

Codice della crisi e dell'insolvenza

Crisi di impresa e allerta: indici, strumenti e procedure

di Michele Perrino (*)

La nuova disciplina delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, introdotta dal "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155", con il D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, rappresenta uno dei temi più qualificanti e insieme controversi dell'attuale processo di riforma italiano delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, evidenziandone le istanze profonde, le novità regolamentari, insieme alle perduranti incertezze e contraddizioni.

Premessa

Il tema dell'allerta è fra i più qualificanti e insieme controversi dell'attuale processo di riforma delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, rispecchiandone in modo eloquente le istanze profonde di rinnovamento, insieme alle perduranti incertezze e alle contraddizioni.

Lo testimonia l'altalenare dei testi che si sono succeduti - come si vedrà in queste pagine - dai lavori della Commissione ministeriale presieduta da Renato Rordorf alla legge delega 19 ottobre 2017 n. 155, fino allo schema di decreto legislativo delegato nel testo approvato in via definitiva

dal Consiglio dei Ministri il 10 gennaio 2019 (1), infine divenuto l'attuale D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, pubblicato in G.U. n. 38 del 14 febbraio 2019, Suppl. ord. n. 6, recante il nuovo "Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della L. 19 ottobre 2017, n. 155" (d'ora in avanti, per brevità "CCII"): con impostazioni anche sensibilmente differenti, ferma soltanto la convinzione che al tema dell'allerta rispetto alla crisi di impresa, recependo le indicazioni di un dibattito già formatosi in precedenti stagioni di riforma (2), si debba finalmente porre mano (come già fatto in Francia (3), e più recentemente

(*) Destinato agli scritti in memoria di Michele Sandulli.

(1) Anche quest'ultimo preceduto da plurime redazioni: del 22 dicembre 2017, nell'originaria stesura consegnata al Ministro della Giustizia dal Presidente della Commissione ministeriale, cons. Renato Rordorf; del 28 febbraio/1 marzo 2018, nell'edizione con lievi modifiche accompagnata dalla bozza delle relazioni, articolo per articolo, ai due decreti legislativi; del 4 ottobre 2018, nella versione licenziata dal Ministero della Giustizia ai due Ministeri dello Sviluppo economico e dell'Economia; del 14 novembre 2018, nel testo trasmesso dal Governo al Parlamento per il parere delle Commissioni competenti; fino all'ultima edizione del 10 gennaio 2019, ora in Gazzetta ufficiale, di cui si dirà nel testo.

(2) Oltre ai lavori più avanti citati nel corso della trattazione, cfr. intanto, senza pretesa di completezza, G. Boccuzzi, *Meccanismi di allerta e prevenzione e le procedure stragiudiziali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 626 ss.; M.C. Cardarelli, *Istituti di allerta e di prevenzione nella riforma delle procedure concorsuali*, (*Atti del Convegno di Isernia, 18 ottobre 2003*), in *Crisi dell'impresa e insolvenza*, Milano, 2005, 99 ss.; G. Carmellino, *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la nuova normativa europea*, in *Fall.*, 2015, 10, 1057 ss.; M. Fabiani, *Misure di allarme per la crisi d'impresa*, in *Fall.*, 2004, 7, 825 ss.; G. Fauceglia, *L'anticipazione della crisi d'impresa: profili di diritto comparato e prospettive future*, in *Fall.*, 2009, Allegato 1, 14 ss.; M. Ferro, *Misure di allerta e composizione assistita delle crisi*, in *Fall.*, 2016, 10, 1032 ss.; A. Jorio, *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, III, 261 ss.; F.

Lamanna, *Responsabilità degli organi gestori nell'approssimarsi dell'insolvenza: nuovi "sistemi di allerta" e disciplina vigente*, in *Il Fallimentarista*, 2016; I.L. Nocera, *Procedure di allerta: obblighi degli organi di controllo e strumenti premiali*, in *Il Fallimentarista*, 2016; F. Pasquariello, *Strumenti di prevenzione della crisi di impresa*, in *Dir. fall.*, 2010, 5, pt. 1, 572 ss.; G. Santoni, *I sistemi di allerta e prevenzione e le procedure anticipatorie della crisi nel progetto di riforma della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 733 ss.

(3) Lo ricorda fra gli altri M. Cataldo, *La soggezione dell'impresa in crisi al regime di allerta e composizione assistita*, in *Fall.*, 2016, 1021, ss., ove pure (1022) fa menzione del precedente tentativo di elaborazione di una disciplina in materia da parte della Commissione Trevisanato (i cui progetti di legge delega v. in *Dir. fall.*, 2003, I, 2064; e in A. Jorio - S. Fortunato, *La riforma delle procedure concorsuali: i progetti*, Milano, 2004, 38 ss.). Su tale tentativo cfr. per un sintetico quadro A. Jorio, *sub art. 160*, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, 2039 nt. 5.

Come è noto, è da tempo previsto in Francia (per effetto essenzialmente di due successive leggi, dell'1 marzo 1984 e del 10 giugno 1994), un sistema articolato di allerta, sia interna all'impresa che esterna, che, in presenza di indizi di compromissione della continuità aziendale, si snoda attraverso l'attribuzione di poteri di iniziativa di vario segno: ai soci non amministratori e agli azionisti che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale,

in Belgio (4), anche) in Italia, per di più in modo compiuto e articolato.

Del resto, la “rilevazione tempestiva della crisi” d’impresa era posta nel novero delle generali “finalità delle procedure” dall’art. 3 dello schema del D.Lgs. delegato recante il Codice della crisi e dell’insolvenza, nella versione preliminare del 28 febbraio 2018. Ed ora il CCII ne parla già al suo *incipit* come contenuto dei “Doveri del debitore” previsti all’art 3, tanto per l’imprenditore individuale, che “deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte” (comma 1); quanto per “l’imprenditore collettivo” (tralasciando qui le perplessità che suscita la così fissata alternativa fra imprenditore “individuale” e “collettivo”), che “deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell’articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell’assunzione di idonee iniziative”.

In effetti, l’area tematica in discorso è composita. Provando a sintetizzarne il campo (anche attingendo al lessico del processo di riforma attuale), essa attiene anzitutto a modalità e strumenti per la rilevazione il più possibile anticipata e tempestiva degli indizi della crisi di impresa, imminente o attuale; e ciò al fine della più sollecita, precoce ed efficace adozione delle misure e/o procedure idonee alla sua composizione o comunque adeguata regolazione, a salvaguardia degli interessi in gioco.

Appartengono perciò a tale area tematica, così ampiamente perimetrata, argomenti plurimi che occorre accuratamente distinguere, onde poi scegliere se farne oggetto di apposita disciplina legislativa, optando fra un approccio minimale e selettivo o,

come sembra preferire la riforma italiana *in itinere*, una regolamentazione analitica e tendenzialmente onnicomprensiva.

Vengono in tal senso in considerazione, in una prima rapida rassegna, i temi, ognuno di per sé problematico e bisognoso di approfondimento, relativi a:

1) gli indizi o indicatori della crisi, al cui ricorrere debba scattare l’allarme attivando l’adozione delle iniziative del caso;

2) gli strumenti di rilevazione - ad esempio, attraverso appositi moduli organizzativi dell’impresa e obblighi di ricognizione e denuncia in capo a organi di controllo interno (5), ovvero anche oneri in capo a creditori qualificati - dei predetti indizi; e per questa via di esplicitazione dell’allarme mediante formulazione e trasmissione di veri e propri segnali di allerta a chi possa o debba trarne le debite conseguenze, in punto di attivazione di idonee iniziative;

3) i meccanismi o procedure attraverso cui tradurre (per via di congegni di mero incentivo o invece di innesco più o meno forzoso, nel che è un nodo nevralgico della materia) tale rilevazione in iniziative dirette a fronteggiare la crisi, da parte del debitore e/o degli altri portatori degli interessi coinvolti e/o legittimati alla loro tutela, una volta resi destinatari e perciò edotti dei segnali anzidetti (è ciò che nella L. n. 155/2017 e nei successivi elaborati della riforma viene denominata “procedura di allerta”);

4) le misure in cui tali iniziative possano o debbano consistere, con riferimento alle procedure di regolazione della crisi già note, se del caso opportunamente migliorate in sede di riforma, oppure con l’introduzione di ulteriori procedure di nuovo conio (ciò che la L. n. 155/2017 e il suo decreto legislativo di

i quali possono richiedere per iscritto all’organo gestorio informazioni sugli indizi rilevati (cfr. artt. L. 221-8, L. 223-36, L. 225-232, *Code de Commerce*); al revisore dei conti, tenuto a riconoscere i predetti indizi e ad informarne, in via successiva, gli amministratori e i soci, e, in caso di insufficiente risposta degli amministratori o dell’assemblea, a darne comunicazione al Presidente del Tribunale (cfr. artt. L. 234-1 e 234-2 *Code de Commerce*), perché eserciti le prerogative di cui appresso; ai Gruppi di prevenzione certificati, associazioni di operatori economici, i quali forniscono agli aderenti un’analisi confidenziale delle informazioni economiche, contabili e finanziarie che li riguardano, segnalando agli stessi eventuali indizi di difficoltà (art. L. 611-1, *Code de Commerce*); al Presidente del Tribunale di Commercio, che ha il potere di convocare in via confidenziale l’imprenditore o gli amministratori, di assumere informazioni presso revisori, personale, enti pubblici e centrali rischi, e in casi estremi promuovere d’ufficio l’apertura d’una procedura concorsuale (art. L. 611-2, *Code de Commerce*). Su tale sistema, per uno sguardo d’insieme, cfr. F. Perochon, *Entreprises en difficulté*, IX ed., L.G.D.J., Paris, 2012, 45 ss.; C. Saint - Alary Houin (a cura di), *Code des entreprises en difficulté*, LexiNexis, Paris, 2015, 14 ss.

(4) Con la L. 11 agosto 2017, entrata in vigore il 1° maggio 2018, recante fra l’altro l’introduzione di un nuovo Libro XX del *Code de droit économique*, ove la previsione della possibile convocazione dell’imprenditore, in presenza di indizi di pericolo per la continuità aziendale, per l’audizione a porte chiuse innanzi alla *chambres des entreprises en difficulté* di cui all’art. 84, comma 3, del *Code judiciaire*.

(5) Si tratta di strumenti invero già presenti nella vigente legislazione (per i quali si parla oggi diffusamente di “Diritto societario della crisi”, e cfr. in dottrina, con diversi accenti: G.B. Portale, “Verso un ‘diritto societario della crisi’?”, in Tombari (a cura di), *Diritto societario e crisi d’impresa*, Torino, 2014, 1 ss.; U. Tombari, *Principi e problemi di “diritto societario della crisi”*, ivi, 5 ss.; F. Guerrera, *Le competenze degli organi sociali nelle procedure di regolazione negoziale della crisi*, ivi, 65 ss.; Brizzi, *Doveri degli amministratori e tutela dei creditori nel diritto societario della crisi*, Torino, 2015, *passim*; A.M. Luciano, *La gestione della s.p.a. nella crisi pre-concorsuale*, Milano, 2016, *passim*), astrattamente idonei, se venissero puntualmente applicati, a far tempestivamente emergere le situazioni di pericolo per i creditori (cfr. G. Terranova, *Insolvenza, stato di crisi, sovraindebitamento*, Torino, 2013, 16).

attuazione chiamano “procedimento di composizione assistita della crisi”).

