

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

Dal mito dell'allerta alla composizione negoziata

This is a pre print version of the following article:

Original Citation:

Availability:

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/1952050> since 2024-01-17T09:25:36Z

Publisher:

NEU-Nuova Editrice Universitaria

Terms of use:

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

DAL MITO DELL'ALLERTA ALLA COMPOSIZIONE NEGOZIATA*

di Eva R. Desana

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Natura e caratteri della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa - 3. Allerta interna e allerta esterna - 4. Conclusioni

1. Premessa

L'emersione anticipata della crisi assume un ruolo fondamentale nell'attuale impianto del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, varato con il D.lgs. 14 del 2019 ("Codice") ed entrato in vigore il 15 luglio 2021. Ed infatti, lo stesso originario Titolo II del Codice – successivamente sostituito integralmente – era dedicato alle misure di allerta, in linea con l'idea che la tempestività sia ormai diventata "la cifra" del diritto della crisi¹ e non solo. Il "mantra" dell'emersione anticipata della crisi ha permeato anche il diritto commerciale e in particolare quello societario, contribuendo a ridisegnare la stessa fisionomia delle imprese, in particolare quelle in forma societaria, e a riempire di nuovi contenuti il requisito dell'organizzazione evocato dall'art. 2082 c.c. È innegabile, infatti, che a fronte di una certa svalutazione del requisito dell'organizzazione a cui si è assistito negli anni passati, esso ha riacquisito un ruolo di primo piano negli studi in tema di impresa, anche se riproposto nella formula degli assetti adeguati². Dunque la predisposizione di strumenti per intercettare tempestivamente le crisi è decisiva ai fini della valutazione dell'adeguatezza delle procedure approntate dall'imprenditore.

Il tema è centrale anche nelle normative europee e nell'impianto dell'Unione Europea che privilegia indubbiamente le soluzioni negoziali e della Direttiva 2019/1023 (c.d. Direttiva *Insolvency*)³, che sarà presto seguita da una seconda Direttiva *Insolvency*, diretta ad armonizzare le procedure concorsuali dei diversi ordinamenti e di cui è stata presentata a dicembre scorso una proposta. Stando infatti alle suggestioni europee, contenute dapprima nella Raccomandazione della Commissione Europea, n. 135 del 12 marzo 2014, su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza e, più di recente, appunto nella Direttiva *Insolvency*⁴, un ruolo determinante è assunto dai quadri di ristrutturazione preventiva che ciascun Paese deve

* Il presente articolo costituisce un ampliamento e una rivisitazione aggiornata, alla luce delle novità nel frattempo intervenute, del contributo dal titolo *L'emersione anticipata della crisi. Dalle misure di allerta alla composizione negoziata*, in *Crisi e insolvenza nel nuovo Codice* a cura di Ambrosini, Bologna, 2022, 212 ss.

¹ PACCHI S., *Le segnalazioni per l'anticipata emersione della crisi. Così è se vi pare*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 9 agosto 2022.

² Sul rilievo del requisito dell'organizzazione anche quale tratto distintivo fra lavoratore autonomo e imprenditore e sulle diverse posizioni assunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza sia consentito rinviare a DESANA E., *L'impresa fra tradizione e innovazione*, Torino, 2018, 27 ss. Sui riflessi delle norme del D.lgs. 14 del 2019 in materia di assetti adeguati delle imprese cfr. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, AMBROSINI S., *Adeguatezza degli assetti aziendali, doveri degli amministratori e azioni di responsabilità alla luce del codice della crisi*, in *Governance e mercati. Studi in onore di Paolo Montalenti*, Torino, 2022, t. I, 1703 e ss. Sul precedente in materia di assetti adeguati costituito dall'art. 149 del TUIF, da cui l'art. 2403 c.c. ha preso ispirazione, che impone ai sindaci delle quotate l'obbligo di vigilare sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, implicando che l'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile configuri una particolare declinazione di tali principi, v. CAVALLI G., *Sub art. 149*, in *Testo unico della Finanza. Commentario* diretto da Campobasso, **, Torino, 2002, 1242.

³ In questo senso si muove il combinato disposto degli artt. 4 e 21 del Codice della crisi dai quali sembra potersi trarre un importante corollario: «l'impresa in condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario, o di vera e propria crisi (già in atto), va gestita in modo da evitare pregiudizio alla sostenibilità dell'attività e quindi alle ragioni dei creditori, ma non anche nell'interesse prioritario o prevalente di costoro» (così S. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo (con una notazione di fondo)*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 17 luglio 2022).

⁴ Cfr. *ex multis* STANGHELLINI L., *Il codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 21 luglio 2022 e AMBROSINI S.,

offrire alle sue imprese e il fallimento deve essere emendato dalla sua connotazione punitiva ed aprire, invece, attraverso l'esdebitazione, ad una seconda opportunità per l'imprenditore (cfr. i Considerando della Direttiva *Insolvency*, specialmente nn. 1 e 2)⁵.

