

PUBBLICAZIONE TRIMESTRALE

ISSN: 2279-9737

Rivista
di Diritto Bancario

dottrina
e giurisprudenza
commentata

APRILE/GIUGNO

2020

rivista.dirittobancario.it

DIREZIONE

DANNY BUSCH, GUIDO CALABRESI, PIERRE-HENRI CONAC,
RAFFAELE DI RAIMO, ALDO ANGELO DOLMETTA, GIUSEPPE FERRI
JR., RAFFAELE LENER, UDO REIFNER, FILIPPO SARTORI,
ANTONELLA SCIARRONE ALIBRANDI, THOMAS ULEN

COMITATO DI DIREZIONE

FILIPPO ANNUNZIATA, PAOLOEFISIO CORRIAS, MATTEO DE POLI,
ALBERTO LUPOI, ROBERTO NATOLI, MADDALENA RABITTI,
MADDALENA SEMERARO, ANDREA TUCCI

COMITATO SCIENTIFICO

STEFANO AMBROSINI, SANDRO AMOROSINO, SIDO BONFATTI,
FRANCESCO CAPRIGLIONE, FULVIO CORTESE, AURELIO GENTILI,
GIUSEPPE GUIZZI, BRUNO INZITARI, MARCO LAMANDINI, DANIELE
MAFFEIS, RAINER MASERA, UGO MATTEI, ALESSANDRO
MELCHIONDA, UGO PATRONI GRIFFI, GIUSEPPE SANTONI,
FRANCESCO TESAURO+

COMITATO ESECUTIVO

ROBERTO NATOLI, FILIPPO SARTORI, MADDALENA SEMERARO

COMITATO EDITORIALE

GIOVANNI BERTI DE MARINIS, ANDREA CARRISI, ALBERTO GALLARATI, EDOARDO GROSSULE, LUCA SERAFINO LENTINI (SECRETARIO DI REDAZIONE), PAOLA LUCANTONI, UGO MALVAGNA, ALBERTO MAGER, MASSIMO MAZZOLA, EMANUELA MIGLIACCIO, FRANCESCO PETROSINO, ELISABETTA PIRAS, FRANCESCO QUARTA, CARMELA ROBUSTELLA

COORDINAMENTO EDITORIALE

UGO MALVAGNA

DIRETTORE RESPONSABILE

FILIPPO SARTORI

NORME PER LA VALUTAZIONE E LA PUBBLICAZIONE

LA RIVISTA DI DIRITTO BANCARIO SELEZIONA I CONTRIBUTI OGGETTO DI PUBBLICAZIONE SULLA BASE DELLE NORME SEGUENTI.

I CONTRIBUTI PROPOSTI ALLA RIVISTA PER LA PUBBLICAZIONE VENGONO ASSEGNATI DAL SISTEMA INFORMATICO A DUE VALUTATORI, SORTEGGIATI ALL'INTERNO DI UN ELENCO DI ORDINARI, ASSOCIATI E RICERCATORI IN MATERIE GIURIDICHE, ESTRATTI DA UNA LISTA PERIODICAMENTE SOGGETTA A RINNOVAMENTO.

I CONTRIBUTI SONO ANONIMIZZATI PRIMA DELL'INVIO AI VALUTATORI. LE SCHEDE DI VALUTAZIONE SONO INVIATE AGLI AUTORI PREVIA ANONIMIZZAZIONE.

QUALORA UNO O ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO UN PARERE FAVOREVOLE ALLA PUBBLICAZIONE SUBORDINATO ALL'INTRODUZIONE DI MODIFICHE AGGIUNTE E CORREZIONI, LA DIREZIONE ESECUTIVA VERIFICA CHE L'AUTORE ABBAIA APPORTATO LE MODIFICHE RICHIESTE.

QUALORA ENTRAMBI I VALUTATORI ESPRIMANO PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO VIENE RIFIUTATO. QUALORA SOLO UNO DEI VALUTATORI ESPRIMA PARERE NEGATIVO ALLA PUBBLICAZIONE, IL CONTRIBUTO È SOTTOPOSTO AL COMITATO ESECUTIVO, IL QUALE ASSUME LA DECISIONE FINALE IN ORDINE ALLA PUBBLICAZIONE PREVIO PARERE DI UN COMPONENTE DELLA DIREZIONE SCELTO RATIONE MATERIAE.

SEDE DELLA REDAZIONE

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO, FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA, VIA VERDI 53,
(38122) TRENTO – TEL. 0461 283836

Crisi, insolvenza, insolvenza prospettica, allerta: nuovi confini della diligenza del debitore, obblighi di segnalazione e sistema sanzionatorio nel quadro delle misure di prevenzione e risoluzione

SOMMARIO: 1. Insolvenza, fallimento, liquidazione giudiziale. – 2. La crisi quale fattispecie ordinante del c.c.i.i. – 3. Crisi, insolvenza ed insolvenza prospettica. – 4. La rilevazione della crisi nella gestione dell'impresa. – 5. La rinnovata diligenza del debitore nella prestazione di prevenzione nella risoluzione della crisi. – 6. Obblighi di segnalazione degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati. – 7. L'obbligo di comunicazione delle banche e valutazione del merito di credito. – 8. Le novità del sistema sanzionatorio. – 9. Riflessioni conclusive.

1. Insolvenza, fallimento, liquidazione giudiziale

Nel codice civile e nella legge fallimentare *insolvenza* è lo stato del debitore, sia esso civile o commerciale, contrassegnato dalla incapacità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Il carattere coevo e unitario della disciplina del codice civile e della legge fallimentare (al punto che quest'ultima potrebbe essere considerata al pari di un settimo libro del codice civile), consente di applicare la categoria dell'insolvenza secondo il medesimo contenuto e con la medesima portata in tutti i rapporti obbligatori sia di fonte legale (artt. 384, 562, 753, 755, 760) che contrattuale (artt. 1186, 1267, 1274, 1313, 1626, 1715, 1764, 1833, 1868, 1910, 1943, 1239, 1947, 1953, 1954, 1959, 2220, 2221, 2255, 2325, 2462, 2545 *terdecies*, 2615 c.c.).

Il manifestarsi dell'insolvenza comporta rilevanti effetti e modificazioni nei diversi rapporti obbligatori, quali tra i più rilevanti: la decadenza dal beneficio del termine, art. 1186 c.c., e nei rapporti contrattuali, la sospensione della esecuzione per effetto del mutamento delle condizioni patrimoniali dei contraenti, art. 1461 c.c., nonché diverse cause di recesso.

Il mantenimento della capienza patrimoniale costituisce infatti la premessa dell'operatività e dell'efficiente esecuzione dei rapporti obbligatori e contrattuali, in quanto sulla capacità reddituale, finanziaria e patrimoniale si alimentano le aspettative del creditore e si fonda la concreta capacità di adempiere l'obbligazione e di dare esecuzione alle prestazioni contrattuali. Il presentarsi dell'insolvenza

lacera le attese di soddisfazione ed innesca un processo di immediata esigibilità delle obbligazioni contrattuali o legali, che travolge il tessuto dei rapporti negoziali istaurati dall'autonomia privata.

L'incapacità di adempiere regolarmente le obbligazioni, individuata dall'art. 5 della legge fallimentare come manifestazione dell'insolvenza, è del tutto coerente con la nozione di insolvenza che troviamo nel codice civile: essa risulta espressione di una inadeguatezza delle condizioni patrimoniali del debitore rispetto alle obbligazioni assunte e alla capacità di adempierle regolarmente.

Il successivo codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 (c.c.i.i.) nel dare una definizione dell'insolvenza, sul piano lessicale non ha portato significative innovazioni e, almeno sotto questo profilo, si è mosso in continuità rispetto alla precedente disciplina fallimentare. Il c.c.i.i. ha infatti definito l'insolvenza, art. 2, primo comma lett. b), come stato del debitore che si manifesta in inadempimenti o altri fatti esteriori, i quali rivelano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

Le scelte definitorie e lessicali introdotte con il c.c.i.i. hanno peraltro comportato il venir meno del tradizionale collegamento del concetto *insolvenza* con l'espressione *fallimento*. Nella redazione del codice della crisi e dell'insolvenza il termine "fallimento" è stato sostituito con la espressione "liquidazione giudiziale", come chiarito nei *Principi generali della Delega al governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza*, l. 19 ottobre 2017, n. 15, all'art. 2, comma 1, lett. a). Ciò nella convinzione che, come affermato nella Relazione illustrativa del 10 gennaio 2019, *un diverso approccio lessicale può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa da prevenire ed eventualmente da regolare meglio*.

Il *diverso approccio lessicale* ha comportato, almeno per quanto riguarda la disciplina di quella che si chiamava liquidazione fallimentare ed ora della liquidazione giudiziale, una metamorfosi meramente meccanica.

Ne è chiara testimonianza l'intervento solo nominale effettuato nella disciplina penalistica. Questa è rimasta completamente immutata nei contenuti e addirittura nella testuale formulazione delle norme in attuazione del principio di *continuità delle fattispecie criminose*,

espressamente stabilito dall'art. 2, comma 1, lett. a) della legge delega 19 ottobre 2017, n. 155¹.

