle

¹⁶ JORIO, FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano 2004.

¹⁷ *L'evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal regio decreto n.267 del 1942 ai giorni nostri*, cap. I, www.giappichelli.it

¹⁸ JORIO, FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004.

disposizioni fallimentari del 1942 che hanno generato discontinuità e una stratificazione delle normative successive.

1.5. Anni di riforme: dal “Decreto competitività” (d.l. n. 35/2005) al d.l. n. 83/2012 “Misure urgenti per la crescita del Paese”

A seguito della riforma della seconda Commissione Trevisanato si è assistito ad un pullulare di interventi e schemi di riforma della normativa in vigore, preferiti dal legislatore per motivi di celerità nonostante rappresentassero un disallineamento con i principi cardine elaborati dal progetto del 2004.

Va detto innanzitutto che le nuove riforme, di cui si parlerà diffusamente in seguito, non hanno sostituito gli istituti fallimentari originari di cui alla legge fallimentare, ma si sono limitate a modificarne singoli aspetti senza riproporre gli strumenti di prevenzione ed allerta che avevano costituito la grandiosa novità del progetto Trevisanato per anticipare la crisi dell'impresa e salvarla dall'imminente insolvenza. Nella stessa direzione si orienta il pensiero di certa dottrina¹⁹, favorevole alla percezione tempestiva dell'insorgere della crisi al fine di affrontarla il prima possibile tramite l'applicazione di misure di allerta preventive. Il primo progetto approvato in questo periodo di riforme è stato il d.l. 14 marzo 2005 n.35, rubricato “Disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale”, noto anche come Decreto Competitività, elaborato per mezzo della decretazione d'urgenza. Tale riforma si è concentrata soprattutto su tre aspetti: il cambiamento della disciplina dell'azione revocatoria e l'introduzione del piano attestato di risanamento quale strumento di

¹⁹ JORIO, *Introduzione in Il nuovo diritto fallimentare*, «Solo uno Stato forte ed equo, ad un tempo rispettoso dell'autonomia dei cittadini e da questi rispettato nella sua più che comprensibile volontà di perseguire il benessere collettivo attraverso un sistema di regole che consentano di percepire con tempestività l'insorgere della crisi e di affrontarla con migliori possibilità di successo, può pensare a misure di allerta e di prevenzione al tempo stesso «liberali» ed efficaci. La consapevolezza di non essere (ancora) in questa ottimale condizione non avrebbe tuttavia dovuto far rinunciare ad indicare alcune misure di allerta e prevenzione, quanto meno con riferimento a più stringenti regole di controllo all'interno delle imprese».

composizione della crisi (art.67, 3° comma), la modificazione dell'istituto del concordato preventivo (art. 160 ss. l.f) ed infine l'inserimento degli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* l.f.). Il decreto del 14 marzo 2005 è stato convertito nella legge n. 80 del 14 maggio 2005 ove sono state conferite anche deleghe al governo per estendere la riforma della legge fallimentare del 1942. Ed è così che il 9 gennaio del 2006 è stato emanato il decreto legislativo n.5 “Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell’articolo 1, comma 5, della legge 14 marzo 2005, n. 80”. Quest’ultimo ha abrogato interamente l’istituto dell’amministrazione controllata e ha modificato il presupposto soggettivo del fallimento riformulando le caratteristiche del piccolo imprenditore²⁰. Conclude la prima stagione di riforme il decreto correttivo del 12 settembre 2007 n. 169 che corregge ed integra quelle del 2005 e del 2004 sopra menzionate.

Trascorsi soli tre anni è quindi intervenuto un nuovo decreto legge: “Misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica” convertito nella legge n.122 del 30 luglio 2010. Quest’ultima ha introdotto l’art. 182 *quater* l.f. in tema di prededucibilità dei crediti nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti, il comma 5° all’art. 182 *bis* l.f. con l’estensione del divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari ed esecutive anche nel corso delle trattative o prima della formalizzazione dell’accordo di ristrutturazione dei debiti²¹ ed infine l’art 217 *bis* l.f. con il nome di “Esenzione dai reati di bancarotta”. Segue un ulteriore intervento legislativo con la legge 27 gennaio 2012, n.3 recante “Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovra indebitamento”, peraltro modificato

²⁰ Presupposti soggettivi ulteriormente mutati dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, occorre che i seguenti requisiti: a) un attivo patrimoniale complessivo annuo non superiore a trecentomila euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata minore; b) ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore a duecentomila euro nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell’istanza di fallimento o dall’inizio dell’attività se di durata inferiore; c) un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore a cinquecentomila euro

²¹ *L’evoluzione della disciplina delle procedure concorsuali: dal regio decreto n.267 del 1942 ai giorni nostri*, cap. I, www.giappichelli.it

dopo pochi mesi dal decreto legislativo 18 ottobre 2012 n. 179 convertito in legge il successivo 17 dicembre 2012.

Perdendosi ormai ogni speranza per la realizzazione di una riforma organica ed unitaria della legge fallimentare il legislatore si è trovato così costretto, a causa della grave crisi economica gravante sulle imprese italiane, ad emanare nel giugno del 2012 il d.l. “Misure urgenti per la crescita del Paese”, convertito poi nella legge n.134 del 7 agosto 2012. Tale decreto ha inserito l’art. 236 *bis* l.f. “Falso in attestazioni e relazioni” che colpisce le falsità commesse dai professionisti attestatori introducendone una responsabilità penale.

1.6. L’iter di formazione della riforma Rordorf ed il ritorno dell’allerta

Nonostante la molteplicità di interventi che a partire dal 2005 hanno modificato la legge fallimentare, caratterizzati in un primo tempo da una certa organicità e successivamente da una serie di misure “tappabuchi” volte ad adeguare via via gli istituti delle procedure concorsuali alla grave crisi economica del Paese, si è reso ben presto necessario dare avvio ad una vera e propria riforma sistematica ed organica del fallimento. In tale contesto si è collocato il decreto 28 gennaio 2015, con il quale è stata istituita una Commissione *ad hoc* dal Ministero della Giustizia, presieduta dal presidente della Corte di Cassazione Renato Rordorf e finalizzata «all’elaborazione di proposte di interventi di riforma, ricognizione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali.²²». A seguito di audizioni e confronti che hanno coinvolto anche la CNDCEC, CNF e Confindustria, il 18 dicembre del 2015 è stato reso pubblico il disegno di legge delega, approvato dal Consiglio dei Ministri l’11 febbraio 2016. Al suddetto disegno di legge è stata anche affiancata la relazione del Presidente Rordorf quale schema illustrativo. Nonostante la speranza che la legge delega non venisse rimaneggiata dal governo, emergevano

²²IRRERA, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, in *Diritto ed Economia dell’Impresa*, febbraio 2016, pag. 165.

molteplici modifiche al lavoro della Commissione Rordorf, tanto dal punto di vista sostanziale quanto da quello formale²³.

Il primo progetto di legge (C. 3671) della riforma della legge fallimentare del 1942 viene depositato l'11 marzo 2016²⁴. Durante l'esame della Commissione di Giustizia è stato poi richiesto lo stralcio dell'art 15 e così, in tema di amministrazione straordinaria, sono stati avviati due progetti distinti: il C.3671-*bis* ed il C. 3671-*ter*.

Una volta terminato l'iter in Commissione e superata l'approvazione di Camera e Senato, si è finalmente giunti alla legge delega 19 ottobre 2017 n. 155, pubblicata sulla G.U. n. 254 del 30 ottobre 2017, la quale delega il Governo ad emanare decreti per la riforma sistematica ed organica della materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali.

Si è dato così avvio ai lavori di una seconda Commissione Rordorf nominata dal Ministro Orlando per la predisposizione dello schema o degli schemi di decreto legislativo delegato; essa ha consegnato il progetto alla vigilia del Natale del 2017. Quindi, ultimata la revisione da parte dell'Ufficio Legislativo del Ministero della Giustizia, in via preliminare è stato approvato il progetto di decreto legislativo delegato del Governo nella riunione del Consiglio dei Ministri datata 8 novembre 2018 e, definitivamente, «salvo intese», il 10 gennaio 2019. L'ultima versione della Riforma è stata così pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale il 14 febbraio 2019 (il decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, CCII), in una versione «in progressione», costituita dallo schema Commissione Rordorf, dallo schema preliminare nuovo Governo, dallo schema entrato in Consiglio dei Ministri dopo i pareri delle Camere e del

²³ Il disegno di legge governativo attribuisce al Tribunale, in tema di concordato, la competenza a giudicare la fattibilità economica del concordato, diversamente da quanto previsto dalla Commissione Rordorf; B. CONCA, *Concordati, giustificato il giudizio di fattibilità*, in *Il Sole 24 Ore*, marzo 2016, pag. 42.

²⁴ ABETE, *La "bozza Rordorf": l'impatto delle innovazioni prefigurative in ambito societario*, in *Fallimento*, ottobre 2016, 1132 (commento alla normativa)

CDS ed infine dallo schema approvato “salvo intese”, che necessitava di qualche tempo ulteriore per la verifica definitiva²⁵.

Ciononostante i principali obiettivi della legge delega sono stati attuati.

Per quanto attiene ai principi generali si assiste: alla sostituzione del termine fallimento con quello di «liquidazione giudiziale»; alla definizione di stato di crisi come «probabilità di futura insolvenza»; all'adozione di un procedimento giudiziale unitario per accertare lo stato di crisi e di insolvenza indipendentemente dalla tipologia del debitore; all'ampliamento del potere d'iniziativa del Pubblico Ministero tutte le volte che abbia notizia dell'insolvenza; alla riduzione della durata e dei costi delle procedure «contenendo le ipotesi di prededuzione, soprattutto con riguardo ai compensi dei professionisti, che rischiano, in numerose procedure, di assorbire gran parte dell'attivo²⁶»; alla specializzazione dei giudici che si occupano della materia concorsuale creando tre macro aree di competenza²⁷; alla coordinazione con il sistema giuslavoristico di tutela dell'occupazione e del reddito dei lavoratori in ambito delle procedure di gestione della crisi ed infine all'introduzione di una nozione di gruppo con una disciplina specifica per gestire le procedure di concordato.

La più grande novità della riforma è quella rappresentata dall'introduzione di una fase preventiva di “allerta” e di una procedura di composizione assistita della crisi, con lo scopo da una parte di anticipare la crisi per poterla affrontare e risolvere più facilmente, dall'altra di evitare che le procedure concorsuali, quando vi è una crisi irreversibile, conducano esclusivamente e necessariamente alla liquidazione dell'impresa.

Le procedure di allerta hanno natura stragiudiziale e confidenziale e sono attribuite alla competenza di Organismi di Composizione assistita della Crisi

²⁵DIDONE, *Breve storia del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Esecuzione forzata*, marzo 2019, pag. 497.

²⁶IRRERA, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, febbraio 2016, pag. 165

²⁷ Le tre macro-aree sono: 1) i tribunali specializzati delle imprese per le grandi crisi, 2) tutti i tribunali per il sovraindebitamento, 3) i tribunali più strutturati per parametri quantitativi e organicità per le restanti crisi d'impresa. Il Ministero della Giustizia gestisce inoltre un albo a livello nazionale per coloro che svolgono attività di gestione o controllo di procedure concorsuali, i cd. “Professionisti dell'insolvenza” *ibidem*.

(OCRI) istituiti in sezioni specializzate. Inoltre esse coinvolgono molteplici soggetti: da un lato gli organi di controllo societario (i revisori dei contabili e le società di revisione), dall'altro i creditori qualificati privilegiati (agenzia delle entrate, agenti della riscossione ed enti provinciali), tutti incaricati di rilevare precocemente i fondati indizi di crisi. La procedura prevede poi la convocazione e l'audizione del debitore, all'esito della quale l'OCRI può nominare un esperto per raggiungere una soluzione concordata tra le parti. Sono inoltre previste misure premiali per chi si attiva tempestivamente e sanzionatorie per chi non adoperi le procedure di allerta.

Saranno analizzate dettagliatamente tutte le procedure di allerta e le relative misure nonché gli indici di rilevazione della crisi nel terzo capitolo, fulcro dell'intero elaborato.

La riforma poi prevede ancora, per le insolvenze di minore portata, una esdebitazione di diritto – che dunque non richiede la pronuncia di un apposito provvedimento del giudice – conseguente alla chiusura della procedura di liquidazione giudiziale, fatta salva la possibilità di un'eventuale opposizione da parte dei creditori e l'introduzione di una disciplina della crisi del gruppo societario, con disposizioni volte a consentire lo svolgimento di una procedura unitaria per la trattazione dell'insolvenza delle plurime imprese del gruppo.

Occorre infine sottolineare che con riguardo a certe tematiche, in particolar modo il concordato preventivo, si sono registrate divergenze tra il testo della Commissione Rordorf ed il disegno di legge delega del Governo che prende una direzione più risoluta²⁸. In sintesi, è possibile riassumere in tre principali linee direttive l'andamento del disegno di legge delega:

- Potenziamento dello strumento dell'accordo di ristrutturazione dei debiti che assume sempre più i profili di «concorsualità» tipici del concordato preventivo;

²⁸IVI, pag. 166.

- Ammissibilità del concordato preventivo solo laddove vi sia una continuità aziendale secondo cui è meglio optare per una liquidazione giudiziale (ex fallimento) piuttosto che un cattivo concordato;
- Misure di allerta volte ad anticipare tempestivamente l'emersione della crisi con il rischio che, senza gli idonei strumenti, questa si possa trasformare velocemente in insolvenza.

1.7. Uno sguardo complessivo: dal nuovo Codice della Crisi d'Impresa e dell'insolvenza (d.lgs. n.14/2019) al decreto correttivo n. 147/2020

Il D.lgs. n. 14 del 12 gennaio 2019 emanato in attuazione della L. 155 del 19 ottobre 2017, introduce nell'ordinamento il nuovo Codice della Crisi d'impresa e dell'insolvenza (abbreviato "CCII") che, in considerazione della modifica apportata all'art. 389 dello stesso dall'art. 5 del recente D.L. 23 dell'8 aprile 2020 (Decreto "Liquidità"), è destinato ad in vigore il 1° settembre 2021 ed a sostituire integralmente la vigente Legge Fallimentare (Regio Decreto 267/42)²⁹.

Va detto che l'art. 389 CCII, prima dell'emergenza sanitaria legata alla pandemia da Covid-19 e quindi dell'emanazione del Decreto "Liquidità", prevedeva l'entrata in vigore del Codice il 15 agosto 2020 dopo una *vacatio legis* di diciotto mesi dalla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, salvo per le norme che hanno novellato il codice civile di cui agli articoli 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388, entrate in vigore il trentesimo giorno successivo alla pubblicazione del decreto legislativo.

Tale *vacatio* breve riguarda norme eterogenee per le quali il legislatore ha riconosciuto la necessità di una efficacia immediata determinata dal loro impatto sistematico sul diritto commerciale e fallimentare.

²⁹ BONFANTE, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza, in Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Guido Bonfante, in *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, pag. 1943 e ss.;

La prima norma dotata di siffatta efficacia è l'art. 375 "Assetti organizzativi dell'impresa" che modifica l'art. 2086 del codice civile e prevede per tutte le società l'obbligo di istituire assetti organizzativi "adeguati" per la rilevazione tempestiva della crisi ed il dovere dell'imprenditore di attivarsi per l'adozione e l'attuazione degli strumenti previsti per il superamento della stessa.

Segue l'art. 3, 1° comma, che estende gli obblighi di cui all'art.375 anche agli imprenditori individuali.

Vi è poi l'art. 377 rubricato "Assetti organizzativi societari" in modifica degli artt. 2257, 2380 bis, 2409 *novies* per il quale la gestione dell'impresa deve essere svolta nel rispetto dell'art. 2086 c.c.: tale compito spetta agli amministratori ed al consiglio di gestione.

L'art. 2475 c.c. riafferma che la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori ed estende anche alla s.r.l. alcune regole sul funzionamento del consiglio di amministrazione proprie della S.p.A.

L'art. 378, rubricato "Responsabilità degli amministratori", poi, modifica gli artt. 2476 e 2486 c.c. introducendo nuove disposizioni in tema di responsabilità degli amministratori nella s.r.l. e di quantificazione del danno in caso di indebita prosecuzione dell'attività dopo il verificarsi di una causa di scioglimento.

L'art. 379, rubricato "Nomina degli organi di controllo", infine muta sia l'art. 2477 c.c. indicando i casi in cui è obbligatoria la nomina dell'organo di controllo o del revisore nelle società, sia l'art. 92 disp. att. c.c. con la previsione di nuove regole per la nomina dell'organo di controllo o del revisore nella s.r.l. e nelle cooperative³⁰.

Ad eccezione dell'entrata in vigore delle norme fin qui elencate, le ragioni del lungo periodo di incubazione (diciotto mesi) della restante parte del CCII può ascriversi alla sua portata innovativa in materia di procedure concorsuali: da una parte si imponeva la necessità di impadronirvisi e dall'altra era parimenti necessario che i nuovi Organismi e le strutture previsti dalla legge prendessero

³⁰BASSI, *Codice della crisi e dell'insolvenza- i presupposti della procedure concorsuali nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, 1943 (commento alla normativa)

forma. Occorre peraltro segnalare che alcune indicazioni disposte dalla legge n.155/2017 sono già state disattese e che sono stati previsti correttivi, con la legge 8 marzo 2019 n. 20, fermi comunque i principi di fondo della riforma, proprio perché ispirati a soluzioni già adottate a livello europeo ed internazionale³¹.

Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza è dunque formato da 391 articoli e risulta suddiviso in quattro parti di cui la prima (artt. 1 - 374) riguarda le procedure fallimentari con un incremento di un centinaio di articoli rispetto alla legge n. 267 del 1942. La seconda parte tratta delle Modifiche al codice civile (artt. 375-384), la terza si occupa delle Garanzie in favore degli acquirenti di immobili da costruire (art. 385-388) e la quarta delle Disposizioni finali e transitorie (artt. 389-391).

Per quanto riguarda i principi di fondo su cui è basato il Codice, occorre in primo luogo evidenziare il carattere di sistematicità ed organicità della riforma in forza del quale viene predisposto un unico procedimento per la risoluzione della crisi e dell'insolvenza, indipendentemente dalla natura dei soggetti e che si rivolge non soltanto agli imprenditori ma più genericamente a tutti i debitori. Infatti è proprio all'art 1, 1° comma, intitolato "ambito di applicazione", che viene previsto come «il presente codice disciplina le situazioni di crisi o di insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista, ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, una attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica, o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.³²». Il legislatore ha così riunito nel Codice della crisi sia la disciplina della legge fallimentare del 1942 (con le successive modifiche a partire dal d.lgs. 9 gennaio 2006 n. 5) che concerne principalmente l'imprenditore commerciale, sia quella della legge sul sovraindebitamento (a partire dalla legge 27 gennaio 2012 n. 3), che riguarda il debitore non soggetto alle procedure concorsuali.

³¹ BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza- il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, agosto - settembre 2019, 1943 (commento alla normativa)

³² D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14. Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, art 1.

Già a partire dagli inizi del secolo scorso sono state introdotte procedure concorsuali volte ad evitare il fallimento quali il concordato preventivo e la previsione della amministrazione controllata, che però restavano di esclusivo appannaggio del solo imprenditore commerciale. Ora, grazie alle più recenti riforme, l'imprenditore fallibile può ricorrere non solo ad altre procedure di composizione della crisi ma anche alle procedure concorsuali per il sovraindebitamento rivolte al non imprenditore. Sono dunque presenti nel nuovo Codice una serie di procedure concorsuali riservate agli imprenditori commerciali contenute nella legge fallimentare, e una serie di procedure per la composizione della crisi del non imprenditore, o di alcune categorie di imprenditori (come gli imprenditori agricoli, i piccoli imprenditori, le società start up ecc.), contenute nelle leggi speciali³³.

All'art. 2 sono poi contenute le definizioni di "insolvenza", "crisi" e "sovraindebitamento" nonché la spiegazione dei concetti di "impresa minore", "consumatore", "società pubbliche", "grandi imprese", "gruppo di imprese", "gruppo di imprese di rilevante dimensione", ecc. Quanto alla definizione di insolvenza, come si avrà più avanti modo di precisare, essa non riveste particolare interesse, in quanto resta sostanzialmente immutata rispetto alla sua formulazione originaria. E' piuttosto la nozione di crisi a suscitare particolare attenzione, intesa come probabilità di futura insolvenza, in conformità alle Raccomandazioni ed ai Regolamenti UE. Per il concetto di sovraindebitamento invece viene fatto riferimento ad un indebitamento eccessivo ed insostenibile rispetto alla capacità reddituale e patrimoniale dei soggetti coinvolti.

Occorre ricordare che nel nuovo Codice della Crisi la disciplina della liquidazione giudiziale, erede del fallimento, è rimasta la principale procedura a carattere liquidatorio che mira a soddisfare i creditori, determinando però la cessazione dell'attività imprenditoriale. Proprio per evitare di procedere in tal senso sono

³³ BASSI, *Codice della crisi e dell'insolvenza- i presupposti della procedure concorsuali nel codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, 1943 (commento alla normativa)

state previste nel Codice le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi attraverso gli organismi OCRI (per le imprese commerciali) e OCC (per i soggetti a cui è applicabile la procedura di sovraindebitamento) con lo scopo di salvaguardare l'impresa e regolarne preventivamente la crisi. Sono state inserite inoltre tutta una serie di altre procedure nell'ottica di prevenzione e superamento della crisi o dell'insolvenza senza incorrere nella liquidazione giudiziale e quindi riprese sia quelle previste nella legge fallimentare per l'imprenditore commerciale (piani attestati, accordi di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo) sia quelle della legge sul sovraindebitamento (con l'accezione, forse, della liquidazione controllata del sovraindebitamento). Si tratta di procedure di beneficio, affidate alla iniziativa dei debitori, che consentono a questi ultimi, siano essi imprenditori o meno, di superare le difficoltà e proseguire così l'attività.

A seguito di quanto riportato emerge una notevole eterogeneità del contenuto del Codice della Crisi e dell'Insolvenza, dal momento che sono presenti una moltitudine di procedure per la regolamentazione della crisi rivolte a soggetti differenti. Come evidenziato da certa dottrina³⁴, si tratta di procedure con presupposti e regole differenti, ma il fatto che si trovino tutte nel medesimo Codice della Crisi non ne comporta *tout court* l'unificazione concettuale. In secondo luogo, come si è detto, non bisogna dimenticare che, tranne la liquidazione giudiziale e la liquidazione controllata del sovraindebitato, tutte le altre procedure previste dal Codice della Crisi sono procedure "di beneficio". A questo proposito bisogna aggiungere che le procedure "di beneficio" concesse all'imprenditore sottoponibile a liquidazione giudiziale e cioè all'imprenditore commerciale, sono caratterizzate dalla presenza dei requisiti richiesti dall'art. 121 CCII, diversamente da quelle concesse a tutti i debitori non imprenditori o a

³⁴*Ibidem.* «Le procedure per la regolamentazione della crisi da sovraindebitamento del "non imprenditore" e di categorie specifiche di debitori, per quanto siano modellate sull'esempio della legge fallimentare, non possono essere confuse con le procedure che regolano la crisi dell'imprenditore, né tanto meno con le procedure di insolvenza delle grandi imprese dei gruppi "di rilevante dimensione" previsti dell'art. 2, 1° comma, lett. i). Si tratta di procedure con presupposti, regole e finalità diverse e non è sufficiente per una loro unificazione concettuale il fatto che le rispettive discipline oggi si trovino collocate in un unico testo legislativo; alla fine dei conti, in entrambi i casi, sono sempre debitori inadempienti».

debitori imprenditori “non liquidabili” i cui requisiti emergono dall’art. 49 5° comma del medesimo codice³⁵. Ciò contribuisce a confermare l’idea che nel Codice della Crisi si trovino a coesistere diverse anime, non sempre riconducibili ad unità.

Il nuovo Codice interviene infine cospicuamente anche sulla disciplina societaria laddove introduce misure funzionali alle nuove regole del Codice ed incide su aspetti di carattere più generale i quali finiscono col coinvolgere ed incontrare le stesse procedure concorsuali. Tra le suddette misure si può menzionare quella dell’aver ricondotto, nell’ambito dell’omologazione del concordato, le eventuali opposizioni dei creditori alle delibere di trasformazione, fusione o scissione previste dal piano concordatario. Possiedono invece un carattere più generale, sebbene siano strettamente funzionali alla tempestiva rilevazione della crisi, le norme che responsabilizzano gli organi sociali in ordine alla verifica dell’adeguatezza degli assetti organizzativi dell’impresa³⁶. E ancora, a tal riguardo, sempre con riferimento alle società a responsabilità limitata, vanno segnalate le disposizioni in tema di ampliamento della platea di società obbligate a dotarsi di un organo di controllo o di un revisore. Tali società, come emerge dall’art. 2477 c.c., sono quelle tenute alla redazione del bilancio consolidato, quelle che controllano una società obbligata alla revisione legale dei conti, quelle che hanno superato per due esercizi consecutivi almeno uno dei seguenti limiti: il totale dell’attivo dello stato patrimoniale (4 milioni di euro), i ricavi delle vendite e delle prestazioni (4 milioni di euro) e dipendenti occupati in media durante l’esercizio (in media 20 unità).

Ciò detto, in ragione della complessità della materia fin qui esaminata, non possono che saltare all’occhio possibili criticità del nuovo Codice, in particolare per quanto riguarda l’effettiva applicabilità ed adattabilità della disciplina

³⁵ Codice della Crisi, art. 49 Dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale: «5. Non si fa luogo all’apertura della liquidazione giudiziale se l’ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell’istruttoria è complessivamente inferiore a euro trentamila. Tale importo è periodicamente aggiornato con le modalità di cui all’articolo 2, comma 1, lettera d)».

³⁶ TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d’impresa*, in *Il Società Fallimento*, marzo 2020.

all'attuale realtà socio-economica. Infatti la critica situazione sanitaria abbattutasi a partire dal marzo 2020 nel nostro Paese, comporta riflessi di grande entità a svantaggio di tutto il settore imprenditoriale. Ciò potrebbe far sì che gli istituti elaborati, i quali da un punto di vista giuridico risultano perfettamente adeguati, non riescano tuttavia ad ottenere gli obiettivi prefissati. Una seconda difficoltà, in grado peraltro di sfociare in vizio di legittimità costituzionale, attiene alla mancata attuazione o attuazione non conforme della legge delega n.155/2017³⁷.

Infine numerose criticità sono state sollevate proprio con riguardo alle c.d. misure di allerta, da una parte a causa dell'eccessiva burocratizzazione della procedura che ricerca spasmodicamente di individuare indicatori ed indici quantitativi oggettivamente in grado di stabilire quando sorga l'obbligo di segnalazione della crisi, dall'altra per il rischio che non si riesca a garantire la confidenzialità della procedura prevista. A maggior ragione quest'ultima perplessità è sollevata dal fatto che qualora l'intervento della composizione assistita della crisi ai sensi dell'art. 22 CCII conduca ad un esito negativo, vi è l'obbligo di darne notizia al Pubblico Ministero; pare quindi che tale istituto di prevenzione mascheri in realtà un vero e proprio strumento di accompagnamento coatto e immediato nei confronti delle procedure di insolvenza³⁸.

Dopo soli due mesi dal D. Lgs. 14/2019, merita ricordare l'emanazione della legge delega 8 marzo 2019 n. 20, con la quale il governo è stato incaricato di apportare modifiche e correzioni al codice entro due anni dalla sua entrata in

³⁷ Per esempio non è stata attuata la previsione della legge delega secondo cui la competenza a trattare le procedure concorsuali relative alle imprese commerciali sopra soglia dovesse essere attribuita ai tribunali sedi delle sezioni specializzate in materia di impresa mentre per le procedure di sovraindebitamento la competenza era ripartita fra i tribunali esistenti nel territorio. Altro caso di mancata attuazione della legge delega riguarda la specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale e all'adeguamento degli organici degli uffici giudiziari, quelli in punto contenimento dei compensi dei professionisti, quelli sul riordino dei privilegi, ma anche, *last but not least*, una sostanziale non attuazione della raccomandazione dei principi della *Model Law* in materia di insolvenza transazionale.

³⁸ BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza- il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, agosto - settembre 2019, 1943 (commento alla normativa)

vigore³⁹. Con ciò il legislatore aveva posto rimedio alla mancanza, nella legge delega n.14/2019 del Codice, di una previsione in tal senso, che in genere è presente nelle grandi riforme. Le modifiche al Codice del resto si erano rese necessarie sia per rimediare ai numerosi refusi e difetti di coordinamento delle norme come segnalati da molti studiosi e pratici al Ministero, sia per modificare alcune delle soluzioni adottate dal legislatore della riforma⁴⁰. Era dunque auspicabile dare seguito al contributo di giuristi e pratici per adattare la riforma alla contingenza dell'evoluzione del quadro pandemico nonché per l'opportunità di effettuare un coordinamento maggiore della disciplina alla Direttiva EU 1023/2019⁴¹ riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, le misure per ampliare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, d'insolvenza⁴². Ricevuto così il parere positivo delle Commissioni parlamentari di Camera, Senato e del Consiglio di Stato, il Consiglio dei Ministri, pur senza recepire tutte le modifiche comunque suggerite, ha approvato il testo definitivo del decreto correttivo del Codice della Crisi e dell'Insolvenza. Il D. L.gs. n. 147 del 26 ottobre 2020 è stato infine pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 5 novembre 2020 ed ha non solo apportato modifiche formali alla disciplina, ma è anche intervenuto in modo significativo sulla definizione di crisi, sulla procedura di allerta in particolare con riferimento al concetto di indici ed indicatori, sull'accesso alle procedure ed al loro dispiegarsi (accordi omologati e concordato), sulle modifiche in tema di prededuzioni e di contratti pendenti, sul sovraindebitamento e concordato minore, sulla disciplina della liquidazione giudiziale ed infine in tema di assetti societari e di *governance*. Quanto alla definizione di crisi, il decreto correttivo elimina dall'art. 2 del CCII il riferimento alla "difficoltà economica - finanziaria" utile per la valutazione della

³⁹ MONTALENTI, *Gestione d'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 482 e ss.;

⁴⁰ PANZANI, *Le novità del decreto correttivo: un primo bilancio*, in *dirittobancario.it*, dicembre 2020.

⁴¹ Per un'analisi più dettagliata confrontare il paragrafo 4.3 del capitolo I.

⁴² MARTINO, *Il decreto correttivo del CCII: più luce sulla riforma, ma ancora qualche zona d'ombra*, in *Corriere Giuridico*, dicembre 2020, 1445 (commento alla normativa)

probabilità d'insolvenza, sostituendola con l'espressione "squilibrio economico-finanziario". In tal modo la nozione di crisi si avvicina maggiormente a quella di insolvenza e dovrebbero essere evitate segnalazioni che anticipino eccessivamente la crisi. Tale modifica si accompagna a quella dell'art. 13 CCII il cui testo è ora "Indicatori e indici della crisi", riferendosi, con il termine indicatori della crisi, agli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario che rendono probabile l'insolvenza; con il termine indici, invece, agli elementi sintomatici che svelano i predetti squilibri e devono essere elaborati dal Consiglio Nazionale dei Commercialisti ed Esperti Contabili⁴³. Sempre con riferimento agli obblighi di segnalazione, viene modificato il procedimento relativo alla c.d. allerta "interna" prevedendosi, in particolare, che il referente presso la Camera di commercio dia notizia della segnalazione ricevuta dall'organo di controllo o dai creditori istituzionali anche al revisore contabile o alla società di revisione (art 14 CCII). Il decreto correttivo aumenta poi le soglie rilevanti ai fini dell'attivazione della c.d. allerta esterna da parte dell'Agenzia delle Entrate (art 15 CCII), richiedendo a tal fine un'IVA non versata pari a 100.000 euro per le imprese con un volume d'affari risultante dalla dichiarazione dell'anno precedente non superiore a 1 milione di euro, pari a 500.000 euro per le imprese con un volume d'affari fino a 10 milioni di euro ed infine pari ad 1 milione di euro per le imprese con un volume d'affari superiore a 10 milioni di euro⁴⁴.

Si assiste poi ad una modifica concernente la composizione del collegio dell'OCRI (art. 17 CCII): al fine di facilitare il rapporto tra l'imprenditore in crisi e il collegio dell'organismo di composizione della crisi si stabilisce infatti che uno dei tre esperti componenti il collegio sia designato dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, scegliendo tra tre

⁴³ Per esempio sono indici quelli che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o nei sei mesi successivi se la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi. Sono ancora reputati indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Si affronterà dettagliatamente la materia in questione nel Capitolo III.

⁴⁴ MARTINO, *Il decreto correttivo del CCII: più luce sulla riforma, ma ancora qualche zona d'ombra*, in *Corriere Giuridico*, dicembre 2020, 1445 (commento alla normativa)

nominativi indicati da quest'ultimo. Gli esperti che compongono il collegio dell'OCRI vengono scelti all'interno di un Albo istituito presso il Ministero della Giustizia, formato inizialmente da professionisti che hanno assunto negli ultimi quattro anni almeno due incarichi di curatore fallimentare, commissario giudiziale o liquidatore ed abbiano frequentato corsi di formazione della durata minima di 40 ore. Per quanto riguarda poi il ruolo del Pubblico Ministero, il Codice oggi prevede che egli possa intervenire in tutti i procedimenti volti all'apertura di una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza (art. 38 CCII).

Si menziona infine l'intervento del decreto correttivo⁴⁵ con riferimento alla modifica dell'art. 2086 c.c.

Tale decreto è intervenuto anche sulla disciplina degli assetti delle società e delle imprese collettive, già a suo tempo segnata dalla modifica degli artt. 2086, 2257, 2380-bis, 2409-novies, 2475, 2476 e 2477 c.c. Come osservato da certa dottrina⁴⁶, nell'esame dell'evoluzione delle modifiche degli articoli anzi citati, il decreto correttivo è riuscito a precisare che è l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086 c.c., e non la gestione nel suo complesso, a spettare unicamente agli amministratori.

⁴⁵ www.gazzettaufficiale.it, 5 novembre 2020.

⁴⁶MARTINO, *Il decreto correttivo del CCII: più luce sulla riforma, ma ancora qualche zona d'ombra*, in *Corriere Giuridico*, dicembre 2020, 1445 (commento alla normativa) «La riscrittura delle predette norme era avvenuta all'insegna del tentativo di fare della crisi un momento che, seppur patologico, fosse adeguatamente ed esplicitamente ricondotto al normale dispiegarsi della corretta procedimentalizzazione dei processi decisionali, all'insegna delle regole di buona amministrazione da tempo declinate in ragione del dovere di agire in maniera informata. In questa direzione, la riscrittura dell'art. 2086 c.c. aveva senz'altro collocato in posizione eminente e di principio il tema dell'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili, prima declinato espressamente nel contesto delle ripartizioni di competenza tra deleganti e delegati nell'art. 2381 c.c. Tuttavia, il raccordo con la disciplina che, per i singoli tipi societari, individua l'ambito delle competenze gestorie, era subito apparso infelice, in quanto in uno con il rinvio al predetto art. 2086 c.c. il legislatore aveva affermato, in maniera indistinta per tutti i tipi societari interessati dall'intervento, l'esclusività della gestione della società in capo agli amministratori, realizzando un'omologazione subito percepita come stridente e capace di tradire le specificità tipologiche di società diverse dalla S.p.a. in cui le competenze gestorie sono diversamente articolate, non rispondono al principio di netta separazione tra proprietà e controllo, e sono in parte rimesse a scelte di autonomia, meritevoli di essere preservate. Il decreto correttivo ha in tal senso operato l'auspicata modifica, precisando che è l'istituzione degli assetti di cui all'art. 2086 c.c., e non la gestione nel suo complesso, a spettare unicamente agli amministratori. »

Il decreto correttivo interviene infine anche su tutti gli istituti di regolazione della crisi (accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, accordi di ristrutturazione dei debiti, concordato preventivo), sul tema della prededuzione dei debiti, sulla disciplina della crisi dei gruppi, sulle modifiche del diritto societario e della liquidazione giudiziale.

Il D. Lsg. n. 147/2020 entrerà in vigore il 1° settembre 2021 insieme al Codice della Crisi. A partire dal 20 novembre 2020 sono entrate in vigore le norme relative alla formazione ed al funzionamento dell'Albo degli incaricati della gestione e del controllo delle procedure nonché le norme di modifica del codice civile in materia di competenza dell'organo amministrativo con riferimento all'istituzione degli adeguati assetti organizzativi societari (art. 2086 c.c.).

2. Il diritto fallimentare nell'ordinamento francese

Nell'ordinamento francese il diritto fallimentare e delle procedure collettive ha conosciuto, con il passare del tempo, una grande trasformazione: da rimedio finalizzato all'eliminazione delle passività del debitore a strumento per salvare le *entreprises en difficulté*, ossia quelle imprese che iniziano a mostrare segnali evidenti di crisi ma che non necessitano ancora di un intervento liquidatorio.

Per raggiungere l'obiettivo di *amélioration* del diritto delle imprese in crisi, con il trascorrere delle legislazioni si sono elaborati nuovi strumenti e sono state proposte riforme che bilanciassero propositi distinti. In un primo momento il legislatore ha convenuto di punire l'imprenditore che non avesse adempiuto alle proprie obbligazioni, successivamente ha deciso di concentrare l'attenzione verso i creditori insoddisfatti, da ultimo, con la concretizzazione del pensiero, ha scelto di mantenere in vita le *entreprises* che meritassero di essere salvate. Tale *iter* che ha coinvolto negli ultimi anni il diritto delle imprese in crisi è diventato però sempre più complesso, senza portare a risultati soddisfacenti e sperati.

Senza dubbio è chiaro per la dottrina che la prevenzione dell'impresa risponda a tre bisogni principali: evitare la *faillite* del debitore, evitare che il diritto di credito

dei creditori svanisca in una procedura giudiziaria liquidatoria ed evitare che per colpa di un'impresa sia arrecato un grave danno alla vita sociale, politica ed economica del Paese⁴⁷.

Prima di addentrarsi nell'analisi della legislazione d'oltralpe che ha portato al passaggio dall'obiettivo iniziale dell'eliminazione del debitore inadempiente a quello prioritario del suo recupero ed al tardivo intervento giudiziario nella crisi d'impresa, è opportuno sottolineare che *le droit de la faillite*, oggi denominato *droit des entreprises en difficulté*, è collocato nel sesto libro⁴⁸ del *Code de Commerce* intitolato «*Droit des entreprises en difficulté*». Tale libro è suddiviso in quattro titoli: il primo, rubricato «*de la prevention des difficultè des entreprises*», mira a risolvere per via stragiudiziale la crisi e sostituisce *le reglèment amiable* con la *conciliation*; il secondo, il terzo ed il quarto titolo, rispettivamente *de la sauvegarde, du redressement judiciaire* e *de la liquidation judiciaire*, disciplinano la protezione giudiziale per ovviare a tali difficoltà.

2.1. Progressi legislativi: dal *Code de commerce* del 1807 alla legge del 1967

Il *Code de commerce*, redatto tra il 1805 ed il 1807 e promulgato il 24 settembre del 1807, è entrato infine in vigore il 1° gennaio 1808. Esso costituisce un'opera legislativa di grande importanza in quanto il diritto commerciale non guarda più ai caratteri tipici dei soggetti esercenti il commercio, come nell'*Ordonnance* del 1673, ma ad una particolare realtà oggettiva rappresentata dagli atti di commercio. Il codice è suddiviso in quattro libri: “Del commercio per via di terra” (primo), “Del commercio marittimo” (secondo), “Del fallimento” (terzo), “Della giurisdizione commerciale” (quarto), per un totale di 648 articoli. Tra le

⁴⁷ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

⁴⁸ Queste disposizioni sono completate dalle regole specifiche in tema di responsabilità e sanzioni (Titolo V), dalle disposizioni generali della procedura (Titolo VI), da quelle applicabili ai dipartimenti *du Haut-Rhin, du Bas-Rhin* e della *Moselle*. In ultimo, si segnala l'aggiunta del Titolo VII concernente le disposizioni particolari applicabili all'EIRL.

disposizioni maggiormente significative si possono ricordare gli artt. 1, 631, 632, e 633 del *Code de commerce*. La norma di apertura reca la definizione di commerciante, ossia «coloro i quali esercitano atti di commercio, facendone la loro professione abituale». Segue, agli articoli 632 e 633 del codice, la definizione di atti di commercio. L'art. 631 C.comm. poi, determinando la competenza dei Tribunali di commercio, nel suo ultimo capoverso stabilisce che gli stessi sono reputati a conoscere «delle controversie relative agli atti di commercio tra ogni sorta di persona» così disegnando una disciplina che si presenta non del tutto priva di ambiguità, con la conseguenza di comportare il passaggio dal sistema soggettivo a quello oggettivo.

Dal 1807 fino alla legge n. 584 del 13 luglio 1967 il diritto delle procedure collettive ha poi mantenuto sostanzialmente le sue caratteristiche iniziali anche se, con il trascorrere del tempo, si è evoluto prendendo una direzione di attenuazione e alleggerimento delle stesse. La legislazione dell'Ottocento ha infatti elaborato, accanto al fallimento, una procedura più flessibile, la liquidazione giudiziaria, che permetteva al debitore inadempiente di beneficiare di un concordato.

E' importante ancora ricordare come l'intero sistema del 1807 si basasse sulla colpa del debitore, per cui se il debitore è colpevole, il tribunale deve dichiarare il fallimento; se non lo è, può aprire una transazione giudiziaria⁴⁹.

Il passaggio da un *droit de la faillite* ad un diritto *des entreprises en difficulté* inizia quindi ad attuarsi con la legge n. 563 del 13 luglio 1967 che ha abolito le disposizioni del *Code de commerce* del 1807 ed ha elaborato quattro procedure e misure sanzionatorie: *le reglement judiciaire*, *la liquidation de biens*, *le faillite personnelle* ed il divieto *de diriger, gérer, administrer ou contrôler* rivolto sia alle imprese individuali, commerciali o artigianali, sia alle sole persone morali sottoposte alla procedura⁵⁰. La prima di queste è dunque quella diretta a

⁴⁹ HECQUARD-THERON, KRYNEN, *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, Tome 1 : Bilans, De la faillite au droit des entreprises en difficulté*, Corinne Saint-Alary-Houin, Toulouse, 2005

⁵⁰ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

reindirizzare l'imprenditore sul normale equilibrio di impresa grazie alla conclusione di un concordato, la seconda mira ad eliminare l'impresa senza prospettive di recupero e non più in grado di soddisfare i creditori, la terza infine vieta l'esercizio di attività d'impresa, individuale o collettiva, commerciale o artigianale, nella privazione del diritto di voto e nell'interdizione ad assumere funzioni elettive. A queste si aggiunge, grazie all'ordinanza n. 821 del 23 settembre 1967, la *suspension provisoire des poursuites et d'apurement collectif du passif*, una delle prime misure di prevenzione, funzionale alla salvaguardia delle imprese che non si trovano ancora in stato di cessazione di pagamenti e la cui scomparsa sia tale da provocare un pregiudizio grave per l'economia nazionale⁵¹. Tale procedura permette al debitore di rivolgersi al Tribunale di Commercio per chiedere la sospensione delle domande di condanna dei creditori affinché venga concesso un periodo d'osservazione destinato a preparare un piano di ristrutturazione.

L'idea innovativa e fondamentale è stata quella di distinguere l'imprenditore dall'impresa, consentendo così di predisporre un trattamento diverso e separato per l'uno e per l'altra: il debitore infatti non è più al centro della procedura così come non lo è il pagamento dei creditori⁵². L'obiettivo diventa ora quello di proteggere i molteplici interessi dell'impresa, abbandonando l'idea che la procedura esecutiva collettiva sia unicamente a favore dei creditori.

Tuttavia, tanto la legge n. 563 del 13 luglio 1967 quanto l'ordinanza n. 821 del 23 settembre 1967 pur utilizzando l'espressione «*entreprises en difficulté*», continuavano ad invocare la colpevolezza del debitore, nonché il potere dei creditori di riunirsi per approvare il piano di ristrutturazione in esito alle procedure, conferendo ancora, nella sostanza, il primato al pagamento dei debiti piuttosto che il salvataggio dell'impresa.

⁵¹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018 ;

⁵² CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, p. 978;

Nonostante ciò, tale testo racchiude in sé le idee guida della legge n. 148 del 1° marzo 1984 e della legge n. 98 del 25 gennaio 1985 le quali danno vita ad un vero e proprio *droit des entreprises en difficulté*.

2.2. Le fondamenta del *droit des entreprises en difficulté*: le leggi del 1° marzo 1984 e del 25 gennaio 1985

L'obiettivo principale delle riforme successive riguardanti il diritto delle imprese in crisi è quello di ridimensionare le procedure giudiziali proposte dal legislatore nei confronti del debitore, per orientarsi verso una regolamentazione basata su relazioni confidenziali e procedure stragiudiziali.

La prevention et le traitement des difficultés costituiscono pertanto, a partire dagli anni '80, il cuore delle riforme attuate dal legislatore per diminuire il numero delle imprese che scompaiono dal mercato del paese⁵³. Nell'ordinamento francese, dunque, la vera svolta si attua con le riforme della legge n. 148 del 1° marzo 1984 relativa a «*la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises*» e delle leggi n. 98 e n. 99 del 25 gennaio 1985⁵⁴, l'una riguardante il risanamento dell'impresa e l'altra l'eliminazione della professione del curatore fallimentare, sostituito con le figure degli «*administrateurs judiciaires, mandataires-liquidateurs et experts en diagnostic d'entreprises*»⁵⁵.

Tali riforme ambiscono ad adottare, attraverso una conoscenza della situazione economica dell'impresa, efficaci misure di recupero di quest'ultima, associando inoltre *la detection e la prévention*. Dato che le difficoltà finanziarie si rendono prevedibili attraverso un controllo gestionale più rigoroso, diventa allora necessario per il benessere dell'impresa che i dirigenti conoscano il prima

⁵³CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

⁵⁴ Questi testi sono oggi codificati nel libro VI del *Code de commerce* (art. 611-1 e ss.).

⁵⁵ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

possibile la situazione reale e predispongano gli strumenti di allerta oppure, nei casi in cui si possano applicare, diano l'avvio a soluzioni concordate.

La priorità è dunque rivolta al salvataggio dell'impresa in difficoltà grazie all'ausilio di una lista di indici significativi che vengono elaborati da apposite commissioni⁵⁶. Se si esclude il rapporto della commissione di Sudreau che, nel 1975, aveva elaborato dei «*clignotants*» destinati ad allertare i dirigenti d'impresa di possibili segnali di crisi, è proprio la legge n. 148 del 1° marzo 1984 ad introdurre *la prévention e le règlement amiable* nel diritto francese, con l'obiettivo di salvare le imprese in crisi. Il testo legislativo del 1984 ha istituito un sistema che tende ad intervenire a monte della cessazione dei pagamenti, prima che la situazione diventi irrimediabilmente compromessa⁵⁷. Questa riforma è entrata in vigore il 1° marzo 1985 ed ha permesso ai dirigenti di cogliere segnali di crisi attraverso elementi di diagnostica permanente⁵⁸ e di aiuto alla ricerca di soluzioni non contenziose. E' così che il legislatore ha esteso il campo della contabilità tradizionale imponendo alle imprese che superano determinate soglie di tenere dei *documents prévisionnelles* riuscendo ad anticipare una possibile crisi futura. Inoltre la suddetta legge n.148 del 1° marzo 1984 ha anche posto le basi della *procédure d'alerte*, in quanto prevede un potere di intervento per i seguenti soggetti aventi una relazione di diritto con l'impresa: i revisori dei conti, i dipendenti, gli associati o lo stesso presidente del tribunale. Questi devono avvertire i dirigenti quando si verificano quei fatti che siano di natura tale da compromettere *la continuité de l'exploitation* al fine di attivarsi per intraprendere tutte le misure che una tale situazione impone⁵⁹. Per *continuité de l'exploitation*, concetto di natura

⁵⁶ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

⁵⁷ GHANDOUR, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2018, n°123 s. «*Une nouvelle conception des difficultés, hors état de cessation des paiements, sous l'angle de l'anticipation il n'est plus question d'imposer une discipline collective, mais de prévoir des outils réactifs et souples*».

⁵⁸ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

⁵⁹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

contabile, si suppone una continuazione in modo che il reddito di impresa permetta di ammortizzare l'attivo su una durata uguale a quella della propria vita, e di pagare tutti i costi differiti e tutti quelli in scadenza, compresa l'esecuzione di tutte le obbligazioni legali o contrattuali⁶⁰.

La legge n. 98 del gennaio del 1985 è invece rivolta alle procedure collettive propriamente dette; essa ha infatti sostituito *le reglement judiciaire, la liquidation des biens e la suspension provisoire des poursuites* con la procedura di *redressement judiciaire* e quella di *liquidation*.

Il terzo intervento normativo, la legge n. 99 del gennaio 1985, ha infine ad oggetto gli ausiliari di giustizia: vengono infatti istituite le figure professionali dell'amministratore giudiziario che si occupa della gestione dell'impresa nel *redressement judiciaire*, del mandatario giudiziario che opera sempre nel *redressement judiciaire* e anche nella liquidazione in voce dei creditori, ed infine degli *experts en diagnostic*⁶¹.

La riforma inoltre prevede la possibilità per i dipendenti, che vengono adesso considerati alla stregua dei creditori, di un sistema di consultazione e di informazione dei rappresentanti del personale attraverso l'istituzione di un nuovo organo: *le représentat des salariés*.

2.3. Normativa successiva: verso una cultura della *prévention*.

Il principio della prevenzione, senza essere rimesso in causa, è stato però considerato insufficiente in quanto troppo «elitario», dal momento che coinvolgeva solo le imprese con determinate soglie ed interveniva assai tardivamente. La legge n. 475 del 10 giugno 1994 ha dunque migliorato il sistema, senza mettere in discussione l'originario obiettivo di salvaguardia dell'impresa in crisi, tramite i seguenti interventi: anticipo della *procédure d'alerte*, incremento

⁶⁰ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

⁶¹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

dei poteri del presidente del Tribunale di commercio col fine di permetterne l'intervento più rapidamente ed infine modifica del *règlement amiable* allargandone il campo di applicazione, rendendo così più facile il ricorso ad una procedura non contenziosa di risoluzione delle difficoltà⁶².

Tutte le disposizioni della legge n. 148 del 1° marzo 1984, delle leggi n.98 e 99 del 25 gennaio 1985 ed infine la legge n.475 del 10 giugno 1994 sono state codificate nel libro VI del nuovo *Code de commerce* adottato dall'ordinanza n. 912 del 18 settembre 2000, rubricato «*Des difficultés des entreprises*». Le norme sono state divise in due titoli: il primo intitolato «*De la prévention et du règlement amiable des difficultés des entreprises*» ed il secondo «*Du redressement et de la liquidation judiciaire des entrprises*»⁶³.

Nel 2005 si è assistito poi ad una grande riforma che costituisce forse l'ultima tappa dell'evoluzione legislativa iniziata alla fine degli anni '60 nell'ordinamento francese: la riforma della legge n.845 del 26 luglio 2005.

