

## SOTTOCOMMISSIONE: FONTI DEL CCI E IL CONCETTO DI INSOLVENZA

Giada Bianchini – Maria Luisa Baroni

QUADERNO N. 1: *“Il concetto di insolvenza e pre-crisi nel nuovo CCI”*

### FONTI DEL CCI

La materia di fallimento e insolvenza in Italia ha trovato per decenni disciplina nel Regio Decreto 16 marzo 1942 n. 267 (c.d. Legge Fallimentare) dove le situazioni di crisi aziendale venivano concepite come eventi assolutamente negativi e patologici dal quale le imprese difficilmente erano in grado di risollevarsi. Per tali ragioni la disciplina delle procedure concorsuali è stata per molti decenni imperniata sul principio della liquidazione del patrimonio sociale e sull'intervento autoritativo degli organi della procedura.

Negli anni successivi all'introduzione nell'ordinamento italiano della disciplina delle procedure concorsuali, le stesse erano considerate esclusivamente come una forma di esecuzione collettiva sui beni del debitore da realizzarsi nell'assoluto rispetto del principio inviolabile della *par condicio creditorum*.

L'atteggiamento assunto dal legislatore nei confronti della risoluzione della crisi di impresa ha subito negli anni un'evoluzione sempre maggiormente tendente verso la conservazione dei complessi aziendali e la salvaguardia e la conservazione dell'attività dell'impresa e dei valori aziendali, abbandonando così la centralità della procedura fallimentare a favore di uno sviluppo delle procedure concorsuali alternative, quali concordati e accordi di ristrutturazione, la cui principale finalità, sancita espressamente nelle relative normative, è quella di recuperare l'equilibrio economico delle attività imprenditoriali e di conservare altresì l'integrità dell'impresa medesima.

Il primo grande processo di riforma è culminato con la riforma del diritto fallimentare del 2012, grazie al quale il legislatore ha cambiato la propria prospettiva, improntando le procedure concorsuali sull'autonomia privata e disincentivando la prosecuzione dell'impresa in crisi. Grazie a tale nuova visione, l'obiettivo fondamentale del diritto concorsuale divenne quello della soddisfazione dei creditori coinvolti nella crisi, abbandonando così la funzione punitiva nei confronti dell'imprenditore insolvente per il quale il termine fallimento, di grande accezione negativa, non lasciava scampo ad altre attività imprenditoriali.

Pur tuttavia, il protrarsi degli effetti della crisi economica dilagante nell'ultimo decennio in tutta Europa e nel Mondo intero ha evidenziato ulteriormente la necessità di rivedere tutto il contesto relativo alle imprese in crisi; la normativa al momento vigente, infatti, conteneva comunque dei

notevoli limiti quali tempi troppo lunghi per la chiusura delle procedure fallimentari, l'assenza quasi totale di procedure che permettessero il recupero del valore aziendale e la conseguente prosecuzione dell'attività d'impresa.

Tutte le suddette criticità, unitamente al forte impulso pervenuto in ambito europeo - *v. infra* - hanno spinto il legislatore italiano ad un'ulteriore riforma sistematica ed integrale della disciplina concorsuale.

Con l'entrata in vigore del CCI si passa, infatti, a considerare la crisi come un fenomeno fisiologico dell'impresa, eliminando, dunque, ogni riferimento al termine "fallimento" e abbandonando in questo modo ogni connotazione negativa del termine e di discredito personale e morale della persona dell'imprenditore insolvente.

Il D. Lgs. n. 14/2019 introduce un mutamento di prospettiva con lo spostamento dell'ottica e dell'interesse del legislatore: la centralità nella nuova normativa non spetterà più all'imprenditore coinvolto nella crisi, bensì all'azienda, quale struttura in cui si oggettiva l'attività dell'impresa e il cui tentativo di conservazione costituisce l'oggetto principale dell'attenzione della nuova legge.

#### LE FONTI EUROPEE

A tal fine, anche le Direttive europee hanno spinto il nostro legislatore verso un'ulteriore e più profonda riforma della legge fallimentare. Il legislatore italiano, al pari di quanto è avvenuto in altri ordinamenti europei e nell'ordinamento statunitense, ha così gradualmente abbandonato la tradizionale concezione meramente liquidatoria delle procedure concorsuali ed ha gradualmente attribuito rilievo ad una prospettiva definibile di risanamento e/o di ristrutturazione.

Già nel 2014 la Commissione Europea, con la Raccomandazione 2014/135/UE del 12 marzo 2014, indicava i principi per un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, con lo scopo di fornire un quadro comune per le norme nazionali in materia di insolvenza, e sollecitava gli Stati membri a riformare le proprie leggi in tema di imprese in crisi finanziaria. L'obiettivo della Commissione era quello di prevenire il più possibile ed il prima possibile le situazioni di insolvenza, prima che le stesse potessero divenire irreversibili; nella Raccomandazione veniva ribadita la necessità di dare alle imprese in via preventiva strumenti efficaci ed efficienti tali da consentirne risanamento.

Più nel dettaglio il quadro normativo proposto dalla Commissione avrebbe consentito ai debitori di:

- ✓ ristrutturare la propria impresa non appena l'insolvenza diventi evidente;
- ✓ mantenere il controllo della gestione corrente della loro impresa;

- ✓ richiedere una sospensione temporanea delle azioni esecutive presentate dai creditori nell'ipotesi in cui tali azioni ostacolano le prospettive di un piano di ristrutturazione; la durata della sospensione dovrebbe dipendere dalla complessità della ristrutturazione prevista ed essere concessa per non più di quattro mesi inizialmente e per non più di dodici mesi in totale;
- ✓ richiedere l'omologazione giudiziaria di un piano di ristrutturazione con ripercussioni sugli interessi dei creditori dissenzienti, infatti i creditori sarebbero vincolati da qualsiasi piano che ottenga un'omologazione giudiziaria;
- ✓ ottenere più facilmente nuovi finanziamenti per un piano di ristrutturazione se il giudice dichiara che i nuovi finanziamenti siano esenti da azioni di nullità.

La procedura di ristrutturazione doveva mirare ad essere rapida, non costosa e tale da permettere di procedere nelle sue fasi senza l'intervento di un giudice, mentre consentiva la nomina di un mediatore o un supervisore per assistere ai negoziati tra il debitore e i creditori.

Tale impostazione era fondata sulla convinzione che gli imprenditori onesti che ottengono una seconda possibilità dopo il fallimento hanno più successo nella loro nuova impresa; infatti, la Commissione si era convinta a fornire agli imprenditori un nuovo inizio dopo il fallimento.

Tuttavia, la Raccomandazione citata riconosceva che la liberazione integrale non è opportuna in tutti i casi e i Paesi dell'UE possono introdurre leggi più severe per scoraggiare gli imprenditori disonesti o coloro che non rispettano i loro obblighi giuridici nei confronti dei creditori.

Successivamente nel 2016 è stata pubblicata la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio sull'insolvenza delle aziende, n. 2016/0359, pubblicata il 22 novembre 2016, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, con l'obiettivo di dettare regole comuni in materia di insolvenza e con l'auspicio di garantire l'adozione di misure tempestive tali da garantire la ristrutturazione delle imprese in crisi con il conseguente recupero di redditività e di valore d'impresa. Tale Direttiva, che si ispira agli stessi principi che erano già stati elaborati nella Raccomandazione della Commissione Europea del 12 marzo 2014, contiene taluni concetti chiave, quali nuove norme per la ristrutturazione preventiva dei debiti (soprattutto verso istituti bancari) e delle imprese.

