

VERIFICA SULLA RIFORMA DELLA DISCIPLINA DELLA CRISI D'IMPRESA

L'autotutela contrattuale nella soluzione delle crisi di impresa.

Gli accordi stragiudiziali per la composizione delle crisi nei

Progetti di riforma della legge fallimentare

(Prof. SIDO BONFATTI)

1. L'osservatore che si limitasse a ricercare le "linee politiche" che caratterizzano gli attuali Progetti di riforma della legge fallimentare nelle dichiarazioni di principio contenute nelle relative *Presentazioni* e nelle relative *Relazioni accompagnatorie*, perverrebbe in modo univoco alla conclusione che finalmente anche il fenomeno della composizione stragiudiziale delle crisi d'impresa è stato ritenuto meritevole di ricevere, nel nostro ordinamento, una disciplina positiva; e che l'importante ruolo dell'autotutela contrattuale nella prevenzione e nel superamento delle situazioni di crisi è stato finalmente riconosciuto.

Per ciò che concerne il Progetto di legge delega presentato da parte del Governo (ma non diversamente dovrebbe dirsi del "Progetto" di riforma predisposto dal gruppo di lavoro facente capo a *Giurisprudenza commerciale*¹), si deve sottolineare come l'attenzione e l'interesse agli accordi stragiudiziali relativi alle situazioni di crisi rappresentino un enunciato inequivocabile.

Nella relativa *Relazione* accompagnatoria si può leggere l'espressione del rammarico che *"neppure l'area degli accordi privatistici si (sia) potuta sufficientemente*

¹ I Il "*Progetto Giur. Comm.*" - per utilizzare un'espressione sintetica -afferma che "*le caratteristiche fondamentali del Progetto (di procedura di "crisi di impresa") ... riflettono un orientamento di fondo che bene è stato sintetizzato recentemente da Agostino Gambino...*"; e le considerazioni dell'illustre Autore, testualmente riprodotte, suonano nel senso di avvertire che "*anche la legislazione della prevenzione delle difficoltà economico-finanziarie dell'impresa non ha più motivo di negare ampio spazio alla gestione della crisi ... ad opera delle categorie di soggetti interessati. Agli accordi tra essi la legge deve semplicemente dare (quella) garanzia di certezza giuridica che oggi manca agli accordi interbancari con i debitori in difficoltà*".... E' troppo noto, oltre che chiaramente espresso dal contesto nel quale la conclusione dell'Autore si colloca, che gli "accordi interbancari" richiamati costituiscono, per l'appunto, accordi *stragiudiziali*.

espandere" (pag. 2); e che *"in questi anni... si (sia) trascurato di considerare che l'insolvenza va risolta con strutture e con mezzi privatisti ci . . ."* (pag. 5). Si è inoltre posti di fronte, nella lettura della stessa *Relazione* (pag. 8), alla espressione della convinzione (o forse della aspirazione) che la *"procedura anticipatoria o di crisi"* proposta dal Progetto di legge delega sia assimilabile *"ad un concordato stragiudiziale, reso legittimo e vincolante per tutti i creditori dall'intervento giurisdizionale di esclusiva legittimità"*.

Queste manifestazioni di interesse e di attenzione al fenomeno degli accordi (o "concordati") *stragiudiziali* per il superamento delle crisi d'impresa **non trovano peraltro alcuna corrispondenza** nell'articolato e del Progetto di legge delega Governativo ².

Di una disciplina avente ad oggetto accordi, patti, programmi, intese, di carattere *stragiudiziale*, non v'è traccia: e di fronte a tale constatazione oggettiva, che è sotto gli occhi di tutti, a poco varrebbe domandarsi la ragione dell'evidente discrasia tra *Relazione* e proposta di riforma del diritto positivo.

Sono certamente presenti diverse e significative disposizioni concernenti possibili **accordi** tra il debitore ed i suoi creditori: ma la presenza di elementi di carattere negoziale non è necessariamente espressiva di attenzione per il fenomeno delle **soluzioni stragiudiziali** delle crisi di impresa.

Gli accordi tra il debitore ed i creditori per il superamento delle crisi di impresa possono essere negoziati e conclusi **fuori e prima** di una procedura giudiziaria; oppure **dentro e dopo** l'apertura della stessa: e solo i primi meritano di essere assegnati al fenomeno della soluzione **stragiudiziale** (o parzialmente stragiudiziale) delle situazioni di crisi.

Il *"Progetto governativo* (ed il *"Progetto Giur. Comm."*) disciplina (e quindi si fa carico di tutelare) esclusivamente i tentativi di composizione negoziale delle situazioni di crisi impostati su accordi da concludere **dentro e dopo** l'apertura di una procedura giudiziale (denominata "di crisi"). Il "Progetto", pertanto, **lascia privi di qualsiasi tutela** (perché lasciano privi di disciplina giuridica, o

² E la stessa osservazione potrebbe essere formulata nei riguardi del *"Progetto Giur. comm."*

perlomeno di una disciplina giuridica diversa da quella attuale, come che la stessa si esprima) **gli accordi stragiudiziali** di superamento delle situazioni di crisi: e questo è un primo elemento di insoddisfazione che pare inevitabile denunciare.

Per soprammercato, gli accordi della composizione delle crisi di impresa di carattere **giudiziale** sono calati in una procedura "di crisi" (di carattere per l'appunto giudiziale), le cui probabilità di registrare un successo maggiore dei deludenti esiti della attuale amministrazione controllata paiono alquanto difficili da individuare: e questo è un secondo elemento di insoddisfazione che investe il profilo dei Progetti di riforma della legge fallimentare qui in discussione.

2. In entrambi i Progetti di riforma della legge fallimentare sin qui considerati è previsto che il debitore - il quale versando "*nell'impossibilità o anche soltanto in temporanee difficoltà*", oppure in una situazione di "*pericolo di insolvenza*", intenda proporre ai propri creditori una soluzione per il superamento della crisi - *debba preliminarmente domandare all'Autorità giudiziaria la pronuncia di un provvedimento di "apertura della procedura"*.