Strumentale all'accesso ai quadri di ristrutturazione preventiva è, naturalmente, lo strumento dell'allerta, che deve consentire di intercettare quanto prima i segnali della crisi: come ci ricorda il Considerando 22, infatti «Quanto prima un debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti un'insolvenza imminente o, nel caso di un'impresa la cui sostenibilità economica è definitivamente compromessa, tanto più ordinato ed efficace sarà il processo di liquidazione».

Queste esigenze avevano così condotto il legislatore italiano ad introdurre gli istituti dell'allerta e della composizione assistita della crisi, che costituivano una delle più significative novità del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, racchiuso nella Parte I del D.lgs. n. 14 del 2019: l'intero Titolo II del Codice, nell'impianto originario, era appunto interamente dedicato a tale istituto. Il ruolo centrale assegnato alle procedure di allerta in tale provvedimento era emblematico del nuovo corso che si voleva imprimere al nostro diritto fallimentare, volto a favorire l'emersione tempestiva della crisi, per permettere una ristrutturazione precoce dell'impresa e a incentivare, almeno sulla carta, le soluzioni contrattuali e preconcorsuali, in linea, appunto, con gli sviluppi della materia a livello europeo⁶. Erano evidenti, in questo impianto, le suggestioni del successo dell'esperienza francese, che aveva regolato per la prima volta le *procédures d'alerte* con la Loi 84-148 del 1° marzo 1984⁷. Con l'«importazione» dell'allerta nel nostro diritto della crisi, il legislatore italiano tentava di allinearsi al vicino ordinamento francese, ma anche (e seppure con notevole ritardo) alle indicazioni già contenute nella citata Raccomandazione della Commissione Europea n. 135 del 12 marzo 2014, su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, successivamente trasposte nella già citata Direttiva *Insolvency*, che dedica l'intero art. 3 all'allerta precoce e all'accesso alle informazioni⁸.

Al contempo, tuttavia, il nuovo istituto, per come era stato disegnato, portava ad un approccio rigido ed eterodiretto dell'impresa in difficoltà, da traghettarsi inesorabilmente verso una procedura concorsuale⁹.

Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la direttiva insolvency: i creditori e i lavoratori, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 1° giugno 2022.

⁵ STANGHELLINI L., *Il codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di "quadri di ristrutturazione preventiva"*, 2022 AMBROSINI S., *Concordato preventivo e soggetti protetti nel codice della crisi dopo la direttiva insolvency: i creditori e i lavoratori*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, cit., 2022.

⁶ Per un sintetico (ma compiuto) quadro dell'evoluzione dell'approccio in materia della Comunità Europea prima e dell'Unione Europea poi, si vedano PACCHI S.- AMBROSINI S., *Diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2023.

⁷ La Loi 84-148 (1° marzo 2014) è stata abrogata il 21 settembre 2000 ad opera dell'*Ordonnance* 912 (2000). Attualmente esistono nell'ordinamento francese alcuni strumenti di allerta, fra cui il diritto di allerta economica (*droit d'alerte économique*) che gli artt. L.2323-78 ss. e R.2323-18 del *Code de travail* assegnano al *comité d'entreprise* e l'allerta disciplinata dagli artt. L.611-1 ss. del *Code de commerce*, contenuti nel *Chapitre Ier* di tale codice e dedicati alla prevenzione delle difficoltà delle imprese (*De la prévention des difficultés des entreprises, du mandat ad hoc et de la procédure de conciliation*). Per un ampio resoconto al riguardo, v. CARMELLINO G., *Le droit français des entreprises en difficulté e i rapporti con la normativa europea*, in *Fall.*, 2015, 1057 ss. Sulla normativa francese si veda anche P.M. LE CORRE, *Droit et pratique des procédures collectives* 2019/2020, XX ed., Parigi, 2018.

⁸ Ai sensi dell'art. 3 *Allerta precoce e accesso alle informazioni* «1.Gli Stati membri provvedono affinché i debitori abbiano accesso a uno o più strumenti di allerta precoce chiari e trasparenti in grado di individuare situazioni che potrebbero comportare la probabilità di insolvenza e di segnalare al debitore la necessità di agire senza indugio. Ai fini di cui al primo comma, gli Stati membri possono avvalersi di tecnologie informatiche aggiornate per le notifiche e per le comunicazioni online». Quanto agli strumenti di allerta, il comma 2° vi include «a) meccanismi di allerta nel momento in cui il debitore non abbia effettuato determinati tipi di pagamento; b) servizi di consulenza forniti da organizzazioni pubbliche o private; c) incentivi a norma del diritto nazionale rivolti a terzi in possesso di informazioni rilevanti sul debitore, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, affinché segnalino al debitore gli andamenti negativi». I commi 3° e 4° dettano poi specifiche disposizioni affinché i debitori e i rappresentanti dei lavoratori abbiano accesso a informazioni pertinenti e aggiornate sugli strumenti di allerta precoce disponibili, come pure sulle procedure e alle misure di ristrutturazione e di esdebitazione e affinché le informazioni sull'accesso agli strumenti di allerta precoce siano pubblicamente disponibili online, specialmente per le PMI, siano facilmente accessibili e di agevole consultazione.

