

PARTE I
Dottrina

LA RIFORMA DEL DIRITTO CONCORSUALE NEL PANORAMA GIURIDICO ECONOMICO ITALIANO

————— di Massimo Giuliano, avvocato, —————
e Daniela Di Gravio, dott.ssa in economia e commercio,
Studio Legale e Commerciale G&DG

1) Introduzione. 2) La legge fallimentare nell'attuale sistema economico e legislativo italiano. 3) Il concetto di crisi dell'impresa nell'attuale legislazione. Spunti per una discussione. 4) Le soluzioni internazionali all'insolvenza: Brevi cenni. 5) La riforma delle procedure concorsuali: alcune considerazioni sullo "Schema del d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro della Giustizia di concerto con Ministro dell'Economia e delle Finanze, presentato agli uffici legislativi dei Ministeri deleganti". 5.1. Gli istituti di "allerta e prevenzione". 5.2. "La composizione concordata della crisi".

1. Introduzione

L'analisi economica della crisi d'impresa è oggetto solo da poco tempo di studi volti a sviluppare quella visione economico giuridica quanto mai utile per elaborazioni di riforme legislative, soprattutto quelle rivolte a innovare l'attuale sistema di gestione giudiziaria della crisi d'impresa.

L'attuale Legge Fallimentare fu emanata nel 1942, prima dell'emanazione della Costituzione del 1947 e in un'economia italiana chiusa ai mercati internazionali, dove lo Stato era altamente interventista. Il settore privato era o eccessivamente regolamentato o troppo poco regolamentato, a seconda delle aree e delle dimensioni delle aziende.

Lo schema tradizionale era basato sul ricorso agli investimenti pubblici e al monopolio per trovare soluzioni temporanee alle crisi finanziarie degli anni '30. Prima della seconda guerra mondiale i cartelli e i sistemi di protezione impedivano la concorrenza e scoraggiavano l'innovazione. Durante la ricostruzione vi furono segnali di riforma della politica economica, ma il settore delle imprese statali rimase ampio.

Divenne, tuttavia, più inefficiente negli anni '60 e '70, dove la mancanza di rigidi vincoli di bilancio diminuì gli incentivi a migliorare la redditività delle aziende. L'abitudine al sostegno statale creò rischi di

corruzione che minarono il processo competitivo. Tutte le aziende sembravano protette dal rischio di fallimento.

All'inizio degli anni 60 il circolo virtuoso si interruppe, fino ad arrivare alla crisi petrolifera del 1973 e all'indicizzazione salariale: i salari cominciarono a crescere in modo non coerente con i *trends* nazionali di produttività. Maggiormente colpito fu il sud dell'Italia, dove alla fine degli anni '90 con il 36% della popolazione italiana il PIL era di un quarto di quello del paese e la disoccupazione raggiunse il 54%.

Il sistema bancario è stato caratterizzato da barriere rigide. Il mercato del credito era molto frammentato: da un lato piccole banche locali e dall'altro poche grandi banche che però non erano competitive a livello internazionale. La legge sulle Banche del 1936 teneva nettamente separati il settore bancario da quello industriale, vietando alle aziende di credito di acquistare azioni e di concedere crediti a lungo termine. Nel periodo post-bellico ci fu una forte spinta al cambiamento che però l'Italia non riuscì a sfruttare per creare un ambiente competitivo, soprattutto per una particolare interpretazione della Costituzione che pur salvaguardando i principi dell'iniziativa economica privata¹, consente di porre limiti agli individui allo scopo di adempiere a "funzioni sociali" e per seguire "obiettivi sociali"².

Fino agli anni '90 il settore pubblico operava in tutti i mercati, ma era particolarmente forte nel terziario, dove controllava i due terzi del settore bancario, tre quarti del settore dei trasporti e delle telecomunicazioni e la quasi totalità dell'energia e delle risorse idriche. Ma la *performance* era molto deludente. Comparvero poi rigidi vincoli di bilancio con l'adeguamento al Diritto Comunitario e venne a determinarsi una situazione di pericolo di fallimento delle aziende pubbliche. L'Italia fu così costretta ad iniziare il processo di privatizzazione.

In tutto questo quadro il diritto societario, fino all'attuale riforma, non è stato adeguato alla situazione della new economy, della globalizzazione e del settore finanziario.

A sessant'anni dall'approvazione del codice civile del 1942, dopo un primo intervento del legislatore con il D. Lgs 58/1998, limitatamente

¹ Cost. art. 41,1 Comma "L'iniziativa economica privata è libera".

² Cost. art 41, 2 Comma "Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana".

alle società quotate, con i d.lgs 5 e 6 del 2003 si è giunti alla prima “vera” organica riforma del diritto societario.

La riforma rappresenta una risposta concreta alle richieste del mondo economico di costruire modelli di società di capitali capaci, oltre che di adeguarsi alle effettive esigenze operative, di competere in un mercato sempre più “globale” ma, sicuramente, meno generoso e concessivo.

Complessivamente, la riforma, infatti, raggiunge l’obiettivo prioritario che la legge delega n. 366 del 2001 si era prefissata, ovvero quello di ridisegnare i modelli che caratterizzano la società per azione, la società a responsabilità limitata e la società cooperativa.

Ancora inadeguato, nonostante le “picconate” inferte dalla Corte Costituzionale, è il diritto fallimentare ancorato all’idea di “punire” l’imprenditore, piuttosto che risolvere la crisi aziendale nell’interesse del ceto creditorio, degli investitori ma anche dell’imprenditore stesso.

2. La legge fallimentare nell’attuale sistema economico e legislativo italiano

Oggi la situazione economica generale è molto cambiata. Siamo di fronte ad un’economia che si muove verso la globalizzazione. Il Fondo Monetario Internazionale ha indicato una serie di principi guida³ che il legislatore dovrebbe seguire nell’emanazione delle norme in materia di insolvenza delle imprese.

L’Italia ha ottemperato agli obblighi assunti nei confronti dell’Unione Europea che prevedevano la liberalizzazione dei mercati, attraverso il programma del mercato unico, le regole strutturali e la politica per la concorrenza, l’utilizzo dei fondi dell’Unione Europea e il risanamento monetario e fiscale. Il tutto solo per l’ingresso nell’area Euro.

Nel marzo 2000, nell’ambito dell’audizione sulle implicazioni economiche della riforma societaria presso la V° Commissione Permanente Programmazione economica e bilancio del Senato della Repubblica, Pierluigi Ciocca, Vicedirettore generale della Banca d’Italia, ha fornito i seguenti dati: “ L’economia italiana ha per quasi un decennio, ristagnato. Ha sperimentato una crescita della produzione potenziale infe-

³ IFM (1999), Orderly & effective insolvency procedures, Legal Department

riore agli altri principali paesi. La produttività del settore privato ha visto rallentare la sua dinamica dal 2% l'anno nel 1990-1995 all'1,5% nel quinquennio successivo. Misurata sul costo di lavoro per unità di prodotto, la competitività dell'industria italiana verso l'area dell' Euro è peggiorata di 10 punti dalla fine del 1996. Oltre il 90% delle imprese italiane ha meno di 10 addetti e dà lavoro a quasi la metà degli occupati. Per classi dimensionali d'impresa- dalla classe con meno di 9 addetti fino a quella con oltre 1000- il rapporto fra debiti finanziari (diversi dai debiti di fornitura) e capitale proprio varia da 2 a 0,9; quello tra debiti finanziari e valore aggiunto da 3 a 1, quello tra passività totali e valore aggiunto da 9 a 4."

Questo significa che il panorama italiano, come già evidenziato, è caratterizzato da poche grandi aziende, scarse quelle di medie dimensioni, numerosissime le piccole. Le imprese non utilizzano gli strumenti della finanza moderna, il ricorso a emissioni obbligazionarie è modesto e il capitale proprio è poco quotato.

