

CHIARA RAVINA *

RIFLESSIONI E SPUNTI SULLA RECENTE RIFORMA DELLA LEGGE FALLIMENTARE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Aspetti critici della normativa vigente in materia di crisi di impresa. – 3. Le novità introdotte dal Decreto Sviluppo in materia di concordato preventivo; accordi di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis* l. fall. e piani attestati: brevi cenni. - 4. Possibili “aree di intervento” ulteriori nell’ambito della normativa vigente – (a) Istituti di prevenzione e di allerta; (b) Il concordato preventivo. – 5. Conclusioni.

1. Premessa

Il presente intervento ha ad oggetto (i) un’analisi dei profili di maggiore criticità della disciplina vigente in materia di procedure concorsuali, accordi di ristrutturazione del debito e piani attestati; (ii) le principali novità introdotte dalla recente riforma della legge fallimentare contenuta nella Legge 7 agosto 2012 n. 134 di conversione del decreto legge 22 giugno 2012 n. 83 (c.d. “**Decreto Sviluppo**”); e (iii) lo svolgimento – senza alcuna pretesa di esaustività - di alcune considerazioni in merito a possibili ulteriori “aree di intervento” finalizzate a rimuovere/limitare queste criticità, anche sulla base delle procedure applicate in altri Paesi europei.

2. Aspetti critici della normativa vigente in materia di crisi di impresa

Il diritto fallimentare ha subito, negli ultimi anni, importanti modifiche finalizzate a determinare un cambiamento della concezione della crisi di impresa e delle modalità della sua gestione¹.

* Avvocato Studio legale Riolo Calderaro Crisostomo e associati, Milano

Al riguardo vale la pena segnalare che, ancor prima delle modifiche da ultimo apportate con il Decreto Sviluppo, le procedure concorsuali sono state oggetto di una riforma “organica”², che ha rappresentato un passo significativo verso la modernizzazione della disciplina della crisi di impresa, i cui obiettivi erano essenzialmente di: (i) incentivare l'emersione precoce della crisi di impresa, riducendone i costi e garantendo una tutela diretta del ceto creditorio; (ii) offrire procedure alternative per la risoluzione preventiva e stragiudiziale della crisi; (iii) garantire una gestione rapida ed efficiente della crisi d'impresa.

In quest'ottica il concordato preventivo veniva profondamente modificato, al fine di farlo diventare l'istituto centrale per favorire l'emersione anticipata della crisi e la continuazione dell'attività d'impresa. Venivano introdotte nuove soluzioni concordate, quali gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani attestati di risanamento, nei quali l'autonomia contrattuale ha un ruolo fondamentale nella composizione e gestione della crisi.

Successivamente, nel 2010, per incentivare l'utilizzo di questi nuovi istituti venivano introdotti³: (i) la prededuzione per i finanziamenti erogati in attuazione di concordati preventivi ovvero di accordi di ristrutturazione dei debiti e per i finanziamenti– ponte concessi ed erogati nella fase delle trattative; (ii) l'esenzione dai reati di bancarotta semplice e preferenziale per i pagamenti e le operazioni compiute in esecuzione del concordato preventivo, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e dei piani attestati di cui all'art. 67 lett. d) l. fall.; (iii) l'anticipazione del blocco delle azioni

(¹) Il processo di formazione delle nuove norme è nato dall'esigenza di permettere agli attori della vita economica di disporre di strumenti idonei a rispondere in modo efficace alle mutate e mutevoli condizioni economico-patrimoniali delle imprese. E' stato da più parti rilevato che il sistema del R.D. n. 267 del 1942, antecedente alla riforma, guardava all'imprenditore in difficoltà (leggasi “insolvente”) come ad un soggetto da isolare ed allontanare dalla vita economica, enfatizzando gli aspetti di merito nel comportamento dello stesso, aspetti richiamati dalla precedente formulazione dell'art. 160 l. fall. e che la novella ha eliminato.

Di più, la legge del 1942 non permetteva all'imprenditore di affrontare l'insolvenza con strumenti diversi da quelli previsti nella legge fallimentare o meglio lo spazio lasciato all'imprenditore era molto limitato. Infatti, rispetto al precedente codice di commercio, il legislatore del '42 aveva tolto l'obbligo di denunciare in termini perentori il proprio inadempimento (art. 686 c.co.).

(²) La riforma delle procedure concorsuali attuata con modifiche al R.D. n. 267/1942 è stata realizzata in tre tempi con il decreto legge 14 marzo 2005 n. 35 (convertito dalla legge 14 maggio 2005 n. 80); con il decreto legislativo 9 gennaio 2006 n. 5 e con il decreto legislativo 12 settembre 2007 n. 169.

(³) Decreto legge 78 del 31 maggio 2010 convertito con modificazioni dalla legge 30 luglio 2010 n. 122.

esecutive e cautelari nella fase antecedente la pubblicazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti nel registro delle imprese.

I primi anni di applicazione della legge hanno evidenziato, tuttavia, che gli obiettivi perseguiti non sono stati realizzati compiutamente e i nuovi istituti sono stati scarsamente utilizzati, in ragione di alcune incertezze normative e lacune della disciplina.

Sono esempi di tali lacune, inter alia: (i) l'applicabilità della prededuzione dei finanziamenti – ponte ai soli concordati preventivi e accordi di ristrutturazione dei debiti omologati; ciò può risultare un “disincentivo” all'erogazione di finanziamenti ad imprese in crisi in trattative con i creditori stante l'incertezza che accompagna il procedimento di omologa; (ii) la non applicabilità della prededuzione ai finanziamenti – ponte relativi a piani attestati *ex art. 67 lett. d) l. fall.*, che restringe notevolmente il novero delle ipotesi in cui le banche possono beneficiare di questo strumento; (iii) la mancanza di una disciplina organica e strutturata che consenta un'effettiva protezione del patrimonio dell'imprenditore da azioni esecutive individuali dei creditori durante la fase (spesso lunga) che precede la presentazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero di un piano di concordato preventivo (momento a far data dal quale decorre per l'appunto la sospensione *ex lege* delle azioni esecutive e cautelari).

3. Le novità introdotte dal Decreto Sviluppo in materia di concordato preventivo; accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l. fall.* e piani attestati: brevi cenni

Le predette lacune hanno indotto il legislatore ad intervenire nuovamente sul testo della legge fallimentare con il Decreto Legge 22 giugno 2012 n. 83 (pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 26 giugno 2012 n. 147) (di seguito, il “Decreto Sviluppo”).

Il Decreto Sviluppo è stato convertito in legge con modificazioni dalla legge di conversione 7 agosto 2012 n. 134 (pubblicata in Gazzetta Ufficiale

n. 187 del 11-8-2012 - Suppl. Ordinario n.171), che è entrata in vigore lo scorso 12 agosto 2012.

L'art. 33 co. 1 e 2 del Decreto Sviluppo, come modificato in sede di conversione in legge, ha introdotto numerose e rilevanti modificazioni della legge fallimentare, intervenendo, in particolare, in materia di concordato preventivo, piano attestato *ex art. 67 l. fall.* e accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l. fall.*

Il c. 3 dell'art. 33 prevede che "Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché ai piani di cui al comma 1, lettera a), n. 1 [piani attestati di risanamento *ndr*] elaborati successivamente al predetto termine".

Le principali novità possono essere così sintetizzate:

Con riguardo al concordato preventivo la nuova disciplina prevede:

- a. proposta concordataria differita – "automatic stay" (art. 161, co. 5 l. fall.):
l'imprenditore può depositare il ricorso per l'ammissione alla procedura concordataria, unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta di concordato, il piano e la documentazione ancillare alla proposta in un termine, fissato dal giudice mediante decreto, compreso tra i 60 ed i 120 giorni (eventualmente prorogabile di ulteriori 60 giorni, in presenza di giustificati motivi).
Nell'ipotesi in cui la domanda di concordato differita venga introdotta in pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento, il predetto termine non può essere superiore ai 60 giorni (prorogabile di non oltre 60 giorni, in presenza di giustificati motivi).

Nel periodo tra il deposito del ricorso e il deposito della domanda di concordato e relativa documentazione l'imprenditore è soggetto a obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria

dell'impresa, disposti dal tribunale nel decreto con il quale viene fissato il termine di cui al periodo precedente. La violazione di tali obblighi comporta l'inammissibilità della proposta di concordato ai sensi dell'art. 162 l. fall.

Dalla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle Imprese – pubblicazione a cura del cancelliere entro il giorno successivo al deposito del ricorso nella cancelleria del Tribunale - opera il divieto per i creditori di inizio o prosecuzione di azioni esecutive o cautelari nonché il divieto di acquisire titoli di prelazione ("automatic stay").

Condizione di ammissibilità della proposta concordataria differita è che il debitore non abbia, nei due anni precedenti, presentato altra proposta alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo⁴.

b. Inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritti nei 90 giorni precedenti (art. 168 l. fall.):

le ipoteche giudiziali iscritte entro i 90 (novanta) giorni antecedenti la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato.

c. Scioglimento dai contratti pendenti (art. 169 bis l. fall.):

il debitore che presenta il ricorso per l'ammissione al concordato preventivo può, sia in sede di deposito del ricorso sia a seguito dell'ammissione, chiedere al Tribunale l'autorizzazione a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso.

La previsione non è applicabile ad alcune tipologie di contratti (rapporti di lavoro subordinato; preliminari di vendita di immobili ad uso abitativo trascritti; finanziamenti destinati ad un specifico affare; locazione di immobili).

⁽⁴⁾ E' evidente l'analogia tra questa previsione e quella di analogo tenore in tema di condizioni di ammissibilità della disciplina sul sovraindebitamento dei soggetti non fallibili (si v. art. 7 legge 27 gennaio 2012 n. 3).

d. Nuova finanza e soddisfazione anticipata dei creditori strategici nel periodo tra il deposito del ricorso e il decreto di ammissione (art. 182 quinquies l. fall.):

in sede di deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo, l'imprenditore può chiedere al Tribunale l'autorizzazione a contrarre – nel periodo compreso tra il deposito della domanda ed il decreto di ammissione – finanziamenti prededucibili (a condizione che vi sia una relazione di attestazione che confermi che tali finanziamenti sono “funzionali alla miglior soddisfazione dei creditori”) eventualmente anche garantiti da pegno o ipoteca.

In corso di procedura l'imprenditore può essere autorizzato dal Tribunale a “pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi” (a condizione che l'attestatore confermi che tali prestazioni sono “essenziali per la prosecuzione dell'attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”).

e. Atti di ordinaria/ straordinaria amministrazione posti in essere nel periodo tra il deposito del ricorso e il decreto di ammissione (art. 161 co. 7, 8 l. fall.):

nel periodo compreso tra il deposito della domanda ed il decreto di ammissione, il debitore può compiere atti di ordinaria amministrazione e, su autorizzazione del Tribunale, atti di straordinaria amministrazione.