⁹ Sulle criticità dello strumento, cfr *ex multis*, JORIO A., *La riforma della legge fallimentare fra utopia e realtà*, in *Crisi e insolvenza. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 404 ss, G. BONFANTE, *Le misure di allerta*, in BONFANTE G. (a cura di), *Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Giur. it.*, 2019, 1970-1976, RANALLI R., *Le misure di allerta*,

Con l'avvento della pandemia questo approccio era risultato non percorribile, inducendo il Governo a far slittare l'entrata in vigore dell'intero Codice, in un primo momento, dal 15 agosto 2020 al 1° settembre 2021, ad opera del D.L. 23 dell'8 aprile 2020 (c.d. Decreto Liquidità) e, successivamente, per effetto del D.L. n. 118 del 2021, al 16 maggio 2022 e, per quanto riguarda il Titolo II, al 31 dicembre 2023. Da ultimo, l'art. 42 del decreto legge n. 36 del 30 aprile 2022, recante ulteriori misure urgenti per l'attuazione del Piano nazionale di ripresa e resilienza (c.d. D.L. PNRR 2), ha sancito l'ulteriore posticipazione al 15 luglio 2022 dell'entrata in vigore dell'intero Codice¹⁰. Questo ennesimo rinvio ha consentito di mettere mano all'istituto, modificandolo radicalmente in occasione dell'attuazione della citata Direttiva *Insolvency*, ad opera del d.lgs. 83 del 2022¹¹. E la necessità di riscrivere l'istituto dell'allerta è discesa non solo dall'esigenza scolpita nella Relazione al Decreto Liquidità di evitare l'applicazione di un istituto «concepito nell'ottica di un quadro economico stabile e caratterizzato da oscillazioni fisiologiche» in un momento epocale in cui tutte le imprese erano state messe in ginocchio dalla pandemia¹², ma anche dalle criticità dello strumento che molta parte della dottrina aveva già rilevato¹³. L'istituto dell'allerta è stato così riscritto ad opera del D.L. n. 118 del 2021 con l'introduzione del nuovo percorso della composizione negoziata della crisi poi stabilizzato nel nuovo codice.

2. Natura e caratteri della composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa

Il nuovo istituto disciplinato inizialmente dall'art. 2 del D.L. n. 118/21 e ora dagli artt. 12 e segg. del Titolo II del Codice, rubricato espressamente “Composizione negoziata della crisi, piattaforma unica nazionale, concordato semplificato e segnalazioni per la anticipata emersione della crisi” consiste nel tentativo di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa che l'imprenditore commerciale o agricolo che navighi in cattive acque può esperire su base volontaria, analogamente a quanto era previsto con riferimento alla composizione assistita della crisi attivabile presso l'OCRI ai sensi degli artt. 19 e ss. del Titolo II del Codice della crisi e utilizzabile solo su istanza del debitore: quanto ai presupposti del nuovo percorso di composizione negoziata, l'imprenditore che intenda usufruirne deve versare in «condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza», ma la situazione deve essere reversibile, dovendo risultare ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa. A differenza di quanto previsto dall'impianto originario del Codice della crisi e specificamente dalle misure di allerta, il tentativo di soluzione negoziata è qui affidato ad un solo esperto indipendente, nominato da una commissione

Milano, 2019, PACCHI S., *L'allerta tra la reticenza dell'imprenditore e l'opportunità del creditore. Dal Codice della crisi alla composizione negoziata. Con un cenno allo schema di decreto legislativo recante modifiche al Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 14 marzo 2022. Sia consentito altresì rinviare a DESANA E., *Le procedure di allerta*, in *Crisi d'impresa. Prevenzione e gestione dei rischi: nuovo codice e nuova cultura*, Atti del convegno di Courmayeur, 20-21 settembre 2019, a cura di MONTALENTI P. e NOTARI M. e DESANA E., *Le procedure di allerta (e cenni al loro probabile tramonto)*, in *Liber Amicorum per Alberto Jorio*, a cura di Stefano Ambrosini, Torino, 2020, 87 ss. L'esigenza di introdurre nel nostro ordinamento le misure di allerta era già stata manifestata da JORIO A., *Su allerta e dintorni*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 261.

¹⁰ L'art. 42 del d.l. n. 36 del 2022 ha infatti modificato l'art. 389 del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza posticipando dal 16 maggio 2022 al 15 luglio 2022 l'entrata in vigore dello stesso e abrogando il comma 1-bis del suo art. 389 che, nella formulazione introdotta dal D.L. n. 118 del 2021, regolava appunto in modo autonomo l'entrata in vigore delle procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, prevista per il 31 dicembre 2023, in luogo del 16 maggio 2022, data di entrata in vigore delle altre disposizioni del Codice. Parallelamente il d.lgs. 83 del 2022 operava la sostituzione integrale dell'originario titolo II del Codice.