In Italia esistono circa 35.000 S.p.A. (1 ogni 10 S.r.l.) di cui ben 13.000 con meno di 10 addetti. Grazie al T.U.F., testo unico della finanza, dal primo luglio 1998 le società quotate sono aumentate a circa 250. Tuttavia la maggior parte rimangono non quotate.

Per quanto riguarda il sistema concorsuale di gestione dell'insolvenza esso è attualmente disciplinato dal regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 che reca "la disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa", e dal decreto legislativo 8 luglio 1999 n. 270 che disciplina invece l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese⁴.

Nonostante i numerosi interventi della Corte Costituzionale e l'opera interpretativa dei giudici di merito e di legittimità, la legge fallimentare non ha sostanzialmente mutato i principi ispiratori enunciati sotto la vigenza dello Statuto Albertino, *"il fallimento risulta ancorato ad una concezione sanzionatoria per l'imprenditore e inadeguato alle attuali finalità; inoltre per la sua eccessiva durata, anche in conseguenza dell'elevato contenzioso che provoca, non si pone in sintonia con i valori costituzionali"*⁵.

⁴ La L. 270/99 ha sostituito la legge 3 aprile 1979, n. 75 (cosiddetta legge Prodi).

⁵ LO CASCIO, G. , Magistrato in Roma "Prime riflessioni sull'imminente riforma del diritto fallimentare".

La dottrina distingue le procedure in liquidatorie e risanatorie, in relazione alla finalità che le stesse perseguono.

Le prime sono:

- il fallimento;
- la liquidazione coatta amministrativa;
- il concordato per cessione dei beni.

Le seconde sono:

- l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese;
- l'amministrazione controllata;
- il concordato preventivo garantito.

Tutto l'impianto della legge fallimentare è basato sul principio cardine del soddisfacimento dei creditori attraverso la liquidazione dei beni dell'impresa e sulla convinzione che tale liquidazione corrisponda all'interesse sociale liberando, nell'interesse della collettività, le risorse impiegate in modo inefficiente nell'impresa⁶.

La conservazione dell'impresa è considerata solo un mezzo attraverso il quale si giunge alla liquidazione della stessa. Lo stesso risanamento è pressoché inattuabile nella maggior parte dei casi a causa della rigidità delle procedure e, soprattutto, per l'impossibilità di derogare alle regole formali. Infatti l'attuale stato dell'arte non consente al debitore di presentare più proposte di risanamento alternative o in successione, come invece è previsto da altri ordinamenti tra cui il *Chapter 11* statunitense, così pure la proposta di risanamento può venire solo dal debitore e non dai creditori o da terzi⁷.

Il dibattito attualmente in corso, e che la riforma della legge fallimentare presentata in parlamento per l'approvazione definitiva sembra recepire, pone l'accento sulla necessità di impostare tutto il sistema di gestione della crisi dell'impresa sul principio cardine di salvaguardia delle attività produttive, e solo ove tale finalità risulti impraticabile procedere verso la liquidazione dell'impresa, sempre però in un continuo dialogo con il ceto creditorio.

Si è cercato di attuare tale obiettivo con le procedure, cd. minori, pre-

⁶ SANSONE G. Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario, in *Il Fallimento*, n.8/1998

⁷ BERTOLI G. Profili di efficienza delle procedure concorsuali. Il concordato preventivo nell'esperienza del tribunale di Brescia, in *Rivista dei dottori commercialisti*, 6/2001.

viste dalla legge fallimentare, di amministrazione controllata e, in alcuni casi, di concordato preventivo, e con la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese, attraverso l'accordo con i creditori al fine di giungere, per l'appunto, al risanamento o conservazione dell'azienda, spostando l'attenzione sull'impresa più che sull'imprenditore. I vantaggi che conseguono attraverso il ricorso alle predette procedure, rispetto ai normali processi di *turnaround*, sono il congelamento delle passività quale effetto immediato dell'accesso alla procedura e il blocco di ogni azione esecutiva individuale intrapresa dai creditori. Tuttavia la rigidità e l'inefficienza della legge fallimentare ha fatto sì che tali procedure più che conservare l'impresa sono servite (e servono) solo a ritardare il più possibile il fallimento. Si è assistito così alla "staffetta" delle procedure concorsuali, ad un uso alternativo delle stesse, che inizia con l'apertura dell'amministrazione controllata per poi transitare per il concordato preventivo e approdare, infine, al fallimento.

A tale situazione si aggiunge il fatto, che mancando norme capaci di rilevare tempestivamente la crisi dell'impresa, prima della sua cronicizzazione, l'efficienza allocativa *ex post*, ne esce considerevolmente ridotta⁸. Non solo, anche lo stesso piano di risanamento risulta fortemente penalizzato dovendo far fronte ad una situazione di crisi avanzata, spesso già sfociata nell'insolvenza irreversibile.

In effetti il fallimento ha una funzione liquidatoria, con l'unico scopo di eliminare la "mela marcia" dal mercato. Quando esso interviene l'impresa è ormai decotta, incapace di generare valore e risollevarsi senza un radicale intervento nella struttura societaria e patrimoniale della società. Né il concordato fallimentare riesce a dare una maggiore dignità all'istituto poiché è scarsamente utilizzato nella pratica in quanto a) l'unico soggetto legittimato a chiedere il concordato è lo stesso fallito; b) deve prevedere il pagamento integrale dei creditori privilegiati, anche di quelli che, per il tipo di garanzia, non riceverebbero soddisfacimento; c) impossibilità di prevedere accordi diversi per classi di creditori, in virtù dell'applicazione del principio della *par condicio creditorum*.

Stesso discorso vale anche per le altre procedure cd. minori, alternati-

⁸BERTOLI G., "Crisi di impresa, ristrutturazione e ritorno al valore, Egea", Milano, 2000

ve al fallimento, orientate alla conservazione dell'attività dell'impresa⁹, la quale diviene la condizione necessaria per il superamento della crisi. Il concordato preventivo, storicamente considerato dal legislatore un beneficio concesso all'imprenditore "onesto, ma sfortunato" "idoneo alla conservazione della realtà produttiva dell'impresa" , presenta gli stessi limiti del concordato fallimentare, con la differenza che tutti i creditori chirografari devono essere soddisfatti almeno per il 40%, percentuale spesso non raggiunta, costringendo il debitore a trovare soluzioni stragiudiziali di rinegoziazione del debito o, in caso di insuccesso, rassegnarsi all'avvio del fallimento.

L'amministrazione controllata¹⁰, nonostante i buoni propositi del legislatore, è invece scarsamente utilizzata sia perché sin dall'inizio si richiede la certezza della possibilità di risanamento dell'impresa, ancorché sia pressoché difficile ipotizzare *ab origine* una strada alternativa alla liquidazione¹¹, sia perché essa deve prevedere l'integrale pagamento dei creditori al termine della procedura. Inoltre è opinione unanime che il ricorso all'amministrazione controllata avvenga in ritardo, quando l'impresa è in uno stato di crisi avanzata, in una situazione di insolvenza, anziché in temporanea difficoltà ad adempiere, con ovvia impossibilità di ricostituire la liquidità necessaria per finanziare la gestione corrente. Infatti detta procedura non concede degli sconti sui crediti ma consente (solamente) il blocco delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio dell'imprenditore e sui beni aziendali e la mora-

⁹ FABIANI M. "Il rapporto fra la nuova amministrazione straordinaria e le procedure concorsuali minori", in La riforma delle amministrazioni straordinarie e le altre procedure concorsuali minori. Atti del convegno Sisco 11.11.2000, Giuffrè, Milano 2001.

¹⁰ Art. 187 L.F. "L'imprenditore che si trova in temporanea difficoltà di adempiere le proprie obbligazioni, se ricorrono le condizioni previste dai numeri 1, 2 e 3 del primo comma dell'art. 160 e vi siano comprovate possibilità di risanare l'impresa, può chiedere al tribunale il controllo della gestione della sua impresa e dell'amministrazione dei suoi beni a tutela degli interessi dei creditori per un periodo non superiore a due anni."