L'adeguamento ha riguardato la sostituzione in ogni articolo, che nella legge fallimentare conteneva il lemma *fallimento*, con *liquidazione giudiziale*. Tale aggiornamento "lessicale" è stato uniformemente attuato ma ha presentato qualche "smagliatura", forse conseguente più che alle difficoltà di sostituire e superare la locuzione *fallimento*, alla criticità che nel nuovo codice può assumere la categoria dell'*insolvenza*.

È significativo che nel riprodurre la disciplina della bancarotta fraudolenta societaria (art. 329, comma 2, lett. b) del c.c.i.i., corrispondente all'art. 223, comma 2, n. 1, l. fall.), il termine *fallimento* non è stato sostituito con il termine *liquidazione giudiziale* ma è stato fatto ricorso alla nuova categoria del *dissesto*. Quest'ultimo è previsto nella diversa disciplina bancaria quale categoria ordinante della crisi delle banche² mentre non è contenuta nelle definizioni che all'art. 2 c.c.i.i. introducono e delimitano le categorie del codice della crisi. Considerato che nella fattispecie del *dissesto* sono ricomprese, situazioni non ancora caratterizzate dall'*insolvenza*, si potrebbe rilevare un profilo di eccesso di delega (art. 76 Costituzione), che la giurisprudenza potrebbe superare ritenendo che il riferimento sarebbe pur sempre al fallimento in senso sostanziale, intendendo il dissesto come substrato economico patrimoniale dell'*insolvenza*³.

Ulteriori questioni problematiche emergono dalla applicazione, secondo l'ultimo comma dell'art. 341 e del nuovo art. 329 c.c.i.i., dei reati fallimentari di bancarotta anche agli accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa ed alle convenzioni di moratoria, procedimenti questi non necessariamente contrassegnati dall'*insolvenza*, ma piuttosto da una fase di crisi che può risultare ancora distante da manifestazioni di

¹Rispetto alla precedente disciplina penalistica va comunque registrata la nuova previsione relativa alla procedura di allerta e di composizione assistita della crisi, con l'introduzione di una causa di non punibilità e di una circostanza attenuante connessa alla tempestività dell'iniziativa del debitore volta a far emergere la crisi o l'*insolvenza*, art. 25, comma 2, c.c.i.i.

² Cfr. B. INZITARI, *BRRD, BAIL IN, Risoluzione della banca in dissesto, divisione concorsuale delle perdite (d.lg. n. 180, del 2105)*, in *Dir. fall.*, I, 2016, 629 ss.

³In questo senso, nel vigore della legge fallimentare, sembrano esprimersi Cass. Pen., sez. V, 13 luglio 2018, n. 32350; Cass. Pen., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 15613.

insolvenza, con conseguenti profili di eccesso di delega anche sotto il profilo del carattere eterogeneo delle situazioni prese in considerazione.

2. *La crisi quale fattispecie ordinante del c.c.i.i.*

La legge fallimentare non poteva contenere riferimenti alla crisi in quanto tra lo stato di insolvenza e di solvenza (*bonitas nominis* del debitore) non era tracciata alcuna area intermedia, al punto che il presupposto della procedura di amministrazione controllata, poi abrogata con d.lg. 9 gennaio 2006, n. 5, veniva descritto con una locuzione, che oggi può apparire eufemistica, di temporanea difficoltà, nell'evidente intento di non dare spazio ad una categoria intermedia tra insolvenza e *bonitas nominis*.

L'inserimento nella legge fallimentare della *crisi* è stato recente. Esso ha coinciso significativamente con l'espulsione dalla legge fallimentare della *temporanea difficoltà* e con essa della *amministrazione controllata*⁴. L'introduzione della crisi, avvenuta di pari passo con il diffondersi del ricorso al linguaggio economico per la definizione delle categorie giuridiche, si è accompagnata all'inserimento nella legge fallimentare di nuovi istituti, come il piano attestato, gli accordi di ristrutturazione e la rinnovata disciplina del concordato preventivo, procedure cui il debitore può accedere per evitare o risolvere diversamente l'insolvenza.

La sostituzione avvenuta nel 2005⁵ al primo comma dell'art. 160 l. fall. della locuzione «*imprenditore in stato di insolvenza*» con «*in stato di crisi*», è così coincisa con il riconoscimento a quest'ultimo di un ampio spazio per riorganizzare l'esposizione debitoria al di fuori dell'insolvenza.

Nello stesso tempo la mancanza di una adeguata definizione giuridica della espressione *crisi* ha richiesto al legislatore di intervenire per calibrarne il contenuto e la portata. È stato chiarito che per *crisi* deve intendersi una categoria molto ampia che ricomprende

⁴ Abrogata con d.lg. 9 gennaio 2006, n. 5.

⁵ Con il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 che ha sostituito all'art. 160, primo comma, l. fall., l'espressione «*l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza*» è stata sostituita con l'espressione «*l'imprenditore che si trova in stato di crisi*».

l'insolvenza, come fase più grave della *crisi*⁶. All'art. 160 l. fall. è stato così aggiunto un terzo comma, di natura interpretativa ove, al fine di poter continuare a consentire all'imprenditore insolvente il ricorso alla procedura di concordato, è stato precisato che *per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*.

Con il c.c.i.i. la crisi è ora definita non più attraverso espressioni economico-giuridiche descrittive ma piuttosto è presa in considerazione quale categoria contrassegnata da un significato e contenuto tecnico determinato. Nell'art. 2, primo comma, lett. a) del c.c.i.i., la *crisi è definita* come stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore. Con riferimento alle imprese, essa è ulteriormente specificata come *inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate*.

La *crisi* con il c.c.i.i. assume quindi un carattere ordinante, in diretto confronto dialettico con *l'insolvenza*, di cui costituisce l'anticipazione e dunque il campo di elezione per la prevenzione e la più ordinata ed efficiente risoluzione dell'insolvenza.

L'innovazione di contenuto e di sistema apportata dal codice della crisi non è di poco momento in quanto il baricentro dell'intera disciplina è stato spostato dalla insolvenza alla crisi. Quest'ultima, per la prima volta adeguatamente definita, piuttosto che riferirsi ad eventi già verificatisi e riconducibili a specifiche fattispecie giuridiche, quali l'inadempimento o altri fatti equivalenti, è volta ad intercettare, attraverso l'applicazione di un metodo tipizzato ed oggettivo fondato su indici predittivi di derivazione economica, il verificarsi di circostanze di carattere economico-giuridico, suscettibili di evolversi negativamente in una futura e prossima insolvenza⁷.

3. *Crisi, insolvenza ed insolvenza prospettica*

L'acquisita centralità della categoria della crisi ha modificato le funzioni e le finalità della disciplina dell'insolvenza.

La legge fallimentare prendeva in considerazione l'insolvenza per disciplinarne le conseguenze. Il c.c.i.i. prende in considerazione

⁶ Comma aggiunto dall'art. 4 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83 in sede di conversione con l. 6 agosto 2015, n. 132.

⁷ Sui diversi profili della riforma in relazione all'insolvenza ed alla crisi d'impresa v. F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano, 2019, 47 ss.

l'insolvenza per il pregiudizio che essa determina e, al fine di fronteggiare o mitigare tale pregiudizio, detta un insieme di regole e misure per contrastare o risolvere il pericolo dell'insolvenza.

Secondo questa rinnovata prospettiva, non è sufficiente disciplinare, come fino ad ora è avvenuto, le conseguenze pregiudizievoli dell'insolvenza sul debitore, sui creditori, sugli atti pregiudizievoli, ecc. ma piuttosto è prioritario disciplinare gli strumenti per l'emersione tempestiva della crisi.

L'ottica con cui viene considerata l'insolvenza è dunque sensibilmente mutata: mentre in passato essa era considerata rilevante se attuale, con il c.c.i.i. è già rilevante anche se solo potenziale e prospettica.

Questo apre ad una del tutto nuova, più avanzata ed incisiva chiave di valutazione dell'insolvenza. Anche in assenza di una situazione di inadempimento delle obbligazioni in corso ma in presenza di un deterioramento della situazione patrimoniale e reddituale, sintomatica di una seria difficoltà a far fronte nel prossimo futuro alle obbligazioni assunte, la negligenza del debitore nella attivazione delle misure previste dal c.c.i.i. per la prevenzione e soluzione della crisi, può essere indizio dell'avveramento di una situazione di insolvenza secondo un rapporto causale, calcolabile, in tempi prospetticamente vicini.

Analogamente in un quadro di deterioramento possono costituire elementi rivelatori del venir meno della continuità aziendale e prospetticamente dell'insolvenza, l'alienazione per "fare cassa" di beni strumentali essenziali per la continuazione dell'attività caratteristica (quali l'alienazione dell'albergo per la società alberghiera, delle navi per la marittima, dei brevetti per la farmaceutica, ecc.).

Il debitore che in presenza dei descritti sintomi di deterioramento e di crisi non esegue alcuna delle diverse prestazioni dovute per la tutela della garanzia patrimoniale e di prevenzione del dissesto e, al contrario, rimane inerte, è suscettibile di essere considerato in *stato di insolvenza prospettica*.