I crediti di terzi sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore (id est atti autorizzati dal Tribunale, laddove previsto) sono prededucibili.

f. Esenzione da revocatoria degli atti, pagamenti e garanzie posti in essere nel periodo tra il deposito del ricorso e il decreto di ammissione (art. 67, co. 3 lett. e) l. fall.):

gli atti, i pagamenti e le garanzie sub punti d. ed e. precedenti sono esenti da revocatoria se legalmente compiuti (id est autorizzati dal Tribunale, laddove previsto).

g. Esenzione dai reati di bancarotta dei pagamenti e delle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice nel periodo tra il deposito del ricorso e il

decreto di ammissione a norma dell'art. 182 quinquies l. fall. (art. 217 bis l. fall.):

l'esenzione dai reati di bancarotta prevista dall'art. 217 bis l. fall. viene estesa ai pagamenti ed ai finanziamenti autorizzati dal Tribunale e posti in essere ai sensi dell'art. 182 quinquies l. fall.

b. Adunanza dei creditori (art. 178 l. fall.):

è previsto l'inserimento nel verbale dell'adunanza dei nominativi dei creditori che non hanno espresso il voto.

Nel caso le operazioni di voto non potessero concludersi in una sola udienza, la fissazione dell'udienza successiva è comunicata agli assenti.

Vengono modificate le modalità di espressione del voto al di fuori dell'adunanza (art. 178, co. 4 l. fall.). In particolare, i creditori che non hanno espresso il voto in sede di adunanza possono far pervenire il proprio dissenso a mezzo fax o telegramma o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. In mancanza si considerano consenzienti e, come tali, vengono calcolati nel computo delle maggioranze di voto.

i. Cram down (art. 180, co. 4 l. fall.):

il diritto di contestare la proposta concordataria sotto il profilo della convenienza (c.d. "cram down") è esteso alle fattispecie di concordato senza classi per i creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto.

j. Modifiche all'art. 182 quater l. fall.:

è prevista la prededucibilità dei finanziamenti concessi in esecuzione di concordati preventivi omologati a prescindere dalle qualità del soggetto erogante (che non deve più essere necessariamente una banca o un intermediario finanziario iscritto negli elenchi previsti dal tub).

La disciplina della prededucibilità sino alla concorrenza dell'80% per i finanziamenti effettuati dai soci si applica anche ai finanziatori che sono diventati soci in esecuzione del concordato preventivo.

E' abrogata la previsione sulla prededucibilità del compenso del professionista attestatore.

k. Concordato con continuità aziendale (art. 186 bis l. fall.):

viene introdotta una disciplina specifica per i concordati "con continuità aziendale", ovverosia le proposte concordatarie in cui la soddisfazione dei creditori è basata sui flussi derivanti dalla continuazione dell'attività e non sui proventi della liquidazione dei cespiti (fermo restando la facoltà per il debitore di porre in essere la liquidazione di cespiti non strategici per il business della società).

In particolare, si prevede che (i) il piano concordatario debba contenere una "analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività di impresa" e "delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura" e (ii) la relazione dell'attestatore debba attestare che "la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori"⁵.

Fermo restando la possibilità di pagamento non integrale dei creditori muniti di titoli di prelazione nei limiti previsti dall'art. 160 co. 2 l. fall., il piano può prevedere la moratoria fino ad un anno per il pagamento di questi creditori.

La moratoria non è ammessa quando sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali la causa di prelazione insiste⁶. In questo caso, però, i creditori muniti di privilegi non hanno diritto di voto.

⁽⁵⁾ In presenza dei predetti requisiti la norma in commento prevede la possibilità di un differimento, fino ad un anno dall'omologazione del concordato, del pagamento dei creditori privilegiati, così attribuendo all'impresa una significativa fonte di finanziamento.

⁽⁶⁾ Peraltro resta ferma la possibilità di pagamento non integrale dei creditori privilegiati nei limiti previsti dall'art. 160 co. 2 l. fall.

Inoltre, il debitore che si trova in concordato preventivo con continuità aziendale è legittimato a partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, può essere affidatario di subappalti e stipulare i relativi contratti (si v. art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, come modificato dal Decreto Sviluppo).

- l. Sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione (art. 186 sexies l. fall.):*
è prevista la sospensione – per il periodo intercorrente tra il deposito della domanda di accesso al concordato preventivo e la data del relativo provvedimento di omologazione – degli obblighi previsti dal codice civile inerenti la ricostituzione del capitale sociale integralmente o parzialmente perso⁷.

*** *** ***

Con riguardo all'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l. fall., la nuova disciplina prevede:

- m. Estensione del termine di pagamento dei creditori c.d. "estranei" non partecipanti all'accordo (art. 182 bis co. 1 l. fall.):*
il termine per soddisfare i creditori estranei è, rispettivamente (i) per i crediti non ancora scaduti alla data di omologa dell'accordo, 120 giorni dalla relativa scadenza; (ii) per i crediti già scaduti alla data di omologa dell'accordo, 120 giorni dall'omologa dell'accordo stesso.
- n. Nuova finanza nel periodo successivo al deposito della domanda di omologazione dell'accordo (art. 182 quinquies l. fall.):*
in sede di deposito della domanda di omologazione dell'accordo, l'imprenditore può chiedere al Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili (a condizione che vi sia una relazione di attestazione che confermi che tali finanziamenti sono "funzionali

⁽⁷⁾ La modifica recepisce un orientamento dottrinale formatosi da tempo. Viene meno il rischio, per gli amministratori, di essere ritenuti responsabili per omissione di convocazione dell'assemblea dei soci perché questa provveda al ripianamento delle perdite.

alla miglior soddisfazione dei creditori”) eventualmente anche garantiti da pegno o ipoteca.

I pagamenti ed i finanziamenti autorizzati dal giudice e posti in essere ai sensi dell’art. 182 *quinquies* l. fall. sono esenti da revocatoria (art. 67, co. 3 lett. e) l. fall.) e dai reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice (art. 217 *bis* l. fall.).

o. Consecuzione tra “preaccordo” ex art. 182 bis, co. 6 l. fall. e concordato preventivo (art. 182 bis co. 8 l. fall.):

il debitore che ha ottenuto il beneficio della sospensione delle azioni esecutive e cautelari e di acquisto di titoli di prelazione a seguito della pubblicazione del c.d. “preaccordo” ex art. 182 *bis* co. 6 l. fall., può mantenere questo beneficio anche se la trattativa si interrompe, se deposita un ricorso per l’accesso al concordato preventivo.

p. Consecuzione tra il pre-ricorso del concordato preventivo e l’accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. (art. 161, co. 6 l. fall.):

l’imprenditore che ha depositato il ricorso per l’ammissione al concordato preventivo riservandosi di depositare la proposta, il piano e la documentazione entro un termine fissato dal giudice (con conseguente sospensione di iniziative esecutive, cautelari e di acquisizione di titoli di prelazione dei singoli creditori) può, nello stesso termine, “in alternativa e con conservazione sino all’omologazione degli effetti prodotti dal ricorso” presentare la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l. fall..

*q. Sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione (art. 182 *sexies* l. fall.):*

è’ prevista la sospensione – per il periodo intercorrente tra il deposito della domanda di omologa dell’accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l. fall. – degli obblighi previsti dal codice civile inerenti la ricostituzione del capitale sociale integralmente o parzialmente perso.

r. Modifiche all'art. 182 quater l. fall.:

è prevista la prededucibilità dei finanziamenti concessi in esecuzione di accordi di ristrutturazione omologati a prescindere dalle qualità del soggetto erogante (che non deve più essere necessariamente una banca o un intermediario finanziario iscritto negli elenchi del tub)

La disciplina della prededucibilità sino alla concorrenza dell'80% per i finanziamenti effettuati dai soci si applica anche ai finanziatori che sono diventati soci in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione.

E' abrogata la previsione sulla prededucibilità del compenso del professionista attestatore.

*** **

Con riguardo al piano attestato ex art. 67, co. 3 lett. d) l. fall. la nuova disciplina prevede:

s. Professionista attestatore: indipendenza e responsabilità penale:

è previsto espressamente che l'attestatore sia "designato dal debitore"; sono previsti requisiti di "indipendenza" dell'attestatore medesimo; è prevista una specifica fattispecie penale (art. 236 bis l. fall.) relativa all'attestatore che "espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti"⁸;

*** **

Con riguardo alla disciplina della revocatoria fallimentare la nuova disciplina prevede:

⁽⁸⁾ L'esigenza di prevedere una responsabilità penale dell'attestatore era sentita da tempo. Infatti per rimediare a questa lacuna dell'ordinamento il progetto di legge n. 176 del 3 giugno 2009 "Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali" – A.C. 1741 aveva previsto "il delitto di falsa esposizione di dati o di informazioni o altri comportamenti fraudolenti, consistente: (i) nell'esposizione di informazioni false o nell'omissione di informazioni imposte dalla legge per l'apertura delle procedure di concordato preventivo al fine di potervi accedere, ovvero per ottenere l'omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182 bis del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267, e successive modificazioni, l'ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270, e al decreto-legge 23 dicembre 2003, n. 347, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 febbraio 2004 n. 39, ovvero per otre nere l'approvazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti da parte del Ministero dello sviluppo economico; prevedere altresì la punibilità delle condotte fraudolente commesse nel corso di tali procedure; (ii) nella simulazione di crediti inesistenti o altri comportamenti di frode, al fine di influire sulla formazione delle maggioranze; prevedere che la stessa pena si applichi al creditore che riceve il pagamento o che accetta la promessa al fine dell'espressione del proprio voto".

- t. Atti esenti da revocatoria (art. 67 co. 3 lett. c) l. fall.):*
viene modificato l'art. 67 co. 3 lett. c) l. fall. prevedendo l'esenzione da revocatoria per le vendite ed i preliminari di vendita, al giusto prezzo, trascritti ed aventi ad oggetto gli immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività di impresa, (purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio).
- u. Consecuzione di procedure e decorrenza del periodo sospetto (art. 69 bis co. 2 l. fall.):*
se alla domanda di concordato preventivo fa seguito la dichiarazione di fallimento, il computo dei termini per l'azione revocatoria degli atti a titolo gratuito (art. 64 l. fall.), dei pagamenti anticipati (art. 65 l. fall.), degli atti a titolo oneroso (art. 67 l. fall.) e degli atti compiuti tra i coniugi (art. 69 l. fall.) decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

*** **

Con riguardo alla normativa fiscale la nuova disciplina prevede quanto segue.

- v. E' stato modificato l'art. 88, co. 4 del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 specificando che, in caso di accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. omologato e di piano attestato ex art. 67 l. fall. pubblicato sul registro delle imprese, "la riduzione dei debiti dell'impresa, non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'art. 84".*

Questa modifica allinea la disciplina degli effetti fiscali (per l'impresa debitrice) degli stralci dei crediti previsti dall'accordo di ristrutturazione e dal piano attestato a quella degli stralci previsti dal concordato preventivo e dal concordato fallimentare. In tema di concordato preventivo e di concordato fallimentare, infatti, era già

acquisito (e con il Decreto Sviluppo viene confermato) il fatto che la diminuzione dell'indebitamento conseguente all'omologazione del concordato non costituisce una plusvalenza tassabile.

Precedentemente, invece, il disallineamento delle due discipline poteva disincentivare l'utilizzo dello strumento dell'accordo *ex art. 182 bis l. fall.* e del piano attestato *ex art. 67 l. fall.*

- » E' stato modificato l'art. 101, co. 5 del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 917 specificando che sono deducibili "in ogni caso" (*id est* a prescindere dalla verifica se risultino o meno da "elementi certi e precisi") le perdite sui crediti se il debitore ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'art. 182 *bis l. fall.*

Questa modifica allinea la disciplina degli effetti fiscali, per i creditori, degli stralci dei crediti previsti dall'accordo di ristrutturazione a quella delle procedure concorsuali. Per queste ultime infatti era già acquisito (e con il Decreto Sviluppo viene confermato) il fatto che le perdite sui crediti stralciati sono deducibili "in ogni caso", ovverosia a prescindere dalla verifica se esse risultino da elementi certi e precisi (requisito, quest'ultimo, richiesto, in via generale, dalla disposizione in commento come presupposto di deducibilità della perdita su crediti).