¹¹ Gli Stati erano originariamente chiamati ad attuare entro il 17 luglio 2021, ma che l'Italia ha trasposto nel proprio ordinamento con il D.lgs. 83 del 2022, secondo i principi e i criteri dettati dalla l. 22 aprile 2021, n. 53 (legge di delegazione europea 2019-2020)

¹² Si legge ancora nella Relazione che accompagna il Decreto Liquidità, che l'entrata in vigore delle nuove disposizioni sarebbe intervenuta in un momento storico «in cui l'intero tessuto economico mondiale risulta colpito da una gravissima forma di crisi» per cui «gli indicatori non potrebbero svolgere alcun concreto ruolo selettivo, finendo di fatto per mancare quello che è il proprio obiettivo ed anzi generando effetti potenzialmente sfavorevoli».

¹³ Cfr. la dottrina citata nella nota 9.

costituita presso la Camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura del capoluogo della Regione nel cui ambito territoriale si trova la sede dell'impresa e l'esperto ha il compito di agevolare le trattative fra l'imprenditore, i suoi creditori ed eventuali altri soggetti interessati, al fine di individuare una soluzione per il superamento delle condizioni di squilibrio.

Il tentativo avviene dunque in via stragiudiziale, su base volontaria, è caratterizzato dalla riservatezza e deve essere promosso tempestivamente; non è coinvolta l'autorità giudiziaria, a meno che l'imprenditore non richieda misure protettive del suo patrimonio ai sensi dell'art. 186, oppure non intenda usufruire di finanziamenti prededucibili o rinegoziazione di contratti, alle condizioni dettate dall'art. 22. Il mancato coinvolgimento del Giudice è un tratto comune all'impianto delle misure di allerta così come originariamente disegnate dal Titolo II del Codice della crisi ed è forse uno degli aspetti su cui si potrebbe riflettere ulteriormente¹⁴.

La composizione negoziata per la soluzione della crisi – come è stato chiarito dalla stessa Relazione illustrativa del D.L. n. 118/21, ma anche dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 42093 del 31 dicembre 2021 – non costituisce una nuova procedura concorsuale, ma un percorso dai molteplici sbocchi¹⁵: tale natura è resa evidente dalla libertà di eseguire pagamenti, sancita dall'articolo 18 del Codice, dall'assenza di cristallizzazione dei debiti e dalla mancanza del fenomeno dello spossessamento. Si tratta invece di un percorso a carattere negoziale, sottoposto a vigilanza dell'esperto. La mancanza dello spossessamento corrisponde peraltro ad una precisa indicazione che proviene dall'Unione Europea: stando infatti al 30° Considerando della Direttiva *Insolvency*, «al fine di evitare costi inutili, di rispecchiare la natura precoce della ristrutturazione preventiva e incoraggiare i debitori a richiedere la ristrutturazione preventiva in una fase precoce delle loro difficoltà finanziarie è opportuno, in linea di principio, che i debitori mantengano il controllo dei loro attivi della gestione corrente dell'impresa».

Rispetto all'originario istituto contemplato dal Titolo II, la composizione negoziata della crisi presenta caratteri affatto peculiari.

In primo luogo, l'avvio del percorso non incardina alcun procedimento di fronte all'Organismo di composizione della crisi d'impresa, di cui il Codice nella versione previgente prevedeva l'istituzione presso la Camera di commercio e che doveva operare per mezzo di un referente e di un collegio di tre esperti di volta in volta nominati. La gestione del percorso volto alla composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa non è quindi più rimessa ad un collegio di tre esperti scelti fra gli iscritti in un apposito albo, da formarsi presso il Ministero della Giustizia, ma è affidata ad un unico esperto indipendente nominato da una Commissione costituita presso la Camera di Commercio e tratto da un elenco di professionisti disponibile presso la stessa. L'istanza di nomina dell'esperto viene indirizzata al segretario generale della Camera di commercio. L'individuazione di un unico esperto in luogo di tre era già stata caldeggiata da parte della dottrina sia sulla scorta di quanto avviene in Francia, sia in ragione dell'auspicabile contenimento dei costi che gravano sull'impresa in crisi.¹⁶

In secondo luogo, si amplia la platea dei soggetti che possono ricorrervi, rispetto a quella contemplata dal Titolo II; non sono infatti ripetute le esclusioni operate dalla formulazione originaria dell'art. 12 del Codice della crisi. Possono ricorrere al nuovo strumento gli imprenditori commerciali e agricoli (art. 12), purché iscritti nel registro delle imprese; tale precisazione è legata al fatto che la piattaforma telematica contenente la lista di

¹⁴ Condivido al riguardo il pensiero espresso da JORIO A., *La riforma della legge fallimentare fra utopia e realtà*, cit., 418 secondo il quale sarebbe stato più semplice e probabilmente più efficace «l'individuare nel presidente del tribunale o direttamente nel presidente della sezione fallimentare, ove esistente, l'autorità alla quale rivolgersi per la nomina di un professionista esperto (perché necessariamente tre professionisti per la crisi di ogni piccola-media impresa?), il quale verificata la fattibilità, coadiuvasse il debitore nella rapida predisposizione di un accordo con il ceto creditorio, lasciando che il debitore continuasse ad essere assistito anche dal proprio professionista di fiducia.»