Anche negli anni a venire la Commissione Europea ha spinto gli Stati membri a rinnovare le normative in materia di insolvenza, ristrutturazione ed esdebitazione, auspicando un notevole snellimento dei processi e la conseguente riduzione dei costi.

## DIRETTIVA UE n. 1023/2019 – DIRETTIVA INSOLVENCY

Nel 2019 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea (GUCE L. n. 172/18 del 26 giugno 2019) la Direttiva UE n. 1023/2019 del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo avente ad oggetti i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione (cd. Direttiva sulla ristrutturazione e l'insolvenza).

Tale Direttiva mira a garantire un'armonizzazione minima delle regole in materia di ristrutturazione e insolvenza, al fine di favorire la piena realizzazione del mercato unico e di affermare a livello europeo la cultura della prevenzione e del salvataggio dell'impresa in crisi, nonché quella della seconda opportunità per il debitore che abbia avuto un insuccesso precedente.

A tal fine essa prevede norme in materia di:

- ✓ ristrutturazione preventiva e strumenti di allerta precoce;
- ✓ procedure di esdebitazione;
- ✓ misure per aumentare l'efficienza delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione.

Si riporta qui di seguito un estratto della Direttiva UE n. 1023/2019.

### **Strumenti di allerta**

Regole efficienti in tema di ristrutturazione preventiva favoriscono la continuazione dell'attività aziendale di imprese sane in temporanea difficoltà, garantendo allo stesso tempo la conservazione di posti di lavoro e assicurando procedure più rapide e tassi di recupero più elevati per i creditori. Il buon funzionamento delle regole ai fini della realizzazione di tali obiettivi presuppone, tuttavia, la tempestiva emersione della crisi.

Per tali ragioni la Direttiva, prima di delineare il quadro dei principi e delle regole della ristrutturazione, obbliga gli Stati membri ad introdurre strumenti chiari e trasparenti (*early warning tools*) volti a individuare situazioni che possano comportare una probabilità di insolvenza e a segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio. Tali strumenti possono consistere in:

- ✓ meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati pagamenti;
- ✓ servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private;
- ✓ incentivi rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi.

Gli Stati membri devono garantire al debitore e ai rappresentanti dei lavoratori massima e agevole informazione sugli strumenti di allerta disponibili, nonché sulle procedure utilizzabili per ristrutturare la propria impresa o per ottenere la liberazione dai debiti residui dopo l'esecuzione di una procedura.

### **I quadri di ristrutturazione preventiva**

La Direttiva delinea i principi generali della ristrutturazione preventiva imponendo agli Stati membri di introdurre regole volte a garantire all'imprenditore, che si trovi in prossimità dell'insolvenza o meglio in probabilità di insolvenza, la possibilità di accedere a una o più procedure o anche soltanto a misure idonee che gli consentano di ristrutturare i propri debiti o la propria attività e di evitare l'insolvenza, così da tutelare i posti di lavoro e preservare l'attività imprenditoriale.

Tali principi prevedono in primo luogo che le procedure di ristrutturazione preventiva possono essere aperte soltanto su istanza del debitore, salva la facoltà per gli Stati membri di consentire l'accesso ad esse anche su richiesta dei creditori e dei rappresentanti dei lavoratori purché vi sia l'accordo del debitore. In secondo luogo, attribuiscono agli Stati membri la possibilità di limitare l'intervento del giudice o dell'autorità amministrativa ai soli casi in cui esso sia proporzionato e necessario per la tutela dei diversi interessi coinvolti.

Più specificatamente, la Direttiva non ritiene sempre necessario un provvedimento formale di apertura della procedura, né l'omologa di un piano di ristrutturazione da parte del Tribunale (salvo il caso in cui questo incida sugli interessi delle parti dissenzienti, o preveda l'erogazione di nuova finanza oppure comporti la perdita di più del 25% della forza lavoro).

Accanto a tali principi generali si affiancano alcune previsioni puntuali sul contenuto, sugli effetti, sul funzionamento delle procedure.

In particolare, tra le altre cose, la Direttiva richiede agli Stati membri di assicurare che:

- ✓ Nel corso delle procedure di ristrutturazione il debitore mantenga il totale o almeno parziale controllo sull'esercizio della attività e dei suoi *assets (debtor in possession)*. La nomina di un professionista che ne supervisioni l'attività o che agevoli le trattative con i creditori è imposta dalla Direttiva solo in determinate circostanze e, in particolare, quando: operi il blocco delle azioni esecutive o si proceda all'approvazione del piano di ristrutturazione, nonostante il dissenso di una classe di creditori oppure quando la nomina venga richiesta dal medesimo debitore o dalla maggioranza dei creditori, che si facciano carico del costo del professionista.
- ✓ Nella fase delle trattative con i creditori sia garantito il blocco delle azioni esecutive individuali per un periodo di tempo non superiore a quattro mesi, rinnovabile e prorogabile

fino a un massimo di dodici mesi, ferma restando la possibilità per il giudice di revocare il blocco prima della scadenza in caso di pregiudizio per i creditori o quando lo richieda un numero di creditori sufficiente per poter impedire l'approvazione del piano. Nello stesso periodo deve essere fatto divieto ai creditori di chiedere l'apertura della procedura di insolvenza, nonché di interrompere contratti o modificarne le condizioni concordate prima dello *stay* a danno del debitore.

- ✓ I creditori siano sempre divisi in classi, almeno per distinguere i privilegiati dai chirografari, e ad ogni creditore pregiudicato dal piano di ristrutturazione sia sempre riconosciuto il diritto di voto, ferma restando la possibilità per l'autorità giudiziaria - su istanza del debitore o di un creditore autorizzato dal creditore - di superarne il dissenso (*cross-class cram-down*) quando:
  - il piano abbia riportato il voto favorevole della maggioranza delle classi o di almeno una classe che non sia una classe che non riceverebbe alcun pagamento in caso di liquidazione;
  - ciascuna classe dissenziente riceva un trattamento tanto favorevole quanto quello delle classi dello stesso rango e più favorevole rispetto a quello previsto in favore delle classi inferiori. In deroga a tale condizione, gli Stati membri possono prevedere che ciascuna classe dissenziente sia soddisfatta completamente prima che la classe cui appartengono creditori di grado inferiore possa partecipare alla distribuzione (*absolute priority rule*);
  - nessuna classe riceva più dell'importo integrale del credito vantato.
- ✓ Gli azionisti non pregiudichino l'adozione e l'implementazione di un piano di ristrutturazione. A tal fine, gli Stati membri potrebbero prevederne la collocazione in una o più classi, in modo da poter applicare anche ai soci, in caso di dissenso, la regola del *cross-class cram-down*. Nel caso in cui sia escluso il diritto di voto deve essere garantito con altri mezzi che gli azionisti non impediscano l'adozione o l'omologazione del piano.
- ✓ La nuova finanza, intesa sia come finanza interinale sia come finanza in esecuzione di un piano approvato, sia necessariamente protetta con la previsione dell'esenzione da azioni revocatorie e da responsabilità penale.

Ciascuno Stato membro, infine, deve precisare i doveri degli amministratori in prossimità dell'insolvenza ponendo in tale fase in capo a questi ultimi l'obbligo minimizzare le perdite per creditori, azionisti, lavoratori e *stakeholders* e di salvaguardarne gli interessi, nonché quello di

adottare le soluzioni necessarie per evitare l'insolvenza e di evitare condotte negligenti che possano minacciare la continuità dell'impresa.