A ciascuno dei suelencati temi dell’allerta il processo di riforma in corso intende offrire risposta, con soluzioni che in queste pagine ci si prefigge di mettere sinteticamente a fuoco e, al tempo stesso, problematizzare. E ciò anche al fine di contribuire all’attivazione di un dibattito critico che appare fin qui non sviluppato a sufficienza, al netto di presentazioni per lo più descrittive e di acritiche adesioni all’istanza cardine dell’allerta: quella della rilevazione tempestiva della crisi e della sua tempestiva regolazione.

A tal fine, si procederà in contrappunto con il testo della legge di delega al governo del 19 ottobre 2017, n. 155, con particolare riferimento al suo articolo 4; richiamando di volta in volta i pertinenti profili del testo come da ultimo approvato dal Governo il 10.2019 del D.Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, con i limiti (e rischi) connessi alla loro provvisorietà tenuto conto delle ulteriori modifiche che potrebbero intervenire di qui fino alla loro definitiva entrata in vigore, ai sensi dell’art. 389 del nuovo Codice.

Gli indicatori della crisi

L’assunto alla base della tematica dell’allerta, tanto intuitivo da imporsi con la forza dell’ovvio, è che la crisi di impresa, se non tempestivamente affrontata, è idonea alla progressiva distruzione dei valori coinvolti nella relativa attività, in pregiudizio di tutti gli interessi in gioco; e che per converso un intervento quanto più precoce di trattazione della crisi valga invece rispettivamente a massimizzare e proteggere quei valori ed interessi.

In vista di tale obiettivo, si tratta anzitutto di far sì che la crisi sia riconosciuta ai suoi albori, sulla base di indizi sufficientemente univoci e oggettivamente indiscutibili, per ciò stesso idonei a ridurre i margini di opinabilità circa il ricorrere dei presupposti giustificativi di un intervento di ristrutturazione dell’impresa e della sua situazione debitoria, e ciò a vario fine: per consentire all’imprenditore di accorgersi agevolmente della crisi avviatasi, supplendo agli eventuali difetti della sua capacità di monitoraggio, anche in ragione della ridotta caratura organizzativa dell’impresa, e al tempo stesso ovviare alla sua naturale riluttanza a prendere atto dello stato di sofferenza aziendale,

ponendo premesse certe di un suo dovere di attivazione, suscettibile di sanzione oggettivamente prevedibile in caso di inerzia; per istituire presupposti di agevole rilevazione degli obblighi di monitoraggio e segnalazione di cui si dirà, posti in capo a organi di controllo e creditori qualificati, onde valutarne il tempestivo esercizio e allora anche decretare l’eventuale riconoscimento agli stessi soggetti delle premialità a ciò previste quale incentivo dalla legge; per fondare un contesto giustificativo comprensibile ed accettabile senza soverchie incertezze anche da parte dei creditori, chiamati a sobbarcarsi sacrifici anche cospicui concedendo ristrutturazioni dei debiti dell’imprenditore quali misure idonee a superare la crisi, all’esito della procedura di composizione di cui appresso o dell’applicazione delle procedure concorsuali compositive già note.

Al tempo stesso, occorre che gli indicatori di crisi prescelti corrispondano ad una fase adeguata dell’impresa in difficoltà (6), idonea a fungere da presupposto di attivazione dei meccanismi di allerta senza: da un lato, suscitare allarmi indebitamente precoci, tali da seminare ingiustificate paure nel mercato e provocare, anziché scongiurare, un aggravamento della crisi (7); dall’altro di intervenire quando è ormai troppo tardi e l’impresa precipita inarrestabilmente verso l’insolvenza (8).

In tal senso, la scelta compiuta dalla L. n. 155/2017 è quella di distinguere gli indizi della crisi idonei a far scattare gli obblighi di segnalazione posti, da un lato, a carico degli organi interni di controllo e - qui peraltro con l’ulteriore peculiarità di un rilievo assegnato ad indicatori fra loro alternativi - gli oneri di attivazione da parte dell’imprenditore; dagli indicatori, dall’altro lato, che fungono invece da presupposto dei doveri di segnalazione in capo a creditori qualificati.

Quanto al primo ordine di indizi, la loro individuazione ha luogo mediante rinvio ai parametri stabiliti per la valutazione di tempestività, rilevante onde accedere alle misure premiali in tal caso sancite, dell’iniziativa assunta dall’imprenditore: iniziativa così valutata se proposta “entro il termine di sei mesi dal verificarsi di determinati indici di natura finanziaria da individuare considerando, in particolare, il rapporto tra mezzi propri e mezzi di terzi, l’indice di rotazione dei crediti, l’indice di rotazione

(6) Per una scansione temporale delle tipiche situazioni che si succedono quanto un’azienda entra in crisi, cfr. A. Danovi - P. Riva, *Le cinque fasi della crisi e dell’allerta*, in *Il fallimentarista*, 20 agosto 2018, 3 ss.

(7) Segnalava con chiarezza rischi siffatti M. Sandulli, *sub Art. 160*, in A. Nigro - M. Sandulli (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, 2006, 981 s.

(8) Cfr. Pechoron, *op. cit.*, 48.

del magazzino e l'indice di liquidità" (art. 4, lett. h, L. n. 155/2017) (9). Un rinvio doppio, dunque, dato che gli stessi indici finanziari in discorso sono a loro volta "da individuare", alla stregua di criteri che vengono solo sommariamente enunciati dalla L. n. 155/2017 ma non definiti, con utilizzo di una nomenclatura attinta alle scienze economico-aziendali, per ciò stesso allora con integrale rimessione alle ulteriori specificazioni che, nell'ambito di questi ambiti del sapere, possono con cognizione effettuare i soli tecnici del settore.

D'altra parte, ovvio è che tale specificazione debba realizzarsi *ex ante*, sia pure a grandi linee e per tipologie di imprese, in modo da poter orientare la condotta di costante scrutinio richiesta all'imprenditore e quella degli incaricati del controllo interno sull'impresa, nonché offrire criteri di verifica della stessa condotta da parte del giudicante, chiamato a valutare - con deliberazione non puramente discrezionale ma suscettibile a sua volta di controllo - il tempestivo ed efficace esercizio dei doveri di allerta.

A tal fine, nell'art. 13, comma 2, D.Lgs. delegato recante il nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, approvato in via definitiva dal Governo nella seduta del Consiglio dei Ministri del 10 gennaio 2019 e pubblicato in G.U. 14 febbraio 2019, si conferisce al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili il compito di un'elaborazione a cadenza almeno triennale degli indicatori della crisi in discorso, da realizzarsi in modo distinto per ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., e dovendo tener conto delle "migliori prassi nazionali ed internazionali"; gli indici così elaborati sono soggetti ad approvazione con decreto del Ministero dello Sviluppo economico.

Il legislatore non rinuncia peraltro - nel delegare al CNDCEC l'anzidetta determinazione periodica - ad un tentativo di maggior definizione di ciò che debba intendersi per tali segnalatori, rispetto alle aeree indicazioni della legge delega. Si precisa infatti all'art. 13, comma 1, CCII, che per "indicatori della crisi" (così la rubrica dell'articolo, che nel suo contenuto usa sia l'espressione "indicatori" che quella di "indici", come dati che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi) debbano intendersi:

- "gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal

debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività"; squilibri che possano a loro volta desumersi "attraverso appositi indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e delle prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, per i sei mesi successivi". Con la precisazione (penultimo periodo dello stesso comma 1 cit.) che sono a questi fini "indici significativi" - valgono cioè come "appositi" indizi degli squilibri suddetti - "quelli che misurano la sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi"; lasciando il dubbio se la precisazione, nella sua comunque evidente genericità, abbia o no carattere meramente esemplificativo;

- i "ritardi nei pagamenti reiterati e significativi.

Quest'ultimo profilo (la significatività e reiterazione dei ritardi solutori) è poi ulteriormente circoscritto dallo stesso comma 1 del citato art. 13 - ma con la sibillina formula "anche sulla base" di quanto appreso - nel successivo art. 24 del CCII, con riguardo all'esistenza di: debiti per salari e stipendi scaduti da almeno sessanta giorni per un ammontare pari ad oltre la metà del monte salari complessivo; debiti verso fornitori scaduti da almeno centoventi giorni per un ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti.

Nel surricordato compito di elaborazione periodica dei predetti "indicatori" o "indici" di crisi, in modo differenziato per tipologie di attività economica come classificate dall'I.S.T.A.T., il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili deve peraltro ulteriormente enucleare indici specifici per le start-up innovative ex D.L. n. 179/2012, per le PMI innovative ex D.L. n. 3/2015, per le società in liquidazione e per le imprese costituite da meno di due anni.

È d'altra parte consentito alle imprese - con ulteriore sforzo legislativo di adattamento alle irriducibili peculiarità delle singole realtà produttive - di ritenere comunque non confacenti alle proprie caratteristiche gli indicatori come sopra elaborati dal CNDCEC, specificandone le ragioni nella nota integrativa al bilancio di esercizio ed ivi indicando gli alternativi criteri ritenuti a sé idonei onde far ragionevolmente presumere uno stato di crisi; ma l'adeguatezza di tali indici *ad hoc* dovrà essere suffragata dall'attestazione

(9) Per considerazioni critiche sull'attendibilità di tali indici cfr. R. Ranalli, *Le procedure di allerta e di composizione assistita della*

crisi: insidie ed opportunità, in *Il fallimentarista*, 31 ottobre 2017, 10 s.

di un professionista indipendente, da allegare alla stessa nota integrativa formandone parte integrante e producendo effetti per l'esercizio successivo (art. 13, comma 3, CCII).

Di natura diversa dai precedenti sono gli indicatori della crisi, posti dalla legge delega quali innesco dei doveri di allerta posti a carico dei creditori pubblici qualificati: il riferimento è qui al dato - assai più semplice e netto degli sfuggenti parametri aziendali - di cui prima s'è detto - del "perdurare di inadempimenti di importo rilevante", quali il Governo è delegato a definire "sulla base di criteri non assoluti ma relativi, come tali rapportati alle dimensioni dell'impresa" e "che considerino, in particolare, l'importo non versato delle imposte o dei contributi previdenziali autodichiarati o definitivamente accertati" (art. 4, lett. d, L. n. 155/2017).