¹⁵ Così anche AMBROSINI S., *La nuova composizione negoziata della crisi: caratteri e presupposti*, in *Ristrutturazioni aziendali*, 23 agosto 2021, 11.

¹⁶ JORIO A., *La riforma della legge fallimentare fra utopia e realtà*, in *Crisi e insolvenza. Scritti in ricordo di Michele Sandulli*, Torino, 2019, 404 ss.

controllo per la redazione del piano di risanamento e il test per la verifica della sua ragionevole perseguibilità sono accessibili ai soli imprenditori iscritti¹⁷.

Si scioglie un dubbio che era stato sollevato in dottrina sul presupposto oggettivo di accesso al percorso della composizione assistita della crisi disegnata dall'art. 19 del Titolo II del Codice e soppiantato dal nuovo istituto della composizione negoziata. Alla luce delle disposizioni contenute nell'originario Titolo II e della chiara distinzione fra crisi e insolvenza, una parte della dottrina aveva sostenuto che l'imprenditore già insolvente non potesse accedervi. Questa lettura, indubbiamente legittima alla luce della lettera della legge, rischiava però di circoscrivere l'applicazione della parte più innovativa della riforma delle procedure concorsuali alle sole imprese in crisi, innalzando uno steccato fra crisi e insolvenza e destinando le imprese già insolventi alla sola soluzione giudiziale.

Questa restrittiva interpretazione era stata respinta da una parte della dottrina, che aveva osservato che anche l'impresa insolvente, «se alleggerita da buona parte dei debiti mediante un accordo con il ceto creditorio, può avere a volte opportunità di sopravvivenza»¹⁸. Condivisibilmente, pertanto la composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa può essere chiesta, stando al combinato disposto degli artt. 12 e 21 del D.L. n. 118 del 2021, non solo dall'imprenditore in crisi, ma anche da quello insolvente, purché vi sia una prospettiva di risanamento dell'impresa¹⁹.

Un'altra novità riguarda l'individuazione del giudice competente a concedere le misure protettive del patrimonio; in base all'art. 19 del Codice, la competenza spetta alla sezione "fallimentare" del Tribunale, ovvero quella individuata dall'art. 27 e non alla sezione specializzata in materia di imprese, scelta invece operata dalla versione originaria del Titolo II²⁰. La nuova opzione permetterà di sfruttare l'esperienza maturata in materia dai Giudici della relativa sezione.

Ulteriore tratto distintivo è che le misure protettive, a differenza dell'omologo istituto previsto dall'originario testo dell'art. 20 del Codice crisi, operano automaticamente, per effetto della semplice pubblicazione nel registro delle imprese della relativa istanza, anche se contestualmente l'imprenditore deve proporre un ricorso avanti all'autorità giudiziaria per ottenerne la conferma o la modifica. Dispone infatti l'art. 19 che «l'istanza di applicazione delle misure protettive è pubblicata nel registro delle imprese unitamente all'accettazione dell'esperto e, dal giorno della pubblicazione, i creditori interessati non possono acquisire diritti di prelazione se non concordati con l'imprenditore, né possono iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul suo patrimonio o sui beni o sui diritti con i quali viene esercitata l'attività di impresa». A pena di decadenza delle misure stesse, l'imprenditore deve però chiederne la conferma o la modifica al Tribunale entro il giorno successivo alla pubblicazione dell'istanza e dell'accettazione dell'esperto.

3. Allerta interna e allerta esterna

¹⁷ Gli imprenditori sottosoglia ex art. 1 L.F. possono presentare l'istanza i) all'Organismo di composizione della crisi da sovraindebitamento (OCC) oppure ii) al Segretario generale della Camera di Commercio (art. 17)

¹⁸ JORIO A., *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, cit., 412.

¹⁹ Dispone l'art. 21, 1° co., ultimo periodo che «[...] quando nel corso della composizione negoziata, risulta che l'imprenditore è insolvente, ma esistono concrete prospettive di risanamento, lo stesso gestisce l'impresa nel prevalente interesse dei creditori». Per una critica di questa scelta v. LIMITONE G., *Degiurisdizionalizzazione della crisi d'impresa e composizione negoziata: una figlia naturale non (ancora) riconosciuta. con notazioni a margine*, in *Ristrutturazioni Aziendali*, 17 maggio 2022, secondo il quale la «contaminazione dovuta alla possibilità di utilizzo dello strumento sia da parte di chi non è insolvente sia da parte di chi lo è reca delle asperità che, di fatto, ne inibiscono la fruizione ad entrambe le tipologie di soggetti e, dall'altro lato, che se lo strumento fosse adoperabile solo da chi non è insolvente, cioè solo da chi si trova in precisi (o, al massimo, in crisi, ma non insolvenza), veramente la composizione negoziata potrebbe realizzare il grande risultato di rendere superflue le misure di allerta [...]».

