

Giuseppe Fauceglio

Il nuovo diritto della crisi e dell'insolvenza

Aggiornato al d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83

TERZA EDIZIONE



Giappichelli

PRESENTAZIONE ALLA TERZA EDIZIONE

In appena quattro anni questa è la terza edizione de “*Il nuovo diritto della crisi e dell’insolvenza*”, sì che l’attributo “nuovo” finisce per perdere ogni connotazione temporale: ciò che l’altro ieri appariva tale, oggi ha già il sapore del “vecchio”, in attesa della nomina di nuove commissioni e nuovissime riforme. In questa realtà distopica, che ricorda quella di “*Blade Runner*” diretto da Ridley Scott, in soli quattro anni sono state stampate decine di migliaia di pagine (monografie, saggi, note a sentenze) e altrettante pubblicate nelle riviste *on-line*, nello stupore meravigliato ed interessato degli editori e degli organizzatori di convegni e seminari. Una buona parte ha riguardato norme che hanno conosciuto una breve stagione, basti pensare agli istituti di allerta e alla composizione assistita della crisi, e chi ne ha meravigliato l’importanza, con lo stesso immutato entusiasmo, ne ha salutato la scomparsa.

Un periodo di crisi, come quello che stiamo vivendo, stretto tra gli effetti di una pandemia devastante quanto inaspettata e l’esplosione di una guerra nel cuore dell’Europa che ha riportato indietro l’orologio della Storia, richiederebbe una maggiore e più stabile consapevolezza del legislatore. Vi è che la crisi globale dei mercati non speculativi (sul fiorire di quelli finanziari andrebbe svolta, invece, una più approfondita disamina) e dei sistemi produttivi ha significativamente determinato il tramonto di una concezione atomistica della crisi dell’impresa, senza che a questo seguisse una netta indicazione di nuovi punti cardinali. L’impianto della disciplina della crisi e dell’insolvenza, storicamente sviluppatosi nella fenomenologia delle esecuzioni collettive di tipo disgregativo, non ha ancora trovato una propria vera alternativa, se si esclude la progressiva consapevolezza, a partire dai primi anni duemila, della necessità di salvaguardare il valore residuale e, a volte, solo potenziale dell’impresa. Il rapporto tra l’accanimento terapeutico e l’esigenza di mettere in salvo il “valore” rinveniente nell’esercizio dell’attività, ha di fatto comportato la moltiplicazione degli strumenti, in una dimensione che ricorda il furore classificatorio degli entomologi. Gli strumenti di risoluzione della crisi finiscono, però, per sovrapporsi nello svilupparsi di un medesimo presupposto concettuale, in un universo indistinto in cui pre-crisi, crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, insolvenza irrimediabile finiscono per scolorirne i presupposti dell’accesso, lasciando agli attori il proscenio di una scelta tra le tante possibili.

Il succedersi di norme, in un brevissimo arco temporale, a volte tra loro elidenti e contrastanti gli stessi principi ispiratori, ora orientate alla tutela del valore residuo dell'impresa e del patrimonio del debitore, ora alla salvaguardia degli interessi dei creditori (il tutto condito da un pizzico di tutela ambientale, il che non fa male soprattutto nella prospettiva dei concorsi universitari *à la page*) resta il grandioso affresco del naufragio di ogni forma di sistemazione o di relazione tra le "parti" dell'ordinamento, che ha finito per non appoggiarsi sulla cura estrema del "particolare" o sulle distinzioni, pervenendo a delineare soltanto l'immagine del possibile. Non appare, così, più praticabile la strada, sempre difficile e tortuosa, della ricerca del "sistema" o sul "sistema", ciò comportando – per dirla con Novalis – un'anarchia in cui la stessa assenza di "sistema" va, forse, ricondotta "a sistema". Vi è, allora, che proprio il frammento e la scheggia, offerti dalle singole disposizioni o dal singolo istituto, rappresentano quel particolare che va indagato con sguardo il più possibile acuto, senza che ciò comporti "un filosofeggiare al minuto" (*in Kurzen Stücken*) che sembra dominare in un periodo di crisi, in cui, pericolosamente, difetta il *Gestalt*, quale impetuoso slancio dell'anima del ricercatore in una direzione nuova. Probabilmente, e ciò emerge in embrione nelle pagine di questo manuale privo di ogni pretesa, il dato rilevante può risiedere nell'attrazione di buona parte delle norme del Codice nel contesto della disciplina dell'impresa, nelle sue articolazioni organizzative oltre che, ovviamente, nella sua dinamica attività sul mercato, abbandonando le trame della tramontata iscrizione dei fenomeni solo nel contesto della c.d. esecuzione concorsuale (limitata, nel suo rigore, alla disciplina della liquidazione giudiziale o della liquidazione coatta amministrativa). È solo l'apparire di una traccia, che potrà nel futuro essere sviluppata con coraggio e prudenza.

Un ringraziamento, infine, voglio riservare, per l'opera di correzione delle bozze – a volte più faticosa dello scrivere – alla dott.ssa Emiliana Cikatelli e al dott. Andrea Tanga.

GIUSEPPE FAUCEGLIA

PRESENTAZIONE ALLA SECONDA EDIZIONE

La prima edizione di questo Manuale si sviluppava nel segno della speranza, che trovava forza in una legislazione che, sia pure con evidenti limiti, pareva concludere un lungo e pericoloso percorso, che, muovendo da significative modifiche dell'originario impianto della legge fallimentare, era finalmente approdato ad una disciplina "organica", tanto che lo stesso legislatore aveva fatto ricorso alla definizione, un tanto enfatica, di "Codice".

