

INTRODUZIONE

Il presente elaborato si occupa di analizzare le disposizioni fornite dal nuovo Decreto (D.L. 118 del 2021), con particolare riguardo al ruolo che i creditori finanziari assumono nel corso delle trattative con il debitore.

In primo luogo, fornendo un'introduzione alla materia della crisi d'impresa, si è analizzata la sua evoluzione nell'assetto normativo italiano.

In particolare, vengono individuate le rispettive definizioni di stato di crisi e di stato di insolvenza, ponendo l'attenzione sulla distinzione tra crisi e insolvenza.

Successivamente si definiscono le disposizioni contenute nel nuovo Decreto, il quale determina una novità: l'introduzione di un percorso stragiudiziale rappresentato dall'istituto della composizione negoziata della crisi. Tale strumento permette all'imprenditore che si trova in difficoltà, purché presenti concrete prospettive di risanamento, di formulare e concludere un accordo con i proprio creditori.

All'interno della composizione è stata introdotta una nuova figura professionale, rappresentata dall'esperto, che ha la funzione di agevolare le trattative, al fine di individuare una soluzione idonea.

A fronte di un possibile esito negativo del percorso in questione, l'imprenditore potrà presentare una proposta di concordato semplificato con cessione dei beni; semplificato riguardo al suo procedimento (ad esempio manca la previsione dell'approvazione per la sua omologazione di un percentuale qualificata dei creditori, ai quali è solo riconosciuto un diritto di opposizione).

Nell'ultimo capitolo si esamina nel particolare la fase della negoziazione, delineando i doveri che la legge impone alle parti di assumere e rispettare. Particolari obblighi vengono disposti per le banche, gli intermediari finanziari, nonché i loro mandatari in vista del loro ruolo determinante per le possibilità di risanamento dell'impresa stessa. Vengono delineate, a tale proposito, le modalità di svolgimento delle trattative tra l'imprenditore ed i suoi creditori, in particolare con il ceto bancario.

In conclusione si formulerà una valutazione circa le responsabilità e le conseguenze che derivano da un'inosservanza dei doveri imposti dalla legge ad opera dei creditori finanziari.

CAPITOLO I

L'evoluzione della nozione di Crisi d'Impresa nel panorama normativo italiano

1.1 *Definizione di Crisi d'impresa*

La Crisi d'impresa trova origine in epoca medievale, con le c.d. “societas mercatorum”, ossia le società mercantili italiane. A quell'epoca quando il mercante non riusciva più a far fronte ai propri debiti era considerato come un ladro (“decoctor ergo fraudator”), poiché l'insolvenza veniva considerata una situazione dipendente da cause a lui imputabili¹. Vi era, quindi, una visione punitiva dell'imprenditore in crisi: lo scopo era la sua eliminazione dal mercato e la liquidazione del suo patrimonio. In questo modo si introdusse per la prima volta il Fallimento, considerato l'unica soluzione per porre rimedio all'insolvenza del debitore e per tutelare, nel rispetto del principio della c.d. “par condicio creditorum” (secondo il quale i creditori hanno diritto di essere soddisfatti in pari misura percentuale, salvo le cause legittime di prelazione).

Successivamente nel 1942, con l'entrata in vigore il Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, meglio conosciuta come la Legge Fallimentare (L.F.), si è riconosciuta una regolamentazione normativa compiuta del fallimento e delle altre procedure concorsuali. È stato introdotto per la prima volta il concetto di insolvenza, intesa come condizione di incapacità non solo passata ma anche in un'ottica futura di far fronte alle proprie obbligazioni. È stato individuato, inoltre, l'imprenditore commerciale come soggetto fallibile, anziché il commerciante.