La nuova legge elabora in primo luogo la procedura *de sauvegarde* considerata un ibrido tra la prevenzione ed il trattamento giudiziario della crisi, quindi modifica ed attualizza gli indici di rilevazione delle difficoltà, infine ritocca la procedura del *règlement amiable* che si evolve nell'attuale *conciliation*⁶⁴.

Ad oggi, pertanto, nell'ordinamento francese esistono quattro procedure, di cui una *amiable*, volta a favorire il recupero dell'impresa attraverso un accordo tra il debitore e i creditori e tre di stampo giudiziario: la prima prevede la procedura di *conciliation* che può essere aperta anche nell'ipotesi di cessazione dei pagamenti, le altre tre invece sono *la sauvegarde*⁶⁵ (la cui apertura interviene in un periodo

⁶² INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

⁶³ *Ibidem*

⁶⁴ JORIO, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fall.*, 2015.

⁶⁵ Secondo l'art. L.620-1 del *Code de commerce* l'impresa deve giustificare delle *difficultes*, «*qu'el n'est pas en mesure de surmonter, de nature à la conduire à la cessation des paiements sens y être*».

antecedente alla cessazione dei pagamenti), il *redressement judiciaire*⁶⁶ e la *liquidation*⁶⁷.

La riforma del 2005 modifica inoltre il contesto della procedura *d'alerte* introducendo l'obbligo dei *commissaires aux comptes* di informare il tribunale della situazione di difficoltà dell'impresa qualora i dirigenti non vi facciano tempestivamente fronte. Inoltre i revisori dei conti possono essere convocati ad un'assemblea speciale degli azionisti, dove devono presentare un rapporto che dimostri come il passivo dell'impresa non sia più in grado di garantire la *continuité de l'exploitation*.⁶⁸

Dal 2005 fino ad oggi si sono poi susseguiti molteplici interventi normativi che hanno ritoccato ed aggiustato i pilastri introdotti dalle tre grandi riforme del 1984, del 1985 e del 2005⁶⁹.

Si può menzionare a tal proposito l'ordinanza n. 1345 del 18 dicembre del 2008 che ha semplificato notevolmente le condizioni di apertura della *sauvegarde* con delle disposizioni di incoraggiamento al fine di incentivare l'imprenditore verso la stessa piuttosto che un *redressement judiciaire*. Seguono la legge n. 658 del 15 giugno 2010 e l'ordinanza n. 1512 del 9 dicembre 2010⁷⁰ che permettono all'EIRL (*entrepreneur individuel à responsabilité limitée*) di avere accesso alle procedure collettive scindendo però il patrimonio dell'impresa da quello del dirigente individuale.

Ancora si citano la legge n. 525 del 2010 *de simplification et amelioration de la qualité du droit des sociétés* che ha modificato il diritto delle società commerciali

⁶⁶ Secondo l'art. L. 631-1 del *Code de commerce* il debitore può aprire una procedura di *redressement judiciaire* quando è «*dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible, en étant en cessation de paiements*».

⁶⁷ La *liquidation judiciaire* può essere pronunciata in momenti differenti: a partire dalla cessazione dei pagamenti e quando *le redressement judiciaire* è manifestamente impossibile, durante il periodo d'osservazione se l'amministratore ed il giudice si rendono conto che *le redressement* è impossibile ed a seguito della risoluzione di un *plan de redressement*.

⁶⁸ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

⁶⁹ CAMPANA, *La prevenzione della crisi delle imprese. L'esperienza francese*, in AA.VV., *La legislazione concorsuale in Europa*, a cura di Bonfatti – Falcone, Milano, 2004, p. 233,

⁷⁰ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

e l'ordinanza n. 326 del 12 marzo 2014⁷¹ che ha attribuito al Pubblico Ministero, dietro segnalazione del Tribunale, un potere di azione relativo all'avvio di una procedura di *redressement* o di *liquidation* qualora quest'ultimo rilevi situazioni di insolvenza.

L'ordinanza ha poi ancora introdotto una procedura di *sauvegarde accélérée* che concede una corsia preferenziale a quelle imprese che abbiano già un piano di risanamento con continuazione in stato di elaborazione avanzata, purché sia prevedibile una approvazione, da parte dei creditori, a larga maggioranza entro tre mesi decorrenti dalla ammissione⁷².

Infine è possibile ancora ricordare gli ultimi interventi legislativi introdotti con la legge n. 990 del 6 agosto 2015 detta «legge Macron» e con la legge n. 1547 del 18 novembre 2016 «*pour une modernisation de la justice du XXIème siècle*». Entrambi i testi sono leggi d'ottimizzazione che hanno un impatto sostanzialmente tecnico sulle procedure collettive, col fine di mettere in opera tutta una serie di nuovi meccanismi specificamente elaborati⁷³.

3. Gli organismi sovranazionali

3.1. Unidroit

L'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT) è un'organizzazione intergovernativa indipendente con sede in Roma il cui scopo, come emerge dal manifesto, è quello di studiare i modi per armonizzare e coordinare le norme di diritto privato dei singoli Stati o gruppi di Stati al fine di

⁷¹ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

⁷² CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

⁷³ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

promuoverne gradualmente l'adozione in un sistema uniforme⁷⁴. L'UNIDROIT, sotto la guida del suo ispiratore e promotore Vittorio Scialoja, è stato creato nel 1926 come organo ausiliario della Società delle Nazioni e successivamente fu ricostituito nel 1940 sulla base di un accordo multilaterale rappresentato dallo Statuto organico dell'UNIDROIT. Ad oggi vi aderiscono sessantatre Stati membri.

L'obiettivo di tale istituto, così come stabilito dal suo Statuto organico, consiste nell'elaborazione, a seguito dell'emersione di un diritto privato transazionale a formazione spontanea, di regole uniformi raccolte in una codificazione. Le norme elaborate dall'UNIDROIT disciplinano il diritto privato sostanziale e saltuariamente contengono anche disposizioni riguardanti i conflitti di leggi o in materia di diritto pubblico⁷⁵.

Dal momento che l'UNIDROIT è un'organizzazione intergovernativa, gli strumenti principali di cui si serve assumono tradizionalmente la forma della convenzione internazionale, anche se ne vengono utilizzati altri, non vincolanti, come le leggi modello, i principi generali destinati direttamente ai giudici, agli arbitri e anche al legislatore nazionale e le guide giuridiche utilizzate soprattutto per regolare nuove tecniche commerciali al fine di aiutare i professionisti del settore.

Nell'ambito del diritto commerciale, rivestono grande importanza i principi UNIDROIT dei contratti commerciali internazionali che rappresentano una codificazione privata o *restatement* della parte generale del diritto dedicata a tale tipologia di accordi. Essi sono stati elaborati ed approvati da un'organizzazione intergovernamentale, l'UNIDROIT appunto, e per questo motivo non sono destinati ad essere ratificati da ogni Stato diventando necessariamente parte dei rispettivi ordinamenti nazionali. I Paesi sono dunque liberi di accogliere e seguirne i principi.

⁷⁴ MAZZONI, *L'UNIDROIT fino agli anni '70 e i suoi contatti con i giuristi italiani del tempo*, in *Contratto e Impr.*, febbraio 2016, 311 (commento alla normativa).

⁷⁵ GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contratto e Impr.*, febbraio 2010, 353 (commento alla normativa).

Nonostante il carattere di *soft law*, i Principi UNIDROIT, pubblicati per la prima volta nel 1994, hanno avuto ampio seguito tanto in dottrina quanto nella pratica e sono stati scelti come modello e fonte di ispirazione da parte di numerosi legislatori nazionali per attuare progetti di riforma all'interno del proprio diritto contrattualistico. Essi sono stati accolti molto favorevolmente in quanto disciplinano, oltre ai singoli contratti, anche, a livello generale, i contratti commerciali internazionali, occupandosi quindi di aspetti importanti quali la formazione, l'interpretazione, la validità, l'esecuzione, l'inesecuzione ed i rispettivi rimedi.

L'applicazione dei Principi UNIDROIT si ritrova poi nelle decisioni dei Tribunali arbitrali e delle Corti statali che se ne servono non solo per dirimere controversie internazionali ma anche per interpretare in maniera corretta il diritto nazionale⁷⁶.

Grazie agli ottimi risultati ottenuti, l'UNIDROIT nel 2004 pubblica una seconda edizione di principi e nel 2010 ne pubblica una terza più ricca e completa.

L'edizione "Principi UNIDROIT 2010" emenda soli cinque articoli dell'edizione del 2004 e consta di 211 articoli, a fronte dei 184 dell'edizione precedente. Le nuove disposizioni hanno rispettivamente ad oggetto: le restituzioni in caso di dissoluzione, le condizioni, le obbligazioni con pluralità di debitori e di creditori ed infine l'illiceità dei contratti *de quibus*.

3.2. Uncitral

UNCITRAL è l'abbreviazione di *United Nations Commission on International Trade Law* che, tradotta in italiano, corrisponde alla Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale con sede in Vienna.

Si tratta di una Commissione permanente fondata nel 1966 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite quando lo sviluppo dei mercati internazionali mostrava l'esigenza di una rimozione o, almeno, di una riduzione dei numerosi ostacoli esistenti per l'unificazione del diritto commerciale internazionale.

⁷⁶ BONELL, *La nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Giur. It.*, luglio 2012, (dottrina).

Il compito di maggior rilievo affidato all'UNCITRAL, principale organo delle Nazioni Unite, consiste in una serie di attività volte al raggiungimento di una progressiva armonizzazione ed unificazione del diritto commerciale internazionale. L'UNCITRAL infatti coordina le attività delle organizzazioni impegnate sul fronte del diritto commerciale internazionale, incoraggiandone la cooperazione e lo scambio d'informazioni. La Commissione, inoltre, si adopera per promuovere una più ampia aderenza degli Stati alle già esistenti convenzioni internazionali, ai modelli di legge e alle leggi uniformi. Altro compito di grande importanza attribuito all'UNCITRAL consiste nella diretta preparazione e promozione di nuovi testi legislativi che possano trovare ampio accoglimento tra gli Stati e che siano supportati da commentari e da un'aggiornata giurisprudenza. Le tecniche legislative utilizzate da tale istituto per assolvere al compito descritto sono varie e molto flessibili, declinate *ad hoc* per il risultato che si intende perseguire: convenzioni, modelli di legge e regole uniformi.

Nel 1997 l'UNCITRAL ha adottato un modello di legge (*Model Law*) sull'insolvenza transfrontaliera, alla quale ha fatto seguito, nel 2004, una guida legislativa (*Legislative Guide*) e, nel 2009, la *Practice Guide on Cross Border Insolvency Cooperation*, entrambe sul diritto dell'insolvenza.

Si può considerare la *Model Law* un sistema legislativo a tutti gli effetti, pronto per il recepimento nei singoli ordinamenti nazionali; diversamente invece si comporta la *Legislative Guide*, strumento di *soft law*, composto da raccomandazioni alle quali i singoli legislatori sono incoraggiati ad adeguarsi senza esserne obbligati⁷⁷.

La *Model Law* mira *in primis* ad incentivare il coordinamento e la cooperazione tra i diversi ordinamenti, senza però spingersi a creare un'unica legislazione in materia d'insolvenza transfrontaliera. Si precisa che, per procedura transfrontaliera, la *Model Law* intende quella situazione in cui il debitore possieda beni in diversi Stati o in cui almeno una parte dei creditori ed il debitore stesso

⁷⁷ DE CESARI, MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione europea e sugli altri Stati - Una parte quarta per la guida legislativa UNCITRAL sul diritto dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, marzo 2014, 336 (commento alla normativa)

non appartengano al medesimo Stato in cui sta avendo luogo la procedura. Il secondo compito della *Model Law* consiste nell'elaborare procedure semplificate per il riconoscimento delle procedure straniere al fine di ridurre i tempi processuali ed assicurare la certezza del diritto.

Ad oggi la *Model Law* è stata recepita da diciannove Paesi, l'Italia tuttavia non risulta ancora avervi aderito.

Quanto alla *Legislative Guide*, essa è stata invece emanata nel 2004 e constava originariamente di due parti. Col passare del tempo sono state aggiunte la Parte Terza relativa ai gruppi di imprese e la Parte Quarta relativa agli obblighi dei soggetti cui sono affidate le decisioni sulla gestione dell'impresa e agli obblighi degli amministratori di società in situazione di pre-insolvenza, insolvenza imminente o quando l'insolvenza appare inevitabile⁷⁸.

Secondo le osservazioni di taluna dottrina, la Parte Quarta, composta da 11 *Recommendations* che si aggiungono alle 254 delle altre tre Parti della *Guide*, ha rappresentato una delusione in quanto non fornisce effettivamente una soluzione concreta alle problematiche prospettate ma si limita ad individuarle, invitando poi i legislatori nazionali a risolverle in piena libertà⁷⁹.

In conclusione, per quanto attiene alla *Legislative Guide*, si possono evidenziare ancora le seguenti proposte essenziali:

- la previsione di criteri standardizzati in ordine all'apertura della procedura;
- la sospensione delle azioni esecutive per proteggere i beni del debitore anche dalle azioni dei creditori privilegiati;
- i criteri per l'erogazione di finanza nuova per la ristrutturazione;
- le modalità di partecipazione dei creditori alla ripartizione del debito;
- la previsione di un procedimento rapido di ristrutturazione;
- l'introduzione di criteri semplificati per l'insinuazione e l'emissione di crediti,

⁷⁸ DE CESARI, MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione europea e sugli altri Stati - Una parte quarta per la guida legislativa UNCITRAL sul diritto dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, marzo 2014, 336 (commento alla normativa)

⁷⁹*Ibidem*

- la possibilità di convertire il procedimento di riorganizzazione in liquidazione in caso d'insuccesso della prima.

4. Il diritto dell'insolvenza nell'Unione europea

4.1. La vecchia disciplina fallimentare europea: il Regolamento n. 1346/2000

Fin dalla seconda metà del '900 si era manifestata la necessità di istituire un gruppo di lavoro al fine di elaborare un diritto processuale civile internazionale dedicato alle procedure di insolvenza con implicazioni transfrontaliere. Tale diritto non è stato però inserito nel Regolamento n. 44/2001 avente ad oggetto controversie in materia civile e commerciale, essendosi reso necessario un intervento europeo *ad hoc* per disciplinarlo.

E' stato così emanato, il 29 maggio 2000, il Regolamento n. 1346 sulle procedure di insolvenza, riguardante il fallimento, il concordato e le procedure affini che si ispira, nella sua struttura sostanziale, alla già citata *Model law*⁸⁰ (legge adottata nel 1997 dall'UNCITRAL)⁸¹. Esso ha rappresentato una grande novità nel sistema giuridico dei Paesi europei dal momento che, in materia fallimentare, vigeva il principio di territorialità secondo il quale ogni Paese applicava il proprio diritto interno. In particolare, la materia concorsuale è stata un campo in cui, per lungo tempo, ogni Stato ha affermato bramosamente la propria sovranità, addirittura anche al di fuori del proprio territorio, accettando soltanto di fatto, ma non come principio, che la propria sovranità si fermasse alle frontiere.⁸²

Ciononostante è stato possibile attribuire, a livello europeo, delle competenze in ambito fallimentare grazie all'art. 65 del Trattato CE, oggi art. 81 del T.F.U.E, per

⁸⁰ Vedasi paragrafo 3.2 del medesimo capitolo.

⁸¹ DE CESARI – MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione europea e sugli altri stati-una parte quarta per la guida legislativa Uncitral sul diritto dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, marzo 2014, 366 (commento alla normativa).

⁸² PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1013 (commento alla normativa).

il quale l'Unione sviluppa una cooperazione giudiziaria nelle materie civili con implicazioni transnazionali, basata sul principio di riconoscimento reciproco delle decisioni giudiziarie ed extragiudiziali. Tale cooperazione può includere anche l'adozione di misure che armonizzino le disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri.⁸³

Il Regolamento ha come obiettivo l'applicazione del principio del mutuo riconoscimento secondo cui gli Stati membri consentono che le decisioni giudiziali di un altro Paese o più in generale le normative straniere producano effetti nel proprio ordinamento, lasciando ad ognuno la propria disciplina nazionale.

E' infatti presente nel Regolamento n. 1346/2000 un Allegato A in cui sono elencate per ogni Stato membro le procedure concorsuali aventi le caratteristiche per l'applicazione del regolamento in esame. Per quanto riguarda l'Italia, l'Allegato A, ha indicato: il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa, l'amministrazione straordinaria e l'amministrazione controllata (oggi soppressa in seguito alla riforma del diritto fallimentare con il D.Lgs. n. 5 del 2006).

Si possono riportare dunque, qui di seguito, i primi cinque Considerando⁸⁴ in quanto da essi si evincono, in modo significativo, gli obiettivi del Regolamento n. 1346/2000: l'istituzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia; l'elaborazione di procedure di insolvenza transfrontaliera efficienti ed efficaci per il funzionamento del mercato interno; la formazione di un atto comunitario che coordini i provvedimenti da prendere in merito al patrimonio del debitore insolvente dal momento che l'insolvenza delle imprese incide sul corretto funzionamento del mercato interno nonché transfrontaliero; la dissuasione delle

⁸³ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, Versione consolidata, 26 ottobre 2012, Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, eur-lex.europa.eu PDF.

⁸⁴ Regolamento (CE) n.1346\2000 del Consiglio dell'Unione Europea del 29 maggio 2000, eur-lex.europa.eu PDF.

parti dal c.d. *forum shopping*⁸⁵; la necessità di un'azione comunitaria per raggiungere tali obiettivi poiché a livello nazionale il risultato non può essere soddisfacente.

Proseguendo con l'analisi del Regolamento n. 1346/2000, si riportano di seguito i principi generali:

- il principio dell'universalità limitata - di seguito spiegata - per il quale è ammessa l'apertura di più procedure nei confronti di un medesimo soggetto⁸⁶. Esso consta di una procedura principale che può essere aperta in base al criterio del "centro degli interessi principali" del debitore insolvente e una o più procedure secondarie destinate a salvaguardare interessi ritenuti meritevoli di speciale tutela, con effetti limitati ai beni di quell'ambito territoriale in cui opera la "dipendenza" (art. 2, lett. (h) del debitore insolvente;
- il principio secondo il quale è la legge dello Stato di apertura a determinare gli effetti processuali e sostanziali delle procedure di insolvenza, sia per ciò che concerne il suo svolgimento sia per la sua chiusura;
- il principio di coordinamento tra le varie procedure nazionali che si realizza tramite l'obbligo dei curatori di reciproche informazioni (art. 31), lasciando al curatore della procedura principale i poteri di intervento più incisivi;
- il principio di "fiducia reciproca" che è espresso al considerando 22 del regolamento;
- il diritto di ogni creditore di insinuare il proprio credito in ciascuna delle procedure di insolvenza.

⁸⁵ Per *forum shopping* si intende il trasferimento di beni o di procedimenti giudiziari da uno Stato ad un altro al fine di ottenere una situazione giuridica che soddisfi maggiormente le proprie esigenze e le proprie aspettative.

⁸⁶Art. 3.3 Reg. n. 1346/2000: "Se è aperta una procedura di insolvenza ai sensi del paragrafo 1, le procedure d'insolvenza aperte successivamente ai sensi del paragrafo 2 sono procedure secondarie".

Dopo aver analizzato gli obiettivi ed i principi generali del Regolamento n.1346/2000, occorre ora citarne i rispettivi presupposti ed ambiti di applicazione partendo dall'esame dell'articolo 1. Tale norma estende il proprio campo di adottabilità alle procedure concorsuali fondate sull'insolvenza del debitore che comportano lo spossessamento parziale o totale dello stesso e la designazione di un curatore.

La suddetta definizione si perfeziona poi con l'individuazione delle "procedure d'insolvenza", contenute nell'elenco dell'allegato A del Regolamento stesso⁸⁷.

Il Regolamento n. 1346/2000 infine individua tre tipologie di procedure di insolvenza che possono essere aperte negli Stati membri qualora la crisi coinvolga un'impresa con collegamenti in più territori: la procedura principale, che si apre nello Stato ove si trovi il centro d'interessi del debitore; le procedure secondarie, aperte su istanza del curatore della procedura principale o di qualsiasi persona o autorità legittimata in base alla legge del luogo in cui si vuole avviare tale procedura (strettamente legata al criterio di dipendenza); le procedure territoriali, aperte nello Stato in cui il debitore ha una dipendenza anteriore rispetto all'avvio di una procedura principale.

Sebbene il Regolamento n.1346/2000 sia stato ampiamente applicato negli Stati membri, pur tuttavia il legislatore europeo, a causa della crisi finanziaria ed economica degli ultimi anni, ha ritenuto non rispecchiasse in modo adeguato le priorità e le esigenze dell'Unione europea per affrontarla.

Occorreva dunque intraprendere una riforma che innovasse la materia, anche ispirandosi, da una parte, ai principi ed obiettivi che sono alla base della Strategia europea 2020⁸⁸, volta a promuovere la ripresa dell'economia, lo

⁸⁷ BOGGIO, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte) - Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. It.*, 2018, I, 222 (commento alla normativa).

⁸⁸ EUROPA 2020, Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusive, COM, marzo 2010, Bruxelles. La Commissione nella comunicazione del 3 marzo 2010 affermava che: «Occorre migliorare l'accesso delle PMI al mercato unico e promuovere l'imprenditoria mediante iniziative

sviluppo sostenibile ed un maggior livello di investimenti⁸⁹ e dall'altra all'Atto sulle Piccole e Medie imprese⁹⁰ (2008), che mira a tutelarne ed incentivarne la sopravvivenza.

4.2. Il nuovo approccio europeo alla crisi d'impresa: armonizzazione ed integrazione alla luce della Raccomandazione n. 13/2014 e del Regolamento n. 848/2015

Il Parlamento europeo, con la Risoluzione n. 2006 del 15 novembre 2011, si è rivolto alla Commissione affinché quest'ultima elaborasse delle proposte legislative in materia di insolvenza societaria. Tale intervento è stato necessario, da un lato, in quanto si è osservato come le diverse legislazioni nazionali in materia di insolvenza conducessero a vantaggi e svantaggi concorrenziali, determinando difficoltà per le imprese con attività transfrontaliere e impedendo la riuscita di procedure di ristrutturazione delle imprese in crisi e, dall'altro, poiché si incentivava il fenomeno del *forum shopping*⁹¹. Il Parlamento ha anche notato come in determinati ambiti del diritto in materia di insolvenza societaria, sebbene sia molto complesso raggiungere un diritto sostanziale comune a tutti i Paesi, sia possibile optare per un'armonizzazione delle legislazioni nazionali. Era inoltre subito emersa una certa inadeguatezza del Regolamento n.1346/2000 determinata dalla sua genericità. Si è reso necessario quindi provvedere ad un suo immediato aggiornamento, anche nella considerazione dell'entrata in Europa di 15 nuovi Stati membri con conseguente aumento dei fenomeni dei gruppi d'impresa nelle procedure d'insolvenza transfrontaliere.

politiche concrete, tra cui la semplificazione del diritto societario, e iniziative che consentano agli imprenditori falliti di ricominciare un'attività.»

⁸⁹ DE CESARI, *Il regolamento 2015\848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1026 (commento alla normativa).

⁹⁰ «Una corsia preferenziale per la piccola impresa» Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (un "*Small Business Act*" per l'Europa), COM, giugno 2008, Bruxelles, 394 definitivo.

⁹¹ Vedasi nota n.48 del medesimo capitolo

Il Parlamento ha ritenuto inoltre che debba costituire obiettivo primario la tutela dei soggetti economici in crisi, da preservare evitando la liquidazione e conservando così i complessi produttivi.

E' anche auspicabile realizzare un collegamento tra i registri, in modo da predisporre un'amministrazione più efficace con una maggior trasparenza, sempre nel limite del rispetto dei dati e della *privacy*⁹².

Le osservazioni contenute nella Risoluzione 2006 del 15 novembre 2011 pongono dunque le basi per l'armonizzazione di aspetti specifici delle legislazioni nazionali⁹³.

La Commissione europea, a fronte delle sollecitazioni del Parlamento, risponde con due importanti progetti: la proposta di modifica del Regolamento n.1346/2000 sull'insolvenza transfrontaliera in attuazione dell'art. 46 del medesimo, con la previsione di una revisione trascorsi dieci anni dalla sua vigenza⁹⁴e la Raccomandazione n.135/2014, diretta ad assicurare l'introduzione entro un anno di una disciplina uniforme in materia d'insolvenza da parte degli Stati membri.

4.2.1. La Raccomandazione n. 135/2014

Nel dicembre 2013 si è tenuto un incontro con i rappresentanti degli Stati membri per intraprendere la tanto auspicata armonizzazione delle legislazioni nazionali nella materia dell'insolvenza transfrontaliera. In tale sede è emersa l'impossibilità di servirsi di una direttiva, optando quindi per l'adozione di uno strumento meno incisivo, ossia la raccomandazione, al fine di indurre i Paesi ad aggiornare le proprie discipline nello spirito della riforma.

⁹²MACRI', *La Raccomandazione della Commissione EU su un nuovo approccio all'insolvenza – Un commento a prima lettura*, in *Il Fallimento*, marzo 2014, 393 (commento alla normativa).

⁹³ MACRI', *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014\135 e nel Regolamento 2015\848*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1049 (commento alla normativa).

⁹⁴ PANZANI, *Il progetto della Commissione Europea di riforma del Regolamento 1346\2000*, in *ilfallimentarista.it*, aprile 2013.

Il 12 marzo 2014 la Commissione europea ha così adottato la Raccomandazione n.135/2014, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea il 14 marzo 2014 (L. n. 74).

Gli Stati membri sono invitati ad attuarne i principi, a raccogliere annualmente dei dati statistici affidabili sul numero di procedure di ristrutturazione preventiva aperte, sulla loro durata, sulle dimensioni dei debitori interessati e sul loro esito, ed infine a trasmetterne i risultati alla Commissione entro il 14 marzo 2015⁹⁵. Emerge una tempistica assai stringente nei confronti dei Paesi per adempiere a tali obbligazioni.

La Commissione avrebbe poi valutato l'attuazione della Raccomandazione negli Stati membri entro il 14 settembre 2015.

L'obiettivo della Raccomandazione n.135/2014 è quello di fissare alcune regole minime inderogabili alle quali i Paesi devono auspicabilmente attenersi. In particolare, come emerge dal Considerando 1⁹⁶ della stessa, gli Stati membri sono invitati ad inserire nei propri ordinamenti delle procedure concorsuali in grado di salvare l'impresa che non si trovi ancora in stato di insolvenza ma di pre-insolvenza ed a concedere un'altra possibilità agli imprenditori onesti che falliscono, ammettendoli al beneficio della liberazione dei debiti assunti nel corso dell'attività, allo scopo di facilitarne il reinserimento nel contesto economico⁹⁷ (*fresh start*⁹⁸).

⁹⁵MACRI', *La Raccomandazione della Commissione EU su un nuovo approccio all'insolvenza – Un commento a prima lettura*, in *Il Fallimento*, marzo 2014, 393 (commento alla normativa).

⁹⁶Considerando 1, «Obiettivo della presente raccomandazione è 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. Un altro obiettivo è dare una seconda opportunità in tutta l'Unione agli imprenditori onesti che falliscono.», Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 *su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza*.

⁹⁷ DE CESARI, *Il regolamento 2015\848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1026 (commento alla normativa).

⁹⁸ Il 9 gennaio 2013 la Commissione ha adottato il Piano d'azione imprenditorialità 2020 (COM 2012 795 *final*) per il quale gli Stati membri sono invitati, tra le altre cose, a ridurre il tempo d'interdizione dall'esercizio dell'attività imprenditoriale, a garantire un *fresh start* in tre anni a partire dal 2013 e a offrire un supporto di consulenza per evitare la dichiarazione di insolvenza dell'impresa.

La Raccomandazione n.135/2014 è composta da 36 paragrafi e sviluppa cinque punti: obiettivo e oggetto, definizioni, quadro di ristrutturazione preventiva, seconda opportunità agli imprenditori, controllo e comunicazioni.

La Commissione dunque, con l'adozione della Raccomandazione n. 135/2014, vuole invitare gli Stati membri ad inserire nei propri ordinamenti procedure di diritto nazionale che consentano "la ristrutturazione efficace delle imprese sane in difficoltà finanziaria"⁹⁹ armonizzando così la materia della crisi d'impresa. Essa intende attuare un progressivo avvicinamento tra le discipline nazionali dei singoli Paesi eliminando barriere tecniche e normative che si contrappongono agli obiettivi dell'Unione e che non permettono agli ordinamenti di trovare punti d'incontro.

La raccomandazione mira dunque ad «incoraggiare una maggiore coerenza tra i quadri nazionali in materia di insolvenza onde ridurre le divergenze e le inefficienze¹⁰⁰» e non invece ad eliminare tutte le differenze delle singole legislazioni col fine di creare un diritto sostanziale comune in materia d'insolvenza transfrontaliera.

4.2.2. Il Regolamento n. 848/2015

La Commissione europea, dopo aver dato il via nel marzo 2012 ad una consultazione pubblica e dopo aver esaminato i risultati provenienti da consorzi creati dalle Università di Heidelberg e Vienna e da esperti nell'ambito dell'insolvenza transfrontaliera circa la valutazione dell'applicazione del regolamento n.1346/2000, ha elaborato una proposta di riforma per affrontare la crisi economica abbattutasi nel mondo occidentale.

Tale proposta è stata quindi approvata il 12 dicembre 2012 in attuazione dell'art. 46 dello stesso Regolamento che ne prevede la revisione dopo dieci anni dall'entrata in vigore. In particolare, la Commissione afferma che l'obiettivo generale della modifica del regolamento consiste nell'aumentare l'efficienza del

⁹⁹ Vedasi nota 61 del medesimo capitolo.

¹⁰⁰ Vedasi i Considerando n. 6 e 11 della raccomandazione.

quadro europeo per la risoluzione dei casi transfrontalieri d'insolvenza, così da assicurare il buon funzionamento del mercato interno e la sua resistenza in tempi di crisi economica. Questo obiettivo si collega alle attuali priorità strategiche dell'Unione europea enunciate nella strategia Europa 2020. Esse consistono nel promuovere la ripresa economica e la crescita sostenibile, nel fissare un tasso di investimento più elevato e nel conservare i posti di lavoro. Secondo le indicazioni dello *Small Business Act*, la modifica del regolamento contribuisce a favorire lo sviluppo e alla sopravvivenza delle imprese e rappresenta una delle azioni fondamentali enunciate dall'Atto per il mercato unico II.¹⁰¹

Il Regolamento n. 848/2015 del 20 maggio 2015, pubblicato sulla G.U.U.E. il 5 giugno 2015 che porta alla rifusione del precedente Regolamento n. 1346/2000, è entrato in vigore il 26 giugno 2015 ma la sua piena applicazione è iniziata a decorrere solo dal 26 giugno 2017.

Tale Regolamento si basa sul principio del mutuo riconoscimento, attraverso il quale gli Stati membri consentono che le normative straniere oppure le decisioni giudiziarie di un altro Stato membro producano effetto nel proprio ordinamento. Ciò che contraddistingue il Regolamento dalla Raccomandazione n. 135/2014 prima esaminata è la sua diretta applicabilità negli Stati membri, nonché il fatto che sia un atto normativo avente portata generale ed obbligatorio in tutti i suoi elementi.

Sia il Regolamento n. 848/2015 sia quello n. 1346/2000 disciplinano sostanzialmente tre aspetti molto importanti del diritto internazionale privato e processuale in materia di insolvenza all'interno dell'Unione: la competenza internazionale ad aprire procedure di insolvenza, la legge applicabile alle procedure una volta aperte, nonché il riconoscimento reciproco delle decisioni¹⁰². A ciò si aggiungono anche norme di diritto sostanziale uniforme di derivazione europea che integrano le discipline nazionali dei singoli Paesi.

¹⁰¹ MACRI', *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014\135 e nel Regolamento 2015\848*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1049 (commento alla normativa).

¹⁰² DE CESARI, *Il regolamento 2015\848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1026 (commento alla normativa).

Nonostante i buoni risultati ottenuti dall'applicazione del Regolamento n.1346/2000, il legislatore, a causa della crisi sistemica che stava colpendo tutta l'Europa, ha ritenuto tuttavia indispensabile, per far fronte a tali difficoltà, modernizzare ed adeguare maggiormente la materia alle priorità ed esigenze dell'Unione europea.

Il nuovo regolamento si ispira agli obiettivi e principi della Strategia europea 2020, dell'Atto sulle Piccole e Medie Imprese (2008) e della *Model law* dell'UNCITRAL sull'insolvenza transfrontaliera prendendo anche spunto dalla disciplina sulla ristrutturazione delle imprese contenuta nel *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense.

Il Regolamento n. 848/2015 è stato adottato attraverso lo strumento della rifusione legislativa, ossia tramite la creazione di un nuovo atto che rivisita ed integra in un unico testo le norme di quello precedente e lo sostituisce abrogandolo. Con la rifusione si sono dunque attuate modificazioni, integrazioni, eliminazioni ed armonizzazioni della disciplina del regolamento n. 1346/2000 ma, nonostante tali interventi, la nuova normativa non ha alterato la struttura generale del regolamento originario. Il testo che ne è derivato consta di 92 articoli e pare essere alquanto macchinoso, complesso e di difficile interpretazione ed applicazione. Per questo motivo, al fine di risolvere i problemi interpretativi, si è fatto ricorso alle decisioni della Corte di giustizia trasponendone le soluzioni nelle nuove norme.

La novità di maggior rilievo apportata dal Regolamento n. 848/2015, è la sua applicazione ad un ambito più ampio rispetto al passato: sono infatti ora incluse nello strumento europeo le nuove procedure nazionali che mirano a favorire la sopravvivenza delle imprese ed il mantenimento dei posti lavoro.

Emerge fin da subito che l'intento del legislatore non è quello di istituire un'unica procedura di insolvenza uniforme quanto piuttosto quello di adottare norme di diritto internazionale privato e processuale in materia di giurisdizione per migliorare l'efficacia delle procedure che hanno risvolti transfrontalieri¹⁰³. In particolare l'art. 1 del Regolamento n. 848/2015 afferma che «la disciplina si

¹⁰³*Ibidem*

applica alle procedure concorsuali giudiziarie o amministrative, ivi comprese le procedure provvisorie (*interim proceedings*) disciplinate dalle norme in materia d'insolvenza o ristrutturazione del debito, nelle quali alternativamente o il debitore è totalmente o parzialmente sprossessato del suo patrimonio ed è nominato un liquidatore ovvero i beni e gli affari del debitore sono soggetti al controllo o alla sorveglianza del giudice.¹⁰⁴».

L'ampliamento del perimetro applicativo emerge dal fatto che non è più richiesto alle procedure di essere fondate sull'insolvenza, così come non occorre più lo sprossessamento del debitore e la nomina di un liquidatore. Sono dunque introdotte, accanto alle procedure di insolvenza che comportano lo sprossessamento del debitore, procedure ibride e preventive. Si deve infatti garantire la conservazione dei beni dell'impresa attraverso interventi preventivi e tempestivi, da assumersi quando l'azienda inizi a mostrare i primi segnali di crisi senza versare ancora nello stato di insolvenza¹⁰⁵.

All'aumentare delle procedure previste nel nuovo regolamento che devono essere riconosciute dai giudici dei singoli Stati, si associa un'altra rilevante novità: con la riforma la Commissione deve controllare al momento dell'iscrizione della procedura la sua corrispondenza ai requisiti previsti dal Regolamento n.848/2015, provvedendo solo in caso affermativo a modificare l'Allegato con proprio atto delegato. Ciò non avveniva con la disciplina precedente, ove il giudice nazionale doveva fare unicamente riferimento all'elenco delle procedure dei Paesi membri contenuto nell'Allegato A del Regolamento e non anche alla conformità ai requisiti stabiliti dal regolamento stesso.

Per quanto attiene alla nozione di centro degli interessi principali del debitore (COMI), la Commissione ha ritenuto di non modificare la formulazione dando solo alcune precisazioni per agevolarne l'individuazione ed evitare il *forum shopping* a fini elusivi.

¹⁰⁴ PANZANI, *Il progetto della Commissione Europea di riforma del Regolamento 1346/2000*, in *ifallimentarista.it*, aprile 2013

¹⁰⁵ AMBROSINI, PACCHI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, cap. 2

L'art.3 del Regolamento n.848/2015 afferma che «sono competenti ad aprire la procedura d'insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore». Il centro degli interessi principali è il luogo in cui il debitore esercita la gestione dei suoi interessi in modo abituale e riconoscibile dai terzi.¹⁰⁶».

Si è mantenuto poi il principio per cui per le società e le persone giuridiche si presume, fino a prova contraria, che il COMI coincida con il luogo in cui si trova la sede statutaria. Si deve dunque determinare la nozione di COMI servendosi dei criteri della riconoscibilità e abitualità della gestione da parte dei creditori terzi, che devono essere posti in grado di individuare il foro competente per l'apertura di una procedura. Il giudice nazionale può tuttavia superare tale presunzione compiendo una valutazione globale di tutti gli elementi rilevanti e tenendo conto della riconoscibilità, da parte dei terzi, del luogo in cui si trova il centro effettivo di direzione e controllo della società stessa nonché della gestione dei suoi interessi.

Nonostante ciò permangono ancora delle incertezze in merito alla definizione data dal Regolamento n.848/2015, in quanto nulla è detto riguardo alla definizione di attività economica svolta o al tipo di gestione esercitato.

Il nuovo regolamento introduce poi le seguenti novità:

- la creazione di un portale europeo ed un registro elettronico accessibile al pubblico gratuitamente via internet affinché non si aprano procedure concorrenti in Stati membri diversi e sia facilitato il coordinamento e la cooperazione tra autorità giudiziarie e professionisti¹⁰⁷;
- la possibilità da parte del giudice di posporre o rifiutare l'apertura di una procedura secondaria quando non è necessaria per tutelare gli interessi dei creditori;

¹⁰⁶ REGOLAMENTO (UE) 2015/848 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 20 maggio 2015 relativo alle procedure di insolvenza (rifusione), articolo 3.

¹⁰⁷ MACRI', *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014\135 e nel Regolamento 2015\848*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1049 (commento alla normativa).

- il fatto che la procedura secondaria non abbia solo carattere liquidatorio ma possa condurre alla ristrutturazione ed al salvataggio dell'impresa acquistando carattere risanatore;
- una disciplina dei gruppi multinazionali di imprese.

E' possibile dunque affermare che le procedure prese in considerazione dal legislatore europeo abbiano funzione conservativa dell'organizzazione esistente, mirino cioè ad una ristrutturazione del debitore quando l'impresa è ancora vitale e quando l'insolvenza costituisca soltanto una probabilità. In tali situazioni non è quindi necessario ricorrere alla nomina di un amministratore giudiziario poiché il controllo viene esercitato dal giudice.¹⁰⁸

4.3. L'entrata in vigore della Direttiva n. 1023/2019

A causa degli scarsi risultati ottenuti negli Stati membri in esito all'applicazione della Raccomandazione n.135/2014, si è reso necessario un ulteriore intervento, cosiddetto di *hard law*, da parte del legislatore europeo. Il 22 novembre 2016 la Commissione ha pubblicato quindi una proposta di Direttiva sui quadri di ristrutturazione preventiva e sull'esdebitazione, oggetto di immediata consultazione da parte degli organi dell'Unione europea.

Il 6 giugno 2019 il Consiglio europeo ha varato poi formalmente il testo della Direttiva n. 1023/2019 che, dopo la pubblicazione sulla Gazzetta dell'Unione europea del 26 giugno 2019 L. n. 172, è entrata in vigore il 16 luglio 2019.

La direttiva n.1023/2019 introduce norme di armonizzazione delle procedure nazionali nella materia dell'insolvenza transfrontaliera con l'obiettivo di integrare ed accordarsi alla Raccomandazione n.135/2014 nonché al Regolamento n.845/2015 che detta norme uniformi in tema di competenza internazionale con riguardo a situazioni di insolvenza e crisi transfrontaliere. La direttiva mira ad integrare il regolamento con norme sostanziali minime in tema di procedure di ristrutturazione preventiva (quadri di ristrutturazione) e in tema di liberazione dai

¹⁰⁸ AMBROSINI, PACCHI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, cap. 2

debiti contratti dagli imprenditori. La direttiva intende poi facilitare il riconoscimento transfrontaliero delle decisioni di apertura delle procedure nazionali rientranti nel regolamento n. 848\2015 (di cui all'allegato A), nonché l'esecutività delle altre decisioni relative sullo svolgimento e la chiusura della procedura¹⁰⁹.

Entro il 17 luglio 2021 gli Stati membri devono adottare e pubblicare le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alle suddette direttive, ad eccezione della materia in tema di uso di mezzi di comunicazione elettronici che dovranno invece essere pubblicate entro il 17 luglio 2024.

E' interessante notare la previsione di un'ulteriore deroga alla data di adeguamento del 17 luglio 2021 disposta in favore di tutti quegli Stati che, riscontrando delle difficoltà nell'attuazione della direttiva, abbiano fatto espressa richiesta entro il 21 gennaio 2021 alla Commissione di prorogarne l'attuazione entro al massimo un anno.

Tale direttiva ha rappresentato un intervento legislativo di rilevante importanza in quanto, cercando di armonizzare la disciplina in materia di crisi d'impresa, pur mantenendo e rispettando le particolarità normative di ciascuno Stato, mira a regolare i meccanismi che permettono al debitore di superare la crisi ed ad evitare il fenomeno del *forum shopping*.

Analizzando più nel dettaglio la disposizione in esame, occorre *in primis* soffermarsi sul suo contenuto, in particolare sugli oggetti trattati.

Si possono individuare tre temi principali, più volte ripresi nei cento Considerando: la ristrutturazione preventiva (Titolo II) che coinvolge le norme sull'allerta, le agevolazioni delle trattative, l'iter del piano, la tutela dei finanziamenti e delle operazioni connesse alla ristrutturazione ed infine gli

¹⁰⁹ DE CESARI, *Osservatorio internazionale sull'insolvenza – i tempi per l'entrata in applicazione della dir. n. 1023\2019 sulla ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni*, in *Il Fallimento*, dicembre 2019, 1564 (dottrina).

obblighi dei dirigenti; in seguito il tema dell'esdebitazione (Titolo III), per terzo le misure per l'efficienza delle procedure (Titolo IV)¹¹⁰.

Come già prevedeva la Raccomandazione n.135 del 2014, anche la disciplina dettata dalla Direttiva si prefigge quale obiettivo il salvataggio e la continuità dell'impresa, qualora ne sussistano i presupposti economici e finanziari, attraverso un efficiente sistema d'allerta.

In secondo luogo occorre analizzare l'ambito di applicazione di questi percorsi, tanto di ristrutturazione quanto di esdebitazione.

Per quanto riguarda i presupposti soggettivi l'art. 1, par. 1, lett. a) della direttiva n.1023/2019 rinvia al «debitore» inteso come imprenditore (persona fisica) e all'impresa collettivamente gestita. Inoltre, salva l'esclusione dell'impresa bancaria, dell'ente finanziario e dell'ente pubblico, vi rientrano tutti gli imprenditori senza distinzioni dimensionali o di oggetto di attività. La Direttiva considera imprenditore anche il professionista intellettuale, oggi in Italia escluso dalle procedure concorsuali riservate all'imprenditore commerciale.

Per quanto riguarda il presupposto oggettivo della Direttiva, l'art.4 prevede l'applicazione del procedimento di ristrutturazione quando il debitore si trova in una situazione di pre-insolvenza, quando cioè vi è probabilità che la difficile situazione si tramuti poi in insolvenza vera e propria.

Il Considerando 22 afferma ancora che qualora il debitore sia in grado di individuare in modo tempestivo le proprie difficoltà economiche e prendere le misure opportune, maggiore è la probabilità di evitare un'insolvenza imminente o, nel caso in cui la sostenibilità finanziaria dell'impresa sia insuperabile, più efficace è il processo di liquidazione¹¹¹.

¹¹⁰ AMBROSINI, PACCHI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, cap. 2

¹¹¹ DIRETTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 20 giugno 2019 riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza), eur-lex.europa.eu, Considerando 22: «Quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione».

La Direttiva prevede quindi la possibilità di servirsi di un procedimento di ristrutturazione quando l'imprenditore versi in uno stato di probabile insolvenza senza però soffermarsi particolarmente nell'esplicare il concetto di "probabile insolvenza". Si tratta di una scelta voluta da parte del legislatore europeo proprio per la difficoltà di armonizzare i vari ordinamenti nazionali, distanti anche riguardo al presupposto oggettivo¹¹².

Per quanto attiene ai quadri di ristrutturazione messi a disposizione del debitore, come emerge dallo stesso art. 4 della Direttiva¹¹³n. 1023/2019, non è prevista un'unica procedura ma diversi strumenti, stragiudiziali e non, tra loro collegati per realizzare un'unica operazione globale e tutelare così il debitore. La direttiva n.1023\2019 non auspica infatti di introdurre un modello unico ed unitario per tutti gli Stati membri ma una base comune che assicuri ai debitori e alle parti interessate i diritti e le garanzie di cui al presente titolo¹¹⁴. Affinché sia possibile salvare l'impresa quando si trovi in situazione di probabile insolvenza, è di fondamentale importanza il carattere della tempestività nel cogliere i primi segnali di pericolo per rilevarla.

Il legislatore europeo pone così l'allerta quale meccanismo su cui costruire una rinnovata cultura della crisi che ne privilegi la continuità o che ne agevoli una procedura liquidativa.

Il sistema di allerta è disciplinato all'art. 3 della Direttiva n.1023/2109 ed afferma che «gli strumenti di allerta precoce possono includere quanto segue: a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità

¹¹² AMBROSINI, PACCHI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, cap. 2

¹¹³DIRETTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 20 giugno 2019, articolo 4, comma 1 «Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che gli consenta la ristrutturazione, al fine di impedire l'insolvenza e di assicurare la loro sostenibilità economica, fatte salve altre soluzioni volte a evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale».

¹¹⁴DIRETTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 20 giugno 2019, articolo 4, comma 5.

fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi¹¹⁵ ».

Altri aspetti significativi della Direttiva riguardano il ruolo dei soci nella ristrutturazione, la sospensione delle azioni esecutive, i finanziamenti, il voto, le maggioranze ed infine l'esdebitazione.

Il legislatore italiano ha chiesto un rinvio del termine in scadenza al 17 luglio 2021 previsto per il recepimento della direttiva n. 1023/2019 sui quadri di ristrutturazione preventiva. Ancorché il Codice della crisi d'impresa si sia largamente ispirato ai principi comunitari, non mancano infatti norme che necessitano di un adeguamento. Poiché richiesto prima del 21 gennaio 2021, viene dunque concesso un ulteriore anno di tempo per modificare alcune norme del Codice ai fini dell'integrale recepimento dei principi comunitari e dell'eliminazione di possibili contrasti¹¹⁶.

¹¹⁵ DIRETTIVA (UE) 2019/1023 DEL PARLAMENTO EUROPEO E DEL CONSIGLIO del 20 giugno 2019, articolo 3, comma 2.

¹¹⁶Vedasi paragrafo 7 del capitolo III.

II. LE PROCEDURE D'ALLERTA NELLA LEGISLAZIONE FRANCESE: FONTI D'ISPIRAZIONE PER IL NOSTRO CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO : 1. La détection des difficultés et les mesures de prévention-détection : les procédures d'alerte. – 2. L'alerte interne – 2.1. L'intervention des commissaires aux comptes – 2.1.1. Le développement de la procédure – 2.1.2. La responsabilité des commissaires aux comptes – 2.2. L'intervention du comité social et économique – 2.2.1. Le développement de la procédure– 2.3. L'intervention des associés– 2.3.1. Le développement de la procédure– 3. L'alerte externe – 3.1. Le déclenchement du Tribunal de commerce – 3.1.1. Le développement de la procédure– 3.2. Le déclenchement des groupements de prévention agréés– 3.2.1. Le développement de la procédure– 4. Les mesures de prévention : les procédures d'alerte– 4.1. Le mandat *ad hoc*– 4.2. La conciliation.

1. La détection des difficultés et les mesures de prévention-détection : les procédures d'alerte.

Comme mentionné dans le chapitre précédent, la prévention et le traitement des entreprises en difficulté sont au centre des préoccupations du législateur qui s'est efforcé de réduire le nombre d'entreprises en voie de disparition. Ses réformes visent donc, pour être bien au courant de la situation financière de l'entreprise, à

adopter tôt des mesures efficaces au redressement. Depuis toujours, en fait, mieux vaut prévenir que guérir¹¹⁷.

Le droit français donc connaît aujourd'hui une variété de mesures de détection au sein desquelles, l'alerte est largement représentée puisqu'elle peut émaner du commissaire aux comptes, du comité social et économique et des associés, ainsi que du Tribunal de commerce et des groupements agréés¹¹⁸. De plus, il prévoit des techniques de restructuration, le mandat *ad hoc*, la conciliation et la sauvegarde qui couvrent toutes les situations que peut rencontrer une entreprise. Ces mesures peuvent être utilisées quand l'entreprise soit ou non en cessation des paiements, en lui offrant des outils diversifiés, soit judiciaire, soit extrajudiciaire, qui ont un impact variable sur les créanciers.

Afin de mettre en place une détection et une prévention des difficultés des entreprises, il faut d'abord cerner la notion d'entreprise en difficulté. Puisque une intervention trop précoce pourrait être préjudiciable au bon fonctionnement de l'entreprise, ainsi qu'une intervention tardive conduirait souvent à une liquidation judiciaire et donc à sa disparition, la notion doit être précisée à l'aide de critères adaptés selon le texte applicable ou l'organe compétent¹¹⁹.

Ce qui est certain, c'est que, si une entreprise est en difficulté, son intérêt sera toujours en faveur d'une détection précoce : la détection en fait accroît les chances de la réussite d'un redressement¹²⁰. Pour ces raisons, le législateur a, pendant ces réformes, élaboré plusieurs critères qui correspondent aux différentes phases du droit des entreprises en difficulté.

¹¹⁷ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

¹¹⁸ CAMPANA, *Le droit français des entreprises en difficulté*, in *European University Institute*, 1996.

¹¹⁹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

¹²⁰ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

La cessation des paiements est le critère classique, défini comme l'impossibilité pour l'entreprise de faire face à son passif exigible avec l'actif disponible¹²¹; il marque la situation la plus préoccupante mais celle-ci n'interdit pas, grâce à la loi n.843 du 26 juillet 2005, d'avoir accès aux modes amiables de résolution des difficultés, en l'occurrence, à la conciliation.

Aux termes de l'article L.611-4 du Code de commerce, une procédure de conciliation pourra ainsi être activée par «les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible¹²²» alors que la sauvegarde est ouverte lorsque le débiteur justifie de difficultés qu'il n'est pas en mesure de surmonter et qui, depuis la réforme opérée par l'ordonnance n.1345 du 18 décembre 2008, n'ont plus besoin d'être dans une situation de cessation des paiements.

Les critères de la détection des difficultés des entreprises doivent donc se situer en amont de ceux adoptés pour le déclenchement des techniques de prévention ou de traitement¹²³.

Entre l'absence de difficultés et la cessation des paiements, différents critères sont envisageables : le plus général est celui d'une «rupture dans la continuité de l'exploitation». C'est celui que le législateur a privilégié en matière de détection des difficultés.