Le discipline di diritto positivo proposte dai due Progetti differiscono in alcuni punti: ma rivelano anche, nello stesso tempo, talune caratteristiche comuni, che inducono ad esprimere un giudizio di perplessità sull'attitudine ad offrire all'imprenditore "in crisi" istituti più soddisfacenti di quello rappresentato dall'attuale procedura della *amministrazione controllata*.

Per alcuni versi, addirittura, si sarebbe tentati di affermare che le "procedure di crisi" così ideate recepiscono buona parte dei difetti dell'attuale procedura di prevenzione dell'insolvenza. aggiungendone - se possibile altri ulteriori ³.

³ Si può infatti sinteticamente osservare quanto segue: a) **Traumaticità della soluzione ideata**. AI pari dell'attuale amministrazione controllata anche le "procedure di crisi" prospettate sono caratterizzate dalla necessità preliminare di "*portare i libri in Tribunale*": cioè rendere pubblica la situazione di "crisi" nella quale versa l'impresa. Gli inconvenienti che ne conseguono - *sub specie* di deterrente a ricorrere all'istituto proposto - sono addirittura intuitivi: tanto più nelle ipotesi, che dovrebbero essere

quelle largamente prevalenti ove si rivolga l'attenzione ad un ricorso *effettivamente preventivo* alla disciplina del superamento delle situazioni di "crisi", nelle quali in realtà l'imprenditore aspira a concludere degli accordi amichevoli (ma "protetti") con alcune categorie soltanto di creditori (tipicamente, le banche); b) **Ingerenza dell'Autorità giudiziaria**. Al pari (se non di più) della attuale amministrazione controllata, si assiste all'attribuzione di un ruolo discutibile all'Autorità giudiziaria, sotto il profilo della ingerenza nella gestione dell'impresa ammessa alla "procedura di crisi". Oltre alla designazione di ben due organi (il giudice delegato ed il commissario) a svolgere una funzione generale di "*sorveglianza*" sulla esecuzione del programma di risanamento (o di ristrutturazione, o di realizzazione) dell'azienda, sono previste o la necessaria prestazione di specifiche autorizzazioni per il compimento di atti "di particolare rilevanza" - *Progetto Governativo* art. 2, lett. n) -; oppure - addirittura - *la sostituzione dell'imprenditore*, da parte dell'Autorità giudiziaria "con persone di propria fiducia" - *Progetto Giur. comm., previsione* n. 4 -. Soluzioni, queste, che oltre e più che originare perplessità di merito, costituiscono in ogni caso *sicuri disincentivi* al ricorso alla procedura, sin quando sussistano le pur più flebili speranze di un superamento *individuale* della situazione di crisi; c) **Rigidità della procedura**. E' questo un appunto che deve essere mosso al solo Progetto di origine governativa.

La relativa disciplina prevede che con la domanda di apertura della procedura il debitore debba proporre un *piano di risanamento dell'impresa e di estinzione delle obbligazioni ... di durata* non superiore a due anni". L'esperienza dimostra come tale pretesa sia assolutamente irrealistica: e come il formidabile ostacolo che essa frappone alle proposte di amministrazioni controllata dotate degli irrinunciabili requisiti minimi di serietà sia oggi superato solamente attraverso la conclusione di accordi "paralleli", con determinate categorie di creditori (al solito: le banche), per la concessione di una moratoria più protratta nel tempo. La soluzione prospettata, pertanto, ripropone il paradosso di una procedura giudiziale che si può reggere solamente grazie alla conclusione di accordi di carattere stragiudiziale; d) **Appesantimento dell'articolazione della procedura**. Entrambi i progetti di riforma della legge fallimentare qui in commento propongono, per la procedura cosiddetta anticipatoria o preventiva, la previsione della *omologazione*, da parte dell'Autorità giudiziaria, dell'accordo eventualmente formatosi per l'accettazione da parte dei creditori della proposta del debitore, come delineata nel piano *già esaminato dall'Autorità giudiziaria* in sede di

ammissione alla procedura. E' a tutti noto che l'attuale procedura di amministrazione controllata non prevede, invece, alcun giudizio di omologazione: e che quest'ultimo è attualmente previsto per la sola procedura di concordato (con particolare riguardo al concordato preventivo). E' altrettanto noto, inoltre, che il giudizio di omologazione rappresenta spesso un appesantimento (procedurale e temporale) francamente inaccettabile. Viene spontaneo domandarsi, pertanto, in quali termini l'arricchimento (se così vogliamo definirlo) della procedura "preventiva" di una fase, oggi assente, possa costituire un incentivo per l'imprenditore in crisi a ricorrere all'istituto della "procedura di crisi" - ch  tale   l'obiettivo dichiarato dei due Progetti di riforma -; oppure quali siano le esigenze che hanno indotto a considerare indispensabile il "trapianto" della fase omologatoria della procedura tendenzialmente liquidatoria (il concordato) nella procedura tendenzialmente risanatoria (la "procedura di crisi"). La prima domanda ha una risposta obbligata: l'integrazione della procedura con una fase di carattere omologatorio non costituisce, di per s , alcun incentivo (se mai una forte remora) n  per il debitore. n  per i creditori. La seconda domanda non si presta invece ad una facile risposta. Nella attuale disciplina della procedura di concordato (l'unica, come detto, per la quale sia oggi previsto un giudizio di omologazione), l'intervento dell'Autorit  giudiziaria sull'accordo gi  concluso tra debitore e creditori   rivolto (principalmente) a formulare un giudizio *di merito* sulla *convenienza* dell'accordo pure gi  raggiunto, rispetto all'alternativa del fallimento. Si pu  essere d'accordo o non d'accordo. in linea di principio, nel prevedere che l'Autorit  giudiziaria possa interloquire, con la possibilit  di sovvertirla, nella valutazione di convenienza gi  espressa dalle parti interessate dagli effetti dell'accordo concordatario: ma una volta giudicata insufficiente la valutazione di convenienza espressa dai soggetti incisi dalla proposta del debitore. v  da s  che il supplemento di valutazione consentito (*rectius*, imposto) all'Autorit  giudiziaria debba principalmente vertere sulla adeguatezza *nel merito* di tale valutazione (se cio  la proposta del debitore prospetti effettivamente risultati pi  soddisfacenti di quelli che sarebbero presumibilmente conseguibili per mezzo della dichiarazione di fallimento). D'altro canto la comparazione delle due possibili prospettive   pertinente, versandosi nel concordato in una situazione (la situazione di "insolvenza" dell'imprenditore commerciale non piccolo) nella quale alla mancata omologazione del concordato (preventivo) corrisponde l'alternativa obbligata del fallimento. Quali sono, o quali potrebbero essere, sotto i profili considerati, gli effetti del "trapianto" della fase omologatoria nelle "procedure di crisi" di carattere anticipatorio o preventivo? La

