

Capitolo I

L'Early Warning

Sommario

1.1. Introduzione. – 1.2. Il *background* della riforma. – 1.3. La nuova definizione di crisi. – 1.4. Gli indicatori della crisi.

1.1. Introduzione

Con la Legge 19 ottobre 2017, n. 155 (di seguito anche solo la “Legge Delega”), il Parlamento ha delegato al Governo l’attuazione della riforma della disciplina della crisi d’impresa e dell’insolvenza, che ha portato all’introduzione nel nostro ordinamento del “Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza” (di seguito anche solo il “CCI”).

L’azione di riforma è finalizzata ad allineare il sistema italiano di gestione della crisi d’impresa alle regole che si stanno via via affermando tra gli Stati membri dell’Unione Europea, la quale, come si vedrà nel prosieguo, è già intervenuta sul tema.

La principale esigenza alla base dell’intervento normativo è quella di modificare disposizioni nate in un contesto sociale e giuridico lontano da quello attuale: per tale ragione, ad esempio, il legislatore ha deciso di abbandonare il tradizionale termine “fallimento”, storicamente suggestivo di negatività

e screditante per la persona¹, per adottare la più tenue espressione di “liquidazione giudiziale”.

Al fine di soddisfare imprescindibili esigenze di certezza del diritto nonché semplificare e uniformare la disciplina prevista per i vari riti in materia concorsuale, il nuovo CCI è volto alla creazione di un unico modello procedimentale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore, dotato di particolare celerità².

L'unicità della procedura si basa, tra l'altro, sull'esigenza che le diverse forme di soluzione negoziale della crisi offrano analoghe opportunità al debitore di evitare aggressioni del proprio patrimonio, in grado di vanificare ogni possibilità di superamento della crisi nel periodo di tempo occorrente per mettere a punto la soluzione più adatta alle esigenze dell'impresa.

Il nuovo modello è applicabile a tutte le categorie di debitore, persona fisica o giuridica, ente collettivo, consumatore, professionista o imprenditore esercente un'attività commerciale, agricola o artigianale, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.

Tra gli obiettivi inseriti nella Legge Delega troviamo, altresì, la necessità di assicurare una maggiore specializzazione dei giudici addetti alla materia concorsuale, per garantire una migliore efficienza del sistema.

La riforma ha sicuramente modificato (con quali esiti, solo l'applicazione pratica del CCI lo rivelerà) l'assetto della materia dell'insolvenza e delle procedure concorsuali; tuttavia, la novità che meglio rappresenta il mutamento di prospettiva rispetto al passato è senza dubbio l'introduzione del-

¹ Nella Relazione Illustrativa che accompagna lo Schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell'insolvenza viene precisato che il termine “fallimento” è stato modificato per uniformarsi “ad una tendenza già manifestatasi nei principali ordinamenti europei di civil law (tra cui quelli di Francia, Germania e Spagna)” (ivi, 3).

² V. art. 2 della Legge Delega.

le procedure di allerta, che promanano dall'essenza stessa della riforma, ossia la volontà di consentire alle imprese sane, ma in difficoltà finanziaria, di ristrutturarsi in una fase precoce, per evitare l'insolvenza e proseguire la propria attività.

Salvare l'impresa in crisi, questo è lo scopo della riforma.

L'introduzione di una fase preventiva di allerta serve a scongiurare la dispersione del valore aziendale preservandolo a beneficio dei creditori, dei dipendenti, dei proprietari e dell'economia in generale³. Si tratta, in particolare, di uno strumento stragiudiziale e confidenziale di sostegno alle imprese volto a monitorare i sintomi del malessere economico e finanziario dell'impresa, ad anticipare l'emersione della crisi e a favorirne il superamento.

Ispirandosi alla logica propria del procedimento di mediazione, gli strumenti di allerta sono volti alla composizione della crisi attraverso organismi professionalmente dedicati alla ricerca di una soluzione negoziata tra gli interessi del debitore e quelli dei creditori.

La presente opera è dedicata all'analisi di tale nuovo istituto, quale emblema della *ratio* ispiratrice dell'intera riforma della materia delle procedure concorsuali; di esso verranno esaminati sia gli aspetti procedurali sia quelli sostanziali sia le possibili criticità applicative.

1.2. Il *background* della riforma

La riforma delle procedure concorsuali è stata attuata per effetto delle sollecitazioni provenienti dall'Unione Europea,

³Così come previsto dal Considerando n. 1 della Raccomandazione 2014/135/UE, del 12 marzo 2014, su un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza, *OJ L 74, 14.3.2014*, pp. 65-70, di cui si parlerà in modo più approfondito nel successivo par. 1.2.

ed in particolare della Raccomandazione n. 2014/135/UE del 12 marzo 2014 (di seguito la “Raccomandazione”) emanata dalla Commissione Europea per introdurre “*un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all’insolvenza*”⁴.