Si noti, peraltro, come la deducibilità "automatica" delle perdite sui crediti non sia stata prevista in materia di piani attestati. E' verosimile che questo disallineamento possa, in futuro, incentivare l'utilizzo dello strumento dell'accordo *ex art. 182 bis l. fall.* rispetto a quello del piano attestato *ex art. 67 l. fall.*

4. Possibili "aree di intervento" ulteriore nell'ambito della normativa vigente

Fermo restando l'interessante contenuto del Decreto Sviluppo e l'assoluta prevalenza degli aspetti positivi, svolgiamo, qui di seguito, alcune considerazioni su quegli aspetti della materia concorsuale che, a nostro avviso, potrebbero richiedere ancora un completamento e/o un miglioramento, al fine di poter pienamente realizzare gli obiettivi che hanno ispirato la riforma medesima. Al riguardo, sarebbe bene, a nostro avviso, integrare la normativa sotto i seguenti profili:

- l'implementazione di *procedure di allerta e prevenzione della crisi idonee* ad "affiancare" l'imprenditore che si trovi in crisi "reversibile" con l'introduzione di meccanismi, anche fiscali, che incentivino il ricorso alle procedure di allerta e prevenzione da parte delle imprese;
- ulteriori modifiche alla disciplina del *concordato preventivo* con la previsione di un ruolo "attivo" dei creditori già nella fase di presentazione e di predisposizione del piano concordatario.

Tali profili verranno qui di seguito distintamente trattati.

4.1. Istituti di prevenzione e di allerta: le proposte attuali (Commissione Trevisanato, Assonime, ABI, Regione Lombardia) ed i modelli stranieri

Nel nostro Paese l'attuale sistema di governo della crisi è basato su procedure a carattere satisfattorio che si sono rivelate inadeguate tanto da far emergere la necessità di una disciplina nuova che non si limiti a regolare le conseguenze della crisi, ma che svolga anche una funzione di prevenzione della stessa.

Lo stato di insolvenza che l'art. 5 della legge fallimentare pone quale presupposto oggettivo della dichiarazione di fallimento, viene definito come quello stato che "*si manifesta con inadempimenti o altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie*

obbligazioni”. Ciò significa che la procedura concorsuale ha inizio quando la crisi di impresa è ormai irreversibile⁹.

In quest’ottica, anche sulla base delle esperienze straniere¹⁰ (che verranno sinteticamente trattate *infra sub § (ii)*) negli ultimi anni si è avvertita l’esigenza, tutt’oggi attuale, di spostare l’attenzione dal concetto di *insolvenza* dell’imprenditore a quello di *crisi di impresa* - definita come “*una perturbazione o improvvisa modificazione di un’attività economica organizzata, prodotta da molteplici cause ora interne al singolo organismo ora esterne, ma comunque capaci di minarne l’esistenza o la continuità*”¹¹ - e, anzi, soprattutto di *tensione finanziaria* – ovvero sia una situazione di asincronia dei flussi di gestione corrente, superabile in fase iniziale mediante interventi sia endogeni sia esogeni e interpretata sovente come il segnale premonitore della successiva insolvenza e rischio di un possibile dissesto⁽¹²⁾.

Un conto, infatti, è *gestire la crisi* un altro è invece applicare una *procedura* volta alla massima *soddisfazione dei creditori*: nel primo caso si tratta di rilevare con tempestività l’esistenza della crisi e porre in essere tutte le misure necessarie alla sopravvivenza dell’organizzazione produttiva, nel secondo

⁽⁹⁾ Anche il ricorso all’amministrazione straordinaria avviene generalmente in ritardo, quando la crisi è divenuta irreversibile e l’impresa versa ormai in stato di insolvenza anziché in temporanea difficoltà a adempiere. Sul punto, si v. CNDC, Gruppo di lavoro “Riforma delle procedure Concorsuali”, *Considerazioni e proposte in tema di riforma della legge fallimentare*, 4 dicembre 2002.

⁽¹⁰⁾ Nelle esperienze giuridiche europee si registra un comune atteggiamento di favore nei confronti dell’applicazione di norme volte ad agevolare la conclusione di accordi per il superamento della crisi. Si pensi all’istituto del *reglement amiable* in Francia, al concordato giudiziario belga, o ancora all’*Insolvenzplan* in Germania. Per un approfondimento, BANCA D’ITALIA, *La riforma delle procedure concorsuali. Le soluzioni normative negli Stati Uniti e in alcuni paesi europei*, Novembre 1999.

⁽¹¹⁾ S. PACCHI PEDUCCI, *Crisi di impresa e procedure concorsuali alternative* in *Riv. Dir. Fall.*, 1998, p. 996 et seq.

⁽¹²⁾ Per la distinzione tra *insolvenza*, *tensione finanziaria* e *dissesto*, si v. C. PAGLIALUGHI, *Le manifestazioni della crisi di impresa*, in *La crisi di impresa – l’attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67 co. 3, lett. d) l. fall.*, Commissione Gestione Crisi d’Impresa e Procedure Concorsuali, Quaderno n. 27 sub p. 23 et seq.: “Lo stadio più acuto della crisi, dal punto di vista finanziario, è definito dall’*insolvenza* intesa come incapacità ad adempiere regolarmente le obbligazioni contratte nell’esercizio dell’impresa. Lo stadio patologico della crisi, nel senso della sua irreversibilità, è riconducibile al concetto di *dissesto* che rappresenta uno stato di declino reddituale e crisi finanziaria ai quali si somma una condizione di incapienza delle attività patrimoniali rispetto alle passività contratte (a titolo di capitale di credito) per finanziare l’esercizio dell’impresa. Quindi, *mentre l’insolvenza può essere misurata in termini di flussi* ed esprime una situazione di grave tensione finanziaria (i flussi di cassa generati dall’impresa sono, cioè, insufficienti a far fronte agli esborsi connessi all’adempimento delle obbligazioni), *il dissesto trova espressione nel deficit patrimoniale nel quale il valore complessivo delle attività (impieghi) è insufficiente a garantire il rimborso delle relative fonti di finanziamento*. La manifestazione di uno stato di *tensione finanziaria* è sovente interpretata come il segnale premonitore della successiva insolvenza e rischio di un possibile dissesto.” (cfr. p. 23).

caso si tratta più semplicemente di condurre l'impresa alla sua cessazione⁽¹³⁾.

Il Decreto Sviluppo – la cui “direttrice” è stata per l'appunto quella di *“incentivare l'impresa a denunciare per tempo la propria situazione di crisi piuttosto che quella di assoggettarla a misure di controllo esterno che la rilevino”*⁽¹⁴⁾ – ha cercato di rispondere all'esigenza di misure di allerta e/o prevenzione della crisi, introducendo una serie di previsioni concepite proprio in tale ottica.

Una per tutti è quella della c.d. proposta concordataria differita, ovvero sia la possibilità per l'imprenditore in difficoltà di presentare una semplice (e scarna) domanda di concordato preventivo in via anticipata (corredata dai bilanci degli ultimi tre esercizi), con riserva di produrre il piano e l'ulteriore documentazione richiesta ai sensi dell'art. 160 l. fall. Questo meccanismo consente al debitore di poter beneficiare, sin dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese, (i) della sospensione delle iniziative esecutive e cautelari individuali sul proprio patrimonio e (ii) dell'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni antecedenti (cfr. § 3.).

Sempre nell'ottica di incentivare l'imprenditore a “rendere pubblica” una situazione di difficoltà, vanno lette anche le modifiche alla *normativa fiscale* introdotte dal Decreto Sviluppo e descritte *sub* § 3. (con la previsione che le sopravvenienze attive derivanti, in capo al debitore, dalla riduzione dei debiti nell'ambito del piano di risanamento non siano imponibili e che le perdite sofferte dai creditori siano deducibili senza che la deduzione sia subordinata a ulteriori più stringenti condizioni); nonché la facoltà per l'imprenditore che chiedi il concordato preventivo di compiere atti di ordinaria amministrazione e di straordinaria amministrazione (questi ultimi solo se autorizzato) prima ancora di essere ammesso al concordato (peraltro

⁽¹³⁾ Al riguardo, vale la pena di evidenziare che mentre lo stato di insolvenza è un presupposto facilmente accertabile, lo stesso non può dirsi per lo stato di crisi/tensione finanziaria la cui emersione presuppone, innanzitutto, una collaborazione fattiva dell'imprenditore e/o degli organi societari (soprattutto di controllo) e/o dei professionisti che assistono l'imprenditore medesimo.

In proposito, sarebbe dunque auspicabile, al fine di rendere più semplice l'emersione della crisi, l'introduzione e applicazione uniforme e condivisa, da parte dei soggetti chiamati a valutare lo “stato di salute” di un'impresa (*advisor* finanziari; revisori dei conti; consulenti legali; gli stessi organi giudiziari), di indici delle performance economico-aziendali che consentano di prevedere/prevenire la crisi di impresa (uno per tutti, la riclassificazione del bilancio al *fair value*).

⁽¹⁴⁾ Cfr. relazione al ddl.

beneficiando dell'esenzione da revocatoria *ex art. 67 l. fall. e da bancarotta ex art. 217 bis l. fall.*)

Orbene, a nostro avviso, sotto questo profilo, l'intervento del Decreto Sviluppo avrebbe potuto essere più incisivo.

Non solo, infatti, la gran parte delle misure di incentivo e agevolazione contenute nel "Decreto Sviluppo" si rivolge esclusivamente (o quasi) all'imprenditore che chieda l'ammissione al concordato preventivo (mentre gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed i piani attestati di risanamento non paiono "beneficiare" di tali modifiche), ma altresì sarebbe stato auspicabile che il Decreto Sviluppo introducesse una procedura di allerta *ad hoc* ispirata sia alle proposte legislative passate su questo tema (una per tutte, quella formulata dalla Commissione Trevisanato), sia ai modelli stranieri.

Ciò premesso – preliminarmente allo svolgimento di riflessioni e proposte per il "rafforzamento" di questo particolare profilo della disciplina fallimentare (cfr. *infra sub § (iv)*) – pare opportuno descrivere *(i)* le proposte legislative formulate in passato per la riforma delle procedure concorsuali e, in particolare, quelle formulate dalla Commissione Trevisanato¹⁵ nel 2001 e nel 2004, che hanno cercato di introdurre una procedura di allerta, da attivarsi quando l'impresa si trova in una situazione di crisi, ma non è ancora giunta all'insolvenza; *(ii)* i modelli preventivi dell'insolvenza vigenti in altri Paesi europei; *(iii)* le recenti iniziative volte a implementare, anche a livello locale, organismi di affiancamento alle imprese in crisi; uno per tutti il progetto della Regione Lombardia denominato "Rete Affiancamento alle Imprese in Difficoltà" (R.A.I.D.).

(i) I progetti di legge della Commissione Trevisanato del 2001 e del 2004

⁽¹⁵⁾ La Commissione Trevisanato è stata istituita con D.M. 28 novembre 2001 "Commissione per l'elaborazione di principi e criteri direttivi di uno schema di disegno di legge delega al Governo, relativo all'emanazione della nuova legge fallimentare ed alla revisione delle norme concernenti gli istituti connessi" e successivamente ricostituita nuovamente con una composizione più ristretta, con D.M. 27 febbraio 2004 dal Ministro della giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze.