Questa seconda edizione è, invece, il frutto della incertezza e dell'effimero normativo. Invero, l'art. 5 d.l. n. 23/2020, convertito in legge n. 40/2020, nel quadro della legislazione emergenziale dovuta alla pandemia, modificando l'art. 389 comma 1° d.lgs. n. 14/2019 – il quale aveva previsto in diciotto mesi dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale la completa entrata in vigore del Codice della Crisi e dell'Insolvenza – ha indicato la nuova data del 1° settembre 2021. Ancora dopo, l'art. 1 del recente d.l. n. 118/2021 (convertito con modificazioni nella legge n. 141/2021), ha individuato, sempre per l'entrata in vigore del Codice, la nuova ed ulteriore data del 16 maggio 2022. All'orizzonte si intravede, poi, un nuovo riordino della intera disciplina, posto che è stato assegnato ad una commissione ministeriale l'incarico di "rivedere" il complesso normativo del Codice, alla luce del recepimento della Direttiva UE 2019/1023 del Parlamento Europeo e del Consiglio, riguardante i quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni e le misure volte ad aumentare l'efficacia di queste misure. Non solo, ma proprio uno degli istituti, ritenuti dalla maggioranza degli interpreti come tra i più significativi della riforma introdotta dal Codice, ovvero la procedura di allerta (in particolare di quella c.d. esterna) e di composizione assistita della crisi innanzi all'OCRI (che aveva già conosciuto un rinvio nella legislazione emergenziale), risulta ora differito al 31 dicembre 2023, senza escludere, finanche la sua entrata in vigore, posto che la stessa Relazione illustrativa riconosce questa eventualità in ragione dell'esito "della sperimentazione dell'efficienza e dell'efficacia della composizione negoziata" istituita dal medesimo decreto (in realtà, una specie di progressivo esperimento eugentico su una materia che, come si evince dalla stessa esperienza storica, meriterebbe maggiore stabilità).

Il quadro normativo risulta, così, talmente confuso e disarticolato che ogni possibile esposizione della materia può correre il rischio della provvisorietà. In-

vero, il quadro attuale di riferimento è costituito da un intreccio di discipline, a volte tra loro incompatibili: (a) la legge fallimentare ancora in vigore; le innovazioni che alla stessa sono state apportate nel contesto della legislazione pandemica (un vero e proprio “diritto concorsuale sanitario”); (b) alcune disposizioni del Codice della Crisi e dell’Insolvenza che sono già entrate in vigore (v. art. 389 CCII), e delle quali può misurarsi una certa incompletezza, in assenza del contesto normativo in cui le stesse erano state previste, per altro alcune di queste risultano accompagnate da interpretazioni di singolare anticipazione “*di tendenza*” da parte della giurisprudenza; (c) il Codice della Crisi, con le integrazioni e le modificazioni di cui al d.lgs. n. 147/2020; (d) le nuove norme sulla composizione negoziata della crisi (d.l. n. 118/2021, convertito con modificazioni nella legge n. 141/2021). Solo l’ottimismo della volontà giustifica il tentativo di delineare una visione di insieme, che si presenti utile per il lettore. Tutto ciò, tenendo conto delle repentine variazioni delle impostazioni di fondo, che oggi attingono la stessa nozione di insolvenza, in una prospettiva di qualificazione completamente estranea alla consolidata tradizione del diritto concorsuale (si parla, sempre più, ed imprudentemente, di “insolvenza incolpevole”). Si è passati, in poco tempo, dalle riforme del 2005-2007 ritenute orientate alla tutela del debitore e della salvaguardia del valore aziendale (progressivamente abrase dalla giurisprudenza), al Codice della Crisi e dell’Insolvenza, considerato orientato alla tutela dei creditori con la previsione di un intervento significativo dell’autorità giudiziaria e un ruolo sempre più accentuato del pubblico ministero, sino a pervenire alla più recente prospettiva di (nuova) tutela del debitore, alla luce di una predicata prevalenza degli interessi (ritenuti “generali” e finanche “solidaristici”) per la “ristrutturazione” dell’impresa in crisi (già manifestata o prospettica). Un contesto così contraddittorio e disomogeneo, che rende arduo ogni tentativo di “sistemazione” della materia, sempre più affidata alle interpretazioni “del momento”, nell’ossequio intellettuale dei “cantori” delle “umani sorti e progressive” (insomma, il leopordiano invadente “nulla” della modernità).

GIUSEPPE FAUCEGLIA

PRESENTAZIONE

Il d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14, in attuazione della legge-delega 19 ottobre 2017, n. 155, ha significativamente innovato la disciplina della crisi e dell'insolvenza, realizzando un complesso disegno riformatore, atteso da decenni, teso a concretizzare, si spera in modo definitivo, la tendenza che considera le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori o sanzionatori, ma piuttosto indirizzate alla conservazione del valore dell'impresa. Sulla scorta di esperienze normative anche recenti, la materia risulta ora regolata da un "Codice", dedicato alla materia della crisi e dell'insolvenza con riferimento a tutte le categorie di debitori, nella prospettiva della c.d. "concorsualità differenziata", ed arricchito da un significativo coordinamento con altre disposizioni rinvenienti, ad esempio, nel codice civile (in materia societaria o in materia di diritto del lavoro), nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nel codice penale e di procedura penale, nelle disposizioni in favore degli acquirenti degli immobili da costruire (d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122). Non si tratta, pertanto, soltanto di una mera rivisitazione della legge fallimentare, come risultante dai processi di riforma che sin dal 2005 hanno interessato la disciplina in oggetto, essendo evidente che il legislatore ha inteso perseguire il disegno più ambizioso di allinearsi alla legislazione dell'Unione Europea e a quei modelli normativi più efficienti, già adottati in altri Paesi a c.d. capitalismo avanzato.

Il presente volume non tratterà l'intera materia del Codice, in particolare ne resterà estranea la disciplina penalistica dei cc.dd. reati concorsuali, anche questa significativamente innovata, quella processual penalistica e le interferenze tra quest'ultima e la disciplina del concorso. Verrà, invece, sviluppato l'esame delle differenti forme di "concorsualità" disciplinate dal Codice, con riferimento anche ai modelli processuali, nonché delle innovazioni rilevanti in tema di allerta e di composizione assistita della crisi, senza con questo trascurare le importanti modifiche introdotte nel diritto dell'impresa.