La normativa del '42 sottoponeva l'imprenditore fallito a delle severe sanzioni che caratterizzavano la considerazione che si aveva all'epoca della persona fallita. In particolare, si prevedevano una serie di

¹ F. MARZANO, *La storia del Diritto Fallimentare: le origini e le evoluzioni*, www.rotaract.it, pag. 1.

disposizioni volte a limitare la libertà personale, tra le principali²:

- La corrispondenza diretta al fallito veniva consegnata al curatore, il quale aveva diritto a trattenere tutto ciò che riguardasse il patrimonio mentre per la parte con contenuto diverso era tenuto a mantenerne il segreto. In particolare, al momento di dichiarazione di fallimento, ne veniva informata l'amministrazione postale, alla quale veniva indicato l'indirizzo postale per provvedere alla consegna della corrispondenza direttamente al curatore (art. 48 L.F.).
- Il fallito non poteva allontanarsi dalla sua residenza senza il permesso del giudice delegato, ed inoltre doveva presentarsi personalmente al curatore o al comitato dei creditori, a norma dell'art. 49 L.F. Colui che non avesse adempiuto a tale obbligo poteva anche essere accompagnato dalla forza pubblica (c.d. accompagnamento coattivo), sempre su disposizione del giudice, prevedendo anche la possibilità di sanzioni penali (tra le quali la reclusione da sei a diciotto mesi).
- Era istituito il Registro dei Falliti. Dopo la dichiarazione di fallimento, il fallito veniva iscritto a tale registro presso la cancelleria del Tribunale. Con l'iscrizione si applicavano diverse incapacità e limitazioni personali oltre alla discriminazione di tale categoria di imprenditori, appunto falliti, che voleva sottolineare la legge. Solo con la riabilitazione avveniva la cancellazione dal registro.
- Un'altra limitazione era rappresentata dalla perdita dell'elettorato attivo e passivo ricollegata dall'art. 2, n. 2, del Testo Unico in materia di elettorato (D.P.R. 20 marzo 1967, n. 223), con la conseguenza della perdita di requisiti indispensabili per l'iscrizione a diversi albi professionali e quindi l'impossibilità, per il fallito, di esercitare professioni come per esempio quella di avvocato.

Questo testo normativo, con il passare del tempo e l'evoluzione della concezione della crisi, viene messo in discussione, in quanto muta il quadro politico ed economico in cui era venuta a crearsi e di

² G. LAZOPPINI, *Lo stato di insolvenza ex art. 5 legge fallimentare*, 28 novembre 2018, www.altalex.com, pag. 2.

conseguenza viene meno l'impostazione sanzionatoria tipica della Legge Fallimentare. L'imprenditore non viene più considerato secondo un'ottica punitiva e quindi trattato come un recluso, bensì questa prospettiva viene sostituita da una prospettiva "di ripresa".

A tale proposito, il 9 gennaio 2006 viene elaborata una nuova riforma, ossia il D.lgs. n. 5/2006, con cui viene istituita la cosiddetta "nuova" Legge Fallimentare: il Legislatore, oltre all'interesse dei creditori, si concentra anche sulla conservazione dei valori aziendali, rivoluzionando ulteriormente la disciplina ed introducendo un sistema di benefici e strumenti che consente all'imprenditore in crisi una seconda possibilità.

Tra gli aspetti rilevanti introdotti dalla riforma, che segnano questa nuova visione, rientra sicuramente la previsione dell'istituto giuridico della esdebitazione, quale strumento che consente al fallito la liberazione dei debiti non soddisfatti, una volta conclusa la procedura fallimentare, in modo da permettergli di recuperare la capacità di svolgere un'attività economica nuova. Inoltre, un'ulteriore novità rispetto alla vecchia legge, la quale definì il concetto di insolvenza, è data dal riconoscimento, con la riforma del 2006, del concetto di crisi che viene così normativizzato.

Negli ultimi anni l'Italia ha attraversato un lungo periodo di crisi economica, sicuramente anche questa circostanza ha influito nella scelta del legislatore di intervenire nella materia, creando un assetto normativo che fosse idoneo a consentire una rilevazione tempestiva della crisi, in modo da anticipare l'emersione e ridurre l'impatto dei suoi effetti. Pertanto, il tema della crisi, è un elemento importante nell'ambito dell'attività d'impresa e la sua percezione ed analisi può essere determinante per la vita ed il futuro dell'azienda, in particolare riguardo alle sue possibilità di ripresa.

In primo luogo, dobbiamo chiederci qual è il significato della Crisi d'impresa e quali situazioni essa identifica: ad oggi è considerata una disciplina, ormai divenuta una vera e propria scienza, fondamentale per regolare le eventuali situazioni di fallimento dell'imprenditore³.

³ M. SANDULLI, G. D'ATTORRE, *Manuale delle procedure concorsuali*, Giappichelli, 2016, pag. 2.