3. Al fenomeno del superamento per il tramite di accordi stragiudiziali delle situazioni di crisi di impresa dedicano invece grande attenzione i due Progetti di riforma di legge fallimentare predisposti e recentemente resi noti dall'Associazione Bancaria Italiana ("Progetto A.B.I.") e dal Gruppo parlamentare alla Camera dei Democratici di Sinistra ("Progetto DS").

Tali Progetti, se mai, si distinguono, in via preliminare, per il diverso interesse (di carattere **preminente** oppure di **carattere complementare**) riservato alle soluzioni di carattere stragiudiziale rispetto alle soluzioni di carattere marcatamente giudiziale ⁴.

risposta non è facilmente individuabile, posto che per un verso pare *escluso che il giudizio omologatorio possa costituire una valutazione di merito*; e per l'altro, ove ciò non fosse, non sarebbe comunque individuabile il parametro al quale ancorare una valutazione di merito da parte dell'Autorità giudiziaria. Sotto il primo profilo, il "*Progetto Giur. comm.*" non precisa quale carattere debba avere il giudizio di omologa ("*previsione che il consenso dei creditori sia sottoposto al giudizio di omologazione inappellabile da parte dell'Autorità giudiziaria*"); mentre il "*Progetto governativo*" sembra riservargli il solo profilo di *legittimità*. - l'art. 2. Lett. u), parla solamente di "giudizio di omologazione": ma nella Relazione si accosta la "procedura di crisi", come già detto, ad un "concordato stragiudiziale reso legittimo ... dall'intervento ... di *esclusiva legittimità*". Oltre a ciò, per il corrispondente giudizio di omologazione degli accordi eventualmente conclusi fra il debitore ed i creditori nell'ambito della "procedura di insolvenza", si specifica che l'intervento dell'Autorità giudiziaria si esprime, in tale sede, in "un giudizio *di legittimità e di merito*" -. Sotto il secondo profilo, va rilevato che ove si propendesse per attribuire all'Autorità giudiziaria, in sede di omologazione degli accordi raggiunti nell'ambito delle "procedure di crisi", una facoltà discrezionale di valutare il merito di quanto concordato tra i soggetti interessati, mancherebbe l'indicazione del parametro al quale rapportare dette valutazioni: se la convenienza per i creditori rispetto ad altri possibili (ma quali?) soluzioni; se l'attendibilità dal piano di ristrutturazione e/o risanamento e/o liquidazione: o cos'altro.

⁴ Il *Progetto A.B.I.* "sembra orientato a valorizzare principalmente le soluzioni di carattere stragiudiziale: a queste, infatti, riserva un. (proposta di) disciplina compiuta ed articolata - per la quale propone la denominazione di - "*Procedure di gestione delle difficoltà dall'impresa*" -, laddove per soluzioni perseguite interamente in sede giudiziale

L'approccio al problema della valorizzazione e della tutela degli accordi stragiudiziali di composizione delle crisi d'impresa risulta pertanto, nei due Progetti in commento, alquanto diverso. Resta peraltro da valutare, in tale prospettiva, l'ipotesi di una "Procedura di ristrutturazione delle passività" *semplificata*, che il "Progetto DS" ipotizza per determinate fattispecie: poichè nonostante la sinteticità delle disposizioni riservate a tale ipotesi, non può essere escluso - come si avrà modo di precisare - che essa possa costituire il punto di avvio per una maggiore valorizzazione del ruolo degli accordi tra debitore e creditori condusi *prima* e *fuori* di una procedura concorsuale di carattere giudiziale.

4. Rivolgendo l'attenzione al fenomeno dei tentativi di soluzione delle crisi di impresa perseguiti in **via stragiudiziale**, il confronto tra il "Progetto ABI" ed il "Progetto DS" va quindi condotto contrapponendo la disciplina che il primo riserva alla "Procedura di gestione delle difficoltà dell'impresa" (art. 3) alle disposizioni che il secondo riserva alla "Composizione *negoziale delle crisi*". (art. 5).

In tema di **presupposti soggettivi**, entrambi i "Progetti" ammettono l'applicabilità delle relative disposizioni agli accordi stragiudiziali proposti da "qualsiasi soggetto (versante in una situazione di sovraindebitamento)" - "Progetto A.B.I.", art. 3, lett.r) -, cioè da "qualsiasi debitore" - "Progetto DS", art. 5, lett. a), punto i) -:

prevede solamente una serie di possibili modifiche migliorative dell'attuale disciplina della procedura di amministrazione controllata, che rimarrebbe l'istituto deputato a risolvere (in sede giudiziale) le situazioni di crisi "reversibili".