Occorre avvertire il lettore, che le norme del Codice sono indicate nel testo, per evitare inutili ripetizioni, solo con riferimento al numero dell'articolo, e solo in alcuni casi all'articolo è seguita l'espressione "del Codice", ciò al fine evitare fraintendimenti nel raffronto con altre disposizioni di legge.

Mi corre l'obbligo di ringraziare il prof. Filippo Murino e la dott. ssa Emiliana Cicatelli, che hanno contribuito, con i loro suggerimenti e con la revisione delle bozze, a rendere più agevole il faticoso compito che, in brevissimo tempo, mi sono assegnato.

GIUSEPPE FAUCEGLIA

Capitolo Primo

AMBITO DI APPLICAZIONE DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA. DEFINIZIONI DI CRISI, INSOLVENZA E SOVRAINDEBITAMENTO

Sommario: 1. L'ambito soggettivo delle procedure nella crisi e nell'insolvenza. – 2. La crisi, l'insolvenza e il sovraindebitamento: i presupposti oggettivi per l'accesso alle procedure.

1. L'ambito soggettivo delle procedure nella crisi e nell'insolvenza

L'art. 1, comma 1, precisa che il Codice della crisi e dell'insolvenza **disciplina le situazioni di crisi e di insolvenza del debitore, sia esso consumatore o professionista ovvero imprenditore che eserciti, anche non a fini di lucro, un'attività commerciale, artigiana o agricola, operando quale persona fisica, persona giuridica o altro ente collettivo, gruppo di imprese o società pubblica, con esclusione dello Stato e degli enti pubblici.**

Si riafferma l'esonero dalla disciplina **dello Stato e degli enti pubblici**, con ciò ripetendo quanto già disposto dal comma 1 dell'art. 1 legge fall., con la sola ulteriore indicazione dello "Stato": *l'esonero degli enti pubblici è legato non solo alla loro "natura" e alle loro finalità pubblicistiche, ma dipende dall'esistenza di normative speciali, le quali escludono che il fenomeno liquidatorio di diritto comune possa ritenersi compatibile con la tutela di interessi diffusi o socialmente rilevanti.* Naturalmente, il comma 3 dell'art. 1 precisa che *"sono fatte salve le disposizioni delle leggi speciali in materia di crisi di impresa delle società pubbliche"*; si ribadisce, in tal modo, un principio già rinveniente in altre disposizioni di legge, in ordine alla assoggettabilità delle società pubbliche (sia quelle *in house providing* sia quelle partecipate da enti pubblici) alle procedure concorsuali; e si rinvia al disposto dell'art. 14, comma 1, "Testo Unico in materia di società a partecipazione pubblica" (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175), a mente del quale *"le società a partecipazione pubblica sono soggette alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo, nonché, ove ne ricorrano i presupposti, a quelle in materia*

di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi". Ciò viene ribadito nell'art. 2, comma 1, lett. f) che definisce le "società pubbliche" come "le società a controllo pubblico, le società a partecipazione pubblica e le società in house di cui all'art. 2, lettere m), n), o) del decreto legislativo 19 agosto 2016, n. 175". In questa prospettiva, la norma consolida l'orientamento già affermatosi nella giurisprudenza di legittimità, secondo il quale tutte le società commerciali a totale o parziale partecipazione pubblica, a prescindere dalla composizione del loro capitale sociale o dalle attività esercitate in concreto o dalle forme di controllo alle quali risultano sottoposte, restano assoggettate al fallimento (ora liquidazione giudiziale). Sul tema, però, è necessario precisare che mentre l'art. 14 del predetto decreto legislativo consente l'applicazione a queste società della disciplina della liquidazione giudiziale, molto più articolato si presenta il rinvio integrale alla normativa in tema di concordato preventivo. Per quanto la problematica possa essere solo enunciata, resta evidente che l'applicazione delle norme previste, per esempio, in tema di proposte concorrenti di concordato potrebbe risultare incompatibile con riferimento a società *in house* affidatarie di un pubblico servizio essenziale che sono state destinatarie, proprio per tale ragione, dell'affidamento diretto in forza della disciplina rinveniente nel Codice degli appalti (d.lgs. n. 50/2016). Nella medesima prospettiva, un problema di potenziale conflitto tra norme potrebbe rinvenirsi nella stessa ipotesi di liquidazione giudiziale, laddove lo spossamento del debitore e la cessazione dell'attività di impresa potrebbero pregiudicare l'esecuzione continuativa e regolare del servizio pubblico essenziale, con grave pregiudizio delle comunità e finanche determinare gravi pericoli per la sicurezza pubblica. A tal fine, per superare, in parte, queste evidenti criticità, la Suprema Corte di cassazione, già da qualche anno, ha ipotizzato il ricorso all'esercizio provvisorio dell'impresa, ritenendo che nel valutare il presupposto del "danno grave" dovrà tenersi in debito conto non solo l'interesse dei creditori, ma pure la prevalenza di quello delle comunità interessate al regolare svolgimento dei servizi essenziali.