Il profilo relativo alla prevenzione dell'insolvenza viene preso in esame per la prima volta in Italia nei progetti di legge elaborati dalla Commissione Trevisanato nel 2001 e poi, successivamente, in composizione ristretta, nel 2004.

In particolare, lo schema del disegno di legge delega elaborato nel 2001 include, all'interno dei principi direttivi, quello di *“favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio”* (cfr. art. 2 lett. b) testo approvato a maggioranza e art. 2 lett. b) testo alternativo).

Al riguardo, le soluzioni proposte dalla Commissione Trevisanato mirano, da un lato, a rafforzare gli strumenti informativi delle difficoltà dell'impresa già esistenti (bollettino protesti; procedure esecutive immobiliari in corso; convocazione obbligatoria per perdite di capitale superiori ad un terzo;...) e dall'altro lato a crearne dei nuovi.

In particolare, tra questi ultimi, si possono menzionare:

- a) l'obbligo, per le amministrazioni pubbliche incaricate della riscossione dei tributi, di iscrivere in un apposito registro e di comunicare tempestivamente all'autorità giudiziaria i crediti iscritti a ruolo o muniti di titolo esecutivo di importo superiore ad un determinato ammontare per i quali sussiste mora qualificata. La sanzione che si collega all'inosservanza di questo obbligo consiste nella decadenza dalle cause di prelazione agli effetti della partecipazione nelle procedure di crisi e di liquidazione concorsuale¹⁶;
- b) l'obbligo dell'organo di controllo e del revisore dei conti di riferire all'autorità giudiziaria i fatti indicatori della crisi, in caso di mancata adozione da parte dell'imprenditore di iniziative volte al suo superamento¹⁷;

⁽¹⁶⁾ Cfr. art. 3, co. 1 lett. a) testo approvato a maggioranza. La c.d. “proposta alternativa” o “testo di minoranza” prodotto in senso alla Commissione Trevisanato, pur mantenendo l'obbligo di pubblicità in capo alle istituzioni incaricate della riscossione dei tributi, esclude l'inoltro all'autorità giudiziaria delle suddette informazioni e la sanzione della decadenza dalla prelazione agli effetti del concorso” (cfr. art. 3, co. 1 lett. a) testo alternativo).

⁽¹⁷⁾ Cfr. art. 3 lett. b) testo approvato a maggioranza. Nella relazione generale della Commissione Ministeriale per la riforma delle procedure Concorsuali si legge *“La previsione di questa iniziativa si aggiunge al complesso degli obblighi imposti agli organi di controllo dalla recente riforma societaria e vale ad accentuare l'indipendenza di tali organi”*. Vale la pena precisare che su questo punto il testo di minoranza si discosta dal testo licenziato dalla maggioranza nel senso di escludere che all'autorità giudiziaria debbano essere segnalate situazioni di semplice crisi e limita l'obbligo di segnalazione ai soli fatti rivelatori dell'insolvenza, rafforzando al contempo i rimedi interni all'impresa (comunicazione tempestiva all'organo amministrativo di ogni circostanza idonea a pregiudicare la continuità dell'impresa, invito ad adottare idonee iniziative per il superamento della crisi, convocazione dell'assemblea per le opportune deliberazioni).

- c) il potere conferito al giudice di convocare l'imprenditore per verificare le circostanze riferite dalle pubbliche amministrazioni e/o dagli organi di controllo interno e di sollecitarlo all'adozione di iniziative di risanamento¹⁸;
- d) il favorire la costituzione di istituzioni pubbliche e private con compiti di analisi delle situazioni di crisi delle imprese e di supporto alla loro soluzione. Sotto questo profilo il testo di minoranza prevede l'estensione della funzione di queste istituzioni anche a compiti di assistenza, consulenza, promozione delle soluzioni concordate nelle situazioni di crisi, che sono ritenute particolarmente utili per le piccole imprese. Queste ultime, come noto, spesso non dispongono dei mezzi necessari, sia sotto il profilo di "cultura aziendale" sia sotto il profilo strettamente economico, per poter individuare e porre rimedio tempestivamente a situazioni di crisi¹⁹

Come anticipato, anche l'ulteriore schema di disegno di legge elaborato nel 2004 da un gruppo ristretto della Commissione Trevisanato contempla istituti di allerta e di prevenzione, sostanzialmente sovrapponibili a quelli elaborati dalla commissione precedente, la cui è finalità, espressa nell'art. 1, è quella di far emergere con tempestività la crisi dell'impresa e nel ricercare le soluzioni più adatte per il suo superamento. A tale scopo il progetto del gruppo ristretto prevede:

- a) l'obbligo per i pubblici ufficiali abilitati a levare protesti cambiari di trasmettere ogni 15 giorni alla CCIAA del luogo ove esercitano le loro funzioni, un elenco dei protesti per mancato pagamento levati nei 15 giorni precedenti;
- b) l'obbligo per le amministrazioni pubbliche incaricate della riscossione dei tributi e per le società di somministrazione di energia di iscrivere in un apposito registro e di comunicare tempestivamente alla CCIAA i crediti iscritti a ruolo o muniti di titolo esecutivo di importo superiore ad un determinato ammontare;

⁽¹⁸⁾ Nessuna previsione è contenuta al riguardo nel testo di minoranza.

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. NAPODANO, *La consapevolezza del salvacredito concesso ai creditori per l'assenza di revocatoria, per gli atti i pagamenti e le garanzie concesse*, Commissione Gestione Crisi d'Impresa e Procedure Concorsuali, Quaderno n. 27 sub p. 33 et seq.: "Normalmente l'imprenditore che fa ricorso all'art. 67 appartiene alle fasce economiche definite medio o medio-alte, che certifica, anche volontariamente, il proprio bilancio, è oggetto di controllo del collegio sindacale, si avvale spesso anche di un auditor interno, può essere controllante di altre società od esserne controllata; nei casi di maggiore dimensione, può evidenziare l'esistenza anche di comitati di controllo".

- c) l'obbligo dell'organo di controllo e del revisore di comunicare all'organo amministrativo i fatti idonei a pregiudicare la continuità dell'impresa con l'invito a provi rimedio. Nel caso in cui l'organo amministrativo non provveda con idonee iniziative l'organo di controllo deve convocare senza ritardo l'assemblea dei soci per le opportune deliberazioni ai sensi dell'art. 2406 cod. civ. Se le iniziative assunte dalla società non sono idonee ad assicurare la continuità dell'impresa, l'organo di controllo ha l'obbligo di fare una segnalazione al tribunale²⁰;
- d) l'istituzione di un pubblico registro presso le CCIAA di ogni provincia come banca dati per le comunicazioni di cui ai precedenti punti a), b), c);
- e) la convocazione davanti al giudice degli amministratori e dei sindaci affinché riferiscano sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria della società;
- f) il favorire la costituzione di società a partecipazione pubblica maggioritaria con compiti di analisi delle situazioni di crisi delle imprese e di supporto alla loro soluzione, anche attraverso lo svolgimento di servizi di assistenza, consulenza e promozione di soluzioni concordate delle situazioni di crisi²¹

La dottrina aveva immediatamente accolto con favore queste disposizioni, sottolineandone, al tempo stesso, anche i lati deficitari²². Non di meno, ancorché il disegno di legge non abbia avuto sviluppi, si è trattato di un segnale importante: ovverosia, l'idea che in caso di tensione finanziaria suscettibile di degenerare in insolvenza, l'iniziativa economica privata e la sua autonomia non possa "legittimare" oltremodo il riserbo dell'imprenditore su fatti di criticità aziendale (con danno del ceto creditorio e dei lavoratori)²³

(20) Cfr. art. 10 d.d.l. "Obblighi degli organi di controllo delle società di capitali"

(21) Cfr. art. 12 d.d.l. "Organismi di analisi e supporto".

(22) Cfr. per tutti F. LAMANNA, *Intervento*, in *Fallimento*, supplemento al n. 12, 2004, sub p. 7 et seq.

(23) Sul punto cfr. anche B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi di impresa* in *Giur. Comm.*, 2001, II, p. 327 et seq.: "L'impresa è un congegno produttivo che si assume idoneo a produrre ricchezza più di quanto ne consumi per operare. Necessita perciò di investimenti che potranno passare per la strada del capitale di rischio o del capitale di credito. Il capitale di rischio è maggiormente soddisfatto in caso di esito positivo, pregiudicato in caso di esito negativo. Il capitale di credito incontra maggiori garanzie nel recupero rispetto al capitale di rischio, minor premio in caso di successo dell'impresa. Stante il maggior rischio che corre, è equilibrato riconoscere il potere di gestire l'impresa a chi fornisce il capitale di rischio. Così, tuttavia, fin quando l'investimento di rischio si conservi nell'attivazione dell'impresa, fin quando l'impresa si esprima come "going concern". Quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito

(ii) I modelli preventivi dell'insolvenza vigenti in altri Paesi

Francia

Il modello di gestione della crisi di impresa vigente in Francia contempla due procedure preventive, in senso proprio, dell'insolvenza (la *procedure d'alerte* e la *concilation*) e la terza, in grado minore (la *sauvegarde*).

Come si vedrà nel dettaglio, le due procedure di prevenzione poggiano la loro forza su una legittimazione ampia (l'accesso a dette procedure può infatti avvenire su richiesta non solo degli organi di controllo della società e degli organi di gestione ma anche degli azionisti di minoranza e dei rappresentanti dei lavoratori) e, in pari tempo, su un atteggiamento premiale (in termini di esenzione da responsabilità civile e penale) nei confronti dell'imprenditore/amministratori della società che abbiano avuto il coraggio di denunciare tempestivamente la difficoltà.

La *procedure d'alerte* prende l'avvio a seguito della segnalazione di "fatti di natura tali da compromettere la continuità aziendale", segnalazione da effettuarsi al presidente del Tribunale competente e che può provenire da una pluralità di soggetti (es. i sindaci della società, i delegati sindacali del personale, gli azionisti di minoranza, i rappresentanti dei lavoratori).

La segnalazione apre immediatamente un dialogo tra il giudice (che, notare, non è un togato, ma un collega o un imprenditore che capisce di bilanci ed ha formazione economica) e gli amministratori della società per comprendere i termini del problema ed individuare possibili soluzioni.

In mancanza di risposte convincenti, ma spesso su richiesta dello stesso imprenditore/amministratori, il tribunale nomina un *mandatario di giustizia* con la seguente delega: *analizzare i problemi ed individuare i rimedi. Assai sovente il mandatario di giustizia finisce per assumere, sotto il controllo del tribunale, la veste di negoziatore (conciliateur) con i creditori/fornitori dell'impresa.*

passa dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito. Lo spossamento del debitore insolvente si traduce nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia *in bonis*, privilegiata rispetto ad ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi"

E' in questa fase che si accede, di norma, a quella che propriamente viene definita come seconda procedura di prevenzione: la **conciliation**. E' raro infatti che i problemi possano essere rimediati in virtù di quanto emerso e proposto dal mandatario nella *procedure d'alerte*; la prassi è che quest'ultima procedura continui nell'ambito di una vera e propria "conciliazione", consistente nella ricerca di un accordo con i principali creditori/fornitori dell'imprenditore, tale da garantire la *continuità aziendale*.