L’obiettivo perseguito dalla Raccomandazione è duplice: da un lato, garantire alle imprese sane, ma in difficoltà finanziaria, di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l’insolvenza; dall’altro, dare una seconda opportunità, e in tutta l’Unione Europea, agli imprenditori che falliscono⁵.

La volontà delle istituzioni dell’Unione Europea di intervenire con tale strumento di *soft law* nasce dalla disparità di trattamento in materia di insolvenza tra i diversi Stati membri. Le profonde diversità tra le normative nazionali, infatti,

⁴ Gli interventi dell’Unione Europea sono stati ispirati dalla *procédure d’alerte* introdotta in Francia con la legge del 1° marzo 1984, che non ha similarità con analoghi strumenti di altri paesi. In particolare, nel sistema di allerta francese il potere di iniziativa per attivare tale procedura è affidata: a) ai soci non amministratori e agli azionisti che rappresentino almeno il 5% del capitale sociale (artt. L. 221-8, L. 223-36, L. 225-232, *Code de Commerce*); b) al revisore dei conti (*commissaires aux comptes*) il quale è tenuto a riconoscere gli indizi della crisi e a informare gli amministratori e l’assemblea dei soci e, nel caso in cui le risposte dei due organi siano insufficienti a tutelare la continuità dell’esercizio aziendale, a darne comunicazione al Presidente del Tribunale (art. L. 234-1 *Code de Commerce*); c) ai rappresentanti del personale, che partecipano sia al consiglio di amministrazione che all’assemblea dei soci, i quali hanno diritto a chiedere approfondimenti in merito alla situazione economica della società (art. L. 234-1 *Code de Commerce*); d) al Presidente del Tribunale di Commercio, che ha il potere di convocare in via confidenziale l’imprenditore o gli amministratori, di assumere informazioni presso revisori, personale, enti pubblici e centrali rischi. Il medesimo ha anche il potere di promuovere d’ufficio l’apertura d’una procedura concorsuale (art. L. 611-2 *Code de Commerce*). In merito all’esempio della legislazione francese vedi A. PELLEGATTA, *Prevenzione della crisi d’impresa e procedura di allerta*, su *Judicium* (<https://www.judicium.it/wp-content/uploads/saggi/488/Alessandro%20Pellegatta.pdf>).

⁵ Così recita il Considerando n. 1 della Raccomandazione 2014/135/UE, cit.

costituiscono un disincentivo per le imprese che intendono stabilirsi in Stati membri diversi, particolarmente laddove non vengano attuati procedimenti di ristrutturazione precoce.

La Commissione Europea, già con l'adozione nel gennaio 2013 del Piano d'azione imprenditorialità 2020 (COM 2012, 795 *final*), aveva invitato gli Stati membri ad offrire servizi di sostegno alle imprese in tema di ristrutturazione precoce, di consulenza volta ad evitare i fallimenti e di sostegno alle PMI, servizi che, secondo la stessa Commissione, avrebbero prodotto necessariamente effetti positivi per il mercato.

Per tali ragioni, nella Raccomandazione sono state inserite alcune norme, in particolare nella sezione intitolata "*Quadro di ristrutturazione preventiva*", secondo cui i principi sui quali si dovrebbero basare tali nuovi istituti sono così sintetizzati: "*Il debitore dovrebbe avere accesso a un quadro che gli consenta di ristrutturare la propria impresa al fine di evitare l'insolvenza. Tale quadro dovrebbe constare dei seguenti elementi: a) il debitore dovrebbe poter procedere alla ristrutturazione in una fase precoce, non appena sia evidente che sussiste probabilità di insolvenza; b) il debitore dovrebbe mantenere il controllo della gestione corrente dell'impresa; c) il debitore dovrebbe poter chiedere la sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali; d) il piano di ristrutturazione adottato dai creditori che rappresentano la maggioranza prescritta dal diritto nazionale dovrebbe essere vincolante per tutti i creditori, a condizione che sia stato omologato dal giudice; e) i nuovi finanziamenti necessari per attuare il piano di ristrutturazione non dovrebbero essere dichiarati nulli, annullabili o inopponibili in quanto atti pregiudizievole per la massa dei creditori*" (parte III, A, par. 6).

Si precisa poi che "*La procedura di ristrutturazione non dovrebbe essere lunga né costosa e dovrebbe essere flessibile in modo che se ne possano eseguire più fasi senza l'intervento del giudice. Il ricorso al giudice dovrebbe limitarsi ai casi in cui esso è necessario e proporzionato per tutelare i*

diritti dei creditori e terzi eventuali” (parte III, A, par. 7).