²⁰ Si tratta del Tribunale nel cui circondario il debitore ha il centro degli interessi principali (art. 27, 2° co.), tranne per le imprese in amministrazione straordinaria e ai gruppi di imprese di rilevanti dimensioni per i quali sarà competente la sezione specializzata in materia di imprese ai sensi dell'art. 27, 1° co. del Codice della crisi.

Il nuovo istituto della composizione negoziata ha anche ridisegnato completamente l'articolato sistema di indicatori e indici disciplinato dall'originario Titolo II e in particolare dal vecchio art. 13²¹ e la disciplina degli obblighi di segnalazione interna e esterna, confermandosi la scelta di far gravare l'insuccesso delle misure di allerta principalmente sulle parti private (in questo caso sugli organi di controllo). Ed infatti, a fronte del complesso sistema disegnato dal vecchio Titolo II del Codice della crisi e imperniato sugli indicatori e sugli indici, la cui elaborazione veniva rimessa al Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, l'art. 15 del D.L. n. 118 del 2021, ora trasfuso nell'art. 25-*octies* del Codice della crisi, rubricato laconicamente *Segnalazione dell'organo di controllo*, impone a quest'ultimo di segnalare per iscritto all'organo amministrativo la sussistenza dei presupposti per la presentazione dell'istanza di composizione negoziata, con l'assegnazione di un congruo termine, non superiore a trenta giorni entro il quale l'organo amministrativo deve riferire in ordine alle iniziative intraprese. La tempestività della segnalazione viene valutata al fine di soppesare la responsabilità dell'organo di controllo, stimolandolo dunque ad attivare questo campanello d'allarme²².

Assumono però rilievo i segnali di squilibrio delineati dall'art. 3, co. 4° del Codice, dedicato all'adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi: a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) 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; d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-*novies*, comma 1.

Non grava più, però, sull'organo di controllo, a differenza di quanto previsto nell'originaria versione del Titolo II, l'obbligo di segnalazione all'esterno, che imponeva la convocazione del debitore di fronte all'OCRI (art. 14, 2° comma dell'originaria formulazione del Codice della crisi): nel sistema disegnato dal D.L. n. 118/21 e oggi accolto dal Codice la scelta di rivolgersi al segretario della Camera di commercio per ottenere la nomina dell'esperto chiamato ad assistere il debitore nella composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa spetta esclusivamente all'organo amministrativo.

Il ruolo dell'organo di controllo è però ulteriormente valorizzato: esso diventa, infatti, l'interlocutore "privilegiato" dell'esperto che, dopo l'accettazione dell'incarico, deve immediatamente dedicarsi alla valutazione della possibilità o meno di un risanamento della società e, a tal fine, si avvale anche delle informazioni fornite dall'organo di controllo. Ed infatti, quando l'esperto ritiene che un atto del cui compimento è stato preventivamente informato dall'imprenditore possa arrecare pregiudizio ai creditori, lo

²¹ Disponeva l'originario art. 13 del Codice della crisi che «1. Costituiscono indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale svolta dal debitore, tenuto conto della data di costituzione e di inizio dell'attività, rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell'assenza di prospettive di continuità aziendale per l'esercizio in corso o, quando la durata residua dell'esercizio al momento della valutazione è inferiore a sei mesi, nei sei mesi successivi. A questi fini, sono indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell'indebitamento con i flussi di cassa che l'impresa è in grado di generare e l'inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi. Costituiscono altresì indicatori di crisi ritardi nei pagamenti reiterati e significativi, anche sulla base di quanto previsto nell'articolo 24». Il 2° co. a sua volta prevedeva che «Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti ed esperti contabili, tenuto conto delle migliori prassi nazionali ed internazionali, elabora con cadenza almeno triennale, in riferimento ad ogni tipologia di attività economica secondo le classificazioni I.S.T.A.T., gli indici di cui al comma 1 che, valutati unitariamente, fanno ragionevolmente presumere la sussistenza di uno stato di crisi dell'impresa [...]».

²² L'art. 3, 4° co. è volto a recuperare, seppure solo in parte e semplificandoli, gli indici; esso prevede, infatti, che costituiscono segnali di allarme ai fini della tempestiva rilevazione della crisi alcune specifiche esposizioni debitorie: «a) l'esistenza di debiti per retribuzioni scaduti da almeno trenta giorni pari a oltre la metà dell'ammontare complessivo mensile delle retribuzioni; b) l'esistenza di debiti verso fornitori scaduti da almeno novanta giorni di ammontare superiore a quello dei debiti non scaduti; c) 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; d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste dall'articolo 25-*novies*, comma 1».

segnala per iscritto all'imprenditore e all'organo di controllo. Semmai proprio in considerazione del ribadito ruolo centrale rivestito dall'organo di controllo nel sistema disegnato dal D.L. n. 118 del 2021 e fatto proprio dal Codice si può manifestare qualche perplessità nella scelta, operata dal medesimo provvedimento, di rinviare all'approvazione dei bilanci dell'esercizio 2022 la nomina dell'organo di controllo o del revisore da parte delle s.r.l. e delle cooperative di piccole dimensioni.