### **La Seconda Chance per il debitore**

Per garantire una seconda *chance* all'imprenditore nel caso in cui sia incorso in un insuccesso la Direttiva richiede agli Stati membri di assicurare che:

- gli imprenditori persone fisiche possano essere liberati dai debiti che eventualmente residuano dopo una procedura fallimentare o di ristrutturazione (*discharge*);
- entro tre anni dall'apertura della procedura (o dalla data in cui ha inizio l'esecuzione del piano di ristrutturazione);
- senza che sia necessaria un'istanza all'autorità giudiziaria o amministrativa.

I Paesi che vincolano il *discharge* al pagamento parziale dei debiti devono commisurare tale pagamento parziale alla situazione individuale del debitore e al suo reddito disponibile nel periodo che precede il *discharge*.

Ferma restando la necessità di garantire il rispetto di tali principi, gli Stati membri possono mantenere o introdurre previsioni che limitino l'accesso a tale beneficio al verificarsi di determinate circostanze (quali frode, abusi, ripetuti accessi al *discharge*, mancato adempimento di piani di ristrutturazione), o prevedano tempi più lunghi per ottenerlo.

Infine, deve essere assicurato che con il *discharge* decada anche ogni eventuale limite, interdizione o incapacità a svolgere un'attività commerciale, industriale, artigianale o professionale, prevista dagli Stati membri.

### **Celerità, trasparenza e certezza delle procedure di liquidazione.**

L'ultimo obiettivo della Direttiva è quello di migliorare l'efficienza delle procedure concorsuali nei diversi ordinamenti, riducendone costi e durata. A tal fine essa prevede, in primo luogo, l'obbligo per gli Stati membri di garantire un adeguato livello di formazione e di professionalità per coloro che sono chiamati ad operare nell'ambito di procedure concorsuali. Nello specifico, con riguardo al grado di specializzazione dei giudici la Direttiva non richiede una competenza esclusiva in materia di ristrutturazione e insolvenza, ritenendo invece sufficiente la previsione di giudici dotati di adeguate competenze o di sezioni specializzate che operino all'interno di Tribunali più grandi.

Viene, inoltre, richiesto agli Stati membri di assicurare nelle procedure l'uso di mezzi di comunicazione a distanza e di strumenti elettronici per i principali adempimenti cui sono tenuti i diversi soggetti coinvolti nelle procedure. Da ultimo, la Direttiva prevede un obbligo di monitoraggio

delle procedure in capo ai singoli ordinamenti, al fine di raccogliere dati affidabili per valutare gli effetti della direttiva nel tempo.

### IL CODICE DELLA CRISI D'IMPRESA E DELL'INSOLVENZA

Il diritto della crisi d'impresa ha voltato definitivamente pagina ed ha finalmente visto entrare in vigore il tanto atteso Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (CCI), già emanato con il Decreto Legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, pubblicato sulla G.U. n. 38 del 14 febbraio 2019, supplemento ordinario n. 6.

Non si è trattato solo di un cambio lessicale, ma bensì di un cambio culturale, poiché il CCI introduce un nuovo modo di fare impresa e soprattutto un nuovo sistema di percepire e prevenire tempestivamente la crisi d'impresa.

Il "*Testo unico del diritto della crisi d'impresa*" ha avuto una lunga strada accidentata e una lunghissima gestazione. La prima comparsa risale a gennaio 2019 con l'emanazione del D. Lgs. n. 14/2019 attuativo della legge delega n. 155/2017, immediatamente corretto con il D. Lgs. n. 147/2020, e poi sospeso e rinviato, anche perché nel frattempo intervenuto il D.L. n. 118/2021, convertito nella L. n. 147/2021.

Ora, a seguito del D. Lgs. n. 83/2022 del giugno 2022, il CCI ha recepito le novità sostanziali richieste dalla Direttiva UE n. 1023/2019, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione (cd. Direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza o Direttiva *Insolvency*) il cui termine ultimo di recepimento era fissato il 17/08/2022.

Le novità al Codice della crisi e dell'insolvenza a seguito della Direttiva *Insolvency* prevedono ora disposizioni in linea con i principi europei mirando a favorire:

- l'emersione tempestiva della crisi attraverso strumenti di allerta attenuata che incentivino l'imprenditore ad attivarsi volontariamente per il superamento della situazione di difficoltà;
- la valorizzazione dell'autonomia privata delle parti con la previsione di strumenti anche stragiudiziali e con la limitazione dei poteri di intervento dell'autorità giudiziaria;
- la risanabilità dell'impresa, quale valore giuridico, da perseverare attraverso procedure di ristrutturazione efficienti che favoriscano la continuità aziendale.

Tra le novità introdotte dall'ultimo decreto correttivo quella più rilevante, probabilmente, è l'abrogazione dei sistemi di allerta e l'introduzione dei nuovi strumenti per l'emersione tempestiva della crisi.



Con il D. Lgs. n. 83/2022, infatti, vengono cancellate le disposizioni degli artt. dal 12 al 25 del CCI, sostituiti dai nuovi articoli che recepiscono la composizione negoziata della crisi del D.L. n. 118/2021. Vengono così sostituiti anche i nuovi obblighi di segnalazione posti in capo ai creditori pubblici qualificati, recependo, questa volta quelli già introdotti in sede di conversione del D.L. n. 152/2021, convertito nella L. n. 233/2021. Si tratta delle soglie previste dall'art. 25-*novies*, che presenta certamente limiti così esigui da lasciare molti dubbi sulla loro efficacia ai fini della emersione della crisi d'impresa.

I nuovi quadri di ristrutturazione preventiva, definiti dall'art. 2, lettera *m-bis*), come le misure e le procedure volte al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, vanno ad includere tutte le procedure concorsuali, tra cui anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti e i piani di risanamento; solo la composizione negoziata della crisi resta esclusa essendo un procedimento anteriore e stragiudiziale rispetto agli strumenti concorsuali.

I nuovi assetti organizzativi obbligatori vengono definiti dall'art. 3 del CCI che stabilisce ora il contenuto essenziale delle misure per rilevare tempestivamente i segnali di crisi, giacché, esse devono consentire di:

- ✓ rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario;
- ✓ verificare la non sostenibilità dei debiti e l'assenza di prospettive di continuità aziendale per i dodici mesi successivi e i segnali di allarme ora definiti;
- ✓ ricavare le informazioni necessarie a seguire la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui al comma 2 dell'art. 13 del CCI.

I segnali di allarme vengono codificati dall'art. 3, comma 4 del CCI e sono:

- l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il 5% del totale delle esposizioni;

- l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'art. 25-*novies*, comma 1, il quale, come detto, si occupa di definire le soglie oltre le quali i creditori pubblici devono procedere ad inviare degli *alert* di crisi.

#### ADEGUATI ASSETTI NORMATIVI EX ART 2086 C.C.

In realtà i nuovi obblighi previsti dall'art. 2086 C.C. per gli adeguati assetti organizzativi idonei ad intercettare tempestivamente le situazioni di crisi erano vigenti già dal 16 marzo 2019, poiché l'art. 389 del CCI prevedeva che tale modifica entrasse in vigore trascorsi trenta giorni dalla pubblicazione del D. Lgs. n. 14/2019 in Gazzetta Ufficiale.

Tuttavia, sia perché i sistemi di allerta del CCI sono stati oggetti di diversi rinvii, sia perché mancava una norma che desse contenuto esplicito agli assetti organizzativi medesimi, gli operatori hanno considerato la disposizione come se ci fosse ancora tempo per applicarla. Ebbene dal 15 luglio scorso non vi sono più scuse, il contenuto dei nuovi adeguati assetti organizzativi per la crisi d'impresa è ora contenuto in una specifica norma di legge, trattasi dell'art. 3 del CCI. L'entrata in vigore di tale norma ha costituito uno spauracchio per il mondo imprenditoriale che non può più fare finta di non sapere come sta andando la propria azienda.