¹¹ "Accade talora che nella vita dell'impresa, per riflesso di avvenimenti generali più forti di ogni volontà individuale, si determina una temporanea crisi che rende impossibile l'immediato e regolare svolgimento delle obbligazioni, senza che si possa parlare di insolvenza e soprattutto di incapacità obiettiva dell'impresa a riacquistare il suo normale equilibrio. In questo caso, il concordato preventivo non è un rimedio conveniente, anzitutto perché i creditori possono non essere disposti e, giustamente, a una decurtazione del loro credito e poi perché esso agisce dall'esterno, senza sfruttare le forze intrinseche dell'impresa e stimolarle per il suo risanamento". Relazione del Guardasigilli alla legge fallimentare.

toria nel pagamento dei debiti sorti per titolo o causa anteriore all'ammissione alla procedura, per la durata massima di due anni.

Ma a ben vedere, tali benefici più che essere una cura per l'impresa malata rappresentano solo uno strumento per prolungare l'agonia dell'imprenditore, in quanto al termine della procedura questi si ritrova un monte debiti maggiorato del 30-40%, a causa del corso degli interessi convenzionali sui crediti colpiti dalla moratoria.

L'amministrazione controllata (avrebbe dovuto) rappresenta(re) l'alternativa al fallimento e al concordato preventivo, con finalità conservative anziché liquidatorie dell'impresa. Ma come già detto l'impossibilità oggettiva di identificare e circoscrivere il concetto di temporanea difficoltà, finito per confondersi con il concetto di insolvenza, ha decretato il "fallimento" dell'istituto ma anche dell'impresa sottoposta alla procedura. Infatti è prassi ricorrere all'amministrazione controllata come primo ombrello sotto cui ripararsi in presenza di uno stato d'insolvenza la cui possibilità di risanamento dell'impresa è più teorico che pratico; si finisce quindi per chiedere l'ammissione al concordato preventivo, generalmente nella forma di *cessio bonorum* ; e infine ci si avvia al fallimento con tutto il fardello di spese prededucibili che la consecuzione delle procedure ha determinato¹².

È opinione comune che il risanamento è tanto efficace e possibile quanto tempestivamente è rilevata la situazione di crisi dell'impresa, poiché di fronte all'insolvenza irreversibile l'unica strada da percorrere resta la liquidazione concorsuale dell'impresa.

Sebbene il nostro sistema concorsuale sia come detto orientato prevalentemente al soddisfacimento e alla tutela del ceto creditorio, questi risulta fortemente penalizzato sia in termini di tempi che di percentuale di riparto.

Attualmente la durata media delle procedure in Italia è di 72 mesi, con costi diretti pari al 4% del passivo accertato, un recupero crediti

¹²La tardività nella proposizione della domanda quale causa di fallimento dell'amministrazione è confermata da due studi, l'uno svolto dal Prof. Viganò dell'Università Bocconi di Milano (che ha analizzato dal punto di vista economico – finanziario 17 procedure di amm. controllata svoltesi davanti al Tribunale di Milano nel periodo 1975-1982) e l'altra eseguita dal dr. Milia, sotto la direzione del Prof. Brugger dell'Università Bocconi di Milano, sulle procedure svoltesi davanti al tribunale di Milano nel periodo 1982 – 1987. Tratto da "Crisi d'impresa e risanamento. Ruolo delle banche e prospettive di riforma". EDIBANK, 1997, 176.

pari al 18% di cui privilegiati il 33% e chirografari il 10%¹³. Queste inefficienze si traducono in perdite per i creditori pari all'80% dei crediti e oltre il 20% delle procedure delle S.p.A. e il 60% di quelle delle cooperative vengono chiuse per insufficienza dell'attivo¹⁴.

È molto importante evidenziare che i processi di disinvestimento comportano costi aggiuntivi, qualora siano forzati da una situazione d'insolvenza di fronte ai creditori e quindi di liquidazione all'interno del fallimento.

Una parte significativa dell'attivo è assorbita dalle spese di procedura. I costi diretti e indiretti delle procedure incidono considerevolmente sul soddisfacimento dei creditori.

Per quanto riguarda i costi diretti, sono quelli visibili, che appaiono nel rendiconto finale del curatore fallimentare e riguardano soprattutto il compenso del curatore e di altri professionisti, più le spese accessorie legate all'area di questi soggetti. I costi indiretti sono invece riferibili ad esempio al tempo che il manager impiega nel cooperare con gli organi della procedura; i costi sopportati dai finanziatori e da altre categorie di soggetti, come i fornitori, i clienti e i dipendenti, che subiscono la perdita di valore delle risorse impegnate nel rapporto duraturo con l'impresa e ne vedono compromesse le prospettive reddituali.

Per l'economia italiana questi effetti sono particolarmente rilevanti. Tra le piccole imprese, in un'ottica di demografia industriale, il tasso di natalità e di mortalità è elevato e queste rischiano di incorrere spesso nelle procedure a causa della inefficienza nel mercato nella riallocazione della proprietà, in riferimento alle difficoltà informative di questo settore.

Si è giunti, quindi, dopo la riforma del diritto societario alla necessità della riforma del diritto fallimentare, soprattutto perché l'Italia è stata sollecitata dall'Unione Europea ad adeguarsi alle direttive e ai parametri da essa stabiliti, che coinvolgono tutti i paesi che vi hanno aderito. Il dibattito dura da oltre 20 anni.

¹³ ISTAT 2000, statistiche giudiziarie.

¹⁴ BARONOTINI R. (1997), "Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali", in Caprio (a cura di)

3. Il concetto di crisi dell'impresa nell'attuale legislazione. Spunti per una discussione

Quando si parla di crisi d'impresa si intende perlopiù crisi finanziaria, o *financial distress*. Questa non comporta necessariamente insolvenza e si riferisce ad un'impresa non ancora in stato di decozione. Tuttavia è necessario specificare che il concetto di crisi d'impresa è comprensivo anche dello stato d'insolvenza, solo eventualmente successivo alla crisi finanziaria. La definizione dello stato d'insolvenza è chiara nella teoria. L'art. 5 della Legge Fallimentare così lo definisce "...si manifesta con inadempimenti o con altri fattori esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". C'è tuttavia un altro orientamento che considera l'insolvenza come mera "cessazione dei pagamenti". Nella pratica, invece, non risulta così semplice riconoscere uno stato d'insolvenza.

Giuristi ed economisti non trovano comunque un punto d'incontro nella definizione, ma a ragion veduta, perché si riferiscono a due facce della stessa medaglia.

La crisi dell'impresa a ben vedere si presenta come una specie di malanno, che inizia a manifestarsi con lievi sintomi per poi aggravarsi se non si interviene efficacemente.

Significativa è la distinzione aziendalistica di *declino* e di *crisi*: il primo inteso come un momento della vita dell'impresa, caratterizzato dalla mancata generazione di valore cui segue, nei casi più avanzati una "distruzione di valore del capitale economico", e, quindi, della incapacità dell'impresa di realizzare i flussi di reddito attesi, con la conseguente necessità di interventi di ristrutturazione al fine di eliminare le cause¹⁵. Il secondo momento, di *crisi*, immediatamente successivo al *declino*, rappresenta una sua degenerazione, caratterizzato da rilevanti perdite economiche, forti squilibri finanziari e patrimoniali e, quindi dall'insolvenza dell'impresa.

Lo stato di insolvenza rappresenta, pertanto, l'ultimo stadio della crisi, la fase terminale di una malattia, quella che inequivocabilmente si manifesta all'esterno con tutta la sua virulenza.