A seguito di tale accordo, il tribunale può ingiungere ai creditori di desistere, per un periodo di moratoria, da iniziative nei confronti dell'imprenditore. Inoltre, se l'imprenditore rinuncia alla confidenzialità dell'accordo medesimo e accetta la *constatation* o omologa da parte del tribunale, arriva a beneficiare di un periodo di moratoria ulteriore connesso alla pubblicità offerta al piano di risanamento. La nuova finanza - ad eccezione di quella apportata eventualmente dai soci - gode del trattamento della prededuzione in caso di eventuale fallimento.

Ciò che però caratterizza in maniera essenziale le due procedure di prevenzione sopra descritte (*procedure d'alerte* e *conciliation*) è rappresentato dall'indiscusso beneficio che il loro accesso comporta quando è avvenuto su richiesta dell'imprenditore e/o amministratori: vale a dire l'esenzione dalle azioni di responsabilità concorsuali e, di riflesso, dai tipici reati concorsuali. Si tratta di un atteggiamento che, nello spirito della legge, lega la prevenzione al premio nei confronti dell'imprenditore che si sia reso attivo nell'evidenziare tempestivamente le difficoltà.

Le procedure sopra delineate, *procedure d'alerte* e *conciliation*, possono essere attivate in casi in cui l'impresa non è ancora insolvente in senso proprio, ma soltanto in crisi temporanea e reversibile. Diverso è il caso della **procedura di *souvegarde***: in questo caso, ancorché non abbia avuto luogo la *cessation des paiements*, l'impresa può anche trovarsi in una condizione, in mancanza di intervento, tale da rendere certa, di lì a poco, l'insolvenza medesima.

Non di meno, l'imprenditore - e in questo caso solo l'imprenditore - è legittimato a richiedere al tribunale l'apertura della procedura. Anche in questo caso, il tribunale nomina un proprio mandatario con il compito di verificare la situazione e individuare i possibili rimedi. Parallelamente e di seguito, tale mandatario assume il ruolo di negoziatore con i creditori/fornitori per individuare le moratorie e gli apporti (in termini di nuovo credito e di nuove forniture) necessari a garantire la continuità aziendale.

A questo riguardo, vale la pena di segnalare che il modello francese, già dal 2006, ha previsto, rispetto a questa procedura di *souffragde*, la suddivisione dei creditori in classi, la nomina dei differenti comitati dei creditori per gestire le negoziazioni, separando il ceto bancario dal ceto dei maggiori e piccoli creditori/fornitori.

Accanto alle tre procedure sopra descritte, sempre nell'ottica di affiancamento alle imprese in difficoltà al fine di prevenirne l'insolvenza, pare opportuno segnalare l'esperienza del ***Comité interministériel de restructuration industrielle (CIRI)***. Questo comitato è stato istituito nel 1974 con un Decreto del Primo Ministro che definisce la missione e determina la composizione del Comitato e della struttura di supporto. Non c'è una legge né un regolamento che ne disciplini il funzionamento.

Possiede una dotazione organica di 6 funzionari (SG, giuridico, ingegneri, economici) specializzati in analisi di *business plan*. Non si avvale di consulenze esterne.

Il CIRI interviene soltanto per imprese in difficoltà in fase procedure bonarie di ristrutturazione del debito, di norma su segnalazione di Prefetti o Dipartimenti delle entrate. Non interviene in procedure concorsuali (liquidazione, concordati preventivi).

Le caratteristiche della procedura sono:

- riservatezza: di norma sono informate dell'attività le banche e le assicurazioni, ma non i fornitori;
- responsabilità: la responsabilità della gestione della crisi grava esclusivamente sull'impresa che è all'uopo assistita da un legale. Il CIRI

non suggerisce alcun nome, ma ha, all'occorrenza, un lista aperta di professionisti da suggerire;

- trasparenza: sin dal primo incontro è reso chiaro che CIRC si attiva con l'accordo dell'impresa, ma l'impresa comunica al CIRC qualsiasi iniziativa;
- condivisione degli sforzi da parte di tutti i soggetti presenti al tavolo;
- compatibilità con il sistema di aiuti di Stato UE.

L'attività si articola in tre tappe:

1. incontro con l'azienda: l'azienda che chiede, tramite email, un incontro con il CIRC ha una risposta entro 48 ore dalla richiesta. Nella risposta vengono individuate le informazioni di base su azienda, bilancio e *business plan*;
2. analisi del business plan: CIRC deve convincersi dei numeri relativi al piano di ristrutturazione dell'impresa: uno dei temi più delicati è quello della *governance* dell'impresa (ricondere all' "unitarietà" le diverse anime presenti in ogni impresa); CIRC organizza anche incontri separati per convincere tutti unitariamente a sedersi al tavolo a discuterne;
3. negoziazione: il CIRC non ha alcun potere coercitivo. Svolge molti incontri per arrivare alla persuasione circa l'adozione di accordi per la salvaguardia dell'impresa e procedere con il piano. Si tratta sempre di accordi con banche o altri investitori o con il dipartimento delle finanze, per alleggerire il debito fiscale a fronte di un possibile continuità aziendale dell'impresa interessata.

Regno Unito

Nell'ambito delle iniziative finalizzate ad implementare procedure di prevenzione ed allerta della crisi di impresa, si segnala la recente iniziativa dell'*Insolvency Service* del Governo del Regno Unito che ha predisposto un documento relativo alla procedura di apertura di procedimenti liquidatori che presuppongono l'insolvenza del debitore (e specificatamente, "*bankruptcy*" per individui e "*winding up*" per società), oggetto di una consultazione aperta il 17 novembre 2011 e conclusasi in data 31 gennaio 2012 e destinata a individui, imprese, organizzazioni del commercio e

consulenti, banche ed altri fornitori di finanza aziendale, rappresentanti e organismi regolamentari, dipendenti ed accademici.

Lo scopo della consultazione è quello di consentire al governo inglese di farsi un'idea sulla necessità o meno di chiedere al Parlamento di legiferare sul punto.

Il documento in consultazione, intitolato “*Reform of the Process to Apply for Bankruptcy and Compulsory Winding Up*”, incoraggia debitori e creditori a comunicare tra loro e trovare una soluzione soddisfacente per entrambi senza ricorrere a procedure liquidatorie che presuppongono l'insolvenza del debitore, ove sussista la reale possibilità che queste procedure possano essere evitate. Ove, invece, dal dialogo tra le parti venga confermata l'utilità della apertura di una procedura liquidatoria che presupponga l'insolvenza del debitore, il procedimento previsto nel ricordato documento dovrebbe consentire alle parti di raggiungere questo risultato nel modo più efficiente possibile, nel loro interesse reciproco.

In particolare, il procedimento descritto nel documento prevede il coinvolgimento dei tribunali solo nel caso in cui sia strettamente necessario, e cioè, in presenza di una controversia da decidere, nel rispetto e nella salvaguardia dell'interesse dei debitori e dei creditori. In assenza di controversie tra le parti, come pure laddove il debitore abbia fatto richiesta di apertura della propria procedura liquidatoria che ne presupponga l'insolvenza, il procedimento giudiziale di fronte ai tribunali verrebbe sostituito da un procedimento amministrativo di fronte ad un *adjudicator*, e cioè, una sorta di mediatore professionale, istituito all'interno dell'*Insolvency Service*.

La soluzione sopra descritta consentirebbe di (i) risparmiare importanti risorse pubbliche e private; (ii) non promuovere procedimenti giudiziali nei ricordati casi; (iii) non richiedere udienze in caso di domande di routine; (iv) non costringere creditori e altri soggetti legittimati a proporre l'apertura di tali procedure a nominare avvocati per presentare tali domande, con conseguenti risparmi per le loro imprese.

I tribunali manterrebbero un ruolo centrale nel processo per l'apertura di una procedura di insolvenza liquidatoria, determinando il risultato di controversie fra due parti sull'esistenza di un debito, e indirizzando il mediatore su come procedere in caso di domande di apertura di procedure di insolvenza liquidatorie.

A ciò si aggiungerebbe il processo elettronico finalizzato a facilitare altre efficienze, quali, ad esempio, consentire una notifica più veloce dei provvedimenti di apertura ai soggetti interessati, consentendo loro di iniziare il procedimento amministrativo in maniera più efficace.

(iii) Il progetto denominato "Rete Affiancamento alle Imprese in Difficoltà (RAID)"

Nell'ambito delle recenti iniziative italiane a livello locale, volte alla prevenzione delle crisi aziendali, vale la pena di segnalare il progetto denominato "Rete Affiancamento alle Imprese in Difficoltà (RAID)" di cui alla delibera n. IX/1797 del 31 maggio 2011 della Regione Lombardia.

RAID si propone di contribuire al rilancio e alla duratura operatività delle imprese lombarde in situazione di difficoltà e prende le mosse dalla constatazione che:

“... gli approfondimenti condotti in relazione alla tematica delle strategie di risanamento delle crisi aziendali hanno evidenziato la necessità di assicurare un approccio operativo che tenga conto dei seguenti requisiti: (i) individuare tempestivamente i segnali di difficoltà aziendale creando le condizioni per poter intervenire prima che la crisi divenga irreversibile; (ii) sostenere e accompagnare gli imprenditori con un'azione di informazione e formazione in merito alle modalità più opportune per la gestione delle situazioni di difficoltà; (iii) garantire la piena responsabilizzazione delle imprese che accedano ai servizi, operando con un ruolo di coordinamento ed affiancamento istituzionale; (iv) analizzare la cause della crisi per poter identificare azioni adeguate e corrispondenti alle reali necessità delle imprese e per poter ricercare tempestivamente le vie di rilancio, e (v) coinvolgere tutti gli attori implicati nella situazione di difficoltà per assicurare una corretta

informazione e stimolare la corresponsabilità nelle azioni di rilancio nel pieno rispetto del ruolo di ciascuno”.

Ciò premesso, RAID interviene su specifica richiesta dell'impresa; chiunque può segnalare al *c.d.* Nucleo Operativo²⁴ situazioni di difficoltà, ma il Nucleo Operativo si attiva solo su richiesta di supporto da parte degli organi di governo dell'impresa rendendosi disponibile ad un primo incontro entro le 48 ore.

Le imprese che si rivolgono a RAID hanno più di 100 dipendenti e presentano dei chiari presupposti di reversibilità della crisi, elemento fondamentale per l'elaborazione di un effettivo piano di risanamento.

Il Nucleo Operativo, attraverso un'analisi approfondita della situazione ed il colloquio con gli organi di governo dell'impresa verifica la possibilità di un efficace supporto.

In caso il Nucleo Operativo ritenga percorribile un'azione di supporto, l'impresa deve sottoscrivere un atto unilaterale con alcuni elementi essenziali, tra cui la trasparenza nella condivisione di tutte le informazioni funzionali all'analisi della situazione di difficoltà ed all'identificazione delle opportunità di rilancio nonché la presa d'atto che il RAID non si sostituisce in alcun modo all'impresa e ai vari soggetti coinvolti e non ha nessuna delega per poter operare e prendere decisioni specifiche in merito alla definizione e alla realizzazione del piano di rilancio o di ristrutturazione.

Successivamente alla sottoscrizione di tale documento scritto, il Nucleo Operativo potrà avviare le attività di affiancamento. Nell'ambito di tali attività il Nucleo Operativo può stipulare accordi con altri soggetti pubblici e privati per definire modalità di raccordo che facilitino l'esecuzione delle attività.