Infatti, il combinato disposto dall'articolo 3 del CCI e dall'articolo 2086, comma 2 del C.C., insistono sulla tempestiva rilevazione della crisi e della perdita di continuità aziendale e sulla prontezza di adozione di idonei rimedi, di fatto concedendo ampia fiducia alle capacità manageriali di prevedere e superare la crisi all'imprenditore organizzato in impresa collettiva, virtuoso in termini di adeguatezza delle misure e degli assetti necessari, posto che la tempestività è solo una condizione necessaria, ma non sufficiente.

La nuova legge, infatti, cambia nettamente la prospettiva e la tipologia di intervento: le aziende devono essere costantemente monitorate, in modo tale da poter intervenire tempestivamente nelle situazioni di crisi o di difficoltà con piani di risanamento aziendale; l'obiettivo perseguito dal legislatore è quello di ufficializzare l'attività di prevenzione delle situazioni di difficoltà economica e/o finanziaria tramite il monitoraggio costante di precisi indicatori reddituali, patrimoniali e finanziari grazie ai quali sarà possibile salvare situazioni che, con il vecchio ordinamento, portavano le aziende al fallimento e alla cessazione dell'attività d'impresa.

In particolare, il nuovo impianto normativo, che intende perseguire il mantenimento dell'integrità aziendale, è premiante per coloro che segnalano puntualmente la possibilità di crisi, con uno scarico da responsabilità penali e civili e la facilitazione nelle procedure di superamento della crisi grazie

all'OCRI (organismo di composizione assistita della crisi), ma a patto che ci sia un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile.

Dal punto di vista operativo, in un contesto di adeguato assetto assume fondamentale importanza l'evidenza dei flussi di cassa e del fabbisogno finanziario con cadenza almeno semestrale.

Come già detto l'articolo 2086, comma 2, C.C., stabilisce l'obbligo per tutti gli imprenditori che operano in forma societaria o collettiva di istituire un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale.

Tale assetto è da intendere *“come l'insieme delle direttive, delle procedure e delle prassi operative dirette a garantire la completezza, la correttezza e la tempestività di una informativa societaria attendibile e conforme ai principi contabili generalmente accettati”*.

L'assetto organizzativo amministrativo e contabile dell'impresa deve dunque essere idoneo a monitorare sistematicamente l'equilibrio economico e finanziario e la salvaguardia della continuità aziendale.

In caso di accertata incapacità del sistema organizzativo di individuare i segnali di crisi, sussiste a carico degli amministratori una causa di responsabilità verso la società per i danni cagionati.

L'organo amministrativo deve, pertanto, configurare l'assetto in funzione della dimensione dell'impresa e della capacità di rilevazione dei segnali di crisi, monitorare e controllare l'andamento dell'attività e cogliere tempestivamente i segnali di perdita della continuità aziendale.

Un assetto organizzativo si può considerare adeguato quando:

- ✓ è basato sulla separazione delle responsabilità nei compiti e nelle funzioni;
- ✓ è chiara la definizione delle deleghe e dei poteri;
- ✓ ha capacità di garantire lo svolgimento delle funzioni aziendali.

La chiara identificazione delle funzioni, dei compiti e delle responsabilità deve essere definita attraverso l'organigramma aziendale, che è uno schema da adattare alle singole realtà.

Nel predisporre gli adeguati assetti organizzativi, bisogna identificare:

- ✓ i processi aziendali, intesi come l'insieme delle attività realizzate con ordine logico e sequenza temporale per il raggiungimento dell'obiettivo;
- ✓ le procedure aziendali intese come regole da seguire per lo svolgimento, durante i processi, di determinate attività;
- ✓ la sequenza delle attività e le decisioni che ne sono alla base;

- ✓ le procedure che garantiscono la corretta registrazione delle informazioni aziendali all'interno del sistema informativo;
- ✓ l'esistenza di direttive e procedure per l'autorizzazione e l'approvazione delle operazioni;
- ✓ le mansioni aziendali e le responsabilità;
- ✓ i regolamenti interni e le mappature dei processi aziendali.

Un ulteriore aspetto dell'organizzazione riguarda:

- ✓ il sistema di attribuzione dei poteri di gestione;
- ✓ l'esistenza di budget e del piano strategico aziendale;
- ✓ gli aggiornamenti dei documenti di programmazione;
- ✓ l'esistenza e l'adeguatezza della reportistica predisposta per i vari livelli di responsabilità.

Nel definire l'organizzazione delle varie funzioni aziendali occorre precisare:

- ✓ i ruoli ricoperti dalle risorse interne;
- ✓ la natura e l'ampiezza delle funzioni attribuite al Responsabile della funzione aziendale;
- ✓ le procedure e le modalità con cui vengono svolte le specifiche funzioni aziendali;
- ✓ la tipologia e le modalità con le quali avvengono gli scambi informativi;
- ✓ le modalità di trasmissione dei flussi informativi fra le varie funzioni aziendali.

L'organizzazione aziendale deve prevedere anche l'adeguatezza del sistema di *Information Technology* con riguardo sia all'apparato *hardware*, sia ai *software* installati, sia alla rete di connessioni tra i *server* aziendali e i vari *client* e le procedure di *disaster recovery*.

Infine, un assetto organizzativo adeguato non può trascurare:

- ✓ le procedure per l'uso dei beni aziendali da parte dei dipendenti e/o presso terzi;
- ✓ la protezione e conservazione dei dati aziendali (archiviazione e conservazione elettronica dei documenti, adempimenti in materia di sicurezza nei luoghi di lavoro ex D. Lgs. n. 81/2008 e protezione dei dati personali ex D. Lgs. n. 196/2003).

L'organo amministrativo, al fine di adeguarsi alle condizioni stabilite dall'art. 2086, comma 2, C.C., deve attivare anche un sistema di controllo interno adeguato, ossia capace di identificare i principali fattori di rischio, effettuare un costante monitoraggio e gestirlo.

Il sistema di controllo interno, pur non essendo previsto da nessuna disposizione del Codice Civile, assume una funzione importante nel rilevare quelle situazioni di potenziale rischio, anche con riferimento alla perdita della continuità aziendale.

## GLI INDICATORI DI ALERT ELABORATI DAL CNDCEC

Il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ha pubblicato, nel mese di settembre 2021, gli Indicatori di *Alert*.

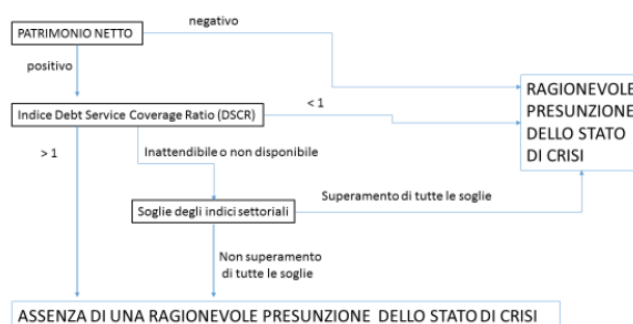
Fondamentale importanza assume in tale circostanza il cash flow che scaturisce dal prospetto previsionale dei flussi di cassa dove viene evidenziata la capacità dell'azienda di liquidare tutti i fattori produttivi, ossia la capacità di generare un flusso di cassa di periodo che non assorba eccessive risorse finanziarie, comprese quelle messe a disposizione dal ceto bancario (fidi concessi dagli Istituti finanziari).

Altro fondamentale indicatore è il Patrimonio Netto; nell'ipotesi in cui assuma un valore negativo viene identificato un vero e proprio pregiudizio alla continuità aziendale.