La norma, pur evocando profili soggettivi, riferendosi ora al "debitore" ora all'"imprenditore" (in sostanza, però, dal punto di vista terminologico, il Codice opta per la nozione soggettiva di "debitore"), **valorizza**, in termini di discontinuità rispetto alla previgente disciplina, **il fenomeno dell'impresa**, non solo offrendo una regolamentazione specifica per una particolare fase del "ciclo" (quella della crisi o dell'insolvenza), ma richiamando nel contesto definitorio proprio l'"**attività**", quale elemento che caratterizza la fattispecie impresa, sia in termini di effettività del suo svolgimento che di concreta imputabilità dei risultati. La norma in commento sottopone alle procedure previste dal Codice tutte **le imprese che esercitano la loro attività anche senza fini di lucro**, in tal modo confermando l'indirizzo già consolidato in giurisprudenza con riguardo *agli enti assistenziali o benefici o agli enti ecclesiastici, qualora l'esercizio della loro attività resti caratterizzato dal c.d. "criterio economico" ovvero dal tendenziale risultato della copertura delle perdite con l'utilizzo dei ricavi conseguiti*. Particolare rilevanza assume l'innovativa

inclusione tra i “soggetti” anche del “**gruppo di imprese**”, fenomeno che impone alcune riflessioni non solo in punto di imputabilità dell'attività svolta, ma anche rispetto alla regolazione della crisi e dell'insolvenza, alla stregua delle modalità che saranno di seguito tracciate. Nell'art. 2, comma 1°, lett. h), con finalità meramente esplicative, il “gruppo di imprese” viene definito come *“l'insieme delle società, delle imprese e degli enti, esclusi lo Stato e gli enti territoriali, che, ai sensi degli art. 2497 e 2545-septies del codice civile, esercitano o sono sottoposte alla direzione o coordinamento di una società, di un ente o di una persona fisica. A tal fine si presume, salvo prova contraria, che l'attività di direzione e coordinamento delle società del gruppo sia esercitata dalla società o ente tenuto al consolidamento dei loro bilanci oppure dalla società o ente che le controlla, direttamente o indirettamente, anche nei casi di controllo congiunto”* (la norma, innovata dall'art. 1 d.lgs. n. 147/2020 ha il pregio di una migliore sinteticità espositiva).

La previsione, nonostante il tentativo di dar luogo ad una disciplina unitaria per tutte le imprese della crisi e dell'insolvenza, fa salve: **(a) le disposizioni in tema di amministrazione straordinaria**, con la sola precisazione che, laddove detti fenomeni non siano disciplinati in via esclusiva nel compendio normativo di riferimento (es. d.lgs. 8 luglio 1999, n. 220; legge 18 febbraio 2004, n. 39), continueranno ad applicarsi anche le norme del codice della crisi e dell'insolvenza (in funzione integrativa della disciplina speciale); **(b) le liquidazioni coatte amministrative disciplinate in leggi speciali** (ad esempio, quelle previste nel Testo Unico Bancario, nel Testo Unico della Finanza e nel Codice delle Assicurazioni), in cui il fenomeno risulta conformato dalle particolari esigenze che caratterizzano l'esercizio dell'attività dell'impresa e dal significativo potere di intervento riconosciuto alle Autorità amministrative indipendenti di settore.

Resta evidente il disegno unitario perseguito dal legislatore che è quello di includere nella disciplina della crisi e dell'insolvenza tutti i “soggetti” che, pur nella eterogeneità delle caratteristiche operative, realizzano un'attività di impresa o siano comunque “debitori” (consumatori e professionisti).

Le distinzioni “soggettive” emergono, comunque, nel contesto delle singole procedure di crisi e di insolvenza: la liquidazione giudiziale; gli strumenti di regolazione della crisi; la procedura di sovraindebitamento.

Ad esempio, l'art. 121 **esclude dalla liquidazione giudiziale gli imprenditori commerciali “minori”**, ovvero quelli che dimostrino il possesso congiunto dei requisiti di cui all'art. 2, comma 1, lett. d) e che siano in stato di insolvenza. *La norma innanzi richiamata si pone in linea di sostanziale continuità con l'art. 1, comma 2, l. fall.*, che ha escluso dalla disciplina del fallimento gli imprenditori c.c.dd. “sotto soglia” (fattispecie che aveva sostituito nelle riforme del 2006 e del 2007, quella di “piccolo imprenditore”, delineata sulla scorta del solo art. 2083 c.c.), ed aveva esonerato dalla disciplina quegli imprenditori (individuali e collettivi) che dimostrassero il possesso congiunto dei seguenti requisiti: **i)** non aver avuto nei tre esercizi antecedenti alla data del deposito dell'istanza di apertura

della liquidazione giudiziale o dall'inizio dell'attività, se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila; **ii**) non aver realizzato, in qualunque modo risultasse, nei tre esercizi antecedenti alla data di deposito dell'istanza di apertura della liquidazione giudiziale o dall'inizio delle attività, se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila; **iii**) non avere un ammontare di debiti, anche non scaduti, non superiore ad euro cinquecentomila. Questa opzione si presenta coerente con uno dei principi ispiratori del processo riformatore che ha interessato la disciplina concorsuale negli anni 2006 e il 2007, ovvero quello di *restringere l'ambito dei soggetti assoggettabili alla liquidazione giudiziale, nonché di circoscrivere il numero di quelle procedure inutili per infruttuosità*, laddove l'esiguo patrimonio attivo sarebbe rimasto assorbito interamente dai costi della procedura in assenza di qualsiasi vantaggio per i creditori ed ancora per la scarsa rilevanza che avrebbe potuto avere l'insolvenza di imprenditori sostanzialmente "marginali" sul mercato di riferimento.