Il "Progetto DS, " al contrario, sembra principalmente interessato a predisporre una moderna disciplina dei tentativi di superamento o di sistemazione della situazione di "crisi" perseguiti in *via giudiziale*: ed a tale scopo provvede ad ideare una nuova Procedura concorsuale - per la quale propone la denominazione di "Procedura di ristrutturazione delle passività" -; riservando invece alle soluzioni di carattere stragiudiziale alcune disposizioni di carattere quasi integrativo, dedicate agli accordi di "Composizione *negoziale delle crisi*", rivolte, più che a delineare una disciplina organica degli accordi stragiudiziali, a rimuovere i maggiori ostacoli che si oppongono alla scelta della "via stragiudiziale" di superamento della situazione di crisi.

e trattasi di una scelta che appare opportuna e complessivamente condivisibile⁵.

Quanto ai **presupposti oggettivi**, il "Progetto A.B.I." riserva la "*Procedura di gestione delle difficoltà dell'impresa*" all'impresa (od al debitore civile) "*in crisi ma non definitivamente insolvente*"; mentre il "Progetto DS" riferisce le disposizioni sulla "*Composizione negoziale delle crisi*" alle ipotesi nelle quali l'imprenditore (od il debitore civile) versi in "*una situazione di crisi, in atto oppure imminente, di carattere economico, patrimoniale o finanziario*".

In entrambi i casi si propende pertanto per l'indicazione di un presupposto oggettivo determinato, in termini giuridici, in modo generico (chè tale indubbiamente è, giuridicamente parlando, la nozione di "crisi.): ed anche tale soluzione merita approvazione, per la flessibilità che assicura alla disciplina degli accordi stragiudiziali tra il debitore ed i propri creditori. Tale disciplina deve proporsi infatti di creare i presupposti per una *anticipazione* del ricorso a strumenti speciali di composizione delle situazioni di difficoltà del debitore; e per la *incentivazione* a ricercare soluzioni che lascino il più ampio spazio alla negoziazione tra le parti interessate, ferma la necessità di rispettare alcuni fondamentali principi di "ordine pubblico economico". In questa prospettiva, la

⁵ E' certamente possibile che per talune ipotesi - forse numericamente molte - di "insolvenza civile", la ideazione di una vera e propria "procedura", per quanto di carattere stragiudiziale, volta alla composizione della situazione di difficoltà finanziaria del debitore, rappresenti una soluzione "sovrastrutturata": ma in tali casi nulla impedirà all'interessato di rivolgersi ai propri creditori, anche individualmente, in modo meno articolato.

E' altrettanto certo, peraltro, che in molte situazioni, caratterizzate da un sovraindebitamento del debitore "civile" di ampie dimensioni e di carattere diffuso; oppure - e soprattutto - caratterizzate dalla presenza di precisi collegamenti tra la situazione di indebitamento dello "insolvente civile" e la situazione di crisi dell'impresa (come accade sempre in presenza di soci illimitatamente responsabili; od in presenza di garanti dell'impresa, in particolar modo se fideiussori della stessa); la condusione di accordi stragiudiziali concernenti anche l'indebitamento delle persone fisiche-non imprenditori riveste addirittura carattere pregiudiziale rispetto al perseguimento dei tentativi di superamento delle situazioni di crisi dell'impresa.

delimitazione dell'ambito di applicazione delle disposizioni in discussione ad alcune soltanto delle possibili situazioni di difficoltà dell'impresa - delimitazione che inevitabilmente deriverebbe dalla adozione di presupposti oggettivi più precisi da un punto di vista tecnico-giuridico - non sarebbe giustificata ⁶.

⁶ Tali considerazioni se mai inducono a segnalare come la condivisibile aspirazione ad incentivare il ricorso a soluzioni "concertate" delle situazioni di difficoltà (dell'impresa) in via preventiva, rispetto a quando le stesse abbiano assunto caratteri di irreversibilità, rappresenti una scelta che pone delicati problemi per l'ipotesi di insuccesso del tentativo di superamento "amichevole" della crisi, e di apertura di una procedura concorsuale giudiziale "di insolvenza".

E' noto che la situazione di "insolvenza" comporta l'applicabilità di *norme speciali*, rivolte alla ricostituzione del patrimonio del debitore (in particolar modo, le disposizioni sulla proponibilità *dell'azione revocatoria fallimentare*); ed è altrettanto noto l'orientamento giurisprudenziale favorevole a considerare applicabili tali *norme speciali* anche con riguardo a situazioni di "insolvenza" che non abbiano costituito il presupposto per l'assoggettamento dell'impresa ad una procedura propriamente "di insolvenza", allorquando dal sopravvenire della stessa si debba inferire che la situazione di crisi irreversibile era da farsi risalire al momento del ricorso a procedure di carattere alternativo (trattasi dell'istituto conosciuto come "*conseguenza di procedure concorsuali*").

E' pertanto inevitabile che l'eventuale apertura di una procedura concorsuale (giudiziale) "di insolvenza", a seguito dell'insuccesso del tentativo di superamento della crisi attraverso la condusione di accordi stragiudiziali, induca a domandarsi se le *norme speciali* alle quali si è fatto cenno - con particolare riguardo alla promuovibilità dell'azione revocatoria fallimentare - debbano essere applicate solo con riferimento (ed a far tempo) dalla dichiarazione (giudiziale) di insolvenza; oppure debbano essere applicate con riferimento (ed a far tempo) dalla formalizzazione della situazione di "crisi" emersa dalla conclusione degli accordi stragiudiziali, poi sfociati nell'insolvenza dichiarata. La risposta dovrebbe essere ricavata - da un punto di vista strettamente logico - dal maggiore o minore grado di assimilabilità della nozione (giuridica ed economica) di "insolvenza", che costituisce il presupposto di applicabilità delle *norme speciali* richiamate, rispetto alla nozione di "crisi", che costituisce il presupposto di ammissibilità agli accordi stragiudiziali presi in considerazione dal "*Progetto A.B.I.*" e dal "*Progetto DS*": e la conclusione dovrebbe essere negativa, una volta constatato che in

5. Il "Progetto DS" non disciplina le modalità di formazione del consenso dei creditori sulla proposta di composizione della crisi formulata dal debitore. Detto "Progetto", come detto, **postula** che un consenso si sia formato (cioè che siano stati conclusi degli "accordi"): ma non disciplina i tempi ed i modi della sua possibile espressione.