Comme il ressort en fait de l'article L.611-2 du Code de commerce, «lorsqu'il résulte de tout acte, document ou procédure qu'une société commerciale, un groupement d'intérêt économique, ou une entreprise individuelle, commerciale ou artisanale connaît des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, ses dirigeants peuvent être convoqués par le président du tribunal de commerce pour que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation¹²⁴».

¹²¹ Code de commerce, article L.631-1, titre III Du redressement judiciaire

¹²² Code de commerce, article L.611-4, titre I De la prévention des difficultés des entreprises.

¹²³ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 120 Prévention.

¹²⁴ Code de commerce, article L.611-2 «[...] A l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition

Pour caractériser l'existence d'une entreprise en difficulté, qui doit donc déclencher les mesures de détection, divers clignotants ont été utilisés. Le rapport Sudreau¹²⁵, du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise, avait insisté sur l'apparition de signes indéniables réels ou potentiels des difficultés. Les uns sont les ratios, rapports entre deux postes du bilan, couramment utilisés dans les analyses financières. Les autres sont constitués de reports renouvelés d'échéances, les notifications de protêts, le non-paiement de cotisations sociales ou de dettes fiscales¹²⁶.

Aucun de ces clignotants n'est indispensable, mais ils facilitent l'appréciation de la situation de l'entreprise.

Le législateur a élaboré des définitions synthétiques relativement larges pour favoriser une détection précoce, néanmoins, les praticiens classent les difficultés en trois catégories: les difficultés ponctuelles, bien identifiées, consécutives à un évènement particulier (un décès, la perte d'un client important, le départ d'un directeur commercial) ; les difficultés structurelles qui sont dues à l'évolution d'un marché déterminé, plus délicates à identifier car cette évolution est rarement brutale et enfin, les difficultés générales liées à une crise économique globale¹²⁷.

législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur. II. - Lorsque les dirigeants d'une société commerciale ne procèdent pas au dépôt des comptes annuels dans les délais prévus par les textes applicables, le président du tribunal peut leur adresser une injonction de le faire à bref délai sous astreinte [...].».

¹²⁵ Rapport Sudreau du Comité d'étude pour la réforme de l'entreprise, La documentation française, 1975. La commission présidée par le ministre Pierre Sudreau a cherché à développer les moyens de dialogue social dans l'entreprise ainsi que la participation des travailleurs à la vie de l'entreprise. Elle constate la crise du taylorisme : l'entreprise est critiquée au nom d'aspirations nouvelles, et le malaise n'épargne pas l'encadrement. Elle a proposé la création de deux nouvelles formes de sociétés civiles ou commerciales (la société des travailleurs associés et les sociétés à gestion participative), la création de l'entreprise sans but lucratif, à mi-chemin entre la société commerciale et l'association, la revalorisation de l'actionnaire minoritaire et, enfin, la création d'une procédure d'alerte par les salariés.

¹²⁶ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

¹²⁷ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

En tout cas, les résultats auxquels les critères aboutissent seront différents selon la nature et l'intensité des causes de la défaillance.

Le choix du législateur, vers lequel inspirer et structurer les mesures d'alerte, c'est donc le principe comptable de la continuité d'exploitation qui est l'expression de la santé financière de l'entreprise. La détection des difficultés réside donc dans la capacité d'apercevoir les événements qui peuvent aboutir à la rupture de l'exploitation.

Il en résulte par conséquent deux grandes catégories : d'un côté, les procédures d'alerte qui peuvent être activées lorsque la continuité est compromise, de l'autre côté la nécessité d'une formation des entrepreneurs pour avoir plus d'informations comptables afin de les sensibiliser aux difficultés rencontrées dans leur activité professionnelle en déclenchant une procédure d'alerte¹²⁸.

Partant de cette dernière, dans le souci de déceler rapidement les indices de difficultés et de les traiter avant que la situation de l'entreprise ne soit irrémédiablement compromise, le législateur a institué, dès 1984 un vrai « droit économique de l'information » qui doit profiter à tous les composants de l'entreprise : aux associés, détenteurs du capital, mais aussi aux salariés.

Pour ces raisons, le législateur a été conduit à imposer de nouvelles obligations aux entreprises, soit en matière comptable, soit en développant des mécanismes et des organismes qui puissent aider à la mise en œuvre d'une détection performante. Il convenait de doter surtout le chef d'entreprise de moyens d'information sur l'évolution de son activité économique¹²⁹.

D'abord, la comptabilité que tient chaque entrepreneur individuel ou société est une source d'informations irremplaçable sur la bonne santé de l'entreprise. Mais la comptabilité traditionnelle est rétrospective. Analysant donc les mouvements effectués au cours de l'année écoulée, si elle relève des signes de défaillance, c'est souvent trop tard. Pour ces raisons, selon la loi n.53 du 26 janvier du 1984,

¹²⁸LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Parigi, titre 120 Prévention.

¹²⁹DI MARTINO, *Procédures amiables et collectives*, Parigi, 2018

certaines sociétés doivent tenir des comptes prévisionnels qui ont pour objet d'anticiper les risques de difficultés et de cessation des paiements¹³⁰.

A l'égard des obligations comptables des entreprises, l'article L.123-12 du Code de commerce stipule que « toute personne physique ou morale ayant la qualité de commerçant doit procéder à l'enregistrement comptable des mouvements affectant le patrimoine de son entreprise. Ces mouvements sont enregistrés chronologiquement. La personne doit contrôler par inventaire, au moins une fois tous les douze mois, l'existence et la valeur des éléments actifs et passifs du patrimoine de l'entreprise. Elle doit établir des comptes annuels à la clôture de l'exercice au vu des enregistrements comptables et de l'inventaire. Ces comptes annuels comprennent le bilan, le compte de résultat et une annexe, qui forment un tout indissociable¹³¹».

Récemment, le législateur s'est engagé dans un mouvement d'allègement des obligations comptables pour les petites entreprises qui désormais peuvent en profiter.

Grâce à tout cela, les partenaires d'une entreprise peuvent donc obtenir rapidement et discrètement des informations à propos de la situation financière. Si jamais un dirigeant ne procède pas au dépôt des comptes annuels, selon l'article L. 611-2 du Code de commerce, le Tribunal de commerce peut lui adresser, sous astreinte, une injonction¹³².

Pour pallier l'inconvénient à propos de la rétrospection de la comptabilité traditionnelle, qui vient d'être évoquée, le législateur a établi des comptes prévisionnels¹³³ qui recueillent des informations sur l'avenir de l'entreprise.

¹³⁰ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 121 Prévention par l'information comptable.

¹³¹ Code de commerce, article L.123-12, section II De la comptabilité des commerçants.

¹³² LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 121 Prévention par l'information comptable.

¹³³ Une entreprise est obligée d'avoir une comptabilité prévisionnelle quand elle dépasse le seuil de 18 million de capital ou 300 salariés.

L'article L.232-2 C.comm. définit les personnes qui sont obligées à la rédaction des comptes prévisionnels¹³⁴.

Les comptes prévisionnels, contrairement aux comptes annuels, ne font pas objet d'une publicité parce qu'ils peuvent avoir des informations qui peuvent compromettre l'entreprise. Pour ces raisons, seulement le comité d'entreprise et les commissaires aux comptes connaissent leurs contenus. L'importance des informations prévisionnelles tourne autour de la nécessité de la prévention des difficultés¹³⁵.

Le deuxième pilier, le plus important, de la prévention, est représenté par la procédure d'alerte dont on parlera de façon plus approfondie dans les paragraphes suivants.

Le terme alerte est le résultat d'un choix conscient : ce n'est pas encore le moment de s'alarmer, mais d'informer les organes et les organismes compétents afin qu'ils puissent s'activer et sauver l'entreprise¹³⁶.

La loi prévoit soit que l'alerte soit activée rapidement par les premiers clignotants graves de défaillances, soit qu'elle reste autant que possible entre les murs de l'entreprise, de façon à éviter d'accroître le discrédit de l'entreprise elle-même et d'alimenter des rumeurs qui peuvent réveiller les concurrents.

L'objectif poursuivi est celui de prévenir les dirigeants des risques et d'entreprendre des discussions au sein de l'entreprise afin de mettre fin aux difficultés avant de tomber dans la cessation des paiements¹³⁷.

¹³⁴ Code de commerce, article L.232-2, titre III Dispositions communes aux diverses sociétés commerciales «Dans les sociétés commerciales qui répondent à l'un des critères définis par décret en Conseil d'Etat et tirés du nombre de salariés ou du chiffre d'affaires, compte tenu éventuellement de la nature de l'activité, le conseil d'administration, le directoire ou les gérants sont tenus d'établir une situation de l'actif réalisable et disponible, valeurs d'exploitation exclues, et du passif exigible, un compte de résultat prévisionnel, un tableau de financement en même temps que le bilan annuel et un plan de financement prévisionnel. Le décret en Conseil d'Etat ci-dessus mentionné précise la périodicité, les délais et les modalités d'établissement de ces documents. Pour la détermination du nombre des salariés, sont assimilés aux salariés de la société, ceux des sociétés, quelle que soit leur forme, dont elle détient directement ou indirectement plus de la moitié du capital».

¹³⁵ GUYON, Droit des affaires : Tome 1, Droit commercial général et sociétés, «Prévenir c'est prévoir et prévoir c'est aussi prévenir».

¹³⁶ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV. *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

Les procédures d’alerte ont donc été introduites et elles peuvent être activées par différentes personnes, internes ou externes à l’entreprise, ainsi qu’en fonction de certaines conditions objectives¹³⁸.

De plus, il faut spécifier que ces procédures changent leur déroulement selon la complexité de l’organisation de l’entreprise ou la personne juridique à laquelle elles sont appliquées¹³⁹.

On examinera, dans ce-mémoire, les procédures d’alerte prévues par les sociétés commerciales (en particulier les sociétés anonymes).¹⁴⁰

2. L’alerte interne

La détection des difficultés, si elle est nécessaire et bénéfique, doit déboucher sur des moyens d’assurer une réaction de nature à préserver le potentiel économique de l’entreprise.

Il paraît que bien souvent, le dirigeant n’est pas la personne la plus réactive pour mettre en œuvre des mesures susceptibles d’éviter l’aggravation des difficultés économiques ; en fait, le chef d’entreprise croit que les difficultés sont passagères et de plus il n’a pas les connaissances nécessaires pour analyser les premiers signes de défaillance.

Pour ces raisons, le législateur confie les procédures d’alerte à des personnes qui ont une bonne connaissance de la situation de l’entreprise et qui peuvent appréhender les difficultés qu’elle traverse¹⁴¹.

¹³⁷ *Ibidem*

¹³⁸ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

¹³⁹ Les procédures d’alerte dans la législation française sont applicables à différents entreprises : les sociétés commerciales, les sociétés anonymes, les personnes morales ayant une activité économique, les entreprises individuelles (commerciales ou artisanales), les groupements d’intérêt économique.

¹⁴⁰ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

¹⁴¹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

A ce titre, le commissaire aux comptes apparaît comme personnage central pour initier une telle procédure. En outre, les salariés qui sont au cœur de l'activité peuvent aussi servir de relais pour attirer l'attention sur les difficultés de l'entreprise. Pour cette raison, le législateur a institué une procédure d'alerte en faveur du comité d'entreprise, aujourd'hui le comité social et économique¹⁴².

Enfin, même s'il ne s'agit pas au sens propre d'une procédure d'alerte, les associés sont dotés d'un droit de poser des questions aux dirigeants et avoir ainsi la possibilité d'instaurer un dialogue avec eux sur les difficultés de la société¹⁴³.

2.1 L'intervention des commissaires aux comptes

L'intervention principale dans la procédure d'alerte est déléguée au commissaire aux comptes. En effet, les missions légales confiées aux commissaires aux comptes et leurs compétences en ont fait rapidement des personnages privilégiés. Ils sont apparus les professionnels les plus qualifiés pour déclencher l'alarme en cas de défaillance¹⁴⁴.

Le commissaire exerce ses fonctions grâce à une activité de contrôle dans l'intérêt des dirigeants, des associés mais aussi de tous les partenaires de l'entreprise¹⁴⁵¹⁴⁶.

La nomination du commissaire peut être obligatoire ou facultative en fonction de la structure juridique des entreprises à l'égard desquelles il faut déclencher la procédure d'alerte.

¹⁴² Ordonnance 1386/2017, 22 septembre 2017, Ordonnance n° 2017-1386 du 22 septembre 2017 relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales, ratifiée par l'article 3 de la loi n. 2018-217 du 29 mars 2018.

¹⁴³ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

¹⁴⁴ CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, p. 978;

¹⁴⁵ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

¹⁴⁶ SIGAUT, 1978, «L'entreprise n'est pas plus la seule affaire des dirigeants et des détenteurs du capital. Elle concerne aussi les salariés, les banques, les fournisseurs, les caisses sociales, le fisc. La manière dont le commissaire exerce sa mission est devenue un problème d'intérêt public»

D'abord, à l'origine, pour l'ensemble des sociétés appartenant à la catégorie des sociétés par actions (sociétés anonymes, sociétés par actions simplifiées, sociétés en commandite) il fallait obligatoirement se doter d'un commissaire aux comptes. La loi n.776 du 4 août 2008 n'oblige plus les sociétés par actions simplifiées à nommer un commissaire sauf dans deux situations : la première est celle où la société dépasse certains seuils, en particulier deux des trois seuils suivants – 1.000.000 € de total du bilan, 2.000.000 € HT (hors taxe) de chiffre d'affaires et un nombre moyen de 20 salariés. La seconde s'adresse aux SAS appartenant à un groupe de sociétés. Si la SAS contrôle une ou plusieurs sociétés au sens du II et III de l'article L. 233-16 du Code de commerce ou si la SAS est elle-même contrôlée par une société, alors la nomination d'un commissaire aux comptes redevient obligatoire, cela quelle que soit la taille de la société¹⁴⁷.

En tout cas, même en dehors de ces hypothèses, les associés peuvent toujours nommer un commissaire aux comptes.

Pour les autres sociétés commerciales, c'est-à-dire les sociétés à responsabilité limitée¹⁴⁸, les sociétés en nom collectif¹⁴⁹ et les sociétés en commandite simple¹⁵⁰, la désignation d'un commissaire est obligatoire quand deux des trois seuils

¹⁴⁷ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

¹⁴⁸ Code de commerce, Art. L.223-35 : « Les associés peuvent nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes dans les conditions prévues à l'article L. 223-29. Sont tenues de désigner un commissaire aux comptes au moins les sociétés à responsabilité limitée qui dépassent à la clôture d'un exercice social des chiffres fixés par décret en Conseil d'Etat pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant hors taxes de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de leurs salariés au cours d'un exercice. Même si ces seuils ne sont pas atteints, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être demandée en justice par un ou plusieurs associés représentant au moins le dixième du capital ».

¹⁴⁹ Code de commerce, Art. 221-9« Les associés peuvent nommer un ou plusieurs commissaires aux comptes dans les formes prévues à l'article L. 221-6. Sont tenues de désigner un commissaire aux comptes au moins les sociétés qui dépassent, à la clôture de l'exercice social, des chiffres fixés par décret en Conseil d'Etat pour deux des critères suivants : le total de leur bilan, le montant hors taxes de leur chiffre d'affaires ou le nombre moyen de leurs salariés au cours d'un exercice. Même si ces seuils ne sont pas atteints, la nomination d'un commissaire aux comptes peut être demandée en justice par un associé ».

¹⁵⁰ Code de commerce, Art. L.222-2, C.com : « Les dispositions relatives aux sociétés en nom collectif sont applicables aux sociétés en commandite simple, sous réserve des règles prévues au présent chapitre »

suiuants sont dépassés : 1.550.000 € de total du bilan, 3.100.000 € de chiffre d'affaires et 50 salariés¹⁵¹.

Le commissaire aux comptes doit encore être désigné dans les groupements d'intérêt économique¹⁵², dans les GEIE¹⁵³, dans les personnes morales de droit privé non-commerçants exerçant une activité économique¹⁵⁴ et dans certaines fondations reconnues d'utilité publique¹⁵⁵.

Les commissaires aux comptes peuvent donc déclencher l'alerte¹⁵⁶, en utilisant un critère unique commun, c'est-à-dire le constat des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation¹⁵⁷. Le législateur a voulu volontairement déclencher l'alerte interne sans élaborer des clignotants bien identifiés mais en permettant

¹⁵¹ Code de commerce, Art. R. 221-5 ; R. 223-27.

¹⁵² Code de commerce, Art. L. 251-12 «Le contrôle de la gestion, qui doit être confié à des personnes physiques, et le contrôle des comptes sont exercés dans les conditions prévues par le contrat constitutif du groupement. Toutefois, lorsqu'un groupement émet des obligations dans les conditions prévues à l'article L. 251-7, le contrôle de la gestion doit être exercé par une ou plusieurs personnes physiques nommées par l'assemblée. La durée de leurs fonctions et leurs pouvoirs sont déterminés dans le contrat. Le contrôle des comptes dans les groupements visés à l'alinéa précédent et dans les groupements qui comptent cent salariés ou plus à la clôture d'un exercice doit être exercé par un ou plusieurs commissaires aux comptes choisis sur la liste visée à l'article L. 822-1 et nommés par l'assemblée pour une durée de six exercices. Les dispositions du présent code concernant les incompatibilités, les pouvoirs, les fonctions, les obligations, la responsabilité, la récusation, la révocation, la rémunération du commissaire aux comptes des sociétés anonymes ainsi que les sanctions prévues par l'article L. 242-27 sont applicables aux commissaires des groupements d'intérêt économique, sous réserve des règles propres à ceux-ci».

¹⁵³ Code de commerce, Art. L. 252-7 « Les dispositions législatives applicables aux groupements d'intérêt économique relatives aux obligations comptables, au contrôle des comptes et à la liquidation sont applicables aux groupements européens d'intérêt économique».

¹⁵⁴ Code de commerce, Art. L. 612-1« Les personnes morales de droit privé non commerçantes ayant une activité économique dont le nombre de salariés, le montant hors taxes du chiffre d'affaires ou les ressources et le total du bilan dépassent, pour deux de ces critères, des seuils fixés par décret en Conseil d'Etat, doivent établir chaque année un bilan, un compte de résultat et une annexe. Les modalités d'établissement de ces documents sont précisées par décret. Ces personnes morales sont tenues de nommer au moins un commissaire aux comptes et un suppléant »

¹⁵⁵ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'allerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

¹⁵⁶ CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la normativa europea*, in *Fall.*, 2015, pag. 1057 e ss.; «tirer la sonnette»,

¹⁵⁷ Code de commerce, Art. L.234-1 « le commissaire aux comptes [...], relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation [...] ».

une certaine souplesse¹⁵⁸. De cette façon, cela permet de traiter des situations variées et de favoriser la détection rapide des difficultés.

De plus, par rapport au critère qu'il faut utiliser, il ressort des études publiées par la compagnie nationale des commissaires aux comptes (CNCC) que «les faits de nature à compromettre la continuité d'exploitation concernent la situation financière et l'exploitation de l'entité sont constitutifs d'évènements de nature objective susceptibles d'affecter la poursuite de l'activité dans un avenir prévisible. Ces faits sont généralement constitutifs d'un ensemble d'évènements convergents suffisamment préoccupants compte tenu du contexte particulier de l'entité¹⁵⁹».

Donc l'appréciation réalisée par le commissaire aux comptes du fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation se fera toujours *in concreto*.

Le commissaire aux comptes alors ne doit pas se limiter à une approche comptable, mais il doit considérer plusieurs facteurs tels que la situation financière¹⁶⁰, patrimoniale, les faits fondés sur l'exploitation et/ou sur son environnement économique¹⁶¹.

En résumé, l'alerte doit être déclenchée lorsqu'il y a une rupture de l'équilibre des flux financiers à l'égard desquelles certains évènements sont révélateurs : les notifications de protêts, le non-paiement des cotisations de sécurité sociale, les successions d'exercice déficitaires, les licenciements économiques importants.

¹⁵⁸ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

¹⁵⁹ CNCC, NI III, *Le commissaire aux comptes et l'alerte*, juin 2012

¹⁶⁰ CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, p. 978;

¹⁶¹ Une série d'exemple est mentionnée dans le NEP 570 (norme d'exercice professionnel) édité par la CNCC : dans les faits relatifs à la situation financière, on trouve les capitaux propres négatifs, la dégradation des principaux équilibres financières, recherche de financement excessivement onéreuses ou la décision d'une société mère de ne plus soutenir sa filiale ; dans les faits relatifs à l'exploitation, le commissaire aux comptes peut relever par exemple l'insuffisance de l'excédent brut d'exploitation, les pertes de marchés importants ; enfin dans les faits relatifs à l'environnement économique et sociale, on trouve l'existence de conflits sociaux graves et répétés, le non-désaccords entre actionnaires ou le départ d'hommes très importants.

De plus, il est très important que chaque fait ne soit pas isolément considéré, lorsqu'il peut être contrebalancé par un autre favorable¹⁶².

En ce que concerne les démarches du commissaire aux comptes, selon l'art. L. 234-1 du Code de commerce, l'alerte doit être déclenchée à partir de faits «relevés à l'occasion de la mission» de lui-même.

Pour les éléments de nature comptable, qui sont au centre de sa mission, normalement le commissaire aux comptes doit les déceler dans l'exercice de sa mission. Il s'agit de clignotants qui ne peuvent pas échapper à la vigilance du professionnel. Pour cette façon, s'il n'arrive pas à les relever et après à déclencher la procédure d'alerte, sa responsabilité¹⁶³ pourrait être engagée.

Toutefois, lorsque le commissaire aux comptes n'est plus dans le domaine de sa mission principale, il peut toujours être accusé de n'avoir pas déclenché la procédure d'alerte à partir d'éléments extra comptable. Il s'agit de l'article R. 234-1 du Code de commerce qu'il relève que dans les sociétés anonymes, l'information prévue au premier alinéa de l'article L. 234-1 porte sur tout fait que le commissaire aux comptes relève lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués sur tout fait dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. Donc toute occasion de connaissance autre que la mission serait contestable¹⁶⁴.

Pour ce qui concernent la détermination du moment de l'alerte et du délai imparti au commissaire aux comptes pour agir, il s'agit d'une question de fait. De toute façon, la mission d'alerte, en raison de l'existence du principe de non- immixtion prévu par la loi, ne peut conduire le commissaire aux comptes à se substituer aux dirigeants de l'entreprise, ni même à porter un jugement d'opportunité sur la gestion ou leur compétence¹⁶⁵.

¹⁶² CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

¹⁶³ Voir dans le paragraphe 2.1.2 du même chapitre.

¹⁶⁴ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 122 Procédures d'alerte.

¹⁶⁵ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018, «En aucun cas, le commissaire aux comptes saurait

2.1.1. Le développement de la procédure

Selon l'article L. 234-1 du Code de commerce, lorsque le commissaire aux comptes d'une société anonyme relève, à l'occasion de l'exercice de sa mission, des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il doit en informer le président du conseil d'administration ou le directoire¹⁶⁶.

Le plus souvent, cette première phase est précédée d'une «phase zéro», phase informelle au cours de laquelle le commissaire aux comptes exposera ses remarques sur des faits pouvant entraîner le déclenchement de l'alerte¹⁶⁷. Cette discussion peut permettre, si les dirigeants réagissent opportunément, d'éviter la procédure d'alerte. Autrement, le commissaire aux comptes doit déclencher la procédure d'alerte sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception¹⁶⁸.

Il s'ensuit que les dirigeants de la société anonyme doivent répondre par lettre recommandée avec accusé de réception dans les quinze jours qui suivent la réception de l'information¹⁶⁹.

Dans les huit jours qui suivent la non – réponse des dirigeants ou une réponse qui ne permet pas au commissaire aux comptes d'être assuré de la continuité de l'exploitation, il invite, par lettre recommandée avec accusé de réception¹⁷⁰, le

participer à la gestion, il n'a pas à influencer l'opportunité des décisions techniques ou commerciale. Cette distinction doit être notamment maintenue lors du déroulement de la procédure d'alerte».

¹⁶⁶ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

¹⁶⁷ JORIO, *La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza. Un modello da imitare*, in *Giur.Comm.*, 1995, IV.

¹⁶⁸ Code de commerce, Art. R. 234-1 « Dans les sociétés anonymes, l'information prévue au premier alinéa de l'article L. 234-1 porte sur tout fait que le commissaire aux comptes relève lors de l'examen des documents qui lui sont communiqués ou sur tout fait dont il a connaissance à l'occasion de l'exercice de sa mission. Cette information est faite sans délai, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception. Le président du conseil d'administration ou le directoire répond par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les quinze jours qui suivent la réception de l'information mentionnée ci-dessus ».

¹⁶⁹ CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, p. 978

¹⁷⁰ Code de commerce, Art. R. 234-2 « L'invitation du commissaire aux comptes à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance prévue au deuxième alinéa de l'article L. 234-1 est formulée par lettre recommandée avec demande d'avis de réception dans les huit jours qui suivent la réponse du président du conseil d'administration ou du directoire, ou la constatation de l'absence de réponse dans les délais prévus au deuxième alinéa de l'article R. 234-1. Une copie

président du conseil d'administration ou le directoire à faire délibérer le conseil d'administration ou le conseil de surveillance sur les faits relevés.

Il convient de souligner que la loi n. 911 du 26 juillet 2005 a apporté une importante innovation : elle a intégré le président du tribunal afin de favoriser son intervention précoce dans le processus de prévention des difficultés des entreprises. Ainsi, le commissaire aux comptes doit adresser au président du tribunal de commerce, sans délai avec accusé de réception, une copie de la demande formulée auprès des dirigeants de la société¹⁷¹.

Le président du tribunal pourra donc utiliser la procédure que lui confère la loi de convocation de dirigeants. Il s'agit donc de la sortie de la phase d'alerte de la zone de la confidentialité¹⁷².

La poursuite de la procédure d'alerte (deuxième phase) impose aux dirigeants de la SA de convoquer dans les huit jours la demande du commissaire aux comptes, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance.

La réunion du conseil doit intervenir dans les quinze jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire aux comptes et l'ordre du jour doit porter exclusivement sur les faits relevés par le commissaire aux comptes.

De plus le commissaire aux comptes lui-même doit être convoqué à la séance du conseil. La décision du conseil concernant la procédure d'alerte est adressée au comité social et économique, au commissaire aux comptes, au président du tribunal de commerce¹⁷³.

de cette invitation est adressée sans délai par le commissaire aux comptes au président du tribunal par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Le président du conseil d'administration ou le directoire convoque, dans les huit jours qui suivent la réception de la lettre du commissaire aux comptes, le conseil d'administration ou le conseil de surveillance, en vue de le faire délibérer sur les faits relevés. Le commissaire aux comptes est convoqué à cette séance dans les mêmes conditions. La délibération intervient dans les quinze jours qui suivent la réception de cette lettre.

¹⁷¹ JORIO, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, p.261 e ss.;

¹⁷² INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

¹⁷³ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Parigi, titre 122 Procédures d'alerte.

Si le conseil n'arrive pas à une décision, il y a alors l'ouverture d'une troisième phase. Le commissaire aux comptes établit un rapport spécial à soumettre à l'assemblée générale¹⁷⁴.

L'assemblée générale doit être convoquée par le conseil d'administration ou le directoire dans les huit jours de l'invitation du commissaire aux comptes et elle doit se réunir au plus tard dans le mois de la date de la notification du commissaire aux comptes. A défaut de la convocation par les dirigeants dans le délai imparti, le commissaire aux comptes doit convoquer lui-même l'assemblée. Lorsque, à la clôture de la réunion de l'assemblée générale, le commissaire aux comptes estime que les décisions prises ne peuvent pas assurer la continuité de l'exploitation, il doit informer de ses démarches le président du tribunal de commerce, sans délai par lettre recommandée avec accusé de réception, et lui en communiquer le résultat obtenu¹⁷⁵.

Il convient de souligner que le commissaire aux comptes, en vertu du principe de non-immixtion, ne peut prescrire lui-même une solution aux faits constatés qui ont justifié le déclenchement de la procédure d'alerte, mais il peut prévenir le président du tribunal avec tous les documents utiles¹⁷⁶.

En guise de conclusion, on peut rappeler la loi n.525 du 17 mai 2011 qui a permis aux commissaires aux comptes de reprendre une procédure d'alerte à la phase où il l'avait interrompue.

La dernière alinéa de l'article L. 234-1 du Code de commerce mentionne que «dans un délai de six mois à compter du déclenchement de la procédure d'alerte, le commissaire aux comptes peut en reprendre le cours au point où il avait estimé pouvoir y mettre un terme lorsqu'en dépit des éléments ayant motivé son

¹⁷⁴ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

¹⁷⁵ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

¹⁷⁶ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

appréciation, la continuité de l'exploitation demeure compromise et que l'urgence commande l'adoption de mesures immédiates».

L'objectif de cette nouvelle mesure est de permettre une réaction rapide du commissaire aux comptes lorsque les mesures envisagées par les dirigeants qu'il avait cru efficaces finalement ne les sont pas pour arrêter les difficultés rencontrées par la société¹⁷⁷.

2.1.2. La responsabilité des commissaires aux comptes

Comme pour ses autres missions, la procédure d'alerte est de nature à susciter la mise en cause de la responsabilité du commissaire aux comptes.

Dans les procédures d'alerte la responsabilité des commissaires aux comptes peut être engagée : a) dans le cas où le commissaire aux comptes n'a pas informé les dirigeants en vue de faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation ; b) dans le cas où le commissaire aux comptes a déclenché l'alerte quand les faits relevés ne justifient pas l'ouverture ; c) dans le cas où le commissaire aux comptes a déclenché de façon tardive ou prématurée la procédure d'alerte.

Selon l'article L. 822-17 du Code de commerce, «Les commissaires aux comptes sont responsables, tant à l'égard de la personne ou de l'entité que des tiers, des conséquences dommageables des fautes et négligences par eux commises dans l'exercice de leurs fonctions. Leur responsabilité ne peut toutefois être engagée à raison des informations ou divulgations de faits auxquelles ils procèdent en exécution de leur mission. Ils ne sont pas civilement responsables des infractions commises par les dirigeants et mandataires sociaux, sauf si, en ayant eu connaissance, ils ne les ont pas signalées dans leur rapport à l'assemblée générale ou à l'organe compétent mentionnés à l'article L. 823-1».

Toutefois, il n'a été pas prévu une sanction spécifique dans le cas où le commissaire aux comptes n'a pas relevé des faits conduisant à compromettre la

¹⁷⁷ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

continuité de l'exploitation ; mais ça ne signifie pas qu'il ne peut pas être engagée d'une responsabilité.

De la même façon certains experts, parmi lesquelles Guyon¹⁷⁸, estiment qu'il n'y pas la possibilité d'engager une responsabilité si le commissaire aux comptes a déclenché l'alerte de façon prématuré (sans que la continuité de l'exploitation est déjà compromise).

Toutefois, le commissaire aux comptes est responsable s'il a voulu déclencher la procédure d'alerte afin de causer un préjudice à la société¹⁷⁹.

Il appartient au demandeur de faire la preuve de la faute du commissaire aux comptes qui consiste en une erreur manifeste d'appréciation sur l'existence des faits de nature à compromettre l'exploitation, du préjudice causé à l'entreprise et du lien de causalité pour engager la responsabilité.

De plus la Cour de cassation a considéré que l'absence de mise en œuvre de la procédure d'alerte par le commissaire aux comptes à une période où tous les actionnaires connaissaient la situation de la société est indifférente sur l'accroissement du passif de la société, situation due à l'ouverture tardive d'une procédure collective¹⁸⁰.

Il faut déduire de cette décision qu'en cas d'ignorance des associés, le manquement du commissaire aux comptes pourrait être sanctionné. La marge d'appréciation du commissaire aux comptes sur laquelle repose tout le mécanisme de la procédure d'alerte est préservée par l'application faite de sa responsabilité civile¹⁸¹.

¹⁷⁸ GUYON, *Droit des affaires : Tome 1, Droit commercial général et sociétés* cit., p. 60, fait «une fausse alerte vaut mieux qu'en dépôt de bilan».

¹⁷⁹ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

¹⁸⁰ Cass. Com. 3 mars 2004, *Bull. Joly* 2004.

¹⁸¹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

2.2 L'intervention du comité social et économique

Bien que la présence des commissaires aux comptes ait été étendue depuis l'origine dans les entreprises, elle reste cependant minoritaire.

Dès lors, le législateur a éprouvé le besoin d'accorder le droit d'alerte à d'autres acteurs de l'entreprise et il a considéré que les organes représentant les salariés pouvaient bien connaître les difficultés de l'entreprise et mettre en œuvre une procédure d'alerte économique.

A l'origine ce droit d'alerte a été confié au comité d'entreprise par la loi n.148 du 1^{er} mars 1984 qui a intégré sa réglementation dans le Code du travail à l'article L. 432-5.

Ensuite, à l'issue des réformes du Code de travail opérées par plusieurs ordonnances n.1386 du 22 septembre 2017, l'alerte du comité d'entreprise a été substituée par celle du comité social et économique.

Le comité social et économique procède à l'union des trois organes préexistants : les délégués du personnel, le comité d'entreprise et comité d'hygiène, de sécurité et de conditions de travail.

L'idée de cette réforme est de simplifier les modalités de fonctionnement de la représentation des salariés dans les entreprises¹⁸².

L'ordonnance n.1386 du 22 septembre 2017, même si elle a retenu la même appellation de comité social et économique dans toutes les entreprises, a toutefois prévu des règles un peu différentes selon qu'il s'agit d'une entreprise d'au moins cinquante salariés ou d'une entreprise d'au moins 11 salariés. Le CSE dans les entreprises d'au moins 50 salariés est pourvu de la personnalité juridique et exerce toutes les attributions dévolues aux trois instances de représentation du personnel ; en revanche, le CSE des entreprises de 11 à 49 salariés n'est pas doté de la personnalité juridique et ses attributions sont réduites.

Cette procédure d'alerte se trouve *de facto* réservée aux entreprises qui comportent au moins cinquante salariés. Mais il faut également admettre son

¹⁸² *Ibidem*

application dans les entreprises dans lesquelles le comité d'entreprise a été créé par voie d'un accord collectif.

On peut encore rappeler qu'avant la réforme opérée en 2017, les délégués du personnel pouvaient déclencher l'alerte s'il n'y avait pas le seuil pour créer le comité d'entreprise¹⁸³.

L'article L. 2312-63 du Code du travail reconnaît une faculté et non une obligation d'alerte au comité d'entreprise lorsqu'il a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise. Le critère utilisé par le comité d'entreprise, différent par rapport à celui des commissaires aux comptes (faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation), doit conduire à une interprétation autonome qui tiendra compte des compétences et des connaissances de la situation par le comité social et économique¹⁸⁴.

À cet égard, la Cour d'appel de Paris a précisé que les faits préoccupants au sens de l'article L. 2323-78 du Code du travail ne renvoient pas aux seuls éléments comptables motivant le droit d'alerte du commissaire aux comptes. En fait ils concernent également tous les éléments permettant de prendre en compte la permanence des intérêts des salariés dans les décisions relatives à la gestion et à l'évolution économique de l'entreprise, à l'organisation du travail, à la formation professionnelle et aux techniques de production¹⁸⁵.

En effet, le Code du travail prévoit¹⁸⁶ une consultation annuelle du comité social et économique sur les orientations stratégiques de l'entreprise¹⁸⁷, sur la situation

¹⁸³ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss

¹⁸⁴ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;2

¹⁸⁵ Cour d'appel Paris, 2 mars 2016, n.14/14273, *Jurisp. Sociale Lamy*, 27 avril 2016

¹⁸⁶ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 122 Procédures d'alerte.

¹⁸⁷ Code du travail, Art. L.2312-24 «Le comité social et économique est consulté sur les orientations stratégiques de l'entreprise, définies par l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, et sur leurs conséquences sur l'activité, l'emploi, l'évolution des métiers et des compétences, l'organisation du travail, le recours à la sous-traitance, à l'intérim, à des

économique et financière de l'entreprise¹⁸⁸, sur la politique sociale de l'entreprise et sur les conditions de travail et l'emploi¹⁸⁹.

On peut encore se demander, si la situation est affectée de «manière préoccupante», si les deux alertes peuvent être déclenchées concomitamment.

Une réponse négative paraît probable et l'alerte initiée par le CSE n'implique pas obligatoirement que le commissaire aux comptes a failli à ses obligations légales. Il est clair, en fait, que le critère retenu par le Code du travail n'implique pas nécessairement, comme pour le commissaire aux comptes, des difficultés économiques avérées dans l'entreprise et doit être apprécié principalement au regard de la situation sociale de l'entreprise elle-même. Selon l'article L. 2312-64 du Code de travail en fait, le comité social et économique peut se faire assister d'un expert-comptable et/ou convoquer le commissaire aux comptes afin de pouvoir mieux analyser la situation de l'entreprise sur le plan comptable¹⁹⁰.

Pour conclure, les informations concernant l'entreprise communiquées au comité social et économique dans le cadre de la procédure d'alerte ont, selon l'article L. 2312-67 du Code du travail, un caractère confidentiel. Toutefois, cette présomption de confidentialité disparaît quand l'information communiquée a fait l'objet, de la part de l'employeur, d'une large diffusion. La violation de l'obligation de discrétion, à la différence de l'obligation au secret professionnel, n'est pas pénalement sanctionnée. Elle est de nature à engager la responsabilité

contrats temporaires et à des stages. Cette consultation porte, en outre, sur la gestion prévisionnelle des emplois et des compétences, sur les orientations de la formation professionnelle et sur le plan de développement des compétences. Le comité émet un avis sur les orientations stratégiques de l'entreprise et peut proposer des orientations alternatives. Cet avis est transmis à l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance de l'entreprise, qui formule une réponse argumentée. Le comité en reçoit communication et peut y répondre »

¹⁸⁸ Code du travail, Art. L.2312-25 « I. La consultation annuelle sur la situation économique et financière de l'entreprise porte également sur la politique de recherche et de développement technologique de l'entreprise, y compris sur l'utilisation du crédit d'impôt pour les dépenses de recherche. II. En vue de cette consultation, l'employeur met à la disposition du comité, dans les conditions prévues par l'accord mentionné à l'article L. 2312-21 ou à défaut d'accord au sous-paragraphe 4 : 1° Les informations sur l'activité et sur la situation économique et financière de l'entreprise ainsi que sur ses perspectives pour l'année à venir. Ces informations sont tenues à la disposition de l'autorité administrative ; [...] ».

¹⁸⁹ Code du travail, Art. L. 2312.25 à 35.

¹⁹⁰ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

délictuelle du comité social et économique ou celle du salarié membre de ce comité¹⁹¹.

2.2.1 Le développement de la procédure

La première étape de la procédure d'alerte déclenchée par le comité social et économique se compose d'un dialogue avec l'employeur. L'article L. 2312-63 du Code du travail en fait dispose que, lorsque le comité d'entreprise a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications.

Il convient de souligner qu'il s'agit d'une faculté sans implications ultérieures pour le CSE. Cette demande est inscrite à l'ordre du jour de la prochaine séance du comité qui est établi par le chef de l'entreprise et le secrétaire du comité¹⁹². Par conséquent le texte oblige l'employeur à apporter une réponse à la demande du comité, à défaut, il commet un délit d'entrave, sauf s'il est établi que l'alerte est manifestement injustifiée¹⁹³.

Si la réponse est jugée satisfaisante et suffisante par le comité, alors la procédure d'alerte sera arrêtée. En revanche, si le comité d'entreprise n'a pas pu obtenir une réponse suffisante de l'employeur ou si celle-ci confirme le caractère préoccupant de la situation, il établit un rapport¹⁹⁴.

Ce rapport est établi en général par le comité social et économique sauf, dans les entreprises avec au moins 1 000 salariés, dans lesquelles il sera rédigé par la

¹⁹¹ *Ibidem*

¹⁹² LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 122 Procédures d'alerte.

¹⁹³ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

¹⁹⁴ Code du travail, Art. L2312-63 « Lorsque le comité social et économique a connaissance de faits de nature à affecter de manière préoccupante la situation économique de l'entreprise, il peut demander à l'employeur de lui fournir des explications. Cette demande est inscrite de droit à l'ordre du jour de la prochaine séance du comité. Si le comité n'a pu obtenir de réponse suffisante de l'employeur ou si celle-ci confirme le caractère préoccupant de la situation, il établit un rapport. Dans les entreprises employant au moins mille salariés et en l'absence d'accord prévu à l'article L. 2315-45, ce rapport est établi par la commission économique prévue par l'article L. 2315-46. Ce rapport, au titre du droit d'alerte économique, est transmis à l'employeur et au commissaire aux comptes.»

commission économique. Ce rapport est transmis à l'employeur et au commissaire aux comptes, s'il a été désigné.

Afin de pouvoir bien rédiger le rapport, le Code du travail prévoit à l'article L. 2312-64 plusieurs possibilités d'aide au comité sociale et économique, ainsi que à la commission économique.

Comme mentionné ci-dessus, ils peuvent, en premier lieu, se faire assister, une fois par exercice, de l'expert-comptable choisi par le comité pour l'examen des comptes annuels de la société et qui sera rémunéré par l'entreprise¹⁹⁵. Le comité peut, en second lieu, convoquer le commissaire aux comptes.

Enfin le CSE peut s'adjoindre avec voix consultative deux salariés de l'entreprise choisis en dehors du comité, pour leur compétence.

Le rapport rédigé portera sur deux points complémentaires, le premier, sera à propos de l'analyse des faits invoqués et à propos de la réponse apportée par l'employeur qui n'a pas permis de mettre un terme à la procédure d'alerte. Le second sera relatif aux suites à donner à la procédure d'alerte.

Le Code du travail, de plus, prévoit que le rapport du comité ou de la commission économique doit comporter un avis sur l'opportunité de saisir de ses conclusions l'organe chargé de l'administration ou de la surveillance dans les sociétés ou les personnes morales qui en sont dotées ou d'en informer les associés dans les autres formes de sociétés ou les membres dans le GIE¹⁹⁶.

L'article L. 2312-65 du Code du travail indique que le comité social et économique n'est pas lié par l'avis émis dans son rapport, donc il peut décider si prolonger l'alerte et procéder à la saisine des organes sociaux ou, en l'absence de ceux-ci, des associés ou pas. Ces décisions sont prises par le CSE à la majorité des membres présents, l'employeur ne prend pas part au vote.

Dans les sociétés dotées d'un conseil d'administration ou de surveillance, la question est inscrite à l'ordre du jour de la prochaine séance de cet organe, s'il a

¹⁹⁵ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

¹⁹⁶ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

pu être saisi au moins quinze jours à l'avance. L'organe saisi délibère dans le mois de sa saisine et sa réponse doit être motivée.

La réglementation n'envisageant pas de suite à cette deuxième phase (la saisine des organes sociaux), il faut donc considérer que l'alerte s'arrête avec ces formalités. Sans doute s'il n'y a pas de réponse ou elle est insuffisante ou pas motivée, il paraît possible de retenir un délit d'entrave¹⁹⁷. De plus, à l'inverse de l'alerte du commissaire aux comptes, le comité social et économique ne peut pas déclencher la réunion de l'assemblée des associées ou des membres du groupement¹⁹⁸.

En guise de conclusion, si le groupement éligible à l'alerte du comité social et économique n'a pas un conseil d'administration ou un conseil de surveillance, l'information des membres du groupement eux-mêmes succèdera au dialogue avec le chef d'entreprise. Dans le cas où le comité a décidé d'informer les associés ou les membres de la situation de l'entreprise, le gérant ou les administrateurs sont tenus de communiquer à ceux-ci le rapport de la commission économique ou du comité social et économique dans les huit jours de la délibération du comité demandant cette communication¹⁹⁹.

Toutefois, dans ce cas, il a été souligné que les associés ne sont pas obligés à donner suite à la communication, mais ils peuvent élaborer d'autres mesures comme par exemple la révocation d'un dirigeant²⁰⁰.

¹⁹⁷ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 122 Procédures d'alerte.

¹⁹⁸ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss

¹⁹⁹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

²⁰⁰ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

2.3. L'intervention des associés

Puisque le législateur en 1984 a intégré dans le droit français la procédure d'alerte au profit du commissaire aux comptes et du comité social et économique, il est également apparu légitime de conférer une telle possibilité aux associés des sociétés qui sont notamment impliquées dans leur fonctionnement.

Toutefois certains considèrent que ce droit ne peut pas être vraiment qualifié d'alerte²⁰¹.

Pourtant, il s'agit pour les associés d'alerter les dirigeants sur des faits constatés dans l'entreprise qui peuvent compromettre la continuité de l'activité. Afin que les associés puissent déclencher l'alerte, le législateur a prévu le même critère utilisé par le commissaire aux comptes, c'est-à-dire tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation²⁰².

Le fait d'utiliser le même critère soit par le commissaire aux comptes soit par les associés, conduit à s'interroger sur la liaison entre les deux alertes et la nécessité de retenir une interprétation unique de la notion²⁰³. Si les associés n'ont pas toujours les compétences nécessaires pour relever aisément les faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation, il est probable qu'ils utilisent donc d'autres événements pour justifier l'alerte. De plus l'associé n'a pas la même obligation que le commissaire aux comptes et son alerte est confidentielle.

Il convient de noter que le choix du même critère pour l'alerte des associés et du commissaire aux comptes est de nature à mettre le commissaire aux comptes en difficulté. En fait, sa responsabilité peut être engagée s'il néglige de déclencher la procédure d'alerte. Mais au regard de sa mission, il ne faut pas exclure une appréciation différente de l'évènement ayant fondé l'action des associés, parce

²⁰¹ *Ibidem*

²⁰² INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

²⁰³ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

que la compétence du commissaire aux comptes lui imposant une démarche n'est certainement plus réfléchie que celle qui peut être exigée d'un associé²⁰⁴.

2.3.1 Le développement de la procédure

D'abord, il convient de souligner que le législateur a prévu²⁰⁵ que les associés peuvent intervenir seulement deux fois par exercice en posant des questions écrites au président du conseil d'administration ou au directoire sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation²⁰⁶.

Afin qu'ils puissent mettre en œuvre l'alerte, il faut qu'un ou plusieurs actionnaires, représentant au moins 5 % du capital social ou à une association d'actionnaires, répondent aux conditions fixées à l'article L. 225-120 du Code de commerce. Ensuite, la réponse est communiquée au commissaire aux comptes. L'article R. 225-164 du Code de commerce prévoit que le président du conseil d'administration ou le directoire répond par écrit dans un délai d'un mois aux questions qui lui sont posées²⁰⁷.

Pour conclure, l'absence de contentieux sur la mise en œuvre de cette alerte est certainement le signe que les associés n'en font pas un usage très fréquent, et il est possible de penser que le commissaire aux comptes réagira souvent avant les actionnaires.

Il peut être encore observé qu'aujourd'hui, le droit français est doté de différentes techniques de détection des difficultés qui essaient d'ouvrir à l'avance une procédure d'alerte ; ces techniques ont en fait un avantage essentiel qui les rendent plus efficaces : la confidentialité²⁰⁸.

²⁰⁴ *Ibidem*

²⁰⁵ Code de commerce, Art. L. 223-36 « Tout associé non gérant peut, deux fois par exercice, poser par écrit des questions au gérant sur tout fait de nature à compromettre la continuité de l'exploitation. La réponse du gérant est communiquée au commissaire aux comptes. »

²⁰⁶ CAMPANA, L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese, in Fallimento, 2003, p. 978;

²⁰⁷ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 122 Procédures d'alerte.

²⁰⁸ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

Comme nous le verrons par la suite, celle-ci est autant recherchée lorsque le président du tribunal est conduit à convoquer les dirigeants d'une entreprise en difficulté.

3. L'alerte externe

L'alerte interne, comme mentionnée ci-dessus, vise à guider les dirigeants de l'entreprise à prendre des mesures précoces et efficaces pour sauver l'entreprise en difficulté, avant d'ouvrir une procédure judiciaire, mais souvent il peut arriver que la situation de difficulté persiste.

Pour cette raison, l'alerte interne n'est qu'une phase préparatoire à l'alerte externe caractérisée surtout par l'intervention du président du Tribunal.

D'abord, le législateur français n'avait pas réglementé de façon précise l'alerte externe. Seulement à l'issue de la réforme de 1994, le président du Tribunal obtient des pouvoirs plus incisifs grâce à la pratique développée dans les tribunaux de commerce de Paris, Lyon et Marseille qui ont créé un dialogue entre le tribunal et l'employeur en difficulté²⁰⁹.

Quoi qu'il en soit, l'alerte externe peut être déclenchée par deux personnes : le président du Tribunal de Commerce ou du Tribunal judiciaire²¹⁰ et les groupements de prévention agréés.

3.1 Le déclenchement du Tribunal de commerce

L'alerte activable *motu proprio* par le président du Tribunal trouve son origine dans les grandes villes où les Tribunaux de Commerce et ses juges fournissaient assistance et conseil économique-juridique aux employeurs en difficulté.

Au cours du temps, il a été créé un système de contrôle- prévention des entreprises en difficulté, fondé sur des « cellules de prévention »²¹¹. Ces cellules

²⁰⁹ CAMPANA, L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese, in Fallimento, 2003, p. 978;

²¹⁰ Le Tribunal judiciaire qui statue en matière civile, a remplacé le Tribunal de Grand Instance à compter du 1^{er} janvier 2020.

sont composées de représentants de l'entrepreneuriat, mais aussi de personnes du cadre administratif (par exemple le dirigeant de l'URSSAF²¹²) qui s'occupent d'analyser préventivement des documents d'information (comptable ou pas) de l'entreprise.

Ce système dont le but est surtout la prévention - détection des entreprises en difficulté, aboutit à la possibilité pour le président du Tribunal d'y participer et de déclencher après une procédure d'alerte²¹³.

La participation des présidents des tribunaux de commerce à ces cellules génère un risque de partialité, car le président a connaissance d'informations dont il pourrait faire usage ensuite dans le cadre de procédures judiciaires²¹⁴.

Aujourd'hui, l'article L. 611-2 du Code de commerce permet l'intervention du président du Tribunal de commerce dans deux hypothèses : lorsque son injonction de déposer les comptes sociaux n'a pas été suivi d'effet et lorsqu'il identifie des faits de nature à compromettre la continuité de l'exploitation il a la faculté de convoquer les dirigeants.

À l'origine, la procédure de convocation du président du tribunal était réservée aux sociétés anonymes, à responsabilité limitée, en commandite et en nom collectif ainsi qu'aux GIE qui avaient un objet civil ou commercial.

Aujourd'hui, l'ordonnance n. 326 du 12 mars 2014 a achevé l'extension du droit de convocation : l'article L. 611-2-1 du Code de commerce énonce que «les dispositions du I de l'article L.611-2 sont applicables, dans les mêmes conditions, aux personnes morales de droit privé et aux personnes physiques exerçant une activité professionnelle agricole ou indépendante, y compris une profession

²¹¹ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.

²¹² URSSAF : Union pour le recouvrement des cotisations de Sécurité sociale et des allocations familiales.

²¹³ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

²¹⁴ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 122 Procédures d'alerte

libérale soumise à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé».

La convocation du débiteur est possible dès qu'il résulte de «tout acte, document ou procédure» que l'entreprise «connait des difficultés de nature à compromettre la continuité de l'exploitation».