Nella stessa logica si spiega l'**esonero dalla disciplina della liquidazione giudiziale per l'imprenditore agricolo** (il riferimento letterale dell'art. 121 resta "*gli imprenditori commerciali*"), così riproponendo almeno per tale procedura la *ratio di esenzione che ha caratterizzato l'art. 1 legge fallimentare*, giustificata dal forte legame con il fattore produttivo della terra, per cui il titolare dell'impresa agricola si presenterebbe, in quanto tale, esposto alle mutevoli condizioni climatiche e ai fattori naturali incidenti significativamente sul rischio connesso all'attività produttiva. Il profilo dello stretto legame tra il "fondo" e l'esercizio dell'attività di impresa era stato, però, inciso dal d.lgs. 18 maggio 2001, n. 228, che aveva *ridisegnato i confini dell'impresa agricola*, novellando l'art. 2135 c.c., facendo così ritenere che la stessa produzione agraria non poteva più considerarsi esclusivamente fondata sullo svolgimento di un ciclo biologico naturale sviluppato sul "fondo" (considerato l'elemento essenziale dell'azienda agricola). In questo nuovo contesto normativo, la dottrina aveva ritenuto ingiustificata l'esenzione dal fallimento dell'imprenditore agricolo (qualunque fosse la "dimensione" dell'impresa), e tanto anche in ragione dell'ampliamento della gamma delle attività connesse a quella "agricola principale", ontologicamente qualificabili come "commerciali". Il Codice della crisi, pur escludendo l'imprenditore agricolo dalla procedura di liquidazione giudiziale, **annovera lo stesso tra i possibili destinatari della disciplina della procedura di composizione negoziata della crisi in uno all'accesso ad altri strumenti, come l'accordo di ristrutturazione dei debiti** (art. 12 ss.). In merito deve evidenziarsi, in una prospettiva più generale, che l'art. 2, lett. m *bis*, precisa che per "**Strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza**" si intendono: "le misure, gli accordi e le procedure volti al risanamento dell'impresa attraverso la modifica della composizione, dello stato o della struttura delle sue attività e passività o del capitale, oppure volti alla liquidazione del patrimonio, o delle attività che, a richiesta del debitore, possono essere preceduti dalla composizione negoziata della crisi"; in ragione degli obblighi organizzativi previsti per tutti gli im-

prenditori, come *“finalizzati alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione”* (anche nella prospettiva assegnata dal novellato art. 2086 c.c.). Il riferimento esplicito all'“imprenditore” o al “debitore” consente di richiamare dette procedure non solo per l'imprenditore agricolo *ma pure per l'“impresa minore”*; tanto che l'art. 37 del Codice, nel dettare disposizioni in ordine all'iniziativa per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, fa riferimento al solo ricorso presentato dal “debitore” (senza alcuna altra specificazione). *In sostanza, i soggetti esonerati dalla liquidazione giudiziale potranno pur sempre ricorrere agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza, in tal modo superando quella simmetria che poteva rinvenirsi nell'art. 1, comma 1, l. fall., a mente del quale i soggetti sottoponibili al fallimento coincidevano con quelli che avrebbero potuto far ricorso al concordato preventivo, quale principale istituto idoneo a regolare la crisi in una composizione negoziale.*

Sempre nell'ottica di delineare l'ambito di applicazione del Codice, in relazione agli strumenti di regolazione della crisi, va precisato, per tutti gli imprenditori (finanche di quelli che possono accedere all'amministrazione straordinaria o alla liquidazione coatta amministrativa ordinaria): **a)** che l'art. 56 contempla la facoltà per ogni imprenditore (senza distinzione qualitativa o quantitativa) in stato di crisi o di insolvenza di predisporre un piano rivolto ai creditori, che appaia idoneo a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione economico finanziaria; **b)** che l'art. 57 prevede la possibilità di accedere alla procedura di ristrutturazione dei debiti per l'imprenditore anche non commerciale (in ciò confermando il precedente dettato normativo che già consentiva all'imprenditore agricolo di usufruire della procedura di cui all'art. 182 *bis* legge fall.), escludendo da tale strumento solo l'“impresa minore”; **c)** che l'art. 62 prevede la possibilità di accedere alla convenzione di moratoria tra un imprenditore, anche non commerciale, e i suoi creditori, diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi e avente ad oggetto pattuizioni sulla scadenza dei crediti o rinunzia agli atti e alle azioni esecutive e conservative, estendendo – questa volta – lo strumento, in assenza di specificazioni, anche all'impresa minore; **d)** che l'art. 74 prevede la possibilità per l'imprenditore minore, per l'imprenditore agricolo, per le *start-up* innovative e per ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale (escluso il consumatore) di accedere alla procedura di concordato minore, quando questo strumento si riveli idoneo alla prosecuzione dell'attività imprenditoriale o professionale; **e)** che l'art. 65, comma 1, prevede la possibilità per i soggetti indicati dall'art. 2, comma 1, lett. c) di ricorrere, alternativamente, o alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore o alla procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato (che altro non è se non una particolare modalità della liquidazione giudiziale c.d. controllata).

Nella prospettiva dell'ambito di applicazione del Codice, va segnalato **l'accesso alla procedura di sovraindebitamento, riservata a regolare lo stato di crisi**

o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle *start-up* innovative (d.l. n. 221/2012, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 271), e di ogni altro debitore non assoggettabile alla liquidazione giudiziale o alla liquidazione coatta amministrativa o ad altre procedure liquidatorie previste dal codice civile o da leggi speciali per il caso di crisi o insolvenza. Sul tema, una notazione merita l'inclusione delle *start-up*, in ragione della circostanza che questa tipologia di impresa è fisiologicamente esposta alla "crisi", sicché la sua inclusione tra i soggetti legittimati ad accedere alla procedura di sovraindebitamento risponde all'obiettivo di incentivare operatori innovativi a concretizzare la loro "idea di *business*" e soprattutto a prendere atto di un suo eventuale insuccesso, senza però incorrere nella liquidazione giudiziale (che, come avremo modo di verificare, ha sostituito nel *nomen* il fallimento). Nella sostanza, la norma ripropone, con una più chiara delimitazione della cerchia dei soggetti che possono ricorrere alla procedura, la lettera dell'art. 6, comma 1, legge 27 gennaio 2012, n. 3 ("Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi di sovraindebitamento"), ciò con riguardo alla stessa fattispecie di "**consumatore**", *che l'art. 2, comma 1, lett. e), del Codice individua nella persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale e professionale eventualmente svolta, anche se socia di una delle società di persone per debiti estranei a quelli sociali* (allineandosi, in tal modo, all'indirizzo prevalente della giurisprudenza di merito che ha ritenuto estensibile ai soci di società di persone la facoltà di ricorrere alla procedura di sovraindebitamento).