Ancora più semplificata è peraltro la traduzione della delega nel CCII, ove - sostanzialmente rinunciando alla elaborazione di "criteri non assoluti ma relativi" - si dà rilievo al mero dato quantitativo dell'indebitamento, con evidente intento semplificativo dell'applicazione da parte dei creditori pubblici in questione (10).

Il che rende ancor più stridente il carattere invece eccessivamente fluido e controvertibile dei mobili indicatori del primo tipo surricordato - quelli concernenti gli organi di controllo interno dell'impresa - in senso tutto contrario a quell'istanza di tendenziale univocità e immediata riconoscibilità, che si è visto dover connotare gli indizi di crisi in funzione della voluta precocità di rilevazione.

Una sorta di compromesso, a conferma dell'incertezza delle soluzioni in campo, riguarda gli indicatori di crisi, sul cui presupposto valutare la tempestività dell'iniziativa dell'imprenditore "volta a prevenire l'aggravarsi della crisi", quale onere da assolvere onde accedere alle misure premiali di cui al successivo art. 25 CCII, con termini (anch'essi differenziati, sei mesi per proporre domanda di accesso a procedure concorsuali, tre mesi per l'istanza di avvio del procedimento di composizione assistita della crisi)

decorrenti "alternativamente" o dal profilarsi dei surricordati indici di significatività dei ritardi solutori posti dall'art. 24, lett. a) e b), CCII, o dal superamento nell'ultimo bilancio approvato, o comunque per oltre tre mesi, degli indici di natura finanziaria-aziendale che il già visto art. 13 rinvia ad elaborazioni periodiche esterne.

Gli strumenti di allerta

Venendo al secondo dei suelencati temi in esame, si tratta di predisporre appositi "strumenti di allerta", congegni cioè idonei a far sì che gli indizi di crisi di cui si è detto vengano tempestivamente riconosciuti e fatti ulteriormente rilevare a chi spetta, al fine della precoce attivazione di idonee contromisure.

La legge delega n. 155/2017 assortisce al riguardo una pluralità di strumenti siffatti, coinvolgendo sia l'imprenditore e, nel caso di società, i suoi organi gestori, sia gli organi di controllo societari e i revisori, sia ancora creditori pubblici qualificati (individuati in via non esaustiva, con la formula minima "tra cui in particolare" - cfr. art. 4 lett. d, L. n. 155/2017 -, nell'Agenzia delle entrate, negli enti previdenziali e negli agenti della riscossione delle imposte).

Si prevede anzitutto (art. 14, lett. b, L. n. 155/2017) che l'*obbligo* di istituire assetti organizzativi adeguati, già sancito dal vigente codice civile quale generale contenuto dei doveri gestori degli amministratori di S.p.a., si estenda a carico di ciascun imprenditore e degli organi sociali al fine specifico della rilevazione precoce della crisi e della perdita della continuità aziendale, e sia integrato dall'*obbligo* di attivarsi per l'adozione tempestiva di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento di simili condizioni dell'impresa. Tale tempestiva attivazione configura al tempo stesso (art. 4, lett. h, L. n. 155/2017) un *onere* per l'imprenditore, nel senso di costituire presupposto per la concessione di misure premiali, sia di natura patrimoniale che in termini di responsabilità personale, inclusa fra le prime "una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai

(10) Cfr. art. 15, comma 2, CCII: "l'esposizione debitoria è 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, risultante dalla comunicazione della liquidazione periodica di cui all'articolo 21-bis del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, sia pari ad almeno il 30 per cento del volume d'affari del medesimo periodo e non inferiore a euro 25.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 2.000.000 di euro, non inferiore a euro 50.000 per volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente fino a 10.000.000 di euro, non inferiore a euro 100.000, per

volume d'affari risultante dalla dichiarazione modello IVA relativa all'anno precedente oltre 10.000.000 di euro;

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

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

debiti fiscali dell'impresa", e fra le seconde l'introduzione di cause di non punibilità o attenuanti ad effetto speciale per reati fallimentari e non.

A carico degli organi di controllo della società, delle società di revisione contabile o del revisore singolo è poi posto (dall'art. 4, lett. c, L. n. 155/2017) l'obbligo di "avvisare immediatamente l'organo amministrativo della società dell'esistenza di fondati indizi della crisi", come sopra individuati (c.d. allerta "interna"), e in caso di omesso o insoddisfacente riscontro di informarne tempestivamente il neoistituito organismo di composizione assistita della crisi di cui appresso si dirà.

Ai creditori pubblici qualificati di cui sopra si prevede (art. 4, lett. d, L. n. 155/2017) che la normativa delegata imponga l'obbligo di immediato avviso al debitore che la sua esposizione ha superato l'importo rilevante di legge (determinato nei modi visti parlando del corrispondente indicatore della crisi) e che, in difetto di attivazione entro tre mesi mediante pagamento (11), accordo col creditore o accesso ad una procedura concorsuale oppure a quella di composizione assistita di cui si dirà, lo stesso creditore segnalerà l'indicatore di allerta agli organi di controllo della società e all'organismo di composizione della crisi. E si tratta di un obbligo di avviso e segnalazione particolarmente incisivo, dato che la sua inosservanza è sanzionata dall'inefficacia dei privilegi accordati ai crediti dei soggetti in parola o per i quali gli stessi procedono (12).

La traduzione di tali contenuti della legge delega riguardo al tema in esame nel nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza - rispetto alla poco vigilata nomenclatura che, all'art. 15 dello schema di D.Lgs. delegato del 22 dicembre 2017 includeva fra gli strumenti di allerta, da un lato, *oneri* di segnalazione posti a carico di soggetti qualificati, inclusi organi di controllo interno e revisori, per i quali si tratta invero anche di veri e propri *obblighi* che ne integrano i doveri di prestazione; dall'altro *obblighi* organizzativi posti a carico dell'imprenditore, che a ben vedere si atteggiavano altresì quali *oneri* per l'accesso alle misure premiali previste in caso di tempestiva attivazione, la dizione è stata opportunamente unificata in *obblighi* nel testo di D.Lgs. approvato il 10 gennaio 2019 - è articolata, e sotto taluni profili

discutibilmente protesa al di là del perimetro della stessa delega legislativa.

Anzitutto, il Codice estende sensibilmente (art. 12, commi 4 e 5) l'elenco dei casi di esclusione dall'applicazione degli strumenti di allerta - che la delega, nell'affidarne l'individuazione al governo, indicava "in particolare" nelle società quotate in borsa o altro mercato regolamentato e nelle grandi imprese come definite dalla normativa UE (art. 4, lett. b, L. n. 155/2017) - anche a: gruppi di imprese di rilevante dimensione; società con azioni diffuse fra il pubblico in misura rilevante secondo i criteri CONSOB; banche, società capogruppo di banche e società componenti il gruppo bancario; intermediari finanziari iscritti nell'albo ex art. 106 T.U.B.; istituti di moneta elettronica e di pagamento; SIM, società di gestione del risparmio, SICAV e SICAF, società capogruppo di società di intermediazione mobiliare e società componenti il gruppo; fondi comuni di investimento, succursali di imprese di investimento e di gestori esteri di fondi di investimento alternativi; depositari centrali; fondazioni bancarie di cui al D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153; Cassa depositi e prestiti; fondi pensione; imprese di assicurazione e riassicurazione; società fiduciarie.

Quanto poi ai doveri di allerta in capo agli organi di controllo societari (ai quali il Codice della crisi e della insolvenza, all'art. 14, comma 4, offre quale ulteriore strumento conoscitivo, onde assecondarne la tempestività di attivazione, e pur non essendovene base nella legge delega n. 155/2017 (13), l'obbligo degli istituti di credito e degli altri intermediari finanziari di cui all'art. 106 del T.U.B. di dar loro notizia delle variazioni o revisioni o revoche negli affidamenti comunicate al cliente), si giunge a prevedere che la tempestiva segnalazione da parte degli stessi (già) all'organo amministrativo valga perfino quale "causa di esonerazione dalla responsabilità solidale per le conseguenze pregiudizievoli delle omissioni o azioni successivamente poste in essere dal predetto organo, che non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione", a condizione che, nei casi previsti dal secondo periodo del comma 2 (omessa o inadeguata risposta o comunque inerzia per "mancata adozione nei successivi sessanta giorni delle misure ritenute necessarie per superare lo stato di crisi"), "sia stata

(11) Sul carattere poco vigilato di tale previsione rispetto al possibile incentivo a pagamenti non rispettosi della *par condicio creditorum*, cfr. S. Ambrosini, *Osservazioni e proposte sullo schema di decreto delegato: allerta, procedimento unitario e concordato preventivo*, in *OCI*, 30 agosto 2018, 4.

(12) Osserva icasticamente M.S. Spolidoro, *Procedure d'allerta, poteri individuali degli amministratori non delegati e altre*

considerazioni sulla composizione anticipata della crisi, in *Riv. Società*, 2018, 173, che si tratta di "sanzione forse troppo drastica e che potrebbe spingere funzionari terrorizzati dallo spettro della responsabilità contabile a trasformarsi in altrettanti "petits Robespierre de la procédure d'alerte".

(13) Lo rileva anche Ambrosini, *op. cit.*, 8.

effettuata tempestiva segnalazione all'OCRI" (art. 14, comma 3, CCII), "fornendo ogni elemento utile per le relative determinazioni, anche in deroga al disposto dell'articolo 2407, primo comma, del codice civile quanto all'obbligo di segretezza" (art. 14, comma 2, secondo periodo): con introduzione di una esimente peraltro formulata in termini dubbi e a ben vedere contraddittori (pur dopo l'eliminazione dal testo della ambigua precisazione, a partire dal testo del 4 ottobre 2018, "ferma restando la prosecuzione dell'esercizio delle loro funzioni"): sorgendo immediato l'interrogativo per cui, se gli organi di controllo in discorso permangono come ovvio nell'esercizio delle loro funzioni, non si vede perché - ed in tal senso sembrava appunto muovere l'espunta precisazione anzi detta - debbano andare esenti da corresponsabilità solidale per omissioni o atti gestori che, ancorché "non siano conseguenza diretta di decisioni assunte prima della segnalazione", restino comunque per altra via pur sempre contrastabili dai preposti al controllo interno, mercé l'ampio spettro di rimedi loro apprestati dalla legislazione vigente, dalle impugnazioni di decisioni alle denunce *ex art. 2409 c.c.*, dalle azioni di responsabilità alle convocazioni di assemblea, e via esemplificando.

Rispetto ai creditori pubblici qualificati, oltre ad alcune opportune specificazioni procedurali, si inasprisce il regime dell'obbligo di avviso a carico dell'agente della riscossione delle imposte, configurandolo "a pena di inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione" (art. 15, comma 1, CCII).