In realtà, la prospettiva dell'insolvenza non è fattispecie sconosciuta nella nostra disciplina del diritto delle obbligazioni e dei contratti. Il profilarsi dell'inadeguatezza della garanzia patrimoniale offerta dal debitore innesca l'esigibilità delle prestazioni sino a comportare la risoluzione dei rapporti negoziali. Inoltre il palesarsi del rischio di insolvenza è alla base dell'ampio sistema della revocatoria ordinaria e

fallimentare (ed in taluni casi della responsabilità civile), che può travolgere atti solutori o negoziali già sorti. Allo stesso modo nei rapporti societari, allorquando si manifesta una situazione di eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto, è prevista la misura della postergazione dei finanziamenti dei soci con la quale viene dato luogo ad una sorta di concorso potenziale tra tutti i creditori. La possibilità che si possa verificare l'insolvenza della società impone di tutelare anticipatamente i creditori affinché venga escluso il pericolo che il rischio d'impresa piuttosto che ricadere sui soci, venga trasferito sui terzi ed appunto sui creditori.

Con il cambiamento di prospettiva ora sancito dal c.c.i.i., il primario obiettivo perseguito dalla disciplina delle procedure concorsuali non è quello di rimediare *ex post* al pregiudizio causato da una insolvenza conclamata e risalente, ma di favorire l'emersione tempestiva della crisi per evitare che essa si verifichi o per ridurne l'impatto ed il conseguente pregiudizio per i creditori. L'insolvenza prospettica quindi può manifestarsi quando la crisi dell'impresa è intrinseca e, pur non emergendo all'esterno con inadempimenti o altri fatti esteriori, si sostanzia nella previsione della non sostenibilità della regolarità nella soddisfazione dei crediti d'impresa, in misura tale da compromettere la continuità aziendale⁸.

In tal senso è ora stabilito che la probabilità del verificarsi dell'insolvenza possa essere misurata attraverso la valutazione *dei flussi di cassa prospettici a far fronte alle obbligazioni pianificate* ai sensi dell'art. 2, lett. a), c.c.i.i. e sulla base di *indici che diano evidenza della sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi*, art. 13 c.c.i.i. Si potrà fare riferimento al flusso di cassa operativo (FCFO) e/o al c.d. DSCR, *Debt Service Coverage Ratio*, che consente di valutare la sostenibilità dell'indebitamento in ottica prospettica rapportando il *cash flow* prodotto dall'impresa, con gli impegni finanziari assunti in termini di quota capitale ed interessi, oggetto di rimborso nell'orizzonte temporale considerato. Attraverso appropriate tipologie di indici viene così scrutinato il verificarsi in un lasso di tempo (ad es. sei mesi, come indicato dall'art. 2, comma primo, lett. a), e dall'art 13 primo comma,

⁸ In questo senso è significativo il decreto del Tribunale Milano, 3 ottobre 2019, n. 1357, in *ildiritto degli affari.it*.

c.c.i.i.), di eventi che possono concorrere al verificarsi dell'insolvenza sulla base di un non controvertibile rapporto di causalità⁹.

L'intero Titolo II, *Procedure di allerta e di composizione assistita della crisi* prevede poi un articolato complesso di: strumenti (artt. 12-15), organizzazione (artt. 16-18) e procedimenti (artt. 19-23), diretti alla rilevazione tempestiva della crisi ed alla attivazione delle misure per la efficiente risoluzione della stessa o comunque per contenere il pregiudizio del dissesto e consentire la ordinata liquidazione.

L'adozione di queste misure del tutto nuove quali, tra le altre, l'obbligo di segnalazione degli organi di controllo societari (art. 14), l'obbligo di segnalazione di creditori pubblici qualificati (art. 15), come pure l'istituzione dell'OCRI e l'accresciuto potere di intervento del pubblico ministero (art. 22), confermano il cambiamento di prospettiva dell'intera disciplina.

Se quindi da un lato la definizione di insolvenza del c.c.i.i. è identica a quella della legge fallimentare (art. 2, comma 2, lett. a) c.c.i.i. e art. 5 l. fall.) e sembra basarsi sull'avvenuto inadempimento, dall'altro lato l'angolo di visuale del codice della crisi è radicalmente mutato ed è piuttosto imperniato sulla rilevazione della crisi e della prevenzione dell'insolvenza anche prospettica per la cui risoluzione sono previste misure di intervento atte a contenerne gli effetti pregiudizievoli. A queste potranno essere affiancate quelle di protezione del patrimonio, cautelari e protettive di cui agli artt. 54 e 55 c.c.i.i.

Più problematica potrebbe apparire l'apertura di una procedura di liquidazione giudiziale in un caso di insolvenza prospettica, ove le misure sopra descritte si rivelassero inattuabili o inefficienti¹⁰, in quanto ciò presupporrebbe la sostanziale simmetria tra insolvenza attuale ed insolvenza prospettica. Si tratta di una ricostruzione interpretativa nuova e sfidante che consentirebbe da un lato di arrestare l'allargamento del passivo e la dispersione dei beni e dall'altro di conservare il valore dell'azienda (se possibile anche funzionante) e quindi complessivamente di tutelare l'integrità patrimoniale e limitare il pregiudizio per i creditori e per il mercato.

⁹ Sulle misure di allerta, gli indicatori, indici e fondati indizi, v. R. RANALLI, *Le misure di allerta. Degli adeguati assetti sino al procedimento avanti all'OCRI*, Milano, 2019, 115 ss.

¹⁰ Va da sé che l'ipotesi in commento presupporrebbe comunque l'esistenza di debiti scaduti e non pagati pari ad almeno euro 30.000.

4. *La rilevazione della crisi nella gestione dell'impresa*

Il cambiamento di prospettiva sopra descritto è testimoniato anche dai nuovi obblighi introdotti dal c.c.i.i. a carico dell'imprenditore individuale o collettivo di dotarsi di un assetto organizzativo adeguato alla natura ed alle dimensioni dell'impresa per la costante verifica dell'andamento della gestione e per la rilevazione tempestiva della crisi e della perdita della continuità aziendale, ciò anche attraverso gli specifici indicatori individuati dal codice stesso.

I *Principi generali* del Capo II che introducono il codice della crisi ne scandiscono l'intera finalità e "filosofia" attraverso specifiche previsioni normative di carattere concreto ed operativo, mentre il Capo I, composto da due articoli, ha una funzione unicamente definitoria.

Il Capo II all'art. 3 reca la rubrica *Doveri del debitore* ed introduce a carico di questo pregnanti obblighi di comportamento: *l'imprenditore individuale deve adottare misure idonee a rilevare tempestivamente lo stato di crisi e assumere senza indugio le iniziative necessarie a farvi fronte; l'imprenditore collettivo deve adottare un assetto organizzativo adeguato ai sensi dell'articolo 2086 del codice civile, ai fini della tempestiva rilevazione dello stato di crisi e dell'assunzione di idonee iniziative.*

A questa generale definizione dei doveri del debitore contenuta negli articoli d'apertura, fa poi seguito e soprattutto è strettamente collegata, una ulteriore previsione altrettanto generale e confermativa nel contenuto, inserita nel testo dell'art. 2086 del codice civile.

Quest'ultima norma ha assunto, sulla base delle modifiche apportate, un significato ed un ruolo del tutto nuovo. La rubrica *Direzione e gerarchia dell'impresa* è stata sostituita con la più moderna e comprensiva *Gestione dell'impresa*. Dopo il primo comma, rimasto immutato (che ripete la definizione dell'imprenditore come capo dell'impresa gerarchicamente sovraordinato¹¹), è stato aggiunto un secondo comma nel quale vengono stabiliti i doveri che si accompagnano alla gestione dell'impresa: *l'imprenditore, che operi in forma societaria o collettiva, ha il dovere di istituire un assetto*

¹¹ Sulla "gerarchia" nell'impresa e sull'opportunità del mantenimento del primo comma dell'art. 2086 dopo la riforma del 2019, v. M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, n. 2-3, 253.

organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla natura e alle dimensioni dell'impresa, anche in funzione della rilevazione tempestiva della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, nonché di attivarsi senza indugio per l'adozione e l'attuazione di uno degli strumenti previsti dall'ordinamento per il superamento della crisi e il recupero della continuità aziendale.

Nella sostanza la medesima previsione contenuta all'art. 3 c.c.i.i., articolata secondo un generale riferimento al debitore quale imprenditore individuale e imprenditore collettivo, viene poi, con una formulazione ancora più ampia, inserita nei principi generali della disciplina dell'impresa all'art. 2086, nel quale le regole tecniche che scandiscono il comportamento del debitore sono assunte quali regole della gestione della impresa.

I doveri del debitore introdotti all'art. 3 vengono ulteriormente ripresi nella Parte seconda, «*Modifiche al codice civile*» del c.c.i.i., il quale prescrive gli assetti organizzativi dell'impresa all'art. 375, attraverso la modifica dell'art. 2086, attuata con la previsione di un secondo comma, e allo stesso modo prescrive gli assetti organizzativi societari all'art. 377, con la modifica degli artt. 2257, 2380 *bis*, 2409 *decies* e 2475 c.c.

Il codice civile assorbe così i nuovi criteri, le regole di comportamento e organizzative che l'imprenditore deve seguire nella gestione dell'impresa individuale o societaria, secondo un unitario modello.