Ciò induce a ritenere che il consenso alla proposta del debitore debba essere prestato **individualmente** da **tutti** i creditori (o da tutti i creditori interessati): e ciò diminuisce alquanto la portata innovativa di questa parte del Progetto di riforma, e soprattutto ne rende alquanto meno interessante la possibile trasposizione nella pratica. In questi termini, infatti, rimane insuperato il problema degli atteggiamenti "non collaborativi" e strumentali di singoli creditori, versanti, per una ragione o per l'altra (la modesta entità del credito; la presenza di garanzie collaterali di terzi), in una condizione tale da potere loro consentire irrigidimenti in grado di mettere a repentaglio l'intero Progetto di ristrutturazione.

Nel "*Progetto A.B.I.*" si assiste invece al tentativo di neutralizzare gli elementi di turbativa impropri che possono derivare da creditori in condizione di agire in modo irrazionale, nonostante il carattere pregiudizievole - per sè e per tutti gli altri - degli atteggiamenti "non collaborativi" assunti: e tale intento

entrambi i "Progetti" la situazione di "crisi" giudicata rilevante come presupposto di ammissibilità al procedimento di "*Gestione delle difficoltà*" o di "*Composizione negoziale*" delle stesse *non è riconducibile* (o non è riconducibile *necessariamente*) alla nozione di "insolvenza".

D'altro canto la soluzione di questo problema è anche condizionata dalla sorte che si intende risolvare, sotto il profilo qui considerato, agli atti di disposizione posti in essere nell'ambito del tentativo di risanamento stragiudiziale "convalidato" (cioè, come si dirà, omologato) dall'Autorità giudiziaria. E' evidente, infatti, che ove si propendesse per rendere assoggettabili anche tali atti, in caso di apertura di una procedura "di insolvenza", all'azione revocatoria fallimentare, sarebbe concettualmente difficile far decorrere il "periodo sospetto", determinato a ritroso, dell'ambito di applicazione della detta azione, da un momento precedente (per esempio dall'ammissione alla "procedura" di composizione amichevole delle situazioni di crisi).

viene perseguito, per un verso autorizzando il legislatore delegato ad introdurre regole che attribuiscono efficacia vincolante all'espressione di volontà di determinate maggioranze; per un altro prevedendo l'attribuibilità al Giudice dell'omologa del potere di superare il voto sfavorevole di singole categorie di creditori, quando lo stesso si riveli fondato su motivi irrazionali; ed infine prevenendo il pericolo del disinteresse dei creditori - soprattutto della moltitudine dei titolari di pretese di modesto importo - fissando una presunzione di adesione al "piano" da parte di coloro che non si siano espressi sullo stesso in modo esplicito.

Sono queste tecniche di formazione del consenso dei creditori, variamente riproposte dagli altri Progetti di riforma presentati all'attenzione degli studiosi in questi tempi (compreso il "*Progetto DS*" - art. 3, co. 1, lett. e); art.3, co. 5, lett.e, f) e g) -), per l'ipotesi di accordi formati **dentro e dopo** l'apertura di una procedura concorsuale di carattere preventivo od anticipatorio. Il "*Progetto A.B.I.*" propone che analoghe facilitazioni siano riservate alla acquisizione del consenso dei creditori nelle procedure di composizione delle crisi nelle quali la fase della conclusione dell'accordo tra debitore e creditori si sviluppa **fuori e prima** dell'apertura di un procedimento giudiziale: cioè nelle fattispecie riconducibili per l'appunto agli **accordi stragiudiziali**.

Tale proposta appare particolarmente interessante, sia perchè rappresenta una risposta precisa (ed a prima vista adeguata) ad esigenze che la prassi ha posto in modo sempre più insistente; sia perchè pare raccordarsi armonicamente con l'iniziativa, sempre di matrice bancaria, del *Codice di comportamento tra banche per affrontare i processi di ristrutturazione atti a superare le crisi di impresa*, che va nella stessa direzione di promuovere e favorire i tentativi di superamento delle situazioni di crisi **di natura collaborativa**, per i quali le parti interessate godono di ampia autonomia nella ideazione delle soluzioni di superamento della crisi, in un contesto nel quale tali soluzioni per un verso sono facilitate; e per l'altro sono condizionate al rispetto di alcuni principi fondamentali di trasparenza e di correttezza.

6. Entrambi i "Progetti" qui in esame sono impostati sulla previsione della preventiva conclusione di accordi stragiudiziali tra debitore e creditori, e la successiva sottoposizione degli stessi all' Autorità giudiziaria per la loro omologazione.

L'omologazione degli accordi stragiudiziali conferisce una speciale protezione, come vedremo, agli atti posti in essere per la loro realizzazione, ed in particolare agli atti di esecuzione del "Piano" predisposto dal debitore. E' tuttavia intuibile come il provvedimento di omologazione del Giudice non possa essere, sia per ragioni di fatto, sia per ragioni strettamente connesse all'esame della domanda del debitore, propriamente immediato: e come si riveli particolarmente delicata la fase compresa tra la domanda di omologazione degli accordi stragiudiziali e l'emanazione del relativo provvedimento (in ipotesi favorevole).

Di tale problema il "*Progetto DS*" non si fa carico. Esso **postula** che degli accordi stragiudiziali siano stati conclusi tra il debitore ed i creditori: ma come per un verso si disinteressa delle modalità di formazione del consenso dei creditori rispetto alla proposta di composizione della crisi da parte del debitore; così per un altro non assicura a quest'ultimo alcuna "rete di protezione" nei confronti delle iniziative di singoli creditori assunte nell'intervallo tra la presentazione del "Piano" all'Autorità giudiziaria e l'emanazione del provvedimento di (eventuale) omologazione.