Un ulteriore rilievo si impone per il **professionista intellettuale**, incluso tra i soggetti per i quali trova applicazione il Codice, ma tradizionalmente esonerato dalla disciplina del concorso fallimentare in ragione dell'art. 2238, comma 1, c.c. alla cui stregua le disposizioni in tema di impresa si applicano solo se "*l'esercizio della professione costituisce elemento dell'attività organizzata in forma di impresa*", con la conseguenza che il professionista intellettuale diventa imprenditore solo se e in quanto la professione intellettuale è esercitata nell'ambito di un'ulteriore attività di impresa (es. il medico che gestisce una clinica privata). Come è noto, l'opzione normativa era considerata il frutto di "un vero e proprio privilegio", improntato alla particolare considerazione sociale che tradizionalmente circondava le professioni intellettuali, specie quelle per il cui esercizio è prevista l'iscrizione obbligatoria in Albi; nonché in ragione della particolare conformazione che caratterizza il rischio nell'esercizio delle libere professioni ritenuto differente, dal punto di vista quantitativo e qualitativo, da quello dell'imprenditore. In ordine alle conseguenze sul piano dell'applicazione della disciplina delle procedure concorsuali proprie dell'impresa commerciale, si ricorda l'esenzione prevista per le società forensi costituite ai sensi del d.lgs. n. 96/2001.

Il Codice delinea l'ambito applicativo delle norme nella prospettiva del "*soggetto*" e dell'"*attività di impresa*", distinguendo – proprio in ragione della diversità delle dimensioni dell'impresa e dell'attività da questa svolta – le singole pro-

cedure alle quali quei soggetti possono accedere, diversificate tra loro anche in considerazione dell'impatto che sul mercato di riferimento possono avere la crisi e l'insolvenza (significativa, in tal senso, è l'introduzione del "concordato minore"), oltre che in costanza del fenomeno che si intende governare, differenziando il presupposto oggettivo della crisi e dell'insolvenza. Invero, qualche incongruenza può evidenziarsi nell'impianto normativo che, sia pure aderendo ad un modello di *concorsualità c.d. differenziata*, non ha ritenuto di distinguere dal punto di vista "quantitativo" i soggetti esclusi, ad esempio, dalla liquidazione giudiziale, ma che possono accedere alla procedura di sovraindebitamento o all'accordo di ristrutturazione dei debiti, e – nella stessa prospettiva che aveva caratterizzato il dibattito nel contesto della legge fallimentare – il problema si pone per l'impresa agricola, laddove le dimensioni a volte particolarmente rilevanti della stessa (finanche non condotta esclusivamente sul "fondo" e con riferimento alle "attività connesse") non giustificano ancora l'esonero dalla disciplina della liquidazione giudiziale.

Per quanto riguarda, invece, **il presupposto soggettivo richiesto per l'accesso al di composizione assistita della crisi di impresa**, va detto che *l'art. 12 fa riferimento all'imprenditore commerciale ed agricolo, senza alcuna distinzione in ordine alle caratteristiche delle stesse, sia di tipo qualitativo per l'esercizio dell'attività che quantitativo.*

2. La crisi, l'insolvenza e il sovraindebitamento: i presupposti oggettivi per l'accesso alle procedure

L'art. 2, comma 1, lett. a) qualifica lo **stato di crisi come lo stato del debitore che rende probabile insolvenza** (si tratta di un elemento definitorio generalmente richiamabile per ogni "debitore" e il riferimento resta ai debiti che siano prossimi alla scadenza e di cui il piano di azione del debitore deve tener conto) *e che si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni nei successivi dodici mesi* (si tratta di un elemento di natura sintomatica, riferibile specificamente all'attività di impresa, sia pure in una dimensione prospettica, implicante finanche una certa programmazione dell'attività).

La nozione di crisi, come delineata dal Codice, presenta caratteri propri e più ampi rispetto all'insolvenza e, pur non costituendone necessariamente l'antecedente temporale (come nell'esempio di un evento eccezionale che distrugga l'opificio dell'imprenditore e ne provochi l'insolvenza, ed oggi anche in ragione dell'implodere della crisi energetica idonea ad accrescere il livello di incertezza finanche in ordine ai presupposti della continuità aziendale), essa rappresenta un indice, generato da fattori (prevalentemente) interni all'impresa che, non esteriorizzati e non conosciuti dai terzi, precede – in genere – il più grave fenomeno dell'insolvenza. Il legislatore, nell'ottica dell'*emerging insolvency* si pone l'obiettivo di rendere "manifesta" (ovvero "consapevole" da parte dell'imprenditore) la

crisi, con la previsione di un intervento interno ed esterno all'impresa, in funzione di un suo possibile superamento. La norma pare distaccarsi da quanto indicato nell'art. 160, comma 3, legge fall., a mente del quale "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*" (ma il perimetro delle due situazioni si manifesta incerto nell'ambito degli istituti previsti dal Codice, e tanto anche con riferimento alla composizione negoziata della crisi), con l'intento di incentivare le possibilità di regolazione negoziale della difficoltà economica e finanziaria dell'impresa, superando il limite riscontrato nella disciplina della previgente legge fallimentare, nella quale non si rintracciava una definizione positiva e formale dello stato di crisi, distinto rispetto alla stessa nozione di insolvenza. In sostanza, il Codice ha fatto propria una nozione di crisi che già una parte della dottrina (specie quella aziendalistica) ha ritenuto di distinguere rispetto a quella di insolvenza, evidenziando che per la prima debba farsi riferimento ad una situazione in cui sussista un "pericolo di insolvenza", vale a dire un'oggettiva probabilità (o rischio) che il debitore nell'immediato futuro possa trovarsi nell'impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni. Peraltro, va ricordato che l'art. 12, proprio in tema di composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa, richiama altro specifico presupposto, ovvero "le condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che ne rendono probabile la crisi o l'insolvenza e risulta ragionevolmente perseguibile il risanamento dell'impresa" (la prima giurisprudenza di merito, non a caso, ha escluso la possibilità di avvalersi delle misure protettive disposte a seguito dell'accesso al procedimento negoziale, laddove risulti *per tabulas* un irrimediabile e preesistente stato di insolvenza).