Nel nuovo impianto cambia anche radicalmente l'allerta esterna, ovvero l'obbligo di segnalazione da parte dei creditori qualificati. Il D.L. n. 118 del 2021 non menzionava soglie di indebitamento tali da far scattare l'obbligo di segnalazione da parte di questi creditori, ma alcune soglie sono state introdotte dall'art. 30-*sexies* del D.l. 152 del 2021, poi ripreso dall'art. 25-*novies* del Codice. Sono così individuati l'Inps, l'Agenzia delle Entrate, la vecchia Equitalia, oggi Agenzia delle Entrate-Riscossione e l'Inail quali creditori esterni deputati, in caso di superamento di determinate soglie, a segnalarlo all'imprenditore e ad invitarlo «alla presentazione dell'istanza» di nomina dell'esperto per la composizione negoziata. Le soglie ivi previste sono più basse di quelle contemplate nel Codice della crisi²³, ma le tempistiche previste per la segnalazione sono tali da rendere tale attivazione esterna comunque tardiva²⁴. In ogni caso, il superamento delle soglie così individuate impone al creditore qualificato soltanto di indirizzare una comunicazione all'imprenditore e, ove esistente all'organo di controllo, accompagnata dall'invito alla presentazione dell'istanza di nomina dell'esperto indipendente. Non è invece previsto un potere di attivazione della procedura quale quello regolato nell'originaria versione del Titolo II del Codice della crisi, il cui art. 15 assegnava ai creditori qualificati il potere-dovere di effettuare la segnalazione all'OCRI, pena la perdita del titolo di prelazione spettante sui relativi crediti per l'INPS e l'Agenzia delle Entrate o, per l'Agente della Riscossione, pena l'inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione. Non è più comminata alcuna sanzione a carico del creditore qualificato che omette di effettuare la segnalazione nei termini indicati. Dunque anche a questo riguardo la nuova disciplina valorizza i compiti dell'organo di controllo; al contempo l'assenza di sanzioni a carico dei creditori qualificati che omettono di effettuare la segnalazione rischia di rendere irrilevante la stessa previsione.

Infine, la novità più significativa è certamente costituita dalla espunzione del collegamento fra l'insuccesso dell'allerta e l'apertura della liquidazione giudiziale. Stando all'art. 22 dell'originario Titolo II del Codice della crisi, infatti, nel caso in cui l'allerta non consentisse il superamento della crisi ed emergesse lo stato di insolvenza del debitore, il collegio di esperti nominato presso l'OCRI sarebbe stato tenuto a riferirlo al referente presso l'OCRI e quest'ultimo avrebbe dovuto comunicarlo al PM, al fine dell'attivazione dei suoi poteri di iniziativa per l'apertura della procedura di liquidazione giudiziale²⁵. Questo epilogo, per cui l'allerta

²³ Il comma 1° dell'art. 25-*novies* (Segnalazioni dei creditori pubblici qualificati) individua così le nuove soglie « [...] a) per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, il ritardo di oltre 90 giorni nel versamento di contributi previdenziali di ammontare superiore: 1) per le imprese con lavoratori subordinati e parasubordinati, al 30 per cento di quelli dovuti nell'anno precedente e all'importo di euro 15.000; 2) per le imprese senza lavoratori subordinati e parasubordinati, all'importo di euro 5.000; b) per l'Agenzia delle entrate, l'esistenza di un debito scaduto e non versato relativo all'imposta sul valore aggiunto, risultante dalla comunicazione dei dati delle liquidazioni periodiche di cui all'articolo 21-bis del D.L. 31 maggio 2010, n. 78 [...], superiore all'importo di euro 5.000; c) per l'Agenzia delle Entrate-Riscossione, l'esistenza di crediti affidati per la riscossione, autodichiarati o definitivamente accertati e scaduti da oltre novanta giorni, superiori, per le imprese individuali, all'importo di euro 100.000, per le società di persone, all'importo di euro 200.000 e, per le altre società, all'importo di euro 500.000».

²⁴ Basti considerare quanto disposto dal 2° comma dell'art. 25-*novies*, ai sensi del quale «2. Le segnalazioni di cui al comma 1 sono inviate: a) dall'Agenzia delle entrate, entro sessanta giorni dal termine di presentazione delle comunicazioni di cui all'articolo 21-bis del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122; b) dall'Istituto nazionale della previdenza sociale e dall'Agenzia delle entrate-Riscossione, entro sessanta giorni decorrenti dal verificarsi delle condizioni o dal superamento degli importi indicati nel medesimo comma 1. 3. Le segnalazioni di cui al comma 1 contengono l'invito alla presentazione dell'istanza di cui all'articolo 12, comma 1 se ne ricorrono i presupposti. 26 4. Le disposizioni del presente articolo si applicano: a) per l'Istituto nazionale della previdenza sociale, in relazione ai debiti accertati a decorrere dal 1° gennaio 2022; b) per l'Agenzia delle entrate, in relazione ai debiti risultanti dalle comunicazioni periodiche relative al primo trimestre dell'anno 2022; c) per l'Agenzia delle entrate-Riscossione, in relazione ai carichi affidati all'agente della riscossione a decorrere dal 1° luglio 2022.»