Attraverso il coinvolgimento di tali soggetti RAID potrà, *inter alia*, (i) diventare il punto di interfaccia unico e privilegiato per l'impresa in

⁽²⁴⁾ RAID opera attraverso una struttura tecnica a due livelli: (i) il Comitato Guida composto dai Direttori della giunta e del Sistema regionale e da opportuni rappresentanti degli enti pubblici che verranno successivamente coinvolti ha il compito di assicurare il corretto funzionamento di RAID; (ii) il Nucleo Operativo che svolge un ruolo di attuazione dei servizi ed è composto da figure con specifiche competenze di gestione d'azienda, coadiuvato secondo necessità da rappresentanti del sistema regionale ed eventualmente integrata da personalità esterne.

difficoltà per tutti i contatti con le amministrazioni pubbliche; (ii) creare affidamento pubblico nella certificazione del valore di organizzazione ed avviamento dell'impresa; (iii) aiutare ad acquisire il consenso dei diversi soggetti coinvolti (proprietà, banche; dipendenti, fornitori) sulla diagnosi dei fattori di crisi e favorire la concertazione sul risanamento dell'impresa attraverso misure di ristrutturazione; (iv) favorire la ricerca di soluzioni per conservare il valore di avviamento dell'impresa e tutelare i livelli occupazionali diretti ed indiretti (indotto), (v) monitorare dall'interno le situazioni di crisi per orientare le politiche regionali; individuare nuovi strumenti di supporto finanziario ed introdurre nuove politiche attive ad integrazione delle misure tradizionali di mitigazione dell'impatto sociale.

(iv) Spunti di riflessione e proposte per il miglioramento della disciplina

L'analisi che precede consente di svolgere alcune considerazioni sulle misure di prevenzione e di allerta proposte dalla Commissione Trevisanato e sui sistemi di prevenzione vigenti in altri Paesi, nell'ottica di fornire spunti per individuare possibili aree di "miglioramento" delle prime e modalità di adattamento dei secondi alle particolarità del sistema italiano.

1. La prima riflessione attiene all'individuazione delle condizioni per attivare una prevenzione ed alla previsione di sanzioni a carico dei soggetti legittimati che non ottemperino con diligenza alla segnalazione medesima.

Come abbiamo visto, nella *procedure d'alerte* francese detta condizione viene configurata nella nozione di "*criticità per la continuità aziendale*" lasciando poi ai soggetti legittimati (collegio sindacale; revisori, rappresentanti dei lavoratori; ecc. ...) di leggere i segnali di tale criticità in funzione delle peculiarità dell'impresa interessata (ad esempio: il *business* può essere discontinuo in certi settori, mentre in altri la discontinuità è segnale, per l'appunto, di criticità).

Orbene, sebbene rispetto a questa ipotesi, il flusso informativo possa incorrere in qualche intoppo, per difetto o anche per eccesso, dovuto alla

genericità della previsione sugli indici di compromissione del *going concern*, la stessa appare, comunque, preferibile rispetto ad un'ipotesi in cui il legislatore detti in modo dettagliato gli indici di tensione finanziaria in presenza dei quali la segnalazione deve essere fatta. E ciò sia perché, come già detto, i segnali di tensione finanziaria vanno letti in funzione della peculiarità del *business* dell'impresa interessata, sia perché l'elaborazione di indici di tensione finanziaria potrebbe essere più proficuamente svolta da enti o associazioni di esperti in materia finanziaria e contabile (Ordine Dottori Commercialisti; Camera di Commercio; ...) e fermo restando, in ogni caso, l'opportunità di adattare il segnale al singolo caso concreto.

Viceversa si potrebbe ipotizzare che i soggetti preposti al controllo che non abbiano assolto tempestivamente ai propri obblighi di segnalazione siano chiamati a rispondere per colpa omissiva (sia penalmente, sia civilmente) nella prospettiva che si affermino indirizzi giurisprudenziali rigorosi; ovvero che perdano eventuali privilegi o prelazioni in genere rispetto ai propri crediti verso l'impresa in caso di successivo fallimento di quest'ultima.

2.Appare, poi, evidente che la propensione dell'imprenditore e degli amministratori a rendere "pubblica" una situazione di tensione finanziaria non ancora sfociata in insolvenza debba essere incentivata sotto vari profili.

In quest'ottica, sarebbe opportuno garantire, a livello normativo, l'*esenzione da responsabilità civile e penale* quantomeno tutte le volte in cui la denuncia tempestiva abbia consentito di salvare l'azienda o parte dell'azienda. Si tratta di riconfigurare i reati fallimentari per colpire le sole ipotesi oggettivamente connotate di gravità causale rispetto al dissesto, abbandonando le ipotesi minori²⁵.

⁽²⁵⁾ Al riguardo, pare opportuno segnalare il progetto di riforma dei reati fallimentari di cui all'art. 2 del progetto di legge n. 176 del 3 giugno 2009 (rif. A.C. 1741) "*Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali*".

In particolare, il disegno di legge delega il Governo a rivedere la disciplina dei delitti di bancarotta fraudolenta nei seguenti termini: (i) prevedere le tre distinte ipotesi di bancarotta fraudolenta patrimoniale, documentale e preferenziale; (ii) individuare come presupposto dei delitti di bancarotta fraudolenta il provvedimento di apertura della procedura concorsuale: ciò comporta che il delitto può essere commesso tanto in fase pre-concorsuale, quanto in fase post-concorsuale, ma l'apertura della procedura resta un requisito essenziale del reato; (iii) rispetto alla fattispecie di bancarotta fraudolenta patrimoniale, fare riferimento piuttosto che ai "*beni dell'imprenditore*" al "*patrimonio destinato al*

Un “segnale”(timido) in questa direzione si riscontra nella modifica dell’art. 217 *bis* l. fall. prevista dal Decreto Sviluppo, laddove si stabilisce l’esenzione dai reati di bancarotta preferenziale e bancarotta semplice per i finanziamenti e pagamenti autorizzati dal Tribunale ai sensi dell’art. 182 *quinquies* l. fall.

Si tratta, tuttavia, di un intervento di portata “limitata” in quanto relativo a due istituti – il concordato preventivo e l’accordo di ristrutturazione dei debiti – a cui l’imprenditore si rivolge usualmente quando la crisi è ormai ad uno stadio piuttosto avanzato e, comunque, circoscritto alle sole ipotesi di finanziamenti e pagamenti autorizzati dal Tribunale.

Un ulteriore profilo rilevante è quello degli *incentivi fiscali* a favore dell’imprenditore in difficoltà che opti tempestivamente per una soluzione della crisi “concordata” con i propri creditori.

Al riguardo, le modifiche al Tuir introdotte dal Decreto Sviluppo e descritte sub § 3. possono ritenersi un “buon incentivo” in tal senso, sebbene sussistano ancora ampi margini di “miglioramento”.

Al riguardo, si consideri che è esente da tassazione non la riduzione dei debiti *tout court*, ma soltanto la parte che non risulta essere “coperta” da perdite fiscali di periodo o pregresse; inoltre, il Decreto Sviluppo lascia fuori dall’intervento “agevolativo” le plusvalenze da cessioni dei beni, che nel concordato preventivo non hanno rilevanza fiscale (ai sensi dell’art. 86, co. 5 del Tuir), ma che non godono della medesima agevolazione se realizzate nell’ambito di un “programma” di superamento della crisi di impresa

soddisfacimento dei creditori”; la relazione illustrativa precisa che ciò rappresenta un’estensione dell’oggetto della bancarotta patrimoniale “*con inclusione, ad esempio, del patrimonio del garante concorrente con il soggetto qualificato*”; (iv) rispetto alla fattispecie di bancarotta fraudolenta documentale, prevedere un arco temporale di tre anni entro il quale devono essere tenute le condotte che integrano la fattispecie (tre anni precedenti il provvedimento di apertura della procedura concorsuale) ed eliminare la finalità di procurare a sé o ad altri un ingiusto profitto; (v) rispetto alla bancarotta fraudolenta preferenziale, prevedere che la condotta debba svolgersi contemporaneamente con lo stato di insolvenza o con il concreto pericolo del medesimo e specificare che la fattispecie è integrata non da un qualsiasi pagamento, ma da un pagamento, o comunque dall’estinzione di un’obbligazione, che risulti indebito o non giustificato sotto il profilo giuridico o economico.

Per un commento critico sulla riforma dei reati fallimentari di cui al progetto di legge A.C. 1741 cfr. OSSERVATORIO SULLE CRISI DI IMPRESA – OCI, *Osservazioni sul progetto di legge A.C. 1741 recante “Delega al Governo per il riordino della legislazione in materia di gestione delle crisi aziendali”*, a cura di P. CELENTANO, A DI CARLO, E. RAGAGLIA

diverso, quale appunto un accordo di ristrutturazione dei debiti ovvero un piano attestato di risanamento²⁶

Un ulteriore profilo rilevante per l'emersione anticipata della crisi è quello riguardante la disciplina sulla *sospensione delle azioni esecutive e cautelari individuali* nel corso delle trattative tra l'imprenditore ed i creditori.

Al riguardo, se è vero che il Decreto Sviluppo è intervenuto sul punto con l'introduzione della c.d. proposta concordataria differita ed il conseguente "*automatic stay*" (al riguardo, si v. *supra sub* § 3.), è altrettanto vero, però, che questa particolare disposizione riguarda soltanto il concordato preventivo e non risulta applicabile né agli accordi di ristrutturazione né ai piani attestati. Circostanza, questa, che potrebbe disincentivare il ricorso a questi istituti ove la componente "privatistica" di gestione della crisi è più accentuata²⁷.

3. Istituire a livello locale e nazionale organi terzi - su modello del RAID o del CIRI francese – a cui l'imprenditore può rivolgersi quando si rende conto della situazione di tensione finanziaria.

⁽²⁶⁾ Tale scelta del legislatore potrebbe disincentivare il ricorso agli accordi di ristrutturazione ed ai piani attestati di risanamento, giacché la cessione degli asset (tipicamente non strategici) è quasi sempre perseguita in tali strumenti per creare liquidità a servizio del debito oggetto di ristrutturazione e/o negoziazione. In particolare, nei piani di risanamento ex art. 67 l. fall. la cessione dei beni "in favore" dei creditori costituisce un'azione plan prioritaria rispetto alla "riduzione dei debiti", obiettivo proprio e fisiologico di concordati preventivi e di accordi di ristrutturazione.