¹⁵ GUATRI L. "Turnaround declino crisi e Ritorno al Valore", Egea, Milano, 1995 (1995), p. 107

La crisi d'impresa, intesa nell'accezione economica, come una alterazione profonda degli equilibri economici, finanziari e patrimoniali dell'impresa stessa, può derivare da cause endogene e/o esogene. Per cause endogene si intende in particolare la responsabilità del management per errori strategici, gestionali, errate valutazioni di nuovi investimenti ed eventuali comportamenti fraudolenti o irregolari. Gli errori strategici fanno riferimento in particolare alla definizione degli obiettivi e al dimensionamento della struttura. Per errori gestionali si intendono più precisamente i controlli interni e la gestione dei rischi. I comportamenti fraudolenti, infine fanno riferimento all'attività bancaria e finanziaria, alla concessione di credito ecc.

Le cause esogene sono invece legate alla congiuntura economica sfavorevole: ad una accentuazione del livello concorrenziale e ad una modificazione della domanda rispetto ai prodotti offerti. Non da trascurare sono i fattori imprevedibili, cioè le esternalità negative.

Distinguere il momento del *declino* da quello della *crisi* vera e propria è di fondamentale importanza al fine di diagnosticare in tempo la temporanea difficoltà dell'impresa e consentire al *management* di intervenire all'interno della stessa impresa, eliminando la causa destabilizzante. Ma ciò spesso non accade poiché in Italia manca una cultura della crisi e del risanamento, dove la crisi è considerata un evento solo potenziale, cui si preferisce non pensare¹⁶. Al contrario bisognerebbe esorcizzarla, ma prima ancora, saperla individuare ai primi segni di manifestazione e non attendere il *trigger event*, il punto di "difficile" ritorno, poiché, come abbiamo detto la crisi si manifesta come una malattia che, curata in tempo, non crea danni. È chiaro che per poter individuare i primi segnali della crisi e, quindi, prevenire l'insolvenza dell'impresa, il *management* dovrà tener ben presente i dati offerti dal controllo di gestione¹⁷.

Inoltre poiché la crisi non sarà mai solo economica, patrimoniale o finanziaria, si renderanno necessari interventi a carattere globale che investa-

¹⁶ DANOVI A. "Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano", Giuffrè editore 2003

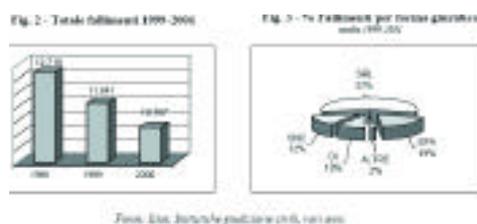
¹⁷ BASTIA, P., "Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali", Giuffrè, Milano, 1996
L'autore pone in evidenza in che modo una diminuzione del ROS o aumento dell'incidenza dei costi o diminuzione del turnover di capitale generano una diminuzione del ROI e quindi un peggioramento della liquidità, con un impatto sulla struttura finanziaria. Da ciò ne consegue una riduzione della capacità di autofinanziamento, un aumento dell'indebitamento, con riduzione del ROE. Il tutto si manifesterà all'esterno con i tratti dell'insolvenza.

no sia l'area economica che quella patrimoniale e finanziaria, tesi appunto a ripristinare la redditività, a ricapitalizzarla e a rifornirla di liquidità. A tal fine fondamentali risultano i meccanismi di controllo interni, ma anche i controlli esterni delle autorità. Tra gli strumenti di controllo interno particolare importanza assume il ruolo degli amministratori e del collegio sindacale. Ai primi compete la scelta su come affrontare la crisi. Il secondo ha il ruolo di controllore istituzionale della legalità dell'azione gestoria¹⁸. Una recente ricerca realizzata dalla Fondazione Aristeia¹⁹, interessante per i risultati ottenuti, pone in raffronto i tassi di fallimento delle S.r.l. con collegio sindacale, con i tassi di fallimento delle S.r.l. che non presentano l'organo di controllo. I risultati della ricerca sono molto interessanti in quanto pongono in evidenza il ruolo positivo del collegio sindacale nel prevenire ed evitare la crisi d'impresa, poiché emerge che i fallimenti sono nettamente inferiori nelle S.r.l. in cui è presente il collegio sindacale. La Fig. 1 indica quanto siano poco numerose le S.r.l. che hanno nominato il collegio sindacale.

Fig. 1

	1999	2000	2001	1999-2001
SRL CON COLLEGIO SINDACALE	4,8%	4,5%	4,3%	4,5%
SRL SENZA COLLEGIO SINDACALE	95,2%	95,5%	95,7%	95,5%

Fonte: Fondazione Aristeia, dati Ispettorato.



¹⁸ G. CAVALLI, "Responsabilità degli organi sociali", Il Fall., 1997, pag.579.

¹⁹ "Fallimenti Collegio Sindacale Procedura d'Allerta", coordinata dal Consigliere Nazionale Fabrizio Franchi, è stata realizzata dalla Fondazione Aristeia - Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti - in collaborazione con l'Ufficio Studi del Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti.

La ricerca espone i principali risultati delle statistiche sui fallimenti delle imprese italiane negli ultimi tre anni per i quali sono disponibili i dati Istat sulle statistiche giudiziarie civili, ovvero 1999-2001.

La tabella 1 indica, invece, che il tasso medio di fallimento delle S.r.l. con collegio sindacale è di 3,8 per mille, vale a dire meno della metà delle S.r.l. senza il collegio sindacale.

Tab. 1 - Tassi di fallimento 1999-2001 delle S.r.l.. Valori espressi per mille.

	1999	2000	2001	1999-2001
Tasso fallimento SRL con collegio sindacale	4,1	3,9	3,3	3,8
Tasso fallimento SRL senza collegio sindacale	10,0	8,6	8,1	8,8

Fonte: Fondazione Aristeia su dati Infocamere.

Dai dati ottenuti si evince la particolare funzione di prevenzione che esercita l'organo di controllo posto che la presenza dello stesso nella struttura amministrativa della società riduce il rischio di fallimento di oltre il 50%. Dalla ricerca condotta dalla Fondazione è emerso, altresì, che i fallimenti costituiscono la procedura concorsuale più diffusa nelle S.r.l. e oggi, a seguito della riforma del diritto societario, la riforma del diritto fallimentare non sembra più procrastinabile (tab. 2).

Tab. 2 - S.r.l., Procedure concorsuali totali e di S.r.l. con Collegio Sindacale. Dati Infocamere elaborati per la Fondazione Aristeia

Procedure concorsuali	1999		2000		2001	
	Totale	Coll Sind	Totale	Coll Sind	Totale	Coll Sind
Concordato fallimentare	18	0	13	0	24	0
Concordato preventivo	140	17	122	18	122	20
Fallimento	6969	147	6256	140	6245	121
Liquidazione coatta amministrativa	5	0	4	1	5	0
Totale	7132	164	6395	159	6398	141

Fonte: Fondazione Aristeia su dati Infocamere.

“ La riforma dovrebbe consentire di abbandonare il carattere repressivo del fallimento in favore di una nuova mentalità che consideri l'insolvenza dell'impresa come un'eventualità negativa, ma non irreparabile, e che veda l'imprenditore parte attiva nel procedimento volto al risanamento della propria impresa, in cui ampio spazio sia lasciato agli accordi con i creditori, con un giusto equilibrio fra autonomia privata ed intervento giurisdizionale”²⁰.

²⁰ Ibidem.

E' da rilevare l'importanza del fattore tempo nell' individuazione delle cause della crisi e nella scelta del tipo di intervento al fine di risolverla. Esso può essere classificato come una terza categoria di costo, accanto ai costi diretti e indiretti delle procedure. Il fattore tempo ha comunque natura più vicina a quella del costo diretto ed è riferito al periodo nel corso del quale viene realizzato e distribuito ai creditori il valore dell'impresa.