Si può così osservare come il Codice (art. 2, lett. a), prescindendo dall'esaudività della stessa definizione, abbia preferito avvicinarsi alla matrice aziendalistica del concetto, considerando rilevanti l'utilizzo di modelli di previsione empirica evoluti più complessi di quelli rinvenuti nella mera indicazione dei dati di bilancio, tali da escludere la condizione di insolvenza irreversibile, che resta oggetto di altri strumenti giuridici di regolazione. Proprio per questi motivi, **la rilevazione dello stato di crisi**, con l'adozione degli strumenti previsti dal Codice per avviarsi ad un risultato di successo, **deve essere efficacemente tempestiva, condizione questa ravvisabile anche qualora manchino i tratti della irreversibilità della decozione**. In tale prospettiva, si comprende la ragione per cui il Codice, innovando l'impostazione rinveniente nella previgente disciplina concorsuale, introduce meccanismi idonei alla tempestiva rilevazione degli indizi di crisi dell'impresa ed alla sollecita adozione delle misure più idonee alla sua composizione (art. 12), ovvero diretti a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi (art. 62, "*Convenzione di moratoria*"). Invero, la distinzione, almeno con riferimento alle procedure disciplinate dal Codice, tra crisi e insolvenza tende ad attenuarsi, posto che l'imprenditore che versi (indifferentemente) "in stato di crisi o di insolvenza" può ricorrere a strumenti negoziali stragiudiziali (art. 56, "*Accordi in esecuzione di piani attestati di risanamento*") o a strumenti

negoziali stragiudiziali soggetti ad omologazione (art. 57 “*Accordi di ristrutturazione dei debiti*”). Da questo angolo visuale, può indicarsi una linea di discontinuità rispetto alla tendenza interpretativa che, nel contesto della previgente disciplina, aveva delineato la nozione di c.d. insolvenza prospettica, ammettendo la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore che, pur avendo quest'ultimo soddisfatto i creditori le cui pretese fossero divenute esigibili, avesse rilevato nell'immediato futuro – secondo una normale prospettiva di continuità aziendale – una verosimile incapacità di adempiere le obbligazioni già contratte, ed in questa prospettiva si affermava che la dichiarazione di insolvenza restava l'unico strumento idoneo ad anticipare l'aggravamento del dissesto (in sostanza, l'individuazione di una “insolvenza prospettica” va ora commisurata sulla nozione di “crisi”, imponendo un attento esame in ordine all'implosere evidente di fenomeni tipicamente dissolutori dell'impresa). L'art. 3, comma 4, nel contesto peculiare della disciplina dell'adeguatezza delle misure e degli assetti in funzione della rilevazione tempestiva della crisi d'impresa, precisa che costituiscono segnali per la previsione tempestiva dell'emersione 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 i 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 almeno complessivamente il cinque per cento del totale delle esposizioni; (d) l'esistenza di una o più delle esposizioni debitorie previste nell'art. 25 *novies*, comma 1 (riguardante la segnalazione dei creditori pubblici qualificati, ovvero INPS, INAIL, Agenzia delle Entrate, Agenzia delle Entrate-Riscossione).

Detti indici risultano necessari al fine di prevedere tempestivamente l'emersione della crisi, ovvero di rilevare eventuali squilibri di carattere patrimoniale o economico-finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell'impresa e dell'attività imprenditoriale; di verificare la sostenibilità dei debiti e le prospettive di continuità aziendale per i dodici mesi successivi, consentendo di rilevare gli indici sintomatici innanzi detti; ricavare le informazioni necessarie a utilizzare la lista di controllo particolareggiata, nonché a effettuare il test pratico per la verifica della ragionevole perseguibilità del risanamento, come previsto in tema di accesso al procedimento di composizione negoziata della crisi. In argomento, deve ricordarsi che l'art. 25 *undecies* prevede l'istituzione di un programma informativo di verifica della sostenibilità del debito esistente, utilizzabile dall'imprenditore proprio al fine di verificare in concreto la ragionevole perseguibilità del risanamento. Le informazioni e i dati, ferme le responsabilità per l'inserimento nel programma informatico di dati o di informazioni non veritieri, e le specifiche tecniche di funzionamento, in uno alle modalità di calcolo del tasso di interesse per i crediti rateizzati, sono definiti con decreto del Ministro

dello sviluppo economico, assunto di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro delegato per la innovazione tecnologica.

Va, però, posto in evidenza che, pur distinguendo il Codice fra strumenti e procedure di regolazione della crisi e procedure di regolazione dell'insolvenza, la crisi in senso proprio (come mera probabilità di insolvenza) non costituisce presupposto esclusivo di alcuna procedura, posto che le procedure di composizione concordata o negoziale della crisi conservano come presupposto oggettivo sia la crisi in senso proprio che l'insolvenza.