La previsione per un verso probabilmente si spiega in ragione del rilievo, per cui - alla stregua della più recente giurisprudenza - il credito dell'agente per oneri della riscossione (il vecchio "aggio") e spese di notifica ha natura chirografaria, non potendo lo stesso credito condividere il privilegio che assiste il tributo riscosso (14); e ciò posto che - diversamente da interessi e sanzioni - non ne costituisce accessorio né vi inerisce, costituendo semplicemente il compenso spettante al concessionario esattore per l'attività svolta su incarico e mandato dell'ente impositore. Sicché non potrebbe estendersi al credito in discorso la previsione "a pena di inefficacia dei privilegi accordati ai crediti di cui sono titolari o per i quali procedono", contenuta nel citato art. 4, lett. d),

L. n. 155/2017, dato che non sussiste un tale privilegio (e sarebbe del resto abnorme che la mancata allerta da parte dell'agente della riscossione producesse invece l'inefficacia del privilegio spettante piuttosto al credito dell'erario oggetto di riscossione). Per altro verso, si tratta di disciplina sanzionatoria priva di espressa base legittimatrice nella legge delega n. 155/2017.

Ragionevole è semmai la precisazione (art. 15, comma 5, CCII) introdotta (fin dai primi disegni dei testi delegati), secondo cui le soglie corrispondenti agli indicatori di crisi, prima visti quali peculiari inneschi dell'allerta per detti creditori, non scattino allorché a fronte dei corrispondenti importi a debito, siano documentati dal debitore crediti di imposta o altri crediti verso pubbliche amministrazioni risultanti dalla piattaforma per la gestione telematica del rilascio delle certificazioni, per un ammontare complessivo non inferiore alla metà del debito verso il creditore pubblico qualificato.

È però con riferimento all'imprenditore ed agli amministratori di società che le elaborazioni dei testi legislativi delegati esibiscono i risultati più convincenti, pur se combinati ad altri profili non immuni da perplessità.

Riesumandolo dal dimenticatoio in cui - quale indesiderabile reliquia corporativa - era meritoriamente caduto pur senza mai essere formalmente abrogato, l'art. 2086 c.c. (stando all'art. 375 del CCII, collocato nella parte seconda di quest'ultimo, recante modifiche al codice civile e peraltro di immediata applicazione ai sensi dell'art. 389, comma 2, della parte quarta dello stesso Codice, sottraendosi alla *vacatio legis* di diciotto mesi prevista dal comma 1 dello stesso art. 389) muterebbe ora la propria rubrica da "Direzione e gerarchia nell'impresa" a "Gestione dell'impresa", divenendo sede della previsione di un dovere generalizzato di qualsiasi imprenditore, "che operi in forma societaria o collettiva" (15), in estensione di quanto fin qui previsto per i soli amministratori di S.p.a. dall'art. 2381 c.c., di "istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa"; per di più, ora pure espressamente recependo i migliori approdi del cosiddetto diritto societario della crisi, nel senso di profilare tale adeguatezza "anche in funzione

(14) Cfr. Cass. 6 novembre 2017, n. 26284, in *Fisco*, 2017, 4395.

(15) Non più dunque anche in forma individuale, come era stato previsto invece nelle prime due edizioni degli schemi di decreti legislativi delegati, del 22 dicembre 2017 e del 28 febbraio /1°

marzo 2018; ma cfr. il già richiamato disposto dell'art. 3, comma 1, CCII, secondo cui anche "l'imprenditore individuale "deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte".

della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale".

Ed a tale riedito obbligo organizzativo, integrato dal doveroso apprestamento di presidi funzionali all'allerta, corrisponde la parimenti generale previsione dell'obbligo "di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale". Un binomio disciplinare questo - obbligo organizzativo anche dell'allerta e dovere di attivazione senza indugio in presenza degli indicatori di crisi - da estendere poi, in virtù dell'apposito richiamo normativo contenuto all'art. 377 CCII, alle regole della gestione societaria di società personali, di società azionarie (rispetto a tutti e tre i modelli adottabili di gestione e controllo) e di S.r.l.

Dubitabili ed eccedenti - rispetto ai binari della legge delega - appaiono per converso, come anticipato, alcuni altri profili della disciplina in discorso relativa alla disciplina dei doveri di allerta a carico dell'imprenditore, con riferimento in particolare alla conformazione del requisito della tempestività della sua iniziativa ed ai presupposti per il suo accesso, una volta attinte iniziative siffatte, alle misure premiali di legge.

Dalle viste disposizioni della L. n. 155/2017, invero, si discosta anzitutto la previsione che (art. 24, Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza) abbrevia la tempestività dell'iniziativa del debitore, consistente nell'adire la procedura di composizione assistita della crisi, a soli tre mesi in luogo dei sei - stabiliti dal legislatore delegante (art. 4, lett. h, L. n. 155/2017) dal verificarsi degli indizi di crisi; nonché la rimodulazione di questi ultimi indicatori con l'introduzione anche dei già visti indicatori quantitativi sulla significatività dell'indebitamento.

Ancora più marcato distacco dalla delega legislativa si registra quanto alla individuazione dei presupposti per l'accesso alle misure premiali - queste ultime ampiamente dettagliate nel testo delegato, sia con riferimento alla responsabilità personale che a quella personale di tipo penale - poste quali incentivo dell'allerta.

A tal fine si prevede non già, come testualmente vorrebbe (e si accontenterebbe) la legge delega, che l'imprenditore abbia, con la tempestività come sopra qualificata, "proposto" l'istanza di accesso alla procedura di composizione assistita su cui appresso, o

ancora "chiesto" l'omologazione di un accordo di ristrutturazione o "proposto" un concordato preventivo o proposto ricorso per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale - limitando dunque la L. n. 155/2017 il requisito di meritevolezza delle premialità alla mera tempestiva proposizione delle iniziative predette -, bensì e di più che l'imprenditore abbia non solo presentato istanza all'organismo di composizione assistita della crisi, ma anche:

- che ne abbia seguito le indicazioni in buona fede, il che parrebbe alludere ad un onere - onde accedere alle misure premiali suddette - di attuazione di indicazioni di metodo e di contenuto formulate dal collegio di esperti circa la fisionomia dell'accordo stragiudiziale da raggiungere con i creditori in seno al procedimento di composizione assistita, quanto ad esempio al perimetro soggettivo ed alle modalità di ristrutturazione del debito; un onere di conformità a direttive dell'organismo dunque, dal quale allora il concludendo accordo debba essere in qualche modo condiviso (e si tornerà su questo punto, richiamando la relazione di accompagnamento ad uno degli schemi di D.Lgs. delegato sul Codice della crisi, resi disponibili lungo l'iter di attuazione della delega, che parlava non a caso di "approvazione" del collegio), senza che di tutto ciò vi sia per la verità traccia alcuna nella legge delega n. 155/2017, e suscitando altresì gravi dubbi su cosa significhi seguire le indicazioni in discorso "in buona fede" e quale possa essere la condotta difforme (seguire "in mala fede"? Ad esempio, con modalità sostanzialmente elusive?) tale da far perdere il "diritto" (cfr. art. 25, comma 1, CCII) ai benefici costituiti dalle misure premiali in discorso (16);

- o in alternativa che non soltanto abbia proposto domanda di accesso a una delle procedure regolatrici della crisi o dell'insolvenza, ma per di più che la stessa procedura adita "non sia stata in seguito dichiarata inammissibile" (così l'art. 25, comma 1, CCII, ripristinando la dizione usata nel precedente art. 28 della bozza del 22 dicembre 2017, in luogo di quella introdotta nel *draft* del 28 febbraio 2018 che richiedeva che la procedura fosse stata "in seguito aperta").

Tutto ciò con un significativo irrigidimento dei requisiti di accesso alle misure premiali, non necessitato alla stregua dei contenuti della delega legislativa, e tale in fin dei conti da indebolire - rendendone più difficile l'attingimento, alla stregua di incerte valutazioni da compiere *ex post* (esecuzione in buona fede delle indicazioni dell'OCRI), ovvero di non del tutto

(16) Sulla possibilità di divergenze fra organismo e debitore, "il primo che suggerisce delle misure e il secondo che non intenda assumerle e però ne adotti altre, ritenute di maggior coerenza con

il superamento della crisi", e sulle dubbie conseguenze di una situazione siffatta, cfr. M. Ferro, *Misure di allerta e composizione della crisi*, in *Fall.*, 2016, 1043.

preventivabili vagli di ammissibilità (per giunta non caduchi: “che non sia stata in seguito dichiarata inammissibile”) - lo stesso auspicato effetto incentivante di quelle misure rispetto alla precocità dell’allerta.

La c.d. procedura di allerta. Sollecitazioni di diritto europeo?

Tipizzazione di oggettivi indicatori di crisi e allestimento di un arsenale di strumenti di allerta precoce, sotto forma di doveri di organizzazione, rilevazione e segnalazione (all’imprenditore o ai gestori della società anzitutto, poi anche ai creditori ed eventualmente al pubblico ministero), potrebbero da soli e di per sé costituire ed esaurire un sistema di allerta, inteso ad anticipare l’emersione della crisi di impresa e della necessità di farvi fronte per tempo mediante adozione di idonee contromisure.

Nei lavori preparatori della riforma e nella legge delega n. 155/2017, ciò non è stato tuttavia ritenuto sufficiente, reputandosi necessario rimediare alla avvertita “incapacità”, specie delle realtà imprenditoriali minori, “di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce” (cfr. Relazione allo schema di legge delega, par. 3, p. 10). E ciò nel dichiarato intento di “rispondere all’invito contenuto nel Piano d’azione imprenditorialità 2020 COM(2012) del 9 gennaio 2013, rivolto dalla Commissione agli Stati membri della UE [...], affinché offrano “servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, consulenza per evitare i fallimenti e sostegno alle PMI per ristrutturarsi e rilanciarsi”; il che costituirebbe risposta anche alle sollecitazioni contenute nella Raccomandazione n. 2014/135/UE, che quell’invito espressamente richiama nel suo 9° Considerando (cfr. Relazione cit., p. 11; la Relazione di accompagnamento al testo definitivo del CCII si limita invece a richiamare l’esigenza posta dal 1° considerando della stessa Raccomandazione n. 2014/135/UE, onde “scongiurare la progressiva dispersione del valore aziendale e per giungere a “massimizzarne il valore totale per creditori, dipendenti, proprietari e per l’economia in generale””, cfr. ivi p. 60).

A tal fine, la riforma programma per un verso la messa in campo di servizi di consulenza e assistenza professionale alle imprese, mediante la istituzione di un nuovo organismo di composizione della crisi d’impresa (OCRI), a fianco dell’attuale organismo di

composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC), che resta competente per le imprese “minori” (nuova denominazione delle piccole imprese ai fini delle norme concorsuali); per altro verso si volge alla conformazione di nuove procedure, distinte in: a) un procedimento di allerta; b) un procedimento di composizione assistita della crisi, possibile sbocco del primo, e possibile ponte altresì verso l’accesso alle procedure concorsuali già note ed ora ridisegnate (oltre che ridenominate, quanto al fallimento).