Tale disciplina prevede un carattere di concorsualità, disponendo una serie di procedure, dette per l'appunto "concorsuali", che si differenziano dalle procedure esecutive individuali, in quanto ad esse concorrono tutti i creditori. La differenza si

Innanzitutto, si rende opportuno chiarire il concetto di **azienda**, definita, invece, come “*il complesso dei beni organizzati ed utilizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa*” (a norma dell'art. 2555 c.c.). Nello specifico, Gino Zappa nel suo scritto si riferisce all'azienda come “*istituto economico destinato a perdurare che, per il soddisfacimento dei bisogni umani, ordina e svolge in continua coordinazione, la produzione, o il procacciamento e il consumo della ricchezza*”⁴.

Da questa definizione, la quale precisa che l'azienda sia un istituto *destinato a perdurare*, si evince uno degli assunti più importanti alla base dell'attività imprenditoriale, ossia il principio di continuità aziendale.

Per **continuità aziendale**, o “*going concern*”, si intende il presupposto secondo il quale l'impresa è in grado di continuare a svolgere la propria attività in una probabile prospettiva futura, senza la necessità di ricorrere alla sua liquidazione o all'utilizzo di procedure concorsuali⁵. Essa è legata all'economicità aziendale, la quale misura la capacità dell'impresa di massimizzare le risorse impiegate, ma soprattutto di assicurare condizioni di equilibrio che consentono all'azienda di perdurare nel tempo.

Una corrispondenza normativa a riguardo è rinvenibile all'art. 2423-bis del Codice Civile, in merito ai principi di redazione del bilancio, in cui si specifica che “*la valutazione delle voci deve essere fatta secondo prudenza e nella prospettiva della continuazione dell'attività*”, assumendo rilevanza anche in tema di bilancio d'esercizio.

È risultato ragionevole fornire un'introduzione generale in merito poiché, in primo luogo, la continuità aziendale rappresenta uno degli obiettivi fondamentali dell'attività d'impresa, ed attualmente è una delle priorità che il diritto della crisi si propone di tutelare. Il venir meno di questa condizione, infatti,

riscontra nel fatto che nelle procedure concorsuali nessun creditore ha particolare vantaggio ad essere il primo ad agire, mentre nella procedura esecutiva individuale il primo che agisce può “scegliere” il bene da pignorare mentre l'ultimo potrebbe rischiare di ottenere un minor soddisfacimento. Tali procedure di fatti si basano sul principio della “par condicio creditorum” (parità di soddisfazione, indipendentemente da chi per primo ha attivato la procedura) ed hanno una caratteristica in comune: pongono un vincolo sul patrimonio del debitore (che viene sottratto alla sua disponibilità). Questo perché si sostituisce la tutela individuale dei singoli creditori, che rappresenta una tutela collettiva nella quale l'intero patrimonio è unitamente gestito e destinato al soddisfacimento dei creditori.

⁴ G. ZAPPA, *Le produzioni nell'economia delle imprese*, vol. I, Milano, 1957, p. 37.

⁵ ODCEC (Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili), *La continuità aziendale*, Roma, 2016, pag.5.

comporta delle conseguenze negative che si riversano direttamente sul patrimonio del debitore, la cui integrità è salvaguardata ai fini delle procedure concorsuali. In secondo luogo, questa intenzione della disciplina, volta alla conservazione dell'azienda piuttosto che alla sua liquidazione, è invero una considerazione che si è venuta a formare nel corso del tempo.

Sebbene nel corso degli anni la legislazione abbia apportato modifiche continue, non si è mai arrivati ad una soluzione univocamente concordata, fino a quando il 14 Febbraio del 2019 è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il Decreto Legislativo n.14/2019 denominato “**Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza**” (o più semplicemente CCII), volto a sostituire definitivamente il Regio decreto n.267/1942.

La riforma mira a unificare in un unico corpo normativo qualsiasi situazione di crisi e di insolvenza, in particolare tra i principali miglioramenti prodotti si sottolineano⁶:

- La sostituzione del termine “fallimento” con “liquidazione giudiziale”;
- La definizione di “stato di crisi” e di “stato di insolvenza”;
- La preferenza per la continuità aziendale rispetto all’ipotesi liquidatoria;
- L’adozione di un unico modello per l’accertamento dello stato di crisi o di insolvenza.