Ovviamente l'attenzione a questo fattore fondamentale per un efficiente gestione d'impresa, si dimostra vitale in un momento di crisi. Ma il nostro panorama di aziende a livello nazionale è caratterizzato, come nessun altro dalla presenza di numerosissime piccole e medie imprese, atipico nel quadro europeo e paragonabile solo in parte a quello cinese a livello internazionale. Questo mette in evidenza il fatto che ogni singola impresa deve sviluppare strumenti di monitoraggio interni in modo del tutto autonomo per prevenire un'eventuale crisi, ovviamente valutandone il rapporto costo-beneficio che ne potrebbe risultare. Ancora nella radiografia del mercato italiano è necessario evidenziare la probabile, se non certa, commistione patrimoniale tra soggetto imprenditore e impresa di sua proprietà, anche se soggetti giuridici autonomi. Questo rende più difficile il raggiungimento dell'obiettivo del controllo e soprattutto la scelta degli strumenti da utilizzare, che sempre di più si riducono alla capacità individuale di capire la situazione dell'impresa.

Il fattore tempo è la variabile più importante al fine del *going concern*, cioè del proseguimento dell'attività dell'impresa, allo scopo di salvaguardare l'avviamento aziendale, che risiede nel funzionamento dell'impresa stessa. Questo presupporrebbe un intervento di nuovi investitori nel momento della c.d. *pre-crisi* o di *declino*, allo scopo di iniziare il risanamento. E' solo in questa fase che è possibile pensare al proseguimento dell'attività senza sconvolgere l'assetto proprietario e patrimoniale in modo radicale, cioè attuare il risanamento in via autonoma. Tuttavia il debitore dovrebbe essere compensato per aver rilevato presto le informazioni, anche nel caso in cui i creditori non possano essere pagati per insufficienza dell'attivo.

4. Le soluzioni internazionali all'insolvenza: brevi cenni

Per capire il percorso che l'Italia sta seguendo è opportuno approfondire la situazione di alcuni tra i paesi più importanti. In Francia, il sistema è stato riformato nel 1994 e si basa prevalentemente su due momenti di gestione della crisi: il primo è il momento della prevenzione, il secondo riguarda la sistemazione delle difficoltà. Al primo momento è data una grossa importanza a livello operativo e istituzionale attraverso la c.d. *information captable*, momento nel quale vengono presentati tutti i documenti informativi dell'azienda al Registro di Commercio e alla Cancelleria del Tribunale. Questo momento è strumentale all'avvio del sistema di allerta, attivato dal *Commissaire aux Comptes* e dal presidente del Tribunale Commerciale. Al primo spetta la sollecitazione degli organi sociali per l'adozione di misure che consentano l'adozione dell'attività d'impresa. È prevista in questa fase la figura del "*mandataire ad hoc*", o conciliatore²¹, il quale assisterà l'imprenditore nel risanamento. È il momento definito *reglement amiable*, al quale si alterna il *reglement judiciaire*, procedura di risanamento e l'eventuale *liquidation judiciaire*, che è propriamente la procedura di liquidazione. La prima è una procedura attivabile solo dall'imprenditore, anche non commerciale, e si basa sull'accordo tra questi e i creditori, anche solo una parte di essi. Il presupposto oggettivo è lo stato d'insolvenza, concettualmente paragonabile al nostro. È comunque prevista una procedura d'ufficio da parte del tribunale, qualora il piano di risanamento non trovi il dovuto consenso o il debitore si sia sottratto alla convocazione, ed è la c.d. procedura di *redressement judiciaire*²². In Francia la durata media delle procedure giudiziarie è di 24-36²³ mesi. La scelta seguita dal legislatore del '94 è intervenuta a correggere le inadeguatezze della precedente legislazione del '84, attraverso una riforma che prevede che le imprese insolventi debbano essere immediatamente liquidate evitando anche il c.d. periodo di osservazione. Questo ha la durata di sei mesi e prevede la conservazione dell'impresa

²¹ IORIO, "La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza: un modello da imitare?" Giur. Comm., 1995, I, p.698

²² VALLANSAN J., (1996), "Redressement et Liquidation Judiciaires", Litec, Paris

²³ Banque de France

nelle mani dell'imprenditore. Il Tribunale avrà cura nell'ambito di questo periodo di valutare la crisi e la possibilità di risanamento.

In Germania il legislatore ha riformato la disciplina della crisi d'impresa con una legge del 1994, entrata in vigore il primo gennaio 1999. Esiste ora una sola procedura in presenza di tre presupposti: 1) rischio d'insolvenza, che si verifica quando presumibilmente il debitore non sarà in grado di adempiere alle obbligazioni di prossima scadenza; 2) stato d'insolvenza, che si configura nella incapacità irreversibile di adempiere alle obbligazioni scadute; 3) sbilancio patrimoniale, che si identifica con la prevalenza del passivo sull'attivo dell'impresa; legittimati a chiedere l'apertura della procedura sono rispettivamente nei tre casi l'imprenditore, i creditori e gli amministratori, i quali ultimi sono però obbligati²⁴. Esiste poi un piano di regolazione dell'insolvenza, *Insolvenzplan*, che può essere presentato dal debitore, dopo essere stato approvato dai creditori o dal curatore su mandato dell'assemblea dei creditori. Un elemento fortemente innovativo nella riforma tedesca e che è tendenza comune nei diversi paesi è l'incentivazione di atteggiamenti cooperativi del debitore, tanto che si è passati da un regime che prevedeva la prescrizione dei debiti dell'imprenditore solo dopo 30 anni dalla chiusura delle procedure d'insolvenza a un periodo di 7 anni a favore dei debitori "onesti".

L'ordinamento che poi sicuramente desta maggior interesse è quello americano che basa il sistema della crisi su una sola procedura (*Chapter 7*) e affianca a questa una procedura di risanamento (*Chapter 11*), a cui già abbiamo fatto cenno. Questa vede protagonisti i creditori, divisi in classi, tuttavia il tribunale può approvare un piano di risanamento non approvato da tutte le classi dei creditori. Dal 1978 si abbandonò la vocazione liquidatoria delle procedure concorsuali introducendo le procedure della *reorganization* (*Chapter 11*). In questo ordinamento è previsto il congelamento dei beni oggetto di privilegio a condizione che i creditori privilegiati siano comunque protetti in maniera equivalente, attraverso per esempio un maggiore coinvolgimento nella gestione dell'azienda in crisi. Nel sistema americano non trova appli-

²⁴ GUGLIELMUCCI, "La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco", Giur. Comm. 2000, I, 504

cazione la regola dello spossessamento nella procedura di *Bunkruptcy* del *Chapter 11*. Il management prosegue nella gestione sotto però il controllo dello *United States Trustee*²⁵. In America la prassi ha sviluppato uno strumento a metà tra una soluzione pubblicistica e una privatistica, denominato "*pre-packaged bankruptcy*". Esso consiste in un accordo preliminare di ristrutturazione del passivo, prima solo con i maggiori creditori e solo successivamente secondo le regole del *Chapter 11*²⁶. Il vantaggio di questo nuovo strumento è l'anticipazione del lavoro della fase stragiudiziale e quindi la riduzione dei costi e della durata di quest'ultima.

Peculiare si presenta invece l'ordinamento fallimentare britannico, non toccato da riforme recenti, che è basato sull'interesse dei creditori e non incentiva il risanamento dell'impresa. È il *London Approach*, cioè una "guida generale su come banche e altri creditori potrebbero agire quando un'impresa, verso la quale si sono esposti, mostri seri problemi finanziari"²⁷. In questo ordinamento si assiste a deroghe sostanziali alla disciplina dei privilegi, permettendo il raggiungimento di accordi attraverso il sacrificio di singole categorie di creditori. Ma la salvaguardia del complesso produttivo, attraverso il sacrificio di creditori privilegiati può essere perseguita solo nell'ambito della procedura di *administration*, che impedisce ai creditori l'esercizio di azioni esecutive sui beni aziendali e consente all'*administrator* di vendere i beni come se fossero liberi. L'ordinamento britannico offre un'ampia gamma di accordi stragiudiziali dell'insolvenza, al di là dell'autorità giudiziaria. Un valido esempio ne è la *administrative receivership*, che consiste nell'avvio della procedura da parte di un obbligazionista titolare di particolari garanzie (*floating charge*) altre forme sono la *company voluntary arrangement* e la *winding up*, la prima con lo scopo del risanamento, la seconda con scopo liquidatorio. Tuttavia la Gran Bretagna rimane un caso isolato.