5. La rinnovata diligenza del debitore nella prestazione di prevenzione nella risoluzione della crisi

Al debitore, imprenditore individuale o collettivo, viene assegnato il dovere di rilevare per tempo la possibile crisi e, qualora essa si presenti, di contrastarla con la massima tempestività, assumendo le iniziative necessarie per farvi fronte. Si tratta di un obbligo di comportamento nuovo e di non breve momento. Rilevare e mettere in atto le misure per fare fronte alla crisi costituisce un compito che va ben oltre il dovere primario di eseguire la prestazione dovuta.

Questi comportamenti sono connessi all'adempimento ma si collocano all'esterno di esso. Essi non riguardano il modo in cui deve essere eseguita l'obbligazione ma piuttosto: a) le condizioni per evitare

che la capacità di adempiere all'obbligazione venga compromessa; b) nel caso in cui questo si verifichi, gli strumenti cui il debitore deve ricorrere affinché gli effetti pregiudizievoli di tale evento vengano neutralizzati o perlomeno arginati o comunque limitati.

Il codice della crisi ha profondamente innovato nel contenuto la cosiddetta *prestazione-comportamento* cui è tenuto il soggetto imprenditore individuale o collettivo nei riguardi dei creditori (e più in generale, si può dire, della stessa collettività). È questa una modifica che investe direttamente il criterio o meglio il contenuto della diligenza del debitore imprenditore.

Come noto, il dovere di diligenza previsto nel codice civile, costituisce il criterio per valutare se il comportamento del debitore nell'eseguire la prestazione dovuta è stato omogeneo e conforme a quello richiesto per l'adempimento dell'obbligazione.

La regola della diligenza costituisce un flessibile strumento regolatore dell'adempimento di qualsiasi obbligazione, in quanto al modello generale della diligenza del buon padre di famiglia, vale a dire dell'uomo medio, viene accompagnato quello più specifico della *diligenza del professionista*. Al criterio generale della diligenza del buon padre di famiglia stabilita al primo comma dell'articolo 1176 c.c., si aggiunge, nell'esercizio dell'attività professionale, la diligenza richiesta dalla natura dell'attività esercitata¹².

La peculiarità di questo principio risiede non certo nell'individuare la figura del buon professionista, come figura parallela a quella del buon padre di famiglia. Sarebbe del tutto vano ed infruttuoso valutare la prestazione con riferimento al professionista medio (medico medio, ingegnere medio, architetto medio, avvocato medio), mentre piuttosto è necessario verificare se il professionista, nell'eseguire la prestazione, ha seguito ed applicato le *regole* che sovrintendono quella specifica attività professionale ed in particolare la prestazione specialistica svolta.

Infatti, qualunque sia il campo in cui opera il professionista, la valutazione dell'avvenuta osservanza della diligenza può essere effettuata verificando se, nell'esecuzione della prestazione, siano state osservate le *regole tecniche* che sono proprie del settore in cui esso

¹² Cfr. A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 1988, sub art. 1176, Bologna-Roma, 1988, 430 ss.

opera, secondo lo sviluppo che le stesse hanno in quel momento storico, in quell'area geografica, in quel contesto.

Il modello della diligenza professionale è stato costruito con riferimento alle prestazioni riconducibili alla prestazione di fare e quindi ad una specifica e concreta attività, la cui esecuzione deve conformarsi e rispettare i principi, criteri e le prassi applicati nel settore.

Diversamente le prestazioni che vengono prese in considerazione nell'ambito delle procedure concorsuali e, in generale, nel processo esecutivo sono prevalentemente, sin dal loro sorgere o quale prestazione risarcitoria, obbligazioni pecuniarie

Anche alle obbligazioni pecuniarie invero si applica la regola della diligenza, in quanto le modalità con cui il debitore esegue la prestazione pecuniaria richiedono diligenza con riferimento all'esattezza e alla tempestività dell'adempimento ma la valutazione del comportamento richiesto per eseguire l'obbligazione pecuniaria non risulta, almeno direttamente, scrutinabile sulla base di regole tecniche riconducibili ad una attività professionale.

Con la previsione all'art. 3 c.c.i.i. di specifici doveri del debitore, l'assunzione e poi l'adempimento dell'obbligazione vengono arricchiti di nuovi contenuti consistenti nell'adozione di un *comportamento proattivo*. Tali doveri costituiscono le *regole tecniche* attraverso le quali il debitore deve rendere effettiva la responsabilità patrimoniale, con la quale garantisce la soddisfazione dei creditori, come prescritto dall'art. 2740 c.c.

Il codice della crisi ha quindi introdotto una del tutto nuova prospettiva di operatività del principio della responsabilità patrimoniale del debitore. Essa non può essere più concepita come semplice soggezione all'azione dei creditori. Al debitore viene infatti addossato ora l'onere di salvaguardare sul piano funzionale la garanzia patrimoniale offerta ai creditori. Questo si realizza attraverso l'attuazione dei doveri di rilevazione della crisi ed adozione degli strumenti idonei a evitare o circoscrivere il pregiudizio che dalla insufficienza patrimoniale può derivare ai creditori.

Nell'adempimento dell'obbligazione la diligenza richiesta al debitore deve oggi essere valutata in relazione alla avvenuta osservanza degli accennati doveri di comportamento. Questi svolgono la funzione di indirizzo gestorio dell'imprenditore e si può affermare che costituiscono le *regole tecniche* alla cui applicazione è tenuto il debitore

imprenditore individuale o collettivo nell'assumere, gestire ed adempiere il rapporto obbligatorio o la serie di rapporti obbligatori sorti nello svolgimento dell'attività economica. I doveri cui è tenuto il debitore imprenditore individuale o collettivo si sostanziano quindi in un articolato, ma strettamente collegato, insieme di misure e impegni volti a salvaguardare l'efficacia e l'efficienza della garanzia patrimoniale.

Secondo questo del tutto nuovo collegamento la diligenza dovuta dal debitore si realizza anche nel rispetto di regole tecniche volte a far sì che il debitore, piuttosto che essere limitato ad una posizione di mera soggezione, sia obbligato a svolgere un ruolo attivo ed efficiente nell'esecuzione dell'obbligazione affinché la garanzia patrimoniale possa effettivamente soddisfare i creditori.

Il nuovo c.c.i.i. ha così effettuato un significativo aggiornamento delle funzioni della obbligazione pecuniaria. Il dovere del debitore pecuniario di dare la somma di danaro, ormai più correttamente ricondotta al dovere di realizzare l'attribuzione di unità monetarie nel patrimonio del creditore¹³, si arricchisce del dovere di osservare ulteriori comportamenti volti al mantenimento delle condizioni affinché i crediti possano trovare effettivamente soddisfazione integrale, e se questo non dovesse risultare possibile, affinché venga limitato il danno per i creditori nell'ambito di soluzioni il più possibile trasparenti ed ordinate¹⁴.

¹³ Cfr. B. INZITARI, *Delle obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, 2011, sub art.1277, Bologna-Roma, 2011, 108 ss.

¹⁴ Gli obblighi di diligenza cui sono tenuti *ex art. 3 c.c.i.i. e art. 2086*, secondo comma c.c., il debitore e gli amministratori, non confliggono con la *business judgment rule* che si riferisce alla non sindacabilità delle scelte di gestione, ammissibili purché, come da ultimo rilevato anche dalla Cass., 4 luglio 2018, n. 17494, attuate nel rispetto della diligenza ed in assenza di superficialità; imprudenza e irragionevolezza. La *business judgment rule*, infatti, è uno strumento estraneo al dovere di dare attuazione al rapporto obbligatorio secondo le modalità e i criteri sopra descritti, dettati dalle regole tecniche connesse all'attività professionale di amministrazione. V. con diversi orientamenti P. MONTALENTI, *Gestione dell'impresa, assetti organizzativi e procedure di allerta nella riforma Rordorf*, in *Nuovo dir. soc.*, 2017, 951 ss.; R. SACCHI, *Sul così detto diritto societario della crisi: una categoria concettuale inutile o dannosa?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 1286 ss.; N. ABRIANI, *Nuova disciplina delle crisi d'impresa e modificazioni del codice civile: prime letture*, in *Società*, 2019, 393 ss., spec. 397 ss.; F. DI MARZIO, *Obbligazione, insolvenza, impresa*, Milano,

Questi nuovi caratteri della diligenza informano complessivamente tutto il sistema e si estendono con gli opportuni adattamenti anche al debitore civile. Un'altra delle rilevanti novità del c.c.i.i. è infatti la regolazione della crisi e dell'insolvenza del debitore civile, articolata secondo diverse procedure che, nella sostanza, riprendono quelle dell'impresa in crisi o insolvente.

Anche in questo caso il debitore civile viene preso in considerazione al cospetto dei nodi della responsabilità patrimoniale, la quale costituisce anzi l'elemento assorbente dell'intera disciplina, non configurandosi in questo caso un'attività economica di produzione o di scambio.

Il debitore civile ha il dovere di mantenere una ragionevole proporzione tra l'obbligazione assunta e il reddito disponibile, in modo tale da assolvere all'obbligo di salvaguardare la garanzia patrimoniale nell'interesse sia del debitore stesso, che del creditore.