Prima di procedere ad un’analisi più in dettaglio, sia consentito però qualche rilievo sul rivendicato fondamento europeo delle disposizioni di nuovo conio.

Per la verità, l’obiettivo che qui rileva della citata Raccomandazione n. 2014/135/UE (l’altro essendo quello di “dare una seconda opportunità in tutta l’Unione agli imprenditori onesti che falliscono”) è di “garantire alle imprese sane in difficoltà finanziaria, ovunque siano stabilite nell’Unione, l’accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l’insolvenza”; ovviando alle riscontrate divergenze fra le discipline nazionali, atteso che ad oggi secondo alcune di queste “la ristrutturazione è possibile solo in una fase relativamente tardiva, nell’ambito della procedura formale d’insolvenza”, mentre altre “permettono la ristrutturazione in una fase precoce”, ancorché con modalità migliorabili quanto in particolare all’efficacia delle procedure stragiudiziali.

Un obiettivo, questo, da realizzare riducendo appunto tali divergenze, con la previsione di omogenei “quadri” nazionali di ristrutturazione preventiva, disponibili per una precoce applicazione ai fenomeni di crisi prima che questa si aggravi irrimediabilmente. Non si tratta però necessariamente di introdurre a tal fine nuovi meccanismi di allerta né nuove procedure, ma dell’esigenza di assicurare l’accesso delle imprese, nei vari ordinamenti, a procedure non dissimili di ristrutturazione precoce anziché tardiva, onde intervenire tempestivamente sulla crisi prima che si disperdano indebitamente i valori coinvolti nell’impresa.

Di “strumenti” - non di procedure - di “allerta” in senso stretto parla semmai la più recente Proposta di Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, n. 2016/0359 del 22 novembre 2016 (17), riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e misure volte ad aumentare l’efficacia delle procedure

(17) Su cui v. P. De Cesari, *La proposta di direttiva sulla ristrutturazione preventiva: principi e obiettivi*, in *Fall.*, 2017, 1109, spec. 1112; G. Montella, *Ristrutturazione preventiva e doveri dei dirigenti nella proposta di direttiva del 22 novembre 2016*, ivi, 1116

ss.; L. Panzani, *La proposta di direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, ivi, 129 ss.; L. Stanghellini, *La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza*, ivi, 873 ss.

di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, che modifica la Dir. 2012/30/UE. Ma lo fa distinguendo nettamente fra gli strumenti o meccanismi di allerta (*early warning tools*) e procedure di ristrutturazione preventiva (*early debt restructuring frameworks*), così evidenziando che apprestare un sistema di allerta mediante appositi strumenti idonei allo scopo di per sé non implica affatto la necessità di introdurre nuove procedure di composizione della crisi; la eventuale predisposizione di queste ultime attiene piuttosto al piano della attuazione e ottimizzazione di quadri normativi efficienti di ristrutturazione dell'impresa, l'accesso tempestivo ai quali può e deve essere favorito da un adeguato sistema di allerta.

La citata proposta di Direttiva, in particolare, si occupa sì per un verso della necessità di introdurre negli Stati membri "procedure di prevenzione che aiutino il debitore a evitare l'insolvenza", ma nel senso di "tempestive procedure di ristrutturazione preventiva", idonee a garantire "la possibilità di intervenire prima che l'impresa non sia più in grado di rimborsare i prestiti"; e dà atto che a tal fine "alcuni Stati membri dovranno mettere in atto una procedura di prevenzione o adeguare una procedura già notificata ai sensi dell'allegato A del regolamento relativo alle procedure di insolvenza" (par. 3, p. 20 della premessa).

Per altro verso, la stessa Proposta parla invece di "strumenti di allerta per spingere i debitori che cominciano ad avere problemi finanziari ad agire in una fase precoce" (cons. 16), ipotizzando a tal fine, "tra i possibili meccanismi di allerta", non già nuove ed apposite procedure di composizione della crisi, bensì obblighi di contabilità e monitoraggio in capo al debitore o ai dirigenti del debitore e obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito; nonché la possibilità di "incoraggiare od obbligare, a norma del diritto nazionale, i terzi in possesso di informazioni rilevanti, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, a segnalare gli andamenti negativi" (ivi). Ed all'art. 3 addita agli Stati membri i compiti di provvedere "affinché i debitori e gli imprenditori abbiano accesso a *strumenti* di allerta" siffatti, che siano "in grado di individuare un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare al debitore o all'imprenditore la necessità di agire con urgenza".

(Segue): La procedura di allerta in senso stretto: l'audizione davanti al collegio di esperti

Andando dunque oltre, sembra, le indicazioni in effetti ricavabili dalla recente normativa europea, la

legge delega di riforma delle procedure concorsuali sceglie di dar vita anzitutto ad un nuovo soggetto con rilievo pubblicistico chiamato a svolgere funzioni di consulenza ed assistenza alle imprese in difficoltà, denominato *organismo di composizione della crisi di impresa*, da costituire presso ciascuna camera di commercio (secondo modalità ad oggi solo parzialmente precisate nel CCII; nelle bozze precedenti del D.Lgs. si faceva un rinvio ad un regolamento, di cui non v'è traccia nel testo attuale), il quale a sua volta è chiamato a nominare di volta in volta un collegio di almeno tre esperti costituito *ad hoc* per ciascuna situazione di crisi, dei quali uno designato dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa del tribunale competente per il luogo in cui l'imprenditore ha sede, uno designato dalla camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura e uno designato da associazioni imprenditoriali di categoria; designazioni tutte da effettuarsi "secondo criteri di trasparenza e rotazione", ma al contempo "tenuto conto in ogni caso della specificità dell'incarico" (art. 17, comma 2, CCII).

Nel D.Lgs. delegato istitutivo del "Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza", artt. 16 e 17, il funzionamento di detto organismo si impernia peraltro sulla centrale figura ivi conosciuta del "referente", individuato nel segretario generale della camera di commercio (supportato da un "ufficio del referente, che può essere costituito anche in forma associata da diverse camere di commercio", art. 16, comma 3, CCII), con amplissimi poteri di conformazione del collegio di esperti anzidetto, per via della competenza riconosciutagli: a individuare il componente la cui designazione spetta agli esponenti locali delle associazioni di categoria, prevedendosi che queste ultime (anziché designare di volta l'esperto di loro espressione) trasmettano annualmente all'organismo un elenco contenente "un congruo numero di esperti" iscritti al suddetto albo, tra i quali il referente trasceglie quello designato dall'associazione rappresentativa del settore cui appartiene il debitore; a procedere a designazioni in via sostitutiva, nel caso in cui le designazioni spettanti al presidente del tribunale o della camera non gli pervengano "entro tre giorni lavorativi dalla ricezione della richiesta" (art. 17, comma 2), o quando la designazione da parte del presidente della camera non consenta che il collegio abbia l'assortimento di competenze aziendali, contabili e legali in concreto necessario (comma 4). All'organismo di composizione della crisi è in particolare assegnato il compito:

- da un lato, di gestire la preliminare “*procedura di allerta*”, avviata dall’organismo facendo seguito alle segnalazioni ricevute dai soggetti qualificati di cui si è detto (organi di controllo interno dell’impresa, tenuti alla segnalazione all’organismo dopo che quella all’organo amministrativo non abbia ricevuto alcuna o adeguata risposta; e creditori qualificati, obbligati, sempre in caso di mancato adempimento o attivazione del debitore, alla contestuale segnalazione sia agli organi di controllo suddetti che all’organismo in esame), oppure su istanza dello stesso debitore, convocando immediatamente quest’ultimo (in caso di società, gli amministratori e, se presente un organo di controllo, i componenti di questo), “in via riservata e confidenziale”, e ciò “al fine di individuare nel più breve tempo possibile, previa verifica della situazione patrimoniale, economica e finanziaria esistente, le misure idonee a porre rimedio allo stato di crisi” (L. n. 155/2017, art. 4 lett. e; art. 18, commi 1 e 4, CCII);

- dall’altro lato, quello di condurre il vero e proprio “procedimento di composizione assistita della crisi”, avviabile solo *su istanza del debitore*, nel senso di prestare attività di consulenza e monitoraggio onde “addivenire a una soluzione della crisi concordata tra il debitore e i creditori, entro un congruo termine, prorogabile solo a fronte di positivi riscontri delle trattative e, in ogni caso, non superiore complessivamente a sei mesi”.

Venendo anzitutto alla “procedura di allerta” in senso stretto, essa principia con l’audizione del debitore, convocato dall’organismo a seguito (e, secondo il testo del decreto delegato, entro quindici giorni lavorativi dalla ricezione) di istanza del debitore o delle segnalazioni di cui si è detto, audizione da disporsi *in via riservata e confidenziale*.

Emerge qui un dato centrale del tema in esame, atteso che riservatezza e confidenzialità, oltre a dover contrassegnare - stando alla legge delega (cfr. l’art. 4, lett. e, L. n. 155/2017: “convochi immediatamente, in via riservata e confidenziale”) - tanto l’audizione quanto a monte la stessa modalità di convocazione del debitore, devono più in generale rappresentare secondo gli intenti della riforma “caratteristiche salienti delle procedure di allerta e composizione assistita della crisi” (cfr. Relazione alla legge delega, p. 13), giustificando fra l’altro la loro collocazione al di fuori dei tribunali, onde vincere la naturale riluttanza dell’imprenditore ad avvalersi di tali procedure per il timore di generali e perniciosi allarmi sulla salute dell’impresa, i quali valgano per ciò stesso ad incanalarla verso un’insolvenza che, stando alle avvisaglie di crisi

ove non indebitamente propalate, sarebbe magari stata evitabile.

Su un punto pur così nevralgico della disciplina, tuttavia, nessuna ulteriore regolamentazione di dettaglio si ritrova nel D.Lgs. recante il nuovo Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, che non va al di là, al pari della legge delega n. 155/2017, del mero enunciato generale (“in via riservata e confidenziale”: cfr. art. 18, comma 1, CCII), e per di più sfoca il proprio disposto rispetto alla delega legislativa, con il parlare di convocazione “per l’audizione in via riservata e confidenziale”, così sembrando infelicitemente limitare tali connotati alle modalità della sola audizione.

Quest’ultima è diretta ad accertare se sussistano o no fondati indizi della crisi, tali da motivare l’adozione tempestiva di contromisure. E funzionale a tale accertamento è la “previa verifica della situazione patrimoniale, economica e finanziaria esistente” (cfr. art. 4, lett. e, L. n. 155/2017; art. 18, comma 3, CCII), attraverso un’istruttoria che si avvale del contributo - in chiave di “elementi di valutazione” (non più di “giustificazioni”, come si esprimeva l’art. 21, comma 3, della bozza di D.Lgs. del 28 febbraio 2018) - del debitore, nonché dell’acquisizione di tutti i dati e le informazioni nel caso rilevanti da parte dello stesso collegio di esperti, designando ed incaricando all’uopo al proprio interno un relatore (art. 18, comma 2, CCII).