Queste due caratteristiche (meglio: queste due omissioni) della disciplina della "*Composizione negoziale delle crisi*" nel "*Progetto DS*" sembrano trovare spiegazione solo nella supposizione che il "Progetto" postuli la conclusione di accordi con **tutti** i creditori (il chè costituirebbe la ragione di non avere preso in considerazione il pericolo di iniziative individuali di carattere "eversivo"); e comunque la conclusione di accordi vincolanti per i soli creditori specificamente ed individualmente consenzienti (il chè costituirebbe la ragione della mancata previsione di tecniche di formazione del consenso dei creditori). Se tali supposizioni sono corrette, la conclusione che se ne deve ricavare depone per una portata molto limitata della innovazione rappresentata dalle disposizioni sulla "*Composizione negoziale delle Crisi*".

Il "*Progetto A.B.I.*", al contrario, si fa carico di entrambi i problemi sottesi ai profili segnalati: e con molta innovatività (e non meno coraggio) prevede per un verso l'omologabilità di accordi stragiudiziali raggiunti con l'utilizzo di tecniche di formazione del consenso dei creditori atte a facilitare il perfezionamento dell'accordo; e per un altro verso **attribuisce importanti effetti alla presentazione della domanda di omologazione di detto accordo sin**

dal momento del deposito del relativo ricorso.

Tali effetti hanno contenuti analoghi a quelli attualmente prodotti dal deposito della domanda di **amministrazione controllata**: e svolgono una **funzione protettiva** degli accordi raggiunti con i creditori nei confronti di quelli tra di loro (si deve intendere: quelli tra di loro che appartengano alle categorie alle quali è stata rivolta la proposta del debitore} che, in quanto dissenzienti, potrebbero fare seguire alla espressione di dissenso l'adozione di iniziative "legali" tali, da alterare la *par condicio* o più in generale da ostacolare l'esecuzione degli accordi raggiunti, ove omologati.

Al riconoscimento dei ricordati effetti alla domanda di omologazione degli accordi stragiudiziali tra debitore e creditori non deve essere attribuita una portata rivoluzionaria rispetto alla vigente disciplina: dopo tutto, anche secondo l'attuale legge fallimentare gli effetti "protettivi" del patrimonio del debitore (in funzione della tutela della *par condicio*) si producono nello stesso momento di presentazione della domanda di ammissione all'amministrazione controllata, senza che nulla sia ancora dato di sapere né sull'esito giudiziale della domanda stessa, né (addirittura) sull'opinione dei creditori destinatari della proposta del debitore.

Rivoluzionaria sarebbe stata se mai l'attribuzione di effetti "protettivi" di tale specie **al momento dell'avvio della sottoposizione della proposta del debitore** ai propri creditori (od alle categorie di creditori interessate dall'ipotesi di accordo stragiudiziale}.

Ciononostante il "*Progetto A.B.I.*" si dimostra sensibile ai possibili turbamenti prodotti dalla attribuzione di effetti "protettivi" ad una domanda di omologazione di accordi conclusi in sede stragiudiziale, e quindi con modalità che potrebbero rivelarsi, all'esame dell'Autorità giudiziaria, non legittime e non corrette (per non formulare l'ipotesi di una falsa attestazione di accordi in realtà non raggiunti): ed adotta due generi di "contromisure" che si rivelano di particolare interesse.

Anzitutto il "*Progetto A.B.I.*" sottopone l'iniziativa del debitore **ad una severa tempificazione**: prevede cioè che la legge delegata precisi il termine massimo entro il quale gli accordi stragiudiziali della specie debbano essere sottoposti all'Autorità giudiziaria per la (eventuale) omologazione - art. 3, lett.

b) -; fissi il termine massimo per la pronuncia del Giudice sull'omologazione (o meno) - art. 3. lett. g) -; disponga una serie di effetti pregiudizievoli per il debitore nelle ipotesi di mancata presentazione (in termini) della domanda di omologazione; della mancata omologazione degli accordi nel termine prefissato; della negazione nel merito della richiesta omologazione - art. 3, lett. i) -.

In secondo luogo il "*Progetto A.B.I.*" prevede che la *Relazione* dell'esperto, che - come si vedrà - deve necessariamente accompagnare il "Piano" proposto dal debitore, riferisca anche sulle **modalità di consultazione dei creditori** (cioè sulle modalità con le quali si è formato il consenso dei destinatari della proposta del debitore): punto sul quale sarà necessario ritornare più in dettaglio più avanti.

7. La considerazione dei temi concernenti le tecniche di formazione del consenso dei creditori in sede stragiudiziale, e gli effetti della presentazione della domanda di omologazione degli accordi eventualmente raggiunti in detta sede; e la constatazione che nel "*Progetto DS*" nessuna delega per l'introduzione di tecniche agevolative della formazione del consenso sia ipotizzata, e nessun effetto sia in realtà attribuito al ricorso per l'omologazione della "*Composizione negoziale della crisi*" proposta in sede stragiudiziale; suggerisce una breve digressione sulla previsione, nell'ambito di tale "Progetto", di quella particolare versione della "*Procedura di ristrutturazione delle passività*" caratterizzata da "*semplificazioni di adempimenti*" - art. 3, lett. l) -.

La "*Procedura di ristrutturazione delle passività*" rappresenta, come già detto, una procedura **giudiziale** a tutti gli effetti: una procedura cioè nella quale l'accordo tra debitore e creditori si forma (se del caso) dentro e dopo l'apertura della procedura.

Come tutte le procedure concorsuali di carattere giudiziario, vede prodotti una serie di effetti "protettivi" (divieto di inizio o prosecuzione di azioni esecutive individuali; eccetera) **fin dal momento della proposizione della domanda del debitore** (art. 3, co. 4).