²⁵ TREPPER M. and Shalhoub P, "An overview of the reorganization process under chapter 11 of the U.S. bankruptcy code", 1997, Edibank

²⁶ BERTOLI G. (2000) "Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore", Milano

²⁷ KENT, P. "Corporate workouts: a U. K. Perspective", terzo rapporto Fondazione Rosselli, nov. 1997

5. La riforma delle procedure concorsuali. Alcune considerazioni sullo “Schema del d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro della Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, presentato agli uffici legislativi dei Ministeri deleganti”

Dallo scorso 20 luglio il testo del disegno di legge elaborato dal comitato ristretto presieduto dall'avv. Sandro Trevisanato, costituito all'indomani dell'impossibilità per la commissione Trevisanato di arrivare a un testo unico di riforma, è all'esame del Ministero della giustizia e dell'economia.

Com'è noto, a seguito delle critiche sollevate dalle associazioni di imprese, Confindustria, Abi, Assonime, la commissione Trevisanato aveva deciso di presentare ai ministeri competenti un testo a fronte con soluzioni alternative su diversi punti della riforma, al fine di evidenziare in maniera chiara i punti di divergenza tra gli opposti “schieramenti”.

L'attuale disegno di legge presentato dal comitato ristretto sembra, tuttavia, aver recepito il testo approvato dalla maggioranza della commissione ad eccezione del capo VII intitolato “Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori” per il quale sono state presentate due versioni. Lo schema di legge delega di riforma delle procedure concorsuali ha ridisegnato il diritto fallimentare, regolato dal r.d. del 1942, mandando in soffitta gli istituti del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa, sostituiti da due nuove procedure principali, la **composizione concordata della crisi** e la **liquidazione concorsuale**, precedute da un'ulteriore procedura, preventiva e preliminare, denominata di **allerta e prevenzione**. Tuttavia, accanto alla proposta di disegno di legge (e alla proposta di legge delega Trevisanato) si è aggiunta una proposta di mini-riforma del diritto fallimentare, testo Caruso, all'esame della commissione giustizia del senato, la quale però, a differenza del disegno di legge Trevisanato, si limiterebbe ad aggiornare la legge fallimentare, alla luce delle recenti sentenze della Corte Costituzionale e del nuovo diritto societario riformato dal D.Lgs 6/2003.

Di seguito analizzeremo le procedure di **“allerta e prevenzione”** e di **“composizione concordata della crisi”**, disciplinate dal disegno di legge, riservandoci la trattazione della procedura di **“liquidazione concorsuale”**.

5.1. Gli istituti di “allerta e prevenzione”

Le considerazioni fatte nei precedenti paragrafi sullo stato attuale delle procedure concorsuali e sulla necessità di riconsiderare il concetto di crisi e di risanamento, degli operatori giuridici ed economici, che a vario titolo intervengono nella procedura concorsuale, fanno da premessa al disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali.

Il testo di legge presentato dal comitato ristretto presieduto dall'avv. Trevisanato ha sostanzialmente recepito le istanze di tutti i soggetti che a diverso titolo sono coinvolti all'atto dell'apertura di una procedura concorsuale, mediando egregiamente gli interessi, spesso confliggenti, cui questi stessi soggetti sono portatori.

La commissione ha operato un rovesciamento del sistema rivolgendosi l'attenzione principalmente alla tutela dell'impresa, favorendo il raggiungimento di soluzioni concordatarie e disincentivando la liquidazione dell'impresa.

“Il nuovo impianto della bozza Trevisanato – con la riduzione del controllo giurisdizionale, con la maggiore elasticità nella ricerca di soluzioni concordate, con la revisione e il ridimensionamento della revocatoria fallimentare nell'intento di attenuare l'ostilità verso l'impresa in difficoltà e scongiurare a monte l'effetto “quarantena” – si muove in un quadro che favorisce gli investimenti, esalta la competitività delle imprese, offre la fiducia al mercato”²⁸.

All'art. 2 del ddl di riforma vengono riportati i seguenti principi direttivi: “a) perseguire l'obiettivo della valorizzazione degli organismi produttivi e dei patrimoni, assicurando il miglior soddisfacimento possibile dei creditori;

b) favorire l'emersione tempestiva della crisi d'impresa e l'attivazione delle iniziative volte a porvi rimedio;

c) incentivare comportamenti cooperativi del debitore e dei creditori, sanzionando le condotte che hanno aggravato od occultato il dissesto;

d) disciplinare le procedure secondo criteri di efficienza, celerità, trasparenza e semplificazione”.

Occorre, innanzitutto, evidenziare come è stata definitivamente

²⁸ APICE U., magistrato, componente della commissione Trevisanato, in *Diritto e Pratica delle Società*, 6/2004, 10.

abbandonata l'anacronistica impostazione soggettiva della legge fallimentare, imperniata sulla figura dell'imprenditore, per far posto all'impostazione oggettiva, avente ad oggetto l'impresa.

Vi è un interesse primario, si legge nella relazione al testo di riforma, tendente alla conservazione degli "organismi produttivi", poiché funzionale agli interessi dei creditori, "specie quando si consegue attraverso il trasferimento dei complessi aziendali che consente ordinariamente un miglior realizzo rispetto a quello realizzabile attraverso la liquidazione atomistica del patrimonio del debitore"²⁹.

Tale obiettivo può essere raggiunto tanto efficacemente quanto tempestivamente viene diagnosticata la crisi.

Gli istituti di **allerta e prevenzione**, sono infatti diretti a far emergere con tempestività la crisi, al fine di aiutare l'imprenditore a ristrutturare l'impresa prima che la stessa versi in uno stato d'insolvenza.

Tali istituti, mutuati dall'esperienza francese, reduce da una recente riforma delle procedure concorsuali³⁰, prevedono:

- l'obbligo a carico delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 17 del decreto legislativo 26 febbraio 1999, n. 46 di segnalare le posizioni creditorie di importo superiore ad un determinato ammontare e per le quali sussista un ritardo nel pagamento nonché di comunicare, negli stessi termini, la cessazione dello stato di morosità o altri fatti dai quali emerga l'insussistenza del debito;
- l'obbligo degli organi di controllo, del revisore contabile o della società di revisione di comunicare all'organo amministrativo ogni fatto idoneo a pregiudicare la prosecuzione dell'attività d'impresa.
- l'obbligo dell'organo di controllo di segnalare i suddetti fatti al tribunale competente qualora le iniziative assunte dalla società siano inadeguate ad assicurare la continuità dell'impresa.

Successivamente a tali adempimenti, il tribunale, venuto a conoscenza di fatti sintomatici di uno stato di crisi, convoca gli amministratori e i sindaci e verifica la sussistenza delle circostanze riferite, invitando gli amministratori ad adottare gli opportuni provvedimenti, che in

²⁹ Art. 2 della Relazione al testo di maggioranza.

³⁰ La disciplina della crisi di impresa francese si fonda sostanzialmente su due momenti: uno di prevenzione, basato, appunto sull'informazione e sull'allerta; l'altro di sistemazione delle difficoltà della impresa.

una situazione di crisi possono consistere nella richiesta di accedere alla **procedura di composizione concordata della crisi**, mentre in situazione di insolvenza possono condurre all'apertura d'ufficio della **procedura di liquidazione concorsuale**.