Qualora, all’esito dell’audizione, si dimostri insussistente la crisi, o che si tratti di imprenditore cui non si applicano gli strumenti di allerta, il collegio disporrà l’archiviazione delle segnalazioni ricevute, dandone comunicazione agli autori di queste ed al debitore, con correlativa anticipata chiusura del procedimento di allerta in esame (art. 18, comma 3, CCII).

Lo stesso procedimento, nel caso in cui lo stato di crisi risulti invece confermato da fondati indizi, potrà proseguire con lo sviluppo di un ulteriore ruolo di consulenza e assistenza - oltre a quello già svolto nella verifica di fondatezza degli indicatori di crisi - da parte del collegio, incaricato di individuare “con il debitore” le misure idonee a porvi rimedio, a tal fine spaziando - in assenza di alcuna delimitazione normativa al riguardo - fra tutti gli strumenti, negoziali e/o concorsuali, disponibili secondo legge, inclusa la procedura di composizione assistita su cui *infra* quale opzione (non unica ma) fra le altre. Con l’ulteriore differenza, rispetto alla procedura di composizione assistita su cui appresso e nel caso in cui non sia questa la “misura” individuata, che l’attuazione delle misure così selezionate è qui lasciata all’esclusiva iniziativa

ed attività del debitore, unicamente richiesto di riferirne entro il termine all'uopo fissato - per il quale neppure sono dettati limiti temporali normativi, ma che deve essere contenuto "nel più breve tempo possibile" (art. 4, lett. e, L. n. 155/2017: indicazione non testualmente recepita dall'art. 18 CCII, ma comunque da osservare nel necessario contrappunto fra legge delega e decreto legislativo delegato) - dal collegio di esperti; mentre il compito del collegio, esaurita la consulenza iniziale, si riduce ora all'attesa degli esiti delle iniziative del debitore e, in caso di sua inerzia una volta scaduto il termine anzidetto, al compito di informarne i soggetti autori delle segnalazioni.

La procedura di allerta può però - stando al testo della legge delega, ed ancor più del CCII - anche rivelarsi anticamera dell'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale (il vecchio fallimento), affrettando l'accertamento giudiziale dell'eventuale insolvenza. E ciò al di là degli intenti espressi nei lavori preparatori della riforma, sul che più avanti si tornerà. Infatti, allorché il collegio di esperti accerti, sulla base delle verifiche come sopra compiute, che l'impresa è evidentemente insolvente, e non possa giungersi all'individuazione e applicazione con il debitore di misure idonee a superare lo stato di crisi, perché non ve ne sono i presupposti (è l'ipotesi in cui "il collegio non individui misure idonee a superare la crisi", come recita l'art. 4, lett. b, ultimo periodo, L. n. 155/2017) oppure perché (ipotesi questa aggiunta nel CCII, art. 22, comma 1) il debitore non compaia per l'audizione, si prevede che l'organismo ne dia notizia (con relazione motivata del collegio, art. 22 cit.) per il tramite del referente al pubblico ministero presso il tribunale competente del luogo in cui ha sede l'impresa, ai fini del tempestivo accertamento dello stesso stato di insolvenza.

Il testo del CCII vi aggiunge l'ipotesi che, risultando evidente lo stato di insolvenza, il debitore "dopo l'audizione non deposita l'istanza di cui all'articolo 19, comma 1, senza che sia stata disposta dal collegio l'archiviazione di cui all'articolo 18, comma 3" (art. 22, comma 1, CCII), oppure ancora che, pur depositata l'istanza di avvio della composizione assistita della crisi, "all'esito delle trattative non deposita domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza nel termine assegnato ai sensi dell'articolo 21, comma 1" dal collegio.

Ma la previsione desta perplessità, atteggiando l'istanza per l'apertura del procedimento di composizione assistita della crisi (quella di cui all'art. 19, comma 1), quantomeno in caso di "evidente" stato di

insolvenza, a passaggio obbligato per il debitore a valle dell'audizione, e trascurando quanto prima si è visto su ciò che, secondo la legge delega e lo stesso testo del D.Lgs. delegato recante il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, la procedura di composizione assistita è solo una delle possibili misure che, non solo in caso di crisi ma anche di vera e propria insolvenza, il collegio può selezionare insieme al debitore per fronteggiare la situazione dell'impresa, sempre che questa sia superabile e non debba invece scattare la predetta segnalazione al pubblico ministero.

Il procedimento di composizione assistita della crisi

Anche la procedura di allerta in senso stretto di cui fin qui si è parlato, alla stregua dell'art. 4, lett. e), legge delega n. 155/2017, e dell'art. 18 del D.Lgs. delegato sul Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, unitamente alla messa in campo degli indicatori di crisi e degli strumenti di segnalazione prima visti, avrebbe potuto bastare, sembra, ad esaudire l'istanza normativa d'apprestare un sistema di allerta efficace, soddisfacendo anche la richiamata esigenza di fornire un adeguato supporto in termini di consulenza alle imprese che già non ne dispongano.

Ma la riforma si spinge ancora più in là, ponendo mano alla conformazione di quel che appare l'istituto più problematico nella materia in esame: il procedimento di composizione assistita della crisi.

Si tratta, come anticipato, di un procedimento il cui avvio postula un'istanza del debitore, che - stando alle previsioni dell'art. 19, D.Lgs. cit. - potrà essere formulata ancor prima che abbia inizio la procedura di allerta di cui al paragrafo che precede, o all'immediato esito dell'audizione disposta in seno alla stessa, o ancora a seguito dell'inutile decorso del termine assegnato a fine audizione dall'organismo, per l'attuazione delle misure di rimedio alla crisi individuate insieme al debitore. Anche se, come prima visto, la riforma - segnatamente nell'art. 22 dello CCII - sembra spingere il debitore a formulare comunque tale istanza all'esito dell'audizione, ogniqualvolta questa non si concluda con l'archiviazione.

L'istanza predetta vale - secondo il disposto della legge delega n. 155/2017 - ad attivare la competenza dell'organismo "ad addivenire a una soluzione della crisi concordata tra il debitore e i creditori", entro un termine massimo di sei mesi, attraverso lo svolgimento con l'assistenza del collegio di esperti di apposite "trattative" (art. 4, lett. b), che il debitore può

chiedere al tribunale della sezione specializzata in materia di impresa di assecondare adottando, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, le “misure protettive necessarie” (art. 4, lett. e), salvo loro successiva revocabilità in caso di compimento di atti in frode ai creditori o di rilevazione da parte del collegio della insussistenza o del mancato idoneo sviluppo di iniziative di superamento della crisi (ivi). Già in tali previsioni si staglia così l’inedita figura di una “soluzione concordata” della crisi, per via di trattative fra debitore e creditori propiziate dall’organismo, che ne sorveglia il tempestivo svolgimento, ed eventualmente dal tribunale, il quale ne protegge il decorso mediante (è da ritenere, sul modello delle misure di protezione delle trattative funzionali ad accordi di ristrutturazione dei debiti, di cui all’attuale art. 182 bis, comma 6, l.fall., essenzialmente) il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore. Una “soluzione concordata” che non corrisponde ad alcuna delle figure fin qui note, quali concordati preventivi, accordi di ristrutturazioni o convenzioni di moratoria, né - salvo quanto dirò fra poco - allo stesso piano di risanamento dei debiti, nella variante (appunto, “concordata”) bi - o plurilaterale, e che nella sua genericità di previsione normativa arditamente oscilla fra tipicità e atipicità.

Il testo del D.Lgs. delegato sul Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza offre qualche elemento in più, senza comunque attingere un livello definitorio. Secondo le sue previsioni, la “soluzione concordata” mette capo ad un *accordo* con i creditori (artt. 19, comma 4, e 21, comma 1, CCII), da raggiungere al traguardo di trattative condotte in prima persona dal debitore. Trattative però al tempo stesso - in ciò consistendo la modalità “assistita” della composizione - seguite dal componente relatore del collegio di esperti (art. 19, comma 1, D.Lgs. cit.), con il supporto di una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa, e di un elenco dei creditori e dei titolari di diritti reali o personali, con indicazione dei rispettivi crediti e delle eventuali cause di prelazione, documenti tutti quelli testé indicati frattanto acquisiti dal collegio presso il debitore, o dallo stesso collegio predisposti su richiesta di quest’ultimo; ed eventualmente protette dal tribunale delle imprese territorialmente competente in base alla sede dell’impresa (come prevede l’art. 4, lett. g, L. n. 155/2017, anziché dal “tribunale concorsuale” come impropriamente stabilivano le bozze del 22 dicembre 2017 e del 28 febbraio 2017), su richiesta del debitore, mediante le misure indicate

all’art. 20, D.Lgs. cit., che a sua volta rinvia a quelle di cui agli artt. 54 e 55, adottabili in caso di avvio del procedimento unitario diretto all’apertura della liquidazione giudiziale o del concordato preventivo o all’omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, consistenti fra l’altro nel divieto di azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore, e che include altresì il differimento giudiziale dei termini previsti per l’adempimento degli obblighi di legge in caso di riduzione del capitale sociale per perdite, o la disattivazione giudiziale delle cause di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale.

Si prevede altresì che l’eventuale “accordo” raggiunto con i creditori coinvolti nelle trattative debba avere forma scritta, resti depositato presso l’organismo e non sia ostensibile a soggetti diversi coloro che lo hanno sottoscritto (art. 19, comma 4, CCII).

Il discorrere di riservatezza rispetto ai soggetti diversi dai sottoscrittori evidenzia come la conclusione dell’accordo possa aver luogo senza dover previamente informare tutti i creditori (quantomeno) risultanti dall’elenco come sopra acquisito dal collegio (cfr. art. 19, comma 2, CCII), né (allora) dover porre gli stessi in condizioni di parteciparvi; il che sembra denotare un apparentamento della figura di accordo in esame con il piano attestato di risanamento, di cui all’attuale art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., e all’art. 56 del nuovo Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, nella già ricordata variante (peraltro nella prassi diffusa) bi - o plurilaterale, concordata cioè con uno o più creditori più significativi, che tale fattispecie può assumere rispetto a quella unilaterale (la sola testualmente prevista dalla disciplina sia vigente che riformata e in attesa di entrata in vigore).

Ed infatti, l’art. 19, comma 4, D.Lgs. sul Codice della crisi di impresa e dell’insolvenza proclama che “l’accordo produce gli stessi effetti degli accordi che danno esecuzione al piano attestato di risanamento” (con l’aggiunta - comparsa nella bozza di D.Lgs. del 28 febbraio 2018 - che l’accordo è pubblicato nel registro delle imprese “su richiesta del debitore” e, nel testo finale del 10 gennaio 2019, “con il consenso dei creditori interessati”): effetti consistenti com’è noto nell’esenzione dall’azione revocatoria concorsuale degli atti, pagamenti e garanzie concesse sui beni del debitore, posti in essere in esecuzione del piano, sancita dal citato art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., e dall’art. 166, comma 3, lett. d), CCIII, che estende l’esenzione anche rispetto all’azione revocatoria ordinaria.