La residualità dell'intervento del giudice è confermata anche nel Considerando n. 17 della Raccomandazione che, nella stessa ottica, promuove l'efficienza e la riduzione di ritardi e costi di intervento.

In tale ottica, al debitore dovrebbe essere lasciato il controllo delle sue attività e, pertanto, il giudice non dovrebbe nominare obbligatoriamente un mediatore (il cui ruolo è quello di assistere il debitore nella conduzione dei negoziati sul piano di ristrutturazione) o un supervisore (il cui compito è quello di sorvegliare l'attività del debitore e dei creditori) ma dovrebbe decidere caso per caso se tale nomina risulti necessaria.

Altro aspetto decisivo in relazione ai procedimenti di ristrutturazione preventiva è la sospensione delle azioni esecutive individuali in capo al debitore che accede a tali procedure.

Sul punto, il Considerando n. 18 della Raccomandazione precisa che, al fine di non ostacolare il piano di ristrutturazione, il debitore dovrebbe poter chiedere al giudice di disporre la sospensione temporanea delle azioni esecutive individuali proposte dai creditori (anche titolari di cause di privilegio o strumenti di garanzia).

Tuttavia, per bilanciare gli interessi del debitore e dei creditori, la durata della sospensione non dovrebbe essere superiore a quattro mesi, periodo di tempo ritenuto congruo in base alle esperienze maturate in altri Stati membri.

Tale disposizione appare coerente al nuovo approccio all'insolvenza delle imprese introdotto dalla Raccomandazione, nella quale, in più punti, viene rimarcata la necessità che la ristrutturazione, per essere efficace, deve realizzarsi in breve tempo.

Sulla base di tali principi il Parlamento Europeo e il Consiglio hanno redatto una proposta di direttiva (pubblicata il 22 novembre 2016 dalla Commissione Europea, 2016/0359 COD, di seguito la “Proposta di Direttiva”) “*riguardante i*

quadri di ristrutturazione preventiva, la seconda opportunità nonché le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti, e che modifica la direttiva 2012/30/UE".

Obiettivo principale della Proposta di Direttiva è quello di introdurre negli Stati membri regole comuni in materia d'insolvenza e di adozione di misure tempestive per la ristrutturazione delle imprese in crisi. La Proposta di Direttiva, inoltre, intende diffondere su tutto il territorio dell'Unione Europea la cultura ed il concetto della prevenzione nell'ambito del recupero delle imprese in crisi, in modo da accrescere il valore dell'impresa, rafforzando la possibilità di una seconda opportunità per l'imprenditore.

La Proposta di Direttiva mira ad assicurare un maggior grado di certezza giuridica in tutta l'Unione Europea, così da ridurre il fenomeno, sempre più diffuso, del *forum shopping*⁶. È appena il caso di evidenziare che tali obiettivi sarebbero stati più efficacemente perseguiti attraverso l'adozione di un Regolamento, il quale garantisce un maggior grado di armonizzazione tra le legislazioni degli Stati membri poiché, essendo direttamente applicabile, non lascia margini di manovra ai legislatori nazionali quanto ai mezzi attraverso i quali raggiungere gli scopi prefissati a livello europeo.

Ad ogni buon conto, nei Considerando della Proposta di Direttiva, in cui sono contenuti i principi su sui si fonda il nuovo approccio all'insolvenza, si legge che in molti Stati membri l'imprenditore onesto che fallisce deve aspettare più di tre anni per liberarsi dai debiti e riavviare la propria attivi-

⁶ Il fenomeno del *forum shopping* si verifica, nel contesto normativo in esame, quando imprenditori in crisi decidono volontariamente di spostare la sede della propria attività in un altro Stato membro per beneficiare di un regime giuridico più favorevole, come nel caso di procedure d'insolvenza meno rigide, oppure per beneficiare di conseguenze civili o penali meno punitive.

tà, a causa dell'inefficacia (o dell'inesistenza) dei sistemi volti alla concessione di una seconda opportunità per gli imprenditori, che induce quest'ultimi a trasferirsi in altre giurisdizioni, con considerevoli costi aggiuntivi sia per i creditori sia per gli stessi debitori.

La durata eccessiva delle procedure di ristrutturazione, insolvenza e liberazione dai debiti in vari Stati membri è un fattore determinante dei bassi tassi di recupero e dissuade gli investitori dall'operare nelle giurisdizioni in cui le procedure rischiano di durare troppo a lungo.

Molti investitori menzionano l'incertezza delle normative in vigore in altri Stati membri, o il rischio di incorrere in lunghe e complesse procedure di insolvenza, quale motivo principale per non investire o non avviare rapporti d'affari con una controparte estera.