Tuttavia, al fine di rendere effettivi ed efficaci i servizi di segnalazione della crisi, è stata prevista l'istituzione, presso la Camera di Commercio, Industria e Agricoltura, di un pubblico registro, costituente un'apposita banca di dati di tutte le comunicazioni inviate dai soggetti indicati nella legge delega³¹.

Infatti è stato stabilito che entro quindici giorni dal ricevimento della seconda comunicazione, le Camere di Commercio debbano trasmettere al tribunale competente i nominativi dei soggetti iscritti nel pubblico registro, aggregati per singolo imprenditore. Le informazioni così trasmesse verranno raccolte e ordinate all'interno di una banca dati istituita presso i tribunali competenti.

5.2. La composizione concordata della crisi

La **composizione concordata della crisi** è la procedura che prende il posto dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, ma chiaramente impostata in una prospettiva ideologica completamente diversa.

Essa ha la precipua finalità di consentire "al debitore di superare la crisi o di regolare il suo stato di insolvenza" proponendo al ceto creditorio un piano diretto alla conservazione, alla liquidazione o ad entrambe le ipotesi, dell'impresa.

La finalità dell'istituto è quella di gestire la crisi in contraddittorio con i creditori.

Dalla lettera del disegno di legge e dalla relazione al testo si evince la grande flessibilità di questa procedura diretta ad abbracciare tanto l'ipotesi iniziale di c.d. declino dell'impresa, quando cioè l'impresa versi in uno stato temporaneo di difficoltà economica, a rischio di insolvenza, quanto l'ipotesi limite dell'insolvenza irreversibile, quando l'u-

³¹ I soggetti di cui alla legge sono: i pubblici ufficiali abilitati a levare protesti cambiari (art. 8); le amministrazioni pubbliche (art. 9); gli organi di controllo delle società di capitali (art. 10).

nica via percorribile è la liquidazione del complesso produttivo.

Si assiste in sostanza ad una equiparazione dei due termini ai fini del presupposto oggettivo per poter accedere alla procedura di composizione concordata della crisi e al superamento dell'incertezza, che ancora oggi accompagna la definizione di "insolvenza", terreno di scontro di giuristi ed economisti, nonché della rigidità delle attuali procedure di amministrazione controllata e del concordato preventivo.

L'unico limite di accesso alla procedura di composizione concordata della crisi è rappresentato dall'essere l'imprenditore sottoposto nei tre anni precedenti ad una procedura di liquidazione concorsuale o nell'aver fatto già ricorso alla stessa procedura³².

Tale disposizione trova la propria ragione giustificativa nell'impedire che la predetta procedura si trasformi in un "comodo escamotage a disposizione dell'insolvente professionale"³³.

Infatti, dalla data di deposito della dichiarazione con la quale l'imprenditore espone le cause della crisi, accompagnata da una relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria, dall'elenco dei creditori, eventualmente divisi in classi e in gruppi, e da un piano di composizione della crisi, i creditori anteriori all'apertura della procedura non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari, sul patrimonio del debitore.

Per quanto riguarda i criteri di soddisfacimento dei creditori, viene definitivamente superato il rigido principio della *par condicio creditorum*, in base al quale i creditori di pari condizioni giuridica debbano essere soddisfatti in termini uguali, mentre lo stesso principio è riaffermato nell'ambito di ciascun gruppo o classe.

Infatti il piano può prevedere trattamenti diversi dei creditori, suddi-

³² Art. 13 "Presupposti oggettivi e soggettivi" L'imprenditore può accedere alla procedura di composizione concordata della crisi secondo le disposizioni di questo titolo, se sussistono i seguenti requisiti: 1) è iscritto nel registro delle imprese; 2) nei tre anni precedenti non è stato sottoposto ad una procedura di liquidazione concorsuale o non ha fatto ricorso ad una procedura di composizione concordata della crisi; 3) l'impresa si trova in una situazione economica come definita nell'articolo 2 lett. h - i.

Art. 2 ddl "Definizioni" lett. h) "crisi" indica la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza; lett. i) "stato di insolvenza" indica la situazione in cui l'imprenditore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.

³³ Art. 4 della Relazione

visi in classi e gruppi: si potranno distinguere i fornitori dai creditori istituzionali, e proporre, ad esempio, dilazioni di pagamento per i primi e conversione dei crediti in capitale ai secondi³⁴.

La gestione dell'impresa rimane affidata all'imprenditore, salvo il potere del tribunale, qualora ne ravvisi la necessità, di nominare un commissario. Altro aspetto peculiare di questa nuova procedura è che essa si applica a tutte le imprese, ad eccezione degli enti pubblici, e, con modalità semplificate, al piccolo imprenditore³⁵. Sempre che detti soggetti abbiano rispettato le regole della pubblicità, escludendo pertanto le società di fatto.

Con riferimento agli organi della procedura assume importanza il consiglio dei creditori il quale "sorveglia la gestione dell'impresa e collabora con il commissario giudiziale e il debitore in modo da favorire l'utile prosecuzione della procedura".

Ad esso sono attribuiti importanti poteri in ordine soprattutto all'iniziativa di sostituire il commissario giudiziale al debitore nella gestione dell'impresa, alla convenienza di sciogliere i rapporti giuridici preesistenti, i quali non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura³⁶, anche in deroga a eventuali patti contrari.

La procedura di composizione concordata della crisi, diretta a superare la crisi o regolare l'insolvenza, è soggetta al controllo del giudice delegato al quale sono attribuiti compiti di controllo, di legalità e sull'attuabilità del piano, è invece precluso ogni sindacato sul merito e l'efficacia dello stesso.

³⁴ Art. 2 DDL "Definizioni" lett. g) "classe di creditori" indica l'insieme di creditori con uguali posizioni giuridiche; "gruppi di creditori" indica l'insieme di creditori con interessi economici omogenei in relazione all'offerta di soddisfacimento o alle altre modalità di attuazione del piano nella procedura di composizione concordata della crisi o nel piano di regolazione dell'insolvenza.

³⁵ Nella procedura di composizione concordata della crisi del piccolo imprenditore il consiglio dei creditori non è nominato e i termini sono ridotti alla metà. Ai sensi dell'art. 2 ddl piccolo imprenditore, ai fini dell'applicazione delle procedure di composizione concordata della crisi e di liquidazione concorsuale semplificata, è l'imprenditore, individuale o collettivo, che nei tre anni precedenti l'apertura della procedura ha realizzato ricavi annui inferiori, mediamente, a euro 250.000,00. L'importo è aggiornato ogni tre anni con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze di concerto con il Ministro della giustizia sulla base dei dati ISTAT relativi al prodotto interno lordo; dopo il primo triennio il dato deve essere disaggregato per regione se lo scostamento fra la media nazionale del prodotto interno lordo e quella della singola regione è superiore al 25%.

³⁶ Che si consegue nel giorno in cui viene depositata la dichiarazione di crisi presso il tribunale competente.

Il piano, una volta omologato dal tribunale, è obbligatorio per tutti i creditori anteriori all'apertura della procedura, anche se dissenzienti, i quali però conservano i loro diritti contro i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso. È inoltre stabilito che l'adempiimento del piano libera interamente, dalle sue obbligazioni, il debitore e "i soci che, pur se limitatamente responsabili, hanno disposto, anche indirettamente, dei beni sociali come di cosa propria attuando fraudolentemente, nell'interesse proprio o di terzi, una gestione che ha determinato l'insolvenza.