La diligenza del debitore nella assunzione della obbligazione viene valutata attraverso lo scrutinio delle cause e modalità che hanno caratterizzato l'esposizione debitoria, come pure delle ragioni dell'incapacità ad adempiere alle obbligazioni assunte. A questa risulta collegata e complementare la diligenza osservata dal soggetto finanziatore nell'aver tenuto conto del merito creditizio del debitore sovvenuto nella erogazione del credito¹⁵. Si tratta di una valutazione tecnica che deve prendere in considerazione il reddito disponibile del debitore, dedotto l'importo necessario per mantenere un dignitoso tenore di vita¹⁶.

2019, 134; M.S. SPOLIDORO, *Note critiche sulla "gestione dell'impresa" nel nuovo art. 2086 c.c. (con una postilla sul ruolo dei soci)*, in *Riv. soc.*, 2019, n. 2-3, 253.

¹⁵ In relazione all'obbligo della banca di non concludere il contratto di credito qualora possa ragionevolmente ritenere, al termine della verifica del merito creditizio del consumatore, che quest'ultimo non sarà in grado di rispettare gli obblighi derivanti dal contratto, v. C. Giust. UE, sez. I, 6 giugno 2019, n. 58.

¹⁶ A questo riguardo la norma detta anche le regole tecniche, stabilendo una quantificazione non inferiore all'ammontare dell'assegno sociale, moltiplicato per un parametro corrispondente al numero dei componenti del nucleo familiare della scala di equivalenza ISEE, di cui al decreto del Presidente del Consiglio dei ministri del 5 dicembre 2013, n. 159.

6. *Obblighi di segnalazione degli organi di controllo e dei creditori pubblici qualificati*

Accanto ai nuovi doveri del debitore, il codice della crisi ha costruito un articolato sistema di vigilanza volto ad assicurare l'adempimento da parte del debitore dei doveri di prevenzione, attraverso pervasivi sistemi di controllo e intervento che muovono sia dall'interno che dall'esterno della impresa. Ciò nella consapevolezza, da un lato che i nuovi doveri imposti al debitore non si sostanziano in una immediata e diretta attribuzione patrimoniale a vantaggio di un determinato creditore (ma piuttosto in una articolata attività di organizzazione, di monitoraggio e di intervento per tutelare complessivamente le ragioni dei creditori e dei terzi per i rapporti man mano instaurati con l'impresa), dall'altro che i meccanismi risarcitori non sarebbero comunque idonei a rimediare al pregiudizio derivante dalla mancata prevenzione della crisi e dal verificarsi della conseguente insolvenza.

A presidio della effettiva prevenzione e risoluzione della crisi sono state poste le procedure di allerta e di composizione assistita della crisi, introdotte agli artt. 12 ss., le quali suppliscono alla mancata tempestiva iniziativa dell'organo amministrativo della società e costituiscono il motore propulsivo con cui viene assicurata l'emersione della crisi, anche in presenza di un negligente comportamento del debitore. A tal fine il codice della crisi identifica i soggetti obbligati ad esercitare il controllo e attribuisce agli *stessi* compiti nuovi, da attuare mediante il ricorso a diversi strumenti tra i quali assume rilevanza la *segnalazione*, cui ricorrere per esercitare un richiamo del debitore e, se necessario, per costringerlo a rispettare l'obbligo di prevenire e risolvere la crisi.

La segnalazione svolge, nello stesso tempo, una funzione di *deterrenza* per il debitore e di *supplenza* della mancata iniziativa di quest'ultimo. L'attivazione spetta agli *organi di controllo societari* (art. 14) ed ai *creditori pubblici qualificati* (art. 15).

I *creditori pubblici qualificati* (Agenzia delle Entrate, Inps, agente della riscossione), sono tenuti all'obbligo di segnalazione quando si verifichi il superamento di specifiche soglie di indebitamento fiscale e/o previdenziale. Tale intervento perviene solitamente, quando l'esposizione debitoria ha già raggiunto livelli rilevanti, l'equilibrio economico è compromesso e la crisi dell'impresa, con tutta probabilità, è avanzata. Si tratta di situazioni nelle quali risultano più limitati gli

spazi per misure negoziali preventive ed il ventaglio delle possibili soluzioni non potrà che risultare prevedibilmente più limitato o comunque più complesso ed oneroso.

L'intervento degli *organi di controllo* (sindaci, revisore contabile e società di revisione) al contrario può risultare più precoce. Su di essi ricade infatti l'obbligo di verificare nel continuo, assumendo le idonee iniziative, se l'organo amministrativo si sia dotato di un assetto organizzativo, se questo sia adeguato, se sussista l'equilibrio economico finanziario e quale sia il prevedibile andamento della gestione. Essi debbono, se del caso, segnalare immediatamente allo stesso organo amministrativo l'esistenza di fondati indizi di crisi e nel caso di omessa o inadeguata risposta da parte di questo, procedere ad una formale e motivata comunicazione informativa all'OCRI (art. 14 c.c.i.i.).

Va osservato che con il codice della crisi le regole relative alle funzioni ed ai compiti dei sindaci, sono oggi contenute in due diverse fonti¹⁷. Da un lato quella del codice civile, di vigilanza sull'osservanza della legge e dello statuto, sul rispetto dei principi di corretta amministrazione, sull'adeguatezza dell'assetto organizzativo, amministrativo e contabile adottato dalla società e sul suo concreto funzionamento, art. 2403 c.c., e dall'altro quella del codice della crisi che, accanto ai doveri di verifica dell'adeguatezza dell'assetto organizzativo, ha specificato quelli sulla sussistenza dell'equilibrio economico finanziario, sul prevedibile andamento della gestione, nonché di immediata segnalazione all'organo amministrativo dell'esistenza di fondati indizi di crisi, accompagnati questi ultimi da incisive sanzioni in caso d'inerzia.

Si noti che mentre l'introduzione dei doveri dell'organo amministrativo è stata assorbita nel tessuto dei principi generali sull'impresa di cui all'art. 2086 c.c. dei nuovi «*Doveri del debitore*» previsti all'art. 3 c.c.i.i. l'integrazione dei doveri dell'organo di controllo non è stata riprodotta o traslata nel codice civile.

Le ragioni di questa diversa scelta possono derivare dal fatto che l'introduzione dei «*Doveri del debitore*» ha prodotto un effettivo e definitivo rinnovamento degli obblighi di comportamento

¹⁷ Ci si riferisce ovviamente a quelle società che non abbiano anche una disciplina speciale quali banche, assicurazioni, intermediari finanziari, società quotate, ecc.

nell'adempimento delle obbligazioni che ha reso necessario, anche sul piano sistematico, l'adeguamento delle norme che regolano i principi generali e definatori della disciplina dell'impresa.

L'introduzione degli *obblighi di segnalazione a carico degli organi di controllo societari*, ha comportato che questi siano destinatari del compito di attivare la procedura di allerta nel caso di inerzia del debitore. L'intervento richiesto, intende soddisfare l'esigenza che la crisi, una volta che si manifesta, debba essere risolta tempestivamente su predeterminati binari di controllo ed intervento. È una disciplina nuova e per questo in qualche misura sperimentale.

È possibile ipotizzare che queste previsioni vengano in futuro assorbite o riprese anche nel codice civile quali principi caratterizzanti i compiti e le funzioni dei sindaci, come pure che esse vengano integrate e completate da sistemi di raccolta di dati e di automatismi di allarme ulteriormente consolidati che possano essere di ausilio per l'esercizio del controllo da parte dei sindaci e per l'informazione per lo stesso mercato.

Analoghe considerazioni possono essere svolte anche a proposito dei compiti ora assegnati al revisore contabile e alle società di revisione anche se con le dovute differenziazioni.

7. L'obbligo di comunicazione delle banche e valutazione del merito di credito

Anche le banche e gli intermediari finanziari di cui all'art. 106 sono chiamati a contribuire con il patrimonio di dati a loro disposizione ai compiti dell'organo di controllo. Essi sono obbligati a *dare notizia* a questi ultimi, secondo quanto previsto dal quarto comma dell'art. 14 c.c.i.i., delle comunicazioni effettuate al cliente in ordine alle *variazioni o revisioni o revoche degli affidamenti*.

Questa informativa consente all'organo di controllo di completare il quadro informativo già acquisito all'interno della società con quello esterno, relativo alla capacità del debitore di acquisire o mantenere linee di credito. Tale previsione amplia significativamente il compendio di elementi che debbono essere presi in considerazione dagli organi di controllo nella costante valutazione dell'andamento della società.

In particolare, le comunicazioni delle variazioni o revisioni o revoche dei rapporti creditizi costituiscono il primo strumento per

riscontrare la qualità del merito creditizio assegnato al debitore da parte del ceto bancario. Di questa circostanza le banche sono o comunque debbono essere consapevoli. Il rapporto creditizio bancario svolge, infatti, la funzione di indicatore sintomatico della capacità di solvenza prospettica dell'impresa e le vicende modificative che nel corso della sua durata investono il contratto bancario, si proiettano ben oltre le parti contraenti sino a costituire evidenza del livello di valutazione dell'affidabilità del debitore.