Una volta chiarita la normativa di riferimento, per comprendere al meglio le ulteriori novità introdotte all’interno della disciplina della Crisi d’impresa, si rende opportuno chiarire il concetto di crisi.

A tale proposito, nonostante si senta spesso parlare di questo argomento, non sempre viene spiegato correttamente il suo significato, che può assumere in diversi contesti.

Secondo un punto di vista giuridico, la **crisi** rappresenta il presupposto oggettivo per l’attivazione degli strumenti di composizione negoziale della crisi stessa, mentre in ambito aziendale trova diverse formulazioni, anche se possiamo concludere che sia generalmente considerata come un fenomeno

⁶ A. PEZZUTO, *La riforma del Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza in una prospettiva europea*, Diritto Fallimentare e Crisi di impresa, 11 Dicembre 2021, pag. 1 “[...] Il Codice della crisi persegue un **triplice obiettivo**: i) riformare la disciplina delle procedure concorsuali; ii) semplificare il quadro normativo nel suo complesso, allo scopo di superare le difficoltà applicative e interpretative che derivano dalla formazione di indirizzi giurisprudenziali non consolidati e contrastanti; iii) soddisfare l’esigenza di certezza del diritto e migliorare l’efficienza del sistema economico in modo tale da renderlo più competitivo anche nel confronto internazionale.

patologico della vita aziendale, che si presenta con importanti squilibri economici, patrimoniali e finanziari ⁷.

Alcuni individuano tre tipologie di crisi che possono manifestarsi: crisi finanziaria, crisi economica, crisi economica-finanziaria. La *crisi finanziaria* sorge quando è presente un forte squilibrio finanziario per il quale l'impresa non è più in grado di ottenere finanziamenti sostitutivi. In tale situazione non è possibile né cambiare la struttura finanziaria o reperire risorse finanziarie e neanche realizzare nuovi investimenti utili a rimborsare quelli precedenti. Generalmente si verifica quando l'impresa non ha a disposizione risorse finanziarie tali da consentire una "gestione economicamente equilibrata"⁸.

La *crisi economica* sussiste, invece, quando il disequilibrio economico è tale che l'impresa non riesce a ricoprire con i ricavi i relativi costi di produzione, di conseguenza si trova in condizioni di difficoltà, ovvero in riferimento alla domanda dei beni e servizi oggetto della produzione o riguardo ai costi della produzione. Infine, per *crisi economico-finanziaria* si intende uno squilibrio derivante da un pesante indebitamento sugli investimenti non produttivi, anche se sono presenti altri investimenti produttivi che mantengono provvisoriamente vitale l'azienda. La presenza di oneri finanziari determinano un prevedibile dissesto e quindi l'impresa, a differenza della sola crisi economica, ha già subito una perdita e dovrà procedere alla sua sistemazione finanziaria⁹.

Altri ancora compiono una distinzione tra:

- *Crisi patrimoniali*: derivanti da squilibri economici-finanziari e che possono dare luogo a loro volta a crisi di tipo economico o di tipo finanziario;
- *Crisi non patrimoniali*: investono l'aspetto organizzativo e funzionale dell'azienda e possono sfociare nelle c.d. crisi di legalità (consistenti in violazioni di norme).

Entrambe, a seconda delle loro possibilità di ripresa, possono essere considerate sanabili oppure

⁷ S. PAOLUCCI, *Crisi d'impresa e situazione economico-finanziaria di gruppo*, Università degli Studi di Roma Tre, 2010/2011, pag. 4.

⁸ P. CAPALDO, *Crisi d'impresa e suo risanamento*, dalla rivista *Banche e Banchieri* anno IV n° 5, pag. 315 ss.

⁹ CFR. S. PAOLUCCI, *Crisi d'impresa e situazione economico-finanziaria di gruppo*, pag. 10.

insanabili.

La tipologia di crisi sulla quale però si è concentrata l'attenzione dei legislatori è la crisi finanziaria, in quanto comporta direttamente conseguenze negative sui rapporti esterni dell'impresa e in particolar modo sui creditori¹⁰.