Il patrimonio netto diviene negativo, o scende sotto il limite legale, per effetto di perdite di esercizio, anche cumulate e rappresenta causa di scioglimento della società di capitali (art. 2484, comma 4 Cod. Civ.). Indipendentemente dalla situazione finanziaria, detta circostanza costituisce quindi un pregiudizio alla continuità aziendale, fintantoché le perdite non siano state ripianate e il capitale sociale riportato almeno al limite legale. Il fatto che il patrimonio netto sia divenuto negativo può essere superato da una ricapitalizzazione; infatti, ai fini segnaletici è ammessa la prova contraria dell'assunzione di provvedimenti di ricostituzione del patrimonio al minimo legale.

Qualora, invece, il Patrimonio Netto risultasse positivo, costituisce un indice di crisi un DSCR (Debt Service Coverage Ratio) a sei mesi inferiore a 1.

Il DSCR, nella versione più semplificata, viene calcolato come rapporto tra i flussi di cassa liberi previsti nei sei mesi successivi disponibili per il rimborso dei debiti previsti nello stesso arco temporale. Valori di tale indice superiori ad uno, denotano la stimata capacità di sostenibilità dei debiti su un orizzonte di sei mesi, valori inferiori ad uno la relativa incapacità. Il DSCR è utilizzabile solo in presenza di dati prognostici non ritenuti inaffidabili dagli organi di controllo secondo il loro giudizio professionale. La stima del dato prognostico è compito dell'organo amministrativo delegato, attraverso il ricorso agli adeguati assetti. La valutazione della relativa adeguatezza rientra tra i doveri dell'organo amministrativo che è chiamato a *“valutare costantemente... se sussiste l'equilibrio finanziario e quale è il prevedibile andamento della gestione”*.



Gli ulteriori 5 indicatori individuati dal CNDCEC sono:

1. Oneri Finanziari/Fatturato (indice sostenibilità degli oneri finanziari)
2. Patrimonio Netto/Debiti Totali (indice adeguatezza patrimoniale)
3. Attività a breve/Passività a breve (indice equilibrio finanziario)
4. Cash Flow/Attivo, (indice ritorno liquido dell'attivo)
5. Indebitamento Previdenziale e Tributario/Attivo, (indice indebitamento previdenziale e tributario).

| Indicatore  | Area gestionale                 | Verso atteso (positivo / negativo) | Numeratore   | Denominatore   |
|---|---------------------------------|------------------------------------|--|--|
| ONERI FINANZIARI / RICAVI %   | SOSTENIBILITA' ONERI FINANZIARI | negativo                           | Include gli interessi e altri oneri finanziari di cui alla voce C.17 art.2425 cod.civ. (ad esempio, interessi passivi su mutui, sconti finanziari passivi).  | Include i ricavi netti, ovvero la voce A.1 Ricavi delle vendite e prestazioni dell'art. 2425 cod.civ. e, per le società con produzione pluriennale, la voce A.3 Variazione lavori in corso |
| PATRIMONIO NETTO / DEBITI TOTALI %                                  | ADEGUATEZZA PATRIMONIALE        | positivo                           | Il Patrimonio netto è costituito dalla voce A stato patrimoniale passivo art.2424 cod.civ., detratti i crediti verso soci per versamenti ancora dovuti (voce A stato patrimoniale attivo) e i dividendi deliberate sull'utile di esercizio.  | I debiti totali sono costituiti da tutti i debiti (voce D passivo) di natura commerciale, finanziaria e diversa e dai ratei e risconti passivi (voce E).                                   |
| LIQUIDITA' A BREVE TERMINE (ATTIVITA' A BREVE / PASSIVITA' BREVE) % | EQUILIBRIO FINANZIARIO          | positivo                           | L'attivo a breve termine è la somma delle voci dell'attivo circolante (voce C) esigibili entro esercizio successivo e i ratei e risconti attivi (voce D)   | È costituito da tutti i debiti (voce D passivo) esigibili entro esercizio successivo e dai ratei e risconti passivi (voce E).  |
| CASH FLOW / ATTIVO %  | REDDITIVITA'                    | positivo                           | Il cash flow è rappresentato dall'utile (perdita) di esercizio più i costi non monetari (ad.es, ammortamenti, svalutazioni crediti, accantonamenti per rischi) meno i ricavi non monetari (ad.es, rivalutazioni partecipazioni, imposte anticipate)  | Totale dell'attivo dello stato patrimoniale art.2424 cod.civ.  |
| (INDEBITAMENTO PREVIDENZIALE + TRIBUTARIO) / ATTIVO %               | ALTRI INDICI DI INDEBITAMENTO   | negativo                           | L'Indebitamento Tributario è rappresentato dai debiti tributari (voce D.12) esigibili entro e oltre l'esercizio successivo; l'Indebitamento Previdenziale è costituito dai debiti verso istituti di previdenza e sicurezza sociale (voce D.13) esigibili entro e oltre l'esercizio successivo. | Totale dell'attivo dello stato patrimoniale art.2424 cod.civ.  |

Secondo quanto riportato nell'elaborato del CNDCEC questi ultimi 5 indici hanno significato se contemporaneamente utilizzati, fornendo ciascuno, ove isolatamente considerato, solo viste parziali di eventuali indizi di crisi. La valutazione unitaria richiesta dal Legislatore richiede perciò il contestuale superamento di tutte le 5 soglie stabilite per tali indici.

Le soglie di allerta di cui agli indici precedentemente indicati assumono valo diversi in relazione al settore in cui l'impresa opera, come di seguito riportato.

| Settore   | Soglie di allerta           |                                    |   |                      |  |
|---|-----------------------------|------------------------------------|---|----------------------|--|
|   | ONERI FINANZIARI / RICAVI % | PATRIMONIO NETTO / DEBITI TOTALI % | LIQUIDITA' A BREVE TERMINE (ATTIVITA' A BREVE/PASSIVITA' BREVE) % | CASH FLOW / ATTIVO % | (INDEBITAMENTO PREVIDENZIALE+ TRIBUTARIO) / ATTIVO % |
| (A) AGRICOLTURA SILVICOLTURA E PESCA  | 2.8                         | 9.4                                | 92.1  | 0.3                  | 5.6  |
| (B) ESTRAZIONE (C) MANIFATTURA (D) PROD. ENERGIA/GAS                                | 3.0                         | 7.6                                | 93.7  | 0.5                  | 4.9  |
| (E) FORN. ACQUA RETI FOGNARIE RIFIUTI (D) TRASM. ENERGIA/GAS                        | 2.6                         | 6.7                                | 84.2  | 1.9                  | 6.5  |
| ( F41) COSTRUZIONE DI EDIFICI   | 3.8                         | 4.9                                | 108.0   | 0.4                  | 3.8  |
| (F42) INGEGNERIA CIVILE ( F43) COSTR. SPECIALIZZATE                                 | 2.8                         | 5.3                                | 101.1   | 1.4                  | 5.3  |
| (G45) COMM INGROSSO e DETT AUTOVEICOLI (G46) COMM INGROSSO (D) DISTRIB. ENERGIA/GAS | 2.1                         | 6.3                                | 101.4   | 0.6                  | 2.9  |
| (G47) COMM DETTAGLIO (I56) BAR e RISTORANTI   | 1.5                         | 4.2                                | 89.8  | 1.0                  | 7.8  |
| (H) TRASPORTO E MAGAZZINAGGIO (I55) HOTEL   | 1.5                         | 4.1                                | 86.0  | 1.4                  | 10.2   |
| ( JMN) SERVIZI ALLE IMPRESE   | 1.8                         | 5.2                                | 95.4  | 1.7                  | 11.9   |
| (PQRS) SERVIZI ALLE PERSONE   | 2.7                         | 2.3                                | 69.8  | 0.5                  | 14.6   |

## CONCETTO DI INSOLVENZA

Per definire il concetto di insolvenza è necessario prima definire il concetto di "crisi".