Le critère retenu est donc pareil à celui utilisé par le commissaire aux comptes mais le texte exige en plus que la preuve des difficultés résulte d'un acte, document ou procédure²¹⁵.

Le président du tribunal de commerce ou judiciaire a connaissance de la gravité de la situation par le greffe qui identifie des clignotants internes à l'entreprise révélateurs de ses difficultés.

Il s'agira d'un acte quand le greffe constatera une infériorité des capitaux propres à la moitié du capital social et non dépôt des comptes annuels²¹⁶.

Dans ce cas, le greffe doit informer le président du tribunal qui pourra ensuite utiliser son pouvoir d'injonction de dépôt des comptes sous astreinte et, à défaut, convoquer les dirigeants.

Il s'agit d'un document qui concerne des inscriptions de nantissements et des privilèges et, de privilèges du Trésor et de la Sécurité sociale, extraits des registres des certificats de non- paiement de chèques²¹⁷.

Enfin, il s'agit d'une procédure quand elle prévoit l'alerte du commissaire aux comptes, des assignations laissées sans suite ou injonctions de payer à répétitions. En pratique, il sera aussi informé par la rumeur publique, par des renseignements sur la situation de l'entreprise émanant des salariés, par des signalements provenant des administrations ou encore par la délation d'un concurrent.

²¹⁵ CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, p. 978;

²¹⁶ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

²¹⁷ *Ibidem*

3.1.1 Le développement de la procédure

Lorsque le président a été informé par le greffe de la gravité de la situation, il peut convoquer les dirigeants afin que soient envisagées les mesures propres à redresser la situation.

L'article R. 611-10 du Code de commerce prévoit que cette convocation est faite par lettre recommandée avec demande d'avis de réception et par simple lettre reproduisant les termes de l'article L. 611-2, I du Code de commerce ainsi que les articles R. 611-11 et R. 611-12.

La convocation indique les conséquences de ne pas se présenter à l'entretien et le fait que le président pourra demander des renseignements sur la situation économique et sociale de l'entreprise; elle est matériellement effectuée par le greffier du tribunal et envoyée un mois à l'avance avec une note par laquelle le président expose les faits qui ont motivé son initiative²¹⁸. Cette convocation a pour objet d'envisager les mesures propres à redresser la situation.

A priori, la mission du président n'est pas de suggérer des solutions, il n'est pas question de conseiller mais d'amener le dirigeant à mesurer les difficultés, de l'alerter sur celles-ci.

Les dirigeants ne sont pas obligés de se rendre à la convocation du président et de plus, ils n'encourent aucune sanction en cas d'absence. Toutefois, ils ont bien sûr intérêt à montrer de la bonne volonté car si les difficultés accroissent et si la société est soumise à une procédure judiciaire (de redressement ou de liquidation), leur responsabilité sera beaucoup plus aisément engagée et établie.

Si les dirigeants ne se présentent pas, le président peut aussi ordonner une enquête préalable s'il relève des faits caractéristiques de la cessation des paiements, et transmettre au ministère public les éléments lui permettant de requérir l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire mais le président ne dispose pas personnellement du droit de saisine.

²¹⁸ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 122 Procédures d'alerte.

L'information du Parquet est prévue par les articles L.631-3-1 et L. 640-3-1 du Code de commerce. Le ministère public ensuite juge l'opportunité de poursuivre l'enquête²¹⁹.

De toute façon, lorsque le dirigeant ne se présente pas, un procès – verbal de carence²²⁰ est établi le jour même par le greffier afin que le président du tribunal puisse mettre en œuvre le droit d'information sur la situation économique et financière du débiteur.

En revanche, si les dirigeants se présentent, il y aura devant le président (hors la présence du greffier pour avoir plus de confidentialité) l'entretien qui a pour but de parvenir à un sauvetage de l'entreprise en difficulté. Il peut arriver souvent que les dirigeants rédigent de véritables plans de redressement qui proposent d'augmenter le capital ou de rechercher des partenaires économiques nouveaux²²¹. Depuis la loi n.843 du 26 juillet 2005²²², à la suite de l'entretien ou du procès – verbal de carence, le président du tribunal peut demander des compléments d'informations²²³.

Si le président constate, cependant, des faits caractéristiques d'une cessation des paiements, il doit en informer le ministère public. L'article L.631-3-1- du Code de commerce énonce en fait que «lorsqu'il est porté à la connaissance du président du tribunal des éléments faisant apparaître que le débiteur est en état de cessation de paiements, le président en informe le ministère public par une note exposant les faits de nature à motiver la saisine du tribunal. Le président ne peut siéger, à peine de nullité du jugement, dans la formation de jugement ni participer aux délibères

²¹⁹ *Ibidem*

²²⁰ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'allerta ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss

²²¹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

²²² CAMPANA, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, p. 978;

²²³ Code de commerce, Art. 611-2, alinéa 2 « A l'issue de cet entretien ou si les dirigeants ne se sont pas rendus à sa convocation, le président du tribunal peut, nonobstant toute disposition législative ou réglementaire contraire, obtenir communication, par les commissaires aux comptes, les membres et représentants du personnel, les administrations publiques, les organismes de sécurité et de prévoyance sociales ainsi que les services chargés de la centralisation des risques bancaires et des incidents de paiement, des renseignements de nature à lui donner une exacte information sur la situation économique et financière du débiteur.»

si le ministre public demande l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire à l'égard de ce débiteur ».

Cet article a été créé volontairement par l'ordonnance n.326 du 12 mars 2014 afin de respecter le principe d'impartialité du juge. En fait, le président du tribunal se limite à exercer les pouvoirs de convocation et d'investigation et il s'abstient de participer à la formation de jugement sur l'ouverture d'un traitement judiciaire des difficultés. De cette façon il respecte le cadre légal de la prévention²²⁴.

À ce stade de la procédure d'alerte externe, le président du tribunal peut décider de rejeter l'affaire, s'il a pu redresser l'entreprise en utilisant des mesures de sauvetage, sinon il doit nommer un mandataire *ad hoc*²²⁵ afin que ce personnage puisse aider l'employeur dans la gestion de l'entreprise et essayer d'arrêter les difficultés²²⁶.

Pour conclure, même si l'intervention des présidents de tribunaux de commerce s'avère difficile car les entreprises comprennent souvent mal leur rôle et l'associent confusément à la faillite, la prévention donne cependant des résultats très encourageants : le taux de réussite des procédures amiables²²⁷ est de l'ordre de 60%²²⁸.

²²⁴ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018

²²⁵ Voir le paragraphe 4.1 du même chapitre.

²²⁶ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

²²⁷ Voir le paragraphe 4, 4.1 et 4.2 du même chapitre.

²²⁸ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

3.2. Le déclenchement des groupements de prévention agréés (GPA)

Les groupements de prévention agréés ont été créés par le législateur dans la loi n. 148 du 1^{er} mars 1984 à l'article 33 pour aider les chefs d'entreprise à détecter les difficultés et à réagir²²⁹.

Aujourd'hui, l'article L. 611-1 et les articles D. 611-1 et suivants du Code de commerce posent les règles relatives à la création des groupements de prévention agréés et à leur statut afin que ces institutions qui interviendront aux côtés du chef d'entreprise soient bien contrôlés.

Pour que ces groupements de prévention agréés prennent la forme d'une personne morale de droit privé, d'une société ou d'une association, il est nécessaire qu'ils obtiennent un agrément en démontrant avoir toutes les conditions légales requises. Le préfet assure le contrôle de la constitution de ces groupements de prévention agréés en vérifiant que les conditions posées aux articles D. 611-3 et D. 611-4 du Code de commerce soient réunies²³⁰.

Lorsque ces formalités ont été accomplies, le préfet dispose d'un délai de trois mois pour accorder l'agrément au groupement²³¹. Sa durée est de trois ans renouvelable par décision du préfet.

De plus, les groupements de prévention agréés sont soumis à certaines obligations afin d'assurer un fonctionnement conforme aux principes de la prévention et d'assurer la bonne exécution de leurs missions.

²²⁹ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

²³⁰ Contenu de la demande d'agrément : l'objet du groupement qui doit correspondre à la mission légale, le ressort de l'activité, les personnes morales appelées à adhérer au groupement, les moyens dont il disposera, le nom et les qualifications professionnelles des intervenants et les méthodes d'analyse des informations comptables et financières utilisées.

²³¹ Code de commerce, Art. D. 611-6 « Le préfet de région dispose d'un délai de trois mois pour accorder ou refuser son agrément. Le point de départ de ce délai est fixé au jour de la délivrance de l'accusé de réception précisant le caractère complet du dossier de demande déposé par le groupement. Si le préfet de région n'a pas notifié sa réponse dans le délai qui lui est imparti, le groupement est réputé agréé.

Le retrait de l'agrément, prononcé par le préfet de région, est notifié par lettre au groupement et à toutes les administrations. »

En ce qui concerne les obligations liées à leur statut, les GPA doivent s'engager à ne faire aucune publicité, à faire figurer dans tous les documents leur statut de groupement agréé et à informer le préfet de toute modification relative au statut du groupement et aux organes dirigeants. Quant à l'exercice des missions, les textes imposent que toutes les personnes collaborant aux travaux du groupement de prévention agréé soient soumises au respect du secret professionnel²³² et qu'elles souscrivent un contrat de responsabilité civil pour couvrir les risques.

L'article L. 611-1 du Code de commerce ouvre l'adhésion aux groupements de prévention agréés aux personnes immatriculées aux registres professionnels (registre du commerce et des sociétés et le registre des métiers). L'article donc comprend soit les personnes physiques (commerçant, artisans), soit les personnes morales (sociétés commerciales et civiles, groupements d'intérêt économique). Toutefois, les associations ou d'autres groupements dotés de la personnalité morale mais non immatriculés ont été ajoutés.

Depuis l'ordonnance n. 1512 du 9 décembre 2010, tous les entrepreneurs individuels, quel que soit leur secteur d'activité, peuvent adhérer à un groupement de prévention agréés ; de cette façon, aussi bien les professions libérales que les agriculteurs ont été intégrés²³³.

La mission d'alerte des groupements de prévention agréés vise à fournir à leurs adhérents de façon confidentielle, une analyse des informations économique, comptables et financières qu'ils s'engagent à leur communiquer régulièrement.

Le texte ajoute que les groupements pourront également signer des conventions au profit de leurs adhérents avec des établissements de crédit, des sociétés de financement et des entreprises d'assurance pour leur assurer un accès facilité à des moyens de financement pour le développement de leur entreprise.

²³²CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss..

²³³ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

Selon l'article L. 611-1 alinéa 3 du Code de commerce, «lorsque le groupement relève des indices de difficulté, il en informe le chef d'entreprise et peut lui proposer l'intervention d'un expert».

Le texte ne précise pas ce qu'il faut entendre par indice de difficulté. Pour certains l'indice c'est «toute signe apparent et probable de défaillance²³⁴», donc le groupement de prévention pourra s'attacher à une multitude de signes.

En pratique, le GPA obtiendra son information des documents comptables et financiers qui lui seront communiqués par le chef d'entreprise mais il pourra aussi s'attacher à d'autres signes dont il aurait pu avoir connaissance, par exemple pertes de marchés, sureffectifs etc.

Puisque le critère retenu semble très large, pour aider l'action des groupements de prévention agréés, l'article L. 611-1 du Code de commerce prévoit qu' «à la diligence du représentant de l'Etat, les administrateurs compétentes prêtent leur concours aux groupements de prévention agréés. Les services de la banque de France peuvent également, suivant des modalités prévues par convention, être appelés à formuler des avis sur la situation financière des entreprises adhérentes. Les groupements de prévention agréés peuvent aussi bénéficier d'aides des collectivités territoriales».

3.2.1. Le développement de la procédure

Le groupement de prévention doit informer le chef d'entreprise des indices de difficultés qu'il a décelé. Sa mission s'arrête généralement là, mais il peut aussi conseiller aux adhérents l'intervention d'un expert qui s'occupe d'analyser la situation afin de proposer une procédure de résolution amiable des difficultés de l'entreprise.²³⁵

²³⁴ CARMELINO, *Una prospettiva d'oltralpe: la procedura d'allerta ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss..

²³⁵ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

Toutefois, certains auteurs retiennent que celles-ci peuvent être transmises aux associés et au comité social et économique s'ils le demandent. Egalement, elles peuvent être exigées par le commissaire aux comptes²³⁶.

Les groupements de prévention agréés peuvent aussi suggérer aux chefs des entreprises de saisir les Comités départementaux d'examen des problèmes de financement des entreprises, mais il est plus fréquent de conseiller au dirigeant de saisir le Président du tribunal de commerce pour obtenir la désignation d'un mandataire *ad hoc* ou d'un concilier.

Cependant, le droit d'alerte conféré par le législateur aux groupements de prévention agréés paraît assez limité, ce groupement ne dispose pas d'aucun moyen de coercition pour obliger le chef d'entreprise à traiter les difficultés qu'il rencontre.

Il n'y a pas donc de risque très fort d'ingérence de la part des groupements de prévention agréés dans la vie de l'entreprise.

4. Les mesures de prévention : les procédures amiables

Outre la possibilité de conclure des accords amiables avec les créanciers par les dirigeants s'ils détectent des signes de défaillance de l'entreprise, le droit français contemporain connaît deux procédés reposant sur l'intervention du président du tribunal : le mandat *ad hoc* et la conciliation régis par les articles L.611-3 et suivant du Code de commerce.

Ils consistent tous deux à permettre au dirigeant de saisir le président du tribunal aux fins de désignation d'un mandataire ou d'un conciliateur dont la mission essentielle est de rapprocher le débiteur de ses créanciers pour aboutir à la conclusion d'un accord de conciliation.

Ces derniers temps, le recours au mandat *ad hoc* ou à la conciliation connaît un grand succès pratique lié à leur caractère amiable, volontariste, librement consenti.

²³⁶ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

En fait, le législateur n'a pas étouffé ces techniques sous une réglementation stricte, mais il a préféré créer une atmosphère qui permet de contractualiser librement et de négocier des délais de paiement ou des mesures de restructuration qui ont été garantie par la jurisprudence de la Cour de cassation²³⁷.

4.1. Le mandat *ad hoc*

L'article L. 611-3 du Code de commerce, modifié par l'ordonnance n.1345 du 18 décembre 2008, prévoit que «le président du tribunal peut, à la demande d'un débiteur, désigner un mandataire *ad hoc* dont il détermine la mission. Le débiteur peut proposer le nom d'un mandataire *ad hoc*. La décision nommant le mandataire *ad hoc* est communiquée pour information aux commissaires aux comptes lorsqu'il en a été désigné».

C'était la loi n. 842 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises à consacrer le mandat *ad hoc* dans le Code de commerce.

Depuis lors, le mandat *ad hoc* s'est imposé comme un outil particulièrement apprécié des chefs des entreprises ; en 2016, environ 65 % des entreprises ont eu recours au mandat *ad hoc*.

L'alinéa 2 de l'article L. 611-3 du Code de commerce confère la compétence à désigner un mandataire *ad hoc* au tribunal de commerce si le débiteur exerce une activité commerciale ou artisanale et au tribunal judiciaire dans les autres cas, donc on déduit que toutes les entreprises sont éligibles au mandat *ad hoc*.

Contrairement à toutes les autres procédures du livre VI pour lesquelles le législateur a expressément déterminé la situation économique dans laquelle doit se trouver l'entreprise pour être éligible, aucune indication n'est fournie dans le cas du mandat *ad hoc*.

On peut s'interroger si l'accès au mandat *ad hoc* d'une entreprise déjà en cessation des paiements est permis, donc qui ne peut plus faire face à son passif

²³⁷*Ibidem*

exigible avec son actif disponible. Pour la majorité des acteurs²³⁸, il convient d'écarter cette possibilité soit pour la structure du livre VI, soit pour l'absence d'outils spécifiques offerts par le mandat *ad hoc*²³⁹.

Hormis cette restriction, le mandat *ad hoc* peut être utilisé dans diverses situations économiques que rencontrent les entreprises en difficulté sans être en cessation de paiement.

Il est aussi intéressant de remarquer que, si bien évidemment le mandat *ad hoc* peut être utilisé de manière autonome, la pratique relève qu'il est souvent utilisé comme une étape préalable à une autre procédure du livre VI.

En ce qui concerne la modalité de la désignation du mandataire *ad hoc*, la demande, comme les autres procédures d'anticipation que sont la conciliation et la sauvegarde, peut émaner seulement du chef d'entreprise.

Selon l'article R. 611-18 du Code de commerce, le chef d'entreprise doit présenter une demande écrite au président de la juridiction compétente qui, déposée au greffe, expose les raisons motivantes. En outre, le débiteur a la faculté de proposer lui-même le nom d'un mandataire *ad hoc*. Pour la majorité des juridictions, ce serait bien de présenter avec la demande de désignation aussi des informations sur la situation de l'entreprise, ce qui permet de juger de la pertinence d'un mandataire *ad hoc*. De plus, le débiteur doit joindre à sa requête de demande de désignation, un extrait du registre des métiers, l'état des créances et des dettes, la liste des principaux créanciers, l'état actif et passif des suretés, les comptes annuels et d'autre documentation si requis.

L'article R. 611-19 du Code de commerce prévoit ensuite que « dès réception de la demande, le président du tribunal fait convoquer, par le greffier, le représentant légal de la personne morale ou le débiteur personne physique pour recueillir ses observations ».

²³⁸ Le tribunal de commerce de Paris, puisqu'il demande au débiteur de présenter la date de cessation des paiements, laisse supposer qu'un mandat *ad hoc* pourrait être ouvert dans une telle situation.

²³⁹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

Lorsque cet entretien aura eu lieu, le président pourra décider d'accepter ou non la demande de désignation du mandataire *ad hoc* formulée par le dirigeant. En cas de réponse affirmative, l'ordonnance du président doit comporter diverses informations comme le nom du mandataire, sa rémunération mais surtout la mission confiée qui le plus souvent consistera à négocier un accord avec les créanciers.

Ensuite, la décision statuant sur la désignation du mandataire *ad hoc* sera notifiée au demandeur par le greffier et aussi au mandataire *ad hoc*, celui-ci doit attester sur l'honneur lors de l'acceptation du mandat qu'il n'est pas frappé par une des interdictions énoncées par la loi. En revanche, dans le cas où le président n'a pas fait droit à la demande du débiteur, il peut interjeter appel²⁴⁰.

Comme mentionné ci-dessus, la désignation d'un mandataire *ad hoc* apparaît, au regard des statistiques sur la prévention des difficultés, comme le mécanisme le plus utilisé par les chefs d'entreprise surtout pour deux raisons : sa nature contractuelle et sa confidentialité qui est expressément reconnue par la loi et défendue par la jurisprudence. En fait, étant donné que la désignation du mandataire *ad hoc* est de la compétence du président du tribunal, d'un côté ceci donne une plus grande confiance aux parties et d'un autre côté, son déroulement revêt une nature exclusivement contractuelle, parce qu'aucun effet juridique particulier n'y étant attaché par les textes.

En ce qui concerne la confidentialité, on pourrait dire qu'elle revêt un des intérêts majeurs du mandat *ad hoc* et une des raisons pour lesquelles, il connaît un grand succès auprès des chefs d'entreprise.

L'article L. 611-15 du Code de commerce en fait indique que sont tenues de cette obligation de confidentialité, les personnes, physique ou morale, qui sont appelées au mandat *ad hoc* ou par leurs fonctions en ont connaissance. On peut donc inclure les catégories des créanciers appelés par le débiteur, le mandataire *ad hoc*

²⁴⁰ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 123 Le mandat *ad hoc*.

et aussi le commissaire aux comptes informé de la procédure en raisons de ses fonctions.

En conclusion, pour ce qui est de la fin du mandat *ad hoc*, on peut citer deux articles du Code de commerce. D'abord, l'article R. 611-21 qui dispose que «lorsque le débiteur en fait la demande, le président du tribunal met fin sans délai à la mission du mandataire *ad hoc*», le deuxième texte, l'article R. 621-21-1, qui prévoit en revanche que «le mandataire *ad hoc* fait connaître sans délai au président du tribunal tout élément qui pourrait justifier qu'il soit mis fin à sa mission».

En dehors de ces cas, le mandat *ad hoc* prendra fin en raison de la conclusion d'un accord conclu entre le chef d'entreprise ou les dirigeants de la société et ses créancier ou, sinon, lorsque le débiteur souhaitera demander l'ouverture d'une procédure²⁴¹.

Hormis la possibilité d'ouvrir une procédure de sauvegarde ou redressement judiciaire, le débiteur pourra aussi demander l'ouverture d'une procédure de conciliation pour que l'accord préparé sous mandat *ad hoc* puisse se conclure en bénéficiant des effets de cette procédure, particulièrement du privilège de la conciliation²⁴² dont on parlera lors du prochain paragraphe.

4.2. La conciliation

La procédure de conciliation a été créée par la loi n. 845 du 26 juillet 2005 afin de remplacer le règlement amiable institué par la loi n.148 du 1er mars 1984.

Au cours des années, beaucoup de lois ont renouvelé cette procédure jusqu'à celle du 18 novembre 2016 (loi n.1547) qui en a préservé la confidentialité²⁴³.

La procédure de conciliation permet le sauvetage de l'entreprise en difficulté en dehors de toute décision de justice, de manière rapide et, le plus souvent,

²⁴¹ *Ibidem*.

²⁴² SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

²⁴³ *Ibidem*.

confidentielle grâce à l'intervention d'un conciliateur désigné par le président du tribunal.

Selon Saint- Alary- Houin et Monsiere-Bon, cette procédure n'est donc ni une procédure collective, ni une procédure judiciaire²⁴⁴.

La procédure de conciliation est régie par les articles L. 611-4 à L. 611-12 et R. 611-22 à R. 611-46 du Code de commerce²⁴⁵.

L'article L. 611-4²⁴⁶ du Code de commerce pose deux conditions cumulatives applicables aux personnes qui souhaitent bénéficier de cette procédure : a) elles doivent exercer une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible ; b) elles ne doivent pas se trouver en état de cessation des paiements depuis plus de 45 jours²⁴⁷.

On considère qu'une entreprise est en état de cessation des paiements lorsque son actif disponible ne lui permet pas de faire face à son passif exigible. En particulier, l'actif disponible correspond à l'actif immédiatement réalisable ou mobilisable tandis que le passif exigible comprend toutes les dettes certaines, liquides et exigibles de nature civile ou commerciale.

Seul le débiteur peut faire une demande de conciliation en adressant une requête au président du tribunal. Par ailleurs, le débiteur peut proposer le nom d'un conciliateur, sous réserve du respect de certaines conditions détaillées à l'article L. 611-13 du Code de commerce.

Il faut saisir le tribunal compétent, c'est-à-dire celui du territoire dans le ressort duquel le débiteur personne moral à son siège, ou personne physique où elle exerce son activité. L'ouverture de la procédure, confidentielle, ne peut en

²⁴⁴ *Ibidem*, « Fondamentalement, l'accord de conciliation demeure une convention de droit privé, un acte collectif, marqué d'intuitu personae et à caractère onéreux ».

²⁴⁵ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 140 La conciliation.

²⁴⁶ Code de Commerce, Art. L.611-4 : « Il est institué, devant le tribunal de commerce, une procédure de conciliation dont peuvent bénéficier les débiteurs exerçant une activité commerciale ou artisanale qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante-cinq jours ».

²⁴⁷ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

principe produire d'effets sur les droits des créanciers, ni sur les droits du dirigeant.

Après la saisine, le président du tribunal peut mettre en œuvre un pouvoir de communication afin de vérifier si l'entreprise est ou non en cessation des paiements.

La décision qui refuse une procédure de conciliation est susceptible d'un recours or celle qui ouvre la procédure ne peut faire l'objet d'un recours. En revanche, si le juge estime la demande du débiteur bien-fondée, il rend une ordonnance de désignation du conciliateur.

La loi donne pour mission au conciliateur de favoriser la conclusion d'un accord amiable entre le débiteur et ses principaux créanciers²⁴⁸.

La durée de la conciliation est en principe de 4 mois mais peut être prorogée d'un mois par le président du tribunal de commerce, sur proposition du conciliateur.

Depuis l'ordonnance n.1345 du 18 décembre 2008, à l'expiration de ce délai, aucune autre demande de conciliation n'est possible pendant une durée de 3 mois.

La mission du conciliateur n'est pas limitée dans le temps. Elle prend fin soit lorsque le débiteur en fait la demande auprès du président du tribunal qui statue la requête, soit lorsque le conciliateur fait la même demande en cas d'impossibilité de parvenir à un accord. Dans ce cas, le conciliateur présente sans délai un rapport au président du tribunal de commerce qui met fin à sa mission et à la procédure de conciliation.

En outre, le débiteur a la possibilité de demander la récusation du conciliateur auprès du greffe du tribunal de commerce. Ce dernier la transmet au conciliateur

²⁴⁸ Code de commerce, Art. L. 611- 7 : «Le conciliateur a pour mission de favoriser la conclusion entre le débiteur et ses principaux créanciers ainsi que, le cas échéant, ses cocontractants habituels, d'un accord amiable destiné à mettre fin aux difficultés de l'entreprise. Il peut également présenter toute proposition se rapportant à la sauvegarde de l'entreprise, à la poursuite de l'activité économique et au maintien de l'emploi. Il peut être chargé, à la demande du débiteur et après avis des créanciers participants, d'une mission ayant pour objet l'organisation d'une cession partielle ou totale de l'entreprise qui pourrait être mise en œuvre, le cas échéant, dans le cadre d'une procédure ultérieure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire. Le conciliateur peut, pour exercer sa mission, obtenir du débiteur tout renseignement utile. Le président du tribunal communique au conciliateur les renseignements dont il dispose et, le cas échéant, les résultats de l'expertise mentionnée au cinquième alinéa de l'article L. 611-6 [...] ».

qui peut accepter ou s'opposer à cette demande. En cas d'opposition, la demande de récusation sera examinée par le président du tribunal de commerce en présence du débiteur et du conciliateur. Si la récusation est admise, le conciliateur sera remplacé sans délai. En cas contraire, le débiteur pourra interjeter appel de l'ordonnance du président rejetant la demande dans un délai de 10 jours à compter de la notification²⁴⁹.

Il convient de souligner que le conciliateur doit être une personne qui présente *a priori* les compétences pour rapprocher le débiteur et ses créanciers. En fait, il sera révoqué en raison de l'existence d'un lien personnel à la procédure ou d'un lien direct ou indirect avec l'un des créanciers ou l'un des dirigeants.

Par exemple, le conciliateur ne doit pas avoir eu un lien pécuniaire avec le débiteur dans les 24 mois précédents sa conciliation, il ne doit pas avoir travaillé pour le débiteur dans les deux ans précédents (sauf mandat *ad hoc*), il ne peut pas être désigné comme conciliateur s'il vient de quitter la fonction de juge consulaire. Le conciliateur peut encore être révoqué pour l'une des causes exposées à l'article L. 611-13 du Code de commerce voire pour cause de destitution/radiation ou encore de défiance.

Il faut relever que le conciliateur n'a aucun pouvoir de gestion dans l'entreprise, ce qui permet au dirigeant de l'entreprise débitrice de rester en place.

Si les droits des créanciers ne sont pas affectés par l'ouverture d'une conciliation, le juge peut, depuis la loi n. 846 du 26 juillet 2005, faire application des articles 1244-1 et suivants du Code civil l'autorisant à accorder un délai de grâce au débiteur. En particulier, le juge peut, compte tenu de la situation du débiteur, et en considération des besoins des créanciers, reporter ou échelonner dans la limite de deux années les paiements des sommes dues. En cas de report, le juge peut prévoir l'application d'un intérêt réduit. Le délai de grâce donne du temps au débiteur et en plus il suspend toutes les mesures d'exécution, les majorations et pénalités du retard.

²⁴⁹ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 140 La conciliation.

Il convient de souligner que le juge qui œuvre une conciliation ne peut pas prononcer un délai de grâce, mais il faut que le débiteur ait au moins recours à la mise en demeure pour qu'il puisse demander un délai de grâce²⁵⁰.

À l'issue de la négociation, il y aura un accord entre le débiteur et les créanciers et son contenu peut être de nature très diverse. Relativement aux créanciers, le contenu a trois catégories d'engagements : les délais de paiement ou le rééchelonnement, les remises de dettes et des nouveaux concours (il existe un certain nombre de comités qui peuvent octroyer des prêts à des taux très bas quand une entreprise est en difficulté, par exemple le comité interministériel de restructuration industrielle). En revanche, relativement au débiteur, il doit s'engager à prendre certaines mesures pour restructurer son activité, telle la réorganisation de son entreprise, une augmentation de capital, consentir des sûretés, diminuer les charges exceptera²⁵¹.

Cet accord a une valeur contractuelle et en principe il a force exécutoire entre les parties. Toutefois, la loi n.846/2005 prévoit deux possibilités de faire valider judiciairement cet accord afin de rassurer les créanciers et favoriser son exécution : le constat et l'homologation.

Le constat implique une intervention judiciaire plus légère, en fait il suppose une requête conjointe des parties qui ont conclu l'accord ; elles demandent au juge de constater l'accord. Le constat relève de la compétence du président du tribunal de commerce qui donne à l'accord valeur de titre exécutoire. L'accord est confidentiel et n'est soumis à aucune publicité. Par ailleurs, il est interruptif de toute action en justice ou poursuite individuelle sur les biens du débiteur.

À noter que depuis l'ordonnance n.1345/2008, les personnes physiques ou morales coobligées ou ayant consenti une sûreté en personne ou ayant cédé ou affecté un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté²⁵².

²⁵⁰ *Ibidem*.

²⁵¹ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

²⁵² *Ibidem*.

En ce qui concerne l'homologation, il s'agit d'une création de la loi n. 846 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises. L'homologation relève de la compétence du tribunal de commerce et dès le début il convient de préciser que l'homologation comporte plus d'effets qu'un simple constat, le débiteur en fait doit vérifier que plusieurs conditions soient remplies avant d'en faire la demande : a) le débiteur n'est pas en cessation des paiements ou l'accord y met fin ; b) les termes de l'accord sont de nature à assurer la pérennité de l'activité de l'entreprise.

Il faut donc un vrai plan de redressement, des simples délais de paiement ou remises de dettes peuvent ne pas suffire en l'absence de réorganisation de l'activité ; c) l'accord ne doit pas porter atteinte aux intérêts des créanciers non signataires.

L'homologation doit être sollicitée par le débiteur et s'il la demande, cela donne une décision publiée dans le BODACC²⁵³ ou dans un journal d'annonces légales, donc tout le monde peut savoir qu'il a une demande de procédure de conciliation. Si l'accord n'est pas homologué, alors il conserve la confidentialité mais il y a moins d'effets parce que seule l'homologation octroie au créancier le bénéfice du privilège de conciliation²⁵⁴ ou encore la sécurité liée à la présomption d'absence des paiements.

De plus, l'homologation entraîne la suspension des poursuites intentées par les créanciers contre le débiteur. En application de l'article L. 611-6 du Code de commerce, l'homologation de l'accord doit intervenir en cours de conciliation, à défaut de nullité. Néanmoins, le jugement d'homologation peut être rendu après dépassement du délai de

²⁵³ BODACC : bulletin officiel des annonces civiles et commerciales.

²⁵⁴ Le privilège de conciliation s'agit d'une création de la loi du 26 juillet 2005. Ce dernier, selon l'article L.611-11 du Code de commerce, est accordé aux personnes qui consentent dans un accord homologué un nouvel apport en trésorerie au débiteur ou un nouveau bien ou service. Il faut un véritable nouvel apport : des délais de paiement ou remises de dettes sont insuffisants et n'ouvrent pas droit au privilège. Le privilège de la conciliation confère à son titulaire un rang « privilégié » lors de la répartition des biens du débiteur au terme de la procédure collective (par exemple lors de la liquidation des biens du débiteur).

conciliation de 4 mois lorsque la demande a été formée avant l'expiration de cette période.

Enfin, il convient de noter que les voies de recours contre le jugement accordant l'homologation sont doubles : d'un côté, les créanciers peuvent former une tierce opposition dans un délai de 10 jours à compter de la publication du jugement ; de l'autre, une des parties peut saisir le tribunal de commerce en vue de faire constater l'inexécution des engagements résultant de l'accord afin de voir prononcer sa résolution²⁵⁵.

Comme mentionné ci-dessus, s'il y a un échec de la négociation, le conciliateur avertit le président du tribunal qui va mettre fin à la procédure. A ce point, le débiteur peut continuer normalement son activité ou demander l'ouverture d'une procédure collective. En revanche, si l'accord est conclu, depuis la réforme n. 736 du 30 juin 2014, il faut désigner un mandataire afin de contrôler son exécution. La plupart du temps c'est le conciliateur et il pourra aussi rédiger un rapport pour informer les autres parties concernées²⁵⁶.

²⁵⁵ SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018.

²⁵⁶ LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Paris, titre 140 La conciliation.

III. LE MISURE DI ALLERTA NEL CODICE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA

SOMMARIO: 1. Premessa – 1.1. Nozione di crisi ed insolvenza nell'attuale disciplina concorsuale – 1.2. La nozione di insolvenza secondo la giurisprudenza di legittimità – 1.3. Il dibattito sull'insolvenza prospettica – 1.4. I concetti di crisi e insolvenza nel Codice della Crisi – 2. La *twilight zone*: una fase di crisi atipica – 3. Le modalità di accertamento della crisi: tre approcci individuati – 4. L'indicizzazione della crisi d'impresa: gli indicatori significativi – 4.1. Profili critici: il rischio di falsi positivi e falsi negativi – 5. L'art 2086 c.c. riformato: il dovere di rilevare ed il dovere di reagire dinanzi alla crisi – 6. Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi – 6.1. La fase dell'allerta non volontaria – 6.1.1. L'allerta interna ed esterna – 6.1.2. L'Organismo di Composizione della Crisi d'impresa: natura, composizione, doveri e funzioni – 6.1.2.1. Perplexità sull'efficacia dell'OCRI – 6.2. La fase dell'allerta volontaria: il procedimento di composizione assistita della crisi – 6.3. Le misure protettive e le misure premiali a favore del debitore – 6.4. La conclusione positiva e negativa della fase dell'allerta – 7. L'apparente allineamento alla Direttiva *Insolvency* del nuovo diritto della crisi d'impresa: l'impatto europeo sul sistema dell'allerta – 8. Pandemia Covid-19: il Codice della crisi entrerà in vigore il 1° settembre 2021? Criticità, perplexità e nuovi spunti di riflessione

1. Premessa

L'emersione della crisi, secondo quanto comunemente riscontrato, è innanzitutto “strutturale” prima che finanziaria. Spesso poi l'origine si ritrova in una causa scatenante di tipo industriale²⁵⁷, la quale, come sottolinea certa dottrina²⁵⁸, può declinarsi in crisi da decadimento dei prodotti o dei servizi nelle fasi terminali del

²⁵⁷BOSTICCO, *Il Nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza: disposizioni generali e definizioni*, in *Il fallimentarista*, luglio 2019.

²⁵⁸RANALLI, *Le Misure di Allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'Ocri*, Milano, 2019.

loro ciclo di vita; crisi da sovra capacità produttiva; crisi da inefficienza tecnica od organizzativa; crisi da carenza di pianificazione. In questi casi lo squilibrio dell'azienda riguarda la sua capacità di redditività e, per superarla, occorre generalmente adottare misure interne di riorganizzazione o ristrutturazione organizzativa ed anche iniziative a carattere patrimoniale (dismissione dei cespiti non strategici) e finanziaria (immissione di nuova liquidità in azienda anche attraverso l'ingresso di nuovi soci).

Prima di addentrarsi nell'analisi dei concetti di crisi ed insolvenza, appare utile preliminarmente porsi la seguente domanda: la causa dell'elevato livello dei crediti deteriorati che caratterizza il nostro Paese può essere riconducibile anche o principalmente ad una tardiva percezione dell'allerta della crisi?

Dalle evidenze statistiche risulta infatti che, se la crisi viene rilevata tempestivamente, sono maggiori le possibilità di un suo superamento e viene interrotto l'insacco del cosiddetto "effetto contagio" nei confronti dei creditori - i quali a loro volta diventerebbero debitori - e delle banche²⁵⁹.

Purtroppo, allo stato, le procedure concorsuali in Italia risultano ancora lunghe, con un peggioramento in ordine alle possibilità di *recovery*. Ciò sarebbe la conseguenza dei seguenti comportamenti dell'impresa:

- mancanza di cultura di valutazione sul prevedibile andamento aziendale;
- scarsa qualità del dato contabile a causa della scarsa affidabilità dei dati prospettici e di assetti organizzativi adeguati;
- tardivo pagamento dei tributi e dei contributi previdenziali al fine di recuperare fondi da devolvere all'emergenza finanziaria, determinato dalla modesta attenzione all'eventuale recupero dei crediti da parte degli Enti Pubblici (giustificata dalle cause di prelazione dei crediti dei *de quibus*) nonché dal rallentamento delle eventuali sanzioni applicabili.

²⁵⁹ ID, *Le misure d'allerta*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Guido Bonfante, *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, pag. 1970 e ss.;

1.1 Nozione di crisi ed insolvenza nell'attuale disciplina concorsuale

La legge fallimentare non contempla la nozione di crisi bensì unicamente quella di insolvenza che, ai sensi dell'art. 5 l. f., si connota come l'impossibilità strutturale (cioè non puramente transitoria) dell'imprenditore commerciale di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. Va precisato a riguardo che tale incapacità non corrisponde *tout court* all'inadempimento né di esso rappresenta una conseguenza automatica: cionondimeno, l'inadempimento è il sintomo dell'insolvenza più importante e frequente²⁶⁰.

Da un punto di vista normativo è dunque solo ad opera delle modifiche apportate all'art.160 l.fall. da parte della legge n.80 del 2005 che, senza peraltro fornire alcuna definizione esplicita, la nozione di crisi ha assunto una propria connotazione, in particolare nel rapporto con il concetto di insolvenza.

Infatti, in tale disposizione, nel delineare i presupposti per l'ammissione al concordato preventivo, è precisato come l'imprenditore che si trovi in stato di crisi possa proporre ai creditori un concordato preventivo qualora venga messo a punto un piano specifico, con determinate caratteristiche. Peraltro va detto che l'aver sostituito, quale presupposto per accedere a tale procedura, l'insolvenza con lo stato di crisi, aveva suscitato parecchi problemi interpretativi, primo fra tutti quello legato alla relazione intercorrente tra i due concetti.

Invero, secondo alcuni²⁶¹, il concordato preventivo sarebbe diventato in tal modo esclusivo appannaggio dell'imprenditore in crisi, ma non ancora tecnicamente insolvente; qualora poi l'insolvenza si fosse manifestata durante tale procedura, l'imprenditore avrebbe dovuto essere dichiarato fallito. Per altri²⁶², invece, muovendo dalla considerazione che non sarebbe emerso nella riforma alcun segnale da cui evincere l'intenzione del legislatore di precludere al debitore insolvente l'accesso al concordato preventivo, il concordato avrebbe continuato a

²⁶⁰ Cass.civ. sez. I, ordinanza n.6978 del 11 marzo 2019.

²⁶¹ BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, agosto 2005.

²⁶² AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dai debiti: prime riflessioni*, in *Fallimento* 2005.

rappresentare uno strumento per evitare il fallimento anche per coloro che versassero in stato di decozione. Semplicemente, secondo questi ultimi, in virtù del nuovo art.160 l. fall. il concordato veniva a costituire un rimedio a disposizione persino di quegli imprenditori che, seppur già in crisi, si fossero attivati per prevenire l'insorgenza di una situazione di vera e propria insolvenza²⁶³.

Di conseguenza, come evidenziato da autorevole dottrina²⁶⁴, i concetti di "crisi" e di "insolvenza" venivano così a porsi rispettivamente in rapporto di *genus ad speciem*, dato che quest'ultima costituiva unicamente l'apice della crisi in cui versava l'imprenditore commerciale, ben potendo però il medesimo, pur divenuto insolvente, continuare a chiedere l'ammissione al concordato²⁶⁵.

Nella stessa prospettiva il legislatore ha poi aggiunto un secondo comma all'art. 160 l.fall. con cui ha precisato che per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza, così ponendo fine al citato dibattito²⁶⁶.

Ciononostante, continuava a non essere possibile tracciare una definizione di stato di crisi, dato che rimaneva escluso dall'intervenuta precisazione legislativa il caso in cui lo stato di crisi non si sovrapponeva all'insolvenza. Così si può sostenere²⁶⁷ che la situazione di mancanza di liquidità non rappresenti *tout court* un elemento indefettibile dello stato di crisi, poiché il malessere economico può manifestarsi anche diversamente, come per esempio emerge dalla constatazione della presenza di un forte squilibrio nei conti dell'impresa, anche se ancora non risultano evidenti i problemi di liquidità in quanto magari persiste l'accesso al credito bancario.

Se ne desume quindi che possa rientrare nel concetto di crisi anche la nozione di insufficienza patrimoniale *ex* art.2394 c.c., individuata dai più come una

²⁶³AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche* in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*. In ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019, pag. 47 e ss;

²⁶⁴ *Ibidem*.

²⁶⁵ PANZANI, *Il D.L.35/2005, la Legge 14 maggio 2005 n.80 e la riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005 p.7;

²⁶⁶PACCHI, *La riforma del concordato preventivo. Uno sguardo al passato*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di Pacchi, Milano, 2005.

²⁶⁷ AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli,IV, Torino, 2014.

situazione in cui l'attivo, rapportato ai debiti contratti dalla società, sia insufficiente al loro soddisfacimento.

Nell'attuale disciplina, secondo l'opinione della più accreditata dottrina, lo stato di crisi risulta dunque includere tanto l'insolvenza vera e propria quanto situazioni ad essa prodromiche, che insolvenza ancora non sono e che da questa si distinguono proprio sul piano del loro possibile superamento, sia pur attraverso provvedimenti straordinari di riorganizzazione e ristrutturazione del debito²⁶⁸.

Anche in giurisprudenza, successivamente alla novella, quanto alle definizioni di crisi ed insolvenza si assiste ad un allineamento nella stessa direzione della dottrina di cui sopra. Così, fra i primi, il Tribunale di Palermo²⁶⁹ ha ritenuto che, per l'ammissione al concordato preventivo, lo stato di crisi comprenda l'insolvenza, caratterizzata da quella situazione di fragilità economica e funzionale, non transitoria, per la quale l'imprenditore è impossibilitato a far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali a seguito della mancanza di liquidità e di credito necessari alla propria attività.

Lo stesso puntualizza inoltre come il suddetto stato possa anche consistere in situazioni di minore gravità, ma ugualmente idonee, in potenza, a sfociare nell'insolvenza.

Emerge tuttavia, da un punto di vista concreto, come il confine tra crisi ed insolvenza risulti alquanto sfumato e ricco di variabili. A seconda del lasso di tempo considerato ed in base al fatto che la prognosi sia riferita ad un termine breve o più lungo, come sottolineato da certa dottrina²⁷⁰, la crisi finanziaria può invero precludere o meno il ritorno alla normalità. Neanche l'elemento della reversibilità del dissesto occorre vada troppo enfatizzato, poiché la dinamicità che caratterizza l'attività di impresa deve considerare che valutazioni puramente aleatorie figurino scarsamente conciliabili con la *ratio* del sistema concorsuale, il

²⁶⁸ CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento in La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura AMBROSINI, Bologna, 2006, p.31; SANDULLI, Sub art.160, in *La riforma del diritto fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, II, Torino, 2006, p.983.

²⁶⁹ Affermata da Trib Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento* 2006, 570.

²⁷⁰ TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, in capienza patrimoniale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006.

quale prevede un irrigidimento delle singole fattispecie all'interno delle sue singole fattispecie normative.

Ne consegue che, come affermato da autorevole dottrina²⁷¹, qualora l'incapacità di adempiere presenti un connotato di sufficiente stabilità, l'impresa è insolvente, anche se la situazione di crisi possa ritenersi potenzialmente reversibile. D'altra parte, che il concetto di insolvenza ex art.5 l. fall. non fosse da considerare incompatibile "a priori" con il risanamento dell'impresa lo si deduceva anche dalla legge istitutiva dell'amministrazione straordinaria del 1979 riferita "alle grandi imprese in crisi", la quale, sebbene riguardasse soltanto gli imprenditori dichiarati insolventi dal Tribunale, valutava anche la possibilità di un piano di risanamento di cui all'art.27 secondo comma, lett.b) del D.Lgs. n.270/1999, il cui esito naturale è il ritorno *in bonis* del debitore.

A conferma dell'attitudine del legislatore ad utilizzare nozioni più allargate del tradizionale concetto di insolvenza (che viene perciò ad essere incluso in esse) vi è la definizione di "sovraindebitamento" contenuta nella L.27 gennaio 2012 n.3 novellata dal D.L.18 ottobre 2012 n.179, convertito, con modificazioni, nella Legge 17 dicembre 2012 n.221, in cui è stato individuato il presupposto oggettivo della procedura di composizione della crisi, appunto da sovraindebitamento.

Il concetto di sovraindebitamento viene qui espressamente definito dall'art.6 comma 2 come «una situazione di perdurante squilibrio tra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, che determina la rilevante difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni, ovvero la definitiva incapacità di adempierle regolarmente».

L'ampiezza di tale definizione che, accogliendo la possibilità di includere diverse manifestazioni prodromiche all'insolvenza vera e propria, denuncia la volontà del legislatore di anticiparne la tutela, protegge dunque sia il debitore *strictu sensu* insolvente sia il debitore che attraverso una crisi finanziaria non necessariamente irreversibile.

²⁷¹CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura di Ambrosini, Bologna, 2006.

Per completezza, accanto alla ricerca di individuazione giuridica del concetto di “crisi”, occorre precisare come anche in ambito economico la stessa risulti di difficile definizione.

Su tale versante spesso la situazione di crisi è conseguenza di problemi di carattere finanziario, i quali a loro volta nascondono altre, più profonde, difficoltà. Così se la crisi è esclusivamente finanziaria perché determinata da uno squilibrio tra la struttura degli investimenti e quella dei finanziamenti, essa necessita, per il suo superamento, di un “consolidamento” del debito contemporaneamente alla sua riduzione, possibilmente tramite misure di ricapitalizzazione e, strategicamente, attraverso l’assiduo controllo dell’attività dell’imprenditore.

Qualora invece, come più facilmente capita, la crisi si manifesti anche sul piano patrimoniale, per il suo superamento occorreranno interventi maggiormente incisivi nell’organizzazione aziendale e nell’ambito propriamente patrimoniale e finanziario dell’impresa.

Quando invece la crisi assuma carattere strutturale (determinato dalla perdita di competitività unitamente alla sofferenza del settore merceologico di riferimento), il supporto fornito dagli accordi per la ristrutturazione dei debiti e dal concordato preventivo può rappresentare un valido salvagente, poiché oltre a contenere improrogabili misure patrimoniali e finanziarie può anche prevedere la revisione delle strategie e dei processi aziendali volte ad un miglioramento della gestione aziendale.

1.2. La nozione di insolvenza secondo la giurisprudenza di legittimità

Negli anni più recenti la Corte di Cassazione, guardando principalmente agli inadempimenti del debitore ed al rapporto sussistente tra attivo e passivo, ha chiarito la differenza tra inadempimento ed insolvenza da un punto di vista ontologico, in quanto ha precisato, (condividendo l’impostazione dottrinale), come l’insolvenza non indichi un fatto e cioè un avvenimento puntuale, ma uno stato, ovvero una situazione dotata di un certo grado di stabilità e caratterizzata

dalla inidoneità del debitore all'adempimento delle proprie obbligazioni²⁷². Quindi, poiché l'inadempimento si connota unicamente come fatto esteriore, per meglio dire rappresentando quest'ultimo il fatto esteriore più importante (infatti l'unico espressamente citato nell'art.5 l. fall.) attraverso di esso ben può manifestarsi l'insolvenza, anche qualora si tratti di un solo debito, come puntualizzato dalla sentenza n.19611 del 30 settembre 2004²⁷³.

Pertanto, ai fini della dichiarazione di fallimento, rappresentano indizi dell'insolvenza quegli elementi sintomatici da cui si evince lo stato di impotenza funzionale e non transitoria dell'impresa a soddisfare le proprie obbligazioni²⁷⁴.

Con riferimento al profilo dello squilibrio tra attivo e passivo la giurisprudenza di legittimità, ai fini della verifica dello stato di insolvenza dell'imprenditore commerciale, richiede parimenti la presenza di una situazione strutturale d'impotenza a soddisfare regolarmente, con mezzi ordinari, le proprie obbligazioni, emergente a seguito di una valutazione complessiva in cui il passivo sia nettamente prevalente sull'attivo. Infatti l'eventuale eccedenza del passivo sull'attivo costituisce, nella maggior parte dei casi, proprio uno dei tipici "fatti esteriori" che, a norma dell'art. 5 l.fall., sono spia dell'impotenza dell'imprenditore a soddisfare le obbligazioni di cui sopra²⁷⁵.

Occorre però rammentare come la semplice preponderanza del passivo sull'attivo non rappresenti, di per sé, l'assoggettabilità a fallimento, in quanto il passivo può superare l'attivo anche senza che vi sia insolvenza qualora l'imprenditore meriti ancora fiducia e riesca a procurarsi i mezzi finanziari. Parimenti, l'aver adempiuto

²⁷² *Ex multiis*, Cass, Civ, Sez I, 20 novembre 2018, n.29913, in *Dejure.it*

²⁷³ Cass. Civ, Sez I, sentenza n.19611 del 30 settembre 2004 «Lo stato di insolvenza dell'impresa, che esso presuppone, da intendersi come situazione irreversibile e non già mera temporanea possibilità di regolare adempimento delle obbligazioni assunte, legittimamente può essere desunto, nel contesto dei vari elementi, anche dal mancato pagamento di un solo debito».

²⁷⁴ Cass.civ. sez. I, ordinanza n.6978 del 11 marzo 2019 "ai fini della dichiarazione di fallimento, costituiscono indizi esteriori dell'insolvenza gli elementi sintomatici che esprimono lo stato di impotenza funzionale e non transitoria dell'impresa a soddisfare le proprie obbligazioni, secondo una tipicità desumibile dai dati dell'esperienza economica, rivelatrice dell'incapacità di produrre beni o servizi con margine di redditività da destinare alla copertura delle esigenze dell'impresa medesima (prima fra tutte l'estinzione dei debiti) nonché dell'impossibilità di ricorrere al credito a condizioni normali, senza rovinose compromissioni del patrimonio"

²⁷⁵ Cass. Civ, Sez I, 1 dicembre 2005 n.26217, in *Fallimento*, 2006 p.965.

ad obbligazioni scadute non consente di escludere *ex se* lo stato di insolvenza in quanto, anche senza insoluti, l'impresa potrebbe lo stesso trovarsi in una situazione strutturale propensa, in una prospettiva temporale di breve periodo, alla definitiva impossibilità di adempiere²⁷⁶. La regolarità dei pagamenti invero deve essere rapportata a tutte le obbligazioni dell'imprenditore indipendentemente dal termine per la loro esigibilità, con una valutazione prognostica da parte del tribunale che tenga conto delle capacità dell'impresa di rimanere sul mercato e ciò in quanto quest'ultimo non è chiamato a verificare che il debitore disponga delle risorse per far fronte alle obbligazioni esigibili alla data deposito del ricorso per la presentazione del fallimento, ma piuttosto ad accertare la capacità dell'impresa di rimanere sul mercato, il che non può in alcun modo prescindere da una valutazione di carattere prognostico²⁷⁷.