⁽²⁷⁾ L'esigenza di "rafforzare" la sospensione delle iniziative giudiziarie individuali è sentita nel nostro ordinamento. In tale ottica va inquadrato il recente orientamento giurisprudenziale che, applicando in via estensiva l'art. 15 co. 8 l. fall. e/o l'art. 2409 cod. civ., ha riconosciuto anche all'imprenditore in difficoltà (e non solo ai suoi creditori) la facoltà di chiedere al tribunale l'emissione di provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio dell'impresa durante il procedimento pre-fallimentare. Cfr. Tribunale Prato, 4 febbraio 2011 (decr.), Procura della Repubblica c. BTP, in *Dir. fall.* II 2011: "Nell'ambito del procedimento per la dichiarazione di fallimento il tribunale può disporre, su richiesta del debitore, un provvedimento avente natura cautelare e provvisoria e con contenuto analogo a quello previsto dall'art. 2409 c.c., che preveda, previa sospensione dei poteri dell'organo amministrativo, la nomina di un amministratore giudiziale con il compito di salvaguardare i valori aziendali nell'interesse dei creditori fino alla conclusione del procedimento ex art. 182 bis o di dichiarazione di insolvenza ex d.leg. 270/1999, con poteri estesi alla gestione ed amministrazione ordinaria e straordinaria con la finalità di conservare l'integrità del patrimonio aziendale". Trib. Busto Arsizio, 28 luglio 2009 (ord.) inedita: "Nell'ambito del procedimento per dichiarazione di fallimento, è possibile disporre, ai sensi dell'art. 15, comma 8, legge fallimentare, la sospensione della vendita dei beni pignorati in una procedura esecutiva qualora appaia opportuno evitare la vendita di beni necessari alla prosecuzione dell'attività per consentire la presentazione di un piano che potrebbe facilitare l'accesso dei lavoratori agli ammortizzatori sociali ed appaia altresì opportuno preservare la par condicio creditorum in vista di un eventuale accertamento dello stato di insolvenza. In dottrina, si v. M. FABIANI, L'esercizio provvisorio "anticipato" dell'impresa "fallenda" tra spossamento cautelare dell'azienda e amministrazione giudiziaria della società, marzo 2010, www.ilcaso.it.

E' di particolare importanza che si tratti di soggetti dotati di competenze economico-aziendali e conoscitori del mondo imprenditoriale e del settore specifico in cui opera l'azienda richiedente. Del resto così accade già nell'ordinamento francese ove il giudice della procedura d'alerte non è un togato, ma un imprenditore, capace di comprendere le problematiche connesse alla gestione di un'impresa.

Il Tribunale dovrebbe entrare in gioco una volta raggiunto l'accordo ai soli fini dell'omologa, secondo una procedura analoga a quella prevista nella legge n. 3 del 27 gennaio 2012 sulla procedura di composizione del sovra-inddebitamento dei soggetti non fallibili.

Il compito di questi organi sarebbe duplice: da un lato, fornirgli assistenza nell'analisi della propria situazione per valutare se l'impresa presenta presupposti di reversibilità della crisi ed è nelle condizioni di predisporre un piano di risanamento e, dall'altro lato, fare da interfaccia con i vari soggetti creditori (pubbliche amministrazioni, fornitori, creditori bancari).

Questi organi avrebbero un'utilità sotto molteplici profili: da un lato, il loro ruolo di affiancamento consentirebbe l'accesso all'istituto del piano di risanamento anche a quelle imprese che non hanno disponibilità dei mezzi economici oltre che di "cultura aziendale" necessari per gestire trattative con il ceto creditorio. Al riguardo, vanno tenuti presenti alcuni dei problemi che tipicamente affliggono il tessuto imprenditoriale italiano: (i) scarsa cultura d'impresa (in materia di pianificazione, gestione finanziaria, diritto, ecc...); (ii) disorientamento/"solitudine" dell'imprenditore; (iii) scarsa fiducia nelle istituzioni da parte dell'imprenditore per quanto riguarda le azioni di supporto alle crisi; (iv) scarso tempismo nell'identificazione degli interventi di supporto; (v) difficoltà di accesso al credito; (vi) difficile coordinamento tra le molteplici strutture della PA interessate alla crisi; (vii) riservatezza da parte dell'imprenditore sullo stato di crisi, che tante volte diviene controproducente; (viii) approccio "individualista" degli *stakeholder* ed "opportunista" di possibili nuovi *stakeholder*; (ix) lacune giuridiche nella cultura dell'imprenditore.

Dall'altro lato, la circostanza che un'istituzione pubblica si interfacci con il ceto creditorio nelle sue varie declinazioni (fornitori, pubbliche amministrazioni; banche), affiancando l'impresa nell'individuazione di una soluzione concordata, può contribuire a rendere più efficiente ed efficace il processo di ristrutturazione, accelerandone i tempi a vantaggio di tutti gli attori, imprenditore e creditori.

Del resto, il fatto che il piano di risanamento sia frutto di una trattativa tra imprenditore e creditori – anziché essere elaborato unilateralmente dall'imprenditore come accade nell'ambito del concordato preventivo (si v. *infra sub § 4.2.*) – può contribuire ad assicurare l'esito positivo del piano medesimo, in particolare sotto il profilo della continuità aziendale. Inoltre, l'intervento di un ente pubblico terzo che promuove e supervisiona il processo di composizione della crisi potrebbe “rassicurare” i creditori sulla serietà della trattativa e contribuire, così, a creare un “clima di fiducia” tra le parti, ovviando e/o limitando i casi in cui l'imprenditore, che rende “pubblica” una situazione di difficoltà finanziaria, si vede risolti i contratti pendenti e/o sospese le forniture, con conseguente aggravamento della crisi e pregiudizio delle possibilità di ripresa²⁸.

Infine, appare opportuno, nell'ottica del buon esito delle trattative, che l'istituzione pubblica rimanga “terza” e quindi che l'imprenditore abbia un proprio *advisor* legale, che lo assista nelle trattative con i creditori (sebbene ciò possa comportare il rischio che l'impresa sia disincentivata a ricorrere a questo strumento per evitare di dover sopportare i costi legali)²⁹.

⁽²⁸⁾ Si v. in merito M. LAVIZZARI, *Il ruolo dei creditori: garanzie e attività di controllo periodico richieste*, in COMMISSIONE GESTIONE CRISI D'IMPRESA E PROCEDURE CONCORDATE, *La crisi d'impresa – L'attestazione di ragionevolezza dei piani di ristrutturazione ex art. 67, co. 3, lettera d) l. fall.*, Quaderno n. 27, sub p. 61 et seq.: “La comunicazione dello stato di crisi ai creditori è il momento forse più delicato in quanto comporta l'ufficializzazione di una situazione non conosciuta e spesso comporta il blocco delle linee di credito e l'approvvigionamento “per cassa” dei beni e dei servizi strategici per la continuità d'impresa, con l'effetto di un repentino prosciugamento delle risorse finanziarie, ma anche l'allontanamento della clientela spontaneo o artatamente accaparrato dalla concorrenza”.

⁽²⁹⁾ La concessione all'imprenditore di un periodo di tempo in cui prendere accordi con i propri creditori senza subire il fallimento è un istituto piuttosto risalente nel tempo. In particolare, se ne possono rinvenire le prime tracce nella legislazione della Serenissima Repubblica Veneta che attribuiva ai sopraconsoli, magistratura speciale, la facoltà di concedere al fallito una dilazione (l'affida) affinché quest'ultimo potesse prendere accordi con i suoi creditori. Accordi che sottostavano, poi, alla vidimazione o approvazione (secondo che vi fosse o no accordo unanime dei creditori) della giurisdizione speciale dei sopraconsoli. Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Concordato stragiudiziale*, in *Digesto disc. comm.*, Sez. II, 1987, p. 283 et seq.

In altri termini, la sintesi, a nostro avviso, preferibile tra l'intervento dell'autorità pubblica nel processo di ristrutturazione, da un lato, e il ruolo dell'autonomia privata, dall'altro lato, va individuata in una situazione di *"autonomia privata assistita da pubblici poteri"* laddove i *"pubblici poteri"* sono rappresentati, innanzitutto, da soggetti dotati di competenze economico-aziendali in grado di comprendere le problematiche ed esigenze del mondo imprenditoriale (oltre che dal tribunale il quale interverrà nella fase di omologa del piano).

4. Estendere dal punto di vista temporale e/o rafforzare il blocco delle azioni esecutive e cautelari individuali non soltanto all'istituto del concordato preventivo, ma anche nell'ambito di una specifica procedura di allerta/prevenzione. Ovviamente l'esigenza di agevolare l'imprenditore nelle trattative deve trovare un giusto contemperamento nella tutela delle ragioni dei creditori, anche considerato che l'esito delle trattative potrebbe risultare negativo.

Per tale ragione è opportuno che la sospensione delle azioni esecutive e cautelari individuali sia (i) temporalmente circoscritta – in particolare potrebbe essere prevista dal momento in cui iniziano le trattative tra imprenditore e creditori sotto l'egida dell'ente terzo tramite la stipula di un accordo di moratoria la cui esistenza dovrebbe essere resa "pubblica" mediante iscrizione presso il competente Registro delle Imprese – e (ii) i termini di prescrizione e decadenze delle azioni rimangano sospesi, come peraltro già previsto nella legislazione fallimentare vigente.

Del resto – la sospensione delle azioni individuali conseguente alla c.d. proposta concordataria differita e l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni antecedenti la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, introdotte con il Decreto Sviluppo – se da un lato sono novità da accogliere con favore in quanto agevolano l'imprenditore nelle trattative, dall'altro lato potrebbero facilmente prestarsi ad abusi da parte di soggetti motivati esclusivamente dalla volontà di "prendere tempo".

4.2. Il concordato preventivo

Come anticipato (cfr. *supra sub* § 3. e 4.1), il Decreto Sviluppo ha apportato numerose modifiche alla disciplina del concordato preventivo nell'ottica di incentivare l'utilizzo di questo strumento di risoluzione della crisi d'impresa, rispetto a quelli del piano attestato di risanamento e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

Ne sono esempi eloquenti: (i) la possibilità di “anticipare” la protezione contro iniziative giudiziarie di singoli creditori mediante il deposito di una semplice (e scarna) domanda di concordato preventivo (corredata dai bilanci degli ultimi tre esercizi) con riserva di presentare successivamente la domanda, il piano e la documentazione; (ii) la possibilità che il debitore, dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di ammissione alla procedura di concordato, sia autorizzato dal Tribunale a compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione e possa compiere atti di ordinaria amministrazione, fermo restando che i crediti di terzi sorti a seguito di tali atti legalmente compiuti sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall. e che gli atti in questione sono esenti da revocatoria, così come i pagamenti e le garanzie compiuti nel medesimo periodo; (iii) la possibilità che il Tribunale in sede di ammissione, ovvero successivamente, il giudice delegato autorizzi il debitore a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso ovvero a sospendere l'esecuzione dei medesimi per un periodo non superiore ai sessanta giorni (prorogabili una sola volta); (iv) l'introduzione di una disciplina specifica per il concordato preventivo con continuità aziendale³⁰.

Orbene, fermo restando che si tratta di modifiche positive, rimangono alcuni profili della vigente disciplina sui quali potrebbe risultare utile agire. In particolare si tratta: (i) della legittimazione attiva all'apertura della

⁽³⁰⁾ Il debitore che si trova in concordato preventivo con continuità aziendale è legittimato a partecipare alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, può essere affidatario di subappalti e stipulare i relativi contratti (si v. art. 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, come modificato dal Decreto Sviluppo).

procedura; e (ii) della possibilità per i creditori di intervenire nell'ambito della definizione del contenuto del piano concordatario.

Tali profili vengono qui di seguito distintamente trattati.

(i) Legittimazione attiva

Ai sensi dell'art. 160 l. fall. l'unico soggetto legittimato a proporre ai creditori un concordato preventivo è l'imprenditore che si trova *in stato di crisi*.

Orbene, secondo la posizione recente della dottrina³¹, la legittimazione all'apertura di una procedura di concordato preventivo dovrebbe essere estesa anche ai creditori dell'imprenditore e/o a terzi muniti di interesse³².

L'opportunità di tale soluzione appare duplice.

In primo luogo, mantenere la regola in virtù della quale solo l'imprenditore ha la legittimazione ad utilizzare il concordato preventivo spesso significa tardività da parte dell'imprenditore nella richiesta di accesso alla procedura. L'imprenditore sovente vi fa ricorso quando lo stato di crisi si presenta fortemente deteriorato, così che difficilmente è possibile porre in essere azioni che consentano di mantenere in vita la società.