Il CCI fornisce, all'art. 2, comma 1, le definizioni di **crisi** come "lo stato del debitore che rende probabile l'insolvenza e che si manifesta con l'inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi" e di **insolvenza** come "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni".

I concetti di crisi ed insolvenza, nell'accezione reversibile ed irreversibile, hanno in passato affannato la dottrina e la giurisprudenza alla ricerca di soluzioni che consentissero di individuare i rapporti fra di esse e, conseguentemente, la "crisi minima rilevante" e con essa la distinzione fra crisi e pre-crisi per l'accesso alle procedure di risanamento.

L'art. 12, comma 1, invece, individua, fra i presupposti oggettivi per l'accesso alla composizione negoziata della crisi, la sussistenza di situazioni di "squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ... rendono probabile la crisi o l'insolvenza".

## **Crisi ed insolvenza con la Legge fallimentare**

Come è noto, nella vigenza della Legge Fallimentare i rapporti fra pre-crisi, crisi ed insolvenza erano stati complessi: in origine non era chiaro, infatti, se l'insolvenza fosse compatibile o meno con le finalità di risanamento, di qui la distinzione fra insolvenza reversibile/compatibile ed irreversibile/incompatibile, mentre la nuova formulazione dell'art. 160 L.F., il quale aveva introdotto lo "stato di crisi", aveva dato vita a vivaci dispute dottrinali in ordine ai rapporti fra quest'ultimo e lo stato di insolvenza nella duplice versione reversibile/irreversibile.

La questione non era solo teorica: a seconda della soluzione scelta, infatti, era destinato a spostarsi "in avanti" verso l'insolvenza, o "indietro" verso una crisi non piena (c.d. pre-crisi), il presupposto oggettivo di ammissione alla procedura di concordato preventivo. Prima ancora, si poneva il fondamentale problema di individuare la c.d. crisi minima rilevante, ossia quello di stabilire dove si collocava la sottile linea di demarcazione fra la crisi di cui all'art. 160 L.F. e la pre-crisi, ossia uno stato irrilevante che di crisi ancora non è.

Il nuovo Codice della crisi riveduto e corretto pare avere posto fine al dibattito, prevedendo le definizioni di crisi e di insolvenza, dall'esame delle quali sembra emergere che il legislatore abbia accolto la tesi che considera la prima come concetto autonomo, solo collegato alla seconda.

Dall'analisi del concetto di insolvenza, alla luce della Legge Fallimentare ancora in vigore, emerge che la teoria patrimonialistica e quella personalistica non sono più in grado di far delineare un vero e proprio stato di insolvenza, tale da essere considerato presupposto per l'accesso alle procedure concorsuali; si evidenzia, dunque, la necessità di analizzare l'insolvenza da un punto di vista prospettico, in base a un giudizio prognostico circa l'evoluzione economica e finanziaria dell'impresa.

A tal fine basti pensare alla sentenza del 5 settembre 2008, n. 287 del Tribunale di Roma con cui venne dichiarata insolvente l'Alitalia a seguito di una valutazione per la prima volta esplicitamente prospettica, il tutto a fronte di strumenti finanziari ormai alquanto ridotti nonché del convincimento che a seguito di tali condizioni non sarebbe stato possibile ipotizzare alcun miglioramento, anche guardando al prezzo del petrolio e alla crisi economica.

Successivamente, la giurisprudenza, con sentenza della Cassazione del 20 novembre 2018, n. 29913, ha individuato lo stato di insolvenza quale concetto dinamico, vera e propria impotenza patrimoniale definitiva e irreversibile, nonché quale impossibilità per l'impresa di continuare a operare proficuamente sul mercato, fronteggiando con mezzi normali le obbligazioni.



Dunque, l'accertamento dell'insolvenza deve essere diagnosticato con una valutazione prospettica, dal momento che il verificarsi di uno o più inadempimenti non denota l'impossibilità irreversibile di far fronte con regolarità ai pagamenti in caso di sussistenza di una crisi transitoria di liquidità. Inoltre, l'attuale assenza di inadempimenti non impedisce che l'imprenditore versi in condizioni strutturali tali da escludere che egli disponga, in futuro, delle risorse necessarie a far fronte all'indebitamento di imminente scadenza.

Per quanto riguarda lo stato di crisi, invece, veniva comunemente definito quale perturbazione o improvvisa modificazione di un'attività economica organizzata, prodotta da molteplici cause possibili, sia interne che esterne, ma in grado di minare l'esistenza dell'impresa o, comunque, della continuità aziendale.

In dottrina vi è stata una lunga discussione sulla possibilità che lo stato di crisi, quale insolvenza reversibile, contenesse al suo interno lo stato di insolvenza, ovvero soltanto il rischio di insolvenza, per arrivare, infine, all'idea che lo stato di crisi si configuri come situazione ontologicamente differente dallo stato di insolvenza (Ambrosini S., *Crisi e insolvenza nel passaggio fra vecchio e nuovo assetto ordinamentale: considerazioni problematiche*), seppur quale fase antecedente a quest'ultima.

Pertanto, a seconda della forza dirompente con cui la crisi si manifesta e incide sull'attività dell'impresa e a seconda della reversibilità o meno di tale *status*, vengono a crearsi due patologie differenti: lo *status* di crisi e lo *status* di insolvenza commerciale.

Secondo parte della dottrina (Petteruti A., *Pre-crisi, crisi ed insolvenza: dubbi sull'accesso alla composizione negoziata*) così, tuttavia, non è, infatti per l'accesso al concordato preventivo, anche con continuità aziendale, l'imprenditore deve trovarsi "*in stato di crisi o di insolvenza*" (art. 84, comma 1), ma pare incompatibile con la suddetta continuità una condizione di insolvenza che non sia reversibile: l'art. 87, comma 1, lett. e), infatti, richiede che, in ipotesi di continuità aziendale, il piano indichi, "*il piano industriale con l'indicazione degli effetti sul piano finanziario e dei tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria*".

Insomma, la norma esprime chiara l'idea che il risanamento dell'impresa è inconciliabile con uno stato di insolvenza che sia irreversibile.

Ritorna, quindi, con riferimento al concordato, la distinzione fra insolvenza reversibile ed irreversibile e, conseguentemente, quella fra crisi irreversibile, crisi come stato che rende probabile l'insolvenza e crisi che, sebbene exteriorizzata, si traduce in una mera difficoltà finanziaria

transitoria. Il tutto con la pre-crisi, ossia con la crisi irrilevante, a segnare il limite “verso il basso” e l'insolvenza irreversibile a segnare quello “verso l'alto”.

Il CCI, però, fa oggi riferimento espresso anche alla pre-crisi: si codifica, dunque, un presupposto che, sebbene, come si è visto, abbia formato oggetto di dibattito in passato, non ha precedenti normativi.

Tale scelta ha spinto la dottrina a cercare la definizione di questa probabilità, sul presupposto che, ancora una volta, la questione non pare puramente teorica. In difetto, infatti, si rischia di rendere il ventaglio delle situazioni oggettive rilevanti per l'accesso alle procedure di risanamento ed alla composizione negoziata (in positivo a quest'ultima; in negativo alle altre) talmente ampio che diventa difficile individuarne con certezza gli estremi: “a monte”, in assenza di una definizione, non è facile dare contenuto obiettivo alla pre-crisi, mentre “a valle” la probabilità di insolvenza presuppone il transito attraverso una serie indefinibile di difficoltà che possono essere anche sintomi di insolvenza vera e propria.