Allo stesso tempo però, secondo la dottrina, la crisi non è solo finanziaria: specifica che proprio dalla normativa si evince come la rilevazione della crisi derivi da valutazioni di natura patrimoniale oltre che finanziaria che *“sono le stesse norme dedicate all'allerta ad evidenziare come la rilevazione della crisi, in concreto ed al di là del sintetico abstract normativo, passi necessariamente attraverso valutazioni di natura patrimoniale, oltreché finanziaria, dal momento che l'art. 13, comma 1, fa riferimento sia alla continuità aziendale (e quindi anche all'evoluzione del patrimonio netto), sia all'adeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi[...]. In definitiva, il modello di crisi proposto dal CCII guarda a tale fenomeno sia nell'ottica di un disallineamento tra flussi di cassa e pagamenti da eseguire, sia nella prospettiva di valutare predittivamente uno sbilancio in termini negativi tra crediti e debiti”*¹¹.

Possiamo dunque affermare che la crisi presenta in sé diverse elaborazioni che la collocano in differenti tipologie a seconda del contesto nel quale viene analizzata. Proprio per la varietà dei significati che essa contiene in sé, è stato necessario introdurre a livello normativo un suo riconoscimento, al fine di evitare confusioni sulla materia.

Ad oggi, la Crisi d'impresa trova una sua puntuale definizione all'Art. 2 del Codice della Crisi d'impresa (CCII), illustrata come: *“lo stato di **squilibrio economico-finanziario** che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate”*.

¹⁰ A. NIGRO, *La disciplina delle crisi patrimoniali delle imprese. Capitolo I: Lineamenti generali, Gli strumenti di soluzione delle crisi di impresa*, Giappichelli, 2012, pag. 4-5.

¹¹ M. TERENCE, *Insolvenza in prospettiva, crisi, indicatori ed “indici di allerta” tra Legge Fallimentare e nuovo Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza*, www.IIFallimentarista.it, 20 Febbraio 2020.

Affinché tale definizione potesse essere il più appropriata possibile, è stata oggetto di correzioni e miglioramenti, come si evince dal Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 67 del 18 Ottobre 2020. Con questo correttivo, viene sostituito il termine “*difficoltà*” con l’espressione “*squilibrio economico-finanziario*”, poiché si tiene conto delle considerazioni operate dalla scienza aziendale, conformandosi così a quanto stabilito dalla Legge delega n.155/2017 che prevede all’art. 2, comma 1, lettera c) di “*introdurre una definizione dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, anche tenendo conto delle elaborazioni della scienza aziendalistica*”¹².

Inoltre, sempre secondo la stessa prospettiva, sono stati introdotti degli “*indici della crisi*”, il cui dato comune è dato proprio dallo squilibrio, il quale ha circoscritto e definito il concetto di crisi. Di fatto, l’art. 13 del CCII considera “*indicatori di crisi gli squilibri di carattere reddituale, patrimoniale o finanziario, rapportati alle specifiche caratteristiche dell’impresa e dell’attività imprenditoriale svolta dal debitore*”. La norma specifica che tali indicatori devono essere “*rilevabili attraverso appositi indici che diano evidenza della **non sostenibilità dei debiti per almeno i sei mesi successivi e dell’assenza di prospettive di continuità aziendale per l’esercizio in corso***”: anche in questo caso, le modifiche del correttivo, tenendo in considerazione gli studi della disciplina aziendalistica, hanno sostituito il termine “*sostenibilità*” con “*non sostenibilità*”, e hanno precisato che tali debiti riguardano “*almeno i sei mesi successivi*” e debbano dare evidenza “*dell’assenza di prospettive di continuità aziendale*”.

Inoltre, individua come “*indici significativi quelli che misurano la non sostenibilità degli oneri dell’indebitamento con i flussi di cassa che l’impresa è in grado di generare e l’inadeguatezza dei mezzi propri rispetto a quelli di terzi*”, inserendo “*inadeguatezza*” al posto di “*adeguatezza*”.

È stata così fornita un’idonea e completa definizione di quello che rappresenta la crisi d’impresa per poter comprendere la materia di riferimento.

¹²F. LAMANNA, *La corretta definizione di “crisi” e di “indici della crisi” secondo il primo Correttivo al Codice della crisi e dell’insolvenza*, www.ilFallimentarista.it, 20 Marzo 2020, pag. 1.