Il Considerando n. 16 della Proposta di Direttiva, che sta per diventare definitivamente Direttiva, prevede espressamente che *“quanto prima il debitore è in grado di individuare le proprie difficoltà finanziarie e prendere le misure opportune, tanto maggiore è la probabilità che eviti 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”*.

Dal tenore di tale disposizione si evince l'importanza del ruolo affidato al debitore, il quale deve essere *“in grado”* di individuare le proprie difficoltà finanziarie e *“prendere le misure opportune”*: si assiste quindi ad una responsabilizzazione del debitore, principio rinvenibile anche nelle norme del CCI.

Sul punto, sempre nella Proposta di Direttiva, viene evidenziato che tra i possibili meccanismi di allerta introdotti dagli Stati membri dovrebbero figurare obblighi di contabilità e monitoraggio in capo al debitore o ai dirigenti del debitore e obblighi di segnalazione nell'ambito dei contratti di prestito, sottolineando che i terzi in possesso di informazioni ri-

levanti, come i contabili e le autorità fiscali e di sicurezza sociale, dovrebbero essere incoraggiati, od obbligati, a norma del diritto nazionale, a segnalare gli andamenti negativi delle imprese.

In base alla Proposta di Direttiva il debitore dovrebbe poter disporre di un quadro di procedure di ristrutturazione che gli consenta di far fronte alle difficoltà finanziarie in una fase precoce, quando è probabile che l'insolvenza possa essere evitata e la continuazione dell'attività assicurata. Il quadro di ristrutturazione dovrebbe essere disponibile prima che il debitore sia insolvente ai sensi del diritto nazionale, ossia prima che ricorrano le condizioni per avviare una procedura concorsuale per insolvenza, che di norma comporta lo spopolamento dei beni del debitore e la nomina di un curatore. La prova della sostenibilità economica non dovrebbe quindi costituire un prerequisito per l'avvio delle trattative e la concessione della sospensione delle azioni di esecuzione. Al contrario, nella maggior parte dei casi la sostenibilità economica dell'impresa dovrebbe essere valutata dai creditori interessati, che a maggioranza accettano un certo adeguamento dei crediti.

Tuttavia, onde evitare abusi della procedura, è opportuno che le difficoltà finanziarie del debitore riflettano una probabilità di insolvenza e che il piano di ristrutturazione sia tale da impedire l'insolvenza e garantire la sostenibilità economica dell'impresa.

Il legislatore europeo stabilisce, pertanto, che la sostenibilità economica dell'impresa, che versa in una situazione di probabile insolvenza, non deve essere valutata a priori come requisito per accedere al sistema di ristrutturazione preventiva, ma solo in seguito, quando le trattative con i creditori sono iniziate e quest'ultimi decidono se accettare o meno il piano di ristrutturazione, che necessariamente comporterà una diminuzione dei crediti vantati.

Per garantire che i quadri di ristrutturazione preventiva

siano efficienti, i legislatori nazionali dovrebbero contemplare procedure flessibili che limitino l'intervento delle autorità giudiziarie o amministrative ai casi in cui ciò risulti necessario e proporzionato per tutelare gli interessi dei creditori e di altri soggetti terzi.

Al fine di evitare costi inutili e rispecchiare l'intervento precoce della procedura, il debitore dovrebbe, in linea di principio, mantenere il controllo dei suoi attivi e della gestione corrente dell'impresa. Come già evidenziato dalla Raccomandazione, la nomina di un professionista, mediatore o amministratore (sorvegliante), non dovrebbe essere sempre obbligatoria, bensì decisa caso per caso in funzione delle circostanze o delle esigenze specifiche del debitore.

Tutti questi principi sono cristallizzati nell'art. 3 della Proposta di Direttiva, rubricato "Allerta" e, nel testo in lingua inglese, "*early warning*".

L'art. 3, infatti, prevede espressamente che gli Stati membri debbano provvedere affinché i debitori e gli imprenditori abbiano accesso a strumenti di allerta in grado di individuare un andamento degenerativo dell'impresa e segnalare al debitore o all'imprenditore la necessità di agire con urgenza. A questi ultimi, inoltre, deve essere riconosciuta la possibilità di accedere a informazioni pertinenti, aggiornate, chiare, concise e di facile consultazione sulla disponibilità di strumenti di allerta, qualora sussista una probabilità di insolvenza.

Particolarmente interessante appare la disposizione contenuta nell'art. 4, par. 4 della Proposta di Direttiva, la quale prevede che "*il quadro di ristrutturazione preventiva è disponibile su richiesta del debitore o dei creditori con l'accordo del debitore*".

Tale principio risulta in contrasto con quanto previsto dalla Legge Delega, in base alla quale, come sarà meglio illustrato nel prosieguo, si può accedere agli strumenti di allerta attraverso l'esercizio degli obblighi di segnalazione posti a