Insomma, si ripropone, e non solo con riferimento al concordato preventivo, il ben noto problema della c.d. crisi minima rilevante, ma ad esso se ne aggiunge uno, che del pari era ben noto: se la crisi sia anche insolvenza reversibile.

Sotto il primo profilo (la pre-crisi o “crisi minima rilevante”), il problema si pone perché la probabilità di crisi è un concetto di dubbia interpretazione, in quanto le due nozioni di crisi che abbiamo a disposizione - vale a dire quella oramai a tempo e generica (ed includente lo stato d'insolvenza) di cui all'art. 160, comma 3, L.F. e quella specifica, riconducibile ad una “probabilità di insolvenza” di cui all'art. 2, lettera a), del CCI - alla suddetta probabilità non fanno alcun riferimento e di essa non abbiamo una definizione.

Inoltre, “a valle” si pone un altro problema: individuare l'estremo opposto rispetto alla pre-crisi.

Se, infatti, è pacifico che l'imprenditore insolvente può accedere alle procedure di risanamento ed al percorso della composizione negoziata, da più parti si è fatto riferimento alla sola insolvenza reversibile, l'unica compatibile con le prospettive, appunto, di risanamento. Detta insolvenza, però, è un concetto di per sé assai ambiguo, in quanto, siccome il disposto dell'art. 1 fa riferimento, avuto riguardo all'insolvenza, unicamente ad uno stato oramai cristallizzato ed irreversibile e, quanto alla crisi, ad una probabilità di insolvenza, che tale dunque non è ancora, diventa ineluttabilmente impossibile ricondurla nell'ambito dell'una (crisi) o dell'altra (insolvenza).

Insomma, così opinando il sistema non sarebbe coerente: tornerebbe, infatti, a livello generale, la distinzione fra insolvenza reversibile ed irreversibile e, con essa, quella fra crisi irreversibile, crisi

come stato che rende probabile l'insolvenza reversibile e crisi che, sebbene manifestatasi attraverso inadempimenti, si traduce in una mera difficoltà finanziaria transitoria. Ventaglio di situazioni già troppo vasto e dai contorni esterni assolutamente poco chiari, al quale si aggiunge la pre-crisi di "nuovo conio", concetto a sua volta assai labile. Il che renderebbe evidente come il legislatore abbia finito per contraddirsi, operando contaminazioni fra le nozioni di pre-crisi, crisi ed insolvenza reversibile/irreversibile, e renderebbe il *panel* delle situazioni oggettive rilevanti privo di certi parametri di decodifica ad entrambi gli estremi: ad uno di essi, infatti, si colloca la pre-crisi, che non è definibile, ed all'altro l'insolvenza reversibile, che del pari fa fatica assai grande ad essere distinta dalla crisi.

Purtuttavia, una soluzione prospettabile viene individuata dalla dottrina nel concetto di pre-crisi in cui si contempla ancora una volta la crisi, ma se ne anticipa la rilevanza, nonostante si rinunci a fornire una definizione compiuta.

A ben vedere, non è importante andare alla ricerca di una definizione della pre-crisi, ma è essenziale unicamente collocarla temporalmente. Sotto questo profilo, sembra che la pre-crisi vada a collocarsi all'inizio della *twilight zone*, ossia, come si è correttamente affermato, nel lasso temporale in cui l'imprenditore si rende conto del fatto che, pure in assenza di inadempimenti o di squilibri, occorre immediatamente riprogrammare l'attività di impresa in chiave di discontinuità rispetto al passato. È, allora, una crisi interna all'impresa, ossia percepibile solo dall'imprenditore e da lui solo esternabile che, se fino ad oggi era tendenzialmente rilevante solo *ad excludendum* (la sussistenza della crisi), diviene ora anche uno dei presupposti affinché si possa procedere con l'istanza di nomina dell'esperto.

All'estremo opposto, potrebbe ritenersi che sia irrilevante il concetto di insolvenza reversibile: l'insolvenza dell'imprenditore che accede alla composizione negoziata della crisi ed alle altre procedure di risanamento è tale, per cui non è necessario qualificarla come reversibile (o no), ed è uno dei presupposti di accesso purché siano perseguibili proprio le concrete prospettive di risanamento.

Insomma, secondo taluna parte della dottrina, appaiono sufficienti le definizioni che già ci sono, diviene necessario solo individuare la collocazione temporale della pre-crisi, senza tentare l'impossibile operazione di darne una definizione. Solo così, infatti, il codice della crisi finisce per rispettare il principio secondo cui l'imprenditore deve essere messo in condizione di affrontare già la probabilità di crisi come da lui stesso individuata ed intercettata, mentre è l'insolvenza in sé, a determinate condizioni, a non essere un ostacolo al risanamento.

In particolare, al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi d'impresa, le misure di cui all'art. 3, comma 3 del CCI, qualificabili come segnali di allerta della pre-crisi, devono consentire di:

- ✓ rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore;
- ✓ verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale almeno per i dodici mesi successivi e rilevare i segnali di cui all'art. 3, comma 4 del CCI;
- ✓ ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata e a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento di cui all'articolo 13, al comma 2.

Il comma 4, dell'articolo 3, specifica che, costituiscono segnali per la previsione di cui al comma 3:

- ✓ l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni;
- ✓ l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti;
- ✓ l'esistenza di esposizioni nei confronti delle banche e degli altri intermediari finanziari che siano scadute da più di sessanta giorni o che abbiano superato da almeno sessanta giorni il limite degli affidamenti ottenuti in qualunque forma purché rappresentino complessivamente almeno il cinque per cento del totale delle esposizioni;
- ✓ l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-*novies*, comma primo).

#### LA DISTINZIONE FRA INSOLVENZA E CRISI NEL NUOVO CODICE E IL PRESUPPOSTO OGGETTIVO DEI VARI ISTITUTI.

In tema di presupposti oggettivi dei diversi istituti disciplinati nel nuovo Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, le rispettive definizioni sono contenute nell'art. 2, al cui disposto la Relazione illustrativa annette peraltro "finalità meramente esplicative o di sintesi", lasciando così il debito margine all'attività interpretativa. La norma mantiene ferme, anzitutto, le due nozioni di insolvenza e di sovraindebitamento. La prima continua a consistere nello stato del debitore "*che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*". E il persistente utilizzo dell'avverbio

“regolarmente” conferma che il debitore, per non essere considerato insolvente, deve poter adempiere le proprie obbligazioni integralmente, tempestivamente e con mezzi normali.

La scelta conservativa del legislatore appare tutto sommato opportuna, tenuto conto dei consolidati principi formati al riguardo in dottrina e in giurisprudenza, i quali offrono un livello di ragionevole certezza agli operatori economici.

Relativamente alla procedura di liquidazione giudiziale, che ha preso il posto del fallimento, si rappresenta che tale procedura continua a richiedere il presupposto oggettivo dello stato di insolvenza, che lo stesso art. 2 lett. b) afferma essere *“lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*. Viene quindi confermata la definizione di insolvenza già contenuta nell’art. 5 L.F., con una scelta quanto mai opportuna, in quanto vale a semplificare l’individuazione del presupposto oggettivo della liquidazione giudiziale in linea con la nostra tradizione nazionale, facendo altresì salva tutta l’elaborazione giurisprudenziale che dell’insolvenza è stata data rispetto alla norma previgente.

Tale situazione viene però dal nuovo codice differenziata rispetto allo stato di crisi, ritenuto presupposto oggettivo sufficiente per accedere agli strumenti di soluzione appunto della crisi di impresa diversi dalla liquidazione giudiziale, come piani attestati, accordi ristrutturazione, concordato preventivo e nuovo piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione.