In secondo luogo, quando vi sono ragioni economiche di continuità dell'esercizio sociale per l'impresa, la proposta concordataria di soddisfazione che è sottoposta ai creditori è talmente minima da essere considerata vessatoria: in questi casi le percentuali di soddisfacimento dei

⁽³¹⁾ Cfr. M. GIORGETTI, *Critica alla legge fallimentare riformata: la legittimazione dei terzi a proporre la domanda di concordato preventivo quale ipotesi di soluzione alternativa*, in *Il Fallimentarista*.

⁽³²⁾ La questione all'esame si ricollega alla più ampia problematica del potere di iniziativa nelle ristrutturazioni di imprese in crisi. Attribuire ai creditori la legittimazione a chiedere l'apertura di una procedura di concordato preventivo rappresenta, infatti, una deroga al principio di autonomia imprenditoriale; principio per cui le scelte all'interno di una società sono demandate al soggetto-imprenditore. Ovviamente si tratta di stabilire se detto principio "regge" quando la situazione dell'impresa è compromessa in una maniera tale da mettere in pericolo il soddisfacimento delle ragioni dei creditori dell'impresa medesima. Cfr. M. BELCREDI, *Il potere di iniziativa nelle ristrutturazioni di imprese in crisi*, intervento al convegno "Il concordato preventivo a sette anni dalla riforma: critiche e proposte", organizzato dall'Ordine dei Dottori Commercialisti e degli Esperti contabili di Milano, in data 12 aprile 2012.

creditori chirografari spesso sono inferiori al 10%, cifra destinata a ridursi nel corso della procedura.

Ciò discende anche dal fatto che l'imprenditore ha legittimazione esclusiva a proporre la domanda di concordato preventivo anche nelle ipotesi di società che hanno perduto interamente il capitale sociale: in tali circostanze, per mera finzione giuridica, l'imprenditore che ha perduto la titolarità economica della società, continua ad avere la capacità giuridica sull'impresa, laddove invece dovrebbero essere i creditori a impossessarsi dell'impresa, come autorevolmente sostenuto in dottrina (cfr. B. LIBONATI, *Prospettive di riforma sulla crisi di impresa* in *Giur. Comm.*, 2001, II, p. 327 et seq.: *"Quando i risultati negativi abbiano bruciato l'investimento di rischio, la legittimazione alla gestione dell'impresa, ormai qualificata come in crisi perché incapace di produrre reddito passa dall'investimento di rischio, che non c'è più, al capitale di credito. Lo spossamento del debitore insolvente si traduce nell'impossessamento della nuova classe di portatori d'interesse, postergata nella gestione dell'impresa rispetto all'investimento di rischio finché l'impresa sia in bonis, privilegiata rispetto ad ogni altro quando l'impresa sia caduta in crisi"*)³³.

In altri termini, l'attuale disciplina del concordato preventivo pone il debitore in crisi o addirittura già insolvente, in una posizione tale da poter fissare il prezzo di un'azienda, il cui ricavato consiste nel pagamento percentuale ai creditori, decidendo, così, il destino di beni che ormai, atteso lo stato di crisi o di insolvenza, non gli appartengono più, essendo venuto meno il punto di contatto che ne legittima la titolarità, ovvero il capitale sociale.

Peraltro, l'imprenditore spesso non formula una proposta concordataria mosso dalla volontà di soddisfare i creditori, ma al solo fine di contenere le responsabilità che potrebbero essere a lui addebitate in caos di dichiarazione di fallimento.

⁽³³⁾ La legittimazione esclusiva dell'imprenditore nell'avvalersi del concordato preventivo determina una situazione che è riconducibile al monopsonio, cioè un mercato nel quale si rinviene un unico acquirente, che decide cosa e quanto comprare, fissando il prezzo in base alla propria funzione di profitto. Cfr. C. BIANCO, *Critica alla legge fallimentare riformata: il regime di mercato nel concordato preventivo*, in *Il Fallimentarista*.

A ciò si aggiungano quelle ipotesi in cui il piano concordatario proposto persegue il solo fine di poter consentire all'imprenditore la continuazione dell'attività d'impresa, anche a mezzo di interposta persona utilizzando il ceto creditorio come soggetto a cui attribuire le perdite.

I rischi e le problematiche sopra evidenziate dovrebbero/potrebbero trovare una soluzione nell'attribuire la legittimazione a proporre domande di concordato preventivo ai creditori o ai terzi muniti di interesse. Così facendo gli interessi di queste categorie di soggetti risulterebbero, senz'altro, meglio tutelati.

Più precisamente, i *creditori* svolgerebbero un ruolo attivo nei nuovi strumenti concorsuali, appropriandosi di una titolarità sui beni con i quali potersi soddisfare, sempre sotto la vigilanza del commissario giudiziale e del Tribunale fallimentare. Il *debitore*, non essendo l'unico soggetto legittimato a ricorrere allo strumento concordatario, dovrebbe competere con altri soggetti, proprio come accade in un'economia di mercato.

L'ampliamento della legittimazione consentirebbe una maggiore e più tempestiva mobilità delle imprese in crisi, con migliori prospettive di conservazione della ricchezza e con una tutela di una migliore ed ottimale allocazione delle risorse economiche, quindi con benefici per il sistema economico in generale (soprattutto con riguardo alle piccole-medie imprese che non hanno mobilità di mercato, come le imprese medio grandi spesso quotate nel mercato finanziario).

Nell'ordinamento statunitense, ad esempio, esiste l'istituto dell'*involuntary petition* attraverso il quale i creditori possono richiedere alla *Bankruptcy Court* l'avvio, nei confronti del proprio debitore, di una procedura concorsuale di *Chapter 11 – Reorganization* o di *Chapter 7 – Liquidation* (titolo 11 dello *United States Code*, c.d. *Bankruptcy Code*, 11 UCS § 303). Questo istituto consente per l'appunto che, accertate oggettive condizioni di stato di crisi, ogni interessato possa formulare ai creditori offerte sull'azienda del debitore, senza escludere che quest'ultimo possa a sua volta concorrere per poter rimanere titolare dell'impresa.

Se misure simili venissero adottate anche nel nostro ordinamento darebbero luogo ad una sana competizione che permetterebbe così un più giusto trattamento per i creditori, come effetto dell'individuazione di un prezzo dell'azienda espresso dal mercato.

Peraltro, un meccanismo di “competizione” di offerte analogo, per certi aspetti, è già presente nel nostro ordinamento con riguardo all'istituto del *concordato fallimentare*. Al riguardo, l'art. 124 l. fall. prevede la legittimazione dei creditori dell'imprenditore fallito e/o di terzi a presentare una proposta di concordato. La/le proposta/e presentate sono sottoposte al voto dei creditori e quella che riceve il maggior numero di consensi (*rectius* di non dissensi) viene sottoposta al giudizio di omologa del Tribunale fallimentare. Questo istituto, tuttavia, non prevede la legittimazione del debitore a presentare la proposta; mancanza comprensibile se si considera che il concordato fallimentare interviene quando il debitore è già stato dichiarato fallito.

(ii) Partecipazione dei creditori nella definizione dei contenuti del piano concordatario

Un ulteriore profilo, collegato al precedente, riguarda la possibilità per i creditori di partecipare alla definizione dei contenuti del piano concordatario (analogamente a quanto accade in tema di accordi *ex art. 182 bis l. fall.* ove il piano sottoposto ad omologa è spesso frutto di una più o meno lunga negoziazione tra imprenditore e creditori).

Se è vero, infatti, che nell'ambito del concordato preventivo – contrariamente all'accordo *ex art. 182 bis l. fall.* – i creditori hanno la possibilità di “votare contro” un piano non gradito, è altrettanto vero che, in concreto, l'unica alternativa possibile al piano proposto è l'assoggettamento dell'impresa al fallimento.

Questa struttura del concordato preventivo, tale per cui i creditori si trovano in una posizione di “prendere o lasciare”, costringe spesso ad accettare percentuali di soddisfacimento vessatorie.

In quest’ottica quindi l’introduzione della legittimazione dei creditori a chiedere modifiche o integrazioni del piano concordatario potrebbe costituire un ulteriore rimedio, oltre a quello descritto *sub* § (i), rispetto alla situazione riconducibile a quella “monopsonio” che caratterizza attualmente il concordato preventivo, cioè un mercato nel quale si rinviene un unico acquirente, che decide cosa e quanto comprare, fissando il prezzo in base alla propria funzione di profitto.

5. Conclusioni

L’analisi che precede consente di ricondurre le osservazioni svolte e gli spunti di riflessione sviluppati a due conclusioni tra loro collegate.

In primo luogo, la prevenzione delle crisi di impresa e la loro emersione nella fase preliminare è di importanza fondamentale per garantire il buon esito della procedura di ristrutturazione e, quindi, la conservazione del valore aziendale e produttivo proprio dell’impresa.

In secondo luogo, al fine di favorire l’emersione tempestiva della crisi è opportuno che l’imprenditore, in primis, e i soggetti deputati al controllo dell’impresa siano incentivati a rendere pubblica la situazione di tensione finanziaria il prima possibile.

Infatti, i flussi informativi c.d. “esterni” (registro protesti, banche dati delle amministrazioni finanziarie sui cattivi pagatori) previsti nei vari progetti della Commissione Trevisanato, quand’anche accompagnati da sanzioni a carico dei soggetti inadempienti, non sono di per sé risolutivi in un contesto in cui l’imprenditore e chi lo circonda (collegio sindacale, revisore dei conti,...) è indotto a tenere riservata la crisi il più a lungo possibile (per evitare, ad esempio, l’interruzione dei rapporti con i propri fornitori e/o la revoca dei fidi bancari e, quindi, l’interruzione della propria attività produttiva).

Fondamentale è dunque che l'imprenditore, il diretto interessato, sia particolarmente incentivato a rendere pubblica la propria situazione di difficoltà attraverso misure di esenzione da responsabilità civili e penali; misure fiscali che rendano vantaggioso la stipula di un accordo con i propri creditori (e non solo, si badi, l'accordo ex art. 182 bis l. fall. o il piano attestato di risanamento ex art. 67 l. fall., ma anche l'accordo che intervenga in una fase preliminare, purché con una parte rappresentativa del ceto creditorio e nell'ambito di una procedura di allerta specifica); istituzione di enti e organismi che affianchino l'imprenditore, spesso non dotato delle necessarie competenze amministrative e finanziarie, nella conduzione delle trattative e, più in generale, nel percorso di risanamento.

Più di tutto, però, appare di fondamentale importanza innestare, anche attraverso l'applicazione della recente riforma della legge fallimentare, un cambiamento "culturale" vero e proprio, per cui la tensione finanziaria che un'impresa può attraversare in determinati periodi non deve essere percepita come, in una logica punitiva, come un fatto da nascondere, bensì come una circostanza fisiologica in determinati periodi e da rimediare il più presto possibile.

C. RAVINA, *Riflessioni e spunti sulla recente riforma della legge fallimentare*, 4 Businessjus 17 (2012)

Unless otherwise noted, this article and its contents are licensed under a

Creative Commons Attribution 3.0 Generic License.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/>

Se non altrimenti indicato, il contenuto di questo articolo è rilasciato secondo i termini della licenza

Creative Commons Attribution 3.0 Generic License.