Il Codice detta, poi, una **definizione dell'insolvenza, intesa 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*” (art. 2, comma 1, lett. b), che riproduce la definizione dell'art. 5 legge fall.; il persistente utilizzo dell'avverbio “*regolarmente*” conferma che il debitore, per non essere considerato insolvente, deve dimostrare di essere in grado di adempiere le proprie obbligazioni integralmente, tempestivamente e con modalità normali. In tal senso, *si conferma l'insolvenza come una situazione complessiva e permanente (come tale irreversibile) di un'impresa che si colloca fuori ormai dal mercato e non risulta risanabile*, configurando “una vera e propria fotografia” del debitore in un dato momento storico-temporale. In altri termini, il debitore è insolvente quando si trova in uno stato di incapacità irreversibile di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e tale situazione deve essere percepibile in modo non equivoco fuori dall'impresa ovvero dai suoi creditori (in questo, secondo una certa prospettiva, si differenzerebbe dallo stato di crisi, che viene ritenuto fenomeno interno dell'impresa che non si manifesta ancora all'esterno). L'insolvenza si estrinseca in “*inadempimenti od altri fatti esteriori*”: in sostanza, l'inadempimento che rileva è solo quello qualificato ovvero dovuto all'incapacità irreversibile dell'imprenditore di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, per cui anche un'obbligazione adempiuta in tempi o modi irregolari è sintomo dell'insolvenza. In questa prospettiva, non è il semplice mancato adempimento di un'obbligazione (magari fondatamente contestata in altro giudizio dallo stesso debitore) che configura di per sé lo stato di insolvenza; così come anche l'adempimento di un'obbligazione non esclude l'insolvenza quando esso è realizzato con mezzi rovinosi, come la vendita sottocosto dei beni aziendali, o quando lo stesso adempimento si inserisce in un'evidente situazione di squilibrio finanziario e patrimoniale tale da non consentire il regolare adempimento delle altre obbligazioni. Costituisce, pertanto, affermazione condivisa quella secondo cui la semplice preponderanza del passivo sull'attivo non comporta, di per sé sola, l'assoggettabilità al fallimento, dato che il passivo può superare l'attivo senza che vi sia insolvenza dell'imprenditore ove questi goda della fiducia dei creditori e riesca a reperire i mezzi finanziari (in genere, tramite il normale ricorso al sistema bancario) per l'esercizio dell'impresa; così come, diversamente, non esclude lo stato di insolvenza la preponderanza di un attivo immobilizzato sul passivo, allorquando l'imprenditore non sia più in gra-

do, per evidente perdita di fiducia nel mercato, di reperire le risorse finanziarie idonee al regolare adempimento delle obbligazioni. Infine, è da ricordare che nel contesto della legge fallimentare, la giurisprudenza di legittimità ha ritenuto di escludere lo stato di insolvenza nel caso in cui l'impresa sia in liquidazione ed emerga una sicura prevalenza dell'attivo liquidabile sul passivo (evocandosi in tal caso la nozione di *insolvenza statica*). Risultato interpretativo che non può ritenersi pacificamente acquisito nel Codice, anche in ragione della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione, secondo la quale va valutata soprattutto la concreta possibilità di realizzo dell'attivo e la relativa tempistica (che non può risultare eccessivamente dilatata), e ciò anche nell'ipotesi in cui l'impresa si trovi in liquidazione.

Per **sovraindebitamento** il Codice (art. 2, comma 1, lett. c) intende “*lo stato di crisi o di insolvenza del consumatore, del professionista, dell'imprenditore minore, dell'imprenditore agricolo, delle start-up innovative di cui al decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni, dalla legge 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 di insolvenza*”; il **consumatore** viene poi definito dalla successiva lett. e) dello stesso articolo, come “*la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigiana e professionale eventualmente svolta*”. La nozione di sovraindebitamento, disegnata sulla concorrenza o sovrapposibilità – dal punto di vista oggettivo – dello stato di crisi e di insolvenza, richiama un indebitamento eccessivo, non fisiologico e non sostenibile, rispetto alle capacità reddituali e patrimoniali dei soggetti che lo hanno assunto. Nella prospettiva *dell'impotenza patrimoniale* si evidenzia che la liquidazione del patrimonio nel momento di ingresso nella procedura non consente di estinguere integralmente i debiti; viceversa, dal punto di vista della situazione finanziaria (es. stipendi, compensi e altre entrate), emerge che il reddito e il patrimonio investito dal debitore, in un determinato momento, “rendono meno” di quanto è necessario per estinguere le passività che il debitore genera e che vengono a scadenza. L'introduzione del termine deriva da una definizione che si rinviene in uno studio del 2008 predisposto dalla Commissione Europea, che ha descritto la situazione di *over commitment* o di *over indebtedness* come uno squilibrio temporaneo o permanente, nel *budget* di una famiglia, dipendente da una preventivata o inattesa crescita delle spese o dalla riduzione degli introiti, derivante da improvvise variazioni dei flussi delle spese o delle entrate oppure da un indebitamento aumentato nel tempo. Il Codice, confermando l'impostazione rinveniente nella legge n. 3/2012, modula lo “stato” in ragione dei soggetti che possono accedere alla procedura, individuati sulla scorta di un'elencazione tipologica e di una clausola di esclusione, ovvero con riferimento a quei debitori non assoggettabili alla liquidazione giudiziale o amministrativa ovvero ad altre procedure di liquidazione indicate dalla legge. Come si avrà modo di esporre, il Codice delinea due distinte proce-

ture, una prevista per il consumatore, definito dall'art. 2, comma 1, lett. e) (“*Ristrutturazione dei debiti del consumatore*”, art. 67 ss.), l'altra per i soggetti che sono indicati nell'art. 2, comma 1, lett. c) (innanzi ricordati) denominata “concordato minore” (art. 74 ss.). In tal modo, il Codice tiene distinte le manifestazioni del sovraindebitamento con riferimento al consumatore e al debitore (imprenditore) non assoggettabile a procedure di liquidazione giudiziale, posto che mentre il primo è in genere titolare di un reddito da lavoro e di un patrimonio che nel tempo può essere impiegato per il soddisfacimento del debito, per il debitore che esercita un'attività di impresa la valutazione dovrà avere ad oggetto il mantenimento (anche parziale) del patrimonio investito, da cui trarre – insieme alle possibili prospettive liquidatorie parziali o all'incremento delle disponibilità finanziarie e patrimoniali – un reddito di impresa idoneo a soddisfare il debito e ad evitare la completa disgregazione dei beni destinati all'attività produttiva.