Infatti, per definire il concetto di insolvenza è necessario prima definire il concetto di “crisi” che viene precisata nel nuovo CCII all’art. 2 alla lett. a) come *“lo stato del debitore che rende probabile l’insolvenza e che si manifesta con l’inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi”*.

L’orientamento al futuro *forward looking* nel giudizio sulla crisi, unitamente alla dichiarata caratterizzazione finanziaria esplicita delineata dal richiamo ai flussi finanziari, contrassegna la nozione giuridica di crisi.

L’intento della nuova norma è verosimilmente quello di anticipare ancora di più l’intercettazione della crisi, per prevenire, prima e quindi con migliori possibilità di rimedio, l’insolvenza.

L’estensione dell’arco temporale da sei mesi (previgente art. 13 CCI) a dodici mesi (attuale art. 2 CCI) richiede tuttavia un’adeguata riflessione e valutazione caso per caso.

Ad esempio:

- ✓ esistono fenomeni di crisi, anche molto gravi, che non hanno rapide ricadute in termini di insolvenza, perché gli andamenti economici non coincidono con i circuiti finanziari. Si

incorre, di conseguenza, nel rischio che l'enfasi totalizzante sull'insolvenza, che diventa essenziale per la nozione stessa di crisi, lasci in ombra o addirittura escluda le tante situazioni di crisi non legate probabilisticamente all'insolvenza, né per un periodo brevissimo di sei mesi, né nel periodo più lungo di dodici mesi;

- ✓ se si guarda alle specificità dell'impresa in talune situazioni, non del tutto rare, specie nel caso di imprese minori, le situazioni di squilibrio possono essere legate non solo a fenomeni di stagionalità, ma anche a eventi straordinari esterni, a cui le piccole e le microimprese sono esposte con maggiore rischio;
- ✓ nelle imprese minori, dove la regola è la totale assenza di una programmazione finanziaria e di tesoreria, o con un grado di attendibilità forse assai precario, l'impostazione per la prima volta di una pianificazione finanziaria basata sui flussi finanziari potrebbe essere più credibile a sei mesi e non a dodici mesi.

Quanto alla definizione di sovraindebitamento, essa riflette la nozione dell'istituto da tempo invalsa nell'uso comune, riferendosi allo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito, con modificazioni, dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221, e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale, ovvero a liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal Codice Civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza.

Del tutto nuova è invece la nozione di crisi, che nella vecchia disciplina, a livello di individuazione del requisito oggettivo per l'accesso al concordato preventivo e per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, rappresentava il *genus* – per l'appunto non definito – cui apparteneva la *species* insolvenza (art. 160, L.F.) e che oggi acquista, di contro, una sua precisa autonomia concettuale e precettiva.

Ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a) del CCI, infatti, per crisi deve intendersi lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore e che, per le imprese, si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate.

Tale norma contiene, dunque, un elemento propriamente definitorio (la probabilità di insolvenza derivante dallo stato di difficoltà economico-finanziaria) e uno, limitatamente alle imprese, di natura sintomatica (l'inadeguatezza, in prospettiva, dei flussi di cassa ai fini del rispetto del piano dei pagamenti). Il precetto appare coerente con il corrispondente principio di delega, che richiedeva di

introdurre una definizione di crisi *“intesa come probabilità di futura insolvenza”*, e chiarisce che lo stato di vera e propria insolvenza va tenuto distinto da quello di mera crisi, dal momento che in questa seconda situazione il soggetto non è ancora insolvente, sebbene la precarietà della condizione finanziaria renda non solo possibile, ma per l'appunto probabile l'inverarsi dell'incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Nella Relazione illustrativa al decreto delegato si legge (p. 3): *“sono state definite alcune nozioni fondamentali nella materia in esame, a cominciare da quella di crisi - che non equivale all'insolvenza in atto, ma implica un pericolo di futura insolvenza - e di insolvenza - ribadendo in realtà la nozione già sufficientemente collaudata da molti decenni di esperienza giurisdizionale-”*.

Procedendo ora con l'esame del presupposto oggettivo dei singoli istituti del CCI, emerge che per l'accesso al concordato preventivo l'imprenditore *“deve trovarsi in stato di crisi o di insolvenza”* (art. 85, comma primo, mentre le disposizioni sulla liquidazione giudiziale si applicano agli imprenditori *“che siano in stato di insolvenza”*).

Al concordato preventivo, pertanto, continuano a essere assoggettati sia i debitori insolventi che quelli in semplice stato di crisi, di cui l'insolvenza cessa peraltro di costituire una sottocategoria. Inoltre, l'art. 85, comma 1, non distingue fra concordato in continuità e liquidatorio, con la conseguenza che in entrambe le tipologie il presupposto oggettivo può consistere nell'insolvenza; occorre inoltre precisare che risulta incompatibile con la continuazione dell'attività aziendale una condizione di insolvenza irreversibile. Tale affermazione appare vera in linea generale, dal momento che la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa non avrebbe ragion d'essere nei casi in cui sia conclamata l'impossibilità di recuperare l'equilibrio economico, traducendosi, in tali casi, in un inutile accanimento terapeutico

Procedendo con l'esame degli istituti che il Capo I del Titolo IV accomuna sotto il nome di accordi: si tratta, da un lato, degli *“strumenti negoziali stragiudiziali”* costituiti – come recita la rubrica dell'art. 56 – dagli *“Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento”*, dall'altro, degli *“accordi di ristrutturazione dei debiti dell'imprenditore”* di cui agli artt. 57 e seguenti, nell'ambito dei quali trova spazio anche la convenzione di moratoria di cui all'art. 62.

In base al testo del Codice quale trasmesso dal Governo alle Camere per i pareri, l'individuazione del presupposto oggettivo sembrava dipendere dalla maggiore o minore rilevanza che si ritenesse doversi annettere all'utilizzo del termine crisi.

Nel primo caso, attribuendo cioè importanza dirimente al dato testuale, il semplice fatto che la rubrica del Titolo IV reciti *“Strumenti di regolazione della crisi”* - termine, quest'ultimo, che si

rinviene anche nell'art. 56, comma primo, lett. b), in tema di accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento e nell'art. 62, comma primo, relativamente alla convenzione di moratoria - poteva condurre a ricomprendersi esclusivamente le situazioni connotate da probabilità di (futura) insolvenza e non anche quelle caratterizzate da insolvenza già in atto, seppur di natura reversibile. Nel secondo caso, vale a dire negando decisività al mero uso del termine crisi, occorre verificare, attraverso la lettura delle varie norme, la presenza o meno di disposizioni incompatibili con lo stato di insolvenza (reversibile).

La versione definitiva della legge, raccogliendo anche sollecitazioni pervenute in ambito dottrinale, ha opportunamente sgombrato il campo da equivoci: sia l'art. 56, comma 1, che l'art. 57, comma 1, infatti, chiariscono che può fare ricorso ad entrambi gli strumenti in parola l'imprenditore "*in stato di crisi o di insolvenza*" dove l'insolvenza non pare dover essere necessariamente reversibile denotando, quindi, l'intenzione di consentire l'accesso agli accordi di ristrutturazione anche agli imprenditori agricoli. Tale interpretazione conferma una volta di più come anche nel nuovo assetto ordinamentale lo stato di insolvenza, purché reversibile, possa risultare conciliabile con l'obiettivo del recupero dell'equilibrio economico dell'impresa e dunque compatibile sia con gli accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento, sia con gli accordi di ristrutturazione dei debiti.