Per far fronte ai propri debiti, inoltre, lo stesso squilibrio, pur rappresentando uno dei possibili indici dell'insolvenza, deve pur sempre essere inserito nella realtà dell'impresa, per cui occorre ugualmente considerare, in un'ottica di breve periodo e di ragionevole certezza, se lo squilibrio possa essere superato dalla prospettiva di un favorevole andamento futuro degli affari o da eventuali ricapitalizzazioni dell'impresa²⁷⁸.

1.3 Il dibattito sull'insolvenza prospettica

Da quanto sopra detto deriva la necessità di approfondire il concetto di insolvenza prospettica, ossia dell'insolvenza rapportata alla previsione temporale in cui la stessa viene accertata.

In altri termini occorre domandarsi se l'apertura di una procedura concorsuale presupponga l'esistenza di una manifestazione attuale dell'incapacità patrimoniale dell'imprenditore oppure se il fallimento possa essere dichiarato ugualmente sulla

²⁷⁶TERENGI, *Crisi d'impresa e insolvenza*, in *Il fallimentarista*, luglio 2020;

²⁷⁷AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019.

²⁷⁸Cass. 9 marzo 2004 n.4727 in Riv. Dott. Comm. 2004, 1148

base di un giudizio prognostico riguardo all'imminente evoluzione economica e finanziaria dell'impresa²⁷⁹.

Quest'ultima tesi è andata via via sempre più affermandosi in dottrina, ove si ritiene che la definitiva incapacità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni debba essere posta al centro della sua specifica situazione complessiva, dinamicamente considerata. Non risulta quindi fondamentale individuare esattamente quando si manifestino gli inadempimenti in quanto l'imprenditore potrebbe essere ritenuto insolvente anche prima, a patto che questi ultimi si connotino oggettivamente come seri e motivati²⁸⁰.

Ne consegue, secondo il parere di autorevole dottrina²⁸¹, che l'organo giudicante dovrebbe recepire il suddetto orientamento al fine di ampliare il proprio orizzonte temporale di indagine, così da far emergere, nel contesto esaminato, la complessiva capacità di adempiere del debitore e non soltanto i singoli insoluti²⁸². Pertanto appare possibile ritenere che il tribunale possa pronunciarsi dichiarando l'insolvenza dell'imprenditore commerciale il quale, seppur abbia onorato i debiti diventati esigibili, nel prossimo futuro sia, sulla scorta di un giudizio prognostico di continuità aziendale (*going concern*), incapace di adempiere alle obbligazioni precedentemente assunte. Così ragionando viene anticipato l'aggravamento del dissesto che si verificherebbe ove l'apertura della procedura concorsuale fosse ritardata al momento dell'effettivo verificarsi degli insoluti. Lo stesso organo giudicante, per contro, qualora ritenga possibile, sulla scorta di una valutazione prospettica, che l'imprenditore possa ancora evitare di incorrere in una situazione

²⁷⁹INZITARI, *Crisi, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir. Fall.*, marzo 2020.

²⁸⁰PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008.

²⁸¹AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali*. In ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019, «L'angolazione dell'indagine del tribunale è destinata a rivelarsi ben più estesa rispetto a quella sottesa alla semplice ricerca dell'emersione di uno po' più di insoluti, dovendo l'attività del giudice tradursi nella valutazione della complessiva capacità solutoria del debitore; il che postula necessariamente, un significativo ampliamento dell'orizzonte temporale dell'accertamento».

²⁸²Trib Reggio Calabria, 4 marzo 2007, in *Guida al diritto*, 2007, 46 p.80.

strutturale di inidoneità alla permanenza sul mercato, ne deve escludere l'insolvenza.

In tal senso è andata orientandosi la giurisprudenza, la quale, nello spostare la valutazione dalla situazione attuale dell'imprenditore alla previsione della sua verosimile evoluzione, utilizza proprio lo strumento del giudizio prognostico.

A riguardo può essere considerata paradigmatica la sentenza pronunciata, già nell'anno 2008, dal Tribunale di Roma²⁸³, con cui venne dichiarata l'insolvenza di Alitalia sulla scorta di un giudizio esplicitamente prognostico per il quale, a fronte dei ridotti strumenti finanziari, tenuto conto della stringente crisi economica e del prezzo raggiunto dal petrolio, non sarebbe stato possibile in termini previsionali prospettare alcun miglioramento in favore della citata società.

Successivamente anche la sentenza n. 2993 del 20.11.2018 pronunciata dalla Corte di Cassazione, citata nel precedente paragrafo riguardo la definizione del concetto di insolvenza, ha offerto sul punto un'interpretazione orientata a collocare l'impresa nel suo aspetto dinamico, ponendo in secondo piano l'individuazione dell'esatto momento in cui risulti evidente l'impossibilità di adempiere²⁸⁴.

Di recente, poi, merita ricordare la sentenza del Tribunale di Milano con cui la rilevanza dell'insolvenza prospettica viene rimarcata attraverso argomentazioni innovative, dalle quali si desume il recepimento delle disposizioni del nuovo Codice della crisi. Tramite queste ultime, infatti, il Tribunale ha respinto l'istanza di fallimento non soltanto "per carenza di insolvenza attuale" (non sussistendo alcun inadempimento né altri fatti esteriori) ma anche per carenza "di insolvenza a

²⁸³ Trib. Roma, n.287, 5 settembre 2008.

²⁸⁴ Cass. Civ., Sez. I, n.2993, 20 novembre 2018 per la quale l'insolvenza deve essere considerata «dinamicamente, in relazione cioè al complesso delle operazioni economiche ascrivibili all'impresa :dunque a un elemento legato non all'incapienza in sé del patrimonio dell'imprenditore ma a una vera impotenza patrimoniale definitiva e irreversibile...l'incapacità dell'impresa di produrre risorse necessarie a fronteggiare il proprio indebitamento risponde a una nozione economico-aziendalistica dell'insolvenza, più che alla nozione giuridicamente rilevante ai fini dell'art 5 l. fall. Invero, sul piano giuridico, l'insolvenza -presupposto oggettivo per l'assoggettamento dell'impresa al fallimento – deve essere valutata sulla base di un preciso quadro normativo, che direttamente discende dalla previsione di legge».

breve”, tramite lo svolgimento di un ragionamento in proiezione con il quale tiene conto dello sviluppo economico e finanziario dell’impresa²⁸⁵.

Se ne ricava in conclusione che i concetti di inadempimento ed insolvenza sono tra loro distinti e non debbono pertanto farsi in alcun modo coincidere. Il primo infatti, lo si ripete, non è altro che uno dei possibili sintomi della più vasta situazione enucleata dalla norma dell’art. 5 l.fall., con la conseguenza che l’insolvenza ben può manifestarsi anche senza inadempimento. Ne consegue che la procedura concorsuale può aprirsi ogni volta che l’incapacità patrimoniale sia anche solo prossima a manifestarsi, rilevando non il tempo effettivamente intercorrente tra l’accertamento dell’insolvenza dall’emersione dell’incapacità patrimoniale attraverso il futuro inadempimento, quanto il grado di certezza dell’esito fallimentare dell’attività di impresa.

1.4 I concetti di crisi e insolvenza nel Codice della Crisi

Il D. Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 istitutivo del Codice della Crisi di Impresa e dell’Insolvenza, ha finalmente definito il concetto di crisi all’art.2 come “*stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l’insolvenza del debitore*” il quale per le imprese si manifesta «*come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*». Tale articolo viene completato dall’art. 13 CCII con l’enucleazione degli indicatori di allerta, i quali proprio dalla crisi traggono il loro presupposto oggettivo dato che, stigmatizzando «*gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario*», ne forniscono i riferimenti per individuare le soglie di rilevanza.

Con il D.Lgs. 26 ottobre 2020 n. 147 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 276 del 5 novembre 2020 recante le disposizioni integrative e correttive del D. Lgs. 12 gennaio 2019 n. 14 a norma dell’art. 1 comma 1 della Legge 8 marzo 2019 n. 20 vengono successivamente introdotte alcune modifiche sia al testo dell’anzi citato art. 2, comma 1 CCII nonché a quello dell’art. 13 CCII. Per quanto qui interessa,

²⁸⁵ Trib. Milano 3 ottobre 2019 in Crisi d’Impresa e Insolvenza, 12 novembre 2019, a cura di Riccardo DELLA SANTINA.

la nozione di crisi viene rimodulata sulla base delle nozioni della scienza aziendalistica e così “lo stato di difficoltà” prima enunciato viene ora sostituito dal concetto di «squilibrio economico-finanziario» che rende probabile l’insolvenza del debitore.

Preliminarmente occorre ancora precisare che lo Schema del decreto²⁸⁶ correttivo del nuovo Codice, nel definire la nozione di crisi non come un’insolvenza in atto ma quale pericolo di futura insolvenza, attribuisca alla suddetta definizione “una finalità meramente esplicativa e di sintesi”, lasciando quindi spazio all’interpretazione del nuovo dettato legislativo. Analizzando ora la norma dell’articolo 2, si osserva come i concetti di insolvenza e sovraindebitamento restino invariati rispetto alla loro esplicitazione nell’art 5 l.fall. La prima continua infatti a consistere nello stato del debitore che, tramite inadempimenti o altri fatti esteriori, attesti la propria incapacità a far fronte regolarmente alle obbligazioni assunte. L’utilizzo dell’avverbio “regolarmente” stigmatizza proprio il comportamento del debitore, che per essere considerato solvente, deve poter adempiere le proprie obbligazioni integralmente, tempestivamente e con mezzi normali. L’insolvenza continua dunque ad identificarsi nella particolare situazione di squilibrio finanziario associata alla illiquidità del patrimonio. Per verificarne la sussistenza, resta dunque fondamentale la capacità dell’impresa di accedere al credito: se l’imprenditore attraverso dilazioni di pagamento accordate dai fornitori od altre forme di finanziamento, riesce a mantenere viva la fiducia del mercato, non versa in stato di insolvenza. Inoltre l’insolvenza, come precisa la definizione attraverso l’utilizzo dell’avverbio “più”, deve connotarsi come uno stato stabile e non transitorio, potendo comunque essere ugualmente dichiarata in esito al già riferito giudizio prognostico riguardante la condizione in cui l’impresa verserà in futuro, considerando le obbligazioni esistenti e non ancora scadute (così Cassazione 10.6.2019 n.15572). E’ dunque possibile dichiarare il fallimento di un imprenditore ancora adempiente alle obbligazioni esigibili ma che risulta incapace di ottemperare agli impegni che scadranno in futuro, realizzando così una

²⁸⁶ Schema di decreto correttivo del Codice della crisi, <https://www.senato.it PDF>.

vantaggiosa prevenzione dall'aggravamento del dissesto che si realizzerebbe allorché l'apertura della procedura concorsuale venisse ritardata sino all'effettivo manifestarsi dello stato di insolvenza.

La figura dell'insolvenza c.d. prospettica, di derivazione dottrinale-giurisprudenziale, come anzi analizzata assume ora, nel nuovo CCII, per la sua capacità di anticipare il dissesto, una posizione ancora più giustificata. La definizione di sovraindebitamento riflette la nozione dell'istituto utilizzata nell'uso comune e nel contesto dell'Unione a proposito dello stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle *start up* innovative ex legge 221 del 17 dicembre 2012 e di qualsivoglia altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale o a liquidazione coatta amministrativa o alle altre procedure liquidatorie contemplate dal codice della crisi o dalle leggi speciali in caso di crisi d'insolvenza. La novità dell'art.2 risiede pertanto nella nozione di crisi, che nella precedente disciplina era esclusivamente richiamata allo scopo di individuare il requisito oggettivo per accedere al concordato preventivo ed ora invece assume una sua autonoma connotazione concettuale, nel definito squilibrio economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore. Con riferimento alle imprese, esso si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate. Tale seconda parte, secondo le osservazioni di certa dottrina²⁸⁷ potrebbe peraltro prestarsi a difficoltà interpretative, laddove «*l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*» (per almeno i sei mesi successivi) appaia l'elaborazione, sempre in chiave aziendalistica, della definizione secondo cui è insolvente l'imprenditore che «non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni». In altri termini, potrebbe sembrare che la nuova nozione di crisi non individui un vero e proprio momento precedente all'insolvenza. Secondo l'autore citato parrebbe forse possibile uscire dall'*empasse* svolgendo il

²⁸⁷FRUSCIONE, *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la "Twilight zone" e lo "stato di crisi"*, in www.ilcaso.it, luglio 2020.

seguinte ragionamento: è vero che “l’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni” (presupposto della crisi) è molto simile alla possibilità di adempimento regolare (presupposto dell’insolvenza) ma è altresì vero che se la nuova definizione di crisi parla di “probabilità dell’insolvenza”, dimostra di intendere crisi ed insolvenza come due concetti differenti. L’*intentio legislatoris* appare allora salvaguardata operando il seguente distinguo: quando l’impossibilità di adempiere appare solo probabile, l’impresa si trova in stato di crisi, quando invece l’impossibilità di adempiere risulta certa, l’impresa si trova in stato di insolvenza.

Merita ancora riportare l’opinione di autorevole dottrina²⁸⁸ che, partendo dalla considerazione dell’intervenuto recepimento da parte del Codice della crisi della Direttiva UE n.2019/1023, rileva come eventuali dubbi interpretativi debbano essere sciolti in linea con il dettato europeo. A giudizio dell’autore sarebbe quindi possibile ipotizzare una netta separazione tra crisi ed insolvenza, con la conseguenza di impedire l’accesso alle misure di allerta per le imprese già insolventi. Certa dottrina, sull’argomento, ha tuttavia obiettato come, muovendo dalle indicazioni dell’Unione ed attenendosi rigorosamente alla definizione dell’articolo 2 CCII deriverebbe che la composizione stragiudiziale della crisi, in quanto diretta ad evitare l’insolvenza, sarebbe preclusa in caso di insolvenza manifesta. Inoltre tale interpretazione restrittiva limiterebbe la portata innovativa della riforma. Pertanto occorre, secondo l’Autore, mitigarne i riflessi attraverso la considerazione che tutte le situazioni di difficoltà risolubili con interventi diversi dalla liquidazione giudiziale possono essere considerate come situazioni di crisi, mentre l’insolvenza sarebbe quella situazione di impossibilità a far fronte alle obbligazioni risolubile unicamente con la liquidazione giudiziale.

²⁸⁸ RANALLI, *Le Misure di allerta, Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all’OCRI*, Milano, 2019.

2. La *twilight zone*: una fase di crisi atipica

La *twilight zone* è la zona crepuscolare della vita dell'impresa, una sorta di anticamera della crisi non espressamente disciplinata dall'ordinamento. Essa si verifica allorché il gestore sia posto dinnanzi al dubbio su quale operazione di salvataggio attivare poiché non riesce a prospettarne preliminarmente l'esito e poiché ancora, in fondo, non è in difficoltà conclamate. Il suddetto vuoto normativo dovrebbe essere colmato dalla nuova definizione di crisi e dalle misure di allerta del CCII, ma in realtà queste non sembrano sufficienti a collegare il diritto societario ("il giorno" dell'impresa) con il diritto fallimentare (la "notte" dell'impresa).

La succitata espressione, di derivazione statunitense, viene più propriamente utilizzata dalla dottrina per inquadrare quell'area economico-temporale antecedente ad una situazione di crisi in senso tecnico, caratterizzata da uno stadio prodromico sospeso tra il rischio di insolvenza e le prospettive di risanamento. La "pre-crisi" è quindi caratterizzata da tensione finanziaria, segnali di difficoltà e aggravamento degli indici di rischio²⁸⁹. Con riferimento all'ordinamento italiano si può ritenere che la pre-crisi e lo stato di crisi di cui all'art 160 l.fall. si distinguano in quanto nella fase di pre crisi non appare ancora compromessa la fiducia del mercato verso l'impresa e pertanto quest'ultima può ancora accedere al credito²⁹⁰; nella seconda fase invece il pericolo dell'insolvenza è talmente concreto che non sono prevedibili finanziamenti esterni per evitarlo.

Quindi si può dire che la *twilight zone* non si riveli attraverso segni particolari ravvisabili dall'esterno dell'impresa; potrebbe infatti anche non esserci uno squilibrio patrimoniale e neppure una situazione di illiquidità che non consenta la prosecuzione dell'attività²⁹¹.

²⁸⁹ MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di far fronte te alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista di diritto societario*, 2011,4, 820 e ss.

²⁹⁰ STRAMPELLI, *Capitale Sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Rivista delle società*, 2012.

²⁹¹ MONTALENTI, *La gestione dell'impresa di far fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista di diritto societario*, 2011, 4 p.821 e ss.

La *twilight zone* corrisponde dunque, secondo la suddivisione temporale data dalla scienza aziendalistica, alla cosiddetta fase del declino, caratterizzata dal momento in cui l'azienda passa dalla fase fisiologica a quella patologica. Il "declino" è poi ulteriormente suddivisibile nei due stadi della "incubazione", in cui sono ravvisabili i primi segni di squilibri e inefficienze dell'impresa quali l'aumento del debito, la riduzione della produttività e delle vendite ed una iniziale diminuzione della capacità reddituale e della "maturazione", in cui si aggravano i sintomi dell'incubazione con conseguente ingente riduzione dei flussi di cassa²⁹². Nella fase di declino può succedere che l'impresa registri perdite di valore ma non ancora perdite di esercizio, in quanto i flussi economici possono rimanere positivi ancorché si sia realizzato un progressivo decremento della redditività²⁹³.

Se non si interviene tempestivamente la fase di declino può tuttavia tramutarsi nella fase di crisi, con gravi ripercussioni delle perdite sui flussi finanziari (primo stadio), da cui consegue la perdita di affidabilità dell'impresa e la perdita di fiducia degli *stakeholders* con difficoltà di accesso a nuovo credito (secondo stadio).

In ambito giurisprudenziale i suesposti concetti sono stati positivamente recepiti, come ben dimostra la sentenza del Tribunale di Milano del 3.10.2019 nella quale il Giudice, chiamato a pronunciarsi sulla domanda di dichiarazione di fallimento proposta dai creditori di una spa, si esprime in senso negativo riguardo alla sussistenza dello stato di insolvenza, anche prospettica, sulla base della considerazione che l'impresa, godendo ancora della fiducia del mercato, si trovasse in una zona grigia, in un momento in cui la crisi è solo intrinseca e come fatto esterno non si manifesti ancora con inadempimenti o altri fatti esteriori.

La difficoltà maggiore della *twilight zone* resta ciononostante quella di individuarne la disciplina applicabile, dato che essa non pertiene propriamente né al diritto societario né a quello fallimentare e quindi occorre cercare di ritrovarla attraverso l'analisi di quegli istituti che, in qualche modo, le si possono attribuire.

²⁹² GUADRI, TURNARAUND: *Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995.

²⁹³ ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della Twilight zone*, in *Fall.*, 2019;

In quest'ottica è possibile guardare al piano di risanamento attestato disciplinato dall'art. 67 c.3 lett d) della Legge Fallimentare, l'utilizzo del quale infatti non richiede una crisi particolarmente qualificata. Per comune orientamento giurisprudenziale il piano di risanamento *ex art. 67* non è infatti una procedura concorsuale.

Il piano di risanamento attestato si configura perciò come strumento extragiudiziale per affrontare la crisi, pubblicabile solo su richiesta del debitore e dunque caratterizzato dalla riservatezza del suo contenuto.

E' inoltre uno strumento puramente interno all'impresa che tuttavia non impedisce la possibilità del suo utilizzo anche quando l'impresa versi in condizioni di insolvenza purché reversibile; la sua efficacia resta tuttavia condizionata all'attuazione tempestiva che ne venga data, ossia quando la crisi, ancora agli albori, appaia gestibile dallo stesso imprenditore.

Anche i creditori, nonostante il suddetto tratto distintivo, prendono parte al piano: agli stessi (o ad alcuni di essi) viene infatti di norma richiesto un accordo per poter realizzare la ristrutturazione del debito²⁹⁴. Nonostante tale istituto sia strumentale alla risoluzione della crisi d'impresa, la sua rilevanza sotto il profilo giuridico emerge unicamente dal punto di vista delle conseguenze negative, ossia quando lo stesso non sia riuscito ad evitare l'aggravamento della crisi e si apra il fallimento.

L'effetto principale che ne deriva è comunque lo stesso apprezzabile, poiché consiste nell'esenzione dall'azione revocatoria per gli atti posti in essere in esecuzione del piano (art.67 L.F.) e nell'esenzione dei reati di bancarotta semplice e cd preferenziale (art.217 – *bis* L.Fall)

Tale strumento caratterizzandosi come anzi esposto per l'elasticità del suo contenuto, per la riservatezza e la rapidità di adozione, pare rappresentare lo strumento più adeguato per intervenire al manifestarsi dei primi segnali di declino, quando si apra la *twiligh zone*²⁹⁵ e sarà tanto più efficace quanto venga abbinato

²⁹⁴ Così Cass., n.1895 in *Foro Italiano*,2018, I, 1275

²⁹⁵MONTALENTI, *Gestione dell'impresa di fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista di diritto societario*, 2011, 4, p.822 e ss.

alle norme di diritto societario sulla predisposizione di assetti organizzativi e sistemi di controllo idonei a recepire i segnali premonitori della decadenza.

Tuttavia occorre ora mettere in evidenza come, con il nuovo Codice della Crisi, la descritta individuazione della *twilight zone* si trasformi. Infatti all'art. 56 il CCII contempla espressamente i presupposti dello "stato di crisi" o dello "stato di insolvenza" ai fini dell'adozione del piano di risanamento, con ciò dando ancora ulteriore dimostrazione della compatibilità dello stato di insolvenza con la prospettiva della ripresa nell'ottica della continuità aziendale, come proprio esplicitato nella relazione illustrativa al Codice. Inoltre lo stesso prevede che il piano sia "rivolto ai creditori". Questa precisazione, correlata alla denominazione dell'articolo "accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento", potrebbe dare adito all'interpretazione, ai fini della efficacia del piano, della necessità di una sua soluzione negoziale.

Tuttavia dalla lettera della norma per la quale il piano è "rivolto" e non "proposto" ai creditori, è altresì possibile evincere che esso abbia natura di atto unilaterale. Così ragionando, il piano rappresenterebbe un *prius* rispetto ai successivi contratti conclusi con i creditori.

In tale senso sembrerebbe andare anche la dizione della rubrica "accordi in esecuzione di piani attestati", con la quale l'istituto si presenterebbe come una fattispecie a formazione progressiva, in cui si succedono il piano con la attestazione e quindi gli accordi "esecutivi" con i creditori.

La novità apportata dal Codice della Crisi sarebbe dunque da ritrovarsi nei più articolati requisiti richiesti per l'applicazione del *favor* posto dalla norma, ossia nell'esenzione dall'azione revocatoria (art.166 c.3 lett.d CCII) e dai reati di bancarotta semplice e preferenziale (art 234 CCII). Mentre nel sistema della Legge fallimentare infatti, il piano, dopo che veniva attestato, poteva ricevere i suddetti vantaggi indipendentemente da eventuali accordi con i creditori, nel Nuovo Codice della Crisi sembrerebbe che lo stesso debba essere seguito dagli accordi.

Solo la realizzazione dell'intera fattispecie a formazione progressiva comporterebbe l'applicazione delle esenzioni.

Tuttavia, analizzando il dato strettamente letterale, la conferma di quanto sopra si ha unicamente riguardo all'esenzione dai reati di bancarotta e non necessariamente all'esenzione dall'azione revocatoria, come si evince dal tenore dell'art.324 CCII per il quale i suddetti reati "*non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione...degli accordi in esecuzione del piano attestato*". La ripetizione della locuzione "in esecuzione" è chiara nel senso che il piano attestato, da solo, non scrimina. La conferma di questo ragionamento è data anche dalla formulazione dell'art.217 *bis* Legge fallimentare, per il quale è riconosciuta l'esenzione dai suddetti reati "ai pagamenti e alle operazioni compiute in esecuzione del piano di cui all'art.67, terzo comma, lettera d", e non ai pagamenti e alle operazioni compiuti "in esecuzione degli accordi in esecuzione."

Circa l'esenzione dalla revocatoria, l'art.166 c.3 lett.d) CCII ha mantenuto un dettato simile a quello dell'art 67 c.3 lett d) l.fall. e dunque non sono soggetti a revocatoria "*gli atti, i pagamenti effettuati e le garanzie concesse sui beni del debitore posti in essere in esecuzione del piano attestato*" ove , in assenza dell'espressione "in esecuzione degli accordi in esecuzione..." si avrebbe titolo a ritenere che anche atti (ad esempio il pagamento di un debito in scadenza) contemplati nel piano ma non rinegoziati con i creditori, possano rientrare nell'esenzione dalla revocatoria.

La tesi sopra esposta pare tuttavia avere meno seguito rispetto a quella per la quale la necessaria negoziabilità sarebbe più conforme all' attuale intenzione del legislatore, in quanto la nuova disciplina pone al centro "gli accordi in esecuzione". Comunque, anche in questo secondo caso, la caratteristica della riservatezza resterebbe salvaguardata, in quanto sia la pubblicazione nel registro delle imprese resta facoltativa e sia l'art. 56 CCII non precisa né che il piano sia rivolto a tutti i creditori né ad una determinata percentuale di essi, diversamente da quanto postulato al successivo art. 57 CCII in materia di accordi di

ristrutturazione. Infatti l'art. 56. lett d) precisando che il piano deve indicare “i creditori e l'ammontare dei crediti dei quali si propone la rinegoziazione e lo stato delle eventuali trattative”, lascia intendere che non partecipino tutti i creditori.

Il piano di risanamento, una volta formulato dall'imprenditore ed accolto dai creditori, costituisce la base dei successivi “accordi di ristrutturazione dei debiti” per i quali, *ex art. 57 CCII*, occorre la presenza di creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. Tale articolo, infatti, richiede, al primo comma, gli stessi presupposti dell'art. 56 CCII (ossia stato di crisi e insolvenza) ed afferma al secondo comma che “*il piano deve essere redatto secondo le modalità dell'art.56.*”. La differenza tra i due istituti si coglierebbe nel fatto che per gli accordi di ristrutturazione sia richiesta, oltre al piano ed all'accordo con i creditori, anche una maggioranza qualificata e, soprattutto, l'omologazione ai sensi dell'art. 44 CCII. Un'ulteriore differenza, infine, riguarderebbe l'estensione dell'esenzione dall'azione revocatoria: per il piano di risanamento l'esenzione si riferisce agli atti compiuti in sua esecuzione e in esso indicati (art.166 c.2 lett.d CCII), per l'accordo di ristrutturazione l'esenzione si riferisce anche agli atti posti in essere a seguito del deposito della domanda di accesso (art.166 c.2 lett.e, CCII).

3. Le modalità di accertamento della crisi: tre approcci individuati

È possibile individuare tre approcci per l'accertamento della crisi, ciascuno dei quali evidenzia delle potenzialità e delle criticità, e per questo motivo solo se si considerano nel loro insieme ne permettono un compiuto apprezzamento²⁹⁶. Tali metodologie sono: l'approccio esterno, l'approccio interno-consuntivo, l'approccio interno-previsionale.²⁹⁷

L'approccio esterno è definito dalle risultanze dei progressivi inadempimenti posti in essere dall'impresa, i cui effetti si ripercuotono sulla sfera economica dei terzi

²⁹⁶QUAGLI-PANIZZA, *Il sistema di allerta in Crisi d'Impresa e insolvenza*, maggio 2019, p.1 e ss.

²⁹⁷ *Ibidem*

creditori, i quali pertanto, in quanto soggetti esterni all'impresa, possono monitorarne la crisi dal di fuori, con una visione oggettiva.

Si può dunque dire che, sia l'evoluzione dei ritardi nei pagamenti dai fornitori meno importanti a quelli strategici ormai giunta a livello di contenzioso, sia il mancato versamento delle ritenute previdenziali ed erariali, costituiscano lo specchio esterno dell'innalzamento del livello di difficoltà finanziaria dell'imprenditore. Qualora poi tali difficoltà vengano avvertite dai finanziatori (*in primis* dalle banche), si verificherà, quale immediato effetto, la richiesta di riduzione o revoca dei fidi concessi e il rientro dei finanziamenti accordati da parte di questi ultimi, mentre i creditori daranno luogo alle azioni esecutive e saranno bloccate le forniture essenziali. Dalla progressione dei suddetti comportamenti risulta evidente il manifestarsi della crisi anche se, da un punto di vista critico, l'approccio in esame potrebbe essere considerato tardivo in quanto stigmatizza la situazione di crisi quando è già giunta allo stadio di insolvenza.

L'approccio interno-consuntivo individua invece la crisi in base alla gravità della situazione interna, così come emerge dall'elaborazione degli indici economico-finanziari e dal saldo contabile dell'azienda, risultante quest'ultimo dai consuntivi infrannuali pubblicati nel bilancio. Più in particolare possono essere utilizzati come riferimento sia indicatori statici patrimoniali come ad esempio i rapporti di indebitamento o i rapporti tra attività e passività correnti, sia indicatori di flusso economico (andamento dei ricavi, dei margini operativi, ecc) e/o finanziario quale il flusso di cassa prodotto dalla gestione operativa reddituale, sia, infine, combinazioni dei predetti indici.

Il vantaggio rappresentato dall'approccio interno risiede nella sua caratteristica prevalentemente quantitativa che, servendosi dei saldi contabili, individua soglie numeriche degli indicatori oltre le quali l'impresa è in crisi. Si aggiunga che, tramite la pubblicazione dei bilanci, la crisi risulta in tal modo verificabile anche dall'esterno. Si riscontrano tuttavia due limiti:

- l'individuazione dei valori-soglia degli indicatori deve emergere dal confronto contestuale con altre aziende che svolgano la medesima attività

ed occupino il medesimo settore di appartenenza e ambito geografico di operatività e dimensione. Occorrerebbe quindi predisporre dei data-base in grado di individuare i campioni di confronto;

- la natura consuntiva degli elementi contabili, finché si basa esclusivamente su dati patrimoniali ed economici dell'azienda di riferimento, risulta condizionabile da criteri di valutazione soggettivi e quindi non è possibile comprenderne le prospettive gestionali, l'esito degli investimenti in corso, le riserve di indebitamento, ossia tutti gli indicatori della probabilità di futura insolvenza.

Con riguardo a tale limite, utilizzando gli indici di bilancio, sono stati elaborati dei modelli di previsione delle insolvenze. Essi, tramite operazioni di funzioni, individuano un certo valore *Z* che, paragonando i valori soglia di imprese *in bonis* e imprese insolventi, permette di capire a quale delle due tipologie si avvicini di più la realtà aziendale in esame. Tuttavia resta ferma la considerazione che, i suddetti modelli di previsione, possono soltanto concorrere a formare degli indizi di crisi, in quanto da essi non è ricavabile un giudizio di probabilità di insolvenza ma esclusivamente la somiglianza dell'impresa in esame con il campione di imprese insolventi utilizzato per individuare il suddetto valore *Z*.

Infine, vi è l'approccio interno – previsionale che individua la crisi nuovamente sulla base di un elemento interno all'impresa, quello dei piani economico-finanziari che, diversamente dall'approccio precedente basato sui consuntivi, viene elaborato dall'imprenditore con riguardo al futuro dell'impresa, in quanto tali piani ne espongono il futuro sviluppo gestionale.

Or dunque, quest'ultimo approccio, partendo *ex art. 2 CCII* dalla considerazione della crisi in termini di probabilità di (futura) insolvenza, pare essere quello più logico, poiché analizza l'impresa dal punto di vista del futuro assetto gestionale, ossia guardando al momento successivo dell'eventuale insolvenza.

Tuttavia anch'esso, non diversamente dagli approcci prima considerati, presenta dei profili di criticità che si possono così riassumere:

- la pianificazione finanziaria è in fondo attualmente poco diffusa, dato che le imprese, nella maggior part dei casi, sviluppano unicamente bilanci di previsione economici non anche finanziari e per di più di breve periodo;
- i piani presentati dall'impresa possono essere inattendibili, in quanto restano pur sempre il frutto di una valutazione, seppur *ex ante*, "di parte".

Ciononostante, se si guarda alla definizione di crisi data dal nuovo codice come "inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate", l'approccio interno-previsionale resta quello più adeguato, poiché mette in risalto l'incapacità di creare, in prospettiva, sufficiente liquidità per pagare i debiti, avuto riguardo alle liquidità ed ai debiti futuri la cui assunzione sia stata pianificata attraverso il previsto andamento gestionale.

Per meglio intendere il concetto ora esposto, appare utile soffermarsi sulla comprensione dei requisiti tecnici richiesti dall'art.2 CCII: per "flusso di cassa reddituale" si intende la differenza tra entrate monetarie derivanti dagli incassi dei clienti e uscite monetarie per i pagamenti dei fornitori di beni e servizi. Esso rappresenta la prima delle tre aree di cui è formato il rendiconto finanziario, le quali sono: flusso di cassa derivante dagli investimenti (uscite per nuovi acquisti, entrate per dismissioni) e dal flusso di cassa dipendente dai finanziamenti, costituito da entrate per nuovi finanziamenti a titolo di capitale proprio o di debiti di finanziamento e di uscite per dividendi e rimborsi degli stessi finanziamenti.

Perché vi sia equilibrio, in un'impresa il flusso di cassa reddituale deve essere superiore alla somma degli altri due flussi, così che si creino liquidità finali superiori alle iniziali, idonee a supportare i successivi esercizi.

Dunque il piano finanziario attraverso i flussi di cassa prospettici rappresenta il documento base su cui costituire la definizione di crisi contemplata dall'art. 2 CCII, poiché dal suo sviluppo è prospettabile la futura insolvenza.

Si precisa infine che, all'interno del concetto di crisi, è anche compresa la possibilità da parte dell'azienda di riuscire a far fronte all'insolvenza, ad esempio attraverso la dismissione di parte della struttura e/o con aumenti di capitale oppure tramite l'adesione a procedure pre-fallimentari.

4. L'indicizzazione della crisi d'impresa: gli indicatori significativi

Il D. Lgs. 26 ottobre 2020 n. 147 sulle disposizioni integrative e correttive al Codice della crisi e dell'insolvenza, recependo i suggerimenti di riforma proposti dagli interpreti, amplia il testo dell'art. 13 CCII relativo agli indicatori della crisi e ne include ora anche alcuni che, espressamente individuati al secondo comma, rappresentano i concreti parametri di commisurazione della crisi²⁹⁸. Sotto la nuova denominazione "indicatori ed indici della crisi", ai sensi del riformato articolo 13 CCII, sono dunque indicatori:

- gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi²⁹⁹. A questi fini sono indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi.
- i ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto dall'art. 24 CCII.

Al fine di enucleare gli indicatori, ossia di individuare le specifiche situazioni che fanno pronosticare la cessazione dell'attività di impresa e scattare gli obblighi di segnalazione di cui all'art. 14 CCII, il legislatore richiama quindi il concetto di insostenibilità dei debiti e di assenza di continuità aziendale in un'ottica di *forward looking*, mentre in precedenza il rimando alla sostenibilità del debito

²⁹⁸ RACUGNO, *Gli indicatori della crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, giugno 2019, pag. 1354 e ss.

²⁹⁹ RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019

semestrale e alla prospettiva del *going concern* per l'esercizio in corso o nell'orizzonte dei sei mesi ove la durata fosse stata inferiore, era effettuato solo in ottica positiva, con una prospettiva di *backward looking*³⁰⁰.

Il cambio di passo è evidente: gli indicatori richiedono ora una valutazione lungimirante e prospettica ed in quest'ottica va considerata l'importanza data "al semestre", ossia alla determinazione di un assai breve intervallo temporale entro il quale l'imprenditore deve controllare la propria capacità prognostica di adempiere alle obbligazioni e mantenere in vita l'azienda.

Merita accennare che, come sottolineato da certa dottrina³⁰¹, il suddetto cambiamento di visione porterà con sé la necessità di un adeguamento degli assetti organizzativi, per permettere all'imprenditore ed agli organi di controllo di disporre di indici adatti a intercettare anticipatamente i flussi economici, al fine di attuare i rimedi.

Gli indicatori della crisi sono costituiti dagli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario rilevabili con l'ausilio di specifici indici che diano evidenza dell'insostenibilità dei debiti per almeno sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o nei sei mesi successivi se la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi³⁰².

In ogni caso, la norma precisa che la valutazione degli squilibri non deve essere riferita ad una generica ed indistinta attività imprenditoriale ma va rapportata alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività effettivamente svolta dal debitore. A tal proposito l'individuazione delle diverse caratteristiche e attività svolte è effettuata nel secondo comma dell'art.13 CCII, tramite la differenziazione degli indici per tipologia di attività economica, stato e anzianità dell'impresa.

³⁰⁰ RANALLI, *Gli indicatori di allerta nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare approvata dalla camera; esame critico; rischi per il sistema delle imprese*; in www.ilcaso.it, febbraio 2017

³⁰¹ LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in www.ilcaso.it, ottobre 2019

³⁰² BONFANTE, *Le misure d'allerta*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Guido Bonfante, *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, pag. 1970 e ss.;

Per quanto attiene all'ultima parte del 1° comma, dell'art.13 del Codice, ossia ai ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, ci si è chiesti se questa costituisca un autonomo indicatore di crisi oppure un completamento di quelli previsti nella prima parte della stessa norma.

Stante la separata collocazione, si preferisce optare per la tesi di un indicatore destinato ad essere autonomamente valutato ed in merito al coordinamento con l'art. 24 CCII (accesso alle misure premiali), costituiscono anche indicatori rilevanti sia l'esistenza di debiti per salari e stipendi scaduti da oltre 60 giorni per un ammontare pari a oltre la metà dell'ammontare mensile delle retribuzioni, sia l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno 120 giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti scaduti.

La dottrina ritiene inoltre che, da tale collocazione, sia anche possibile evincere l'apertura del legislatore verso ritardi differenti rispetto a quelli menzionati nell'art.24 del Codice.

In particolare, per la dottrina da ultimo citata, la disposizione pare ammettere che pure inadempimenti diversi da quelli esplicitati possano configurare “fondati indizi” di crisi, quale che sia la misura dell'importo non versato, l'inesattezza compiuta o la consistenza della mora.³⁰³

Al primo comma dell'art. 13 CCII viene dunque assegnato il delicato compito di definire gli strumenti per intercettare la fondatezza degli indizi di crisi che fanno scattare gli obblighi di segnalazione di cui all'art.14 CCII, che permettono di orientare il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili nell'inquadramento degli indici all'interno di modelli algebrici e che infine rappresentano il momento di differenziazione tra situazioni di crisi anticipata gestibili all'interno dell'impresa e situazioni di crisi avanzata con obbligo di segnalazione, allorché i sistemi di controllo aziendale abbiano fallito nel cogliere anticipatamente le avvisaglie di crisi³⁰⁴.

³⁰³*Ibidem.*

³⁰⁴*Ibidem.*

Gli indicatori verranno quindi vagliati attraverso gli indici, le cui caratteristiche, si ripete, sono enunciate dal secondo comma dell'art. 13 CCII, che ne prevede una differenziazione in ordine alla rilevazione della crisi per tipologia di attività, stato e anzianità dell'impresa. Non solo: come osservato da autorevole dottrina³⁰⁵, anche in riferimento alle dimensioni e alla complessità del modello di *business* dell'impresa.

Con specifico riguardo all'importanza del dato relativo all'anzianità enucleato dalla norma, occorre tenere presente, qualora si tratti di un'impresa giovane, che la sua organizzazione in veloce divenire, il *track record* poco profondo e la scarsa possibilità di attingere al passato per trarre informazioni sulla valutazione dei rischi e lo stesso fattore di crescita potrebbero rivelarsi dati fuorvianti ai fini della valutazione in esame.

L'anzianità, secondo la dottrina da ultimo citata, dovrebbe pertanto essere sempre accuratamente valutata in quanto, non solo per le imprese giovani, occorrono degli indicatori chiave di *performance* che possano rilevare in modo tempestivo il decadimento del *business*.

Proseguendo nella disamina dell'art.13 CCII, si può osservare come il Legislatore non dia una definizione degli "indici" quali parametri per bloccare l'evoluzione della crisi e ne fornisca un catalogo eterogeneo, elaborandoli, con approccio rivoluzionario, sulla base di elementi prognostici e con abolizione dei dati statici e contabili su cui sino ad oggi essi erano stati incardinati.

Cogliendo dunque l'esigenza di individuare un elenco aperto dei segnali d'allarme che fanno presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa, essi vengono ora individuati, a livello generale, in quei dati aritmetici da cui emerge l'incapacità dei flussi di cassa aziendali a sostenere gli oneri di indebitamento, oppure il disequilibrio tra i mezzi propri dell'impresa e quelli forniti dai terzi oppure ancora quelli da cui risalta una prognosi negativa sulle prospettive di *going concern* dell'azienda. Il compito di elaborare detti indici e

³⁰⁵RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019;

dunque di individuare specificamente i “segnali” di crisi viene rimesso ad un organismo tecnicamente qualificato quale il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili che, una volta individuati, li sottopone al Ministero dello Sviluppo economico con cadenza almeno triennale³⁰⁶. Gli indici inoltre vengono formulati tenendo conto delle varie prassi nazionali ed internazionali e con riferimento a ciascuna categoria di attività economica ISTAT. In attuazione del disposto del 2° comma dell’art. 13 CCII, va poi precisato che, nell’ottica di enucleare gli indici più adatti in rapporto alle concrete realtà imprenditoriali, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili ha coniato indici specifici per le *start up* innovative (di cui al Decreto legge 18 ottobre 2012 n.179 convertito nella Legge 17 dicembre 2012 n.221) e PMI innovative (di cui al Decreto Legge 24 gennaio 2015 n.3 convertito, con modificazioni, dalla Legge 24 marzo 2015 n.33), per le società in liquidazione ed imprese costituite da meno di due anni³⁰⁷.

Occorre tuttavia rammentare che le soglie individuate forniscono una ragionevole presunzione ma non implicano automaticamente la fondatezza dell’indizio di crisi, dovendo infatti quest’ultimo essere valutato tenendo conto anche delle specificità aziendali e delle prospettive gestionali.

In ogni caso va tenuto presente che, qualora l’imprenditore ritenga inadeguati gli indici *standard* in relazione alla propria attività, è possibile per lui discostarsi dagli indicatori sopra elencati, avvalendosi di indici *ad hoc* elaborati sulla propria impresa. Sarà però necessario specificare nella nota integrativa al bilancio di esercizio le ragioni di un siffatto scostamento, ponendolo in relazione con la natura e la struttura dell’attività esercitata, specificamente indicando in essa gli indici *ad hoc* e le ragioni della loro maggiore idoneità. Gli stessi saranno inoltre attestati da un professionista qualificato, onde evitare che diventino per

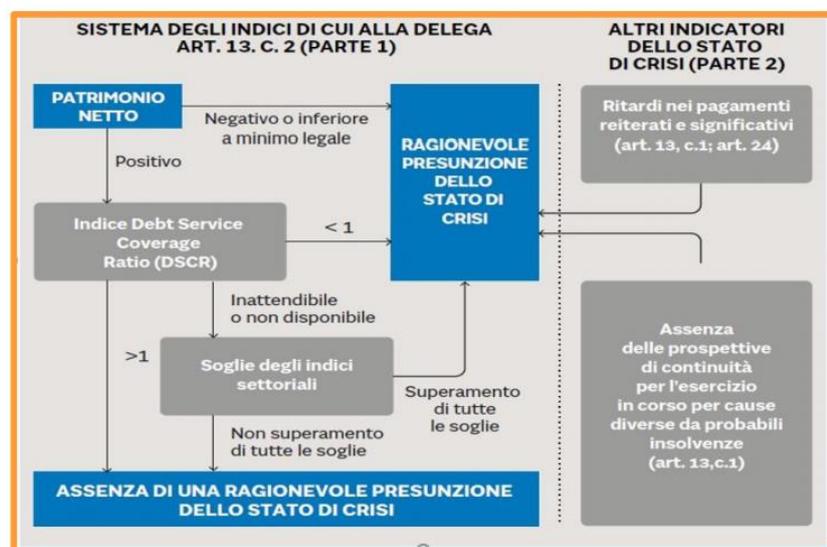
³⁰⁶LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d’impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in www.ilcaso.it, ottobre 2019.

³⁰⁷PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 532 e ss..

l'imprenditore, come evidenzia certa dottrina³⁰⁸, da personalizzati, autoreferenziali.

Occorre peraltro evidenziare che siffatta possibilità rappresenta per gli amministratori un vero e proprio obbligo, cui necessariamente adempiere in caso di inadeguatezza degli indici *standard*.

Il sistema di indici predisposto dal CNDCEC prevede un meccanismo che si articola secondo lo schema di seguito rappresentato³⁰⁹:



Dalla sua lettura emerge *in primis* la necessità di procedere alla verifica dell'entità del patrimonio netto e, nel caso in cui questo fosse negativo o sotto i limiti di legge, è ragionevole presupporre uno stato di crisi. Tale presunzione sarebbe tuttavia superabile con l'assunzione di provvedimenti di ricostituzione del patrimonio.

In secundis emerge anche la richiesta della determinazione del *Debt service coverage ratio* (DSCR) e, nel caso in cui tale indice fosse negativo, viene considerato ragionevole presupporre uno stato di crisi. Occorre precisare che il

³⁰⁸ *Ibidem*

³⁰⁹ RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019;

DSCR presenta alcuni elementi di criticità, in quanto è necessaria, ai fini della sua determinazione, la presenza di dati prospettici affidabili.

Secondo un primo possibile approccio il DSCR deriva da un *budget* di tesoreria che rappresenta le entrate e le uscite di disponibilità liquide attese nei sei mesi successivi. Utilizzando tale *budget*, il DSCR si calcola quindi ponendo al denominatore le uscite rappresentate dalle quote capitale previste contrattualmente per rimborso di debiti finanziari ed al numeratore tutte le risorse disponibili per il servizio al suddetto debito (totale delle entrate di liquidità previste nei sei mesi successivi, escludendo i rimborsi dei debiti posti al denominatore)³¹⁰.

In base ad un secondo possibile approccio, il calcolo del DSCR può essere determinato quale rapporto tra i flussi di cassa complessivi liberi al servizio del debito attesi nei sei mesi ed i flussi necessari per rimborsarlo qualora quest'ultimo non sia operativo e scada nei sei mesi successivi. Il numeratore comprende quindi le disponibilità liquide iniziali, il *free cash flow from operations* dei sei mesi successivi (al cui calcolo non concorrono i debiti fiscali e contributivi i cui pagamenti non sono stati effettuati alle naturali scadenze e che saranno versati nei sei mesi successivi né i debiti verso i creditori che presentano uno scaduto eccedente i limiti fisiologici) e le linee di credito disponibili nell'orizzonte temporale di riferimento. Il denominatore è rappresentato dal debito non operativo da rimborsare nei sei mesi successivi, costituito dai pagamenti previsti dei debiti finanziari (capitale ed interessi), dai debiti fiscali e contributivi non concorrenti (versamento non effettuato alle naturali scadenze), comprensivi di sanzioni ed interessi, il cui pagamento avverrà nei sei mesi successivi, del debito nei confronti dei fornitori e degli altri creditori con scaduto che supera i limiti ritenuti fisiologici.

Alla luce di quanto fin qui analizzato possono emergere delle difficoltà nel calcolare il DSCR ed è quindi possibile, per individuare un eventuale stato di

³¹⁰ *Ibidem.*

crisi, ricorrere in alternativa all'utilizzo dei cinque indici di settore³¹¹. Se tutti questi indici superano le soglie, è ragionevole presupporre allora uno stato di crisi.

I cinque indici sono i seguenti:

- indice di sostenibilità degli oneri finanziari rappresentato dal rapporto tra oneri finanziari e fattura;
- indice di adeguatezza patrimoniale, rappresentato dal rapporto tra il patrimonio netto ed il totale dei debiti;
- indice di ritorno liquido dell'attivo, rappresentato dal rapporto tra il *cash flow* e il totale attivo;
- indice di qualità, rappresentato dal rapporto tra il totale delle attività a breve termine ed il totale delle passività a breve termine;
- indice di indebitamento previdenziale o tributario rappresentato dal rapporto tra il totale dell'indebitamento previdenziale e tributario.

Settore	Soglie di allerta				
	ONERI FINANZIARI / RICAVI %	PATRIMONIO NETTO / DEBITI TOTALI %	LIQUIDITA' A BREVE TERMINE (ATTIVITA' A BREVE/PASSIVITA' BREVE) %	CASH FLOW / ATTIVO %	(INDEBITAMENTO PREVIDENZIALE+ TRIBUTARIO) / ATTIVO %
(A) AGRICOLTURA SILVICOLTURA E PESCA	2.8	9.4	92.1	0.3	5.6
(B)ESTRAZIONE (C)MANIFATTURA (D)PROD.ENERGIA/GAS	3.0	7.6	93.7	0.5	4.9
(E) FORN. ACQUA RETI FOGNARIE RIFIUTI (D) TRASM. ENERGIA/GAS	2.6	6.7	84.2	1.9	6.5
(F41)COSTRUZIONE DI EDIFICI	3.8	4.9	108.0	0.4	3.8
(F42) INGEGNERIA CIVILE (F43) COSTR. SPECIALIZZATE	2.8	5.3	101.1	1.4	5.3
(G45)COMM INGROSSO e DETT AUTOVEICOLI (G46) COMM INGROSSO (D) DISTRIB. ENERGIA/GAS	2.1	6.3	101.4	0.6	2.9
(G47) COMM DETTAGLIO (I56) BAR e RISTORANTI	1.5	4.2	89.8	1.0	7.8
(H) TRASPORTO E MAGAZZINAGGIO (I55) HOTEL	1.5	4.1	86.0	1.4	10.2
(JMN)SERVIZI ALLE IMPRESE	1.8	5.2	95.4	1.7	11.9
(PQRS) SERVIZI ALLE PERSONE	2.7	2.3	69.8	0.5	14.6

Nell'elaborazione degli indici da parte del CNDEC occorre poi che sia prestata un'attenzione particolare alla raccolta delle informazioni contabili ed alla tempestività nel calcolo, così da offrire l'opportunità di avere a disposizione dati utilizzabili alla misurazione dei risultati aziendali³¹².

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019.

Per esempio la redazione periodica (trimestrale) di bilanci contabili intermedi redatti nel rispetto dei principi contabili di riferimento, consente un'analisi infrannuale delle principali grandezze di natura contabile e costituisce un presupposto base per avviare l'impresa al controllo periodico delle proprie posizioni economiche e finanziarie. Inoltre, come già emerso precedentemente, gli indici d'allerta presuppongono la formalizzazione, all'interno della gestione dell'impresa, di una visione prospettica per facilitare l'introduzione di quei modelli previsionali che sono alla base dei processi di programmazione e di pianificazione aziendale³¹³.