L'accordo di cui si parla, raggiunto all'esito della procedura di composizione assistita, viene così assimilato quanto ad (assai rilevanti) effetti al piano *attestato* di risanamento - *attestato* perché sorretto, ai sensi sia della disciplina vigente sia dell'art. 56 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, da una attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano medesimo da parte di un professionista indipendente, con i requisiti di cui all'attuale art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., ed all'art. 2, lett. o) del programmato Codice della crisi -, senza però che lo stesso accordo in esame sia munito di analoga attestazione, in effetti non prevista dalla disciplina del CCII, secondo la quale il collegio di esperti procede tutt'al più, peraltro soltanto su richiesta del debitore e solo allorché questi dichiara di voler presentare domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti o di ammissione a concordato preventivo, ad attestare la veridicità dei dati aziendali, non anche la fattibilità dell'accordo (art. 19, comma 3, CCII) (18).

Il che evidenzia una qual certa evanescenza del carattere "assistito" della procedura di composizione attuata mediante l'accordo in esame, nella misura in cui tale assistenza da parte dell'organismo si riduce al "seguire le trattative" (cosa vuol dire effettivamente "seguire le trattative"? Cosa vi è di più qui rispetto a quanto l'organismo compie nella procedura di allerta in senso stretto?) ed all'acquisizione o anche alla predisposizione di dati sulla situazione dell'impresa e sulla composizione del suo monte debitorio; differendo forse solo in ciò allora l'"assistenza" qui fornita dall'organismo, rispetto a quella dallo stesso prestata nella già vista (mera) "procedura di allerta", allorché il collegio rileva la sussistenza degli indizi della crisi, "individua con il debitore le possibili misure per porvi rimedio" e monitora che nel termine assegnatogli il debitore proceda alla assunzione ed attuazione delle relative iniziative: una differenza obiettivamente esigua, onde giustificare il parlare ora di un distinto ed ulteriore "procedimento di composizione assistita", in cui trascorra la procedura di allerta in senso stretto.

Per il caso in cui allo scadere del suddetto termine massimo di sei mesi non sia stato possibile

raggiungere un accordo con i creditori, e pur permanga la situazione di crisi, si prevede che il collegio inviti il debitore a presentare domanda di accesso ad una delle procedure concorsuali, come ridisegnate dal Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza (art. 21, comma 1, CCII).

Si è qui alla conclusione del procedimento di composizione assistita, come recita la rubrica del citato art. 21 (art. 24 nelle citate versioni precedenti), che pur testualmente contempla tale fase solo rispetto all'esito negativo delle trattative per la conclusione dell'accordo stragiudiziale, non anche riguardo alla sua eventuale sottoscrizione.

Un ruolo di più incisiva e pregnante "assistenza" riservavano semmai al collegio di esperti le bozze del 22 dicembre 2017 e del 28 febbraio 2018 di disciplina attuativa della delega ex L. n. 155/2017, allorché prevedevano che al fine della presentazione della domanda di accesso ad una delle procedure concorsuali, nell'ipotesi di mancato raggiungimento di un accordo con i creditori all'esito della fase di composizione assistita, lo stesso debitore potesse incaricare i componenti del collegio "di assisterlo" ai fini della presentazione della relativa domanda (art. 24, comma 2, schema di D.Lgs. 28 febbraio 2018). Per ciò stesso, essendo ormai cessato il "procedimento di composizione assistita", l'ulteriore "assistenza" predetta in vista dell'accesso ad una procedura concorsuale sembrava configurarsi, anziché come una prosecuzione del ruolo di supporto dell'organismo, piuttosto come oggetto di un vero e proprio incarico professionale autonomo, che il debitore avrebbe potuto eventualmente conferire, in luogo che ad altri professionisti, agli stessi singoli (ex) componenti del collegio, in ragione anche delle economie in termini di tempi e costi che sarebbero potute derivare dall'essere gli stessi soggetti già addentro ai dettagli della crisi di impresa in questione ed in possesso della documentazione già acquisita in fase di tentativo di "composizione assistita" (e cfr. il già visto art. 22, comma 2, CCII).

Ne era conferma la previsione (art. 24, comma 2, schema di D.Lgs. 28 febbraio 2018, cit.) secondo cui "in tal caso, i compensi per le prestazioni rese possono [potessero] essere complessivamente pattuiti" entro i

(18) Mentre non può in alcun modo condividersi - e rimarca piuttosto l'eccentricità dell'ipotesi rispetto alle figure già note - quanto si legge nella relazione di accompagnamento dello schema di D.Lgs. delegato nella bozza del 28 febbraio 2018 (*sub* art. 22, 15), secondo cui "presupposto evidente" dell'assimilazione al

piano attestato sarebbe "che l'accordo sia stato raggiunto con la supervisione e l'approvazione del collegio" (quale "approvazione?"), "il quale quindi si rende indirettamente garante della fattibilità del piano" (che rilievo giuridico ha una simile "indiretta" garanzia di fattibilità?).

limiti sanciti dall'art. 8 del Codice "per i compensi per prestazioni professionali e di consulenza rese a vario titolo dai professionisti e consulenti incaricati dal debitore in funzione o in occasione di una delle procedure disciplinate dal presente Codice", richiamando altresì le regole in tema di prededucibilità degli stessi compensi di cui all'art. 9 dello stesso Codice della crisi.

Tale eventualità di ulteriore "assistenza" è però scomparsa a partire dalla bozza del 4 ottobre 2018 e manca pure nell'attuale redazione dell'art. 21 CCII (e direi opportunamente, scongiurando possibili incentivi perversi).

Piuttosto, l'art. 23 CCII stabilisce che il compenso dell'organismo di composizione della crisi, sia per l'attività svolta per l'audizione del debitore in seno alla procedura di allerta in senso stretto, sia per quella prestata relativamente alla procedura di composizione assistita della crisi, se non pattuito con l'imprenditore è liquidato a norma dell'art. 351 dello stesso Codice dal presidente della sezione specializzata in materia di impresa, distinguendo per i due ordini di attività suddetti e valutando l'impegno concretamente richiesto e gli esiti del procedimento; qui allora secondo modalità più consona alla liquidazione dei compensi di organi di una procedura di legge.

Il compenso gode peraltro del regime di prededucibilità, ai sensi dell'art. 6, comma 1, lett. a), CCII, regime negato invece, ai sensi del comma 3 dello stesso art. 6, ai "crediti professionali per prestazioni rese su incarico conferito dal debitore durante le procedure di allerta e composizione assistita della crisi a soggetti diversi dall'OCRI", quale che ne sia l'esito; con una disparità di previsione - anche rispetto alla pur parziale e condizionata prededucibilità dei "crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti e per la richiesta delle misure protettive", così come "della presentazione della domanda di concordato preventivo nonché del deposito della relativa proposta e del piano che la correda", di cui rispettivamente alle lett. b) e c) del citato art. 6 comma 1, CCII - quantomeno assai discutibile.

La segnalazione al P.M.

Uno dei temi più discussi in seno alla Commissione ministeriale Rordorf incaricata della prima elaborazione della riforma, rispecchiandone le diverse componenti culturali e l'alternato

prevalere dei relativi approcci, è stato quello dei possibili sbocchi giudiziali delle procedure di allerta e composizione assistita, nel caso del loro possibile insuccesso, per insussistenza dei presupposti obbiettivi di superamento della crisi o per inadeguata partecipazione dell'imprenditore.

Al riguardo, la relazione di accompagnamento allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, come esitato dalla Commissione Rordorf, a firma del suo Presidente, assumeva una posizione motivatamente negativa e prudenziale (cfr. *ivi*, 13 s.), avvertendo che "il ricorso alle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi non deve essere (e soprattutto non deve venir percepito come se fosse) un piano inclinato verso la liquidazione giudiziale dell'impresa"; e ciò nella convinzione che l'eventuale mancato o cattivo uso delle stesse procedure fosse sufficientemente sanzionato dalla previsione di un sistema di disincentivi, in chiave di responsabilità civili e penali (e si aggiunga, quanto ai creditori, in termini di perdita dei relativi privilegi), e che, in caso di insoddisfacente esito e sussistendo i presupposti delle pertinenti procedure giudiziali di insolvenza, la loro instaurazione dovesse aver luogo secondo le regole ordinarie e ad iniziativa dei soggetti a ciò legittimati, senza che "l'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale sia fatta discendere in modo automatico dalla conclusione negativa del tentativo di composizione della crisi" (p. 14). Di qui l'elaborazione da parte della stessa Commissione di un testo che contemplava in materia procedure (di allerta in senso stretto e, su istanza del debitore, di composizione assistita) di schietta "natura non giudiziale e confidenziale", senza coinvolgimento dell'autorità giudiziaria se non su possibile richiesta del debitore, per l'adozione di misure protettive delle trattative.

Principiava peraltro da lì un accidentato *iter* che, nel condurre al testo finale dell'art. 4 (esaminato in queste pagine) della legge delega n. 155/2017, vedeva oscillare il pendolo della maggiore o minor quota di giurisdizionalità e coercitività dei procedimenti di allerta e con ciò di inclinazione, in caso di cattivo esito, verso la liquidazione giudiziale.

In particolare:

- il testo dello schema di legge delega approvato dal Governo (19) modificava significativamente gli elaborati della commissione ministeriale in materia, conformando un procedimento a tre fasi, di cui due stragiudiziali come nel testo originario, cui si

(19) Cfr. Disegno di legge *Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in *Atti Parlamentari-Camera dei Deputati*, XVII Legislatura, n. 3671,

73 ss. Per una ampia analisi, cfr. S. De Matteis, *L'allerta nel disegno di legge delega n. 3671-bis*, in *Dir. fall.*, 2017, I, 760 ss.

aggiungeva una terza fase giudiziale quale *extrema ratio*, innescata da una segnalazione dell'organismo al presidente della sezione imprese del Tribunale competente (20), in caso di ingiustificata mancata partecipazione o di inerzia del debitore; con la conseguente convocazione del debitore medesimo da parte del Presidente del tribunale, la nomina ove necessario di un professionista per verificare la sussistenza dello stato di crisi e, in caso di mancata attuazione di misure per porvi rimedio, la pubblicazione della relazione del suddetto professionista nel registro delle imprese;

- all'esito della seduta della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati del 17 gennaio 2017 (21), i procedimenti tornavano ad essere due, dei quali uno stragiudiziale, con un *primo round* riservato all'imprenditore assistito dall'organismo di composizione (lett. a) e la previsione che quest'ultimo dovesse dare notizia al pubblico ministero, qualora ritenesse non raggiunta una soluzione per la crisi entro i termini previsti; ed uno invece giudiziale, avviato innanzi al Presidente della sezione impresa del Tribunale a seguito delle segnalazioni doverosamente inviategli dagli organi di controllo (in caso di omessa o inadeguata risposta da parte dell'organo amministrativo dagli stessi inizialmente allertato) e da creditori pubblici qualificati, con successiva convocazione del debitore "ove occorra, in luoghi diversi dall'ufficio giudiziario", possibile incarico ad un esperto per l'individuazione delle idonee misure di superamento della crisi e pubblicazione nel registro delle imprese dell'eventuale esito negativo;

- per giungere infine, con l'approvazione il 1° febbraio 2017 alla Camera (22), al testo poi emanato dell'art. 4, lett. b), ultimo periodo, L. n. 155/2017, ove figura la vista previsione della segnalazione al pubblico ministero da parte dell'organismo nel caso di mancata individuazione di misure idonee a superare la crisi e di attestazione dello stato di insolvenza, ai fini del suo tempestivo accertamento giudiziale.