Il contenuto del piano è regolato in modo da adattarsi alle esigenze che la particolarità della crisi presentano. Infatti l'art. 16 del ddl dispone che esso deve indicare l'indicazione del trattamento proposto ai creditori, la descrizione delle garanzie offerte e delle attività dirette a realizzare gli obiettivi del piano. Deve altresì contenere "l'indicazione dei criteri della formazione delle classi o dei gruppi avuto riguardo, anche, all'oggetto delle obbligazioni assunte dal debitore, al carattere privilegiato o chirografario del credito dovuto secondo le previsioni dell'elenco dei creditori, alla entità del credito, all'estraneità ovvero alla partecipazione del creditore al rischio oggettivamente connesso alle attività di impresa". Il debitore designa provvisoriamente un rappresentante comune della singola classe o gruppo che può essere sostituito dalla maggioranza numerica dei creditori della classe o del gruppo.

Gli eventuali accordi, non considerati nel piano, tra i soggetti che hanno presentato il piano e i creditori, diretti a favorirne l'approvazione o per ottenere un comportamento nel procedimento in corso, sono nulli, purché lo stesso risulti contrario ai principi di libertà di manifestazione del consenso e di parità di trattamento fra posizioni omogenee. Sempre nel rispetto dei criteri direttivi la riforma ha previsto una procedura semplificata di omologazione qualora il debitore presenti assieme alla dichiarazione e ai documenti richiesti una relazione sottoscritta da un professionista esperto della materia, sull'attuabilità del piano nonché la dichiarazione di accettazione di creditori rappresentanti la maggioranza dei crediti ove per la metà di essi siano riferibili a banche o ad altri intermediari finanziari sottoposti a vigilanza. In tale ipotesi il tribunale, previa nomina di un esperto al fine di valutare l'esistenza delle condizioni per il soddisfacimento integrale dei creditori non ade-

renti al piano, provvederà all'omologazione del piano.

Entro quattro mesi dall'apertura della procedura il debitore deve depositare presso la cancelleria del tribunale le dichiarazioni di accettazione del piano sottoscritte dai creditori.

Il piano si considera approvato se riporta i consensi della maggioranza dei creditori votanti, che deve rappresentare più della metà dei crediti risultanti dagli elenchi. Se sono previste diverse classi o gruppi di creditori, il piano si considera approvato con voto favorevole della maggioranza dei due terzi delle classi o dei gruppi, unitariamente considerati, che devono rappresentare anche la maggioranza dei crediti.

Il tribunale può tuttavia pronunciare con decreto motivato la cessazione della procedura quando accerta che: i requisiti di accesso alla procedura sono venuti meno nel corso della stessa ovvero la loro insussistenza è risultata successivamente; risulta evidente che il piano non può essere attuato perché i diritti dei soggetti interessati alla proposta contenuta nel piano non possono essere soddisfatti ovvero risulta evidente che non vi siano prospettive di accettazione del piano da parte dei creditori.

Infine il piano può essere risolto su ricorso dei creditori in caso di grave inadempimento del piano ovvero che sia stato annullato anche su ricorso del pubblico ministero quando si scopre che è stato dolosamente esagerato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo.

In definitiva il procedimento delineato dalla riforma risulta così schematizzato: i) l'imprenditore in crisi (nella accezione ampia del termine) deposita al tribunale competente una dichiarazione di "stato di crisi o di insolvenza", con l'indicazione delle relative cause. A tale dichiarazione deve essere allegata una relazione sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica, sottoscritta da un "soggetto professionale esperto della materia" nonché il piano di composizione della crisi; ii) verificata la sussistenza dei requisiti, il tribunale, entro cinque giorni dal deposito della dichiarazione: delega alla procedura un giudice; nomina uno o tre commissari giudiziali; se l'imprenditore è soggetto alle disposizioni di cui al decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270 o alla legge 18 febbraio 2004, n. 39 invita il Ministro delle attività produttive a designare uno o più commissari giudiziali; nomina il consiglio dei creditori, sentito il debitore. Durante la procedura di composi-

zione concordata della crisi il debitore conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa; iii) dalla data del deposito della dichiarazione e sino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione del piano, i creditori per titolo o causa anteriori all'apertura della procedura non possono iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari; iv) il tribunale, sentiti, in ogni caso, il debitore, il commissario giudiziale e il consiglio dei creditori può infine pronunciare con decreto motivato la cessazione della procedura quando accerta che: i requisiti di accesso alla procedura sono venuti meno nel corso della stessa ovvero la loro insussistenza è risultata successivamente, ovvero risulta evidente che il piano non può essere attuato perché i diritti dei soggetti interessati alla proposta contenuta nel piano non possono essere soddisfatti, ovvero risulta evidente che non vi sono prospettive di accettazione del piano da parte dei creditori. Nei casi predetti il tribunale, se l'insolvenza è accertata, avvia la procedura di liquidazione concorsuale o di amministrazione straordinaria.

A conclusione di quanto precedentemente esposto è evidente che la riforma delle procedure concorsuali rappresenta il punto di partenza per il risanamento dell'impresa e, per il nostro paese, un evento epocale dopo la riforma del diritto societario e del T.u.i.r. Infatti essa costituisce l'importante tassello mancante al diritto dell'impresa, affinché sia completo e competitivo, caratteristiche, queste, che non possono prescindere dall'approvazione del disegno di legge nella sua interezza, evitando, invece, lo "spezzatino" paventato dal governo.

BIBLIOGRAFIA

APICE U., magistrato, componente della commissione Trevisanato, in *Diritto e Pratica delle Società*, 6/2004, 10.

ARISTEIA, Fondazione– Istituto di Ricerca dei Dottori Commercialisti – "Fallimenti Collegio Sindacale Procedura d'Allerta".

BARONTINI R., (1997), "*Costi del fallimento e gestione della crisi nelle procedure concorsuali*", in L.Caprio (a cura di)

BASTIA, P., "*Pianificazione e controllo dei risanamenti aziendali*", Giuffrè, Milano, 1996

BELCREDI M., "*Le ristrutturazioni stragiudiziali delle aziende in crisi in*

Italia nei primi anni '90", Università Cattolica, Centro Studi Finanziari, Milano, gennaio 1997, inedito.

BERTOLI G. "*Crisi d'impresa, ristrutturazione e ritorno al valore*", Egea, Milano, 2000

BERTOLI G. "*Profili di efficienza delle procedure concorsuali. Il concorsu preventivo nell'esperienza del tribunale di Brescia*", in *Rivista dei dottori commercialisti*, 6/2001.

CAVALLI G., "*Responsabilità degli organi sociali*", *Il Fall.*, 1997, pag. 579

DANOVI A. "*Crisi d'impresa e risanamento finanziario nel sistema italiano*", Giuffrè editore 2003

FABIANI M. "*Il rapporto fra la nuova amministrazione straordinaria e le procedure concorsuali minori*", in *La riforma delle amministrazioni straordinarie e le altre procedure concorsuali minori. Atti del convegno Sisco 11.11.2000*, Giuffrè, Milano 2001

GUATRI L. "*Turnaround declino crisi e Ritorno al Valore*", Egea, Milano, 1995 (1995), p. 107

GUGLIELMUCCI, "*La procedura concorsuale unitaria nell'ordinamento tedesco*", *Giur. Comm.* 2000,I, pag. 504.

IORIO, "*La riforma delle leggi francesi sull'insolvenza: un modello da imitare?*", *Giur. Comm.*, 1995, I, p.698

IFM (1999), "*Orderly & Effective insolvency procedures*"; Legal Department

ISTAT 2000, *Statistiche Giudiziarie*

SANSONE G. "*Risanamento dell'impresa tra autonomia privata e controllo giudiziario*", in *Il Fallimento*, n.8/1998

KENT P., "*Corporate workouts: a U.K. perspective*", *Terzo Rapporto Fondazione Rosselli*, novembre 1997.

LO CASCIO G., "*Prime riflessioni sull'imminente riforma del diritto fallimentare*", *Magistrato in Roma*

TREPPER M. and SHALHOUB P, "*An overview of the reorganization process under chapter 11 of the U.S. bankruptcy code*", 1997, Edibank

VALLANSAN J., "*Redressement et Liquidation Judiciaire*", *Litec Paris* (1996)