Per avvicinarsi a tutto ciò, la determinazione di calcolo del DSCR può già rappresentare un'opportunità di stimolo alla crescita del sistema informativo aziendale. Sono infatti necessari alla sua determinazione innanzitutto proteggere il ciclo attivo e passivo dell'impresa grazie ad un'adeguata suddivisione di compiti e responsabilità, poi elaborare un *budget* annuale e mensilizzato ed anche individuare le condizioni di incasso, pagamento e verificare poi lo scostamento tra condizioni pattuite e prassi adottate, nonché elaborare uno scadenziario che consideri sia le movimentazioni di origine documentale sia quelle pianificate.

Per avere un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile è necessario inoltre effettuare un'analisi dei principali rischi aziendali, mediante l'esecuzione di un *risk assessment*. E' quindi opportuno anche in questo caso elaborare ed inserire degli indicatori di rischio oggetto di monitoraggio periodico. A tale proposito diversi esperti nell'ambito aziendalistico hanno fornito il proprio contributo; in particolare è emerso l'Ordine dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili di Milano³¹⁴ che, con la pubblicazione del quaderno n.71/2017- "Sistemi di allerta interna – Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di

³¹³ LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in www.ilcaso.it, ottobre 2019

³¹⁴ BERNARDI, TALONE, n.° 71/2017 - *Sistemi di allerta interna. Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario. Guida in materia di sistemi di allerta preventiva. Commissione controllo societario.*

vigilanza e controllo societario”, ha proposto agli organi di controllo societario, segnatamente ai sindaci e ai revisori chiamati ad assolvere gli incarichi di revisione legale dei conti, un sistema organico di supporto decisionale (inteso quale insieme dei principi di comportamento professionale, metodologie orientate alle *best practice*, strumenti e procedure operative) a supporto della loro attività di monitoraggio e diagnosi precoce del rischio d’insolvenza per la salvaguardia del presupposto di continuità aziendale, *ex art.* 2423-bis del Codice civile.

Merita riportare infine, qui di seguito, l’approccio elaborato dal CNDEC che, dopo aver recepito ed essersi conformato alla normativa europea in materia di crisi d’impresa e prevenzione dello stato d’insolvenza (in particolare, alla proposta di direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo n. 723 del 2016 art. 3 dal titolo “*Early warning*”³¹⁵), risulta suddiviso nelle seguenti fasi³¹⁶:

- adeguata verifica (*early warning*): analisi e monitoraggio preliminare degli indicatori segnaletici;
- raccolta ed organizzazione dei dati: raccolta ed organizzazione in un *database* generale dei dati *standard* ed integrativi predefiniti da *check-list*;
- *review* contabile (normalizzazione dei dati): attività di analisi finalizzata ad evidenziare eventuali anomalie ed eventi pregiudizievoli nella gestione della tesoreria aziendale e nella struttura degli affidamenti attraverso un’analitica disamina di tutte le componenti della posizione finanziaria netta e del capitale circolante netto e consultazione della Centrale dei Rischi;

³¹⁵Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasburg 22.11.2016 COM (2016) 723 final. Articolo 3 dal titolo emblematico “*Earlywarning*”, sistemi di allerta precoce: «1. Gli Stati membri assicurano che i debitori abbiano accesso a strumenti di allerta precoce in grado di rilevare sintomi di deterioramento nella gestione aziendale e segnale al debitore o all’imprenditore la necessità di agire prontamente con la massima urgenza. 2. Gli Stati membri assicurano che i debitori e gli imprenditori abbiano accesso a rilevanti informazioni aggiornate, chiare, concise e di facile utilizzo ovvero alla disponibilità di strumenti di allarme precoce e di ogni altro mezzo a loro disposizione per avviare la ristrutturazione del debito in una fase iniziale o per ottenere una riduzione del debito personale. 3. Gli Stati membri possono limitare l’accesso di cui ai paragrafi 1 e 2 alle piccole e medie imprese o agli imprenditori individuali».

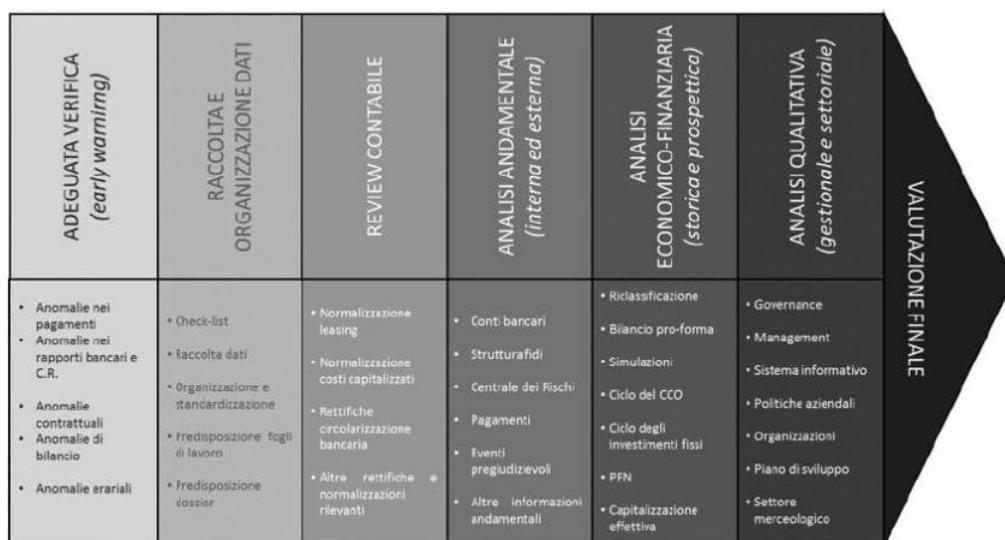
³¹⁶PANZANI, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fall.*, febbraio 2017, pag. 129 e ss.;

- analisi economico-finanziaria: attività di analisi storica e prospettica dei bilanci e delle situazioni contabili finalizzate alla puntuale ricostruzione della situazione economica, finanziaria e patrimoniale del relativo *score* statistico sulla capacità di generare un adeguato flusso di cassa e sostenibilità economico-finanziaria;
- analisi qualitativa: attività di analisi (residuale) di tutte le componenti gestionali, strategiche ed operative, della struttura imprenditoriale e manageriale, sul sistema informativo aziendale ed infine sulle caratteristiche e dinamiche congiunturali del settore merceologico di appartenenza;
- valutazione finale: attività di rendicontazione finalizzata alla predisposizione di un *report* finale per gli organi amministrativi e di direzione in cui andranno specificate, in modo dettagliato e circostanziato, le cause della crisi e le principali aree di anomalia gestionale.

Il *report* si conclude poi con un giudizio complessivo.

Si rammenta infine che l'implementazione di un sistema di controllo interno debba essere comunque effettuato con un approccio costi\benefici e che nessuna azienda debba avere la pretesa di raggiungere i livelli massimi rappresentati dalle *best practice* di riferimento, nella considerazione che tale analisi richieda lo sforzo di stimare in maniera adeguata i benefici, quest'ultimi spesso di non facile individuazione e quantificazione, al contrario dei costi, solitamente individuabili e quantificabili in modo più agile³¹⁷.

³¹⁷ RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019;



4.1. Profili critici: il rischio di falsi positivi e falsi negativi

Il primo comma dell'art. 13 non è tuttavia esente da profili critici. In particolare, con riguardo all'archetipo della significatività degli indici ed alla loro individuazione nel rapporto tra flusso di cassa e attivo, patrimonio netto e passivo, tra oneri finanziari e ricavi, autorevole dottrina³¹⁸ mette in evidenza il rischio che ogni indicatore porti con sé dei falsi positivi, così attivando l'allerta anche in mancanza di una reale situazione di crisi. Secondo lo studioso sarebbe quindi auspicabile che ogni indice venisse esaminato criticamente, così come recepito nello stesso decreto ove si richiede, al secondo comma, che gli indici individuati dal CNDCEC debbano essere valutati "unitariamente", contemplando l'obbligo dell'OCRI di archiviare la segnalazione in caso ritenga la crisi non sussistente. In tal senso deve essere letta la possibilità riconosciuta all'impresa dal terzo comma del suddetto articolo, consistente nel sostituire *ex ante* gli indici ritenuti inadeguati con altri *ad hoc*, dopo averla adeguatamente motivata.

Inoltre, guardando al documento di formazione degli indicatori così come pubblicato sul sito *internet* dell'impresa operante nella *business information* che li

³¹⁸RANALLI, *Il codice della crisi "gli indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in *Crisi d'Impresa e Insolvenza*, novembre 2018.

ha suggeriti, risulta che gli indicatori utilizzati per prevedere la crisi siano tre dei quattro individuati dalla stessa impresa su richiesta del Ministero della Giustizia. L'aspetto critico si esprime qui nel fatto che la ricerca ha coinvolto le imprese con un fatturato compreso tra zero e quaranta milioni di euro i cui bilanci, redatti in forma semplificata, risultavano disponibili presso il Registro delle Imprese. L'aver basato l'osservazione unicamente sulla scorta di tali dati non ha però permesso di assumere alla base degli indici grandezze più significative per la finalità cui venivano esaminati, in particolare non è emerso l'indebitamento finanziario netto. La dottrina da ultimo citata³¹⁹ replica osservando come sarebbe stato più opportuno che la ricerca in esame fosse stata condotta sui bilanci ordinari, così circoscrivendo il *test* ai soli casi con dati disponibili, senza porre a repentaglio di alterarne la significatività.

In realtà, per vero, l'Autore stesso della ricerca ha anche riferito come un numero elevato di casi "sopra soglia" si tradurrebbe in un carico di lavoro importante per gli organismi di composizione della crisi e come, al contrario, soglie più ristrette ridurrebbero sì il numero delle segnalazioni ma rischierebbero di escludere, dal novero delle imprese segnalate, un numero non indifferente di aziende a rischio, individuabili come falsi negativi.

Quest'ultimo propone allora di utilizzare criteri combinati, per cui la procedura di allerta entrerebbe in funzione solo in caso di superamento di due o più soglie. A giudizio di autorevole dottrina³²⁰, tuttavia, l'estensore della ricerca trascurerebbe in tal modo i rischi di massicce segnalazioni false positive, rischiando di imbrigliare nei meccanismi dell'allerta numerose imprese che non sono in crisi, le quali a loro volta ne trascineranno altre ancora.

³¹⁹ *Ibidem.*

³²⁰ *Ibidem.*

5. L'art. 2086 c.c. riformato: il dovere di rilevare ed il dovere di reagire dinanzi alla crisi

L'art. 375 del D.Lgs n.14 del 2019 sugli “assetti organizzativi dell'impresa”, entrato in vigore il 16 marzo 2019, riveste un'importanza centrale poiché, oltre a sostituire la rubrica dell'art. 2086 del codice civile con la seguente: “gestione dell'impresa”, ne integra il contenuto introducendo un secondo comma, ai sensi del quale: *«l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi ed il recupero della continuità aziendale»*.

Come sottolineato da autorevole dottrina³²¹, il concetto degli assetti adeguati non era del tutto estraneo al nostro ordinamento. L'art. 149 TUF in ordine ai doveri del collegio sindacale di società quotate, infatti già contemplava espressamente quello di vigilare sull'adeguatezza della struttura organizzativa della società. Tale specifico obbligo era stato ripreso e maggiormente articolato con la riforma del diritto societario agli articoli 2381 e 2403 c.c., riguardanti proprio l'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili³²².

Attraverso l'introduzione del nuovo comma, l'art. 2086 c.c. rivolge ora la nozione di assetti adeguati a tutte le imprese (non solo commerciali) ed alle associazioni, alle fondazioni e ai consorzi che esercitino in modo prevalente l'attività di impresa³²³.

³²¹ AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in www.ilcaso.it, ottobre 2019.

³²² IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano, 2005

³²³ ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 76 e ss.

Inoltre, sempre secondo il parere della dottrina da ultimo citata³²⁴, sebbene la norma si concentri espressamente sugli imprenditori che operino in forma societaria, non è da escludere la possibilità di far rientrare anche l'imprenditore individuale nel novero dei soggetti tenuti al citato obbligo. Tale conclusione poggia sulla considerazione che l'art. 3 CCII, al primo comma, nel momento in cui sancisce l'obbligo per l'imprenditore di adottare le "misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi" individua – seppure indirettamente – l'obbligo di dotazione degli adeguati assetti, sostanzialmente ritenuti assimilabili alle "misure idonee"³²⁵.

Da quanto sopra detto si ricava la ragione della centralità dell'articolo in esame, al punto da farlo assurgere, come evidenziato da certa dottrina³²⁶, a vera e propria norma programmatica di carattere generale contenente un nuovo dovere di corretta gestione rispetto ai riferimenti sino ad ora adottati. Il fine ultimo della disposizione è inoltre quello di intercettare i fondati indizi di crisi con la tempestività necessaria per attivare, non oltre i sei mesi da cui si manifestino, la domanda di accesso ad una delle procedure disposte dall'art. 37 del c.c. o, se in presenza dei presupposti richiesti, al ricorso ad una delle procedure di composizione assistita della crisi dinnanzi all'OCRI, non oltre tre mesi³²⁷.

Venendo ora ad esaminare dettagliatamente il contenuto della disposizione, si osserva come il legislatore della riforma, imponendo l'adozione degli adeguati assetti, detti espressamente all'imprenditore due distinti doveri: il dovere di rilevare la crisi ed il dovere di reagire ad essa.

Quanto al primo aspetto, occorre osservare come, in realtà, esso risultasse già presente nel sistema del diritto societario ove i gestori dell'impresa hanno l'obbligo di rilevare i segnali di crisi e come anche fosse ricavabile dalle seguenti

³²⁴AMBROSINI, *L'adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in www.ilcaso.it, ottobre 2019

³²⁵MONTALENTI, *Gestione d'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 482 e ss.;

³²⁶ *Ibidem*.

³²⁷JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in Studi in ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019, 404 e ss., in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, pag.283 e ss.;

norme del codice civile: il dovere di diligenza (art. 2932 c.c.); i doveri di cura, valutazione e vigilanza sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo amministrativo e contabile (artt. 2381 e 2403 c.c.); i principi di corretta gestione (art. 2403 c.c.); i principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale (art. 2497 c.c.); il dovere di intervenire senza indugio dinanzi a perdite rilevanti di capitale (artt. 2446 e 2447 c.c.); la valutazione delle voci di bilancio nella prospettiva della continuità aziendale (art. 2423 *-bis* .); la relazione sulla gestione (art. 2428 c.c.) che deve contenere un'analisi della "situazione della società e dell'andamento e del risultato della gestione" da cui emerga sia "l'evoluzione prevedibile della gestione sia l'esposizione dei rischi legati all'uso di strumenti finanziari da parte della società" ³²⁸.

Ben più interessante appare dunque il secondo dovere, dinnanzi al quale ora si immagina di trovare una società che, una volta rilevati i segnali anticipatori della crisi, debba decidere se e come agire.

A tal fine occorre primariamente analizzare in che cosa si sostanzino, concretamente, i richiesti assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Quanto al profilo organizzativo, esso inerisce all'ambito funzionale, poiché riguarda l'esercizio delle attività spettanti ai molteplici soggetti operanti nell'impresa. Di questi ultimi è fornita una definizione nelle disposizioni relative al collegio sindacale, in particolare con riferimento alla norma dell'art. 2403 c.c. sulla vigilanza, sull'adeguatezza e sul corretto funzionamento degli assetti *de quibus*. Secondo tale disposizione, l'assetto organizzativo consiste nell'insieme delle direttive e procedure in virtù delle quali il potere decisionale è assegnato a soggetti competenti e responsabili, sotto l'attenta guida degli amministratori.

Per quanto riguarda l'assetto amministrativo, esso inerisce all'insieme delle procedure volte a garantire l'ordinato svolgimento delle attività aziendali

³²⁸ CALANDRA, BUONAURA, *L'amministrazione delle società per azioni nel sistema tradizionale*, Torino, 2019.

attraverso le singole fasi di cui queste ultime sono composte. L'assetto contabile infine si riferisce alla rilevazione dei fatti di gestione³²⁹.

Il riformato articolo 2086 c.c. puntualizza poi la necessità che gli assetti descritti vengano commisurati “alla natura ed alle dimensioni dell’impresa”, in tal modo valorizzandone le specifiche peculiarità. Detta espressione si ritrova letteralmente in quella già formulata all’art. 2214 c.c. sulle scritture contabili che, in ambito societario, è ravvisabile nella disposizione dell’art. 2381 quinto comma, c.c. relativamente al consiglio di amministrazione, ove gli adeguati assetti sono stigmatizzati attraverso le mansioni *ad hoc* ricoperte dagli organi delegati, dal consiglio di amministrazione e dal consiglio sindacale.

Il medesimo concetto è anche ravvisabile, come meglio si esporrà nel seguito della presente trattazione, all’art. 13 terzo comma, CCII in materia di misure di allerta in cui viene specificato che l’imprenditore possa optare per indici personalizzati, qualora ne giustifichi adeguatamente l’esigenza in relazione alle caratteristiche specifiche della propria impresa.

Inoltre, quanto al controllo sull’adeguatezza dell’assetto amministrativo e contabile, esso viene demandato alle concrete capacità (non è infatti sufficiente un’indagine astratta), da parte dell’impresa, di cogliere tempestivamente eventuali errori e rilevare correttamente i fatti di gestione nella contabilità e nel bilancio puntualizzato dal primo comma dell’articolo 2403 c.c.

Da ultimo si precisa, come osservato da certa dottrina, che il concetto di adeguatezza contiene in sé, pur tuttavia, per propria natura, un alto tasso di relatività e conseguente opinabilità; ne consegue che un giudizio negativo riguardo alla presenza di questo requisito risulta fondato unicamente se rapportato ai parametri appositamente individuati dalla scienza aziendalistica e dai principi in merito elaborati dalla prassi³³⁰.

³²⁹ VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, in *Le società*, settembre 2019, p.929.

³³⁰ MONTALENTI, *Gestione d’impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla “Proposta Rordorf” al Codice della crisi*, in *Aa. Vv., La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 482 e ss.

Ebbene, dalla suesposta analisi dell'art. 2086 c.c. deriva che, quanto all'*an*, non v'è dubbio: la norma impone l'obbligo di agire. Riguardo al *quomodo* occorrono maggiori approfondimenti, a titolo esemplificativo: qualora l'impresa versi in uno stato di decozione, la scelta di gestione più efficiente è quella della liquidazione; qualora invece l'amministratore riesca ad intercettare i segnali di crisi in tempo, allora viene attivato il dovere di risanamento, c.d. *turnaround*, che rappresenta espressione dello stesso dovere di perseguimento dell'oggetto sociale.

Tale obbligo tuttavia richiede, da un punto di vista operativo, l'elaborazione di un piano, che per la dottrina aziendalistica costituisce l'unico strumento adattabile a tutte le ipotesi di crisi. Esso rappresenta il mezzo più esaustivo per dare attuazione alle prescrizioni dell'art. 2086 secondo comma c.c., poiché permette valutazioni sull'andamento aziendale, sull'equilibrio finanziario, sulla sostenibilità del debito e sulla continuità aziendale. Come osservato da autorevole dottrina³³¹, esso raffigura lo strumento di eccellenza per eseguire un'autodiagnosi sullo stato di salute dell'impresa. Specificamente, occorre predisporre un piano economico, un piano patrimoniale, un piano finanziario. Talvolta sono anche previsti:

- il piano di tesoreria che deve contenere l'elaborazione di documenti previsionali per monitorare, durante tutta la sua durata, la sostenibilità del debiti in chiave prospettica operando altresì verifiche settimanali sull'andamento mensile della liquidità nell'arco di dodici mesi³³²;
- il *budget* che risulta maggiormente dettagliato rispetto al piano ma è temporalmente limitato ad un solo esercizio;
- un *Capital plan* rappresentato da obiettivi di adeguatezza patrimoniale a medio e lungo termine;

³³¹ RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019;

³³² CECCHINI, *Responsabilità organizzativa e assetti minimali per le PMI*, in *Atti del ciclo di incontri sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, marzo 2019, "Curare l'aggiornamento tempestivo della contabilità anche tramite l'adozione di programmi contabili che pre-impostino la prima nota sulla base della fattura elettronica ricevuta e che effettuino la riconciliazione automatica dei movimenti bancari. I termini per la contabilizzazione dei fatti di gestione sono di sessanta giorni, ma questi strumenti potrebbero consentire tempi molto più rapidi di aggiornamento a parità di forza lavoro impiegata" pp.15-16.

- un *Funding plan* individuato da un piano di finanziamento per la gestione della crisi;

- un *Contingency Funding plan* per mettere a punto interventi *ad hoc* in caso di situazioni di *stress*.

Sul piano contabile è poi conseguentemente necessario allargare l'ambito degli strumenti di controllo, non limitandoli al solo bilancio di esercizio.

Dal punto di vista aziendalistico, dunque, si può dire che il piano costituisca l'unico strumento adattabile a tutte le ipotesi di crisi, potendo comunque essere suscettibile di molteplici variazioni a seconda dello strumento giuridico utilizzato³³³.

Quid juris riguardo al piano adattabile alla *twilight zone* precedentemente individuata nel secondo paragrafo?

Per la legge fallimentare lo strumento più adatto parrebbe il piano attestato di risanamento, in quanto per la sua adozione non è necessario nessun presupposto specifico, preserva la riservatezza ed è di veloce realizzazione. Anche gli accordi tra privati potrebbero venire in soccorso, essendo per di più dotati di maggior flessibilità.

Per quanto riguarda la *twilight zone* configurabile nel nuovo CCII la risposta si evince dall'analisi sistematica dell'articolo 2086 c.c., secondo comma, laddove è disposto che, rilevata la crisi, occorre “*attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento*”. Da una prima lettura della norma sembrerebbe di dover scegliere unicamente tra gli strumenti previsti dal Codice; tuttavia la dottrina è favorevole ad un'interpretazione meno rigorosa, lasciando mantenere l'opzione privata di risanamento in applicazione dei principi di autonomia contrattuale³³⁴.

Come già dimostrato, la zona crepuscolare permane in quanto la gamma di strumenti di regolazione della crisi non è completa. A tal proposito certa dottrina

³³³ TRON, *I piani di risanamento aziendali tra tutela del valore, complessità di esecuzione e principi di riferimento per la loro attestazione*, in *Piani di ristrutturazione dei debiti ruolo dell'attestatore*, diretto da S. Ambrosini e A. Tron, Torino, 2016.

³³⁴ FRUSCIONE, *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la twilight zone e lo stato di crisi. Riflessioni sistematiche sul codice della crisi*, in *www.ilcaso.it*, luglio 2020.

si domanda, di conseguenza, quali siano gli strumenti più consoni per affrontare “gli stadi” o “le forme” della crisi che restano “sospesi” nella *twilight zone* analizzando il disposto dell’art. 56 CCII.

Secondo tale articolo poiché per l’utilizzazione del piano di risanamento attestato è necessaria la presenza di uno stato di crisi o di uno stato di insolvenza, esso non è utilizzabile nella “nuova” *twilight zone*, in quanto, se questa fase precede il manifestarsi degli indici dell’allerta (la procedura più precoce), ancor più esso è antecedente rispetto al momento rappresentato nella nozione di crisi.

Quindi, per affrontare tempestivamente la zona del crepuscolo, resterebbe unicamente il risanamento operato tramite la riorganizzazione interna o tramite gli accordi privati con i creditori. Tale soluzione appare tuttavia, per la dottrina da ultimo citata, lo stesso insoddisfacente, in quanto rimarrebbe esclusa la possibilità di beneficiare dell’esonero dai reati di bancarotta e dall’azione revocatoria fallimentare, assicurati dal piano di risanamento. La mancanza di questa seconda tutela renderebbe certamente i creditori e gli eventuali terzi meno inclini a concludere accordi con l’impresa.

Ciò posto, occorre allora ricercare quali tra gli strumenti disciplinati dal Codice della crisi possano essere adattabili alla *twilight zone*, in sostituzione del piano attestato.

Una prima soluzione potrebbe ravvisarsi nell’anticipazione del c.d. *triggering point* dell’allerta ad un momento precedente rispetto a quello individuato dalla nozione di crisi e dagli indici di cui all’art. 13 CCII. Più nel dettaglio, il fatto che l’art. 14 CCII preveda per gli organi di controllo di attivarsi in caso di “fondati indizi della crisi” invece che dinnanzi agli indici, potrebbe venire interpretato nel senso del riconoscimento della possibilità che gli organi di controllo avvisino gli amministratori al manifestarsi di qualsiasi segnale di crisi, anche se non corrispondente a quelli codificati negli indici.

Una seconda soluzione sarebbe poi ravvisabile nella valorizzazione della procedura di composizione assistita della crisi, qualora si ritenga che l’art. 19 CCII permetta di accedervi nonostante si versi in una situazione non ancora

propriamente definibile come “stato di crisi” ed ove non si siano riscontrati gli indici dell’allerta. La suddetta soluzione sarebbe sostenuta sia dal fatto che l’art. 19 CCII non richiede nessun presupposto oggettivo per l’accesso alla composizione assistita sia dal fatto che per l’art.12 CCII la composizione assistita può essere attivata anche prima dell’allerta.

La differenza tra le due soluzioni è del resto evidente. Nella prima, l’attivazione della procedura di allerta sarebbe imposta dalla segnalazione dell’organo di controllo; nella seconda, l’accesso alla composizione assistita sarebbe esclusivamente volontario³³⁵.

Tornando ora alla nozione degli adeguati assetti cui incorre l’impresa ai sensi del rinnovato art. 2086 c.c., occorre ancora dare il dovuto risalto all’accennato requisito della tempestività per la sollecita percezione dei segnali di crisi, come esplicitato dalla Raccomandazione UE del 2014 recepita nella Direttiva UE n.1023/2019, dai principi dell’Uncitral e della Banca Mondiale nonché dalla relazione illustrativa al nuovo Codice³³⁶. In particolare, proprio perché quest’ultima mette in evidenza l’incapacità della maggioranza delle imprese italiane a portare avanti autonomamente processi tempestivi di ristrutturazione, ne è ora derivata l’introduzione, da parte del legislatore, delle procedure di allerta e composizione assistita delle crisi.

Il citato requisito appare anche al secondo comma dell’art. 3 CCII, laddove si stabilisce espressamente che l’imprenditore collettivo debba adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell’art. 2086 c.c. ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell’assunzione di iniziative *ad hoc*. Lo stesso concetto si ritrova poi nel primo comma dell’art. 3 CCII con riferimento all’imprenditore individuale ed all’obbligo, riservato a quest’ultimo, di adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi.

³³⁵ FRUSCIONE, *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la “twilight zone” e lo “stato di crisi”*. *Riflessioni sistematiche sul Codice della crisi*, in www.ilcaso.it, luglio 2020,

³³⁶ Relazione illustrativa del Codice della crisi, ottobre 2018, «La possibilità di salvaguardare le imprese in difficoltà sono direttamente proporzionali alla tempestività dell’intervento risanatore, mentre il ritardo nel percepire i segnali di una crisi fa sì che, nella maggior parte dei casi, questa degeneri in vera e propria insolvenza sino a diventare irreversibile».

Ancora: la funzionalità degli assetti adeguati alla non ritardata emersione della crisi viene confermata dal sistema delle misure premiali di cui all'art. 25 CCII, in quanto il beneficio da esse disposto è condizionato alla tempestività dell'iniziativa dell'organo amministrativo che a sua volta dipende dall'effettiva idoneità degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili.

Tale iniziativa risulta, per converso intempestiva (e dunque causa di aggravamento della crisi), qualora il debitore presenti domanda di accesso alle procedure disposte dal nuovo codice o proponga l'istanza di cui all'art. 19 CCII senza rispettare le prescrizioni temporali e le condizioni imposte *ex art.* 24 CCII.

Orbene, effettuata la tempestiva rilevazione, l'ultimo periodo dell'art. 2086 c.c. impone infine espressamente *“di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento”*. *Prima facie* sembrerebbe dunque che l'unica possibilità offerta all'imprenditore sia quella di utilizzare gli strumenti disposti dal Codice, ossia gli accordi in esecuzione dei piani di risanamento attestati, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo, senza contemplare alternative di diversa provenienza quali le soluzioni meramente interne all'impresa oppure gli accordi privati con i creditori³³⁷.

In verità per la dottrina non appare condivisibile un'interpretazione così rigida della norma è pertanto possibile ritenere che il risanamento per le vie “private” permanga legittimo. Inoltre la stessa lettera dell'articolo consente di considerare quale “strumento previsto dall'ordinamento” anche le operazioni di risanamento realizzate attraverso l'autonomia contrattuale³³⁸.

Pare dunque che il legislatore della riforma abbia aspirato a costruire un sistema il più possibile completo, capace di racchiudere negli schemi legislativi l'infinita varietà delle cause che possono incrinare la stabilità di un'impresa³³⁹.

³³⁷STANGHELLINI, *Il codice della crisi di impresa: una primissima lettura (con qualche critica)*, in *Il Corriere giuridico*, 2019,4, pag. 453;

³³⁸MEO, *La difficile via normativa al risanamento di impresa*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2018,4, pag. 620.

³³⁹FRUSCIONE, *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la “twilight zone” e lo “stato di crisi”*. *Riflessioni sistematiche sul Codice della crisi*, luglio 2020.

6. Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi

Le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi rappresentano lo strumento per far rientrare la crisi dell'impresa tramite la codificazione di nuovi comportamenti dell'imprenditore ed una nuova tecnica di monitoraggio dell'impresa stessa.

E' possibile notare come nel Codice della crisi il legislatore non parli di procedimento di allerta ma di strumenti di allerta³⁴⁰, con tale espressione riferendosi agli obblighi a carico dei soggetti tenuti alla segnalazione ed anche agli obblighi organizzativi posti a carico dell'imprenditore dal Codice civile³⁴¹. Tali strumenti sono finalizzati alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa e, di conseguenza, alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione.

Dunque l'allerta, diversamente dalla composizione assistita della crisi, non è un procedimento vero e proprio, anche se si compone di una fase procedimentale. Esso infatti si caratterizza in un articolato meccanismo strutturale il cui scopo, da un lato, consiste nel far prendere coscienza (in seno all'organizzazione interna dell'impresa) dell'esistenza della crisi e, dall'altro, nell'attivare tutta una serie di strumenti che, in caso di inerzia dell'imprenditore, mettano in condizione alcuni soggetti esterni di avviarne la procedura³⁴².

Ai sensi dei commi 4 e 5 dell'articolo 12 CCII, gli strumenti di allerta si applicano ai debitori che svolgono attività imprenditoriale, escluse le grandi imprese, i gruppi di imprese di rilevante dimensione, le società con azioni quotate in mercati regolamentati o diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri stabiliti

³⁴⁰Codice della crisi e dell'insolvenza, art. 12 comma 1°: «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.»

³⁴¹Vedasi paragrafo precedente.

³⁴² SANZO, BURONNI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, cap. 2.

dal Regolamento della Commissione nazionale per le società e la borsa - Consob concernente la disciplina degli emittenti. 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; g) la Cassa depositi e prestiti; h) i fondi pensione; i) le imprese di assicurazione e riassicurazione; l) le società fiduciarie.

Gli strumenti di allerta si applicano anche alle imprese agricole e alle imprese minori; in questo caso però la segnalazione, una volta raccolta dal referente dell'OCRI, dovrà essere trasmessa all'OCC per la gestione successiva.

Emerge dunque, da tutte le esenzioni menzionate, una particolare cautela del legislatore, il quale ha preferito sottrarre dall'ambito di applicazione le imprese di maggior rilevanza per l'economia nazionale.

6.1. La fase di allerta non volontaria

Per procedimento non volontario di allerta si intende quel procedimento che non è attivato spontaneamente dal debitore ma dagli organi di controllo interni della società o da alcuni soggetti pubblici qualificati³⁴³. Tanto i primi quanto i secondi, una volta assunta l'informazione della presenza di segnali di crisi, devono comunicare all'organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi o il

³⁴³FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *www.ilcaso.it*, ottobre 2019.

superamento di una soglia predeterminata di indebitamento tributario o previdenziale, nonché l'inadeguatezza dell'assetto organizzativo³⁴⁴ dell'impresa. Se l'organo amministrativo poi, a seguito del monito, non si attiva per reagire alla crisi, allora inizia la procedura di allerta a tutti gli effetti.

6.1.1. L'allerta interna ed esterna

L'allerta interna, come emerge dall'articolo 14 del CCII, attiene ai doveri degli organi di controllo societari, del revisore contabile e della società di revisione che hanno l'onere di avvisare l'organo amministrativo se sussistono fondati indizi della crisi³⁴⁵, con adempimento da svolgere «ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni».

Mentre i fondati indizi della crisi sono disciplinati all'articolo 13 CCII, quali «indicatori e indici della crisi³⁴⁶», i rimedi, i controlli e le risposte a questi ultimi sono enunciati all'articolo 14 del Codice, che appunto disciplina gli obblighi di segnalazione interna.

Lo sforzo consiste nell'individuare ed istituire elementi predeterminati di ricognizione degli squilibri e un certo tasso di automatismo tra il riscontro degli indici e la successiva segnalazione.

Come emerso già precedentemente, l'elaborazione di tali indici è compito del CNDCEC, con approvazione del Ministero dello sviluppo economico. Resta comunque la possibilità, per gli imprenditori che ne dimostrino la fondatezza della richiesta, di individuare indici alternativi e personalizzati secondo la propria situazione imprenditoriale³⁴⁷.

³⁴⁴Vedasi paragrafo 4 del medesimo capitolo.

³⁴⁵Codice della Crisi e dell'Insolvenza, art. 14, comma 1°: « Gli organi di controllo societari, il revisore contabile e la società di revisione, ciascuno nell'ambito delle proprie funzioni, hanno l'obbligo di verificare che l'organo amministrativo valuti costantemente, assumendo le conseguenti idonee iniziative, se l'assetto organizzativo dell'impresa è adeguato, se sussiste l'equilibrio economico finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione, nonché di segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi della crisi.».

³⁴⁶Vedasi paragrafo 4 del medesimo capitolo.

³⁴⁷ BONFANTE, *Le misure d'allerta, in Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Guido Bonfante, *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, pag. 1970 e ss.;

Appurato che gli strumenti di allerta si estrinsecano sia negli obblighi di segnalazione sia in quelli organizzativi codicistici (art. 12 CCII), l'articolo 14 del Codice riunisce i doveri di verifica degli organi di controllo interno della società secondo tre parametri di riscontro della condotta dell'organo amministrativo: a) l'assetto organizzativo; b) la sussistenza dell'equilibrio economico finanziario; c) la prevedibilità dell'andamento della gestione.

A questi tre si aggiunge poi l'obbligo di vera e propria segnalazione degli organi interni allo stesso organo amministrativo.

E' possibile dunque affermare che da un lato il CNDCEC elabora i parametri per valutare la sussistenza dello stato di crisi, dall'altro i vari organi di controllo della società segnalano, all'interno, i fondati indizi di crisi³⁴⁸.

La segnalazione deve essere motivata, inviata per iscritto tramite PEC o mezzi che assicurino la prova dell'avvenuta ricezione e deve contenere un termine, non superiore a trenta giorni, entro cui il destinatario riferisca soluzioni individuate e iniziative intraprese per superare la crisi.

In caso di mancata o inadeguata risposta o mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure idonee, cioè di quelle ritenute necessarie per superare la crisi, i segnalatori informano senza dubbio l'OCRI, fornendo ogni elemento utile per le relative individuazioni, senza alcun dovere di riservatezza dell'art. 2407, 1° comma del Codice Civile. Il comma 2 dell'articolo 14 CCII parla di «soluzioni individuate» e di «iniziative intraprese». Secondo l'opinione di autorevole dottrina,³⁴⁹ sarebbe sufficiente soltanto che l'organo amministrativo riferisca unicamente le soluzioni individuate e non anche le iniziative intraprese.

La tempestività della segnalazione rappresenta inoltre causa di esonero dalla responsabilità solidale per l'organo di controllo nei confronti dei danni derivanti

³⁴⁸ FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.lgs. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall*, 4/2019, pag. 419 e ss..

³⁴⁹ RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019 «Invero sarebbe sufficiente l'indicazione delle soluzioni individuate, mentre quella delle iniziative intraprese, se si tratta di iniziative a valle delle soluzioni individuate, potrebbe essere solo eventuale e l'obbligo di riferire sorgerebbe solo qualora esse fossero state effettivamente già intraprese. Non vi è, infatti, un obbligo ad intraprenderle entro il termine fissato dal segnalante».

da omissioni o azioni successive poste in essere dall'amministratore, purché la notizia sia stata data anche all'OCRI³⁵⁰.

Per allerta esterna si intende invece l'obbligo di segnalazione posto a carico di creditori pubblici qualificati costituiti, secondo l'articolo 15 CCII, dall'Agenzia delle Entrate, dall'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale e dall'agente della riscossione. L'Agenzia delle Entrate e l'Istituto Nazionale di Previdenza Sociale (a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari) e l'agente di riscossione (a pena di inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione) hanno dunque l'onere di avvisare il debitore (all'indirizzo PEC o con raccomandata a.r. a quello dell'anagrafe tributaria) che la sua esposizione debitoria abbia superato l'importo rilevante di cui al comma 2 del medesimo articolo. Di conseguenza, se il debitore entro novanta giorni dalla ricezione dell'avviso non abbia estinto o regolarizzato per intero il proprio debito con le modalità previste dalla legge, o se, per l'Agenzia delle Entrate, non risulti in regola con il pagamento rateale del debito o non abbia presentato istanza di composizione assistita della crisi o domanda per l'accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza, viene sottoposto, tramite segnalazione dei soggetti qualificati, all'OCRI³⁵¹.

Ai sensi del comma 2 dell'articolo 14 CCII l'esposizione debitoria si considera di importo rilevante:

- a) per l'Agenzia delle entrate, quando l'ammontare totale del debito scaduto e non versato per l'imposta sul valore aggiunto, è superiore ai seguenti importi: euro 100.000, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore ad euro 1.000.000; euro 500.000, se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente non è superiore ad euro 10.000.000; euro 1.000.000 se il volume di affari risultante dalla dichiarazione relativa all'anno precedente è superiore ad euro 10.000.000;

³⁵⁰ AMBROSINI, PACCHI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, cap. 2, 4, 13.

³⁵¹ SANZO, BURONNI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, cap. 2

- 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, auto dichiarati 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.

E' importante ricordare che né l'avviso né la segnalazione vanno effettuati se il debitore dimostri di essere a sua volta titolare di crediti di imposta o altri crediti verso pubbliche amministrazioni, per importi pari ad almeno la metà del debito dovuto dal creditore pubblico qualificato.

Le Camere di Commercio rendono poi disponibile, per i soli creditori pubblici qualificati, un elenco nazionale dei soggetti sottoposti alle misure di allerta, da cui risultano anche le domande dagli stessi presentate di composizione assistita della crisi o di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o insolvenza (i concordati e le liquidazioni).

Un limite che si può riscontrare nella composizione dell'elenco nazionale attiene al fatto che i creditori pubblici qualificati siano a conoscenza unicamente dell'iniziativa assunta dai debitori, dato che è omessa la registrazione anche delle domande proposte da terzi, tra i quali i creditori comuni e P.M.³⁵².

Sia nell'allerta interna sia in quella esterna esiste quindi per il debitore un primo tempo di reazione che dura novanta giorni.

Può sorgere il dubbio se, qualora la situazione di crisi risulti particolarmente intensa prima dello scadere del suddetto termine dei novanta giorni, l'organo di controllo o gli enti possano attivare prima l'intervento dell'OCRI.

³⁵² FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall.*, 4/2019, pag. 419 e ss..

Dal momento che lo scopo dell'allerta è quello di far emergere la crisi, pare preferibile una interpretazione che permetta all'organo di controllo (ma non anche agli enti che sono vincolati da parametri numerici) di anticipare la segnalazione di crisi all'OCRI se si verifici un peggioramento della situazione dell'impresa. Si può inoltre supportare tale interpretazione grazie alla premialità che l'articolo 14 CCII riconosce all'organo di controllo. Affermando infatti tale norma che la tempestiva segnalazione esonera il sindaco o il revisore dall'azione di responsabilità per il peggioramento del passivo, non sarebbe naturale costringere questi ultimi ad aspettare necessariamente novanta giorni (trenta più sessanta).

E' infine interessante sottolineare come, a causa della situazione emergenziale che ha colpito il nostro Paese, già nel febbraio 2020 il Consiglio dei Ministri avesse approvato il D.L. n.9/2020 per il quale, all'articolo 11, *«l'obbligo di segnalazione di cui agli articoli 14, comma 2, e 15 del decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, opera a decorrere dal 15 febbraio 2021»*. Veniva dunque effettuato lo slittamento al 15 febbraio 2021 dell'operatività dell'obbligo di segnalazione che grava sugli organi di controllo interno e sui revisori contabili, oltre che sui creditori pubblici qualificati. Si trattava peraltro di una decisione molto attesa, che ha trovato spazio nello stesso decreto unitamente all'elaborazione delle misure di sostegno per le zone colpite dal coronavirus. L'attivazione dell'allerta interna ed esterna veniva in tal modo posticipata di sei mesi rispetto alla data dell'entrata in vigore originariamente fissata per il 15 agosto 2020.

Tuttavia, rispetto al suddetto posticipo, nel maggio 2021 veniva applicata, relativamente all'operatività della sola allerta esterna, un'ulteriore proroga in seguito alla conclusione, da parte delle Commissioni riunite Bilancio e Finanze del Senato, dei lavori relativi al disegno di legge di conversione del decreto Sostegni (D.L. n. 41/2021). Infatti, uno tra gli emendamenti successivamente approvati, intervenendo sull'art. 15, comma 7 CCII, operava lo slittamento dell'entrata in vigore delle misure di allerta esterna di un altro anno rispetto

all'entrata in vigore del Codice della crisi, rendendole quindi operative solo a decorrere dal 1° settembre 2022³⁵³.

6.1.2. L'Organismo di Composizione della Crisi d'impresa: natura, composizione, doveri e funzioni

La procedura di allerta affida la valutazione della fase d'allerta di cui all'articolo 18 e quella della composizione assistita di cui all'articolo 19 CCII all'OCRI, Organismo di Composizione della Crisi. Tale istituto, anche alla luce del principio di riservatezza che lo contraddistingue (art.5 CCII), è stato dichiarato dal legislatore, nella Relazione ministeriale, come la creazione, secondo criteri logici, di un luogo d'incontro tra esigenze diverse (non necessariamente contrapposte) del debitore e dei suoi creditori, formato da elementi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione negoziata³⁵⁴.

Si può ritrovare nell'OCRI una duplice natura: da un parte esso è chiamato ad assistere il debitore e ad aiutarlo a concludere un accordo con i suoi creditori, agendo come un professionista di sua fiducia (in questo è assimilabile al ruolo del *mandataire ad hoc* francese)³⁵⁵; dall'altra ha l'obbligo di segnalare l'insolvenza al Pubblico Ministero in caso di esito negativo della procedura.

Come afferma autorevole dottrina³⁵⁶, questa duplicità rappresenta tuttavia anche un elemento di criticità in quanto se da una parte l'OCRI è un organismo preposto ad aiutare il debitore, dall'altra è un'autorità a tutti gli effetti con il potere di punire, nell'interesse pubblico, il debitore che non rispetti le regole.

³⁵³NEGRI, *Slitta l'allerta esterna, si aggiungono le segnalazioni di Inps e riscossione*, in *Isole24ore*, maggio 2021.

³⁵⁴VATTERMOLI, *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'ocri*, in *Fallimento*, luglio 2020.

³⁵⁵RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019.

³⁵⁶*Ibidem*, «Il timore è che questo duplice ruolo dell'OCRI, quello di sostegno del debitore in crisi e quello di attore nell'interesse pubblico della vigilanza sul debitore, possa allontanare le imprese dallo strumento vanificando il fatto principale pilastro dell'allerta e dell'indirizzo che emerge dalla Direttiva *Insolvency*. Per questi motivi, al parere di chi scrive, sarebbe quanto mai opportuna una rimeditazione dell'effettiva esigenza del portato della lettera b) dell'art.4 della legge delega ("prevedere che, qualora il collegio non individui misure idonee a superare la crisi e attesto lo stato di insolvenza, l'organismo ne dia notizia al pubblico ministero... ai fini del tempestivo accertamento dell'insolvenza medesima") dalla quale scaturisce l'art.22».

L'articolo 2 lett.u) CCII individua nell'OCRI l'istituto deputato a ricevere le segnalazioni di allerta, a gestire e facilitare la fase dell'allerta ed eventualmente ad assistere il debitore in un procedimento di composizione assistita della crisi.

L'OCRI è costituito presso ogni Camera di Commercio, industria, artigianato e agricoltura (od anche in forma associata presso alcune Camere di Commercio).

Dal momento che la sede dell'OCRI non corrisponde necessariamente ai circondari di tribunale e ai tribunali distrettuali, tale disallineamento fra camere di commercio e circondari di tribunali potrebbe portare a segnalazioni rivolte a OCRI incompetenti³⁵⁷.

L'articolo 16, 2° comma CCII prevede che la segnalazione si invii, per competenza territoriale, nel luogo in cui si trova la sede legale dell'impresa debitrice, non dicendo nulla degli effetti prodotti da una segnalazione ad un OCRI privo di competenza territoriale³⁵⁸.

La soluzione più ragionevole sarebbe quella, anche ai fini dell'economia processuale, di rimettere la segnalazione all'OCRI competente tramite il referente. Se invece l'incompetenza per territorio non è rilevata da nessuno ed il procedimento viene quindi avviato, l'incompetenza territoriale non sembrerebbe destinata ad incidere sulla validità del procedimento, comportando solo eventualmente l'impossibilità di utilizzare alcuni atti prodotti in procedimenti di liquidazione giudiziale o procedimenti penali³⁵⁹.

Dispone poi l'art. 17, comma 6, CCII che qualora il referente, ricevuta la segnalazione dei soggetti qualificati o l'istanza del debitore, verifichi la presenza di un'impresa minore, *“convoca il debitore dinanzi all'OCC competente per territorio indicato dal debitore o in difetto individuato sulla base di un criterio di rotazione, ai fini dell'eventuale avvio del procedimento di composizione assistita della crisi”*.

³⁵⁷ FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *www.ilcaso.it*, ottobre 2019.

³⁵⁸ D'ATTORE, *Gli ocri: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, in *Fallimento*, dicembre 2019, pag. 1429 e ss.

³⁵⁹ SANZO, BURONNI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, cap. 2.

Ancora: l'articolo 16, 1° comma del Codice riprende ciò che è stato già espresso all'art. 2 lett u) individuando la seguente triplice funzione dell'OCRI: a) ricezione di segnalazioni da parte degli organi interni e dei creditori pubblici qualificati; b) coordinamento dello svolgimento del procedimento di allerta attivato per effetto delle segnalazioni; c) assistenza del debitore, su sua istanza, nell'eventuale procedimento di composizione assistita della crisi (regolato dagli artt. 19-23 CCII) eventualmente instaurabile all'esito della segnalazione³⁶⁰.

L'organismo opera tramite: a) il referente, individuato nel segretario della camera di commercio o in un suo delegato atto ad assicurare la tempestività del procedimento e a vigilare sul rispetto dei termini da parte dei soggetti coinvolti, b) l'ufficio del referente, ossia l'apparato costituito dal personale dell'organismo della camera di commercio in cui si svolgono le attività di nomina dei collegi, l'amministrazione segreta dei dati e la gestione di flussi informativi con il collegio; c) il Collegio degli esperti nominato di volta in volta per singolo affare ai sensi dell'articolo 17 CCII, che gestisce le segnalazioni sotto la vigilanza del referente, in particolare con riguardo alle tempistiche degli adempimenti³⁶¹.

La disciplina della nomina e composizione del collegio è contenuta nell'articolo 17 CCII ed è ispirata all'esigenza di assicurare l'apporto di professionalità, il rispetto dei principi di trasparenza e riservatezza nonché la rotazione nelle designazioni³⁶².

Il collegio, ai sensi dell'art. 356 CCII, è composto da tre esperti: a) uno designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale individuato, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa, o da un suo delegato; b) uno designato dal presidente della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o da un suo delegato, diverso dal referente; c) uno designato dall'associazione rappresentativa del settore di riferimento del debitore, scegliendo tra tre nominativi indicati dal medesimo debitore al referente.

³⁶⁰ DESANA, *Relazione, convegno di Courmayeur*, settembre 2019.

³⁶¹ DE BERNARDIN, *Il sistema d'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in *www.ilcaso.it*, settembre 2020.

³⁶² HOUBEN, *I doveri di riservatezza nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Nuove Leggi Civ. Comm.*, marzo 2020, pag. 740 e ss..

In quanto formato da soggetti distinti per la loro competenza, il collegio deve assicurare un elevato livello di preparazione gestionale, contabile e legale, tant'è che, qualora venga a mancare una specifica professionalità, il referente ne dispone la sostituzione. Quest'ultimo deve infine scegliere tra i propri componenti il presidente, a cui è rimessa la nomina del relatore che egli individua nella sua persona o nella persona di un altro componente del collegio.

Il compito ricoperto dal referente è di fondamentale importanza, egli infatti deve acquisire i dati e le informazioni dal debitore, dall'organo di controllo, dal revisore e dai soggetti che hanno effettuato la segnalazione per riferirle al collegio. Si deve ritenere che tale acquisizione si estenda alla relazione aggiornata sulla situazione dell'impresa di cui al comma 2 dell'art. 19 CCII in caso di istanza di composizione assistita.

Con riguardo alle designazioni, l'art. 1, 2° comma del Codice prevede ancora che esse debbano pervenire all'organismo entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta. In mancanza, il referente procede alla designazione in via sostitutiva. Il referente, sentito il debitore, provvede alla designazione anche quando risulta impossibile individuare l'associazione rappresentativa del settore di riferimento. Le designazioni sono effettuate secondo criteri di trasparenza ed efficienza, tenuto conto, in ogni caso, della specificità dell'incarico.

La riservatezza e la confidenzialità costituiscono un punto essenziale dell'intero procedimento, fin dall'inizio della segnalazione che resta segreta.

Per garantire dunque l'anonimato del debitore, la richiesta di designazione non deve contenere alcun riferimento idoneo a consentirne l'identificazione, ad eccezione dell'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. L'unico soggetto che conosce il nome dell'impresa è il referente.

Come emerge dall'art. 5 CCII, la secretazione delle informazioni deve essere garantita da tutti i componenti dell'OCRI, dai collegi e dal personale dei relativi

uffici ed attiene a tutte le informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni³⁶³.

Il principio di riservatezza è anche rafforzato dalla precisazione contenuta al comma 1 dell'art.18 CCII, dove si precisa che l'audizione, da parte del collegio, del debitore nonché dei suoi organi di controllo, avviene "in via riservata e confidenziale". Ancora, come si evince dal comma 2 dell'art. 12 del Codice, non solo la fase della segnalazione all'OCRI ma l'intero procedimento di composizione assistita si svolge in modo riservato e confidenziale³⁶⁴.