Di tale approdo è coerente sviluppo il testo già sinteticamente riferito dell'art. 22 del D.Lgs. delegato, recante il Codice della crisi di impresa e

dell'insolvenza, con la precisazione che il pubblico ministero, ricevuta la notizia di insolvenza indirizzata-gli dal referente del collegio - come visto, nei casi in cui il debitore non compaia per l'audizione, o all'esito di questa (senza archiviazione) non depositi istanza di composizione assistita, o all'epilogo infruttuoso delle trattative non si attivi per l'accesso ad una procedura concorsuale nel termine assegnatogli - esercita l'iniziativa di avvio della liquidazione giudiziale entro sessanta giorni dalla ricezione, "ove ritenga fondata la notizia di insolvenza": quasi a voler puntigliosamente rammentare che l'iniziativa ulteriore del pubblico ministero non è ovviamente obbligata, bensì frutto di una autonoma valutazione di quest'ultimo, e che perciò non si realizzi qui ciò che la originaria commissione incaricata della elaborazione della riforma aveva inteso escludere, la derivazione automatica cioè della liquidazione giudiziale dalla negativa conclusione del tentativo di composizione della crisi. Al di là di simili precisazioni, resta difficilmente contestabile che la prospettiva di una possibile, finale segnalazione al P.M. in caso di insuccesso della procedura compositiva inclini quest'ultima verso lo sbocco liquidativo, quale deterrente rispetto ad un inadeguato impegno alla risalita (allora, su un piano appunto inclinato) da parte del debitore e insieme quale sanzione della sua inerzia; denotando in tal caso l'intento legislativo di accelerare - con lo stimolo all'iniziativa del P.M. - l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale senza voler ulteriormente attendere l'iniziativa degli altri legittimati, creditori e organi sociali, pur resi edotti della situazione di crisi in virtù delle segnalazioni e notizie ricevute in seno alla procedura di allerta e composizione: ed in particolare di ciò avvertiti grazie alla notizia, trasmessa dal referente del collegio ad entrambe le predette categorie di soggetti qualificati, i quali non abbiano effettuato la segnalazione di innesco della procedura, che il debitore ha presentato istanza di composizione assistita, e che perciò gli stessi soggetti sono per il tutto il tempo del relativo procedimento esonerati da altre segnalazioni (art. 18, comma 6); nonché in virtù della comunicazione circa la conclusione negativa del procedimento di composizione, data dall'organismo a quanti fra i soggetti predetti non vi abbiano partecipato.

(20) È appena il caso di annotare l'improprietà di qualsiasi accostamento di tale figura giudiziale con il Presidente del Tribunale di commercio dell'ordinamento francese, espressione di un peculiare organismo giudiziario eletto da imprenditori fra esponenti della loro stessa categoria: cfr. art. L. 723-1 ss., *Code du Commerce*.

(21) Cfr. Disegno di legge *Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, in

Atti Parlamentari-Camera dei Deputati, XVII Legislatura, n. 3671-bis-3609-3884-A, 24 ss.

(22) Cfr. Disegno di legge *Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza*, XVII Legislatura, n. 2681, in *Atti parlamentari-Senato della Repubblica*, 11 ss.

Le misure premiali. Rilievi finali

Si è fatto ripetutamente cenno in queste pagine alla previsione di misure premiali, sia di natura patrimoniale e personale, alle condizioni in precedenza esaminate (e discusse), quale fondamentale incentivo per l'imprenditore che faccia tempestivo uso dei nuovi strumenti di allerta.

Al riguardo l'art. 4, lett. h, della legge delega n. 155/2017, prescrive l'inclusione "tra le misure premiali" - senza perciò esaurire gli spazi lasciati in materia al legislatore delegato - della "causa di non punibilità per il delitto di bancarotta semplice e per gli altri reati previsti dalla legge fallimentare, quando abbiano cagionato un danno patrimoniale di speciale tenuità ai sensi dell'articolo 219, terzo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, un'attenuante ad effetto speciale per gli altri reati, nonché una congrua riduzione degli interessi e delle sanzioni correlati ai debiti fiscali dell'impresa".

Assai ampia è peraltro l'attuazione di detta delega nell'art. 25 del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, prevedendosi fra l'altro, oltre che la riduzione degli interessi e delle sanzioni sui debiti tributari, facilitazioni in chiave di allungamento dei termini concedibili all'imprenditore in seno alle procedure relative al concordato preventivo ed all'accordo di ristrutturazione dei debiti e limitazioni alla ammissibilità di proposte di concordato preventivo in continuità aziendale concorrenti, nonché una causa di non punibilità per numerosi e cospicui reati concorsuali (inclusa la bancarotta fraudolenta, quella semplice ed il ricorso abusivo al credito).

Quest'ultimo profilo induce ad una ulteriore e finale considerazione sulla disciplina in esame.

La sospensione o disattivazione della norma penale era stata concepita, nel corso dei lavori della Commissione Rordorf di preparazione della legge delega, anche a salvaguardia del profilo della riservatezza e confidenzialità della procedura di allerta, prevedendosi all'art. 4, lett. d), del testo del d.d.l. presentato dalla stessa Commissione al Governo, che la convocazione del debitore da parte dell'organismo di composizione della crisi, a seguito delle segnalazioni ricevute o su istanza del debitore medesimo, dovesse aver luogo "immediatamente, in via riservata e sotto il vincolo del segreto professionale, anche,

occorrendo, in deroga all'art. 331 del codice di procedura penale quanto ai reati inerenti all'esercizio dell'impresa", con disapplicazione dunque dell'obbligo di denuncia com'è noto gravante, ai sensi del predetto articolo del c.p.p., su pubblici ufficiali, incaricati di un pubblico servizio e autorità preposte a procedimenti civili e amministrativi, in caso di emersione di un fatto integrante reato perseguibile di ufficio.

La previsione scompare nei testi elaborati dal Governo in attuazione della delega, fino all'attuale redazione del CCII approvata il 10 gennaio 2019, in cui però compare all'art. 5, comma 4, la previsione secondo cui "I componenti degli organismi e dei collegi preposti alle procedure di allerta e composizione assistita della crisi non possono essere tenuti a deporre sul contenuto delle dichiarazioni rese e delle informazioni acquisite nell'esercizio delle loro funzioni, né davanti all'autorità giudiziaria né davanti ad altra autorità", con applicazione dell'art. 200 c.p.p. e delle garanzie previste per il difensore dalle disposizioni dell'articolo 103 c.p.c. in quanto compatibili". È un passo avanti, ancorché meno di quanto prefigurato dalla legge delega (anche se non imponendolo, stante l'uso della formula "occorrendo").

La circostanza rinvia più in generale all'esigenza di riflettere sul contenuto effettivo che possa e debba assumere un profilo che, stando ai testi della riforma in via di elaborazione, è chiamato a connotare in modo essenziale i procedimenti di allerta e di composizione assistita della crisi: il loro svolgersi "in modo riservato e confidenziale", a partire dalla iniziale audizione del debitore (cfr. artt. 12, comma 2, e 18, comma 1, CCII).

Si tratta di un aspetto che occorre riempire di contenuti operativi, allo stato assenti nella disciplina *in itinere* (23), atteso che quello della confidenzialità e riservatezza è un connotato di rilievo cruciale del tema (24): ciò almeno se si vuole che il sistema di allerta funga davvero da meccanismo di incentivo alla tempestiva emersione e rilevazione della crisi, apprestando al contempo un idoneo supporto in chiave di assistenza e consulenza (dal che, nelle viste intenzioni della riforma, l'istituzione dell'organismo di composizione assistita) per il suo superamento o almeno la sua pronta e adeguata regolazione; un

(23) Sulla natura puramente "declamatoria" della qualifica normativa dei procedimenti in discorso come "confidenziali", cfr. anche Ambrosini, *op. cit.*, 3.

(24) Nel sistema francese, ad esempio, l'istanza forte di riservatezza e confidenzialità giustifica la previsione (art. R. 611-11,

Code du commerce, come modificato con decreto del 12 febbraio 2009), secondo cui la prima audizione innanzi al Presidente del Tribunale, ai sensi dell'art. L. 611-2, *Code du commerce*, si svolge senza la presenza di impiegati, in un *tête à tête* con il debitore.

sistema cui l'imprenditore sia incentivato a fare ricorso, senza la remora di una indebita diffusione di notizie allarmanti e pregiudizievoli sulla situazione dell'impresa, anche attraverso - ad esempio - improvvide modalità eclatanti della convocazione (25), dell'audizione e degli ulteriori contatti con i creditori al fine dell'auspicata composizione, e senza temere che il contatto con l'organismo valga, anziché ad agevolare l'adozione delle più idonee misure di contrasto alla crisi, ad innescare uno scivolamento difficilmente contrastabile verso l'insolvenza e ad affrettare l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale, soggiacendo frattanto a direttive sostanzialmente vincolanti e ad un possibile approccio inquisitorio.

Al contempo, serve che sia colmato il vistoso vuoto di disciplina, quanto alla precisazione dei doveri e delle correlative responsabilità (26) dell'organismo di composizione della crisi e dei componenti del collegio di esperti nella gestione del nuovo apparato procedimentale dell'allerta, quale necessario contraltare dell'assoluta centralità conferita a tali figure (con un ruolo egemonico del referente dell'organismo, anche nel conformare la stessa composizione del collegio: cfr. le già ricordate previsioni dell'art. 17, commi 2 e 4, CCII) ed a presidio della migliore attuazione delle stesse finalità perseguite con il varo della complessa e pur sotto vari aspetti - alcuni dei quali soltanto segnalati in queste pagine - problematica e controversibile disciplina in esame.

(25) Segnala l'esigenza che riservatezza e confidenzialità rivestano anzitutto la convocazione da parte dell'organismo Ferro, *op. cit.*, 1039.

(26) Cfr. Ranalli, *op. cit.*, 4, con particolare riguardo alla responsabilità per violazione della riservatezza delle informazioni.