²⁵ Ai sensi dell'art. 22 del Codice, infatti «1. Se il debitore non compare per l'audizione, o 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, o 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, il collegio, se non risulta che il debitore ha comunque depositato domanda di

rischiava in molti casi di diventare l'anticamera della liquidazione giudiziale e che era frutto di una visione un po' dirigista, era stato stigmatizzato dalla prevalente dottrina nelle more dell'entrata in vigore del Codice stesso e rischiava di rendere il collegio di esperti una sorta di Giano bifronte: da una parte organismo preposto ad aiutare il debitore a trovare un accordo con i creditori e dall'altra autorità investita del compito di evitare, nell'interesse pubblico, che l'insolvenza generasse ulteriore pregiudizio ai creditori e all'economia²⁶, poco in linea, aggiungo, con le indicazioni della stessa Direttiva *Insolvency*.

Al contrario le nuove regole introdotte dapprima dal D.L. n. 118 del 2021 e poi innestate nel Codice della crisi all'art. 17, 8° co. statuiscono soltanto che al termine del proprio incarico l'esperto designato redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e che comunica all'imprenditore e, in caso di concessione delle misure protettive e cautelari, al giudice che le ha emesse, che ne dichiara cessati gli effetti; non è previsto né in capo all'esperto, né in capo alla Commissione che lo nomina o al segretario generale della Camera di Commercio alcun obbligo di comunicazione al Pubblico Ministero della mancata individuazione di una soluzione idonea al superamento delle condizioni di squilibrio patrimoniale o economico finanziario.

4. Conclusioni

Tracciato a grandi linee il quadro d'insieme, è naturalmente ancora presto per fare un bilancio del nuovo istituto introdotto nell'estate del 2021 dal D.L. n. 118 e poi recepito dalla nuova versione del Codice, dal momento che ancora troppo pochi sono i casi di composizione negoziata della crisi, anche se si segnala un significativo incremento²⁷. È però possibile provare a formulare qualche riflessione conclusiva, esprimendo un netto favore per l'abbandono dell'impostazione dirigista che emergeva dall'originario Titolo II del Codice della crisi, ma forse, più in generale, dall'intero impianto del Codice stesso, ove le misure di allerta risultavano più concentrate sull'obiettivo dell'emersione tempestiva della crisi come valore in sé, piuttosto che su quello dell'effettivo salvataggio delle imprese in difficoltà reversibile²⁸, che viene invece valorizzato e perseguito dalla Direttiva *Insolvency*.

Il nuovo istituto introdotto dal nuovo Governo ha dunque soppiantato definitivamente le procedure di allerta varate dal precedente. Quindi la lunga *vacatio legis* del d.lgs. 14 del 2019 ha opportunamente consentito di correggere il tiro quanto meno su uno degli istituti assurti giustamente ad emblema della riforma e del nuovo corso del diritto della crisi, ma male articolati o meglio disegnati in modo non efficiente per le imprese e dunque destinato ad essere superato.

Resta però da vedere quale sarà il successo del nuovo percorso e a tale proposito occorrerà confrontare gli esiti della composizione negoziata con le altre procedure concorsuali e stragiudiziali. Soltanto attraverso questo confronto sarà infatti possibile comprendere meglio l'utilizzo che ne viene fatto, nonché verificare se effettivamente la composizione negoziata stia realizzando gli obiettivi di prevenzione e salvataggio delle imprese in crisi prefissati dal legislatore europeo, di cui tale strumento si fa portavoce.

accesso ad una procedura di regolazione della crisi e dell'insolvenza e se ritiene che gli elementi acquisiti rendano evidente la sussistenza di uno stato di insolvenza del debitore, lo segnala con relazione motivata al referente che ne dà notizia al pubblico ministero presso il tribunale competente ai sensi dell'articolo 27, con atto redatto secondo la normativa anche regolamentare concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici. 2. Il pubblico ministero, quando ritiene fondata la notizia di insolvenza, esercita tempestivamente, e comunque entro sessanta giorni dalla sua ricezione, l'iniziativa di cui all'articolo 38, comma 1».

²⁶ *Ex multis* JORIO A., *La riforma della legge fallimentare tra utopia e realtà*, cit., 418 ss. e BONFANTE G., *Le misure di allerta*, cit., 1976.

²⁷ Cfr. la Terza Edizione dell'Osservatorio semestrale di Unioncamere del 15 maggio 2023.

²⁸ MAFFEI ALBERTI A., *Prefazione*, in AAVV, *Le soluzioni negoziate della crisi*, a cura di AMBROSINI S., Torino, 2021, XV.