Viene tuttavia indicata al legislatore delegato la necessità di prevedere "*semplificazioni di adempimenti*" - art. 3, lett. l) -, per l'ipotesi nella quale la "*Procedura di ristrutturazione delle passività*" sia *.diretta a ristrutturare le passività verso una parte soltanto dei creditori e al momento dell'apertura della procedura consti il consenso*

della maggioranza degli appartenenti alla classe o alle classi interessate".

In questo modo l'accordo già raggiunto con la categoria o le categorie di creditori interessati, pur avendo carattere stragiudiziale, produce effetti **immediatamente** all'atto della presentazione della domanda all'Autorità giudiziaria: domanda peraltro non già rivolta all'omologazione di una "*Composizione negoziale delle crisi*" - i cui effetti, come detto, interverrebbero solo con l'emanazione del provvedimento di omologa -, bensì rivolta alla ammissione alla "*Procedura di ristrutturazione delle passività*" ("semplificata") - procedura che come tale produce effetti sin dal momento della presentazione della domanda di ammissione -.

Nello stesso tempo, si attribuirebbe efficacia anche ad accordi, **sempre di carattere stragiudiziale**, raggiunti non con l'unanimità dei creditori interessati, ma "**con il consenso della maggioranza ...**".

Sono pertanto evidenti i tratti comuni, almeno apparentemente, tra la procedura (giudiziale) di "marca" DS denominata "*Ristrutturazione delle passività semplificata*"; e la "procedura" (stragiudiziale) di "marca" A.B.I, denominata "*Gestione delle difficoltà dell'impresa*". Un giudizio definitivo è tuttavia difficile da formulare, a causa della sommarietà delle indicazioni fornite dal "*Progetto DS*" per la versione "semplificata" della "*Procedura di ristrutturazione delle passività*".

Si è detto che essa risulterebbe possibile quando la proposta di composizione della crisi riguardi solamente una o più categorie di creditori, e consti il consenso della maggioranza degli interessati. A tali condizioni, è da domandarsi in via preliminare se una prima "semplificazione" non debba essere costituita dalla **eliminazione dell'adunanza dei creditori** (interessati) e della **eliminazione dell'espressione del voto** (già sostanzialmente manifestato) sul "piano" predisposto dal debitore. D'altro canto sarebbe difficile fissare in sede giudiziale delle maggioranze diverse da quelle considerate idonee, in sede stragiudiziale, a consentire la presentazione della domanda di ammissione alla "*Procedura*" in versione semplificata.

Ove tale supposizione si rivelasse corretta, della "*Procedura di ristrutturazione delle passività*" rimarrebbe essenzialmente solamente il giudizio di omologa da parte dell'Autorità giudiziaria: e si riprodurrebbe in questo modo lo schema di un accordo formato (a maggioranza!) **prima e fuori** dell'apertura di

una procedura giudiziale, che riceve la "convalidazione" *successiva* da parte dell'Autorità giudiziaria: cioè lo schema degli **accordi stragiudiziali** ipotizzati (dal "*Progetto A.B.I.*" ma anche e soprattutto) dalle disposizioni sulla "*Composizione negoziale delle crisi di impresa*".

Qui tuttavia - come detto - la formazione del consenso dei creditori potrebbe essere agevolata dall'utilizzabilità delle ormai note tecniche di suddivisione in "classi" omogenee, e comunque dall'applicazione del principio di maggioranza; e gli effetti "protettivi" del patrimonio del debitore si produrrebbero fin dal momento del ricorso per l'ammissione alla "*Procedura*".

La prima impressione che se ne ricava è pertanto rappresentata dal timore che le disposizioni sulla "*Composizione negoziale delle crisi di impresa*" - cioè le disposizioni dedicate a disciplinare e tutelare gli **accordi stragiudiziali** - siano destinate a rimanere lettera morta, a causa della formidabile concorrenza spiegata nei loro confronti, "in famiglia", dalle norme sulla "*Procedura di ristrutturazione delle passività*" **in forma semplificata**: cioè da norme ispirate al principio *contrario* a quello che caratterizza gli accordi di carattere **stragiudiziale**.

8. In entrambi i Progetti di riforma qui in esame è opportunamente previsto che il "piano" proposto dal debitore per il superamento della situazione di crisi (o di sovraindebitamento) sia accompagnato dalla relazione di un "esperto". Tale relazione deve principalmente garantire la attendibilità e correttezza dei dati contabili (nonchè economici e patrimoniali) posti alla base dei programmi di ristrutturazione, composizione, liquidazione: ed il "*Progetto A.B.I.*" ne estende la funzione anche alla assicurazione che le modalità di formazione del consenso dei creditori - che qui può essere conseguito anche a **maggioranza** - siano state rispettose dei principi di correttezza e di trasparenza.

L'intervento dell'Autorità giudiziaria a fini omologatori non soddisfa esattamente, nei due "Progetti", le stesse esigenze.

Per il "*Progetto A.B.I.*" la valutazione del Giudice è circoscritta alla "*mera legittimità*" - cioè conformità alle disposizioni che il legislatore delegato dettaglierà per la conclusione di accordi stragiudiziali "protetti" - delle intese raggiunte tra il debitore ed i creditori: e ciò basterebbe a renderle vincolanti per

i creditori dissenzienti, nonchè produttive degli effetti "protettivi" del patrimonio del debitore e della *par condicio*.

Per il "*Progetto DS*", invece, il giudizio omologatorio è esteso ad una valutazione (sia pure "sommaria") **del merito** del "piano", espresso in termini di "*attitudine degli stessi (accordi) a consentire al debitore di superare durevolmente lo stato di crisi*" - art. 5, lett. a), punto iii)-. L'esigenza sottesa a tale previsione è di immediata intuibilità: tuttavia è da domandarsi se tale ingerenza dell'Autorità giudiziaria nella valutazione della **qualità** del "piano" sia in questa sede davvero pertinente. L'approvazione del "piano" sembra essere commessa, come detto, nel "*Progetto DS*", all'approvazione della **unanimità** dei creditori (interessati): e non si vede (o comunque non è precisata) la ragione in base alla quale l'Autorità giudiziaria dovrebbe sovrapporre la propria valutazione, in ipotesi negativa, a quella dell'unanimità delle parti coinvolte nel tentativo di superamento della crisi, negando d'imperio ciò che i diretti interessati avrebbero invece considerato conveniente.