Entro il giorno successivo alla nomina, i professionisti devono rendere all'organismo, a pena di decadenza, l'attestazione della propria indipendenza sulla base dei presupposti indicati all'articolo 2, comma 1, lettera o), numeri 2 e 3 CCII. I professionisti nominati ed i soggetti con i quali essi sono eventualmente uniti in associazione professionale, non devono aver prestato negli ultimi cinque anni un'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 o decadenza, il referente procede alla sostituzione dell'esperto. Da ultimo è opportuno menzionare l'articolo 23 del Codice della crisi che si occupa della liquidazione del compenso all'OCRI.

La norma succitata afferma che il compenso «è liquidato ai sensi dell'articolo 351 CCII, tenuto conto, separatamente, dell'attività svolta per l'audizione del debitore e per l'eventuale procedura di composizione assistita della crisi, nonché dell'impegno in concreto».

³⁶³ AMBROSINI, PACCHI, *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Bologna, 2020, cap. 2, 4, 13.

³⁶⁴ RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019;

6.1.2.1. Perplexità sull'efficacia dell'OCRI

Molteplici dubbi sono già sorti sia da parte delle imprese sia da parte degli operatori del diritto in merito all'OCRI ed ai procedimenti di sua competenza³⁶⁵.

In particolare, una prima perplessità è ricaduta sulla sua reale capacità di cogliere, servendosi dei propri mezzi, le problematiche della ragione della crisi e conseguentemente di raggiungere soluzioni più efficaci di quelle cui potrebbe giungere l'imprenditore³⁶⁶. Infatti, come ritiene autorevole dottrina³⁶⁷, l'OCRI arriverebbe a risultati migliori se si confrontasse direttamente con il debitore e non si servisse di piani da lui stesso prodotti senza aver avuto un confronto preliminare. Ciononostante, l'idea del legislatore è quella per cui, fin dalla sua audizione, il debitore è in realtà immediatamente coinvolto ed in grado di partecipare attivamente all'individuazione di soluzioni. Egli resta quindi escluso solo ove rifiutasse di partecipare al dialogo con l'OCRI.

Una seconda perplessità riguarda poi la reale professionalità dei componenti dell'OCRI. Pare infatti che, nell'ambito della ristrutturazione dell'azienda, le categorie professionali di cui è composto non rispecchino le esigenze dell'impresa né le figure di riferimento dell'imprenditore. A tale dubbio si può però replicare che, grazie alla modifica apportata dal decreto correttivo n.147/2020, è ora previsto, quale terzo membro, un soggetto "amico" scelto dal debitore sempre tra gli iscritti all'albo di cui all'art. 356 CCII. Inoltre il legislatore aveva, sin dall'inizio, volontariamente immaginato il collegio dell'OCRI come composto da

³⁶⁵ JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in Studi in ricordo di Michele Sandulli, Torino, 2019, 404 e ss., in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, pag.283 e ss.;

³⁶⁶ DE BERNARDIN, *Il sistema d'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in www.ilcaso.it, settembre 2020

³⁶⁷ RANALLI, *Le misure di allerta ed il correttivo: un dettaglio che rischia di fare naufragare uno strumento sulla carta efficace*, in www.ilfallimentarista.it, gennaio 2020, «L'OCRI è credibile solo se dimostra di avere svolto un effettivo vaglio critico delle azioni che il debitore intende attuare; lo è molto meno se il piano è un suo prodotto, in quanto esso risentirebbe di una conoscenza comunque sommaria dell'impresa da parte dell'estensore e non sarebbe veramente interiorizzato e fatto proprio dal debitore che dovrà seguirlo».

diverse professionalità proprio perché fosse maggiormente capace di individuare la soluzione della crisi più adattabile al caso di specie³⁶⁸.

Sono stati inoltre espressi dubbi riguardo alla reale possibilità che le procedure avanti il collegio dell'OCRI restino confidenziali, soprattutto con riferimento agli eventuali comportamenti dei creditori una volta coinvolti nell'*iter* di composizione assistita. In realtà, le attuali modalità di designazione dell'OCRI sembrano invece idonee a ridurre al massimo il pericolo di individuazione dell'impresa. I membri del collegio sono infatti obbligati a mantenere il segreto sulle informazioni ivi assunte e non possono deporre sui fatti di cui sono venuti a conoscenza nell'ambito delle proprie funzioni (art.5 commi 1 e 4 CCII)³⁶⁹.

Un quarta fonte di preoccupazione scaturisce dalle possibili reazioni che finanziatori, fornitori, clienti ed altri operatori possano avere alla notizia della procedura³⁷⁰. Tuttavia il legislatore sembra aver tenuto già conto di tale eventualità nel momento in cui si è espressamente pronunciato riguardo alle sorti dei contratti pendenti³⁷¹ e degli affidamenti bancari concessi (i quali non possono essere revocati) ed ha individuato la necessità che esistano operatori economici i quali, se coinvolti in un piano di ristrutturazione del debito, mirino al proseguimento dell'attività imprenditoriale del proprio debitore e non alla sua disfatta.

³⁶⁸DE BERNARDIN, *Il sistema d'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in *www.ilcaso.it*, settembre 2020.

³⁶⁹ZANICHELLI, *Il ruolo dell'OCRI*, in *Commento al Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in quaderni *in executivis*, marzo 2019. Questa norma che accosta il collegio dell'OCRI al difensore, sottolinea come «il ruolo dell'OCRI, pur improntato a rigorosa obiettività anche a tutela dei creditori e nell'interesse pubblico alla risoluzione tempestiva della crisi, non sia asettica valutazione delle difese e delle proposte del debitore, ma caratterizzata dalla propositiva ricerca della migliore soluzione delle finalità della legge».

³⁷⁰Nella Circolare n. 19/2019 Assonime si evince che «gli obblighi di segnalazione su fondati indizi di crisi effettuata verso un organismo esterno all'impresa può dar luogo alla diffusione di indiscrezioni sullo stato di salute dell'impresa, che generano un clima di sfiducia verso l'impresa stessa da parte di finanziatori, rendendo difficile la prosecuzione dell'attività e accentuando rapidamente le condizioni di crisi dell'impresa (revoca degli affidamenti, perdita di clienti e fornitori strategici, ecc.)».

³⁷¹Codice della crisi, l'articolo 12, 3° comma prevede infatti che «l'attivazione della procedura di allerta da parte di soggetti di cui agli articoli 14 e 15, nonché la presentazione da parte del debitore dell'istanza di composizione assistita della crisi di cui all'articolo 16, comma 1, non costituiscono causa di risoluzione dei contratti pendenti, anche se stipulati con pubbliche amministrazioni, né di revoca degli affidamenti bancari concessi. Sono nulli i patti contrari».

Perplessità e critiche sono poi state avanzate circa il mancato riconoscimento della prededuzione ai professionisti cui dovesse ricorrere l'imprenditore nel campo delle procedure davanti all'OCRI (art.6, 3° comma CCII). Ciò non può che far venir meno la possibilità per il debitore di avvalersi di un professionista di sua fiducia. Come poc'anzi ricordato, vi è comunque la facoltà per quest'ultimo di individuare il cosiddetto "componente amico" tra i membri del collegio senza che vi siano, nella sua designazione, alcune delle limitazioni previste per le nomine nelle procedure giudiziali, quali, ad esempio, i pregressi rapporti con l'imprenditore³⁷².

Infine la maggiore criticità dell'OCRI inerisce alle già avanzate ipotesi di dissensi circa le decisioni adottate dai suoi organi, per le quali sono stati prospettati contenziosi amministrativi³⁷³. Contestazioni possono sorgere ad esempio qualora vi sia una tardiva nomina del componente del collegio, quando sia già intervenuta l'attivazione del potere sostitutivo del referente o ancora nel caso di erronea esclusione o inclusione di un'impresa tra i soggetti sottoposti alla procedura di allerta.

Da quanto fin qui esaminato, nonostante il legislatore abbia voluto puntare sull'allerta quale nuovo strumento di risoluzione della crisi d'impresa, iniziano già ad emergere ostilità tra gli operatori economici all'entrata in vigore delle relative disposizioni. Nella medesima direzione si pronuncia certa dottrina³⁷⁴, la quale evidenzia la difficoltà di riuscita dell'intervento tempestivo proprio a causa delle diffidenze dei soggetti esterni all'impresa coinvolta.

³⁷² DE BERNARDIN, *Il sistema d'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in *www.il caso.it*, settembre 2020.

³⁷³ FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *www.ilcaso.it*, ottobre 2019

³⁷⁴ *Ibidem*, «Si tratta, ancora una volta, di terreno di conflitto fra una visione più privatistica ed una più pubblicistica della crisi d'impresa (con classica evocazione del confronto fra ruolo etico dell'impresa e spirito liberale) ma il vero ostacolo ad una pacificazione che nessuna regola potrà portare è costituito da una endemica contrapposizione fondata su reciproche diffidenze che ove non rimosse continueranno a rappresentare la zavorra delle soluzioni delle crisi.»

6.1.3 Le regole procedurali

L'Organismo di Composizione assistita della Crisi, come emerso nel paragrafo precedente, opera tramite il referente ed il Collegio degli esperti, di volta in volta nominati ai sensi dell'art. 17 CCII.

Ricevuta la segnalazione di cui agli artt. 14 e 15 CCII o l'istanza del debitore di cui all'art. 19, 1° comma del Codice, il referente procede dunque senza indugio a darne comunicazione agli organi di controllo della società ed al revisore contabile od alla società di revisione, se esistente.

Affinché poi si proceda alla nomina del Collegio degli esperti, il referente procede rapidamente alla richiesta di designazione dei componenti sia presso il Presidente della Sezione imprese del tribunale in cui ha sede l'impresa, sia presso il Presidente della Camera di commercio³⁷⁵.

Ai sensi dell'art. 1, 2° comma del Codice della crisi, gli organi competenti devono, entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta, comunicare al referente la designazione dei membri di rispettiva competenza; in mancanza, il referente procede alla designazione in via sostitutiva.

Il primo vero e proprio atto del Collegio degli esperti consiste nell'audizione del debitore e degli organi di controllo societari (se presenti), la quale deve aver luogo entro quindici giorni lavorativi dalla segnalazione.

La norma dell'articolo 18 CCII non prevede particolari regole di natura istruttoria, in quanto si limita a fissare l'obbligo per il collegio di sentire il debitore e tenere conto «*degli elementi di valutazione da questi forniti nonché dei dati e delle informazioni assunte*». Emerge dunque un regime di assoluta libertà istruttoria, con l'obbligo comunque di riservatezza e confidenzialità nei confronti di quest'ultimo rispetto all'esterno. Qualora il debitore non compaia all'audizione o dopo l'audizione non depositi l'istanza di cui all'articolo 19, comma 1 del Codice, l'articolo 22 CCII prevede che «*il collegio, se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente che ne dà notizia al pubblico ministero presso*

³⁷⁵Vedasi paragrafo precedente.

il tribunale competente ai sensi dell'articolo 27». Segnalazione quest'ultima di rilevanti conseguenze dal momento che, se il Pubblico Ministero ravvisa la fondatezza della notizia dell'insolvenza, deve esercitare tempestivamente e comunque entro sessanta giorni dalla ricezione, l'iniziativa dell'istanza di liquidazione giudiziale di cui all'art 38 CCII³⁷⁶.

Terminata l'istruttoria, il collegio può dunque giungere a due differenti conclusioni:

- se ritiene l'esistenza della crisi (art. 18, 4°, 5° e 6° comma CCII), aiuta il debitore nell'individuazione delle misure idonee a porvi rimedio, fissando un termine entro il quale attuarle. Qualora quest'ultimo sia inerte e non assuma alcuna iniziativa allo scadere del termine fissato, il collegio provvede allora ad informare il referente, che a sua volta ne dà comunicazione agli autori delle segnalazioni. Infine, qualora il debitore dia personalmente avvio al procedimento di composizione assistita della crisi ai sensi dell'art. 19 CCII, il referente informa i soggetti tenuti per legge alle segnalazioni affinché ne siano esonerati;
- se ritiene l'insussistenza della crisi, dispone l'archiviazione delle segnalazioni ricevute, dandone comunicazione tramite il referente ai soggetti che le avevano effettuate (art. 18, 3° comma CCII)³⁷⁷. Il collegio dispone l'archiviazione anche quando ritiene che l'imprenditore non sia assoggettabile alla disciplina dell'allerta, nonché nel caso in cui il debitore, tramite l'organo di controllo societario o un professionista indipendente, consegni l'attestazione circa la sussistenza di crediti per un ammontare complessivo che, una volta compensato, dimostri il mancato superamento delle soglie di segnalazione³⁷⁸.

³⁷⁶RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019;

³⁷⁷SANZO, BURONNI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, cap. 2.

³⁷⁸D'ATTORE, *Gli Ocri: compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, in *Fallimento*, dicembre 2019, pag. 1429 e ss.

Infine il referente deve comunicare l'avvenuta archiviazione al debitore ed ai soggetti che hanno effettuato la segnalazione.

Ad avviso di autorevole dottrina³⁷⁹ si potrebbe anche verificare una conclusione anticipata della fase di allerta quando il collegio ravvisi immediatamente, già in sede di audizione del debitore, l'impossibilità di superare la crisi oppure qualora emerga l'impossibilità di individuare misure di risoluzione della stessa. In tale situazione l'unica decisione possibile è l'apertura di una liquidazione giudiziale, in quanto si tratterebbe di casi di insolvenza tanto gravi da non permettere soluzioni alternative.

6.2. La fase di allerta volontaria: il procedimento di composizione assistita della crisi

Il procedimento di composizione assistita costituisce la fase più avanzata dell'allerta dal momento che implica consapevolezza e condivisione, da parte del debitore, circa l'esistenza della crisi.

Proprio per tale motivo si può parlare anche di fase di allerta volontaria. Infatti il debitore è l'unico soggetto che può darvi impulso, se l'allerta è già stata avviata, tramite l'invio di un'istanza al Collegio degli esperti costituito; oppure, in caso contrario, all'Organismo di Composizione assistita della Crisi, il quale, tramite la figura del referente, si attiverà per costituirlo.

Con il procedimento di composizione assistita vengono coinvolti i creditori o comunque una parte di essi quali banche e fornitori, per raggiungere un accordo all'esito di una trattativa favorita dall'intervento del collegio che svolge, in tale situazione, un ruolo di mediatore attivo tra le parti.

L'articolo 19 CCII lascia intravedere due possibili approcci del collegio: da una parte, un approccio quasi notarile, quindi di assistenza passiva alla negoziazione. In questo caso è compito del debitore, coadiuvato dai propri consulenti, scegliere quali creditori coinvolgere, redigere il contenuto delle proposte, procedere alle

³⁷⁹RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019

negoziazioni ed il collegio ne verifica unicamente l'adeguatezza delle scelte e dei comportamenti in capo alle parti. Dall'altra, si può individuare invece un approccio più pervasivo, implicante un ruolo attivo del Collegio degli esperti. Quest'ultimo sarebbe infatti tenuto ad elaborare le proposte più efficaci per i diversi *stake holders* ed a ricercare direttamente un accordo tra essi in grado di superare la crisi. Ad avviso autorevole dottrina³⁸⁰, il secondo approccio è quello che deve avere il collegio, in quanto unico in grado di risolvere una situazione di crisi ed infondere fiducia alle imprese.

Su istanza del debitore quindi, formulata anche all'esito dell'audizione di cui all'art. 18 CCII, il collegio fissa un termine non superiore a tre mesi, prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi solo se vi siano riscontri di una positiva trattativa per la ricerca di una soluzione. E' compito del relatore sorvegliare tali negoziati.

Segue il dovere del collegio di acquisire, il più velocemente possibile, una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, nonché un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione.

I commi 3° e 4° dell'art. 19 CCII prevedono poi che *«quando il debitore dichiara che intende presentare domanda di omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti o di apertura del concordato preventivo, il collegio procede, su richiesta del debitore, ad attestare la veridicità dei dati aziendali. L'accordo con i creditori deve avere forma scritta, è depositato presso l'organismo e non è ostensibile a soggetti diversi da coloro che lo hanno sottoscritto. L'accordo*

³⁸⁰*Ibidem*, «Chi scrive, ritiene che sia questo secondo approccio l'unico realmente efficace, che permette di cogliere l'opportunità della riforma e fare dell'OCRI uno strumento risolvete al quale le imprese possono guardare con fiducia. Non vi è dubbio che esso comporti per i membri del Collegio un carico di attività ed anche responsabilità assai diverso rispetto al primo ma è l'unico che evita il tradimento delle aspettative della riforma, nella piena consapevolezza che una lettera minimalistica del ruolo dell'OCRI ne decreterà l'insuccesso e vanificherà il ruolo ad esso attribuito dal Codice. Sarà determinante che il ruolo di mediatore emerga in modo diffuso già dai primi interventi per evitare di compromettere definitivamente la reputazione dell'OCRI quale "misura" efficace per il superamento della crisi e non di una mera anticamera dell'intervento dell'autorità giudiziaria».

produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento e, su richiesta del debitore e con il consenso dei creditori interessati, è iscritto nel registro delle imprese».

6.3. Le misure protettive e le misure premiali a favore del debitore

La disciplina del sistema di allerta prevede due tipologie di misure a favore del debitore: le misure protettive (art. 20 CCII) e le misure premiali (art. 25 CCII).

Le misure protettive possono essere richieste dal debitore dopo la sua audizione e solo se ha presentato un'istanza per la soluzione concordata della crisi, dimostrando che tali misure sono necessarie per condurre a termine le trattative. Il debitore deve così rivolgersi alla sezione specializzata in materia di impresa, avuto riguardo al luogo in cui si trova la sede dell'impresa³⁸¹.

L'istanza del debitore, ai sensi dell'art. 19, comma 2 CCII, va presentata con il patrocinio obbligatorio di un difensore ed il suo contenuto può essere assai vario: le misure sono adattabili in relazione all'utilità protettiva per far sì che il debitore possa portare a termine le trattative.

Le misure protettive sono definite dall'art. 2, comma 1, lett. p) CCII, secondo il quale esse rappresentano *«le misure temporanee richieste dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza».*

In particolare si tratta di misure volte alla protezione dalle azioni esecutive, dai provvedimenti cautelari, dalla sospensione della prescrizione e dalla neutralizzazione delle decadenze. Vi rientra, infatti, la preclusione ai creditori, a pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore³⁸².

³⁸¹ *Ibidem.*

³⁸² FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.Lgs. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall*, 4/2019, pag.419 e ss.

Il tribunale concede le misure protettive sulla base di un procedimento regolato dagli articoli 54 e 55 CCII, in quanto compatibili, sentiti eventualmente i soggetti segnalanti ed il presidente del Collegio degli esperti.

Grande rilevanza assume inoltre il contraddittorio processuale nel corso del quale il tribunale potrà verificare i comportamenti ed il grado di consensi da parte dei creditori nei confronti della negoziazione assistita.

La durata iniziale di tali misure non può essere superiore a tre mesi e può venir differita anche più volte, su istanza del debitore, fino al massimo di cui all'art.19, comma 1 CCII. Ad ogni proroga è però necessario verificare che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative, tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo. Per dimostrare ciò, il collegio deve disporre un'attestazione conforme³⁸³.

Ancora: le misure concesse possono essere revocate in ogni momento, anche d'ufficio, qualora siano stati commessi atti di frode nei confronti dei creditori o se il collegio segnali al giudice che non vi siano possibilità di raggiungere una soluzione concordata della crisi o che non emergano progressi significativi nell'attuazione delle misure adottate.

L'art. 8 CCII fissa la durata complessiva delle misure protettive che, tenuto conto delle eventuali procedure successive, non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi e proroghe³⁸⁴. Tale norma si pone quale anticipatoria della disciplina posta dalla Direttiva *Insolvency n. 1023/2019* la quale, all'art. 6, comma 8, prevede che *«la durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, inclusi le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi»*.

Il Titolo II del CCII dedicato alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi, si conclude con l'articolo 25 relativo alle misure premiali per il quale *«all'imprenditore che ha presentato all'OCRI istanza tempestiva a norma*

³⁸³ SANZO, BURONNI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, cap. 2.

³⁸⁴ FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.lgs. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall*, 4/2019, pag.419 e ss..

dell'articolo 24 e che ne ha seguito in buona fede le indicazioni, ovvero ha proposto tempestivamente ai sensi del medesimo articolo domanda di accesso a una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza di cui al presente codice che non sia stata in seguito dichiarata inammissibile» sono riconosciuti dei benefici, cumulabili tra loro³⁸⁵.

I vantaggi hanno ad oggetto:

- riduzioni dei debiti tributari, quanto ad interessi e sanzioni, in diverse forme (art. 25, 1° comma, lett. a), b) e c) CCII);
- possibilità di servirsi di un termine doppio rispetto a quello ordinario per la presentazione di una proposta di concordato preventivo o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 25, 1° comma, lett. d) CCII);
- diminuzione del pericolo che terzi possano formulare una proposta concorrente di concordato preventivo in continuità aziendale (art.25, 1° comma, lett. e CCII));
- esenzione da punibilità per i reati elencati al comma 2 dell'articolo 25 CCII posti in essere anteriormente all'apertura della procedura, qualora riguardino fatti che abbiano cagionato un danno di particolare tenuità oppure, fuori da tali casi, la possibilità di riduzione della pena fino alla metà. Esiste comunque anche la possibilità di ridurre la pena se il danno non sia di speciale tenuità ma ricorrano certe condizioni in ordine al soddisfacimento dei creditori.

La tempestività, condizione essenziale affinché il debitore possa richiedere l'applicazione delle misure premiali, è determinata ai sensi dell'articolo 24 CCII in negativo³⁸⁶.

L'istanza si considera infatti non tempestiva se siano decorsi più di sei mesi dal momento in cui il debitore propone domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza oppure più di tre mesi dal momento

³⁸⁵ DESANA, *Relazione, convegno di Courmayeur*, settembre 2019.

³⁸⁶ FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in *www.ilcaso.it*, ottobre 2019.

in cui propone una domanda di apertura del procedimento di composizione assistita, al verificarsi alternativamente di:

- debiti di retribuzioni scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- il superamento, nell'ultimo bilancio approvato o comunque per oltre tre mesi, degli indici elaborati ai fine della rilevazione della crisi.

La verifica dei requisiti di tempestività è rimessa al collegio istituito dall'OCRI³⁸⁷.

Tali misure sono dunque state elaborate dal legislatore proprio per incentivare l'imprenditore in crisi a sottoporsi al controllo pubblico ed a dare avvio ad una procedura volta al salvataggio dell'impresa.

6.4. La conclusione positiva e negativa della fase dell'allerta

La fase dell'allerta si conclude positivamente quando vengono assunte delle iniziative per l'adozione di possibili misure di superamento della crisi individuate con il debitore.

Non si giunge invece ad una conclusione favorevole quando, alla scadenza del termine fissato, eventualmente prorogato, l'OCRI non possa più proseguire la composizione assistita.

L'insuccesso è caratterizzato da due circostanze: da un lato il *no deal*, ossia la mancata conclusione di un accordo con i creditori, dall'altra la permanenza della situazione di crisi. E' necessaria la sussistenza anche del secondo requisito perché, qualora si verificasse un miglioramento della situazione economico-finanziaria del debitore, verrebbero eliminati i presupposti per avviare la fase dell'allerta³⁸⁸.

³⁸⁷ *Ibidem*.

³⁸⁸ FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.lgs. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall*, 4/2019, pag.419 e ss..

E' compito infatti del collegio dell'OCRI analizzare la situazione dell'impresa servendosi della definizione di cui all'art. 2, comma 1, lett. a) CCII per il quale la crisi è determinata dallo «*lo stato di squilibrio economico-finanziario che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*».

Il collegio invita dunque il debitore ad optare per la via giudiziale, con la possibilità di avvalersi, eventualmente, della documentazione formata nella composizione assistita, consistente nella relazione aggiornata e nelle attestazioni di veridicità dei dati aziendali. Gli atti e documenti del procedimento di composizione invece non possono essere utilizzati se non in una procedura di liquidazione giudiziale o in un processo penale.

Ai sensi dell'art. 21, 1° comma del Codice, il debitore ha trenta giorni di tempo per fare accesso ad una delle procedure di regolamentazione della crisi e dell'insolvenza quali la risoluzione alternativa delle controversie, il concordato o la liquidazione giudiziale.

Da ultimo, il 3° comma dell'art. 21 CCII prevede che «*della conclusione negativa del procedimento di composizione assistita della crisi l'OCRI dà comunicazione ai soggetti di cui agli articoli 14 e 15 che non vi hanno partecipato*».

7. L'apparente allineamento alla Direttiva *Insolvency* del nuovo diritto della crisi d'impresa: l'impatto europeo sul sistema dell'allerta

Giunti a questo punto della trattazione, ci si appresta a svolgere una verifica di compatibilità tra la disciplina dell'allerta del Codice della Crisi e dell'Insolvenza ed i criteri direttivi impartiti dalla Direttiva *Insolvency* n. 1023/2019.

Quest'ultima, approvata dal Consiglio dell'Unione Europea il 20 giugno 2019 e pubblicata sul GUUE del 26 giugno 2019, mira *in primis* a ridurre gli ostacoli al libero flusso di capitali che derivano dalle differenze tra i quadri degli Stati membri in materia di ristrutturazione e insolvenza, *in secundis* a divulgare in tutta

Europa la cultura del risanamento aziendale imperniata sul principio della continuità aziendale (*going concern*) e su quello della seconda opportunità (*fresh start*)³⁸⁹.

In breve: il concetto di *going concern*, in ambito economico aziendale, è considerato un principio per il quale si presume che l'azienda debba continuare ad esistere in quanto svolge l'attività produttiva finalizzata alla creazione di valore per i soggetti interessati (*stakeholders*). Il principio della seconda opportunità, invece, è stato promosso ed elaborato dalla Commissione nella comunicazione "Pensare anzitutto in piccolo" (*Think small first*) Uno "Small Business Act" per l'Europa³⁹⁰ la quale ambisce a dare una seconda *chance* agli imprenditori onesti³⁹¹. Il fallimento è considerato "onesto" quando si verifica senza evidente colpa del gestore, dunque nel rispetto delle regole. Di primario rilievo, al fine di garantire un'effettiva seconda opportunità, è il "tempo di riabilitazione", ossia il periodo intercorrente tra il momento in cui la società è soggetta alla liquidazione e quello in cui può esserne riavviata l'attività.

La Direttiva cerca dunque di raggiungere i suddetti obiettivi effettuando un bilanciamento tra gli interessi dei debitori e quelli dei creditori, nonché riducendo la quantità dei crediti deteriorati nei bilanci delle banche ed evitandone l'accumulo in futuro.

Con riguardo alla materia delle misure di allerta, i profili più rilevanti della Direttiva *Insolvency* ai quali gli Stati membri devono adeguarsi sono i seguenti:

- l'allerta precoce e l'accesso alle informazioni cosicché il debitore possa individuare situazioni indice di probabile insolvenza;
- l'accesso del debitore ad un quadro di ristrutturazione preventiva che gli permetta la ristrutturazione per ostacolare l'insolvenza ed assicurare la sostenibilità economica; risultano così tutelati i posti di lavoro e l'attività

³⁸⁹ COMUNICAZIONE DELLA COMMISSIONE AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSIGLIO E AL COMITATO ECONOMICO E SOCIALE EUROPEO, *Un nuovo approccio europeo al fallimento delle imprese e all'insolvenza*, Strasburgo, COM(2012) 742 final.

³⁹⁰ COM(2008)394 definitivo/2, preceduto da "Superare la stigmatizzazione del fallimento aziendale – per una politica della seconda possibilità". (COM(2007) 584 definitivo).

³⁹¹ Principio II: "Far sì che imprenditori onesti, che abbiano sperimentato l'insolvenza, ottengano rapidamente una seconda possibilità".

imprenditoriale. Gli Stati membri possono poi rendere disponibile il quadro di ristrutturazione preventiva anche a seguito di una richiesta dei creditori e dei rappresentanti dei lavoratori, previo accordo del debitore stesso;

- la nomina di un professionista nel campo della ristrutturazione che assista l'impresa nella redazione del piano al fine di facilitarne le trattative. Si precisa che le procedure, le misure e le disposizioni intraprese possono essere anche stragiudiziali;
- l'opportunità di beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali (per un massimo di quattro mesi fino ad una durata complessiva non superiore a dodici mesi) al fine di agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione³⁹².

La Direttiva *Insolvency* all'art. 2 comma 2³⁹³ rimette invece al diritto nazionale dei singoli Stati membri la definizione di insolvenza, probabilità di insolvenza e

³⁹² RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019.

³⁹³ Direttiva *Insolvency*, articolo 2, Definizioni "1. Ai fini della presente direttiva si applicano le seguenti definizioni: 1) «ristrutturazione»: misure che intendono ristrutturare le attività del debitore che includono la modifica della composizione, delle condizioni o della struttura delle attività e delle passività del debitore o di qualsiasi altra parte della struttura del capitale del debitore, quali la vendita di attività o parti dell'impresa, e, se previsto dal diritto nazionale, la vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, come pure eventuali cambiamenti operativi necessari, o una combinazione di questi elementi; 2) «parti interessate»: i creditori, compresi, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, i lavoratori, o le classi di creditori, e, se applicabile ai sensi del diritto nazionale, i detentori di strumenti di capitale, sui cui rispettivi crediti o interessi incide direttamente il piano di ristrutturazione; 3) «detentore di strumenti di capitale»: una persona che detiene una partecipazione al capitale di un debitore o di un'impresa del debitore, compreso un azionista, nella misura in cui tale persona non sia un creditore; 4) «sospensione delle azioni esecutive individuali»: la sospensione temporanea, concessa da un'autorità giudiziaria o amministrativa o applicata per previsione per legge, del diritto di un creditore di far valere un credito nei confronti del debitore, e, se previsto dal diritto nazionale, nei confronti di un terzo garante, nel contesto di una procedura giudiziaria, amministrativa o di altro tipo, o del diritto di confisca o di realizzazione stragiudiziale dell'attivo o dell'impresa del debitore; 5) «contratto ineseguito»: un contratto tra il debitore e uno o più creditori ai sensi del quale le parti hanno ancora obblighi da adempiere nel momento in cui è concessa o applicata la sospensione delle azioni esecutive individuali; 6) «verifica del migliore soddisfacimento dei creditori»: la verifica che stabilisce che nessun creditore dissenziente uscirà dal piano di ristrutturazione svantaggiato rispetto a come uscirebbe in caso di liquidazione se fosse applicato il normale grado di priorità di liquidazione a norma del diritto nazionale, sia essa una liquidazione per settori o una vendita dell'impresa in regime di continuità aziendale, oppure nel caso del migliore scenario alternativo possibile se il piano di ristrutturazione non fosse omologato; 7) «nuovo finanziamento»: qualsiasi nuova assistenza finanziaria fornita da un creditore esistente o da un nuovo creditore al fine di

quella di micro, piccole e medie imprese, esaustivamente determinate dal legislatore italiano all'art. 2 del Codice della crisi.

In particolare, le misure di allerta disciplinate nel Codice della crisi appaiono coerenti con quanto previsto all'art. 3 comma 2 della Direttiva UE³⁹⁴ n. 1023/2019, ai sensi del quale gli strumenti di allerta precoce possono includere:

- a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non utilizzi determinati tipi di pagamento;
- b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private;

attuare il piano di ristrutturazione e inclusa in tale piano di ristrutturazione; 8) «finanziamento temporaneo»: qualsiasi nuova assistenza finanziaria fornita da un creditore esistente o da un nuovo creditore, che preveda, come minimo, un'assistenza finanziaria nel corso della sospensione delle azioni esecutive individuali e che sia ragionevole e immediatamente necessaria affinché l'impresa del debitore continui a operare, o mantenga o aumenti il suo valore; 9) «imprenditore»: la persona fisica che esercita un'attività commerciale, imprenditoriale, artigianale o professionale; 10) «esdebitazione integrale»: l'impossibilità di far valere nei confronti di un imprenditore i debiti che possono essere liberati, oppure la cancellazione dei debiti insoluti che possono essere liberati in quanto tali, nel quadro di una procedura che può prevedere la realizzazione dell'attivo o un piano di rimborso o entrambe le opzioni; 11) «piano di rimborso»: programma di pagamento di determinati importi in determinate date da parte dell'imprenditore insolvente a favore dei creditori, o il trasferimento periodico ai creditori di determinate parti del reddito disponibile dell'imprenditore durante i termini per l'esdebitazione; L 172/38 IT Gazzetta ufficiale dell'Unione europea 26.6.2019 12) «professionista nel campo della ristrutturazione»: la persona o l'organo nominato dall'autorità giudiziaria o amministrativa per svolgere in particolare uno o più dei seguenti compiti: a) assistere il debitore o i creditori nel redigere o negoziare il piano di ristrutturazione; b) vigilare sull'attività del debitore durante le trattative sul piano di ristrutturazione e riferire all'autorità giudiziaria o amministrativa; c) assumere il controllo parziale delle attività o degli affari del debitore durante le trattative. 2. Ai fini della presente direttiva, i seguenti concetti sono da intendersi come definiti ai sensi del diritto nazionale: a) insolvenza; b) probabilità di insolvenza; c) micro, piccole e medie imprese («PMI»).

³⁹⁴ Direttiva *Insolvency*, articolo 3, Allerta precoce e accesso alle informazioni «1. Gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio. Ai fini di cui al primo comma, gli Stati membri possono avvalersi di tecnologie informatiche aggiornate per le notifiche e per le comunicazioni online. 2. Gli strumenti di allerta precoce possono includere quanto segue: a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi. 3. Gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione. 4. Gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione. 5. Gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore».

- c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi.

Infatti, il nuovo Codice, recepisce le previsioni di cui alla lett. a) ed alla lett. c) rimandando all'obbligo di segnalazione posto a carico dei creditori pubblici qualificati (Agenzia delle Entrate, Istituto Nazionale di Previdenza Sociale e agente della riscossione); quelle di cui alla lettera b), rinviando ai doveri e alle funzioni dell'OCRI e degli OCC.

Tuttavia è possibile rilevare una criticità nella duplice natura dell'OCRI; esso infatti funge, da un lato, da assistente del debitore in crisi e, dall'altro, da "autorità di vigilanza" dello stesso debitore nell'interesse pubblico. Il suo secondo ruolo infatti sembrerebbe allontanare il debitore dal richiedere i servizi di consulenza al Collegio degli Esperti dell'OCRI in quanto temibile come ente inquisitore³⁹⁵.

Occorre inoltre osservare che gli indici di cui all'art. 13 CCII e le soglie enunciate all'art. 15 CCII appaiono allineati con quanto previsto dall'art. 3 commi 1 e 4 della Direttiva, per i quali «*gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoci chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio*» e «*gli Stati membri provvedono affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione*».

A tal proposito autorevole dottrina³⁹⁶ evidenzia come il Codice della crisi non sia perfettamente conforme al citato articolo 3 della Direttiva. Occorrerebbe infatti prevedere, per l'accesso alle misure di allerta, l'intervento di InfoCamere che, in quanto operatore pubblico, dispone della banca dati di tutti i bilanci pubblicati ed

³⁹⁵ RANALLI, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019

³⁹⁶ *Ibidem*.

è in grado di contribuire nell'elaborazione degli indici. Questi ultimi, esclusivamente elaborati dal CNDCCN, non appaiono infatti sufficienti.

Un'altra carenza del Codice della crisi confrontato con l'art. 3 della Direttiva *Insolvency* riguarda l'introduzione di una fase di interlocuzione con i rappresentanti dei lavoratori. Nella Direttiva, infatti, «*gli Stati membri provvedono affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione*» ed anche «*gli Stati membri possono fornire sostegno ai rappresentanti dei lavoratori nella valutazione della situazione economica del debitore*». Nel Codice, invece, tale fase non viene affatto contemplata. A parere della dottrina da ultimo citata si tratterebbe di un passaggio rilevante da compiere, che potrebbe effettuarsi anche grazie ai suggerimenti del Ministero dello Sviluppo Economico³⁹⁷.

Passando a considerare il tema dell'*early warning*, emerge un'altra significativa diversità di approccio tra la Direttiva UE ed il Codice della crisi³⁹⁸.

Il Considerando 22 prevede infatti che gli strumenti di allerta precoce possano essere attivati quando il debitore non abbia effettuato, genericamente, alcun tipo di pagamento. Le soglie di rilevanza dell'art. 15 CCII, invece, riguardano indicatori di situazioni specifiche, riferiti al ritardo di pagamento grave al punto da negare la tanto auspicata precocità dell'intervento delle misure di allerta.

Affinché dunque l'allerta precoce possa effettivamente intervenire, è necessario un *upgrade* dell'art. 15 CCII volto ad elaborare delle soglie più generali.

Proseguendo nell'analisi del Considerando 22, si ricava che gli Stati membri debbano sia rendere disponibili *online* informazioni sugli strumenti di allerta precoce, come pagine e/o siti *web* dedicati, sia, nel periodo successivo, essere in grado di adattare gli strumenti di allerta precoce in funzione della dimensione dell'impresa (tanto per quelle di medie dimensioni, quanto per i gruppi di grandi dimensioni).

³⁹⁷ *Ibidem*.

³⁹⁸ VELLA, *L'allerta nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza alla luce della direttiva (UE) 2019/1023*, in *www.ilcaso.it*, luglio 2019.

Entrambe le disposizioni del Considerando 22 non si riscontrano invece nel Codice della crisi, il quale non prevede piattaforme informatiche né l'applicazione dell'allerta nei confronti delle grandi imprese³⁹⁹.

Un'ulteriore criticità del Codice della crisi consiste nell'eccessiva procedimentalizzazione delle misure di allerta rispetto alla flessibilità degli strumenti di monitoraggio delle imprese previste dalla Direttiva *Insolvency*⁴⁰⁰.

Il legislatore nazionale infatti introduce una complessa sequenza di adempimenti che comportano necessariamente un elevato aumento dei costi. In particolare, nell'allerta interna, l'intento seppur ammirevole di garantire meccanismi di dialogo tra gli amministratori e gli organi di controllo, si trasforma nella scansione delle fasi dell'*early warning* con termini rigidamente prestabiliti quali i 30 giorni per la risposta alle segnalazioni ed altri 60 per la successiva verifica sull'efficacia delle misure intraprese. A tal proposito, l'inerzia degli amministratori, spesso dovuta ad un'eccessiva fiducia nella possibilità di risollevare l'impresa con forze proprie⁴⁰¹, può comportare l'inutile decorso dei termini succitati, ritardando così l'analisi della situazione di crisi da parte del Collegio degli Esperti presso l'OCRI. Un'ultima sostanziale differenza tra il Codice e la Direttiva attiene infine al regime di conoscibilità delle informazioni riguardanti lo stato delle trattative.

Se infatti la Direttiva propende per far circolare immediatamente le notizie sulle condizioni patrimoniali e finanziarie dell'impresa servendosi di piattaforme *online* che informino ed aggiornino tempestivamente gli *stakeholders*, il Codice invece tiene un comportamento totalmente conservativo. Il legislatore nazionale, temendo fughe di informazioni private in una fase ancora distante dalla conclamata insolvenza, vuole così assicurare la massima confidenzialità e riservatezza nello svolgimento delle trattative⁴⁰².

³⁹⁹ *Ibidem*.

⁴⁰⁰ MINGOLLA, *L'illusorio allineamento allo "spazio concorsuale europeo" del nuovo diritto della crisi di impresa*, in www.ildirittofallimentaredellesocieta.it, marzo 2021.

⁴⁰¹ VELLA, *L'allerta nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza alla luce della direttiva (UE) 2019/1023*, in www.ilcaso.it, luglio 2019.

⁴⁰² MINGOLLA, *L'illusorio allineamento allo "spazio concorsuale europeo" del nuovo diritto della crisi di impresa*, in www.ildirittofallimentaredellesocieta.it, marzo 2021.

E' possibile ancora riscontrare la necessità di un coordinamento del Codice alla Direttiva anche per quanto riguarda il trattamento dei creditori. La Direttiva prevede infatti la *relative priority rule* secondo la quale si attribuisce ai creditori di rango inferiore o postergati, come i soci, un trattamento positivo, sebbene non più favorevole di quello previsto per la classe superiore. Il Codice della crisi invece segue la regola dell'*absolute priority rule* per la quale è vietato soddisfare alcun credito ai creditori di grado inferiore finché non siano soddisfatti integralmente quelli di grado superiore⁴⁰³.

Dalle comparazioni svolte si può dunque evincere che, se da un lato il Codice della crisi, allineandosi alla Direttiva *Insolvency*, mira a rendere maggiormente sostenibile il passivo per salvare l'impresa in crisi e concederle la *chance* di reinserirsi nell'economia nazionale proseguendo l'attività aziendale (*going concern*), dall'altro si discosta nettamente riguardo alla circolazione delle informazioni. La Direttiva, diversamente dal Codice, si rivolge proprio agli Stati membri proponendo una gestione dell'impresa in crisi basata sulla rapidità della circolazione delle informazioni al fine di ritardare, così facendo, l'uscita allo scoperto delle imprese⁴⁰⁴.

Il ragionamento riposa sull'assunto che soltanto anticipando la prontezza nella manifestazione dei segnali di crisi si possano sviluppare concrete possibilità di risanamento o, nel caso opposto, salvaguardare il soddisfacimento dei creditori attraverso la prevenzione dell'ulteriore distruzione di ricchezza che la prosecuzione dell'attività anti-economica è destinata ad arrecare⁴⁰⁵.

Sembra dunque evidente che il Codice della crisi richiede un'attenta revisione affinché sia pienamente compatibile con la disciplina UE.

La Direttiva ha tuttavia previsto la possibilità, per gli Stati membri che riscontrino delle difficoltà nella sua attuazione, di beneficiare, facendo domanda entro il 21

⁴⁰³ PANZANI, ARATO, *Il Codice della crisi: un rinvio o un addio?*, in www.ilcaso.it, ottobre 2020.

⁴⁰⁴ MINGOLLA, *L'illusorio allineamento allo "spazio concorsuale europeo" del nuovo diritto della crisi di impresa*, in www.ildirittofallimentaredellesocieta.it, marzo 2021.

⁴⁰⁵ LO CASCIO, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, dicembre 2017.

gennaio 2021, di una proroga non superiore ad un anno per adeguarvi ed eliminare gli eventuali contrasti⁴⁰⁶.

L'Italia ha così deciso di aderire a questa opportunità e si spera pertanto che, prima dell'entrata in vigore del Codice della crisi prevista il primo settembre 2021, siano posti in essere gli auspicati adeguamenti.

8. Pandemia Covid-19: il Codice della crisi entrerà in vigore il 1° settembre 2021? Criticità, perplessità e nuovi spunti di riflessione

La pandemia da Covid-19 ha determinato una recessione senza precedenti nell'economia mondiale. Per quanto concerne il nostro Paese, nell'anno 2020, secondo le proiezioni dell'Istituto di ricerca Prometeia⁴⁰⁷, il prodotto interno lordo si è ridotto del 6,5%, percentuale corrispondente alla regressione dell'intero biennio 2008-2009. Inoltre su 500.000 imprese, solide prima dello *shock* prodotto dal virus, ora 182.000 risultano vulnerabili e 81.000 sono a rischio di fallimento⁴⁰⁸. La Banca d'Italia stima poi un aumento di 6.500 nuovi fallimenti nell'anno 2021 rispetto al 2019⁴⁰⁹ ed i crediti deteriorati, secondo i pronostici del sindacato bancario Fabi, raggiungerebbero la ragguardevole soglia di 100 miliardi⁴¹⁰.

Ne consegue l'allarmante previsione per cui l'Italia nell'anno 2022 avrà un PIL al di sotto di oltre due punti percentuali rispetto al 2019; come affermato da certa dottrina, è *“uno scenario da economia di guerra”*⁴¹¹.

⁴⁰⁶ PANZANI, ARATO, *Il Codice della crisi: un rinvio o un addio?*, in www.ilcaso.it, ottobre 2020

⁴⁰⁷ PROMETEIA, *Rapporto previsione*, in www.prometeia.it, marzo 2020.

⁴⁰⁸ ROMANO –SCHIVARDI, *Imprese “zombie”: quante sono davvero*, in www.lavoce.info, marzo 2021.

⁴⁰⁹ GIACOMELLI, MOCETTI, ROSANO, *Fallimenti d'impresa in epoca Covid*, in www.bancaditalia.it, gennaio 2021.

⁴¹⁰ GORIA, *I crediti deteriorati sfiorano i 100miliardi , cresce l'allarme al centro nord*, in *La Stampa*, maggio 2021.

⁴¹¹ DELLA SANTINA, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da Covid-19. Impressioni e spunti di riflessioni*, in www.ilcaso.it, aprile 2020.

Il nostro Paese è stato dunque colpito assai duramente ed i provvedimenti adottati per contenerne la diffusione hanno determinato ampie restrizioni che, con diverse intensità a seconda della filiera di riferimento, si sono abbattute sulle attività economiche, a discapito del loro fatturato. In proposito non si possono non rammentare le iniziali chiusure imposte su tutto il territorio nazionale dal *lockdown* generalizzato dei mesi di marzo e aprile del 2020 e poi quelle successive che, di volta in volta, hanno afflitto grandissima parte del comparto produttivo⁴¹².

Le conseguenze di quanto sopra hanno quindi innescato una molteplicità di problematiche di carattere economico, finanziario ed anche giuridico, causato dal forte calo dei flussi di cassa in entrata delle imprese⁴¹³, dinnanzi alle quali gli addetti ai lavori hanno subito compreso l'insufficienza degli ordinari strumenti per far fronte alla drammaticità della situazione. Il pericolo maggiore derivante da tale crisi, cui deve far fronte la comunità sociale ed economica, è quello del fallimento sistemico, determinato dal contestuale fallimento di un numero molto elevato di imprese⁴¹⁴. Né, a giudizio di certa dottrina,⁴¹⁵ può essere considerata, quale soluzione, l'ipotesi di esenzione generalizzata dal fallimento proposta da alcuni, in quanto in tal modo si creerebbero difficoltà ancora maggiori per l'impresa, dato che il debitore insolvente verrebbe sottoposto alle pesanti conseguenze delle esecuzioni individuali. Inoltre le imprese decotte mantenute in vita con questo artificio concorrerebbero inevitabilmente a creare una sleale concorrenza per quelle sane.

Si è così imposta la necessità di sviluppare nuove modalità di dialogo che conducano all'individuazione di soluzioni "stra-ordinarie" da suggerire con

⁴¹² AMBROSINI, *La "falsa partenza" del Codice della crisi, le novità del Decreto Liquidità e il tema dell'insolvenza incolpevole*, in www.ilcaso.it, aprile 2020.

⁴¹³ GOBBI, PALAZZO, SEGURA, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post Covid-19 e le loro implicazioni di medio termine*, in *Banca d'Italia*, aprile 2020.

⁴¹⁴ LIMITONE, *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-Covid-19*, in www.ilcaso.it, aprile 2020.

⁴¹⁵ DE CECCO, *Spunti per una riflessione collettiva sulle misure adottate ed adottabili per il contrasto alla crisi economica "da pandemia"*, in www.ilcaso.it, maggio 2020.

urgenza al legislatore, affinché venga approntato un piano *ad hoc* di salvataggio⁴¹⁶.

A riguardo, l'opinione generalizzata del mondo del diritto è quella dell'insufficienza dei modelli regolatori delle crisi disciplinati nella Legge Fallimentare ed anche nel nuovo CCII, infatti non contemplato per regolamentare la depressione intervenuta su un intero sistema.⁴¹⁷

Dinnanzi al crollo generalizzato della nostra economia, numerosissime imprese, *in bonis* prima dell'emersione della pandemia e del *lockdown*, vedono ora compromessa la propria continuità aziendale. Ne consegue, come osservato da autorevole dottrina⁴¹⁸, che i settori più colpiti dalla crisi economica non ricevano alcun vantaggio dagli aiuti previsti attraverso le disposizioni emanate causa Covid-19. Tali sostegni, infatti, non sono sufficienti a produrre nuovo reddito di impresa, quanto piuttosto a coprire solo parzialmente costi fissi e perdite subite. Dunque, secondo la dottrina da ultimo citata, la *fictio iuris* della conservazione del principio di continuità aziendale non porterebbe alcun effettivo giovamento all'imprenditore.

Tra gli operatori giuridici vi è inoltre concordia nel ritenere opportuna una moratoria (o *automatic stay*) che blocchi le azioni esecutive o cautelari per un tempo determinato, senza però comportare il rischio dell'effetto "domino", cagionato dal fatto che i creditori di un'impresa in difficoltà, essendo a loro volta imprenditori, senza riscuotere i crediti possano trovarsi in crisi di liquidità⁴¹⁹.

A questo fine, sempre a parere della dottrina da ultimo citata, non sarebbe sufficiente ovviare con l'istituto del concordato preventivo, sia quello disciplinato dalla Legge Fallimentare sia quello disposto dal nuovo Codice della crisi.

⁴¹⁶ *Ibidem*.

⁴¹⁷ *Ibidem*.

⁴¹⁸ BENVENUTO, *Test di efficienza delle misure adottate con il d.l. 08 aprile 2020 n.23 per contrastare la crisi delle imprese*, in *www.ilcaso.it*, aprile 2020, "La continuità aziendale è una condizione obiettiva dell'impresa, che è presente o mancante a prescindere che lo si voglia, dipendendo dalla disponibilità di quella liquidità che la crisi le ha sottratto e che le serve per onorare i propri debiti correnti".

⁴¹⁹ DELLA SANTINA, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da Covid-19. Impressioni e spunti di riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, aprile 2020.

Neanche, per quanto più rileva in questa sede, si potrebbe far ricorso alla procedura di allerta, in quanto l'adozione delle misure protettive *ex art. 20 CCII* non è automatica. Si tratterebbe, infatti, di quelle misure temporanee richieste all'art. 2 lettera p) del Codice dal debitore per evitare che determinate azioni dei creditori possano pregiudicare, sin dalla fase delle trattative, il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza (tra cui il divieto di azioni esecutive o cautelari). Tale procedura infatti può essere avviata dal debitore unicamente qualora abbia formulato istanza per la soluzione concordata della crisi a seguito dell'audizione davanti all'OCRI e quando questa figuri come necessaria per portare a conclusione le trattative⁴²⁰.

Va detto poi che tale opzione non può avere una durata superiore a tre mesi, prorogabile fino ad un massimo di altri tre, purché siano stati compiuti progressi tanto significativi nelle trattative da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo con i creditori, così come enunciato al terzo comma dell'art. 20 CCII e con possibilità di revoca del provvedimento da parte del Tribunale se siano emersi nel frattempo atti in frode ai creditori, *ex* quinto comma dell'articolo citato. Inoltre, poiché qualora le trattative si concludessero con esito negativo il debitore verrebbe invitato a presentare una domanda di accesso ad una delle procedure di regolazione della crisi (art. 21 CCII), occorre valutare se in tale procedimento la moratoria debba applicare o meno il periodo pregresso, nella considerazione del fatto che la durata generale delle misure protettive non può superare i dodici mesi. Se ne deduce che le suddette condizioni e gli stretti limiti temporali non si adattino per nulla alla contingenza determinata dal Covid-19, per la quale le previsioni purtroppo abbracciano termini di anni e non di mesi.