Dall'insieme di questi elementi di conoscenza gli organi di controllo possono anticipatamente valutare la sostenibilità degli impegni assunti e delle iniziative intraprese dalla società, come pure il livello di fiducia da parte del ceto bancario, e acquisire chiavi di lettura del deterioramento del quadro di disponibilità finanziaria. La previsione di un obbligo continuato per le banche di comunicare agli organi di controllo le modificazioni man mano occorse nel rapporto di credito con il debitore, lungi dal costituire un inutile orpello, fornisce a questi un ulteriore indicatore segnaletico, che va oltre la meccanica verifica di sostenibilità ottenuta mediante gli indici di cui all'art. 13, ma misura la disponibilità del sistema creditizio a sovvenire e assistere l'attività, costituendo in questo modo la principale sfera di valutazione esterna all'impresa¹⁸.

Nello stesso tempo, allorquando la crisi si è manifestata, eventuali comportamenti abusivi delle banche, che contrastano con il dovere di valutazione del merito creditizio del sovvenuto e che si sostanziano nell'ingiustificata erogazione o mantenimento di linee di credito al di fuori dei presupposti del corretto esercizio del credito, non potranno essere ignorati dagli organi di controllo, che dovranno intervenire con le opportune segnalazioni all'organo amministrativo, anche in considerazione del rischio di concorrere con gli amministratori e con la

¹⁸ Recenti indagini statunitensi hanno mostrato che i dati relativi al merito di credito tendono ad influenzare le condizioni applicate nel mercato assicurativo in quanto considerate predittive anche dell'esposizione al rischio di sinistro, v. B. KIVIAT, *The moral limit of predicative praxis: the case of credit based insurance scores*, in *American Sociological Review*, 2019, 84, (6), 1134 ss.; B. HOLZER, *Zum Gluck fair versichert? Warum Kreditwürdigkeit zählt und das amerikanische Versicherungssystem nicht frei von Politik ist*, FAZ, Frankfurter allgemeine Sonntagszeitung, n. 49, 8.12.2019, 64.

banca nella responsabilità per il pregiudizio conseguente alla mancata prevenzione dell'insolvenza¹⁹.

Sotto altro profilo si potrebbe ritenere che profili di criticità possano riferirsi ai finanziamenti erogati e autorizzati prima della omologazione del concordato preventivo o di accordi di ristrutturazione dei debiti per i quali il beneficio della prededucibilità o dell'esenzione della revocatoria per i pagamenti o gli atti in esecuzione di un piano attestato, in presenza di gravi circostanze, può rivelarsi controvertibile. L'art. 99, sesto comma c.c.i.i., esclude il beneficio della prededuzione quando congiuntamente il ricorso o l'attestazione contengano dati falsi ovvero omettano informazioni rilevanti o comunque il debitore abbia commesso atti in frode per ottenere l'autorizzazione e il curatore dimostri che il soggetto finanziatore fosse a conoscenza di tali circostanze al momento dell'erogazione; analogamente, l'art. 166, comma terzo lett. d) esclude l'esenzione dalla revocatoria se il finanziatore al momento dell'atto suscettibile di revocatoria fosse stato a conoscenza del dolo o colpa grave dell'attestatore o del debitore.

Il ruolo del soggetto finanziatore è riconosciuto poi dal c.c.i.i. anche in relazione al debitore consumatore nell'ambito della ristrutturazione dei suoi debiti. L'art. 68 c.c.i.i., stabilisce infatti che l'OCC nel redigere la sua relazione debba indicare se il soggetto finanziatore, ai fini della concessione del finanziamento, abbia tenuto conto del merito creditizio del debitore²⁰. Una analoga previsione è contenuta anche all'art. 76, terzo comma, c.c.i.i. in relazione al concordato minore, applicabile al

¹⁹ Sulla abusiva concessione di credito v. B. INZITARI, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione di credito e rottura del credito*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2001, I, 265; ID., *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in ID., *Le obbligazioni nel diritto civile degli affari*, Padova, 2006; ID., *Il curatore è legittimato all'azione di responsabilità verso gli amministratori e la banca per abusiva concessione di credito e aggravamento del dissesto*, in *Dir. fall.*, I, 2017, 720; E. DEPETRIS, *Concessione abusiva di credito e aggravamento del dissesto: la quantificazione del danno al patrimonio sociale*, in *Dir. fall.*, 2019, n. 2, 468.

²⁰ La violazione dell'obbligo del finanziatore di valutare il merito creditizio come pure l'aver colpevolmente determinato la situazione di indebitamento o il suo aggravamento comportano, secondo l'art. 69 c.c.i.i., la conseguenza che il creditore non può presentare opposizione o reclamo in sede di omologa contro la proposta del debitore di ristrutturazione del debito.

professionista, all'imprenditore minore, all'imprenditore agricolo, e alle *start-up* innovative ex art. 74 e art. 2, comma 1, lett. c).

8. *Le novità del sistema sanzionatorio*

Un sistema di prevenzione volto alla realizzazione di obiettivi così ambiziosi, quali quelli perseguiti dal c.c.i.i. non può funzionare sulla base di un mero comportamento spontaneo. Il dovere di dotare l'impresa di un assetto organizzativo, amministrativo e contabile adeguato alla rilevazione tempestiva della crisi, è stato, come visto, così accompagnato dall'istituzione di un rigido apparato di controlli interni ed esterni, la cui effettività ed efficienza è scandita dalla previsione di un sistema sanzionatorio pervasivo e penetrante.

Per gli amministratori gli obblighi di cui all'art. 3 c.c.i.i. e 2086 secondo comma c.c., di tempestiva rilevazione della crisi dell'impresa e della perdita della continuità aziendale, come pure della adozione degli strumenti previsti per il superamento della crisi, rispondono all'esigenza di non protrarre ingiustificatamente l'attività sociale, quando pregiudizievole per la società e per i creditori.

Il rispetto di tali obblighi è presidiato dalle novellate disposizioni degli artt. 2476, 2477, 2486, le quali provvedono non solo ad articolare più diffusamente la responsabilità verso i creditori sociali ma, al fine di rendere più agevole, certa e soprattutto prevedibile, la determinazione del debito risarcitorio cui sono obbligati gli amministratori ed i sindaci, provvedono a quantificare il danno risarcibile per il pregiudizio conseguente alla ingiustificata protrazione dell'attività sociale, attraverso il ricorso a criteri tipici e presuntivi²¹.

Per sanzionare l'inadempimento agli obblighi di prevenzione della crisi e aggravamento dell'insolvenza sono state introdotte significative deroghe ai generali principi di diritto comune del risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale.

²¹ La relazione illustrativa in relazione all'inserimento del comma 6 nell'art. 2476 c.c. e del comma 3 dell'art. 2486 c.c. osserva: «con la prima disposizione, si responsabilizzano maggiormente gli amministratori rispetto agli obblighi di conservazione del patrimonio sociale, in quanto si prevede espressamente che essi rispondono verso i creditori quando il patrimonio sociale risulta insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti».

I criteri della perdita subita e del mancato guadagno di cui all'art. 1223 c.c., come risulta anche dalla non sempre agevole e univoca giurisprudenza in materia, non riescono a fornire soluzioni certe e ragionevolmente definitive sulla quantificazione di un danno così peculiare quale quello derivante dalla ingiustificata protrazione dell'attività sociale. Il danno emergente ed il lucro cessante sono strumenti dal sapore "micro" che la tradizione giuridica ha sviluppato ed applicato per compensare le conseguenze dirette ed immediate dell'inadempimento dell'obbligazione contrattuale o da illecito. Ben diverso carattere "macro" si rinviene nella responsabilità degli amministratori per la mancata conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale successivamente al verificarsi di una causa di scioglimento.

I generali criteri del danno contrattuale ed extracontrattuale dell'art. 1223 c.c., infatti non senza difficoltà ed esitazioni possono essere applicati a fattispecie in cui il danno che viene fatto valere è la indiretta conseguenza sul patrimonio sociale e sulla garanzia patrimoniale offerta ai creditori della ingiustificata protrazione dell'attività.

Con azione di responsabilità il curatore fa valere il danno subito per la mancata soddisfazione dei creditori sociali per l'avvenuta insolvenza della società, la cui imputabilità agli amministratori necessita di una specifica prova in quanto l'insolvenza può risalire a cause non necessariamente imputabili agli amministratori. L'aggravamento del dissesto imputabile agli amministratori per inosservanza dell'obbligo di conservazione del patrimonio sociale dopo il verificarsi di una causa di scioglimento della società, determina un danno tutt'altro che agevolmente determinabile attraverso la valutazione della perdita subita e del mancato guadagno.

Secondo i generali principi di cui all'art. 1223 c.c. possono essere agevolmente liquidati i danni derivanti da comportamenti attivi o omissivi contrari ai doveri di diligente e corretta amministrazione, lesivi del patrimonio della società. Maggiori difficoltà ha sempre presentato l'applicazione degli stessi principi all'azione di responsabilità, allorché viene fatto valere il danno che i creditori della società subiscono per incapacità della società a far fronte alle obbligazioni assunte verso terzi. Non sempre infatti l'incapienza del patrimonio della società è individuabile con riferimento a specifici comportamenti, ma piuttosto si sostanzia nella mancata osservanza dei

doveri conseguenti al verificarsi di una causa di scioglimento, doveri oggi incrementati dall'obbligo di prevenire e risolvere la crisi di cui all'art. 3 c.c.i.i. e 2086 c.c.