Il procedimento di omologazione può infine essere revocato dalla stessa Autorità giudiziaria che lo ha originariamente emanato. Ciò è previsto con riguardo all'ipotesi nella quale i dati posti alla base del "piano" di ristrutturazione si rivelino inattendibili; nonché - nell'ambito del "*Progetto A.B.I.*": art. 3, lett. m) nell'ipotesi di inadempimento del debitore alle obbligazioni assunte nel "piano", o di sopravvenuta irrealizzabilità del medesimo.

9. Si è già detto, e si è già precisato come si tratti di considerazione unanimemente condivisa, che l'ostacolo maggiore alla coltivazione dei tentativi di composizione delle situazioni di crisi in sede stragiudiziale sia rappresentato dai gravi effetti pregiudizievoli che possono seguire all'insuccesso del "piano", **anche in mancanza di comportamenti censurabili da parte dei protagonisti del tentativo di salvataggio**. Sono sotto gli occhi di tutti le inchieste della magistratura penale aperte, nei casi di esito negativo della "via stragiudiziale" al risanamento, per la configurabilità dei comportamenti pure previsti dal "piano" come fatti che potrebbero integrare i reati di bancarotta preferenziale, ricorso abusivo (o concessione abusiva) al credito, eccetera; ed è esperienza comune quella dell'inesorabile intervento della revocatoria fallimentare sugli atti di esecuzione del "piano", pure coerenti con le previsioni

dello stesso.

I due Progetti di riforma in commento si propongono di stendere una "rete protettiva" nei confronti di entrambi i pericoli.

Per quanto riguarda la configurabilità dei comportamenti posti in essere coerentemente con le previsioni del "piano" in termini di fattispecie penalmente rilevanti, si prevede che l'aver agito nel contesto di una procedura di *"Composizione negoziale della crisi"* costituisca una sorta di esimente - *"Progetto DS"*, art. 7, lett. a), punti iv) e v) -; e che *gli atti posti in essere in esecuzione del piano... non sono soggetti alle disposizioni ... penali che presuppongono lo stato di insolvenza dell'imprenditore* - *"Progetto A.B.I."*, art. 3, lett. o) -.

Per quanto concerne invece la proponibilità delle azioni revocatorie, una **"esenzione"** dalle stesse, per gli atti coerenti con l'esecuzione del "piano", pare assicurata **in misura integrale** dal *"Progetto A.B.I."* - secondo il quale *gli atti posti in essere in esecuzione del piano .. non sono soggetti alle disposizioni .. (anche) civili .. che presuppongono lo stato di insolvenza dell'imprenditore* -; mentre per il *"Progetto DS"* l'azione revocatoria fallimentare nei confronti degli atti posti in essere in esecuzione degli accordi (omologati) è bensì esclusa in via generale, ma è consentita *in caso di revoca dell'omologazione* - art. 5, lett. a), punto v)-.

L'eccezione prevista dal *"Progetto DS"* non è a prima vista facilmente comprensibile. In detto "Progetto", come detto, la revoca dell'omologazione è esclusivamente connessa all'ipotesi che *"i dati e gli elementi di valutazione posti a base dell'accordo si dimostrino inattendibili (e in grado di pregiudicare gravemente la corretta realizzazione delle sue finalità)"* - art. 3, lett. a), punto iv) -: onde se ne dovrebbe fondato su dati falsi (per chiamare le cose con il loro nome), ed avessero seguito la fiducia del debitore dando corso agli atti esecutivi del "piano" previsti dal debitore stesso e dall'esperto (e dal Giudice dell'omologazione), sarebbero esposti al pregiudizio supplementare della revocatoria di quanto posto in essere.

E' da dire che, per converso, in tale modo risultano protetti, nella stessa ipotesi di accordo formato sulla base di una prospettazione fraudolenta della situazione economico-patrimoniale del debitore, quei creditori che non abbiano partecipato all'esecuzione del "piano", e che rimarrebbero invece pregiudicati dal "consolidamento" degli effetti degli atti posti in essere in esecuzione di un programma di risanamento "fasullo". Può risiedere nel confronto tra queste due

esigenze contrapposte la spiegazione' della scelta operata, per il caso di revoca dell'omologazione degli accordi stragiudiziali, dal *"Progetto DS"*.

Quel che è in equivoco, tuttavia, è l'assenza, in detto "Progetto", di una qualche "protezione" per la cosiddetta "**nuova finanza**": cioè per il credito bancario o commerciale concesso al debitore per il finanziamento del tentativo di composizione della crisi (ed in generale dell'esercizio della sua attività economica nel corso dell'esecuzione del "piano"). In altri termini, **nessuna "prededuzione"**, o collocazione preferenziale equivalente, è assicurata ai crediti derivanti da obbligazioni assunte nel corso dell'esecuzione del "piano", per l'ipotesi di insuccesso dello stesso (ed apertura della procedura di "insolvenza", o comunque di procedure esecutive): e ciò fa ancora una volta dubitare dell'attitudine di tale proposta di riforma (per la parte qui esaminata) a rappresentare una adeguata soluzione concreta ai problemi che oggi incombono sulla scelta della "via stragiudiziale" alle composizioni delle crisi.

Il *"Progetto A.B.I."*, al contrario, prevede *espressamente "l'attribuzione ai crediti erogati a favore dell'impresa per l'esecuzione del piano della prededuzione in caso di avvio di procedura di insolvenza"* - art. 3, lett. p) -: e tale previsione appare quanto mai opportuna.