Si è quindi fatta avanti l'ipotesi di verificare la possibilità di accompagnare le imprese in crisi attraverso un *iter* che stia a metà tra la procedura di amministrazione controllata disposta dalla Legge Fallimentare successivamente abrogata con l'art. 147 del D.lgs n.5 del 9 gennaio 2006 e la fase introduttiva del

⁴²⁰CARRATTA, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel Codice della crisi e dell'insolvenza*, in *Dir. Fall.*, febbraio 2020.

concordato con riserva. Nella “nuova” amministrazione controllata⁴²¹ continuerebbe infatti ad esservi il controllo da parte del tribunale esercitato attraverso un commissario giudiziale, così da permettere all’imprenditore di trarre vantaggio della moratoria fin dalla presentazione della domanda introduttiva e di deporre, solo in un secondo momento, un piano previsionale contenente un’offerta concordataria ai suoi creditori, garantendo nel contempo un equilibrio economico⁴²².

Occorre rammentare come l’esigenza di favorire, a determinate condizioni, il risanamento delle imprese in crisi, fosse già presente allo stesso legislatore del 1942. Ne sono paradigmatiche, a riguardo dell’amministrazione controllata, da una parte il cosiddetto “uso alternativo delle procedure concorsuali”, ossia la possibilità di mantenere la continuità aziendale di imprese in crisi tramite la sequenza amministrazione controllata – concordato preventivo – fallimento; dall’altra la riformulazione del requisito della “meritevolezza” del debitore richiesto dall’ art. 188, 1° comma l.f., riferito all’ipotesi di risanamento aziendale e non alla figura singola dell’imprenditore, verso cui acquisivano importanza le conoscenze tecnologiche e le competenze tecniche degli amministratori volte a raggiungere l’obiettivo della procedura, consistente nel risanamento dell’impresa o nel ripristino della solvibilità di quest’ultimo.

⁴²¹LIMITONE, *L’accompagnamento fuori della crisi con l’aiuto dell’OCC-Covid-19*, in *www.ilcaso.it*, aprile 2020, “Bisognerebbe introdurre temporaneamente una nuova procedura concorsuale, semplificata, simile alla vecchia amministrazione controllata, caratterizzata dall’impossibilità di aprire il fallimento e dal blocco delle azioni esecutive dei creditori; procedura impostata come un “contenitore di sicurezza” per l’impresa in crisi, crisi influenzata negativamente dai provvedimenti emanati per contrastare il virus, con nomina di un Commissario e presenza costante del Giudice, in funzione di monitoraggio, anche sul rispetto delle condizioni di legge per l’erogazione delle varie “provvidenze”; una “fase di percorso idoneo a conseguire la ristrutturazione, quando la procedura si potrebbe finalmente “convertire” in concordato preventivo”.

⁴²²*Ibidem*, “occorrerebbe introdurre temporaneamente una nuova procedura concorsuale, semplificata, simile alla vecchia amministrazione controllata, caratterizzata dall’impossibilità di aprire il fallimento e dal blocco delle azioni esecutive dei creditori[...]con nomina di un Commissario e presenza costante del Giudice, in funzione di monitoraggio[...]una “fase di osservazione prolungata”, in attesa di poter individuare il percorso idoneo a conseguire la ristrutturazione, quando la procedura si potrebbe finalmente “convertire” in concordato preventivo”.

A giudizio di certa dottrina l'abrogazione di tale istituto è stata un errore cui sarebbe ancora possibile rimediare favorendone la reintroduzione, con i dovuti coordinamenti alle norme sul concordato preventivo, soprattutto facendo riferimento agli effetti per il debitore, per i creditori e per contratti pendenti, non essendo sufficiente la sola moratoria a sollevare le imprese dal Covid-19.

L'eventuale *automatic stay* sarebbe dunque possibile ove venisse supportata dalla presentazione di un piano, rimodulabile nel corso della procedura, che potrebbe risultare interrotto dal deposito della domanda di concordato preventivo contenente un nuovo programma per i creditori.

Tale affermazione, sempre secondo il parere della dottrina da ultimo citata, sarebbe avvalorata dalla considerazione che il novellato articolo 2086 c.c., per il quale l'imprenditore deve "*attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale*", rapportato alla crisi della pandemia, non fornisca all'imprenditore uno strumento adeguato, dato che tale non è il concordato preventivo, e dunque, piuttosto di mitigare la suddetta disposizione, meglio sarebbe reintrodurre nella legge vigente, con gli opportuni adattamenti, l'istituto dell'amministrazione concordata .

Inoltre, per le criticità rilevate sull'istituto dell'allerta, lo stesso sarebbe da rimodulare ed a tal fine occorrerebbe procrastinare nuovamente l'entrata in vigore del nuovo Codice.

L'idea di riorganizzare gli istituti pensati per amministrare un'impresa in crisi strutturale è fatta propria anche da un'altra parte della dottrina⁴²³, la quale valutandone l'eventuale applicazione ad imprese sane, entrate in crisi a causa del Covid - 19, ne effettuerebbe soltanto alcune modifiche. Partendo dalle conoscenze acquisite attraverso l'utilizzo del concordato preventivo, si ritiene infatti che sia possibile ricavare alcuni meccanismi applicabili per approntare una procedura di supporto agli imprenditori in crisi da pandemia in quanto di immediata fruibilità e

⁴²³ BENASSI, *Brevi spunti per un'agile procedura di "sostegno" alle imprese in crisi da coronavirus*, in www.ilcaso.it, aprile 2020.

basati su elementi semplici, idonei a prestare aiuto ad imprese sostanzialmente sane.

A giudizio di tale dottrina i nuovi *iter* di sostegno alle imprese dovrebbero quindi essere, *in primis*, su base volontaria. Ciò infatti renderebbe l'imprenditore autonomo nelle proprie scelte e consentirebbe allo Stato di non avviare obbligatoriamente una procedura, valutabile alla stregua di una dichiarazione di fallimento. Così l'impresa che per necessità sia costretta ad accedervi, avrebbe consapevolezza dell'ingerenza dello Stato e protezione dalle azioni dei creditori, con il limite del controllo esercitato sui dati e sulle dichiarazioni rese all'organo di controllo incaricato di vigilare sul procedimento.

Inoltre, alla domanda stessa di accesso (da presentare con formula semplificata e succinta motivazione riferita alla crisi per Coronavirus unitamente alla situazione patrimoniale aggiornata ed ai bilanci degli ultimi tre anni) dovrebbe conseguire la moratoria, affinché l'imprenditore si possa avvantaggiare di un periodo protetto analogo a quello abbinato alla domanda di concordato con riserva (*ex art. 161, 6° comma, l.f.*), durante il quale né possano essere avviate o proseguite azioni esecutive o cautelari, né possa essere presentata istanza di fallimento.

Essa andrebbe poi presentata al tribunale competente per territorio ai sensi dell'art. 9 l.f., in cui vi siano già le strutture degli uffici giudiziari dotate di competenza, per l'esperienza conseguita nella conduzione dei ricorsi per concordato preventivo. Da quest'ultimo verrebbe quindi nominato un commissario con funzioni simili a quelli esercitati dal professionista nel concordato con riserva. E' importante sottolineare che, per le osservazioni riportate, l'organo giudicante non eserciterebbe funzioni di direzione bensì esclusivamente di vigilanza, basata sulle relazioni periodiche del professionista incaricato (disposte sulla base di modelli uniformi) nonché sulle cicliche informazioni che l'impresa dovrebbe rendere riguardo alla situazione economica e finanziaria nonché, infine, su quelle ricavate direttamente dalla consultazione delle scritture contabili.

Inoltre, qualora l'incaricato rediga un'ulteriore, succinta, relazione, ne potrebbe ancora conseguire, da parte dell'imprenditore, la facoltà di domandare l'erogazione di un credito agevolato. L'istituto bancario infatti acquisirebbe, sulla scorta delle informazioni contenute nel documento citato, le conoscenze istruttorie per provvedere alla sua concessione, eventualmente integrabili con la richiesta di documentazione riferita alle suddette relazioni periodiche. Il tribunale resterebbe comunque libero di dichiarare il venir meno o l'inesistenza dei presupposti per la continuazione della protezione dalle azioni esecutive cautelari e dall'accesso al credito. In ogni caso lo stesso non dovrebbe avere poteri autorizzativi né degli atti di ordinaria né di quelli di straordinaria amministrazione inerenti l'attività di impresa, al fine di preservarne la libertà di operare sui mercati, nell'ottica del più celere superamento dell'emergenza.

Infine, sempre secondo la dottrina succitata, occorrerebbe ristabilire la possibilità che l'imprenditore presenti domanda di fallimento in proprio. Tale opzione avrebbe carattere urgente, considerato che, in particolari circostanze, sia l'autofallimento sia l'autoliquidazione potrebbero connotarsi come strumenti di autotutela per l'impresa, una volta che siano risultate impraticabili tutte le diverse possibilità. Attraverso la liquidazione, infatti, potrebbero emergere soluzioni di salvaguardia della continuità aziendale⁴²⁴.

Accanto alla soluzione della "nuova" amministrazione controllata come anzi prospettata, autorevole dottrina⁴²⁵ considera l'ulteriore possibilità che, a fronteggiare l'emergenza economica determinata dal Covid-19, possa essere d'aiuto il preventivo utilizzo dell'Organismo di Composizione della Crisi, plasmato sul contesto pandemico. In questo caso, diversamente dalla disciplina del nuovo Codice in cui l'intervento del Giudice è successivo rispetto a quello

⁴²⁴ FIMMANO', *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da Coronavirus mediante affitto di azienda alla new co-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, in www.ilcaso.it, aprile 2020.

⁴²⁵ LIMITONE, *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-Covid-19*, in www.ilcaso.it, aprile 2020

dell'OCRI,⁴²⁶ sarebbe auspicabile la previsione di continui meccanismi di collegamento tra i due organi. Gli stessi andrebbero supportati, fin dall'inizio della procedura, con relazioni periodiche e riunioni di verifica, oltretutto attraverso la richiesta di autorizzazione, da parte dell'impresa, per gli atti di maggior rilievo. Velocità e alleggerimento dovrebbero dunque caratterizzare il suddetto intervento. Inoltre, quanto alla competenza richiesta, occorrerebbe, recuperando il progetto delle sezioni specializzate elaborato a suo tempo dalla Prima Commissione Rordorf, dar vita a sezioni specializzate nei Tribunali con specifiche cognizioni di diritto fallimentare. Il suddetto organismo dovrebbe poi poter collaborare alla gestione per almeno un anno, in modo da favorire l'impresa in difficoltà e consentire il recepimento degli aiuti statali *ad hoc* approntati. Va ancora ricordato come il citato requisito della semplificazione delle procedure sia anche sostenuto da certa dottrina⁴²⁷, la quale vi aggiunge la conseguente necessità della loro deregolamentazione. Ciò al fine di scongiurare che le future crisi siano gestite in chiave preventiva unicamente con gli accordi di ristrutturazione del debito, limitati dal consentire alle minoranze dissenzienti la possibilità di sottrarsi alle conseguenze della manovra della maggioranza.

Infine, con riferimento all'ambito della politica-economica, autorevole dottrina⁴²⁸ propone tre misure complementari, strategiche a suo giudizio per superare la crisi, differenti per entità di spesa a carico dello Stato e tempi di realizzazione. Esse si caratterizzerebbero, nel breve termine, in trasferimenti diretti alle imprese da parte del governo per compensare la perdita di fatturato e coprire le spese operative. La *ratio* di tali misure risiederebbe nella necessità di operare trasferimenti a fondo perduto che, sommati ad altre provvidenze ed agli aiuti pubblici come la CIG,

⁴²⁶ PANZANI, *Lockdown, crisi, banche e ristrutturazioni: un primo bilancio*, in www.ilcaso.it, dicembre 2020.

⁴²⁷ DE CECCO, *Spunti per una riflessione collettiva sulle misure adottate ed adottabili per il contrasto alla crisi economica "da pandemia"*, in www.ilcaso.it, maggio 2020, propone di introdurre "un rafforzato ed esteso meccanismo di "automatic stay" (o, se si preferisce, di "ibernazione dell'impresa") in una sorta di riedizione "in chiave moderna" dell'abrogata amministrazione controllata".

⁴²⁸ GOBBI, PALAZZO, SEGURA, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post-covid e le loro implicazioni di medio termine*, in *Banca d'Italia, Note Covid-19*, 15 aprile 2020 su Voxeu.org.

contrasterebbero il rischio di indebitamento finanziario delle imprese, prive di flussi di cassa. Tale opportunità imporrebbe tuttavia, nell'immediato, un forte esborso da parte dello Stato e che venissero disposti dei criteri di scelta per le imprese ammesse al beneficio. Nel medio termine, sarebbe poi auspicabile la formazione di un veicolo con capitale pubblico per la ristrutturazione di debiti di imprese medio-grandi, messo a punto dai governi al fine di acquistare dalle banche i prestiti concessi alle imprese conseguenti al fabbisogno di liquidità dovuto allo *shock* prodotto dal Covid. Infine, sempre nel medio termine, anche l'introduzione di incentivi fiscali per la ricapitalizzazione delle imprese potrebbe rappresentare una valida ipotesi di sostegno.

IV. LE PROCEDURE DI ALLERTA NELL'ORDINAMENTO FRANCESE ED ITALIANO: DUE MODELLI A CONFRONTO

SOMMARIO: 1. Riferimenti normativi italo-francesi: due modelli più lontani che vicini – 2. Il sistema di *alerte* interna ed esterna: tratti comuni e differenze nella rilevazione degli indici di allarme – 3. *Vis à vis* tra il *Tribunal de Commerce* e l'OCRI: una diversa attribuzione di competenze all'Autorità giudiziaria.

1. Riferimenti normativi italo-francesi: due modelli più lontani che vicini

L'analisi approfondita delle misure e procedure di allerta nel *Code de Commerce*⁴²⁹ e nel Codice della crisi e dell'insolvenza⁴³⁰ (legge n.155/2017), non può non sollecitare un'indagine comparatistica delle due discipline.

E' di immediata evidenza che l'ordinamento italiano, a partire dalle Commissioni Trevisanato (operative tra il 2001 e il 2004), passando attraverso la Commissione Rordorf per approdare infine al Codice della crisi (l. n.155/2017), abbia tratto grande ispirazione dal modello francese in tema di sistemi di allerta e prevenzione della crisi. Come già detto, il legislatore d'oltralpe, fin dalla riforma del 1984 e poi nell'evoluzione successiva della normativa delle procedure concorsuali francesi, aveva inteso realizzare un disegno sistematico nel quale le *procédures d'alerte* (unitamente al *madat ad hoc*, la *conciliation* e la *sauvegarde*) si rivelassero funzionali all'obiettivo di favorire il profilo della *prévention*, da realizzarsi quest'ultima attraverso una tempestiva *detection des difficultés*, al fine di consentire un più efficace trattamento della crisi⁴³¹ e preservare l'azienda dalla liquidazione giudiziale⁴³².

⁴²⁹ Vedasi capitolo II.

⁴³⁰ Vedasi capitolo III.

⁴³¹ RONCO, *Prevenzione della crisi in Francia e Italia: gli istituti dell'Allerta a confronto*, in *www.diritto.it*, gennaio 2021.

⁴³² JORIO, *La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza. Un modello da imitare*, in *Giur. Comm.*, 1995, V.

Risulta dunque ora interessante domandarsi se, in materia di procedure di allerta, il legislatore italiano abbia attinto *tout court* dalla disciplina francese oppure se sussistano delle sostanziali differenze tra i due modelli⁴³³.

Alla luce di quanto verrà evidenziato nei prossimi paragrafi è già qui possibile affermare, con sufficiente sicurezza, che in materia di procedure di allerta il legislatore domestico non ha compiuto un trapianto dell'istituto della normativa concorsuale francese⁴³⁴; per quanto infatti si possano riscontrare alcune somiglianze, le differenze risultano profonde e di notevole rilevanza.

2. Il sistema di *alerte* interna ed esterna: tratti comuni e differenze nella rilevazione degli indici di allarme

Come osservato nei capitoli precedenti, tanto l'ordinamento francese quanto quello italiano sono caratterizzati dalla suddivisione delle procedure di allerta in varie fasi, le quali differenziano il procedimento a seconda dei soggetti deputati ad attivarle e, soprattutto, si caratterizzano per presupposti oggettivi diversi, variabili in base alle informazioni a disposizione dei soggetti legittimati a darne avvio.

In particolare, la normativa francese nel caso di allerta interna rilevata dai *commissaires aux comptes* o dagli *associés des actionnaires*, così come quella esterna rilevata dal *Tribunal de Commerce*, afferma che detti soggetti devono attivarsi quando sussista una circostanza tale da poter compromettere la continuità aziendale⁴³⁵.

La suddetta nozione, che richiama il concetto di *going concern* anglosassone, è volutamente vaga cosicché il *commissaire aux comptes* sia libero di valutare, soprattutto con riferimento alla specifica impresa in cui opera, le circostanze idonee a provocare una minaccia per la “*continuité de l'exploitation*” ed un

⁴³³ CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016.

⁴³⁴ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss..

⁴³⁵ RONCO, *Prevenzione della crisi in Francia e Italia: gli istituti dell'Allerta a confronto*, in *www.diritto.it*, gennaio 2021.

indebolimento dell'equilibrio finanziario tale da condurre, successivamente, alla cessazione dei pagamenti⁴³⁶.

Con la riforma del 1994 il citato criterio diventa quindi presupposto oggettivo dell'attivazione dell'allerta, sostituendo l'antecedente parametro elaborato dal comitato presieduto da Sudreau⁴³⁷, basato invece su dati precisi (*clignotants bien identifiés*) e per questo motivo ritenuto troppo rigido e inadeguato.

Tale rigidità avrebbe infatti proprio determinato l'insuccesso dell'attivazione delle procedure di allerta⁴³⁸.

Con la nozione di continuità aziendale – (fattispecie aperta) – il legislatore francese ha così introdotto una certa flessibilità nel sistema dell'allerta, con cui, se da un lato ha risolto le criticità denunciate da prassi e dottrina in merito al *Rapport Sudreau*, dall'altro ha tuttavia esposto i *commissaires aux comptes* ad un'attenta valutazione della sua individuazione⁴³⁹.

Col passare degli anni, tuttavia, la suddetta flessibilità ha reso necessario l'intervento di scienze aziendalistiche e contabili⁴⁴⁰ volte allo scopo precipuo di aiutare questi ultimi e ridurne, contestualmente, le competenze discrezionali. Sono stati allora elaborati degli indicatori, relativi sia al contesto e sia all'organizzazione propri di ogni impresa, in grado di rilevare, in modo più specifico e puntale, una minaccia per la continuità aziendale.

Nel modello italiano, invece, il legislatore richiama i “fondati indizi di crisi”, da accertarsi in riferimento al verificarsi di alcuni, poco esaustivi, indici di natura finanziaria. Tale nozione, per i revisori dei conti o i sindaci delle S.r.l,

⁴³⁶ Vedasi paragrafo I, capitolo II.

⁴³⁷ Vedasi nota 8, paragrafo 1, capitolo II.

⁴³⁸ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss..

⁴³⁹ JORIO, *La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza. Un modello da imitare*, in *Giur. Comm.*, 1995, V.

⁴⁴⁰ Le “Norme di esercizio professionale” elaborate dalla *Compagnie Nationale des Commissaires aux comptes* individuano quali esempi di circostanze che possano compromettere la continuità aziendale: patrimonio netto negativo, insufficiente capacità di autofinanziamento, inadempimento di contributi previdenziali o debiti fiscali, notifiche di protesti, il mancato rinnovo di contratti fondamentali, le dimissioni di impiegati chiave, la perdita di segmenti di mercato a causa dell'ingresso di imprese concorrenti.

sembrerebbe rendere ancora più complessa l'individuazione dell'*incipit* dell'allerta: si rivela infatti difficile riconoscere il momento esatto in cui l'impresa entra in difficoltà, con il conseguente rischio di un falso allarme⁴⁴¹.

In proposito parrebbe dunque opportuno prevedere, con specifico riferimento all'attivazione, indici meno vaghi.

Al contrario, sempre nella disciplina italiana, la fissazione molto specifica e puntuale del livello delle soglie quantitative che determinano il momento in cui nasce l'obbligo di segnalazione dei creditori pubblici qualificati nell'allerta esterna, risulta problematica dal punto di vista opposto. In particolare, in caso di livelli troppo bassi, ciò potrebbe causare serie difficoltà al funzionamento del sistema per via del probabile eccesso di segnalazioni che ne scaturirebbe⁴⁴².

3. *Vis à vis* tra il *Tribunal de Commerce* e l'OCRI: una diversa attribuzione di competenze all'Autorità giudiziaria

Tanto il modello dell'allerta francese quanto quello italiano sono caratterizzati dall'assenza di coattività delle procedure: in entrambi i casi, infatti, il debitore che non risponde alla convocazione da parte dei soggetti attivatori dell'allerta non viene sanzionato.

Si può notare però come, nella normativa italiana, vi sia una sorta di coazione indiretta provocata dalle misure premiali⁴⁴³, le quali invogliano il debitore a ricorrervi per ottenerne un vantaggio. Così facendo, questo meccanismo dovrebbe "eticizzare" il ruolo del debitore, incentivandolo a salvaguardare l'impresa invece di condurla al suo declino⁴⁴⁴.

Nel sistema francese, l'allerta è attivabile *motu proprio* dal presidente del tribunale il quale convoca il debitore quando riscontri, da qualunque atto,

⁴⁴¹ RONCO, *Prevenzione della crisi in Francia e Italia: gli istituti dell'Allerta a confronto*, in *www.diritto.it*, gennaio 2021.

⁴⁴² INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

⁴⁴³ Vedasi paragrafo 6.3, capitolo III.

⁴⁴⁴ DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-is*, in *Dir. Fall.*, aprile 2017, pag. 751 e ss..

documento o procedimento, che l'impresa stia incontrando delle difficoltà tali da comprometterne la continuazione. L'imprenditore, anche in questo caso, è libero di decidere se presentarsi o meno senza che vi siano conseguenze, in quanto il procedimento si svolge in maniera non contenziosa e non sono previste sanzioni⁴⁴⁵.

Anche se non vi siano delle misure premiali che, come nel modello italiano, spingano il debitore a presentarsi, quest'ultimo è comunque motivato a sostenere il colloquio, in quanto a conoscenza dell'autorevolezza e della competenza del *Tribunal de Commerce*.

Il legislatore d'oltralpe non ha pensato infatti ad una convocazione punitiva ma ad una chiamata col fine di responsabilizzare il debitore, invece di spingerlo ad adottare condotte che possano occultare la crisi⁴⁴⁶. La *ratio* dell'invito da parte del Tribunale è infatti quella di instaurare un colloquio di natura confidenziale con quest'ultimo o direttamente con i membri dell'organo amministrativo della società, nel corso del quale, dopo avere individuato le cause della crisi, il giudice elabori, insieme all'imprenditore, le strategie migliori per il superamento della stessa. Il debitore è così motivato a presentarsi, poiché la caratteristica del *Tribunal de Commerce* è proprio quella di essere composto da membri che, in quanto magistrati consolari scelti tra imprenditori o dirigenti di società per l'esperienza professionale sia giuridica che economica, garantiscono una conseguente gestione delle procedure più consapevole dal punto di vista delle esigenze dell'impresa.

E' proprio tale peculiarità del *Tribunal de Commerce*, differente da quella degli altri Paesi, a consentire una maggior fiducia nei sistemi di allerta e prevenzione della crisi d'impresa⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁴⁶ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss..

⁴⁴⁷ JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Studi in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 404 e ss., in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, pag.283 e ss.;

In Italia, comunque, sebbene la mancata previsione dell'iniziativa diretta dell'autorità giudiziaria sia coerente con lo spirito non giudiziale dell'allerta prevista dall'articolo 4 CCII, non sarebbe stato possibile prevederla in quanto l'organo giudicante, ad oggi, difficilmente può assolvere il compito di convincere l'impresa in crisi ad adottare soluzioni più adeguate⁴⁴⁸. Questo incarico, infatti, è ben lontano dal ruolo classico dei magistrati italiani, che non risiede nell'immistione nella gestione, neanche sotto il profilo del sindacato sulla fattibilità economica o sul merito di convenienza delle scelte, invero riservato ai creditori, poiché il giudice appare carente di specializzazione e competenze professionali nonché di strumenti tecnici per intervenire tempestivamente, non essendo un "operatore di mercato" ma di procedimento⁴⁴⁹.

Destinatario della segnalazione, nel nostro Paese, è infatti l'organismo di composizione assistita della crisi (OCRI), caratterizzantesi quale nuovo istituto, dotato di peculiarità assai originali sia rispetto agli strumenti con i quali nella precedente esperienza nell'ordinamento italiano si è cercato di trovare una soluzione per l'impresa in difficoltà, sia rispetto alle analoghe esperienze negli altri Paesi, tra cui quella francese⁴⁵⁰.

Tale istituto può, seppur limitatamente, accostarsi a quello del *mandat ah hoc* o la *conciliation* nel regime vigente in Francia.

Qui le imprese in difficoltà possono infatti, nell'ambito di un'iniziativa che si svolge senza alcuna pubblicità, nominare un *mandataire ad hoc* o un *conciliater* con l'approvazione dell'autorità giudiziaria, invece di cercare soltanto da sé una soluzione ai rispettivi problemi. Con l'aiuto del professionista incaricato è dunque possibile ricercare un accordo con i creditori, al quale, poi, può attribuirsi una

⁴⁴⁸ DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-is*, in *Dir. Fall.*, aprile 2017, pag. 751 e ss..

⁴⁴⁹ PATTI, *Il Giudice nella crisi d'impresa: le ragioni di una presenza*, in *Fallimento*, 2011.

⁴⁵⁰ INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss..

speciale “vincolatività” per effetto di una *force exécutoire* o dell’*homologation* da parte del *Tribunal de Commerce*⁴⁵¹.

Nel modello francese, tuttavia, anche questa fase del regime della crisi d’impresa (*mandat ad hoc* o *conciliation*), nonostante venga governata da un criterio di libertà di scelte sia da parte del debitore, sia da parte dei suoi creditori⁴⁵², si inserisce in una sequenza procedimentale nella quale l’autorità giudiziaria è da subito presente e si raccorda alle eventuali fasi successive quali la procedura di *sauvegarde*, o *redressement* o *liquidation judiciaire*. Anche in queste, dunque, subentra un potere giudiziale di direzione ed impulso nella gestione e soluzione della crisi d’impresa tanto nell’affiancamento ai professionisti incaricati, quanto nella sostituzione a quest’ultimi qualora non vi siano riusciti⁴⁵³.

Nella disciplina italiana, invece, si è introdotto, relativamente al regime di allerta, un sorta di “servizio pubblico”, un’assistenza all’impresa in difficoltà riunita in un organismo amministrativo, individuato in un’apposita “sezione specializzata⁴⁵⁴” per la disciplina delle situazioni di sovraindebitamento⁴⁵⁵ (situazione per la quale i debitori in difficoltà non sono ancora soggetti a procedure concorsuali).

Come analizzato nel capitolo terzo, l’OCRI è destinatario delle segnalazioni da parte dei sindaci o revisori dei conti, dei “creditori qualificati” o, ancora, è attivato dallo stesso imprenditore, in virtù delle regole proprie del regime di allerta⁴⁵⁶.

Una volta giunte le segnalazioni, non effettuate d’ufficio ma solo ad opera dei soggetti legittimati, l’organismo di composizione assistita della crisi avvia un procedimento caratterizzato dall’assenza di pubblicità e dall’obbligo della riservatezza in merito alle informazioni acquisite.

⁴⁵¹ RONCO, *Prevenzione della crisi in Francia e Italia: gli istituti dell’Allerta a confronto*, in *www.diritto.it*, gennaio 2021.

⁴⁵² Non è possibile, comunque, imporre ai creditori alcun accordo al quale non abbiano aderito spontaneamente.

⁴⁵³ DE MATTEIS, *L’allerta nel disegno di legge delega n. 3671-is*, in *Dir. Fall.*, aprile 2017, pag. 751 e ss..

⁴⁵⁴ La sezione specializzata è stata costituita recentemente con la legge n. 3 del 27 gennaio 2012.

⁴⁵⁵ Il termine sovraindebitamento è stato preso in prestito dalla lingua francese, dove *surendettement* è stato utilizzato per classificare quelle situazioni in cui l’impresa in difficoltà non è soggetta alle procedure concorsuali.

⁴⁵⁶ RONCO, *Prevenzione della crisi in Francia e Italia: gli istituti dell’Allerta a confronto*, in *www.diritto.it*, gennaio 2021.

Non può dunque non risaltare, da quanto sopra, la preoccupazione causata dal fatto che l'organismo della composizione assistita della crisi non pare avere la capacità e la prontezza che il suo compito esigerebbe, se si paragona appunto alla grande esperienza professionale racchiusa dal *Tribunal de Commerce*.

A ciò si potrebbe aggiungere il fatto che gli imprenditori meno seri possano vedere nell'OCRI solo un'opportunità per “scaricare” sugli altri, nel corso della gestione della crisi, le spese e le incombenze altrimenti spettanti alla propria organizzazione⁴⁵⁷.

In ogni caso, il perché sia stato comunque preferito l'organismo di composizione assistita della crisi, (soluzione amministrativa), all'autorità giudiziaria, è suggerito dall'eccessivo carico di lavoro degli uffici giudiziari e dal numero insufficiente di professionisti davvero esperti ed organizzati rispetto alle esigenze delle imprese in difficoltà.

A parere di certa dottrina sarebbe stato più conveniente concentrare un regime di incentivi e disincentivi che ricompensasse da una parte e punisse dall'altra i suoi iscritti presso “unità di crisi” da istituirsi in organizzazioni già esistenti, così da garantire una maggior efficienza della composizione assistita della crisi⁴⁵⁸.

In questo modo, alleggerendo gli uffici giudiziari da continui e dispersivi compiti durante lo stadio di elaborazione di soluzioni delle crisi d'impresa, avrebbe potuto assoggettarsi la stessa fase di composizione assistita alla vigilanza dell'Autorità giudiziaria, avvicinandosi in modo più esaustivo il futuro regime al modello francese.

⁴⁵⁷ CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, «Sarebbe stato forse preferibile, però modificare il regime delle soluzioni negoziali imponendone la pianificazione e concentrazione presso “unità di crisi” da istituirsi nell'ambito di organizzazioni già esistenti, non direttamente influenzabili da formazioni politiche, e adeguatamente rappresentative dei vari interessi privati in gioco, quali le associazioni e organizzazioni degli imprenditori, gli organismi sindacali dei lavoratori, gli ordini professionali, ecc., secondo un regime di incentivi e disincentivi che “premiasse”, in ciascuno di questi organismi, ferma la libertà di organizzazione interna, la partecipazione e la solidarietà, e “punisse” invece il disinteresse degli iscritti o associati, così da assicurare la maggiore sollecitudine ed efficienza della composizione della crisi».

Secondo una previsione della dottrina da ultimo citata, infatti, a causa del carico di lavoro e dell'insufficienza delle risorse, non possono che presentarsi pericoli d'inesperienza in tema di crisi d'impresa da parte delle sezioni "specializzate". In quest'ultime, di conseguenza, potrebbe accadere che per smaltire il cumulo di lavoro affluiscano magistrati privi di un'adeguata formazione delle scienze economiche, all'oscuro delle problematiche della gestione dell'impresa e delle caratteristiche dei mercati e per di più carenti delle esperienze specifiche che si possono acquisire in un collegio della sezione fallimentare⁴⁵⁹.

Quanto sin qui esposto è dunque il principale tratto distintivo tra i due modelli.

Riassumendo è possibile osservare come l'assenza di previsione dell'iniziativa dell'autorità giudiziaria in sede di attivazione della procedura, unita alla mancanza di ogni intervento del giudice nelle fasi successive, non essendo appunto stata prevista l'appendice giudiziaria dell'allerta, marchi nettamente il distacco con la normativa francese, ove il compito del giudice è centrale sia nella fase di *prévention* sia in quella successiva di gestione della crisi⁴⁶⁰.

Occorre però considerare, come osservato da alcuni, che non sarebbe mai stato possibile introdurre l'autorità giudiziaria nel Codice della crisi d'impresa, così come previsto nell'ordinamento francese, poiché nel profondo sentire della cultura italiana, anche giuridica, il Tribunale è e sarà sempre percepito come "luogo della sanzione" da cui sfuggire o, comunque, di cui diffidare.

⁴⁵⁹ DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-is*, in *Dir. Fall.*, aprile 2017, pag. 751 e ss..

⁴⁶⁰ JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Studi in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 404 e ss., in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, pag.283 e ss.;

CONCLUSIONI

In conclusione, sia dalle differenze fin qui tracciate tra le *mesures d'alerte* e le misure di allerta elaborate dal nuovo Codice, sia per il mutato contesto economico conseguente alla crisi determinata dal Covid-19, emergono attualmente seri dubbi sulla bontà dell'istituto oggetto del presente lavoro, anche in considerazione del non completo allineamento dello stesso alla Direttiva europea n. 1023/2019.

Gli operatori del diritto stanno quindi elaborando nuove soluzioni in ordine all'utilizzabilità delle misure di allerta ed in quest'ottica deve essere primariamente interpretato il rinvio della loro entrata in vigore.

Tale differimento è infatti scaturito dalla precipua esigenza di preservarne la *ratio* ispiratrice di sostegno alle imprese, *ratio* che verrebbe sacrificata qualora ne sia fatta un'applicazione *tout court* alla mutata realtà di mercato, invero ben diversa da quella per cui erano state concepite. Nel qual caso potrebbe addirittura accadere che, per i limiti oggi imposti dagli indici, le stesse finiscano col determinare un effetto sfavorevole alle imprese in difficoltà.

A tal fine ed anche per preservarne la portata innovativa adeguandola al mutato contesto economico, è stata quindi istituita, dall'attuale Ministro della Giustizia Marta Cartabia, una Commissione di esperti con specifiche competenze in ambito di crisi di impresa, presieduta dalla professoressa Ilaria Pagni e nella quale sono annoverati esperti quali Riccardo Ranalli e Luciano Panzani, più volte citati nel corso dell'elaborato. Al vaglio è l'elaborazione di specifici interventi di modifica delle norme che attualmente definiscono le misure di allerta, con particolare riguardo alle formule ed ai limiti per esse originariamente previsti.

Viene dunque lasciata aperta la possibilità di un'ulteriore modifica normativa per l'istituto *de quo*, affinché l'anticipazione dell'emersione dello stato di crisi possa, come da principio contemplato, mantenere la sua funzione di appoggio alle aziende in difficoltà e salvaguardia della loro continuità.

Per concludere, si auspica che gli interventi in atto possano davvero conseguire risultati strategici nella finalità di aiuto alle imprese e che tale obiettivo riesca a

dare un contributo a quel più generale concetto di “ricostruzione” cui, oggi più che mai, tendono il mondo del diritto e quello della riflessione pubblica.

BIBLIOGRAFIA

ABETE, *La “bozza Rordorf”: l’impatto delle innovazioni prefigurative in ambito societario*, in *Fallimento*, ottobre 2016, 1132 (commento alla normativa);

AMBROSINI, *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 47 e ss.;

ID, *Gli accordi di ristrutturazione dai debiti: prime riflessioni*, in *Fallimento* 2005, p.949;

ID, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli, Luiso e Gabrielli, IV, Torino, 2014;

ID, *La “falsa partenza” del Codice della crisi, le novità del Decreto Liquidità e il tema dell’insolvenza incolpevole*, in www.ilcaso.it, aprile 2020;

ID, *L’adeguatezza degli assetti organizzativi, amministrativi e contabili e il rapporto con le misure di allerta nel quadro normativo riformato*, in www.ilcaso.it, ottobre 2019;

AMBROSINI, PACCHI, *Diritto della crisi e dell’insolvenza*, Bologna, 2020, cap. 2, 4, 13;

ARATO, *Corretta amministrazione e adeguatezza degli assetti organizzativi: ruoli e prerogative di amministratori, sindaci e revisori*, in Aa.Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 76 e ss.;

BENASSI, *Brevi spunti per un’agile procedura di “sostegno” alle imprese in crisi da coronavirus*, in www.ilcaso.it, aprile 2020;

BENVENUTO, *Test di efficienza delle misure adottate con il d.l. 08 aprile 20202 n.23 per contrastare la crisi delle imprese*, in www.ilcaso.it, aprile 2020;

BERNARDI, TALONE, n.° 71/2017 - *Sistemi di allerta interna. Il monitoraggio continuativo del presupposto di continuità aziendale e la segnalazione tempestiva dello stato di crisi da parte degli organi di vigilanza e controllo societario. Guida in materia di sistemi di allerta preventiva. Commissione controllo societario*

BOGGIO, *UE e disciplina dell'insolvenza (I parte) - Confini ed implicazioni dell'ambito di applicazione delle nuove regole UE*, in *Giur. It.*, gennaio 2018, 222 (commento alla normativa);

BONFANTE, *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza- il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Giur. It.*, agosto - settembre 2019, 1943 (commento alla normativa);

ID, *Le misure d'allerta*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Guido Bonfante, *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, pag. 1970 e ss.;

ID, *Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza*, in *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, a cura di Guido Bonfante, in *Giur. It.*, agosto-settembre 2019, pag. 1943 e ss.;

BONELL, *La nuova edizione dei principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali*, in *Giur. It.*, luglio 2012, (dottrina);

BOSTICCO, *Il Nuovo Codice della crisi e dell'insolvenza: disposizioni generali e definizioni*, in *Il fallimentarista*, luglio 2019;

BOZZA, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, in *Fallimento*, 2005, p.952 ss;

CALANDRA, BUONAURA, *L'amministrazione delle società per azioni nel sistema tradizionale*, Torino, 2019;

CAMPANA, *La prevenzione della crisi delle imprese. L'esperienza francese*, in AA.VV., *La legislazione concorsuale in Europa*, a cura di Bonfatti – Falcone, Milano, 2004, p. 233;

ID, *L'impresa in crisi: l'esperienza del diritto francese*, in *Fallimento*, 2003, pag. 978;

ID, *Le droit français des entreprises en difficulté*, in *European University Institute*, 1996;

CARMELLINO, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la normativa europea*, in *Fall.*, 2015, pag. 1057 e ss.;

ID, *Una prospettiva d'oltralpe: la procédure d'alerte ed il libro VI del codice di commercio francese*, in AA.VV., *Annali della Università degli Studi del Molise*, Dipartimento Giuridico, vol. 15/2013, pag. 357 e ss.;

CARRATTA, *La composizione assistita della crisi e le misure di protezione "anticipate" nel codice della crisi e dell'insolvenza*", in *Dir. Fall.* febbraio 2020;

CATALDO, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fallimento*, 2016;

CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento. Presupposti e procedimento in La riforma della legge fallimentare. Profili della nuova disciplina*, a cura AMBROSINI, Bologna, 2006, p.31;

CECCHINI, *Responsabilità organizzativa e assetti minimali per le PMI*, in *Atti del ciclo di incontri sul Codice della crisi e dell'insolvenza*, marzo 2019;

CNCC – N.IXIV, *Le commissaire aux comptes et la prévention ou le traitement des difficultés des entreprises*, novembre 2012;

Code du travail, Dalloz 2020- 2021;

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della legge 19 ottobre 2017, n. 155, Decreto legislativo 12 gennaio 2019, n. 14;

CONCA, *Concordati, giustificato il giudizio di fattibilità*, in *Il Sole 24 Ore*, marzo 2016, pag. 42;

D'ATTORE, *Gli ocri : compiti, composizione e funzionamento nel procedimento di allerta*, in *Fallimento*, dicembre 2019, pag. 1429 e ss.;

DE BERNARDIN, *Il sistema d'allerta e della composizione preventiva della crisi*, in *www.ilcaso.it*, settembre 2020;

DE CECCO, *Spunti per una riflessione collettiva sulle misure adottate ed adottabili per il contrasto alla crisi economica "da pandemia"*, in *www.ilcaso.it*, maggio 2020;

DE CESARI, *Il regolamento 2015\848 e il nuovo approccio europeo alla crisi dell'impresa*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1026 (commento alla normativa);

ID, *Osservatorio internazionale sull'insolvenza – i tempi per l'entrata in applicazione della dir. n. 1023\2019 sulla ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni*, in *Il Fallimento*, dicembre 2019, 1564 (dottrina);

DE CESARI – MONTELLA, *Osservatorio sull'Unione europea e sugli altri stati-una parte quarta per la guida legislativa Unicitral sul diritto dell'insolvenza*, in *Il Fallimento*, marzo 2014, 366 (commento alla normativa);

Decreto legislativo 26 ottobre 2020, n. 147 ;

DELLA SANTINA, *Le discipline dell'insolvenza e della crisi d'impresa ai tempi della pandemia da Covid-19. Impressioni e spunti di riflessioni*, in *www.ilcaso.it*, aprile 2020;

DE MATTEIS, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-is*, in *Dir. Fall.*, aprile 2017, pag. 751 e ss.;

DESANA, *Relazione*, convegno di Courmayeur, settembre 2019;

DI MARTINO, *Procédures amiables et collectives*, Parigi, 2018;

Directive of the European Parliament and of the Council on preventive restructuring frameworks, second chance and measures to increase the efficiency of restructuring, insolvency and discharge procedures and amending Directive 2012/30/EU, Strasburg 22.11.2016 COM (2016) 723 final;

FABIANI, *La fase dell'allerta non volontaria e il ruolo dell'OCRI*, in www.ilcaso.it, ottobre 2019;

ID, *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, in *Fallimento*, 7, 2004, pag. 825;

FERRO, *Allerta e composizione assistita della crisi nel D.lgs. 14/2019: le istituzioni della concorsualità preventiva*, in *Fall*, 4/2019, pag. 419 e ss.;

FIMMANO', *La resilienza dell'impresa di fronte alla crisi da Coronavirus mediante affitto di azienda alla new co-start up, auto-fallimento e concordato "programmati"*, in www.ilcaso.it, aprile 2020;

FRUSCIONE, *Il nuovo piano di risanamento attestato: tra la "Twilight zone" e lo "stato di crisi". Riflessioni sistematiche sul Codice della crisi*, in www.ilcaso.it, luglio 2020;

GALGANO, *Le forme di regolazione dei mercati internazionali*, in *Contratto e Impr.*, febbraio 2010, 353 (commento alla normativa);

GAMBINO, *Sull'uso alternativo della procedura di amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 236 ss.;

GHANDOUR, *Le traitement judiciaire des entreprises en difficulté*, LGDJ, 2018, n°123;

GIACOMELLI, MOCETTI, ROSANO, *Fallimenti d'impresa in epoca Covid*, in www.bancaditalia.it, gennaio 2020;

GOBBI, PALAZZO, SEGURA, *Le misure di sostegno finanziario alle imprese post Covid-19 e le loro implicazioni di medio termine*, in *Banca d'Italia*, aprile 2020;

GORIA, *I crediti deteriorati sfiorano i 100 miliardi , cresce l'allarme al centro nord*, in *La Stampa*, maggio 2021;

GUADRI, TURNARAUND: *Declino, crisi e ritorno al valore*, Milano, 1995;

HECQUARD-THERON, KRYNEN, *Regards critiques sur quelques (r)évolutions récentes du droit, Tome 1 : Bilans, De la faillite au droit des entreprises en difficulté*, Corinne Saint-Alary-Houin, Toulouse, 2005;

HILAIRE, *Introduction historique au droit commercial*, Parigi 1986;

HOUBEN, *I doveri di riservatezza nelle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi*, in *Nuove Leggi Civ. Comm*, marzo 2020, pag. 740 e ss.;

INNOCENTI, *Le procedure di allerta nella legislazione francese e nella prossima riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza: due modelli a confronto*, in *Rivista di diritto societario*, marzo 2018, pag. 971 e ss.;

INZITARI, *Crisi, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione*, in *Dir. Fall.*, marzo 2020;

IRRERA, *Assetti organizzativi adeguati e governo delle società di capitali*, Milano;

ID, *Lineamenti generali della riforma Rordorf*, in *Diritto ed Economia dell'Impresa*, febbraio 2016, pag. 165 e ss.;

JORIO, *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, in *Studi in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 404 e ss., in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, pag.283 e ss.;

ID, *La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza. Un modello da imitare*, in *Giur. Comm.*, 1995, I, pag. 698 e ss.,

ID, *Legislazione francese, Raccomandazione della Commissione europea e alcune riflessioni sul diritto interno*, in *Fall.*, 2015;

ID, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, p.261 e ss.;

JORIO, FORTUNATO (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali*, I progetti, Milano 2004;

LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives 2019/2020*, 10e édition, Dalloz, Parigi (titre : 120 Prévention, 121 Prévention par l'information comptable, 122 Procédures d'alerte, 123 Mandat ad hoc, 140 Conciliation, 141 Ouvre de la conciliation);

LEUZZI, *Indicizzazione della crisi d'impresa e ruolo degli organi di controllo: note a margine del nuovo sistema*, in www.ilcaso.it, ottobre 2019;

LIMITONE, *L'accompagnamento fuori della crisi con l'aiuto dell'OCC-Covid-19*, in www.ilcaso.it, aprile 2020;

ID, *La nuova legge delega sulle procedure concorsuali tra diritto ed economia*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, dicembre 2017;

MACRI', *La legislazione italiana e le misure di risanamento nella Raccomandazione UE 2014\135 e nel Regolamento 2015\848*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1049 (commento alla normativa);

ID, *La Raccomandazione della Commissione EU su un nuovo approccio all'insolvenza – Un commento a prima lettura*, in *Il Fallimento*, marzo 2014, 393 (commento alla normativa);

MARTINO, *Il decreto correttivo del CCII: più luce sulla riforma, ma ancora qualche zona d'ombra*, in *Corriere Giuridico*, dicembre 2020, 1445 (commento alla normativa);

MAZZONI, *L'UNIDROIT fino agli anni '70 e i suoi contatti con i giuristi italiani del tempo*, in *Contratto e Impr.*, febbraio 2016, 311 (commento alla normativa);

MEO, *La difficile via normativa al risanamento di impresa*, in *Rivista del diritto commerciale*, 2018,4, pag. 620;

MINGOLLA, *L'illusorio allineamento allo "spazio concorsuale europeo" del nuovo diritto della crisi di impresa*, in www.ildirittofallimentaredellesocieta.it, marzo 2021;

MONTALENTI, *Gestione d'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta dalla "Proposta Rordorf" al Codice della crisi*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 482 e ss.;

ID, *La gestione dell'impresa di far fronte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in *Rivista di diritto societario*, aprile 2011;

NEGRI, *Slitta l'allerta esterna, si aggiungono le segnalazioni di Inps e riscossione*, in *Ilsole24ore*, maggio 2021;

PACCHI, *La riforma del concordato preventivo. Uno sguardo al passato*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di Pacchi, Milano, 2005, pag.6;

PAJARDI, PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008;

PANZANI, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Il Fallimento*, ottobre 2015, 1013 (commento alla normativa);

ID, *Il D.l.35/2005, la Legge 14 maggio 2005 n.80 e la riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005 pag.7;

ID, *Il progetto della Commissione Europea di riforma del Regolamento 1346\2000*, in *ilfallimentarista.it*, aprile 2013

ID, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in *Fall.*, febbraio 2017, pag. 129 e ss.;

ID, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in *Fall.*, ottobre 2015, pag. 1013 e ss.;

ID, *Le novità del decreto correttivo: un primo bilancio*, in *dirittobancario.it*, dicembre 2020;

ID, *Lockdown, crisi, banche e ristrutturazioni: un primo bilancio*, in *www.ilcaso.it*, dicembre 2020;

PANZANI, ARATO, *Il Codice della crisi: un rinvio o un addio?*, in *www.ilcaso.it*, ottobre 2020;

PATTI, *Il Giudice nella crisi d'impresa: le ragioni di una presenza*, in *Fallimento*, 2011;

PERRINO, *Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure*, in Aa. Vv., *La nuova disciplina delle procedure concorsuali. In ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, pag. 532 e ss.;

Annoté sous la direction de PETEL, *Code de commerce*, Parigi, 2020;

PROMETEIA, *Rapporto previsione*, in www.prometeia.it, marzo 2020;

QUAGLI, PANIZZA, *Il sistema d'allerta*, in *www.ilcaso.it*, maggio 2019;

RACUGNO, *Gli indicatori della crisi d'impresa*, in *Dir. Fall.*, giugno 2019, pag. 1354 e ss.;

RANALLI, *Gli indicatori di allerta nel testo del disegno di legge delega della riforma fallimentare approvata dalla camera; esame critico; rischi per il sistema delle imprese*; in www.ilcaso.it, febbraio 2017;

ID, *Il codice della crisi. Gli "indicatori significativi": la pericolosa conseguenza di un equivoco al quale occorre porre rimedio*, in www.ilcaso.it, novembre 2018;

ID, *Le misure di allerta. Dagli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019;

ID, *Le misure di allerta ed il correttivo: un dettaglio che rischia di fare naufragare uno strumento sulla carta efficace*, in www.ilfallimentarista.it, gennaio 2020;

Regolamento (UE) 2015/848, 20 maggio 2015;

ROMANO –SCHIVARDI, *Imprese "zombie": quante sono davvero*, in www.lavoce.info, marzo 2021;

RONCO, *Prevenzione della crisi in Francia e Italia: gli istituti dell'Allerta a confronto*, in www.diritto.it, gennaio 2021;

ROSSI, *Dalla crisi tipica ex CCII alla resilienza della Twilight zone*, in *Fall.*, 2019;

SAINT-ALARY-HOUIN, MONSIERE-BON, *Prévention et traitement amiable des difficultés des entreprises*, Issy-les-Moulineaux, 2018;

SANDULLI, *Sub art.160*, in *La riforma del diritto fallimentare*, a cura di Nigro e Sandulli, II, Torino, 2006, pag. 983;

SANZO, BURONNI, *Il nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, Bologna, 2019, cap. 2;

SCIUMÉ, *Le procedure concorsuali: una prospettiva storico-comparatistica*, p. 12 nota 36, in Vassalli F., Luiso F.P., Gabrielli E. (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali – I presupposti dell'apertura delle procedure concorsuali*, Vol. I, Torino, 2013;

SPOLIDORO, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre considerazioni sulla composizione anticipata della crisi*, in *Riv. Soc.*, 2018, pag. 171 e ss.,

STRAMPELLI, *Capitale Sociale e struttura finanziaria nella società in crisi*, in *Rivista delle società*, 2012;

TERENGI, *Crisi d'impresa e insolvenza*, in *Il fallimentarista*, luglio 2020;

TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, in capienza patrimoniale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2006, p.561;

TERRIZZI, *Adeguatezza degli assetti organizzativi per la gestione della crisi d'impresa*, in *Il Società Fallimento*, marzo 2020;

TRON, *I piani di risanamento aziendali tra tutela del valore, complessità di esecuzione e principi di riferimento per la loro attestazione*, in *Piani di ristrutturazione dei debiti ruolo dell'attestatore*, diretto da S. Ambrosini e A. Tron, Torino, 2016;

VATTERMOLI, *Il procedimento di composizione assistita della crisi e l'ocri*, in *Fallimento*, luglio 2020;

VELLA, *L'allerta nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza alla luce della direttiva (UE) 2019/1023*, in *www.ilcaso.it*, luglio 2019;

VERNA, *Strumenti per il nuovo assetto organizzativo delle società*, in *Le società*, settembre 2019, pag. 929;

VIALE, *L'uso alternativo del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1979, I, 231 ss.