Il codice della crisi muovendo dalla necessità di prevedere conseguenze sanzionatorie il più possibile certe e prevedibili per il pregiudizio conseguente all'ingiustificata continuazione da parte degli amministratori dell'attività sociale in presenza di una causa di scioglimento, è ricorso per la liquidazione del danno a parametri predeterminati strettamente ancorati agli stessi dati contabili offerti dalla società. Il criterio adottato si basa su un metodo uniforme di confronto dei dati contabili dei netti patrimoniali, pari appunto *alla differenza tra il patrimonio netto alla data in cui l'amministratore è cessato dalla carica o, in caso di apertura di una procedura concorsuale alla data di apertura di tale procedura, e il patrimonio netto determinato alla data in cui si è verificata una causa di scioglimento di cui all'art. 2484 c.c.*

La modificazione apportata è dunque diretta espressione dell'esigenza di accompagnare e sostenere l'intero nuovo sistema di prevenzione della crisi e dell'allerta con un rinnovato tessuto di valutazione del comportamento dannoso, univocamente individuato nella abusiva protrazione dell'attività sociale e nella quantificazione del danno secondo parametri fissi e rigidi, tali da consentirne la prevedibilità e la deterrenza.

Il nuovo sistema è poi completato con l'introduzione di una specifica previsione in caso di mancanza, irregolarità, inidoneità o inattendibilità delle scritture contabili.

La gravità della violazione per assenza di idonea contabilità e l'impossibilità di applicare il criterio della differenza dei netti patrimoniali, comporta il ricorso ad un criterio del tutto alternativo, secondo cui *il danno è liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*²².

²² La relazione illustrativa osserva che l'inserimento del comma 3 dell'art. 2486 c.c. introduce un criterio di liquidazione dei danni conseguenti all'inosservanza dell'obbligo di gestire la società, dopo il verificarsi di una causa di scioglimento, al solo fine di preservare integrità e valore del patrimonio. La norma si fa carico di risolvere, anche in funzione deflattiva, il contrasto giurisprudenziale esistente in materia e l'obiettivo difficoltà di quantificare il danno in tutti i casi, nella pratica

Si tratta della prima o comunque più significativa ed esplicita applicazione del principio del *danno punitivo* nel nostro ordinamento. La quantificazione infatti prescinde totalmente dalla valutazione del comportamento del soggetto responsabile e dalla considerazione del rapporto di causalità e addossa l'onere risarcitorio in misura del tutto forfettaria, sulla base di elementi che possano risultare del tutto estranei alla fattispecie causativa dell'insolvenza. È quindi una disposizione squisitamente sanzionatoria che, con una forte deterrenza, punisce l'organo amministrativo per l'integrale e frontale violazione degli obblighi di ordinata amministrazione della società.

È significativo che il riconoscimento del danno punitivo sia avvenuto con riferimento alla responsabilità degli amministratori. Le Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza 6 maggio 2015, n. 9100 affrontando questa tormentata materia già misero in luce che la funzione sanzionatoria del risarcimento del danno non è più *incompatibile con i principi generali del nostro ordinamento, come una volta si riteneva, giacché negli ultimi decenni sono state qua e là introdotte disposizioni volte a dare un connotato lato sanzionatorio al risarcimento*. L'ingresso dei danni punitivi nel nostro ordinamento è avvenuto successivamente con la nota pronuncia delle Sezioni Unite che ha escluso la contrarietà all'ordine pubblico della sentenza statunitense comminatoria di un risarcimento punitivo (Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601). In questa pronuncia la Suprema Corte ha in particolare (ri)affermato che alla *responsabilità civile non è assegnato solo il compito di restaurare la sfera patrimoniale del soggetto che ha subito la lesione, poiché sono interne al sistema la funzione di deterrenza e questa sanzionatoria del responsabile civile*²³.

Il meccanismo sanzionatorio introdotto nell'ultima parte del terzo comma dell'art. 2486, *danno liquidato in misura pari alla differenza tra attivo e passivo accertati nella procedura*, realizza deterrenza e sanzione. Nello stesso tempo l'intero terzo comma assolve alla funzione di garantire in siffatte fattispecie risarcitorie così complesse e

molto frequenti, in cui mancano le scritture contabili o le stesse sono state tenute in modo irregolare.

²³ Cass., Sez. Un., 5 luglio 2017, n. 16601, in *Giur. it.*, 2017, 1787 con nota di A. DI MAJO; in *Nuova giur. comm.*, 2017, 1365, con nota di C. CONSOLO e S. BARONE. Sul punto v., pure, C. DE MENECH, *Verso il riconoscimento dei danni punitivi?*, in www.juscivile.it, 2017.

controvertibili, la tipicità delle ipotesi di condanna e di determinazione del danno, affinché possa essere prevedibile la valutazione del comportamento e più certe le conseguenze risarcitorie.

Per gli organi di controllo interno la garanzia dell'esercizio dei compiti di verifica e di segnalazione è invece affidata ad una disposizione premiale sul piano della responsabilità: la previsione del terzo comma del citato art. 14 c.c.i.i., che solleva i sindaci dal rischio e dall'onere della responsabilità solidale con gli amministratori, a condizione che i primi abbiano assolto all'obbligo di tempestiva segnalazione all'organo amministrativo di cui al comma 1 dell'art. 14 c.c.i.i. ed abbiano effettuato la tempestiva segnalazione all'OCRI di cui al secondo periodo del comma 2.

Queste misure, che possiamo definire “compensative”, non solo incidono sul tenore della responsabilità degli organi di controllo ma fanno assumere ad essi il ruolo di garanti *ex lege* del comportamento degli amministratori.

Questi sono infatti chiamati a supplire alla mancata osservanza da parte degli amministratori dell'obbligo di rilevazione e prevenzione della crisi, provvedendo, oltre che a verificarne l'adempimento, a rilevare essi stessi gli indizi di crisi e porre in essere la segnalazione all'OCRI, in caso di inerzia o di inadeguate reazioni da parte dell'imprenditore.

La violazione del dovere di controllo dell'esistenza e dell'efficiente funzionamento dell'assetto organizzativo adeguato a riconoscere e prevenire la crisi, comporta il diretto concorso con la scorretta e pregiudizievole condotta degli amministratori, aprendo la via alla condivisione di tutte le responsabilità conseguenti alla mancata rilevazione e prevenzione della crisi.

Sotto altro profilo, la garanzia dell'esercizio del controllo da parte dei *creditori pubblici qualificati* dei compiti di segnalazione di cui all'art. 15 c.c.i.i. è basata sulla previsione stabilita al primo comma dello stesso articolo *della pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti di cui sono titolari*.

La misura introdotta è assolutamente nuova sotto diversi e rilevanti profili. I creditori pubblici qualificati chiamati ad esercitare il controllo sono del tutto esterni alla sfera organizzativa del debitore e del tutto esterni alla società. A differenza che per l'organo di controllo interno ai creditori pubblici non è richiesto di adempiere ad alcun dovere

informativo sulle condizioni patrimoniali o sull'andamento della gestione del debitore. A questi non viene richiesto di valutare la correttezza o normalità della gestione, né potrebbero farlo, considerata la natura esclusivamente legale del credito fiscale, la cui fonte risiede in rigidi presupposti patrimoniali o reddituali.

Sui creditori pubblici qualificati ricade l'obbligo di dare al debitore un duplice avviso: che l'esposizione debitoria ha superato l'importo rilevante di cui al comma 2 dell'art. 15 c.c.i.i., e che se entro novanta giorni il debitore non avrà estinto o altrimenti regolarizzato per intero il proprio debito o, in ultima ipotesi, non avrà fatto ricorso al procedimento di composizione assistita della crisi oppure domanda di accesso ad una procedura di regolazione della crisi o dell'insolvenza, essi ne faranno segnalazione all'OCRI.

L'osservanza di quest'obbligo di segnalazione è presidiato, come già si è accennato, *a pena di inefficacia del titolo di prelazione spettante sui crediti dei quali sono titolari*, e per l'agente della riscossione *a pena dell'inopponibilità del credito per spese ed oneri di riscossione*.

Ci troviamo di fronte ad una tipologia di sanzione, i cui caratteri e portata sono del tutto inediti rispetto al sistema della responsabilità contrattuale o extra contrattuale. Essa non si riferisce alla inosservanza di un comportamento dovuto verso un creditore, vale a dire all'inadempimento di una prestazione che il debitore ha mancato di eseguire, né d'altra parte il contenuto della sanzione può essere ricondotto ad una prestazione risarcitoria secondo i principi dell'art. 1223 c.c. Il presupposto risiede nella istituzione a carico dei predetti creditori pubblici qualificati di un obbligo di carattere pubblicistico di segnalazione progressivamente gradato: prima indirizzato al debitore e, in caso di inerzia di quest'ultimo, all'OCRI.

Esso presenta profili certamente impegnativi ed onerosi, in quanto comporta una costante verifica ed aggiornamento dei dati dell'esposizione debitoria dei contribuenti e, anche per questo motivo, per presidiarne l'applicazione, necessita di un meccanismo sanzionatorio, che il codice della crisi ha previsto in forme particolarmente incisive.

La sanzione introdotta a presidio dell'osservanza dell'obbligo di segnalazione risulta straordinaria nel lessico, nel contenuto e nella portata. Nella formulazione della norma piuttosto che alla responsabilità si fa riferimento alla *pena*, sanzione questa che non

incide sulla responsabilità patrimoniale ma piuttosto sullo stesso diritto del creditore.

L'estinzione del diritto di credito per un effetto di comportamenti omissivi è presente nella nostra esperienza con la decadenza o la prescrizione ma sono queste fattispecie del tutto diverse, nelle quali l'inattività dell'avente diritto rileva in relazione al decorso del tempo.

La sanzione che colpisce i creditori pubblici qualificati è la conseguenza dell'inosservanza del comando attivo, *di segnalare tempestivamente*. Essa non comporta l'estinzione del diritto di credito che persiste integro, ma piuttosto la perdita delle possibilità che questo trovi soddisfazione privilegiata nel concorso.

La novità si manifesta almeno sotto due profili: a) *la pena dell'inefficacia del titolo di prelazione* si distingue per il carattere sostanzialmente *ablatorio*, in quanto comporta il venir meno della componente prelatizia del credito; b) i creditori pubblici qualificati, attraverso il degrado in chirografo, vengono destinati, quale *contrapassum*, a subire le perdite derivanti dal concorso al pari della massa dei chirografari.

Al fine di comprenderne la portata deve essere considerato che la formazione di una esposizione debitoria *incagliata* di carattere tributario di rilevante importo costituisce, nel procedimento di allerta, l'indizio più esplicito dello stato ormai grave della crisi. Presumibilmente nel momento in cui interviene la segnalazione dei creditori pubblici qualificati non solo il debitore ha mancato ai doveri di rilevazione e prevenzione ma anche l'organo di controllo ha fallito nel compito di avvertire i sintomi della crisi e di porre in essere le misure cui è tenuto.

L'obbligo di segnalazione dei creditori pubblici qualificati costituisce pertanto una disposizione di chiusura del sistema dell'allerta, con la quale a soggetti pubblici, quali i creditori pubblici qualificati, viene prescritto di controllare e segnalare una delle circostanze ritenute più gravi e significative affinché la crisi del debitore possa essere *trattata* nella procedura di allerta.

La segnalazione della sofferenza debitoria fiscale e/o previdenziale non realizza ma piuttosto si interseca con la richiesta di adempimento del credito scaduto, da parte dei creditori pubblici, restando l'esazione del credito attività distinta, alla quale, secondo modalità proprie, deve

attendere l'Agenzia delle entrate, l'Istituto nazionale della previdenza sociale e l'agente dalla riscossione.

9. Riflessioni conclusive

Come sopra illustrato, il codice della crisi cambia la prospettiva entro cui deve essere affrontata e gestita la crisi del debitore che viene affidata preliminarmente a strumenti volti ad evitare o contenere il formarsi delle condizioni di insolvenza e solo in via residuale agli strumenti di soddisfazione sul patrimonio attraverso l'esecuzione individuale o concorsuale.

In tal senso profonde e significative sono state le modificazioni prodotte nel sistema del diritto civile delle obbligazioni e dei contratti, nei compiti degli amministratori e dell'organo di controllo, delle banche, e addirittura dello Stato, quale creditore per contributi fiscali e previdenziali.

Sono stati assegnati nuovi importanti ruoli: al debitore il compito di garantire l'idoneità della propria capacità di adempiere alle obbligazioni assunte e di agire con tempestività per prevenire la crisi; all'imprenditore ed agli amministratori l'ulteriore compito di approntare un assetto organizzativo adeguato alla realizzare di tali obiettivi; alle banche di fornire anche agli organi di controllo i dati significativi sulla evoluzione dei rapporti di credito; agli organi di controllo di vigilare nel continuo sull'idoneità dell'assetto organizzativo e sulla presenza di segnali di crisi; agli stessi organi di controllo ed ai creditori pubblici qualificati di supplire all'inerzia o insufficienza del debitore attraverso i diversi doveri di segnalazione.

In questa fase di avvio va rilevato che gli spazi anche temporali entro i quali questi protagonisti dovranno dare efficiente ed efficace attuazione ai loro nuovi compiti potranno risultare tutt'altro che agevoli.

Criticità potranno manifestarsi in relazione alla compatibilità delle misure di prevenzione da intraprendere ed i tempi che la nuova disciplina prevede come disponibili. Va osservato che l'eventuale difetto di tempestività nella rilevazione e prevenzione della crisi non può essere facilmente recuperato attraverso il ricorso a misure protettive, quali quelle che nella legge fallimentare offriva l'art. 168 l.

fall., con il ricorso al concordato con riserva e poi all'accordo di ristrutturazione o al concordato.

L'articolo 8 c.c.i.i. infatti stabilisce ora una regola di carattere generale, come è stato osservato *davvero di portata dirompente*²⁴, disponendo che *“la durata complessiva delle misure protettive non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe”*. Ciò in conformità dell'art. 6, par. 8, della Dir. UE 2019/1023 del 20 giugno 2019 che, nel consentire al debitore di beneficiare della sospensione delle azioni esecutive individuali in modo da favorire lo svolgimento delle trattative nelle procedure di ristrutturazione, indica, nel par. 6, la durata massima di quattro mesi della sospensione delle azioni esecutive individuali, precisando nel par. 8 che *«la durata totale della sospensione delle azioni esecutive individuali, incluse le proroghe e i rinnovi, non supera i dodici mesi»*²⁵.

In particolare gli strumenti di allerta esterna, da parte dei creditori pubblici qualificati o interna, da parte degli organi di controllo, pur costituendo uno strumento di intervento robustamente strutturato, devono confrontarsi con il tenore e la tempistica dei dati da valutare.

I primi, *creditori pubblici qualificati*, segnalano in modo sostanzialmente meccanico un grave inadempimento di fatto già registrato, rispetto al quale il debitore è chiamato entro novanta giorni a indicare le modalità di estinzione o regolarizzazione del debito, anche attraverso le procedure di risoluzione della crisi. In difetto si avrà la segnalazione all'OCRI e agli organi di controllo della società.

I secondi, *organi di controllo*, acquisiscono dati secondo un processo strutturato che necessita di appropriati tempi tecnici. Essi devono infatti raccogliere informazioni sia su eventi già verificatisi, quali la

²⁴ G. BOZZA, *Protezione del patrimonio negli accordi di ristrutturazione e nei concordati nel codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza, d. lgs. 12 gennaio 2019, n. 14.*, in *ildirittodegliaffari.it*, 2019.

²⁵ La durata annuale nel codice della crisi è dimezzata nel corso della procedura di composizione concordata della crisi, ove l'art. 20, comma 3, prevede che *la durata iniziale delle misure protettive non può essere superiore a tre mesi e può essere prorogata anche più volte, su istanza del debitore, fino al termine massimo di cui all'articolo 19, comma 1, a condizione che siano stati compiuti progressi significativi nelle trattative tali da rendere probabile il raggiungimento dell'accordo, su conforme attestazione resa dal collegio di cui all'articolo 17 e il termine massimo di cui all'art. 19, comma 1 è di tre mesi prorogabile fino ad un massimo di ulteriori tre mesi, ossia sei mesi complessivi.*

diminuzione del fatturato o la perdita di clientela, la sopravvenuta inesigibilità di crediti, il manifestarsi di perdite o di sopravvenienze negative, ma anche assumere, attraverso indici predittivi, proiezioni sulla sostenibilità del debito nei sei mesi successivi rispetto ai flussi di cassa attesi. Essi ricevono inoltre informazioni dalle banche e dagli stessi creditori pubblici qualificati. A seguito di tale complesso processo acquisitivo e valutativo avviene la segnalazione all'organo amministrativo ed, in difetto di adeguata risposta ed iniziativa da parte di questo, all'OCRI.

È nella nuova fase del necessario confronto interno tra organo amministrativo e di controllo che, ad avviso di chi scrive, si misura la possibilità di addivenire nei tempi previsti dalla normativa alla soluzione della crisi. Infatti l'assenza di una adeguata risposta, pur essendo assistita dall'intervento dell'OCRI, può denunciare l'impossibilità di una strategia che più difficilmente può essere costruita *ab ovo* nel rispetto dei tempi contingentati per le misure di protezione.

In assenza di un piano già elaborato dal debitore, i tempi necessari per la lavorazione del caso da parte dell'OCRI, possono comportare inevitabilmente il rischio di un ulteriore aggravamento della crisi o comunque un impoverimento delle soluzioni disponibili sino a ridursi nel *worst-case scenario* alla liquidazione concordataria o giudiziale.

In definitiva solo l'individuazione tempestiva delle misure adeguate potrà risolvere la crisi con modalità diverse da quelle liquidatorie, altrimenti la costruzione in tempi utili dell'alternativa all'insolvenza appare incerta e non priva di difficoltà.

